ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

16 mei 2018 *

„Mededinging – Concentraties – Luchtvaartmarkt – Beschikking waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt wordt verklaard mits bepaalde verbintenissen worden nagekomen – Verzoek om opheffing van een deel van de verplichtingen die het voorwerp uitmaken van de verbintenissen – Evenredigheid – Gewettigd vertrouwen – Beginsel van behoorlijk bestuur – Misbruik van bevoegdheid”

In zaak T-712/16,

Deutsche Lufthansa AG, gevestigd te Keulen (Duitsland), vertegenwoordigd door S. Völcker, advocaat,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Biolan, H. Leupold en I. Zaloguin als gemachtigden,

verweerster,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU, strekkende tot nietigverklaring van besluit C(2016) 4964 final van de Commissie van 25 juli 2016 houdende afwijzing van verzoeksters verzoek tot opheffing van bepaalde verbintenissen die bij de beschikking van de Commissie van 4 juli 2005 tot goedkeuring van de concentratie in zaak COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss bindend waren verklaard,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: G. Berardis, president, S. Papasavvas (rapporteur) en O. Spineanu-Matei, rechters,

griffier: C. Heeren, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 14 september 2017,

het navolgende

* Procestaal: Engels.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Verzoekster, Deutsche Lufthansa AG (hierna: „Lufthansa" of „verzoekster"), is de belangrijkste Duitse luchtvaartmaatschappij. Zij is medeoprichtster van Star Alliance, 's werelds grootste luchtvaartalliantie.

2 Naast de Star Alliance-overeenkomst heeft Lufthansa met Scandinavian Airlines System (hierna: „SAS") op 11 mei 1995 een bilaterale alliantie-overeenkomst (hierna: „bilaterale alliantie-overeenkomst) gesloten en, op 1 juli 1995, een codeshare-overeenkomst, een marketing- en verkoopovereenkomst en een bilaterale jointventure-overeenkomst (hierna: „jointventure-overeenkomst").

3 Voorts heeft Lufthansa, naast de Star Alliance-overeenkomst, met Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (hierna: „LOT") op 1 juni 2002 een wederzijdse codeshare-overeenkomst, op 25 augustus 2003 een bijzondere tariefverdelingsovereenkomst, op 26 september 2003 een strategische samenwerkingsovereenkomst, op 15 juni 2004 een raamovereenkomst betreffende het stimuleringsprogramma en op 1 oktober 2003 de Miles and More-samenwerkingsovereenkomst gesloten.

Beschikking tot goedkeuring van de concentratie tussen Lufthansa en Swiss International Air Lines Ltd

4 Bij beschikking van 4 juli 2005 (zaak COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss; hierna: „beschikking van 2005"), die is vastgesteld op grond van artikel 6, lid 1, onder b), en lid 2, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen („EG-concentratieverordening") (PB 2004, L 24, blz. 1), heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen verklaard dat de concentratie (hierna: „concentratie") waarmee Lufthansa de zeggenschap verwierf over de luchtvaartmaatschappij Swiss International Air Lines Ltd (hierna: „Swiss") verenigbaar was met de interne markt, de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) en de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat inzake luchtvervoer, mits bepaalde voorwaarden en verplichtingen werden nagekomen.

5 In het kader van het onderzoek van de concentratie heeft de Commissie de overlappingen tussen de diensten van beide luchtvaartmaatschappijen onderzocht. Zij heeft ook onderzocht in hoeverre de overname van Swiss door Lufthansa ook de daadwerkelijke mededinging zou uitschakelen tussen Swiss en andere luchtvaartmaatschappijen die geen deel uitmaakten van de Lufthansagroep, maar partners waren in Star Alliance en daarnaast gebonden waren door een reeks bi- of multilaterale overeenkomsten, namelijk SAS, LOT, Austrian Airlines, British Midland Limited (hierna: „bmi"), United Airlines en Air Canada.

6 Gelet op de in de punten 2 en 3 hierboven vermelde verschillende samenwerkingsovereenkomsten en rekening houdend met de waarschijnlijke toekomstige toetreding van Swiss tot Star Alliance, kwam de Commissie tot de conclusie dat SAS en LOT er weinig belang bij hadden om na de concentratie met Swiss te concurreren.

7 Bijgevolg zijn de marktaandelen van SAS en LOT opgeteld bij die van Lufthansa voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van de concentratie door de Commissie, hetgeen resulteerde in twee overlappingen op de routes Zurich-Stockholm (hierna: „ZRH-STO") en Zurich-Warschau (hierna: „ZRH-WAW"). Aangezien alleen Swiss en de Star Alliance-partners, SAS op de route ZRH-STO, en LOT op de route ZRH-WAW, die routes exploiteerden en de luchthavens van Zurich

(Zwitserland) en Stockholm (Zweden) verzadigd waren, kwam de Commissie tot de slotsom dat, wat die twee routes betrof, er ernstige twijfels bestonden over de verenigbaarheid van de concentratie met de interne markt.

8 Om die ernstige twijfels weg te nemen, hebben Lufthansa en Swiss (hierna tezamen: „partijen") op 13 juni 2005 verbintenissen voorgesteld met betrekking tot slots, met name voor de routes ZRH-STO en ZRH-WAW.

9 Naar aanleiding van opmerkingen van belanghebbende derden hebben de partijen de verbintenissen met betrekking tot slots op 27 juni 2005 aangevuld met tariefverbintenissen, die zijn neergelegd in clausule 11.1 van de door de partijen voorgestelde verbintenissen en waarin is bepaald dat de gefuseerde entiteit, telkens wanneer zij een gepubliceerd tarief op een vergelijkbare referentieroute verlaagt, een equivalente (procentuele) verlaging zal toepassen op de overeenkomstige tarieven op de routes ZRH-STO en ZRH-WAW. In deze clausule is bepaald dat deze verplichting eindigt wanneer op deze routes een nieuwe aanbieder van luchtdiensten actief wordt.

10 De door partijen voorgestelde verbintenissen (hierna: „verbintenissen") voorzien in de aanwijzing van een gemachtigde die belast is met de controle van de naleving van de verbintenissen door de partijen, onder toezicht van de Commissie (hierna: „gemachtigde").

11 Voorts bevatten de verbintenissen de herzieningsclausules 15.1 en 15.2 (hierna respectievelijk: „herzieningsclausule 15.1" en „herzieningsclausule 15.2"), die in de volgende bewoordingen zijn gesteld:

„15.1 De Commissie kan naar aanleiding van een verzoek van de gefuseerde entiteit dat wordt gerechtvaardigd door uitzonderlijke omstandigheden of een radicale wijziging in de marktomstandigheden, zoals de exploitatie van een concurrerende luchtdienst op een specifiek geïdentificeerd stedenpaar voor vluchten binnen Europa of langeafstandsvluchten, één of meer van de onderhavige verbintenissen opheffen, wijzigen of vervangen.

15.2 Op verzoek van de gefuseerde entiteit kan de Commissie op grond van de marktontwikkeling op lange termijn alle in het onderhavige document voorgestelde verbintenissen opnieuw onderzoeken, opheffen of wijzigen. De Commissie zal met name de verplichting om slots ter beschikking te stellen opheffen wanneer zij vaststelt dat de contractuele betrekkingen die aan de grondslag lagen aan haar conclusie dat er sprake was van een vermindering van de mededingingsstimulansen tussen de door de beschikking van 2005 gefuseerde entiteit en de betrokken luchtvaartmaatschappijen van de Lufthansa-alliantie, zo wezenlijk zijn gewijzigd dat de door de Commissie vastgestelde bezwaren zijn weggenomen.

Bestreden besluit

12 Op 4 november 2013 hebben de partijen bij de Commissie een verzoek ingediend om te worden ontheven van de tariefverbintenissen en, voor zover mogelijk, van de verbintenissen inzake slots en van andere nevenmaatregelen ter verbetering van de toegang tot de routes ZRH-STO en ZRH-WAW. Het onderhavige beroep heeft enkel betrekking op het verzoek om opheffing van de tariefverbintenissen voor de routes ZRH-STO en ZRH-WAW (hierna: „verzoek om opheffing").

13 Het verzoek om opheffing was gebaseerd op drie gronden: 1) beëindiging van de jointventure-overeenkomst; 2) wijziging van het beleid van de Commissie inzake de behandeling van alliantiepartners in een concentratie-onderzoek en de desbetreffende beoordeling door de Commissie in haar beschikking C(2009) 4608 definitief van 22 juni 2009 waarbij een concentratie verenigbaar

wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/M.5335 – Lufthansa/SN Airholding; hierna: „beschikking Lufthansa/Brussels Airlines"), en 3) het bestaan van mededinging tussen Swiss, enerzijds, en SAS en LOT, anderzijds.

14 Lufthansa heeft op 14 februari 2014 geantwoord op de vragen van de Commissie van 22 november 2013 en op 27 april 2014 op de aanvullende vragen van 26 februari 2014.

15 Tijdens een bijeenkomst op 12 september 2014 heeft Lufthansa voorgesteld om de bilaterale alliantie-overeenkomst te beëindigen indien dit de Commissie in staat zou stellen het verzoek om opheffing betreffende de route ZRH-STO in te willigen. Op 16 oktober 2014 heeft Lufthansa haar verzoek om opheffing aangevuld met een nieuwe verklaring. Op 26 januari 2015 heeft zij per e-mail geantwoord op een vraag van de Commissie en op 18 mei 2015 heeft zij de Commissie in kennis gesteld van een voorstel om haar tariefstructuur te wijzigen.

16 Op 5 maart 2015 heeft de Commissie Lufthansa meegedeeld dat het verzoek om opheffing kon worden ingewilligd indien zij de met SAS en LOT gesloten codeshare-overeenkomsten op bepaalde punten zou wijzigen. Lufthansa heeft op 28 april 2015 per e-mail geantwoord dat zij geen dergelijke wijzigingen overwoog.

17 Lufthansa heeft op 29 juni 2015 geantwoord op de vragen van de Commissie van 22 mei 2015.

18 Op 22 oktober 2015 heeft de Commissie de partijen meegedeeld dat zij van plan was het verzoek om opheffing af te wijzen. De partijen hebben opmerkingen gemaakt op 20 en 24 november 2015.

19 De gemachtigde heeft op 27 juni 2014 en 3 mei 2016 opmerkingen ingediend over het verzoek om opheffing van Lufthansa.

20 Bij besluit C(2016) 4964 final van 25 juli 2016 heeft de Commissie het verzoek van Lufthansa tot opheffing van bepaalde verbintenissen die bij de beschikking van 2005 bindend waren verklaard (hierna: „bestreden besluit") afgewezen.

21 Wat het op de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2 gebaseerde opheffingsverzoek van partijen betreft, dat was gebaseerd op een wijziging in de door Lufthansa gesloten samenwerkingsovereenkomsten, was de Commissie van mening dat de beëindiging van de tussen Lufthansa en SAS gesloten jointventure-overeenkomst betreffende het vliegverkeer tussen Duitsland en Scandinavië niet volstond om de in de beschikking van 2005 geïdentificeerde problemen betreffende de route ZRH-STO weg te nemen, en dat de omstandigheid dat er geen nieuwe vervoerder actief was geworden bovendien op zichzelf zou kunnen worden beschouwd als een reden om vast te houden aan de tariefverbintenissen (overweging 68 van het bestreden besluit). Voorts heeft de Commissie opgemerkt dat indien de partijen de bilaterale alliantie-overeenkomst daadwerkelijk zouden beëindigen, herzieningsclausule 15.2 in beginsel en onder voorbehoud van een afzonderlijke beslissing van de Commissie, tot gevolg kan hebben dat de verbintenissen betreffende de route ZRH-STO worden onderzocht, met dien verstande dat de beëindiging van de bilaterale alliantie-overeenkomst alleen tot gevolg zou hebben dat herzieningsclausule 15.2 zou worden toegepast, hetgeen als zodanig nog niet betekent dat de door partijen gevraagde ontheffing daadwerkelijk moet worden toegekend (overweging 69 van het bestreden besluit).

22 Wat het op de eerste volzin van herzieningsclausule 15.2 gebaseerde verzoek van partijen om opheffing betreft, dat is gebaseerd op een wijziging van het beleid van de Commissie inzake de beoordeling van de rol van alliantiepartners in het onderzoek van concentraties sinds de beschikking van 2005, zet de Commissie uiteen dat elke concentratie wordt beoordeeld op basis van de eigen kenmerken ervan (overweging 77 van het bestreden besluit), dat de Commissie de betrekkingen tussen alliantiepartners niet principieel van haar bevoegdheid heeft uitgesloten, hetgeen ook geldt voor de gevolgen van deze betrekkingen op de geneigdheid van hun partners om na de concentratie te concurreren

(overweging 79 van het bestreden besluit), en dat voor de in casu voorgestelde verbintenissen een marktontwikkeling op lange termijn nodig is, waarvan de partijen geen bewijzen hebben verstrekt (overwegingen 82 en 83 van het bestreden besluit).

23 Bovendien heeft de Commissie erop gewezen dat zelfs indien zou worden aangenomen dat is voldaan aan de voorwaarden om te kunnen verzoeken om opheffing van de verbintenissen voor de routes ZRH-STO en ZRH-WAW, bij de beoordeling van het verzoek om opheffing rekening zou moeten worden gehouden met de codeshare-overeenkomsten die Swiss in 2006 en 2007 heeft gesloten met respectievelijk SAS en LOT, partners van Lufthansa (overwegingen 95 en 96 van het bestreden besluit). Wegens de mogelijke gevolgen van deze codeshare-overeenkomsten voor de mededinging op elk van beide routes, was de Commissie van mening dat zij relevant waren voor de beoordeling van de concentratie en kwam zij tot de conclusie dat het bestaan van deze overeenkomsten erop wees dat de omvang van de samenwerking tussen Lufthansa en SAS en LOT niet was afgenomen (overwegingen 99 en 100 van het bestreden besluit). De Commissie concludeerde derhalve dat er onvoldoende redenen waren om het verzoek om opheffing in te willigen. Zij verduidelijkte dat, aangezien er geen nieuwe concurrerende luchtvaartmaatschappijen op de markt actief waren geworden en er zich geen andere uitzonderlijke omstandigheden of radicale veranderingen in de marktomstandigheden hadden voorgedaan, niet was voldaan aan de in herzieningsclausule 15.1 vastgestelde voorwaarden voor het opheffen van de verbintenissen (overweging 108 van het bestreden besluit). Voorts verklaarde zij dat de partijen niet hadden aangetoond dat was voldaan aan de voorwaarden van herzieningsclausule 15.2 om de verbintenissen opnieuw te onderzoeken, op te heffen of te wijzigen (overweging 109 van het bestreden besluit).

24 De Commissie heeft deze conclusie gebaseerd op vijf gronden, die in de volgende bewoordingen waren gesteld:

„111. Ten eerste heeft de beëindiging van de met SAS gesloten jointventure-overeenkomst geen [invloed op de contractuele basis voor een ruimere samenwerking] die in de beschikking van 2005 werd onderzocht, en is zij derhalve onvoldoende om aanleiding te geven tot een nieuw onderzoek op basis van herzieningsclausule 15.2.

112. Ten tweede, zelfs indien de beëindiging van de jointventure-overeenkomst in theorie relevant zou worden geacht in de onderhavige zaak, zou de mededingingssituatie op de twee routes nog steeds ernstige twijfels doen rijzen over de verenigbaarheid van de concentratie met de interne markt [...] zodat niet zou zijn voldaan aan de voorwaarden van herzieningsclausule 15.2. Immers, slechts twee vervoerders voeren vluchten uit op de routes ZRH-STO en ZRH-WAW, en zij hebben parallelle hub-to-hub free-flow codeshare-overeenkomsten gesloten.

113. Ten derde hebben zich wat de route ZRH-WAW betreft, geen wijzigingen voorgedaan in de overeenkomsten sinds de beschikking van 2005.

114. Ten vierde kan de aanvaarding door de Commissie van structurele verbintenissen – in tegenstelling tot gedragsverbintenissen – betreffende de tarieven in bepaalde recente zaken waarin het ging om concentraties van luchtvaartmaatschappijen en die betrekking hadden op andere routes en markten als in casu, niet worden beschouwd als een wezenlijke verandering van de markt of de gevraagde opheffing anderszins rechtvaardigen. Evenzo kan het enkele feit dat in een aantal recente concentratiezaken betreffende luchtvaartmaatschappijen geen tariefverbintenissen werden overwogen, geen reden zijn om de tariefverbintenissen in het onderhavige geval op te heffen.

115. Ten vijfde vormt de gestelde wijziging in de wijze waarop de Commissie de partners van de alliantie behandelt geen marktontwikkeling op lange termijn in de zin van herzieningsclausule 15.2.

116. De Commissie komt bijgevolg tot de conclusie dat de gevraagde opheffing van de verbintenissen over het geheel genomen niet voldoet aan de voorwaarden van de herzieningsclausules 15.1 en 15.2 (eerste en tweede volzin). De ontheffing zou evenmin de algemene doeltreffendheid van de verbintenissen verbeteren. De Commissie heeft dan ook besloten om het verzoek van Lufthansa om gedeeltelijke opheffing van de verbintenissen af te wijzen [...]".

Procedure en conclusies van partijen

25 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 5 oktober 2016, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

26 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

– het bestreden besluit nietig te verklaren;

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

27 De Commissie verzoekt het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

28 Op voorstel van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Zesde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan, en heeft het in het kader van de in artikel 89 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voorziene maatregelen tot organisatie van de procesgang Lufthansa en de Commissie een aantal schriftelijke vragen gesteld. Partijen hebben die vragen binnen de gestelde termijn beantwoord.

29 Lufthansa en de Commissie zijn in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 14 september 2017.

In rechte

30 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan: 1) toepassing van een onjuist juridisch criterium bij de beoordeling van het verzoek om opheffing, kennelijke beoordelingsfouten en schending van de beginselen van evenredigheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen; 2) schending van het beginsel van behoorlijk bestuur, en 3) misbruik van bevoegdheid.

Opmerkingen vooraf

31 Verbintenissen van partijen om de ernstige twijfels die een concentratie doet rijzen, weg te nemen en om deze verenigbaar te maken met de interne markt, bevatten doorgaans een herzieningsclausule waarin de voorwaarden worden vastgesteld waaronder de Commissie, op verzoek van de gefuseerde entiteit, een verlenging van de termijnen kan toestaan of dergelijke verbintenissen kan opheffen, wijzigen of vervangen. Zoals blijkt uit punt 74 van de mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen (PB 2008, C 267, blz. 1; hierna: „mededeling betreffende corrigerende maatregelen"), is de ontheffing of de wijziging van verbintenissen van bijzonder belang in het geval van gedragsverbintenissen die mogelijk reeds verscheidene jaren zijn aangegaan en waarvoor op het tijdstip van de vaststelling van de concentratiebeschikking waarbij zij verbindend zijn verklaard bepaalde omstandigheden niet te voorzien waren. In dupliek heeft de

Commissie, onder verwijzing naar haar besluit C(2011) 2981 definitief van 3 mei 2011 (Zaak nr. IV/M.950 – Hoffmann – La Roche/Boehringer Mannheim), bovendien aangevoerd dat verbintenissen zelfs kunnen worden gewijzigd of opgeheven indien er geen herzieningsclausule is, wanneer verbintenissen door latere uitzonderlijke ontwikkelingen achterhaald of onevenredig worden. De verbintenissen zijn immers bedoeld om de mededingingsbezwaren weg te nemen die zijn vastgesteld in het besluit waarbij de concentratie wordt goedgekeurd, zodat, afhankelijk van de marktontwikkelingen, het nodig kan zijn de inhoud ervan te wijzigen of de noodzaak ervan kan wegvallen. In het kader van het onderhavige beroep stelt verzoekster echter alleen dat de gevraagde ontheffing haar had moeten worden verleend op grond van de in de verbintenissen opgenomen herzieningsclausules 15.1 en 15.2.

32 Alvorens de verschillende door verzoekster tegen het bestreden besluit aangevoerde middelen en argumenten te onderzoeken, moet worden vastgesteld over welke beoordelingsmarge de Commissie beschikt bij het onderzoek van een verzoek om opheffing van verbintenissen en hoe het Gerecht de desbetreffende besluiten van de Commissie zal toetsen, en moeten bepaalde aspecten van de procedure voor het onderzoek van een dergelijk verzoek worden gepreciseerd.

33 Volgens vaste rechtspraak geven de basisregels van verordening nr. 139/2004 de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid, met name voor economische beoordelingen (zie naar analogie arresten van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, EU:C:1998:148, punt 223; 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 38, en 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punt 53).

34 Dit geldt niet alleen voor de beoordeling van de verenigbaarheid van een concentratie, maar ook voor de beoordeling van de noodzaak om verbintenissen op te leggen om de door een concentratie ontstane ernstige twijfel weg te nemen (zie in die zin arresten van 30 september 2003, ARD/Commissie, T-158/00, EU:T:2003:246, punt 328, en 4 juli 2006, easyJet/Commissie, T-177/04, EU:T:2006:187, punt 128) en van de uitvoering van dergelijke verbintenissen (zie in die zin en naar analogie, arrest van 3 april 2003, Petrolessence en SG 2R/Commissie, T-342/00, EU:T:2003:97, punten 102 en 103).

35 Betreffende met name een verzoek om opheffing van verbintenissen die verbindend zijn verklaard bij een besluit waarbij een concentratie verenigbaar met de interne markt wordt verklaard, dient om te beginnen te worden opgemerkt dat, hoewel het onderzoek van een concentratie voorspellingen over toekomstige ontwikkelingen vereist die des te moeilijker en onzeker worden naarmate de tijdshorizon ervan langer wordt, bij het onderzoek van een verzoek om opheffing van verbintenissen niet noodzakelijk dezelfde problemen rijzen als bij een prospectieve analyse. Naargelang het geval moet bij het onderzoek van een dergelijk verzoek namelijk veeleer worden nagegaan of is voldaan aan de voorwaarden van de herzieningsclausule waarvan de verbintenissen in het algemeen vergezeld gaan, dan wel achteraf worden beoordeeld of de prognoses ten tijde van de goedkeuring van de concentratie, juist zijn gebleken, en of de ernstige twijfels die door de concentratie zijn gerezen, nog steeds bestaan.

36 Vervolgens dient te worden opgemerkt dat, zoals verzoekster stelt, het onderzoek van een verzoek om opheffing van verbintenissen niet is onderworpen aan de strikte termijnen die gelden bij het onderzoek van een concentratie. Er is namelijk geen enkele bepaling die voorziet in een termijn waarbinnen de procedure voor de behandeling van een dergelijk verzoek of bepaalde fasen van deze procedure moeten worden afgerond, en die meer in het algemeen deze procedure regelt of organiseert.

37 Dat neemt niet weg dat, net als de andere besluiten inzake concentraties, de beoordeling van een verzoek om opheffing van verbintenissen – soms complexe – economische beoordelingen vergt, met name om na te gaan of de marktsituatie in ruime zin aanzienlijk en duurzaam is gewijzigd, zodat de verbintenissen niet langer noodzakelijk zijn om de mededingingsbezwaren weg te nemen die zijn vastgesteld in het concentratiebesluit waarbij de verbintenissen verbindend zijn verklaard.

38 Bijgevolg beschikt de Commissie ook over een zekere discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van een verzoek om opheffing van verbintenissen, die complexe economische beoordelingen met zich meebrengt.

39 Bijgevolg moet bij het toezicht door het Gerecht op de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid rekening worden gehouden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 38). Dit betekent echter niet dat het Gerecht geen toezicht mag houden op de interpretatie van economische gegevens door de Commissie. Het Gerecht dient immers met name niet alleen de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan te controleren, maar het moet ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 39).

40 Anders dan de Commissie stelt, is deze rechtspraak uit het arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), in deze zaak niet irrelevant omdat de zaak waarin het Hof dit overwoog, geen betrekking had op een nieuw onderzoek van verbintenissen die bij een concentratiebesluit verbindend waren verklaard. Die rechtspraak is namelijk heel algemeen en vond overigens met name toepassing in de verschillende soorten geschillen die voortvloeien uit de toepassing van verordening nr. 139/2004. Bovendien is het vaste rechtspraak dat wanneer de instellingen over een beoordelingsvrijheid beschikken, het van des te groter fundamenteel belang is dat de door de rechtsorde van de Unie in administratieve procedures geboden waarborgen worden nageleefd. Tot die waarborgen behoren met name de verplichting voor de Commissie om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, het recht van de belanghebbende om zijn standpunt kenbaar te maken en zijn recht op een afdoende motivering van het bestreden besluit (zie in die zin arresten van 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, punt 14, en 20 maart 2002, ABB Asea Brown Boveri/Commissie, T-31/99, EU:T:2002:77, punt 99).

41 Hieruit volgt dat de Commissie weliswaar over een zekere discretionaire bevoegdheid beschikt bij de beoordeling van een verzoek om opheffing van verbintenissen, maar niettemin verplicht is dit verzoek zorgvuldig te onderzoeken, indien nodig een onderzoek in te stellen, passende onderzoeksmaatregelen te nemen en haar conclusies te baseren op alle relevante gegevens.

42 Wat het passende juridische criterium voor de beoordeling van een verzoek om opheffing betreft, herinnert de Commissie eraan dat de intrekking met terugwerkende kracht van een rechtmatige bestuurshandeling waarbij subjectieve rechten of soortgelijke voordelen zijn toegekend in strijd is met de algemene rechtsbeginselen (arrest van 20 november 2002, Lagardère en Canal+/Commissie, T-251/00, EU:T:2002:278, punt 139), en stelt zij dat rechtmatige concentratiebesluiten waarbij rechten of soortgelijke voordelen worden toegekend, zoals de beschikking van 2005, slechts in bepaalde welomschreven uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden gewijzigd of ingetrokken. Dit betoog kan niet worden gevolgd. Het besluit inzake een verzoek om opheffing van verbintenissen vooronderstelt geen intrekking van het besluit tot goedkeuring van de concentratie waarbij deze verbintenissen verbindend zijn verklaard, en houdt evenmin een dergelijke intrekking in. Het strekt ertoe na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden van de herzieningsclausule, die deel uitmaakt van de verbintenissen, en of, in voorkomend geval, niet langer sprake is van de mededingingsbezwaren die zijn vastgesteld in het besluit waarbij de concentratie onder voorbehoud van de verbintenissen is goedgekeurd.

43 Evenwel moet worden opgemerkt dat aangezien de beschikking van 2005 definitief is geworden, verzoekster in het kader van de onderhavige procedure de wettigheid van de beschikking niet indirect kan aanvechten, ook niet voor zover deze betrekking heeft op de verbintenissen.

44 Bovendien is verzoeksters argument dat de Commissie steeds verplicht is om regelmatig, zelfs op eigen initiatief, na te gaan of de corrigerende maatregelen nog steeds gerechtvaardigd zijn, in casu irrelevant, aangezien verzoekster een verzoek tot opheffing van de verbintenissen heeft ingediend.

45 Ten slotte dient te worden opgemerkt dat het aan de door de verbintenissen gebonden partijen staat om voldoende bewijs aan te dragen om aan te tonen dat aan de voorwaarden voor de opheffing van de verbintenissen is voldaan. Wanneer de partijen bewijzen aandragen die kunnen aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden van de herzieningsclausules van de verbintenissen, is het echter aan de Commissie om uit te leggen waarom het bewijsmateriaal ontoereikend of onbetrouwbaar is en om, indien nodig, een onderzoek in te stellen om het door deze partijen verstrekte bewijsmateriaal te controleren, aan te vullen of te weerleggen.

46 In het licht van al deze overwegingen moeten de door verzoekster aangevoerde middelen en argumenten worden onderzocht.

Eerste middel: toepassing van een onjuist juridisch criterium, kennelijke beoordelingsfouten en schending van de beginselen van evenredigheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen

47 Het eerste middel valt uiteen in vijf onderdelen. Het eerste onderdeel is gebaseerd op de toepassing van een onjuist juridisch criterium bij de beoordeling van het opheffingsverzoek en op schending van de beginselen van evenredigheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen. Het tweede onderdeel is ontleend aan kennelijke fouten bij de beoordeling van de alliantie-overeenkomsten van Lufthansa. Met het derde onderdeel wordt aangevoerd dat de Commissie er geen rekening mee heeft gehouden dat de mededinging tussen Swiss, enerzijds, en SAS en LOT, anderzijds, een „marktontwikkeling op lange termijn" vormde. Het vierde onderdeel houdt in dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de wijziging van haar beleid inzake de behandeling van alliantiepartners. Met het vijfde onderdeel wordt aangevoerd dat de Commissie, wat de corrigerende tariefmaatregelen betreft, haar algemene beleid op het gebied van concentraties niet in acht heeft genomen.

48 Om te beginnen dient het eerste onderdeel te worden onderzocht, vervolgens het tweede en het vierde onderdeel tezamen, dan het derde onderdeel en ten slotte het vijfde onderdeel. Na het onderzoek van de verschillende onderdelen volgt de conclusie inzake de beoordeling van het middel in zijn geheel.

Eerste onderdeel: toepassing van een onjuist juridisch criterium bij de beoordeling van het ontheffingsverzoek alsmede schending van de beginselen van evenredigheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen

49 Verzoekster betoogt in wezen dat het bestreden besluit berust op een onjuist juridisch criterium, aangezien de Commissie niet over een onbeperkte discretionaire bevoegdheid beschikt bij de beoordeling van verzoeken om opheffing van verbintenissen, en zij is van mening dat de verplichting van de Commissie om de langetermijnverbintenissen nauwgezet te onderzoeken en een onderzoek in te stellen wordt aangescherpt in het licht van de rechtspraak in het arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), en van de beginselen van evenredigheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

50 In de eerste plaats, voor zover verzoekster, zoals zij ter terechtzitting heeft bevestigd, in het kader van het onderhavige onderdeel de Commissie verwijt dat zij haar verplichting niet is nagekomen om het verzoek om opheffing zorgvuldig te onderzoeken, zo nodig een onderzoek in te stellen en haar conclusies te baseren op alle relevante gegevens die in aanmerking moeten worden genomen, komen de ter ondersteuning van dit onderdeel ontwikkelde argumenten geen zelfstandige betekenis toe. Zij moeten derhalve worden onderzocht in samenhang met de inhoudelijke bezwaren die in de andere onderdelen van het eerste middel zijn geformuleerd.

51 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de verbintenissen waarbij permanente beperkingen op de vaststelling van de prijzen worden opgelegd, onverenigbaar zijn met het evenredigheidsbeginsel en met een stelsel waarin de mededinging niet wordt vervalst, en dat zij daarom regelmatig opnieuw moeten worden onderzocht door de Commissie.

52 Dat betoog moet worden afgewezen. Naast het feit dat de betrokken verplichtingen niet permanent zijn, maar louter van onbepaalde duur, moet worden opgemerkt dat aangezien de beschikking van 2005 definitief is geworden, verzoekster de wettigheid van die verbintenissen niet kan betwisten in het kader van het onderhavige beroep, zoals is opgemerkt in punt 43 hierboven.

53 Bovendien, zoals de Commissie benadrukt, geven de herzieningsclausules 15.1 en 15.2 uitdrukking aan het evenredigheidsbeginsel doordat zij voorzien in de mogelijkheid om in uitzonderlijke omstandigheden de verbintenissen op te heffen, te wijzigen of te vervangen indien wordt aangetoond dat zij niet langer noodzakelijk of evenredig zijn, met dien verstande dat de loutere omstandigheid dat zij reeds meerdere jaren van kracht zijn op zich niet aantoont dat de ernstige twijfels waaraan zij tegemoetkomen, niet langer bestaan en dat de verbintenissen niet langer gerechtvaardigd zijn.

54 Ten slotte, zoals blijkt uit punt 44 hierboven, staat het niet aan de Commissie om regelmatig een ambtshalve onderzoek in te stellen naar verbintenissen op lange termijn, maar wel aan de partijen die door deze verbintenissen zijn gebonden om een verzoek om opheffing of wijziging ervan in te dienen en om aan te tonen dat aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.

55 In de derde plaats voert verzoekster met betrekking tot het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen aan dat de Commissie de tariefverbintenissen heeft verlangd, dat zij deze slechts met tegenzin heeft aanvaard door middel van de invoeging van herzieningsclausule 15.2 en dat zij derhalve een gewettigd vertrouwen koesterde dat de Commissie de verbintenissen daadwerkelijk zou opheffen en te goeder trouw zou onderzoeken of aan de voorwaarden van de herzieningsclausule was voldaan.

56 Dit betoog kan niet slagen. Ten eerste is het gebaseerd op een onjuiste premisse. Zoals met name blijkt uit overweging 30 en artikel 6, lid 2, van verordening nr. 139/2004, zijn het immers de bij een concentratie betrokken ondernemingen die verbintenissen kunnen voorstellen om de concentratie verenigbaar te maken met de interne markt, en kan de Commissie aan deze ondernemingen geen verbintenissen opleggen. Ten tweede is de bewering irrelevant, aangezien de wettigheid van de verbintenissen die bij de beschikking van 2005 verbindend zijn verklaard, niet langer kan worden betwist. Bovendien blijkt uit het dossier niet dat de Commissie concrete toezeggingen heeft gedaan met betrekking tot de opheffing van de verbintenissen. Ten slotte zij erop gewezen dat de herzieningsclausule als zodanig verzoekster niet kan waarborgen dat het verzoek om opheffing van verbintenissen automatisch zal worden gehonoreerd, aangezien verbintenissen slechts kunnen worden opgeheven indien daadwerkelijk aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.

57 Hieruit volgt dat het eerste onderdeel moet worden afgewezen, behalve wat betreft de grief inzake de schending door de Commissie van haar verplichting om het verzoek om opheffing zorgvuldig te onderzoeken en om, indien nodig, een onderzoek in te stellen en haar conclusies te baseren op alle in aanmerking te nemen relevante gegevens. Die grief zal worden onderzocht in het kader van de andere onderdelen van het eerste middel.

Tweede en vierde onderdeel: kennelijke fout bij de beoordeling van de alliantie-overeenkomsten van Lufthansa, gelet op de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2, en niet-inaanmerkingneming door de Commissie van de wijziging van haar beleid wat de behandeling van alliantiepartners betreft

58 Verzoekster betoogt in wezen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, geen rekening heeft gehouden met de relevante elementen, zich heeft gebaseerd op onbewezen veronderstellingen en het verzoek om opheffing niet te goeder trouw heeft onderzocht, toen zij heeft

geconcludeerd dat de wijzigingen in de tussen Lufthansa en SAS gesloten alliantie-overeenkomsten ontoereikend waren om de tariefverbintenis voor de route ZRH-STO op te heffen. Dienaangaande betoogt zij ten eerste dat het bestreden besluit geen rekening houdt met de beoordeling die de Commissie in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines zelf heeft gemaakt van dezelfde overeenkomsten die Lufthansa met SAS (en andere partners van Star Alliance) heeft gesloten, ten tweede dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de wijziging van haar beleid wat de behandeling van alliantiepartners betreft, ten derde dat de in beschikking C(2012) 2320 van de Commissie van 30 maart 2012 (Zaak COMP/M.6447 – IAG/bmi; hierna: „beschikking IAG/bmi"), onderzochte codeshare-overeenkomst in casu niet relevant is, en ten vierde dat de tussen Swiss en SAS gesloten codeshare-overeenkomst niet de vormen van samenwerking omvat waarop de behandeling van de partners van Lufthansa in de beschikking van 2005 is gebaseerd.

– Opmerkingen vooraf

59 Vooraf dient om te beginnen te worden vastgesteld dat de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2 alleen uitdrukkelijk verwijst naar de opheffing van de verplichting om slots ter beschikking te stellen en niet naar de verplichting betreffende de tarieven. Deze omstandigheid vloeit echter voort uit het feit dat, zoals uit punt 9 hierboven blijkt, de tariefverbintenissen pas werden ingevoegd aan het eind van de onderhandelingen over de corrigerende maatregelen, toen de tweede zin van herzieningsclausule 15.2 al was vastgesteld. Zoals verzoekster stelt, zonder door de Commissie te worden tegengesproken, is de herzieningsclausule dus onbedoeld en onopzettelijk niet gewijzigd om rekening te houden met deze toevoeging van de tariefverbintenissen. Hieruit volgt dat de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2 aldus moet worden uitgelegd, dat hij niet alleen van toepassing is op de verbintenissen inzake slots, maar ook op de tariefverbintenissen. Deze uitlegging is des te noodzakelijker omdat tariefverbintenissen een verplichting zijn die ongebruikelijk is en die de commerciële handelingsvrijheid van de partijen bijzonder beperkt, zodat het des te belangrijker en gerechtvaardigder lijkt te voorzien in de mogelijkheid om deze te beëindigen. Overigens heeft de Commissie ter terechtzitting uitdrukkelijk bevestigd dat zij deze uitlegging van de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2. niet betwistte.

60 Voorts zij opgemerkt dat terwijl de eerste volzin van herzieningsclausule 15.2, die overeenkomt met een standaardherzieningsclausule, bepaalt dat de Commissie de verbintenissen kan opheffen of wijzigen in geval van marktontwikkelingen op lange termijn, de tweede volzin van die clausule bepaalt dat de Commissie de verbintenissen zal opheffen in geval van wijziging van de contractuele betrekkingen. De bewoordingen van die tweede volzin, die zeker dwingender zijn, betekenen echter niet, zoals verzoekster stelt, dat elke wijziging in de contractuele betrekkingen automatisch meebrengt dat de Commissie de verbintenissen dient op te heffen. De opheffing van de verbintenissen op grond van de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2 vereist immers dat de contractuele betrekkingen waarop de Commissie haar conclusie inzake een vermindering van de concurrentiestimulansen heeft gebaseerd, zodanig zijn gewijzigd dat de in de beschikking van 2005 vastgestelde bezwaren zijn weggenomen.

61 In dit verband zij eraan herinnerd dat de betrokken tariefverbintenis werd aangeboden naar aanleiding van ernstige twijfels die voortvloeiden uit de overlapping van activiteiten, niet tussen de bij de concentratie betrokken partijen, maar tussen Swiss en SAS, dat geen deel uitmaakte van de Lufthansagroep maar een Star Alliance-partner was en bovendien met Lufthansa verbonden was door een reeks bilaterale overeenkomsten (zie punt 2 alsook de punten 5-8 hierboven). De Commissie heeft immers in overweging 22 van de beschikking van 2005 geconcludeerd dat, gelet op de intensieve samenwerking als gevolg van de bilaterale overeenkomsten die met Lufthansa waren gesloten, de Star Alliance-partners „Austrian, bmi, SAS en United Airlines niet [konden] worden beschouwd als concurrenten van Lufthansa" en „weinig of zelfs geen prikkels [hadden] om na de concentratie met Swiss te concurreren".

62 Vastgesteld moet worden dat de desbetreffende motivering zeer beknopt is, aangezien in de beschikking van 2005, zonder enige analyse van de verschillende overeenkomsten, alleen is aangegeven dat de door Lufthansa met de in punt 61 vermelde luchtvaartmaatschappijen gesloten bilaterale overeenkomsten voorzien in „een gemeenschappelijk prijsbeleid op wereldniveau, een gezamenlijke netwerk- en vluchtplanning, de organisatie van een gemeenschappelijk hubsysteem en één enkele marketingstrategie" en „derhalve de rechtsgrondslag voor de wereldwijde integratie van de netwerken van de maatschappijen en hun commerciële beleid vormen", aangezien „de reikwijdte en het doel van deze overeenkomsten verder gaan dan het geheel van de routes tussen Duitsland en hun respectieve landen van oorsprong". In overweging 22, laatste volzin, van de beschikking van 2005 is vermeld dat „dezelfde redenering geldt voor LOT en Air Canada waarvoor de met Lufthansa gesloten overeenkomsten minstens voorzien in een gemeenschappelijke planning van het netwerk en een gemeenschappelijk prijsbeleid dat verder reikt dan hun respectieve landen".

63 De beschikking van 2005 bevat dus geen analyse of individuele beoordeling van de verschillende door Lufthansa met SAS gesloten bilaterale overeenkomsten en zet evenmin uiteen waarom deze overeenkomsten van invloed zijn op de mededinging tussen SAS en Swiss op andere routes dan die waarop die overeenkomsten betrekking hebben, zodat de gevolgen van de beëindiging van een van deze overeenkomsten niet duidelijk voortvloeien uit de beschikking van 2005. Dat neemt niet weg dat de beoordeling dat de Star Alliance-partners, zoals SAS en LOT, niet als concurrenten van Lufthansa kunnen worden beschouwd en weinig of zelfs geen prikkels hebben om na de concentratie met Swiss te concurreren, is gebaseerd op een reeks overeenkomsten die resulteren in een zeer uitgebreide samenwerking. Bijgevolg lijkt een wijziging of beëindiging van de overeenkomsten waarmee deze verregaande integratie tot stand is gebracht, de in de beschikking van 2005 vastgestelde mededingingsbezwaren weg te kunnen nemen en derhalve de opheffing van de verbintenissen te kunnen rechtvaardigen.

64 In het licht van die overwegingen moeten de grieven en argumenten in verband met de wijzigingen van de contractuele betrekkingen tussen Lufthansa en SAS worden onderzocht.

– *Wijzigingen van contractuele betrekkingen tussen Lufthansa en SAS*

65 Tot staving van hun verzoek om opheffing hebben de partijen onder meer betoogd dat de beëindiging, op 1 juni 2013, van de jointventure-overeenkomst en van elke andere samenwerking tussen Lufthansa en SAS die verder ging dan standaard codesharing, een wijziging van de contractuele betrekkingen vormde in de zin van herzieningsclausule 15.2, die de opheffing van de tariefverbintenis voor route ZRH-STO rechtvaardigde. De Commissie erkent in de overwegingen 39 en 40 van het bestreden besluit dat de beëindiging van de jointventure-overeenkomst een wijziging vormde van de ten tijde van de vaststelling van de beschikking van 2005 bestaande contractuele betrekking tussen Lufthansa en SAS. In zijn verslag van 27 juni 2014 concludeerde de gemachtigde dat de beëindiging van de jointventure-overeenkomst een „wezenlijke wijziging van de markt" vormde in de zin van herzieningsclausule 15.2, aangezien daarmee een einde kwam aan het gezamenlijke operationele beleid van de twee maatschappijen, dat onder meer de vaststelling van de prijzen en de netwerkplanning tussen Lufthansa en SAS omvatte.

66 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de Commissie, hoewel zij inderdaad niet gebonden is aan het advies van de gemachtigde, er in beginsel toch rekening mee dient te houden, temeer daar zij zelf om dit advies heeft verzocht, de eerste keer op 16 juni 2014 en de tweede keer op 5 april 2016. In de overwegingen 30 tot en met 46 van het bestreden besluit, waarin het gaat over de beoordeling door de Commissie van de beëindiging van de jointventure-overeenkomst, analyseert de Commissie echter niet alleen de in deze adviezen vervatte beoordeling niet, maar vermeldt zij deze adviezen zelfs niet. Bovendien geeft de uiteenzetting in de overwegingen 27 en 29 van het bestreden besluit geen getrouw beeld van de adviezen van de gemachtigde zoals deze in de bijlage bij het verweerschrift van de Commissie zijn opgenomen. Ten eerste, in tegenstelling tot wat in overweging 27 van het bestreden

besluit wordt verklaard, was de gemachtigde in zijn advies van 27 juni 2014 niet van mening dat de vraag of de wezenlijke wijziging van de markt die het gevolg was van de beëindiging van de jointventure-overeenkomst tussen Lufthansa en SAS met betrekking tot de route ZRH-STO, de opheffing van de verbintenissen rechtvaardigde, zijn mandaat te buiten ging, maar was hij van mening dat de vraag die zijn mandaat te buiten ging, de vraag was of de Commissie in de beschikking van 2005, wat de route ZRH-WAW betreft, haar beoordeling van de betrekkingen tussen Lufthansa en LOT had gebaseerd op haar toenmalige rechtspraktijk of op een veronderstelling. Ten tweede zij opgemerkt dat, hoewel volgens overweging 29 van het bestreden besluit de gemachtigde op 3 mei 2016 zijn oorspronkelijke advies heeft gewijzigd en heeft verklaard dat hij betreffende de routes ZRH-STO en ZRH-WAW geen uitzonderlijke omstandigheden in de zin van herzieningsclausule 15.1 had vastgesteld, het document van 3 mei 2016 niet het tweede advies van de gemachtigde bevatte, maar antwoorden op een reeks vragen over herzieningsclausule 15.1 en niet over herzieningsclausule 15.2. Integendeel, in zijn tweede advies, dat dateert van 13 april 2016, heeft de gemachtigde, zoals de Commissie overigens uitdrukkelijk in haar verweerschrift heeft verklaard, in wezen de vorige conclusies van 27 juni 2014 herhaald en verduidelijkt dat de businessclasstarieven op beide routes na de invoering van de nieuwe tarieven eveneens aanzienlijk waren verlaagd. Evenmin heeft de Commissie in het bestreden besluit de draagwijdte en de gevolgen van de beëindiging van de jointventure-overeenkomst onderzocht, hoewel dit een essentieel instrument van de samenwerking tussen Swiss en SAS was.

67 In dit verband wordt in overweging 43 van het bestreden besluit gesteld dat aangezien de beoordeling in de beschikking van 2005 niet alleen was gebaseerd op de jointventure-overeenkomst, maar ook op een algemene beoordeling van de samenwerking tussen Lufthansa en SAS, en de bilaterale alliantie-overeenkomst van 1995, die een dergelijke samenwerking mogelijk maakt, nog steeds van kracht was, de loutere beëindiging van de jointventure-overeenkomst met betrekking tot het vliegverkeer tussen Duitsland en Scandinavië niet kan leiden tot de conclusie dat de huidige contractuele betrekkingen tussen de twee ondernemingen zo wezenlijk zijn gewijzigd, dat de in de beschikking van 2005 met betrekking tot de route ZRH-STO geformuleerde bezwaren zijn weggenomen. Het voortzetten van de bilaterale alliantie-overeenkomst van 1995 lijkt dus de reden te zijn voor de afwijzing van het verzoek om opheffing.

68 Overigens wordt in overweging 48 van het bestreden besluit in dit verband gesteld dat aangezien de bilaterale alliantie-overeenkomst van 1995 de basis vormt van alle andere bilaterale overeenkomsten die tussen de twee ondernemingen zijn gesloten, de beëindiging ervan, beschouwd in samenhang met de beëindiging van de jointventure-overeenkomst, in beginsel een wezenlijke wijziging zou kunnen inhouden van de in de beschikking van 2005 beoordeelde contractuele betrekkingen.

69 Zoals in de overwegingen 4, 32 en 47 van het bestreden besluit echter uitdrukkelijk is vermeld, heeft Lufthansa in de loop van de administratieve procedure voorgesteld om de bilaterale alliantie-overeenkomst te beëindigen, indien deze beëindiging de Commissie in staat zou stellen haar verzoek om opheffing voor route ZRH-STO in te willigen.

70 Bijgevolg kon de Commissie, in overweging 43 van het bestreden besluit, niet vaststellen dat, aangezien de bilaterale alliantie-overeenkomst nog steeds van kracht was, de beëindiging van de jointventure-overeenkomst niet de conclusie wettigde dat er sprake was van een wezenlijke wijziging van de contractuele betrekkingen.

71 De Commissie betoogt dienaangaande dat de bilaterale alliantie-overeenkomst nooit is beëindigd en dat het voorstel van Lufthansa om deze overeenkomst te beëindigen nooit een formele verbintenis is geweest. Zij is derhalve van mening dat het bestreden besluit niet had kunnen worden gebaseerd op een niet-bindende mondelinge suggestie van Lufthansa betreffende de mogelijke beëindiging van de bilaterale alliantie-overeenkomst.

72 Dit betoog kan niet worden aanvaard. Zoals verzoekster heeft betoogd en blijkt uit de overwegingen 4, 32 en 47 van het bestreden besluit, is het bestreden besluit gebaseerd op de veronderstelling dat Lufthansa die overeenkomst zou beëindigen indien die beëindiging voor de Commissie voldoende zou zijn om de tariefverbintenissen op te heffen. Bovendien was het aan de Commissie om, mocht zij dit nodig achten, tijdens de administratieve procedure Lufthansa te verzoeken die verbintenis ten uitvoer te leggen op de wijze die zij passend achtte.

73 Daaruit volgt dat de Commissie, door de gevolgen van de beëindiging van de jointventure-overeenkomst noch op zichzelf noch in samenhang met de verbintenis om ook de bilaterale alliantie-overeenkomst op te zeggen, in aanmerking te nemen, niet alle relevante factoren in aanmerking heeft genomen bij de beoordeling van het verzoek om opheffing op basis van een wijziging in de contractuele betrekkingen tussen Lufthansa en SAS.

74 Evenwel moet worden opgemerkt dat volgens andere overwegingen van het bestreden besluit de afwijzing van het verzoek is gebaseerd op andere gronden dan het achterwege blijven van de daadwerkelijke beëindiging van de bilaterale alliantie-overeenkomst.

75 Aldus heeft de Commissie in de conclusie van het gedeelte van het bestreden besluit dat betrekking heeft op de contractuele wijzigingen (overwegingen 68-70), na te hebben aangegeven dat de beëindiging van de jointventure-overeenkomst ontoereikend was, opgemerkt dat „de mededingingsvoorwaarden niet [waren] gewijzigd op de route ZRH-WAW, waarop de samenwerking tussen Lufthansa en LOT minder nauw [leek] te zijn geweest dan op de route ZRH-STO”, om vervolgens tot de conclusie te komen dat de tariefverbintenissen met betrekking tot de route ZRH-WAW moesten worden gehandhaafd en bijgevolg ook die met betrekking tot de route ZRH-STO. Deze rechtvaardiging moet worden afgewezen aangezien zij is gebaseerd op louter hypothetische overwegingen, zij geen enkel concreet onderzoek omvat van de relevante elementen voor elk van de routes en zij is gebaseerd op een redenering die enigszins een cirkelredenering is, aangezien de vergelijking tussen de twee routes de afwijzing van het verzoek voor de eerste route rechtvaardigt, hetgeen op zijn beurt de afwijzing van het verzoek voor de tweede route rechtvaardigt. Voorts heeft de Commissie in overweging 68 van het bestreden besluit beklemtoond dat het feit dat geen nieuwe luchtvaartmaatschappij tot de markt is toegetreden, op zich al kon worden beschouwd als een reden om voor beide routes, ZRH-STO en ZRH-WAW, vast te houden aan de tariefverbintenissen. Deze laatste rechtvaardiging is onjuist. De intrede van een nieuwe luchtvaartmaatschappij op de route ZRH-STO of route ZRH-WAW is geen voorwaarde voor de opheffing van de verbintenissen overeenkomstig de herzieningsclausules, maar een afzonderlijke, aanvullende reden die automatisch leidt tot de beëindiging van de tariefverbintenissen overeenkomstig clausule 11.1 van de verbintenissen.

76 Uit de overwegingen 49, 70, 95 en 112 van het bestreden besluit blijkt echter dat de Commissie van mening was dat de beëindiging van de jointventure-overeenkomst en het voorstel om ook de bilaterale alliantie-overeenkomst op te zeggen, niet voldoende waren, met name wegens de sluiting in 2006 van de codeshare-overeenkomst tussen Swiss en SAS. Bovendien moet volgens overweging 95 van het bestreden besluit, „zelfs indien de voorwaarden voor een verzoek om opheffing van de verbintenissen als vervuld zouden worden beschouwd”, de invoering van deze codeshare-overeenkomst nog steeds in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van het verzoek om opheffing. Ten slotte blijkt het belang dat de Commissie aan die overeenkomst hecht uit de overwegingen 5 en 104 van het bestreden besluit, waarin is uiteengezet dat de Commissie op 5 maart 2015 verzoekster heeft meegedeeld dat de ontheffing kon worden verleend indien zij bepaalde wijzigingen zou aanbrengen in de codeshare-overeenkomst tussen Swiss en SAS – namelijk de beperking van de werkingssfeer ervan tot transferpassagiers – waarbij dat voorstel niet was onderworpen aan enig voorbehoud of enige voorwaarde om de bilaterale alliantie-overeenkomst te beëindigen of een onderzoek in te stellen.

77 Hoewel de motivering van het bestreden besluit op zijn zachtst gezegd verwarrend is, moet echter ook worden onderzocht of de Commissie tot de conclusie kon komen dat de beëindiging van de jointventure-overeenkomst, in combinatie met het voorstel om de bilaterale alliantie-overeenkomst op te zeggen, niet voldoende was om het verzoek om opheffing in te willigen wegens de codeshare-overeenkomst die Swiss in 2006 met SAS had gesloten.

78 Verzoekster voert in dit verband twee reeksen argumenten aan, die verband houden met, ten eerste, de beoordeling door de Commissie van dezelfde overeenkomsten in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en een vermeende wijziging van het beleid inzake de behandeling van alliantiepartners, en ten tweede de codeshare-overeenkomst tussen Swiss en SAS.

– De beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en de vermeende wijziging van het beleid van de Commissie inzake de behandeling van alliantiepartners

79 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij geen rekening heeft gehouden met haar eigen beoordeling van dezelfde overeenkomsten tussen Lufthansa en SAS (en andere Star Alliance-partners) in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines. Meer in het algemeen betoogt verzoekster dat de Commissie sinds de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines haar beleid inzake de behandeling van alliantiepartners in die zin heeft gewijzigd dat indien de concentratie tussen Lufthansa en Swiss vandaag zou worden aangemeld, de routes ZRH-STO en ZRH-WAW niet zouden worden beschouwd als betrokken markten en de verbintenissen niet noodzakelijk zouden zijn geweest voor de goedkeuring van de concentratie.

80 Er zij op gewezen dat de in punt 79 hierboven uiteengezette grieven, in tegenstelling tot de grieven met betrekking tot de eigenlijke contractuele wijzigingen en de tussen Swiss en SAS gesloten codeshare-overeenkomst, door verzoekster werden aangevoerd om de beoordeling van de Commissie met betrekking tot zowel route ZRH-STO als route ZRH-WAW te betwisten.

81 De Commissie brengt om te beginnen in herinnering dat elke concentratie individueel wordt beoordeeld in het licht van de specifieke feitelijke en juridische omstandigheden ervan. Verzoekster kan zich derhalve niet erop beroepen dat de beoordeling van de Commissie afwijkt van die in andere zaken.

82 De Commissie is voorts van mening dat het bestreden besluit niet in tegenspraak is met de beoordeling in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en dat haar benadering van de beoordeling van de betrekkingen tussen de partijen bij een concentratie en derden in de luchtvaartsector sinds de vaststelling van de beschikking van 2005 niet wezenlijk is gewijzigd. In ieder geval kan er geen sprake zijn van een marktontwikkeling op lange termijn of, a fortiori, van een wijziging van de onderliggende overeenkomsten tussen Lufthansa en haar alliantiepartners.

83 In dat verband zij om te beginnen herinnerd aan de vaste rechtspraak dat wanneer de Commissie beslist over de verenigbaarheid van een concentratie met de interne markt op basis van een aanmelding en een dossier die specifiek voor die operatie zijn, een verzoeker de vaststellingen van de Commissie niet kan betwisten op grond dat zij verschillen van de vaststellingen die de Commissie eerder in een andere zaak op basis van een andere aanmelding en een ander dossier heeft gedaan, ook niet indien het in die twee zaken om vergelijkbare of zelfs identieke markten gaat (arresten van 14 december 2005, General Electric/Commissie, T-210/01, EU:T:2005:456, punt 118, en 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 142). Volgens die rechtspraak zijn de Commissie en a fortiori het Gerecht niet gebonden aan de feitelijke vaststellingen en de economische beoordelingen in eerdere beslissingen.

84 In casu kan verzoeksters betoog echter niet worden afgewezen op grond van de in punt 83 hierboven aangehaalde rechtspraak.

85 Ten eerste beroept verzoekster zich niet louter op een verschil in beoordeling tussen het bestreden besluit en een ander besluit, maar op een beleidswijziging, aangezien de Commissie bij de afbakening van de betrokken markten geen rekening meer zou houden met de alliantiepartners.

86 Ten tweede beroept verzoekster zich op de analyse van dezelfde overeenkomsten tussen dezelfde partijen, in dezelfde context en met betrekking tot hetzelfde probleem, die de Commissie heeft gemaakt in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines, die ook tot verzoekster was gericht.

87 Hoewel uit een eventueel verschil in analyse tussen de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en het bestreden besluit of een vermeende wijziging van het beleid van de Commissie op zich zeker niet kan worden afgeleid dat het bestreden besluit onwettig is, verlangen zij wel dat wordt nagegaan of de Commissie op zijn minst verzoeksters argument dat bij de afbakening van de betrokken markten niet langer rekening wordt gehouden met de alliantiepartners, grondig heeft onderzocht.

88 Bovendien, zoals uiteengezet in punt 13 hierboven, vormden de beoordeling in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en de wijziging van het beleid van de Commissie inzake de behandeling van de alliantiepartners juist een van de drie gronden, samen met de beëindiging van de jointventure-overeenkomst en het bestaan van concurrentie tussen Swiss enerzijds en SAS en LOT anderzijds, waarop het verzoek om opheffing was gebaseerd. Uit het dossier blijkt dat deze kwestie gedurende de gehele administratieve procedure centraal heeft gestaan in het debat.

89 Voorts moet worden opgemerkt dat de gestelde wijziging van het beleid van de Commissie ten aanzien van de alliantiepartners in een volledig deel van het bestreden besluit is onderzocht (overwegingen 71-83) en dat de motivering van dat besluit onder meer op die beoordeling is gebaseerd, die verzoekster derhalve kan aanvechten.

90 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters betoog op basis van de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en de daaropvolgende wijziging van het beleid van de Commissie ten aanzien van de alliantiepartners niet kan worden afgewezen op grond dat de eerdere beschikkingen niet het relevante rechtskader vormen. Bijgevolg moet het worden onderzocht.

91 In de eerste plaats moet in dit verband worden opgemerkt dat de Commissie in het bestreden besluit op geen enkele wijze antwoordt op het argument inzake de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines, hoewel dit argument in de overwegingen 73 en 74 van het bestreden besluit is uiteengezet. Dit verzuim is des te significanter daar het betrekking heeft op een element dat een van de gronden van het verzoek om opheffing vormt en verzoekster in haar brief van 20 november 2015 heeft gewezen op het overduidelijke belang van een (nieuwe) beoordeling door de Commissie van de door Lufthansa met SAS en LOT gesloten overeenkomsten die in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines waren onderzocht.

92 Ook de door de Commissie in haar geschriften voor het Gerecht aangevoerde elementen kunnen het verschil in analyse tussen het bestreden besluit en de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines niet rechtvaardigen, aangezien zij in werkelijkheid in beide gevallen aanwezig zijn.

93 De Commissie voert enkel aan dat zij in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines tot de conclusie is gekomen dat geen specifieke spill-overeffecten van de concentratie te verwachten vielen, aangezien de samenwerkingsovereenkomsten van Lufthansa met onder meer SAS en LOT waarschijnlijk niet zouden worden uitgebreid tot de andere partij bij de concentratie. Zoals verzoekster stelt, is dit echter ook het geval in de onderhavige zaak, aangezien het om dezelfde samenwerkingsovereenkomsten met dezelfde partijen gaat en vaststaat dat deze overeenkomsten geen clausule bevatten die voorziet in de automatische ruimere toepassing ervan zonder nieuwe onderhandelingen, en dat de samenwerkingsovereenkomsten tussen Lufthansa enerzijds en SAS en LOT anderzijds inderdaad niet tot Swiss zijn uitgebreid. De Commissie betoogt opnieuw dat zij van mening was dat Swiss een

dochteronderneming van Lufthansa zou worden en zou toetreden tot Star Alliance. Ook hier is er weinig verschil, aangezien Brussels Airlines ook een dochteronderneming van Lufthansa is geworden en tot Star Alliance is toegetreden.

94 In de tweede plaats, wat de wijziging van het beleid inzake de behandeling van alliantiepartners betreft, verwijst de Commissie in het bestreden besluit naar de beschikking IAG/bmi om aan te tonen dat zij de betrekkingen tussen de alliantiepartners niet principieel van haar bevoegdheid heeft uitgesloten, en evenmin de gevolgen van deze betrekkingen op de geneigdheid van deze partners om na de concentratie met elkaar te concurreren.

95 Zoals verzoekster opmerkt, heeft de Commissie in overweging 160 van de beschikking IAG/bmi echter uitdrukkelijk verklaard dat „overeenkomstig eerdere beschikkingen van de Commissie bij de bepaling van de betrokken markten geen rekening [was] gehouden met de partners van de IAG-alliantie".

96 Voorts heeft de Commissie in het bestreden besluit en in de memories voor het Gerecht betoogd dat in de beschikking IAG/bmi bij de beoordeling van de mededingingssituatie rekening is gehouden met de bestaande codesharerelaties tussen een van de partijen en derden. Echter, zoals verzoekster heeft opgemerkt en de Commissie in haar memories voor het Gerecht heeft erkend, betrof de in die zaak relevante overlapping van activiteiten in feite de partijen bij de concentratie zelf, namelijk bmi en British Airways – laatstgenoemde in haar hoedanigheid van verkopende maatschappij (hierna: „marketing carrier") die tickets voor vluchten van Royal Jordanian verkocht – en niet bmi en Royal Jordanian – een alliantiepartner van British Airways. Zoals verzoekster stelt, gaat het bij de beschikking IAG/bmi meer om een klassieke analyse van een concentratie dan om een toepassing van de in de beschikking van 2005 ontwikkelde analysemethode, volgens welke bij de afbakening van de markt rekening moet worden gehouden met onafhankelijke alliantiepartners.

97 Voorts heeft verzoekster tijdens de administratieve procedure en voor het Gerecht benadrukt dat in beschikking C(2009) 6690 definitief van de Commissie van 28 augustus 2009 waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines), de Commissie dezelfde benadering had gevolgd als in de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en dat zij derhalve de overlappingen van routes niet had onderzocht die uitsluitend het gevolg waren van de overlappingen tussen de door Austrian Airlines uitgevoerde vluchten en de vluchten van de Star Alliance-partners, met name LOT en SAS. Evenzo heeft de Commissie volgens verzoekster in beschikking C(2010) 5008 van 14 juli 2010 (Zaak COMP/M.5747 – Iberia/British Airways), de overlappingen van routes niet onderzocht die uitsluitend het gevolg waren van vluchten die werden uitgevoerd door alliantiepartners van Iberia en British Airways. Vastgesteld moet worden dat de Commissie noch in het bestreden besluit, waarin verzoeksters argument niettemin wordt vermeld, noch in haar memories voor het Gerecht daarop enig antwoord heeft gegeven.

– Codeshare-overeenkomst tussen Swiss en SAS

98 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat Swiss weliswaar codeshare-overeenkomsten heeft gesloten met zowel SAS, in 2006, als LOT, in 2007, maar dat verzoekster in haar verzoekschrift uitdrukkelijk enkel de beoordeling van de Commissie in dat opzicht heeft betwist met betrekking tot de route ZRH-STO en geen grief naar voren heeft gebracht met betrekking tot de beoordeling van de codeshare-overeenkomst tussen Swiss en LOT met betrekking tot de route ZRH-WAW.

99 De codeshare-overeenkomst tussen Swiss en SAS werd gesloten in 2006. Bijgevolg heeft de Commissie er in de beschikking van 2005, waarbij de verbintenissen verbindend werden verklaard, geen rekening mee gehouden toen zij aannam dat, gelet op de verschillende samenwerkingsovereenkomsten tussen Lufthansa en SAS, laatstgenoemde er weinig belang bij had om na de concentratie met Swiss te concurreren.

100 Anders dan verzoekster stelt, kan op grond van dit feit alleen niet worden aangenomen dat bij het onderzoek van het verzoek om opheffing geen rekening kan worden gehouden met de tussen Swiss en SAS gesloten codeshare-overeenkomst.

101 Hoewel herzieningsclausule 15.2 inderdaad verwijst naar een wijziging in de overeenkomsten op grond waarvan de Commissie vaststelt dat de prikkel om te concurreren is verminderd, zou de codeshare-overeenkomst in casu immers toch relevant kunnen zijn om algemeen te beoordelen of de contractuele betrekkingen zodanig zijn gewijzigd dat de mededingingsbezwaren die in de beschikking van 2005 waren geïdentificeerd en die grond hebben opgeleverd voor de verbintenissen, zijn weggenomen.

102 Een zuiver formele lezing van herzieningsclausule 15.2, die erin bestaat dat alleen rekening wordt gehouden met de wijzigingen van de overeenkomsten die bij de vaststelling van de beschikking van 2005 bestonden, zou, zoals in overweging 103 van het bestreden besluit is uiteengezet, de partijen namelijk in staat stellen de toepassing van de verbintenissen te omzeilen door de oude samenwerkingsovereenkomsten te vervangen door nieuwe, soortgelijke overeenkomsten.

103 Bijgevolg moet worden onderzocht of de tussen Swiss en SAS gesloten codeshare-overeenkomst voldoende nauw verband houdt met de in de beschikking van 2005 bedoelde contractuele betrekkingen en mededingingsbezwaren.

104 In dit verband dient te worden opgemerkt dat, zoals verzoekster terecht betoogt en door de Commissie wordt erkend, de strekking en de inhoud van de codeshare-overeenkomst en de samenwerkingsovereenkomsten verschillen en dat zij niet dezelfde partijen hebben.

105 Zo heeft de tussen Lufthansa en SAS gesloten bilaterale alliantie-overeenkomst betrekking op de samenwerking tussen deze twee luchtvaartmaatschappijen in hun toenmalige vorm en heeft zij geen betrekking op later overgenomen maatschappijen, zoals Swiss, terwijl de codeshare-overeenkomst in 2006 is gesloten tussen Swiss en SAS en alleen betrekking heeft op routes die door Swiss en SAS worden geëxploiteerd en niet op routes die door Lufthansa worden geëxploiteerd.

106 Ook het doel van de bilaterale alliantie-overeenkomst en dat van de codeshare-overeenkomsten zijn fundamenteel verschillend. Zoals in overweging 22 van de beschikking van 2005 is uiteengezet, voorzagen de door Lufthansa gesloten samenwerkingsovereenkomsten – en met name de bilaterale alliantie-overeenkomst die de basis voor de samenwerking vormde – namelijk in „een gemeenschappelijk prijsbeleid op wereldniveau, een gezamenlijke netwerk- en vluchtplanning, de organisatie van een gemeenschappelijk hubsysteem en één enkele marketingstrategie” en „[vormden] zij derhalve de rechtsgrondslag voor de wereldwijde integratie van de netwerken van de maatschappijen en hun commerciële beleid”. De codeshare-overeenkomst is daarentegen een in de luchtvaartsector gebruikelijke overeenkomst op grond waarvan Swiss, naast biljetten voor de door haar uitgevoerde vluchten, ook biljetten kan verkopen onder haar eigen identificatiecode (dat wil zeggen als „marketing carrier”) voor door SAS uitgevoerde vluchten en omgekeerd.

107 Zoals verzoekster benadrukt, zonder dat de Commissie dit tegenspreekt, is er in de codeshare-overeenkomst dus geen sprake van een „gemeenschappelijk prijsbeleid”. In het kader van deze overeenkomst is er ook geen sprake van een „gezamenlijke netwerk- en vluchtplanning”, aangezien elke maatschappij vrij is om haar eigen vluchten te plannen. De codeshare-overeenkomst voorziet niet in een „organisatie van een gemeenschappelijk hubsysteem”, aangezien elke maatschappij haar eigen hub exploiteert, overeenkomstig haar eigen prioriteiten. Ten slotte is er in de codeshare-overeenkomst geen sprake van „één enkele marketingstrategie”, aangezien elke maatschappij haar eigen tickets via haar eigen kanalen verkoopt.

108 De Commissie betoogt echter dat zowel de codeshare-overeenkomst als de bilaterale alliantie-overeenkomst integraal deel uitmaakt van de bredere contractuele relatie die ten grondslag ligt aan de beoordeling van de route ZRH-STO, en dat zij dan ook relevant zijn voor de toepasselijkheid van herzieningsclausule 15.2.

109 Gesteld dat de codeshare-overeenkomst relevant kan worden geacht voor de toepasselijkheid van herzieningsclausule 15.2, moet nog worden nagegaan of die overeenkomst tot gevolg heeft dat SAS niet als concurrent van Swiss kan worden beschouwd of althans de mededinging tussen Swiss en SAS kan beperken.

110 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de Commissie in het bestreden besluit de codeshare-overeenkomst niet concreet analyseert en zelfs geen elementen vermeldt waaruit blijkt dat de overeenkomst de mededinging tussen Swiss en SAS beperkte, maar zich beperkt tot hypothetische overwegingen. Zo luidt overweging 99 van het bestreden besluit als volgt:

„Wat de mogelijke gevolgen van dergelijke codeshare-overeenkomsten voor de mededinging op elk van beide routes betreft, is de Commissie van mening dat deze bestaande codeshare-overeenkomsten relevant zijn voor de beoordeling van de concentratie. Indien een soortgelijke transactie vandaag zou worden aangemeld, zouden de codeshare-overeenkomsten tussen Swiss, SAS en LOT mededingingsbezwaren kunnen doen rijzen en zouden de partijen verbintenissen kunnen moeten aanbieden om deze bezwaren weg te nemen [...]”.

111 Voor het Gerecht betoogt de Commissie dat uit de opzet van de codeshare-overeenkomsten blijkt dat de partijen over het algemeen een beperkte concurrentiedruk op elkaar uitoefenen. In dit verband betoogt zij dat bij parallelle codeshare-overeenkomsten, zoals in het onderhavige geval, de twee betrokken maatschappijen weinig geneigd zullen zijn te aanvaarden dat een van hen codeshare-stoelen op de vluchten van de andere maatschappij zou verkopen tegen lagere tarieven, gelet op de daaruit voortvloeiende daling van de inkomsten.

112 Vastgesteld moet worden dat deze elementen opnieuw louter hypothetisch zijn en niet voortvloeien uit een concrete analyse van de codeshare-overeenkomst in kwestie en de gevolgen ervan. Voorts zijn Swiss en SAS, zoals de Commissie erkent, overeengekomen de reserveringen van de andere partij en de tarieven die de andere partij voor haar reserveringen in rekening brengt, te aanvaarden. Evenzo wijst verzoekster in dit verband erop, zonder door de Commissie te worden tegengesproken, dat de luchtvaartmaatschappij die de vlucht uitvoert (hierna: „operating carrier”) vaak lagere tarieven aanbiedt voor deze vluchten dan voor vluchten die worden uitgevoerd door de codeshare-partner, omdat zij het risico draagt van onverkochte stoelen, terwijl de marketing carrier hoogstens een kleine commissie verdient op de verkoop van een stoel op een vlucht die wordt uitgevoerd door een andere maatschappij.

113 Bovendien moet worden opgemerkt dat de door de Commissie aangevoerde elementen, gesteld dat deze juist zijn, in ieder geval slechts kunnen aantonen dat de mededinging tussen de marketing carrier en de operating carrier gering is, maar niet dat de codeshare-overeenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging tussen de twee maatschappijen wordt beperkt voor de vluchten die zij zelf uitvoeren. De codeshare-overeenkomst kan met andere woorden weliswaar tot gevolg hebben dat slechts sprake is van een geringe mededinging bij de verkoop van codeshare-tickets, maar de Commissie heeft niets aangevoerd waaruit blijkt dat de codeshare-overeenkomst tot gevolg heeft dat de mededinging tussen de door elk van beide maatschappijen uitgevoerde vluchten wordt beperkt. Ook al stelt de Commissie te hebben vastgesteld dat de door de operating carrier aangeboden tarieven nagenoeg identiek waren aan die van de marketing carrier voor codeshare-plaatsen op dezelfde vlucht, verzoekster van haar kant voert onweersproken aan dat er prijsverschillen bestaan tussen vluchten die op dezelfde dag door verschillende maatschappijen worden uitgevoerd. Veeleer is het de mededinging tussen de respectievelijk door Swiss en SAS uitgevoerde vluchten die van doorslaggevend belang is om het bestaan van mededinging tussen de twee luchtvaartmaatschappijen te beoordelen.

114 Ten slotte heeft de Commissie voor het Gerecht erkend dat zij de gevolgen van de codeshare-overeenkomst tussen Swiss en SAS voor de mededinging tussen deze twee maatschappijen met betrekking tot de route ZRH-STO niet in detail heeft onderzocht. In dit verband betoogt de Commissie dat zij niet verplicht was de door verzoekster aangevoerde elementen te onderzoeken omdat verzoekster niet had aangetoond dat de contractuele betrekkingen zodanig waren gewijzigd dat de in de beschikking van 2005 vastgestelde mededingingsbezwaren waren weggenomen. Het onderzoek naar de gevolgen van de codeshare-overeenkomst voor de mededinging op de betrokken route was echter juist noodzakelijk om na te gaan of en in hoeverre de codeshare-overeenkomst de mededinging tussen Swiss en SAS kon beperken of uitschakelen.

115 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, ofschoon de codeshare-overeenkomst zeker in aanmerking kan worden genomen, noch de in het bestreden besluit genoemde elementen, noch zelfs de argumenten die de Commissie in haar memories voor het Gerecht heeft aangevoerd, grond kunnen opleveren voor de afwijzing van het verzoek om opheffing wat betreft de tariefverbintenissen met betrekking tot de route ZRH-STO.

Derde onderdeel: de Commissie heeft niet in aanmerking genomen dat de mededinging tussen Swiss, enerzijds, en SAS en LOT, anderzijds, een „marktontwikkeling op lange termijn" in de zin van de eerste volzin van herzieningsclausule 15.2 vormt

116 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij niet heeft onderzocht of uit de bewijzen van het voortbestaan van de mededinging tussen Swiss enerzijds en SAS en LOT, anderzijds, kon worden opgemaakt dat er sprake was van een „marktontwikkeling op lange termijn", hoewel dit een ontheffingsgrond is die uitdrukkelijk wordt genoemd in de eerste volzin van herzieningsclausule 15.2.

117 In dit verband betoogt verzoekster dat de prijzen op de routes ZRH-STO en ZRH-WAW aanzienlijk lager zijn dan in 2005, dat het aantal passagiers op die routes is verdubbeld en dat de partijen bewijzen hebben overgelegd waaruit blijkt dat de prijzen die Swiss aanrekent voor de vluchten die zij zelf uitvoert, verschillen van de prijzen die LOT aanrekent voor zetels op de vluchten die zij zelf uitvoert.

118 Vooraf moet worden opgemerkt dat „de marktontwikkeling op lange termijn" een afzonderlijke ontheffingsgrond is, die in de eerste volzin van herzieningsclausule 15.2 uitdrukkelijk is vermeld, en voorts dat de Commissie niet betwist dat het bestaan van mededinging tussen Swiss en SAS en LOT kan worden beschouwd als een marktontwikkeling op lange termijn. In die omstandigheden werd dit argument in overweging 53 van het bestreden besluit ten onrechte afgewezen op grond dat, „aangezien niet [is] voldaan aan de voorwaarden voor het honoreren van een verzoek om ontheffing, het niet nodig was de prijsontwikkelingen in dit besluit te onderzoeken". Deze fout blijft echter zonder gevolg, aangezien de Commissie in de overwegingen 54 tot en met 59 van het bestreden besluit „volledigheidshalve" toch de prijsontwikkelingen en het concurrentieniveau heeft onderzocht.

119 In dat verband erkende de Commissie weliswaar dat de door verzoekster en Swiss verstrekte grafieken inderdaad leken te wijzen op een zekere mate van prijsdifferentiatie tussen de door de verschillende maatschappijen op dezelfde dag uitgevoerde vluchten, maar heeft zij zich in het bestreden besluit op het standpunt gesteld dat niettemin onduidelijk bleef hoe betrouwbaar die analyse was, en dat bijgevolg een aanvullende economische analyse zou moeten worden uitgevoerd.

120 Zoals de Commissie heeft aangevoerd, is het zeker aan de gefuseerde onderneming die om een ontheffing van de verbintenissen verzoekt, om bewijselementen aan te voeren die aantonen dat aan de voorwaarden voor deze ontheffing is voldaan en kan van de Commissie niet worden verlangd dat zij voor elk verzoek om opheffing een nieuw marktonderzoek uitvoert. De Commissie beschikt echter over doeltreffende onderzoeksbevoegdheden en -middelen, en in het geval dat zij van oordeel zou zijn dat het door de partijen aangedragen bewijsmateriaal onvoldoende betrouwbaar of relevant is of met

andere gegevens moet worden aangevuld, dient zij te verzoeken om nadere informatie of dienaangaande een onderzoek in te stellen. Dit geldt des te meer omdat Lufthansa in haar antwoord van 20 november 2015 al had benadrukt dat de Commissie niet eenvoudigweg kon verklaren dat „de werkelijke mate van tariefconcurrentie op de twee routes open [kon] worden gelaten".

121 Op basis van de bevindingen van de gemachtigde hebben de partijen ook aangevoerd dat de verdubbeling van het aantal passagiers en de zeer aanzienlijke tariefverlaging tussen 2005 en 2014 wezen op een hoog niveau van mededinging tussen Swiss enerzijds en LOT en SAS anderzijds.

122 Dienaangaande heeft de Commissie in het bestreden besluit alleen opgemerkt dat de partijen geen onweerlegbaar bewijs hadden geleverd waaruit bleek dat deze prijsverlagingen waren veroorzaakt door concurrentie tussen Swiss en LOT en dat deze verlagingen namelijk ook konden worden toegeschreven aan de daling van de brandstofprijzen of het effect van de tariefverbintenissen.

123 Zoals hierboven is uiteengezet, kan de Commissie zich echter niet beperken tot het verlangen van onweerlegbaar bewijsmateriaal, zonder daarbij te specificeren waaruit dit moet bestaan, maar moet zij de onjuistheid van de door de partijen aangedragen bewijselementen aantonen, onderzoeksmaatregelen nemen of, indien nodig, een onderzoek instellen om het bewijsmateriaal aan te vullen of de gegrondheid ervan te weerleggen.

124 Bovendien moet worden opgemerkt dat de Commissie ter terechtzitting heeft bevestigd dat zij verzoeksters bewering niet betwistte, volgens welke 17 van de 32 prijsverlagingen voor de route ZRH-STO en 4 van de 13 prijsverlagingen voor de route ZRH-WAW vrijwillig waren, dat wil zeggen niet vereist door de corrigerende maatregelen.

125 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de Commissie niet heeft voldaan aan haar verplichting om alle relevante gegevens zorgvuldig te onderzoeken, en om de nodige onderzoeksmaatregelen te nemen of de nodige onderzoeken in te stellen om na te gaan of er een sprake was van mededinging tussen Swiss enerzijds en SAS en LOT anderzijds.

Vijfde onderdeel: niet-inachtneming van het algemene beleid inzake concentraties wat de corrigerende maatregelen inzake de tarieven betreft

126 Verzoekster betoogt dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de onverenigbaarheid van de tariefverbintenissen met haar beleid inzake corrigerende maatregelen, zoals uiteengezet in punt 18 van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen en bevestigd door de praktijk. Zij wijst erop dat de Commissie de afgelopen jaren de door de partijen voorgestelde tariefverbintenissen overigens stelselmatig heeft afgewezen.

127 Verzoekster betoogt dat tariefverbintenissen potentieel een dubbel verstorend effect op de mededinging hebben, namelijk, ten eerste, passagiers op de referentieroutes worden de voordelen ontnomen van prijsverlagingen die Swiss zou kunnen overwegen zonder de extra kosten die voortvloeien uit de vereiste overeenkomstige prijsverlaging op de overlappende routes, en, ten tweede, de toetreding van een concurrerende onderneming tot de markt wordt verhinderd door de kunstmatig lagere tarieven op de overlappende routes.

128 Verzoekster verwijt de Commissie dat zij deze elementen niet heeft beoordeeld, maar enkel heeft opgemerkt dat de routes ZRH-STO en ZRH-WAW geen drukke routes zijn en dat daarop ondanks de corrigerende maatregelen inzake slots geen nieuwe maatschappijen actief zijn geworden.

129 Wat ten eerste het argument betreft dat de tariefverbintenissen onverenigbaar zijn met het beleid van de Commissie inzake corrigerende maatregelen, zij in dat verband om te beginnen eraan herinnerd dat verzoekster in de onderhavige procedure de wettigheid van de verbintenissen die verbindend zijn verklaard bij de beschikking van 2005, die definitief is geworden, niet in twijfel kan trekken.

130 Vervolgens, zoals de Commissie terecht opmerkt, verbiedt de mededeling betreffende corrigerende maatregelen tariefverbintenissen niet, maar wordt daarin opgemerkt dat deze over het algemeen de mededingingsbezwaren als gevolg van horizontale overlappingen niet zullen wegnemen en dat dergelijke corrigerende maatregelen alleen bij wijze van uitzondering toelaatbaar kunnen worden geacht, mits zij worden toegepast door middel van doeltreffende uitvoerings- en toezichtsmechanismen en het gevaar niet bestaat dat zij verstoring van de mededinging tot gevolg hebben.

131 Ten slotte kan, aangezien elke concentratie individueel wordt beoordeeld in het licht van de toepasselijke feitelijke en juridische omstandigheden (zie in die zin arrest van 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punten 142 en 144), de omstandigheid dat in sommige of zelfs in de meeste zaken verbintenissen zijn geweigerd, niet verhinderen dat deze in een bijzondere situatie worden aanvaard, mits zij de vastgestelde mededingingsbezwaren kunnen wegnemen.

132 Wat ten tweede het betoog betreft dat de tariefverbintenissen zowel op de referentieroutes als op de overlappende routes kunnen leiden tot verstoringen, dient te worden vastgesteld dat de Commissie noch in het bestreden besluit, noch voor het Gerecht elementen heeft aangevoerd die dit betoog kunnen ontkrachten, en dat zij enkel het hypothetische karakter van dit betoog heeft benadrukt. Bovendien zou de verplichting om prijsverlagingen op de referentieroutes ook op de routes ZRH-STO en ZRH-WAW toe te passen, derde luchtvaartmaatschappijen ervan kunnen weerhouden die routes te exploiteren. Tariefverbintenissen zouden het structurele probleem van de markt waarop zij geacht worden een antwoord te bieden, verre van oplossen, integendeel, zij zouden aldus ertoe kunnen bijdragen dat zij voor onbepaalde tijd gehandhaafd moeten blijven.

133 Het gaat er hier echter niet om de wettigheid te beoordelen van de verbintenissen die door het besluit van 2005 bindend zijn verklaard, dat definitief is geworden, maar om na te gaan of aan de voorwaarden voor de opheffing van deze verbintenissen is voldaan.

134 In dit opzicht kan het argument inzake vervalsing van de mededinging, gesteld al dat daarvan inderdaad sprake is, niet worden gelijkgesteld met een wezenlijke wijziging van de markt in de zin van de eerste volzin van herzieningsclausule 15.2, noch met een wijziging van de contractuele betrekkingen in de zin van de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2, en, meer in het algemeen, kan het niet aantonen dat de in de beschikking van 2005 vastgestelde mededingingsbezwaren, die aan de verbintenissen ten grondslag liggen, zijn weggenomen.

135 Evenwel moet worden opgemerkt dat het argument inzake het risico van verstoring van de mededinging, hoewel het niet kan aantonen dat aan de voorwaarden van herzieningsclausule 15.2 voor de opheffing van de verbintenissen is voldaan, het voor de Commissie nog noodzakelijker maakt om het verzoek om opheffing zorgvuldig en grondig te onderzoeken en na te gaan of de verbintenissen nog steeds noodzakelijk of passend zijn.

Conclusie met betrekking tot het eerste middel

136 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de argumenten die zijn ontleend aan de beschikking Lufthansa/Brussels Airlines, een wijziging van het beleid ten aanzien van de alliantiepartners en het bestaan van mededinging tussen Swiss enerzijds en SAS en LOT anderzijds, en deze argumenten evenmin zorgvuldig heeft onderzocht.

137 Hoe betreurenswaardig dit verzuim ook moge zijn, het kan echter, bij gebreke van enige wijziging in de contractuele betrekkingen tussen Swiss en LOT, in het licht waarvan de tariefverbintenissen bij de beschikking van 2005 verbindend zijn verklaard, niet voldoende worden geacht om te resulteren in nietigverklaring van het bestreden besluit met betrekking tot de route ZRH-WAW.

138 Wat de route ZRH-STO betreft, moet niet alleen worden opgemerkt dat de in punt 136 genoemde elementen niet naar behoren zijn onderzocht en dat de jointventure-overeenkomst tussen Lufthansa en SAS is beëindigd, maar ook dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met verzoeksters verbintenis om ook de bilaterale alliantie-overeenkomst tussen Lufthansa en SAS te beëindigen en evenmin met het advies van de gemachtigde dat de markt op de route ZRH-STO ingrijpend was gewijzigd, en dat zij de gevolgen van de codeshare-overeenkomst voor de mededinging tussen Swiss en SAS onvoldoende heeft onderzocht. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door geen rekening te houden met alle relevante gegevens, en dat de in het bestreden besluit vastgestelde elementen de afwijzing van het verzoek om opheffing met betrekking tot de route ZRH-STO niet kunnen rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 39).

139 Hieruit volgt dat, zonder dat de andere door verzoekster aangevoerde middelen en argumenten hoeven te worden onderzocht, het bestreden besluit nietig moet worden verklaard voor zover het de route ZRH-STO betreft. Die andere middelen en argumenten moeten wel worden onderzocht voor zover zij de wettigheid van het bestreden besluit met betrekking tot de route ZRH-WAW betreffen.

Tweede middel: schending van het beginsel van behoorlijk bestuur

140 Verzoekster betoogt dat de Commissie haar verplichting om alle relevante elementen van de onderhavige zaak zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken, heeft geschonden, en bijgevolg ook niet heeft voldaan aan het beginsel van behoorlijk bestuur bedoeld in artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

141 Verzoekster betoogt dienaangaande dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de door haar aangevoerde juridische argumenten en haar toevlucht heeft genomen tot veronderstellingen en hypothesen inzake de mededinging op de betrokken routes, in plaats van een serieus onderzoek naar de feiten in te stellen. Bovendien zou de Commissie geen eigen onderzoek hebben verricht naar de prijsontwikkelingen en het concurrentieniveau, en zelfs niet op zinvolle wijze hebben samengewerkt met de met het toezicht belaste gemachtigde, en zou zij er de voorkeur aan hebben gegeven aan te nemen dat de codeshare-overeenkomsten de mededinging beperkten.

142 Dezelfde weigering om de door Lufthansa aangevoerde argumenten nauwgezet te onderzoeken, zou ook blijken uit het feit dat de Commissie voortdurend niet-overtuigende juridische argumenten herhaalt, waarop Lufthansa reeds heeft geantwoord tijdens de administratieve procedure.

143 Er zij aan herinnerd dat volgens artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten „eenieder [...] er recht op [heeft] dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen, organen en instanties van de Unie worden behandeld”.

144 Voor zover verzoekster de Commissie verwijt dat zij bij haar beoordeling niet alle relevante elementen in aanmerking heeft genomen, is deze grief onderzocht in het kader van het eerste middel.

145 Wat de grief betreft dat de Commissie duidelijk blijk heeft gegeven van haar neiging om het verzoek om opheffing niet nauwgezet te onderzoeken door geen rekening te houden met de juridische argumenten van Lufthansa, moet worden opgemerkt dat het enkele feit dat de Commissie de argumenten van Lufthansa heeft betwist en afgewezen op zich niet bewijst dat zij het verzoek om opheffing partijdig heeft behandeld. Ook het feit dat de Commissie beweerdelijk niet-overtuigende

juridische argumenten herhaalt, waarop Lufthansa meent reeds in de loop van de administratieve procedure te hebben geantwoord, kan veeleer duiden op een verschil in beoordeling, maar toont als zodanig en op zichzelf niet aan dat zij weigert het verzoek om opheffing onpartijdig te onderzoeken.

146 Bovendien kan niet worden gesteld dat de Commissie het verzoek in het geheel niet heeft onderzocht, aangezien zij, zoals uit de punten 14 tot en met 19 hierboven blijkt, verscheidene verzoeken om inlichtingen tot Lufthansa heeft gericht en tijdens de administratieve procedure meermaals met Lufthansa is bijeengekomen.

147 Hieruit volgt dat het tweede middel moet worden afgewezen.

Derde middel: misbruik van bevoegdheid

148 Verzoekster betoogt dat de Commissie de ontheffingsprocedure als pressiemiddel heeft gebruikt om Swiss te dwingen een contractuele regeling zonder enig expliciet verband met de concentratie te beëindigen. De Commissie tracht te ontkomen aan de procedures voor het onderzoek naar en de bestraffing van mogelijke inbreuken op artikel 101 VWEU overeenkomstig verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 101 en 102 [VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), wat de in 2007 tussen Swiss en LOT gesloten codeshare-overeenkomst betreft. In het bijzonder blijkt uit overweging 104 van het bestreden besluit dat de codeshare-overeenkomst en de potentiële mededingingsbeperkende gevolgen ervan voor de Commissie de voornaamste reden waren om het verzoek om opheffing af te wijzen.

149 De Commissie tracht aldus te ontkomen aan de verplichting om de vermeende mededingingsbeperkende gevolgen van de door Swiss gesloten codeshare-overeenkomst daadwerkelijk te bewijzen en voorts om een besluit te nemen waartegen beroep bij de rechter openstaat. Verzoekster wijst er in dit verband op dat de Commissie in februari 2011 ambtshalve een procedure heeft ingeleid tegen de codeshare-overeenkomsten met betrekking tot de hub-to-hub-routes, die zijn gesloten tussen Lufthansa en Turkish Airlines en tussen Brussels Airlines en TAP Air Portugal, maar dat zij na deze zaken gedurende vijf en een half jaar prioritair te hebben onderzocht, nog steeds niet tot enige conclusie was gekomen.

150 In dat verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak bij een handeling slechts kan worden gesproken van misbruik van bevoegdheid indien zij, op basis van objectieve, relevante en onderling overeenstemmende gegevens, uitsluitend, of ten minste in overwegende mate, is vastgesteld voor andere doeleinden dan die waarvoor de betrokken bevoegdheid is verleend of om te ontkomen aan een procedure waarin de Verdragen speciaal hebben voorzien om aan de omstandigheden van het geval het hoofd te bieden (zie arrest van 16 april 2013, Spanje en Italië/Raad, C-274/11 en C-295/11, EU:C:2013:240, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

151 Vastgesteld moet worden dat verzoekster geen objectieve, relevante en onderling overeenstemmende gegevens heeft overgelegd waaruit blijkt dat de Commissie de ontheffingsprocedure heeft gebruikt als pressiemiddel, met als enige of voornaamste doel Swiss te dwingen de codeshare-overeenkomst met LOT te beëindigen, teneinde te ontkomen aan de procedures voor het onderzoek naar en de bestraffing van inbreuken op artikel 101 VWEU.

152 Om te beginnen zij opgemerkt dat de procedure niet is ingeleid door de Commissie, maar op verzoek van verzoekster.

153 Bovendien blijkt weliswaar uit het dossier dat de Commissie van mening is dat de betrokken codeshare-overeenkomst in casu mededingingsbezwaren doet rijzen en dat, zoals met name blijkt uit de overwegingen 5, 49, 69 en 95 van het bestreden besluit, de voornaamste reden voor de afwijzing van het verzoek om opheffing de instandlating van de overeenkomst of het achterwege blijven van wijziging ervan was, maar dat betekent nog niet dat de Commissie haar bevoegdheden heeft misbruikt.

154 Zoals hierboven in de punten 101 tot en met 103 is uiteengezet, mocht de Commissie bij de beoordeling van het verzoek om opheffing rekening houden met de codeshare-overeenkomst tussen Swiss en LOT. Deze overeenkomst maakt immers integrerend deel uit van de bredere contractuele relatie die ten grondslag ligt aan de beoordeling van de mededinging op de route ZRH-WAW. Aangezien de Commissie in de beschikking van 2005 van mening was dat LOT, gelet op alle met Lufthansa gesloten samenwerkingsovereenkomsten, er weinig belang bij had om met Swiss te concurreren, is de codeshare-overeenkomst immers een element dat relevant is voor de beoordeling van de mededinging op die route, ongeacht of die overeenkomst uiteindelijk de afwijzing van het verzoek kan rechtvaardigen.

155 Voorts dient te worden vastgesteld dat de Commissie verzoekster niet heeft verplicht de codeshare-overeenkomst te beëindigen, maar slechts aan de partijen heeft gesuggereerd, teneinde de verlening van de ontheffing te vergemakkelijken, dat zij deze zouden beëindigen of ten minste zouden beperken tot de routes waarlangs passagiers worden aan- en afgevoerd, en aldus de omvang van de samenwerking tussen de fusieonderneming en LOT kleiner zouden maken.

156 Hieruit volgt dat de door verzoekster aangevoerde elementen niet kunnen worden beschouwd als objectieve, relevante en onderling overeenstemmende aanwijzingen voor een misbruik van bevoegdheid en dat het derde middel moet worden afgewezen.

157 Uit een en ander volgt dat het bestreden besluit nietig moet worden verklaard voor zover het betrekking heeft op de route ZRH-STO en dat het beroep moet worden verworpen voor het overige.

Kosten

158 Volgens artikel 134, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering dragen de partijen hun eigen kosten, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld.

159 Gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak moet worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) **Besluit C(2016) 4964 final van de Commissie van 25 juli 2016 houdende afwijzing van het verzoek van Deutsche Lufthansa AG tot opheffing van bepaalde verbintenissen die bij de beschikking van de Commissie van 4 juli 2005 tot goedkeuring van de concentratie in zaak COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss bindend waren verklaard, wordt nietig verklaard voor zover het betrekking heeft op de route Zurich-Stockholm.**

2) **Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

3) **Elke partij zal haar eigen kosten dragen.**

Berardis Papasavvas Spineanu-Matei

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 mei 2018.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding 1

Beschikking tot goedkeuring van de concentratie tussen Lufthansa en Swiss International Air Lines Ltd 2

Bestreden besluit 3

Procedure en conclusies van partijen 6

In rechte 6

Opmerkingen vooraf 6

Eerste middel: toepassing van een onjuist juridisch criterium, kennelijke beoordelingsfouten en schending van de beginselen van evenredigheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen 9

Eerste onderdeel: toepassing van een onjuist juridisch criterium bij de beoordeling van het ontheffingsverzoek alsmede schending van de beginselen van evenredigheid en van bescherming van het gewettigd vertrouwen 9

Tweede en vierde onderdeel: kennelijke fout bij de beoordeling van de alliantie-overeenkomsten van Lufthansa, gelet op de tweede volzin van herzieningsclausule 15.2, en niet-inaanmerkingneming door de Commissie van de wijziging van haar beleid wat de behandeling van alliantiepartners betreft 10

– Opmerkingen vooraf 11

– Wijzigingen van contractuele betrekkingen tussen Lufthansa en SAS 12

– De beschikking Lufthansa/Brussels Airlines en de vermeende wijziging van het beleid van de Commissie inzake de behandeling van alliantiepartners 15

– Codeshare-overeenkomst tussen Swiss en SAS 17

Derde onderdeel: de Commissie heeft niet in aanmerking genomen dat de mededinging tussen Swiss, enerzijds, en SAS en LOT, anderzijds, een „marktontwikkeling op lange termijn" in de zin van de eerste volzin van herzieningsclausule 15.2 vormt 20

Vijfde onderdeel: niet-inachtneming van het algemene beleid inzake concentraties wat de corrigerende maatregelen inzake de tarieven betreft 21

Conclusie met betrekking tot het eerste middel 22

Tweede middel: schending van het beginsel van behoorlijk bestuur 23

Derde middel: misbruik van bevoegdheid 24

Kosten 25