Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

de 16 de mayo de 2018*

«Competencia — Concentraciones — Mercado del transporte aéreo — Decisión por la que se declara la concentración compatible con el mercado interior a condición de que se cumplan determinados compromisos — Solicitud de exención de parte de las obligaciones objeto de los compromisos — Proporcionalidad — Confianza legítima — Principio de buena administración — Desviación de poder»

En el asunto T-712/16,

**Deutsche Lufthansa AG**, con domicilio social en Colonia (Alemania), representada por el Sr. S. Völcker, abogado,

parte demandante,

contra

**Comisión Europea**, representada por los Sres. A. Biolan, H. Leupold e I. Zaloguin, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso basado en el artículo 263 TFUE por el que se solicita la anulación de la Decisión C(2016) 4964 final de la Comisión, de 25 de julio de 2016, por la que se deniega la solicitud presentada por la demandante relativa a la exención de determinados compromisos declarados obligatorios por la Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2005 por la que se aprueba la concentración en el asunto COMP/M.3770 — Lufthansa/Swiss,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

integrado por el Sr. G. Berardis, Presidente, y el Sr. S. Papasavvas (Ponente) y la Sra. O. Spineanu-Matei, Jueces;

Secretario: Sra. C. Heeren, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 14 de septiembre de 2017;

dicta la siguiente

* Lengua de procedimiento: inglés.

## Sentencia

### Antecedentes del litigio

1 La demandante, Deutsche Lufthansa AG (en lo sucesivo, «Lufthansa» o «demandante») es la principal compañía aérea alemana. Es miembro cofundador de Star Alliance, la alianza de compañías aéreas más importante del mundo.

2 Además del acuerdo Star Alliance, Lufthansa suscribió con Scandinavian Airlines System (en lo sucesivo, «SAS»), el 11 de mayo de 1995, un acuerdo bilateral de alianza (en lo sucesivo, «acuerdo bilateral de alianza») y, el 1 de julio de 1995, un acuerdo de código compartido, un acuerdo de comercialización y venta y un acuerdo bilateral de empresa conjunta (en lo sucesivo, «acuerdo de empresa conjunta»).

3 Igualmente, además del acuerdo Star Alliance, Lufhansa suscribió con Polskie Linie Lotnicze LOT S.A. (en lo sucesivo, «LOT»), el 1 de junio de 2002, un acuerdo recíproco de código compartido, el 25 de agosto de 2003, un acuerdo especial de reparto de tarifas, el 26 de septiembre de 2003, un acuerdo estratégico de cooperación, el 15 de junio de 2004, un acuerdo marco relativo al programa de incentivos y, el 1 de octubre de 2003, el acuerdo de cooperación Miles and More.

#### *Decisión por la que se autoriza la operación de concentración entre Lufthansa y Swiss International Air Lines Ltd*

4 Mediante Decisión de 4 de julio de 2005 (asunto COMP/M.3770 — Lufthansa/Swiss; en lo sucesivo, «Decisión de 2005»), adoptada con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO 2004, L 24, p. 1), la Comisión de las Comunidades Europeas declaró que la operación de concentración (en lo sucesivo, «operación») por la que Lufthansa adquiría el control de la compañía aérea Swiss International Air Lines Ltd (en lo sucesivo, «Swiss») era compatible con el mercado interior, el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) y el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo, siempre que se cumplieran determinadas condiciones y cargas.

5 En el examen de la operación, la Comisión analizó, por una parte, los solapamientos entre los servicios de las dos compañías aéreas. Por otra parte, examinó en qué medida la adquisición de Swiss por Lufthansa también eliminaría la competencia efectiva entre Swiss y otras compañías aéreas que no formaban parte del grupo Lufthansa pero que sí eran socias de Star Alliance y estaban además vinculadas por una serie de acuerdos bilaterales o multilaterales, a saber, SAS, LOT, Austrian Airlines, British Midland Limited (en lo sucesivo, «bmi»), United Airlines y Air Canada.

6 A la vista de los diversos acuerdos de cooperación mencionados en los anteriores apartados 2 y 3 y teniendo en cuenta la probable futura adhesión de Swiss a Star Alliance, la Comisión concluyó que SAS y LOT apenas tenían interés en entrar a competir con Swiss después de la operación.

7 En consecuencia, las cuotas de mercado de SAS y LOT se añadieron a las de Lufthansa cuando la Comisión apreció los efectos sobre la competencia de la operación, lo que dio lugar a dos solapamientos en las líneas Zúrich-Estocolmo (en lo sucesivo, «ZRH-STO») y Zúrich-Varsovia (en lo sucesivo, «ZRH-WAW»). Al explotar únicamente esas líneas Swiss y los socios de Star Alliance —SAS en la línea ZRH-STO y LOT en la línea ZRH-WAW— y al estar saturados los aeropuertos de Zúrich (Suiza) y Estocolmo (Suecia), la Comisión concluyó que existían serias dudas acerca de la compatibilidad de la operación con el mercado interior por lo que respecta a esas dos líneas.

8 Con el fin de disipar esas serias dudas, Lufthansa y Swiss (en lo sucesivo, conjuntamente, «partes») propusieron el 13 de junio de 2005 determinados compromisos en materia de franjas horarias, en particular, en las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW.

9 A raíz de las observaciones presentadas por terceros interesados, las partes completaron, el 27 de junio de 2005, los compromisos relativos a las franjas horarias con determinados compromisos sobre tarifas —incluidos en la cláusula 11.1 de los compromisos presentados por las partes—, que disponen que la entidad fusionada aplicará, cada vez que reduzca una tarifa publicada en una línea de referencia comparable, una reducción (porcentualmente) equivalente en las tarifas correspondientes en las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW. Dicha cláusula estipula que esta obligación concluirá cuando inicie sus actividades en dichas líneas un nuevo prestador de servicios aéreos.

10 Los compromisos presentados por las partes (en lo sucesivo, «compromisos») establecen la designación de un mandatario encargado de controlar, bajo supervisión de la Comisión, el cumplimiento de los compromisos por las partes (en lo sucesivo, «mandatario»).

11 Los compromisos incluyen, por otra parte, las cláusulas de revisión 15.1 y 15.2 (en lo sucesivo, respectivamente, «cláusula de revisión 15.1» y «cláusula de revisión 15.2»), cuya redacción es la siguiente:

> «15.1 La Comisión podrá, en respuesta a una solicitud de la entidad fusionada, justificada por circunstancias excepcionales o por un cambio radical en las condiciones del mercado —como la explotación concreta e identificada de un servicio aéreo competidor en una combinación de ciudades europeas o de largo recorrido—, suprimir, modificar o sustituir alguno de los presentes compromisos.
>
> 15.2 A petición de la entidad fusionada, la Comisión podrá revisar, suprimir o modificar todos los compromisos propuestos en el presente documento basándose en la evolución del mercado a largo plazo. En particular, la Comisión eximirá de la obligación de ofrecer franjas horarias si aprecia que las relaciones contractuales en las que basó su conclusión de reducir los estímulos a la competencia entre la entidad fusionada mediante la decisión de 2005 y las compañías aéreas de la alianza Lufthansa afectadas, han cambiado en un punto sustancial que elimine las preocupaciones señaladas por la Comisión.»

### *Decisión impugnada*

12 El 4 de noviembre de 2013, las partes presentaron a la Comisión una solicitud de exención de los compromisos sobre tarifas y, en caso de que fuera posible, de los compromisos relativos a las franjas horarias y otras soluciones accesorias en materia de acceso aplicables a las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW. El presente recurso versa únicamente sobre la solicitud de exención de los compromisos sobre tarifas aplicables a las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW (en lo sucesivo, «solicitud de exención»).

13 La solicitud de exención se basaba en tres motivos: en primer lugar, la resolución del acuerdo de empresa conjunta; en segundo lugar, la modificación de la política de la Comisión en materia de trato a los socios de alianza en el examen de las operaciones de concentración y la apreciación realizada por la Comisión a este respecto en su Decisión C(2009) 4608 final, de 22 de junio de 2009, por la que se declara una concentración compatible con el mercado común y el Acuerdo EEE (asunto COMP/M.5335 — Lufthansa/SN Airholding; en lo sucesivo, «Decisión Lufthansa/Brussels Airlines»); y, en tercer lugar, la existencia de competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra.

14 Lufthansa respondió el 14 de febrero de 2014 a las preguntas de la Comisión de 22 de noviembre de 2013 y el 27 de abril de 2014 a las preguntas adicionales de 26 de febrero de 2014.

15 En una reunión celebrada el 12 de septiembre de 2014, Lufthansa propuso resolver el acuerdo bilateral de alianza si dicha resolución permitía a la Comisión estimar la solicitud de exención relativa a la línea ZRH-STO. El 16 de octubre de 2014, Lufthansa completó su solicitud de exención con nuevas pretensiones. El 26 de enero de 2015 respondió a una pregunta de la Comisión mediante correo electrónico y, el 18 de mayo de 2015, le informó de un proyecto de modificación de su estructura tarifaria.

16 El 5 de marzo de 2015, la Comisión informó a Lufthansa de que la exención solicitada podría serle concedida si introducía determinadas modificaciones en los acuerdos de código compartido suscritos con SAS y LOT. Lufthansa respondió, mediante correo electrónico de 28 de abril de 2015, que no tenía previsto introducir tales modificaciones.

17 Lufthansa respondió el 29 de junio de 2015 a las preguntas de la Comisión de 22 de mayo de 2015.

18 El 22 de octubre de 2015, la Comisión notificó a las partes su intención de denegar la solicitud de exención. Las partes presentaron observaciones el 20 y el 24 de noviembre de 2015.

19 El mandatario presentó observaciones a la solicitud de exención de Lufthansa el 27 de junio de 2014 y el 3 de mayo de 2016.

20 Mediante Decisión C(2016) 4964 final, de 25 de julio de 2016, la Comisión denegó la solicitud de Lufthansa relativa a la exención de determinados compromisos declarados obligatorios por la Decisión de 2005 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

21 Por lo que respecta a la solicitud de exención de las partes al amparo de la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2, basada en un cambio en los acuerdos de cooperación celebrados por Lufthansa, la Comisión estimó que la resolución del acuerdo de empresa conjunta suscrito entre Lufthansa y SAS en relación con el tráfico entre Alemania y Escandinavia no bastaba para eliminar los problemas expuestos en la Decisión de 2005 en cuanto a la línea ZRH-STO y que, además, el hecho de que no hubiese entrado en el mercado ninguna nueva compañía aérea podía considerarse en sí mismo una razón que justificaba el mantenimiento de los compromisos sobre las tarifas (considerando 68 de la Decisión impugnada). También se indica que, si las partes resolvieran efectivamente el acuerdo bilateral de alianza, la cláusula de revisión 15.2 podría, en principio y sin perjuicio de una decisión en otro sentido de la Comisión, iniciar el examen de los compromisos relativos a la línea ZRH-STO, con la salvedad de que la resolución del acuerdo bilateral de alianza únicamente conllevaría la aplicación de la cláusula de revisión 15.2, lo que por sí solo no basta para concluir que deba concederse efectivamente la exención solicitada por las partes (considerando 69 de la Decisión impugnada).

22 En relación con la solicitud de exención de las partes al amparo de lo dispuesto en la primera frase de la cláusula de revisión 15.2, basada en una modificación de la política de la Comisión en materia de apreciación del papel de los socios de alianza en el examen de las concentraciones desde la Decisión de 2005, se establece que toda operación será evaluada en virtud de sus propias características (considerando 77 de la Decisión impugnada), que la Comisión no excluía *a priori* de su competencia las relaciones entre los socios de alianza ni el impacto de esas relaciones en estimular a sus socios a que compitieran entre sí después de la concentración (considerando 79 de la Decisión impugnada) y que los compromisos presentados en el caso de autos exigen una evolución del mercado a largo plazo que las partes no han acreditado (considerandos 82 y 83 de la Decisión impugnada).

23 Por otra parte, la Comisión hizo hincapié en que, aun cuando se considerasen cumplidas las condiciones que permiten solicitar la exención de los compromisos en las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW, habría que tener en cuenta, al valorar la solicitud de exención, los acuerdos de código compartido suscritos por Swiss con los socios de Lufthansa —SAS, en 2006, y LOT, en 2007— (considerandos 95 y 96 de la Decisión impugnada). Debido al posible impacto de tales acuerdos de código compartido en la competencia en ambas líneas, la Comisión estimó que eran relevantes para

evaluar la concentración y llegó a la conclusión de que la existencia de esos acuerdos ponía de manifiesto que no había disminuido el grado de cooperación entre Lufthansa y SAS y LOT (considerandos 99 y 100 de la Decisión impugnada). Por tanto, la Comisión concluyó que no existían razones suficientes para conceder la exención solicitada. Precisó que, por un lado, dado que no había entrado en el mercado ninguna nueva compañía aérea competidora ni se había producido ninguna otra circunstancia excepcional ni ningún cambio radical en las condiciones del mercado, no se daban las condiciones para eximir los compromisos establecidos en la cláusula de revisión 15.1 (considerando 108 de la Decisión impugnada). Indicó, por otro lado, que las partes no habían demostrado que se hubiesen cumplido las condiciones exigidas para revisar, suprimir o modificar los compromisos con arreglo a la cláusula de revisión 15.2 (considerando 109 de la Decisión impugnada).

24 La Comisión fundamentó esta conclusión en cinco motivos, redactados del modo siguiente:

«111. En primer término, la rescisión del acuerdo de empresa conjunta suscrito con SAS no [afecta a la base contractual en favor de mayor cooperación] examinada en la Decisión de 2005, por lo que no basta para dar lugar a una revisión basada en la cláusula de revisión 15.2.

112. En segundo término, aun cuando teóricamente se considerase pertinente la rescisión del acuerdo de empresa conjunta en el caso de autos, la situación de la competencia existente en ambas líneas sigue planteando serias dudas en cuanto a la compatibilidad de la concentración con el mercado interior [...], de modo que no se darían las condiciones de la cláusula de revisión 15.2. En efecto, solo dos compañías aéreas cubren, respectivamente, las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW y esas compañías han suscrito acuerdos paralelos de código compartido de plataforma a plataforma.

113. En tercer término, no se ha producido ninguna modificación contractual en la línea ZRH-WAW desde la Decisión de 2005.

114. En cuarto término, la aceptación por la Comisión de compromisos estructurales —en contraposición a compromisos de carácter comportamental— en relación con las tarifas en algunos casos recientes de concentración de compañías aéreas, referidos a líneas y mercados que no son objeto de la presente Decisión, no puede considerarse un cambio sustancial del mercado ni justificar de otro modo la exención solicitada. Del mismo modo, el mero hecho de que en algunos casos recientes de concentración de compañías aéreas no se hayan previsto compromisos sobre las tarifas quizás no justifique la exención de los compromisos relativos a las tarifas en el caso de autos.

115. En quinto término, el supuesto cambio alegado en la forma de tratar la Comisión a los socios de Alliance no es evolución del mercado a largo plazo en el sentido de la cláusula de revisión 15.2.

116. Por tanto, la Comisión concluye que, en general, la exención de compromisos solicitada no cumple las condiciones establecidas en las cláusulas de revisión 15.1 y 15.2 (frases primera y segunda) ni tampoco mejora la eficacia general de los compromisos. Por consiguiente, la Comisión ha decidido denegar la solicitud de Lufthansa de exención parcial de los compromisos [...]».

**Procedimiento y pretensiones de las partes**

25 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 5 de octubre de 2016, la demandante interpuso el presente recurso.

26 La demandante solicita al Tribunal que:

– Anule la Decisión impugnada.

– Condene en costas a la Comisión.

27 La Comisión solicita al Tribunal que:

– Desestime el recurso.

– Condene en costas a la demandante.

28 A propuesta del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Sexta) acordó iniciar la fase oral del procedimiento y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 89 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal, formuló determinadas preguntas escritas a Lufthansa y a la Comisión, que respondieron en los plazos señalados.

29 En la vista de 14 de septiembre de 2017, se oyeron los informes orales de Lufthansa y de la Comisión y sus respuestas a las preguntas orales formuladas por el Tribunal.

## Fundamentos de Derecho

30 En apoyo de su recurso, la demandante formula tres motivos. El primer motivo se basa en la aplicación de un criterio jurídico erróneo en la apreciación de la solicitud de exención, en errores manifiestos de apreciación y en la violación de los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima. El segundo motivo se basa en la violación del principio de buena administración. El tercer motivo está basado en desviación de poder.

### *Observaciones preliminares*

31 Los compromisos asumidos por las partes con el fin de disipar las serias dudas que plantea una operación de concentración y de hacerla compatible con el mercado interior suelen incluir una cláusula de revisión que establece las condiciones en las que la Comisión, a petición de la entidad fusionada, podrá conceder una prórroga de los plazos o suprimir, modificar o sustituir dichos compromisos. Como se desprende del apartado 74 de la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento n.º 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión (DO 2008, C 267, p. 1; en lo sucesivo, «Comunicación relativa a las soluciones admisibles»), la exención o la modificación de los compromisos es más pertinente en el caso de los compromisos comportamentales, que pueden llevar en curso varios años y para los que no cabe prever ciertas circunstancias en el momento de la adopción de la decisión sobre la concentración que los convirtió en obligatorios. En su dúplica, la Comisión, remitiéndose a su Decisión C(2011) 2981 final, de 3 de mayo de 2011 (asunto IV/M.950 — Hoffmann — La Roche/Boehringer Mannheim), adujo, por otra parte, que la modificación o la exención de los compromisos puede producirse incluso sin cláusula de revisión cuando los compromisos quedan obsoletos o resultan desproporcionados como consecuencia de cambios posteriores excepcionales. En efecto, los compromisos tratan de solventar los problemas de competencia puestos de manifiesto en la decisión que autoriza la concentración, de modo que quizás haya que modificar su contenido, o desaparezca su necesidad, en función de la evolución de la situación del mercado. No obstante, en el presente recurso, la demandante solo invoca que debió habérsele concedido la exención solicitada con arreglo a las cláusulas de revisión 15.1 y 15.2 incluidas en los compromisos.

32 Con carácter previo al examen de los distintos motivos y alegaciones formulados por la demandante contra la Decisión impugnada, es preciso determinar el margen de apreciación de que dispone la Comisión cuando examina una solicitud de exención de compromisos y el control que debe realizar el Tribunal sobre las decisiones adoptadas por la Comisión a este respecto y aclarar determinados aspectos del procedimiento de examen de una solicitud de este tipo.

33 Según jurisprudencia reiterada, las normas de fondo del Reglamento n.º 139/2004 confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de carácter económico (véanse, por analogía, las sentencias de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, C-68/94 y C-30/95, EU:C:1998:148, apartado 223; de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, apartado 38, y de 18 de diciembre de 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Comisión, C-202/06 P, EU:C:2007:814, apartado 53).

34 Así ocurre no solo cuando se ha de apreciar la compatibilidad de una operación de concentración, sino también cuando se trata de examinar la necesidad de obtener compromisos con el fin de disipar las dudas serias que tal operación plantea (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de septiembre de 2003, ARD/Comisión, T-158/00, EU:T:2003:246, apartado 328, y de 4 de julio de 2006, easyJet/Comisión, T-177/04, EU:T:2006:187, apartado 128) y la ejecución de tales compromisos (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia de 3 de abril de 2003, Petrolessence y SG2R/Comisión, T-342/00, EU:T:2003:97, apartados 102 y 103).

35 Más concretamente, cuando se trata de una solicitud de exención de compromisos declarados obligatorios mediante una decisión por la que se declara una operación de concentración compatible con el mercado interior, procede señalar, en primer lugar, que, aunque el examen de una concentración exige predicciones sobre la futura evolución que se hacen más difíciles e inciertas a medida que su horizonte temporal se aleja, el examen de una solicitud de exención de compromisos no plantea necesariamente las mismas dificultades de análisis prospectivo. Según las hipótesis, el examen de tal solicitud requerirá más bien comprobar si se dan las condiciones establecidas en la cláusula de revisión que suele acompañar a los compromisos o evaluar, a distancia, si han resultado exactas las predicciones hechas cuando se aprobó la concentración o si las serias dudas suscitadas por dicha concentración están todavía de actualidad.

36 A continuación, hay que observar —como alega la demandante— que el examen de una solicitud de exención de compromisos no está sometido a los estrictos plazos fijados para el examen de las operaciones de concentración. En efecto, ninguna disposición establece plazos en los que deba concluirse el procedimiento de examen de tal solicitud o algunas fases del mismo ni, más genéricamente, regula u organiza dicho procedimiento.

37 No es menos cierto que la apreciación de una solicitud de exención de compromisos supone, como las demás decisiones en materia de concentración, evaluaciones económicas a veces complejas para comprobar, en particular, si la situación del mercado, en sentido amplio, ha cambiado de forma significativa y duradera, de modo que los compromisos ya no sean necesarios para solventar los problemas de competencia puestos de manifiesto en la decisión de concentración que declaró los compromisos obligatorios.

38 En consecuencia, procede considerar que la Comisión también dispone de cierta facultad discrecional en la apreciación de una solicitud de exención de compromisos que conlleve evaluaciones económicas complejas.

39 Por consiguiente, el control por parte del Tribunal del ejercicio de dicha facultad debe efectuarse teniendo en cuenta el margen de apreciación implícito en las normas de carácter económico que forman parte del régimen de las concentraciones (sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, apartado 38). Sin embargo, ello no implica que el Tribunal deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico llevada a cabo por la

Comisión. En efecto, el Tribunal no solo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, apartado 39).

40 Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, la jurisprudencia expuesta en la sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), no es irrelevante en el caso de autos debido a que el asunto en el que la estableció el Tribunal de Justicia no versaba sobre la revisión de los compromisos declarados obligatorios por una decisión de concentración. Dicha jurisprudencia es, en efecto, absolutamente genérica y se ha aplicado también, en particular, en los distintos tipos de litigios derivados de la aplicación del Reglamento n.º 139/2004. Además, según reiterada jurisprudencia, en el caso de que las instituciones dispongan de facultad de apreciación, el respeto de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico de la Unión en los procedimientos administrativos reviste una importancia no menos fundamental. Entre estas garantías figuran, en particular, la obligación de la Comisión de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trata, el derecho del interesado a expresar su punto de vista y el de que se le motive la Decisión impugnada de modo suficiente (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, apartado 14, y de 20 de marzo de 2002, ABB Asea Brown Boveri/Comisión, T-31/99, EU:T:2002:77, apartado 99).

41 De lo anterior se desprende que, si bien la Comisión dispone de cierta discrecionalidad al apreciar de una solicitud de exención de compromisos, está obligada a realizar un examen diligente de la misma, a llevar a cabo, si es necesario, una investigación, a adoptar las diligencias de prueba adecuadas y a fundamentar sus conclusiones en todos los datos pertinentes.

42 En cuanto al criterio jurídico adecuado para apreciar una solicitud de exención, la Comisión, recordando que la revocación retroactiva de un acto administrativo legal que haya conferido derechos subjetivos o ventajas similares es contraria a los principios generales del Derecho (sentencia de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal+/Comisión, T-251/00, EU:T:2002:278, apartado 139), alega que las decisiones de concentraciones legales que confieren derechos o ventajas similares, como la Decisión de 2005, solo pueden modificarse o revocarse en determinadas circunstancias excepcionales estrictamente definidas. No cabe estimar esta alegación. La decisión relativa a una solicitud de exención de compromisos no presupone la revocación de la decisión que autoriza la concentración que los declaró obligatorios ni consiste en tal revocación. Tiene por objeto comprobar si se dan las condiciones establecidas en la cláusula de revisión que forma parte de los compromisos o, en su caso, si ya no se plantean los problemas de competencia señalados en la decisión por la que se autoriza la concentración a condición de que se cumplan los compromisos.

43 No obstante, ha de precisarse que, al haber adquirido firmeza la Decisión de 2005, la demandante no puede impugnar indirectamente su legalidad en el presente procedimiento, ni siquiera en lo referido a los compromisos.

44 Por otra parte, la alegación de la demandante de que la Comisión sigue estando obligada a revisar periódicamente, incluso por iniciativa propia, si las soluciones están todavía justificadas, es irrelevante en el caso de autos puesto que la demandante presentó una solicitud de exención de los compromisos.

45 Por último, debe precisarse que incumbe a las partes vinculadas por los compromisos aportar pruebas bastantes para demostrar que se dan las condiciones exigidas para la exención de los compromisos. No obstante, cuando dichas partes aporten pruebas capaces de acreditar que se dan las condiciones establecidas en las cláusulas de revisión de los compromisos, corresponderá a la Comisión exponer por qué dichas pruebas no bastan o no son fiables y, en caso necesario, llevar a cabo una investigación para comprobar, completar o refutar las pruebas presentadas por esas partes.

46 Procede examinar los motivos y alegaciones formulados por la demandante a la luz de todas estas consideraciones.

***Sobre el primer motivo, basado en la aplicación de un criterio jurídico erróneo, en errores manifiestos de apreciación y en la violación de los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima***

47 El primer motivo se subdivide en cinco partes. La primera se basa en la aplicación de un criterio jurídico erróneo en la apreciación de la solicitud de exención y en la violación de los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima. La segunda se basa en errores manifiestos en la apreciación de los acuerdos de alianza de Lufthansa. La tercera se fundamenta en que la Comisión no tuvo en cuenta que la competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra, constituye una «evolución del mercado a largo plazo». La cuarta se fundamenta en que la Comisión no tuvo en cuenta la modificación de su política con respecto al trato a los socios de alianza. La quinta se basa en el incumplimiento por parte de la Comisión de su política general en materia de concentraciones con respecto a las soluciones sobre tarifas.

48 Procede examinar, inicialmente, la primera parte, después las partes segunda y cuarta conjuntamente, a continuación, la tercera parte y, por último, la quinta. La conclusión sobre la apreciación de todo el motivo se alcanzará al concluir el examen de las distintas partes.

*Sobre la primera parte, basada en la aplicación de un criterio jurídico erróneo en la apreciación de la solicitud de exención y en la violación de los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima*

49 La demandante sostiene, en esencia, que la Decisión impugnada se basa en un criterio jurídico erróneo ya que la Comisión no goza de una facultad discrecional ilimitada en la apreciación de las solicitudes de exención de compromisos y considera que, a la luz de la jurisprudencia expuesta en la sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), y de los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima, la Comisión está especialmente obligada a examinar con atención los compromisos a largo plazo y a llevar a cabo una investigación.

50 En primer lugar, dado que —como la demandante confirmó en la vista— en la presente parte, imputa a la Comisión que haya incumplido su obligación de realizar un examen diligente de la solicitud de exención, de llevar a cabo, en caso necesario, una investigación y de fundamentar sus conclusiones en todos los datos pertinentes que haya que considerar, la alegación formulada en apoyo a dicha parte no tiene alcance autónomo. Por tanto, habrá que examinarla junto con las imputaciones de fondo formuladas en las demás partes del primer motivo.

51 En segundo lugar, la demandante alega que los compromisos que imponen restricciones perpetuas en la fijación de precios son incompatibles con el principio de proporcionalidad y con un sistema en el que la competencia no esté falseada y requieren por ello una revisión periódica por parte de la Comisión.

52 Esta alegación debe desestimarse. Además de que las obligaciones controvertidas no son perpetuas, sino de duración indeterminada, hay que señalar que, al haber adquirido firmeza la Decisión de 2005, la demandante no puede impugnar —como se ha indicado en el apartado 43 anterior— la legalidad de dichos compromisos en el presente recurso.

53 Por otra parte, como pone de relieve la Comisión, las cláusulas de revisión 15.1 y 15.2 expresan el principio de proporcionalidad por cuanto permiten, en circunstancias excepcionales, suprimir, modificar o sustituir los compromisos si se demuestra que ya no son necesarios o proporcionados,

habida cuenta de que el mero hecho de que lleven varios años vigentes no acredita por sí mismo que hayan quedado disipadas las serias dudas a las que responden y que los compromisos ya no estén justificados.

54 Por último, como se desprende del anterior apartado 44, no incumbe a la Comisión llevar a cabo periódicamente un examen de oficio de los compromisos de larga duración, e incumbe, por el contrario, a las partes vinculadas por dichos compromisos presentar una solicitud de exención o de modificación de los mismos y acreditar que se dan las condiciones para ello.

55 En tercer lugar, por lo que respecta al principio de protección de la confianza legítima, la demandante aduce que la Comisión exigió los compromisos sobre tarifas, que solo los aceptó con reservas a cambio de la inclusión de la cláusula de revisión 15.2 y que, por tanto, confiaba legítimamente en que la Comisión eximiera efectivamente los compromisos y examinara de buena fe si se cumplían los requisitos de la cláusula de revisión.

56 Este razonamiento no puede prosperar. Por una parte, se basa en una premisa errónea. En efecto, como resulta, en particular, del considerando 30 y del artículo 6, apartado 2, del Reglamento n.º 139/2004, quienes pueden proponer compromisos para compatibilizar una operación de concentración con el mercado interior son las empresas afectadas y la Comisión no puede imponer compromisos a dichas empresas. Por otra parte, la alegación es irrelevante, puesto que ya no cabe impugnar la legalidad de los compromisos declarados obligatorios por la Decisión de 2005. Por otra parte, de los autos no se desprende que la Comisión hubiese dado garantías concretas en cuanto a la exención de los compromisos. Por último, procede señalar que la cláusula de revisión no podía garantizar por sí misma a la demandante que su solicitud de exención de compromisos fuese aceptada automáticamente ya que la exención de los compromisos solo puede concederse si efectivamente se dan las condiciones establecidas al efecto.

57 De ello se deduce que la primera parte debe desestimarse, salvo en lo relativo a la imputación basada en el incumplimiento por la Comisión de su obligación de realizar un examen diligente de la solicitud de exención, de llevar a cabo, si fuese necesario, una investigación y de fundamentar sus conclusiones en todos los datos pertinentes que haya que considerar, lo que se analizará en las demás partes del primer motivo.

*Sobre las partes segunda y cuarta, basadas en error manifiesto de apreciación de los acuerdos de alianza de Lufthansa de conformidad con la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2 y en que la Comisión no tuvo en cuenta la modificación de su política con respecto al trato dado a los socios de alianza*

58 La demandante sostiene, en esencia, que la Comisión incurrió en error manifiesto de apreciación, que no tuvo en cuenta los elementos relevantes, que se basó en hipótesis no acreditadas y que no examinó de buena fe la solicitud de exención al concluir que los cambios en los acuerdos de alianza suscritos entre Lufthansa y SAS no bastaban para eximir del compromiso sobre tarifas relativo a la línea ZRH-STO. Aduce al respecto, en primer lugar, que la Decisión impugnada no tiene en modo alguno en cuenta la apreciación —llevada a cabo por la propia Comisión— de los mismos acuerdos suscritos por Lufthansa con SAS (y otros socios de Star Alliance) en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines; en segundo lugar, que la Comisión no tuvo en cuenta su cambio de política con respecto al trato dado a los socios de alianza; en tercer lugar, que el acuerdo de código compartido analizado en la Decisión C(2012) 2320 de la Comisión, de 30 de marzo de 2012 (asunto COMP/M.6447 — IAG/bmi; en lo sucesivo, «Decisión IAG/bmi»), no es pertinente en el caso de autos; y, en cuarto lugar, que el acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y SAS no incluye los tipos de colaboración en los que se basa el trato a los socios de Lufthansa en la Decisión de 2005.

– *Observaciones preliminares*

59 Con carácter preliminar, procede señalar, antes de nada, que la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2 solo se refiere expresamente a la supresión de la obligación de ofrecer franjas horarias y no a la relativa a las tarifas. No obstante, esta situación resulta de que, como se desprende del anterior apartado 9, los compromisos sobre tarifas no fueron introducidos hasta al final de la negociación de las soluciones, cuando ya se había redactado la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2. Como alega la demandante, sin que la Comisión lo niegue, la cláusula de revisión se modificó por descuido —y no deliberadamente— a fin de reflejar esta adición de los compromisos sobre tarifas. De ello se deduce que la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2 debe interpretarse en el sentido de que no solo se aplica a los compromisos relativos a las franjas horarias, sino también a los compromisos sobre tarifas. Esta interpretación se impone *a fortiori* puesto que los compromisos sobre tarifas son una obligación poco habitual y particularmente restrictiva de la libertad de acción comercial de las partes, de modo que resulta tanto más importante y justificado establecer la posibilidad de resolverlos. En la vista, la Comisión también confirmó expresamente que no rebatía esta interpretación de la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2.

60 Por otra parte, procede señalar que, si bien la primera frase de la cláusula de revisión 15.2, que coincide con una cláusula tipo de revisión, establece que la Comisión podrá eximir o modificar los compromisos en caso de evolución del mercado a largo plazo, la segunda frase de dicha cláusula dispone que la Comisión eximirá de los compromisos en caso de cambio de las relaciones contractuales. Sin embargo, el tenor de esta segunda frase, ciertamente más imperativo, no significa —como sostiene la demandante— que cualquier modificación de las relaciones contractuales obligue automáticamente a la Comisión a eximir de los compromisos. En efecto, la exención de los compromisos, con arreglo a la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2, requiere que las relaciones contractuales en las que la Comisión basó su conclusión de que se habían reducido los estímulos a la competencia, hayan cambiado hasta el punto de eliminar los problemas señalados en la Decisión de 2005.

61 Procede recordar a este respecto que el compromiso sobre tarifas controvertido se alcanzó en respuesta a las serias dudas resultantes no del solapamiento de actividades entre las partes en la concentración, sino entre Swiss y SAS, que no formaba parte del grupo Lufthansa pero que era socia de Star Alliance y estaba vinculada además a Lufthansa por una serie de acuerdos bilaterales (véanse el apartado 2 y los apartados 5 a 8 anteriores). En efecto, la Comisión concluyó, en el considerando 22 de la Decisión de 2005, que, a la vista de la intensa cooperación resultante de los acuerdos bilaterales suscritos con Lufthansa, los socios de Star Alliance «Austrian, bmi, SAS y United Airlines no p[odía]n ser considerados competidores de Lufthansa» y «[tenían] pocos o ningún estímulo para competir con Swiss después de la concentración».

62 Es preciso observar que la motivación a este respecto es muy sucinta ya que la Decisión de 2005 se limita a indicar, sin análisis alguno de los distintos acuerdos, que los acuerdos bilaterales suscritos por Lufthansa con las compañías aéreas mencionadas en el apartado 61 anterior establecen «una política común de precios a escala mundial, la planificación común de la red y de los vuelos, la organización de un sistema de plataforma común y una estrategia de comercialización única» y «constituyen, por tanto, la base jurídica de la integración mundial de las redes de las compañías y de sus políticas comerciales» debido a que «el ámbito de aplicación y la finalidad de dichos acuerdos exceden del conjunto de rutas entre Alemania y sus respectivos países de origen». El considerando 22, última frase, de la Decisión de 2005 indica que «idéntico razonamiento se aplica a LOT y a Air Canada, cuyos acuerdos con Lufthansa establecen, al menos, la planificación común de la red y una política común de precios que va más allá de sus respectivos países».

63 Por tanto, la Decisión de 2005 no incluye ningún análisis o apreciación individual de los distintos acuerdos bilaterales suscritos por Lufthansa con SAS, ni exposición de los motivos por los que dichos acuerdos influyen en la competencia entre SAS y Swiss en líneas que no sean objeto de dichos

acuerdos, de modo que la repercusión de la denuncia de alguno de dichos acuerdos no se desprende con claridad de la Decisión de 2005. No es menos cierto que la apreciación de que los socios de Star Alliance, como SAS y LOT, no pueden ser considerados competidores de Lufthansa y de que tienen pocos o ningún estímulo para competir con Swiss después de la concentración, se basa en un conjunto de acuerdos que llevan a una cooperación muy amplia. En consecuencia, la modificación o la supresión de los acuerdos que materializan esta integración diferida permiten eliminar los problemas de competencia señalados en la Decisión de 2005 y, por tanto, justificar la exención de los compromisos.

64 Procede examinar las imputaciones y alegaciones relativas a las modificaciones de las relaciones contractuales entre Lufthansa y SAS a la luz de estas observaciones.

*– Modificaciones contractuales entre Lufthansa y SAS*

65 En apoyo de su solicitud de exención, las partes alegaron que la supresión, el 1 de junio de 2013, del acuerdo de empresa conjunta y de cualquier otra cooperación entre Lufthansa y SAS que fuese más allá del clásico código compartido suponía una modificación de las relaciones contractuales en el sentido de la cláusula de revisión 15.2 y justificaba la exención del compromiso sobre tarifas en la línea ZRH-STO. La Comisión reconoce, en los considerandos 39 y 40 de la Decisión impugnada, que la rescisión del acuerdo de empresa conjunta constituyó efectivamente una modificación de la relación contractual entre Lufthansa y SAS vigente cuando se adoptó la Decisión de 2005. En su informe de 27 de junio de 2014, el mandatario concluyó que la rescisión del acuerdo de empresa conjunta constituía «un cambio sustancial de mercado», en el sentido de la cláusula de revisión 15.2, puesto que ponía fin a la política operativa común de ambas compañías, que incluía la fijación de los precios y la planificación de la red entre Lufthansa y SAS.

66 Procede señalar a este respecto que, si bien la Comisión no está vinculada por el dictamen del mandatario, sí está obligada, en principio, a tomarlo en consideración, tanto más cuanto que ella misma solicitó ese dictamen, primero el 16 de junio de 2014, y de nuevo el 5 de abril de 2016. Pues bien, en los considerandos 30 a 46 de la Decisión impugnada, que muestran la evaluación de la Comisión de la resolución del acuerdo de empresa conjunta, la Comisión no solo no analiza en absoluto la apreciación contenida en dichos dictámenes, sino que ni siquiera los menciona. Además, la exposición, en los considerandos 27 y 29 de la Decisión impugnada, no refleja fielmente los dictámenes del mandatario en los términos presentados por la Comisión como anexo al escrito de contestación. En efecto, por un lado, contrariamente a lo que se indica en el considerando 27 de la Decisión impugnada, en su dictamen de 27 de junio de 2014 el mandatario no consideró que excediese de su mandato saber si el cambio sustancial del mercado resultante de la rescisión del acuerdo de empresa conjunta entre Lufthansa y SAS relativo a la línea ZRH-STO justifica la exención de los compromisos pero sí que excedía dicho mandato saber si la Comisión, en la Decisión de 2005, por lo que respecta a la línea ZRH-WAW, había basado su apreciación acerca de las relaciones entre Lufthansa y LOT en su actuación jurídica de entonces o en una suposición. Por otro lado, pese a que, según el considerando 29 de la Decisión impugnada, el 3 de mayo de 2016, el mandatario modificó su dictamen inicial y declaró que desconocía que existieran circunstancias excepcionales en el sentido de la cláusula de revisión 15.1 en las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW, hay que señalar que el documento de 3 de mayo de 2016 no era el segundo dictamen del mandatario, sino respuestas a una serie de preguntas relativas a la cláusula de revisión 15.1 y no a la cláusula de revisión 15.2. Por el contrario, en su segundo dictamen, fechado el 13 de abril de 2016, el mandatario —como también indicó expresamente la Comisión en su escrito de contestación— reiteró esencialmente las conclusiones anteriores de 27 de junio de 2014 y aclaró el que las tarifas de la clase de negocios en ambas líneas se hubiesen reducido también mucho tras la introducción de nuevas tarifas. Por otra parte, la Comisión tampoco examina en la Decisión impugnada la magnitud y la repercusión de la rescisión del acuerdo de empresa conjunta, pese a que era un instrumento esencial de la cooperación entre Swiss y SAS.

67 A este respecto, se expone en el considerando 43 de la Decisión impugnada que, al basarse la evaluación realizada en la Decisión de 2005 no solo en el acuerdo de empresa conjunta, sino también en la evaluación global de la cooperación entre Lufthansa y SAS, y seguir vigente el acuerdo bilateral de alianza de 1995, que permite esta cooperación, la mera rescisión del acuerdo de empresa conjunta relativo al tráfico entre Alemania y Escandinavia no permite concluir que las relaciones contractuales actuales entre ambas empresas hayan cambiado en un punto sustancial que elimine las preocupaciones señaladas en la Decisión de 2005 en relación con la línea ZRH-STO. En consecuencia, el mantenimiento del acuerdo bilateral de alianza de 1995 es lo que motiva la denegación de la solicitud de exención.

68 El considerando 48 de la Decisión impugnada también establece a este respecto que, dado que el acuerdo bilateral de alianza de 1995 constituye la base de todos los demás acuerdos bilaterales suscritos entre ambas sociedades, su rescisión, considerada juntamente con la resolución del acuerdo de empresa conjunta, puede constituir, en principio, un cambio sustancial en la relación contractual valorada en la Decisión de 2005.

69 Pues bien, como se indica expresamente en los considerandos 4, 32 y 47 de la Decisión impugnada, durante el procedimiento administrativo Lufthansa propuso resolver el acuerdo bilateral de alianza si esa resolución permitía a la Comisión estimar su solicitud de exención en la línea ZRH-STO.

70 Por tanto, la Comisión no podía estimar en el considerando 43 de la Decisión impugnada que la resolución del acuerdo de empresa conjunta no permitía llegar a la conclusión de la modificación sustancial de las relaciones contractuales como consecuencia de que el acuerdo bilateral de alianza siguiese vigente.

71 La Comisión aduce al respecto que el acuerdo bilateral de alianza nunca fue denunciado y que la propuesta de Lufthansa de resolver este acuerdo nunca representó un compromiso formal. Así pues, estima que la Decisión impugnada no podía basarse en una propuesta verbal no vinculante de Lufthansa acerca de la posible denuncia del acuerdo bilateral de alianza.

72 No puede acogerse esta alegación. Como adujo la demandante y resulta de los considerandos 4, 32 y 47 de la Decisión impugnada, esta se basa en la hipótesis de que Lufthansa rescindiría ese acuerdo si tal rescisión bastase para que la Comisión eximiese los compromisos sobre las tarifas. Además, si lo estimase necesario, correspondía a la Comisión solicitar en el procedimiento administrativo que Lufthansa concretase ese compromiso con arreglo a la regulación que considerase adecuada.

73 De ello se infiere que, al no examinar la repercusión de la resolución del acuerdo de empresa conjunta, ni sola ni juntamente con el compromiso de resolver también el acuerdo bilateral de alianza, la Comisión no consideró todos los elementos relevantes para apreciar la solicitud de exención basada en la modificación de las relaciones contractuales entre Lufthansa y SAS.

74 No obstante, es preciso señalar que, según otros considerandos de la Decisión impugnada, la denegación de la solicitud se basa en motivos distintos al que no se haya resuelto efectivamente el acuerdo bilateral de alianza.

75 Así, en la conclusión de la parte de la Decisión impugnada dedicada a las modificaciones contractuales (considerandos 68 a 70), la Comisión, tras indicar que la resolución del acuerdo de empresa conjunta no bastaba, señaló que «no [había] habido ningún cambio en las condiciones de competencia en la línea ZRH-WAW, en la que la cooperación entre Lufthansa y LOT parec[ía] haber sido menos intensa que en la línea ZRH-STO», para deducir de ello sucesivamente que los compromisos sobre tarifas relativos a la línea ZRH-WAW debían mantenerse y, por consiguiente, también los relativos a la línea ZRH-STO. Debe desestimarse esta justificación puesto que se formula basándose en meras consideraciones hipotéticas, carece del más mínimo examen concreto de los elementos relevantes relativos a cada línea y se basa en una argumentación que es en cierto modo un círculo vicioso,

puesto que la comparación entre ambas líneas justifica la denegación de la solicitud para la primera, que, a su vez, justifica la denegación de la solicitud para la segunda. Por otra parte, la Comisión hizo hincapié, en el considerando 68 de la Decisión impugnada, en que el hecho de que no hubiese entrado en el mercado ninguna nueva compañía aérea puede ser considerado también en sí mismo un motivo que justifica el mantenimiento de los compromisos sobre tarifas en las dos líneas ZRH-STO y ZRH-WAW. Esta última justificación es errónea. La entrada de una nueva compañía aérea en la línea ZRH-STO o en la línea ZRH-WAW no es una condición que se exija para eximir de los compromisos de conformidad con las cláusulas de revisión, sino un motivo distinto, adicional, que conlleva automáticamente el fin de los compromisos sobre tarifas, de conformidad con la cláusula 11.1 de los compromisos.

76 No obstante, de los considerandos 49, 70, 95 y 112 de la Decisión impugnada resulta que la Comisión estimó que la resolución del acuerdo de empresa conjunta y la propuesta de resolver también el acuerdo bilateral de alianza no bastaban debido, en particular, a la suscripción, en 2006, del acuerdo de código compartido entre Swiss y SAS. Más aún, según el considerando 95 de la Decisión impugnada, «aun cuando se considerasen cumplidas las condiciones que permiten solicitar la exención de los compromisos», habría que tener también en cuenta en la apreciación de la solicitud de exención la introducción de este acuerdo de código compartido. Por último, la importancia que atribuye la Comisión a dicho acuerdo se desprende de los considerandos 5 y 104 de la Decisión impugnada, en los que se establece que, el 5 de marzo de 2015, la Comisión informó a la demandante de que podía serle concedida la exención si introducía ciertas modificaciones en el acuerdo de código compartido entre Swiss y SAS —concretamente, limitar su aplicación a los viajeros en conexión—, sin supeditar esta propuesta a la mínima reserva o condición de resolver el acuerdo bilateral de alianza o de llevar a cabo una investigación.

77 Aunque la motivación de la Decisión impugnada es, como mínimo, confusa, procede examinar también si la Comisión podía concluir que la resolución del acuerdo de empresa conjunta combinada con la propuesta de resolver el acuerdo bilateral de alianza no bastaba para estimar la solicitud de exención como consecuencia del acuerdo de código compartido que Swiss había suscrito con SAS en 2006.

78 La demandante formula dos series de alegaciones a este respecto, relativas, la primera, a la apreciación por la Comisión de los mismos acuerdos en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y a un supuesto cambio de política con respecto al trato a los socios de alianza y, la segunda, al acuerdo de código compartido celebrado entre Swiss y SAS.

*– Sobre la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y el supuesto cambio de política de la Comisión en materia de trato a los socios de alianza*

79 La demandante reprocha a la Comisión que no tuviera en cuenta la apreciación de los mismos acuerdos suscritos por Lufthansa con SAS y con los demás socios de Star Alliance que había hecho en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines. Más genéricamente, la demandante sostiene que, desde la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines, la Comisión ha modificado su política en materia de trato a los socios de alianza, de modo que, si se notificase hoy la concentración Lufthansa/Swiss, las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW no serían consideradas mercados de referencia y no habrían hecho falta los compromisos para obtener la autorización de la operación.

80 Hay que hacer hincapié en que la demandante formuló las alegaciones del anterior apartado 79, a diferencia de las relativas a las modificaciones contractuales propiamente dichas y al acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y SAS, para refutar la apreciación de la Comisión tanto en cuanto a la línea ZRH-STO como en cuanto a la línea ZRH-WAW.

81 La Comisión recuerda, en primer lugar, que toda concentración se apreciará individualmente a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas que le son propias. Así pues, la demandante no puede basarse en supuestas diferencias de apreciación de la Comisión con respecto a otros asuntos.

82 La Comisión considera, por otra parte, que la Decisión impugnada no contradice su apreciación en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y que su enfoque en relación con la evaluación de las relaciones entre las partes en una concentración y terceros en el sector de la aviación no ha cambiado mucho desde la adopción de la Decisión de 2005. En cualquier caso, no se trata de la evolución del mercado a largo plazo o, *a fortiori*, de un cambio de los acuerdos implícitos entre Lufthansa y sus socios de alianza.

83 A este respecto, procede recordar, antes de nada, que, según reiterada jurisprudencia, cuando la Comisión se pronuncia sobre la compatibilidad de una concentración con el mercado interior sobre la base de una notificación y de un expediente de dicha operación, la demandante no está facultada para impugnar sus constataciones alegando que difieren de las realizadas con anterioridad en otro asunto, en virtud de una notificación y de un expediente diferentes, aun suponiendo que los mercados de referencia en los dos asuntos sean similares o incluso idénticos (sentencias de 14 de diciembre de 2005, General Electric/Comisión, T-210/01, EU:T:2005:456, apartado 118, y de 13 de mayo de 2015, Niki Luftfahrt/Comisión, T-162/10, EU:T:2015:283, apartado 142). Con arreglo a esta jurisprudencia, ni la Comisión ni, *a fortiori*, el Tribunal están vinculados por las apreciaciones de hecho ni por las apreciaciones económicas realizadas en las decisiones anteriores.

84 Sin embargo, en el caso de autos, no cabe desestimar la alegación de la demandante con arreglo a la jurisprudencia citada en el anterior apartado 83.

85 Por una parte, la demandante no invoca una mera diferencia de apreciación entre la Decisión impugnada y otra decisión cualquiera, sino un cambio de política, ya que la Comisión ha dejado de considerar a los socios de alianza en la definición de los mercados de referencia.

86 Por otra parte, la demandante invoca el análisis de los mismos acuerdos entre las mismas partes, en el mismo contexto y en relación con un mismo problema llevado a cabo por la Comisión en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines, de la que la demandante también era destinataria.

87 Aunque la posible diferencia de análisis entre la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y la Decisión impugnada o el supuesto cambio de política de la Comisión ciertamente no permiten concluir por sí solos la ilegalidad de la Decisión impugnada, sí exigen comprobar al menos si la Comisión realizó un examen en profundidad de la alegación de la demandante de que los socios de alianza han dejado de ser considerados en la definición de los mercados de referencia.

88 Además, como se expuso en el anterior apartado 13, la apreciación realizada en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y el cambio de política de la Comisión en materia de trato a los socios de alianza eran, precisamente, uno de los tres motivos —junto con la rescisión del acuerdo de empresa conjunta y la existencia de competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra— en los que se basaba la solicitud de exención. De los autos se desprende que la cuestión también tuvo una importancia fundamental en la discusión durante todo el procedimiento administrativo.

89 Por otra parte, hay que señalar que el supuesto cambio de política de la Comisión con respecto a los socios de alianza fue analizado en toda una parte de la Decisión impugnada (considerandos 71 a 83) y que la motivación de dicha decisión se basa principalmente en esa apreciación, que, por tanto, la demandante no puede impugnar.

90 De lo anterior resulta que no cabe desestimar la alegación de la demandante basada en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y en el posterior cambio de política de la Comisión con respecto a los socios de alianza sobre la base de que las decisiones anteriores no son el marco jurídico pertinente y, en consecuencia, ha de ser analizada.

91 En primer lugar, debe señalarse a este respecto que, en la Decisión impugnada, la Comisión no da la menor respuesta a la alegación basada en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines, pese a que esta alegación se recoge en los considerandos 73 y 74 de la Decisión impugnada. Esta omisión es tanto más significativa en la medida en que se refiere a un elemento que es uno de los fundamentos de la solicitud de exención y en la medida en que, en su escrito de 20 de noviembre de 2015, la demandante puso de relieve la evidente importancia del reexamen por la Comisión de los acuerdos suscritos por Lufthansa con SAS y LOT examinados en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines.

92 De igual modo, los datos aportados por la Comisión, en sus escritos ante el Tribunal, no pueden justificar la diferencia de análisis entre la Decisión impugnada y la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines, ya que en realidad se hallan presentes en ambos asuntos.

93 En efecto, la Comisión se limita a aducir que, en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines, concluyó que no había que esperar consecuencias propias de la concentración, dado que los acuerdos de cooperación de Lufthansa con SAS y LOT, en particular, probablemente no se aplicarían a la otra parte de la concentración. Pues bien, como alega la demandante, lo mismo sucede en el presente asunto, ya que se refiere a los mismos acuerdos de cooperación con las mismas partes y es pacífico que dichos acuerdos no incluyen ninguna cláusula de extensión automática sin renegociación y que los acuerdos de cooperación entre Lufthansa, por un lado, y SAS y LOT, por otro, efectivamente no se aplicaron a Swiss. La Comisión vuelve a sostener que consideró que Swiss se convertiría en una filial de Lufthansa y se incorporaría a Star Alliance. Tampoco aquí existe apenas diferencia, ya que Brussels Airlines también se convirtió en una filial de Lufthansa y se incorporó a Star Alliance.

94 En segundo lugar, por lo que se refiere al cambio de política en el trato a los socios de alianza, la Comisión remite, en la Decisión impugnada, a la Decisión IAG/bmi para demostrar que no excluyó *a priori* de su competencia las relaciones entre los socios de la alianza ni el impacto de esas relaciones en el estímulo de sus socios para competir entre sí después de la concentración.

95 No obstante, como señala la demandante, en el considerando 160 de la Decisión IAG/bmi, la Comisión había declarado expresamente que, «con arreglo a las decisiones anteriores de la Comisión, los socios de la alianza de IAG no [habían] sido tenidos en cuenta para determinar los mercados afectados».

96 Además, aunque en la Decisión impugnada y en los escritos presentados ante el Tribunal la Comisión aduce que, en la Decisión IAG/bmi, las relaciones de código compartido existentes entre cualquiera de las partes y terceros fueron tenidas en cuenta al apreciar la situación de la competencia, es preciso señalar —tal como ha destacado la demandante y la Comisión ha admitido en sus escritos ante el Tribunal— que, en realidad, el solapamiento de actividades pertinente en este asunto se refería a las propias partes de la concentración, bmi y British Airways —esta en su condición de compañía aérea comercial que vendía billetes para los vuelos de Royal Jordanian— y no a bmi y Royal Jordanian —que era socio de la alianza de British Airways—. Como sostiene la demandante, la Decisión IAG/bmi es más un análisis clásico de una concentración que la aplicación de la línea de análisis formulada en la Decisión de 2005 según la cual los socios de alianza independientes han de ser incluidos en la definición de los mercados.

97 Por otra parte, la demandante puso de relieve durante el procedimiento administrativo y ante el Tribunal que, en la Decisión C(2009) 6690 final de la Comisión, de 28 de agosto de 2009, por la que se declara una operación de concentración compatible con el mercado común y el Acuerdo EEE (asunto COMP/M.5440 — Lufthansa/Austrian Airlines), la Comisión había seguido el mismo enfoque que en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y, por tanto, no había examinado los solapamientos de

líneas que resultaban únicamente de solapamientos entre los vuelos de Austrian Airlines y los vuelos de los socios de Star Alliance, en particular, LOT y SAS. Del mismo modo, según la demandante, en su Decisión C(2010) 5008, de 14 de julio de 2010 (asunto COMP/M.5747 — Iberia/British Airways), la Comisión no analizó los solapamientos de líneas que resultaban únicamente de los vuelos de los socios de la alianza de Iberia y de British Airways. Es preciso señalar que ni en la Decisión impugnada —que sin embargo reproduce el argumento de la demandante— ni en sus escritos ante el Tribunal, la Comisión ha dado la mínima respuesta a este respecto.

*– Sobre el acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y SAS*

98 Con carácter preliminar, procede señalar que, aunque Swiss suscribió acuerdos de código compartido tanto con SAS —en 2006— como con LOT —en 2007—, la demandante solo puso expresamente en tela de juicio en la demanda la apreciación realizada por la Comisión a este respecto en cuanto a la línea ZRH-STO y no formuló alegaciones en cuanto a la apreciación del acuerdo de código compartido entre Swiss y LOT relativo a la línea ZRH-WAW.

99 El acuerdo de código compartido entre Swiss y SAS fue suscrito en 2006, por lo que no fue considerado por la Comisión en la Decisión de 2005 que convirtió los compromisos en obligatorios por estimar que, a la vista de los distintos acuerdos de cooperación entre Lufthansa y SAS, esta apenas tenía interés en entrar a competir con Swiss después de la operación.

100 Contrariamente a lo que sostiene la demandante, este mero hecho no permite considerar que el acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y SAS no pueda ser considerado en el examen de la solicitud de exención.

101 En efecto, aunque es cierto que la cláusula de revisión 15.2 se refiere a un cambio en los acuerdos en los que la Comisión basó su apreciación de una reducción de los estímulos a la competencia, el acuerdo de código compartido en el presente asunto puede ser pertinente para apreciar globalmente si las relaciones contractuales han cambiado en un punto que elimine los problemas de competencia señalados en la Decisión de 2005 y que justificaron los compromisos.

102 Seguir una interpretación meramente formalista de la cláusula de revisión 15.2 consistente en considerar solo las modificaciones de los únicos acuerdos existentes cuando se adoptó la Decisión de 2005, permitiría, en efecto, a las partes —como se expone en el considerando 103 de la Decisión impugnada— eludir la aplicación de los compromisos sustituyendo los antiguos acuerdos de cooperación por nuevos acuerdos similares.

103 Por consiguiente, procede examinar si el acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y SAS presenta vínculos suficientemente estrechos con las relaciones contractuales y los problemas de competencia mencionados en la Decisión de 2005.

104 A este respecto, hay que señalar que, como alega fundadamente la demandante y reconoce la Comisión, el acuerdo de código compartido y los acuerdos de cooperación difieren en cuanto a su ámbito de aplicación, su contenido y sus partes contratantes.

105 Así, el acuerdo bilateral de alianza, suscrito entre Lufthansa y SAS, se aplica a la cooperación entre estas dos compañías aéreas tal y como eran entonces y no incluye a las futuras empresas asociadas, como Swiss, mientras que el acuerdo de código compartido se suscribió en 2006 entre Swiss y SAS y se aplica únicamente a las líneas de Swiss y SAS, y no a las de Lufthansa.

106 El objeto del acuerdo bilateral de alianza y el de los acuerdos de código compartido también son fundamentalmente distintos. En efecto, como se expone en el considerando 22 de la Decisión de 2005, los acuerdos de cooperación suscritos por Lufthansa —y, entre ellos, en particular, el acuerdo bilateral

de alianza que servía de base a la cooperación— establecían «una política común de precios a escala mundial, la planificación común de la red y de los vuelos, la organización de un sistema de plataforma común y una estrategia de comercialización única» y «[constituían], por tanto, la base jurídica de la integración mundial de las redes de las compañías y de sus políticas comerciales». En cambio, el acuerdo de código compartido es un acuerdo —habitual en el sector del transporte aéreo— en virtud del cual Swiss puede vender, además de los billetes para sus vuelos, billetes con su propio código identificativo (es decir, como «compañía aérea comercial») para vuelos de SAS, y viceversa.

107 Como pone de relieve la demandante, sin que la Comisión lo niegue, no hay, por tanto, ninguna «política común de precios» en el acuerdo de código compartido. Tampoco existe ninguna «planificación común de la red y de los vuelos» en dicho acuerdo y cada compañía aérea es libre para programar sus propios vuelos. El acuerdo de código compartido no establece ninguna «organización de un sistema de plataforma común» y cada transportista gestiona su propia plataforma según sus propias prioridades. Por último, no existe ninguna «estrategia de comercialización única» en el acuerdo de código compartido y cada compañía aérea vende sus propios billetes a través de sus propios canales.

108 La Comisión alega, no obstante, que tanto el acuerdo de código compartido como el acuerdo bilateral de alianza forman parte de la relación contractual más amplia que sustenta la apreciación de la línea ZRH-STO y son, por tanto, pertinentes para aplicar la cláusula de revisión 15.2.

109 Suponiendo que el acuerdo de código compartido pueda considerarse pertinente para aplicar la cláusula de revisión 15.2, hay que comprobar además si este acuerdo puede demostrar que no cabe considerar a SAS competidora de Swiss o, cuando menos, si dicho acuerdo puede restringir la competencia entre Swiss y SAS.

110 Es preciso señalar al respecto que la Comisión, en la Decisión impugnada, no realiza un análisis concreto del acuerdo de código compartido ni siquiera menciona datos que puedan acreditar que dicho acuerdo restringiese la competencia entre Swiss y SAS y se limita, en cambio, a formular consideraciones hipotéticas. Así, el considerando 99 de la Decisión impugnada declara:

«En cuanto al posible impacto de tales acuerdos de código compartido en la competencia en ambas líneas, la Comisión estima que esos acuerdos existentes de código compartido son pertinentes para evaluar la concentración. Si se notificase hoy una transacción similar, los acuerdos de código compartido suscritos entre Swiss, SAS y LOT podrían suscitar problemas de competencia y las partes podrían tener que proponer compromisos para eliminar tales problemas [...]».

111 Ante el Tribunal, la Comisión afirma que la configuración de los acuerdos de código compartido demuestra que, por lo general, las partes ejercen recíprocamente una presión competitiva limitada. Sostiene, a este respecto, que, en los acuerdos de código compartido paralelo, como en el caso de autos, las dos compañías aéreas que comparten sus códigos son reacias a aceptar que una venda asientos en código compartido en los vuelos de la otra a precios inferiores, habida cuenta de la disminución de ingresos que de ello resultaría.

112 Es necesario señalar que estos elementos vuelven a ser meramente hipotéticos y no resultan de un análisis concreto del acuerdo de código compartido en el presente caso ni de sus efectos. Además, como reconoce la Comisión, Swiss y SAS acordaron aceptar las reservas realizadas por la otra parte y las tarifas facturadas por la otra parte en cuanto a sus reservas. Del mismo modo, la demandante hace hincapié a este respecto, sin que la Comisión lo niegue, en que los transportistas efectivos suelen ofrecer tarifas más baratas para sus propios vuelos que para los vuelos del socio de código compartido pues asumen el riesgo de los asientos no vendidos, mientras que la compañía aérea comercial gana a lo sumo una pequeña comisión por la venta de un asiento en un vuelo de otra compañía aérea.

113 Por otra parte, procede indicar que los datos aportados por la Comisión, suponiéndolos acreditados, únicamente pueden demostrar, en todo caso, que la competencia entre la compañía aérea comercial y el transportista efectivo es pequeña, pero no que el acuerdo de código compartido conlleve restringir la competencia entre ambas compañías en sus propios vuelos. En otras palabras, aunque quizás el acuerdo de código compartido únicamente genere una pequeña competencia en la venta de billetes en código compartido, la Comisión no ha aportado ningún dato que pueda acreditar que el acuerdo de código compartido supone reducir la competencia entre los vuelos de ambas compañías. Aun cuando la Comisión afirma haber comprobado que los precios propuestos por el transportista efectivo eran casi idénticos a los propuestos por la compañía aérea comercial para los asientos en código compartido en el mismo vuelo, la demandante invoca, por su parte, sin que la Comisión lo niegue, una diferenciación de precios entre los vuelos operados por distintos transportistas el mismo día. Pues bien, es ciertamente más determinante para apreciar la existencia de competencia entre ambas compañías aéreas la competencia entre los vuelos operados por Swiss y SAS, respectivamente.

114 Por último, la Comisión reconoció ante el Tribunal que no había evaluado en detalle la repercusión del acuerdo de código compartido entre Swiss y SAS en la competencia entre estas dos compañías en relación con la línea ZRH-STO. La Comisión alega, a este respecto, que no estaba obligada a examinar las pruebas aportadas por la demandante debido a que no había demostrado que las relaciones contractuales hubiesen cambiado hasta el punto de eliminar los problemas de competencia puestos de manifiesto en la Decisión de 2005. Pues bien, se necesitaba precisamente el examen de la repercusión del acuerdo de código compartido en la competencia en la línea en cuestión para apreciar si dicho acuerdo podía restringir o eliminar la competencia entre Swiss y SAS y en qué medida.

115 De lo anterior se desprende que, aunque cabe considerar el acuerdo de código compartido, ni los datos mencionados en la Decisión impugnada, ni las alegaciones formuladas por la Comisión en sus escritos ante el Tribunal pueden justificar la denegación de la solicitud de exención en cuanto a los compromisos sobre tarifas relativos a la línea ZRH-STO.

*Sobre la tercera parte, basada en que la Comisión no tuvo en cuenta que la competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra, constituye la «evolución del mercado a largo plazo», en el sentido de la primera frase de la cláusula de revisión 15.2*

116 La demandante reprocha a la Comisión que no examinara si las pruebas que acreditan el mantenimiento de la competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra, permitían acreditar la «evolución del mercado a largo plazo», pese a tratarse de un motivo de exención, expresamente mencionado en la primera frase de la cláusula de revisión 15.2.

117 La recurrente alega a este respecto que los precios en las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW son muy inferiores a los de 2005, que el número de pasajeros en estas líneas se ha duplicado y que las partes han aportado pruebas que demuestran que los precios que aplica Swiss a sus propios vuelos son distintos de los que aplica LOT por asientos en sus propios vuelos.

118 Con carácter preliminar, procede señalar, por una parte, que «la evolución del mercado a largo plazo» es un motivo de exención distinto expresamente mencionado en la primera frase de la cláusula de revisión de 15.2 y, por otra parte, que la Comisión no niega que la existencia de competencia entre Swiss y SAS y LOT puede considerarse evolución del mercado a largo plazo. En estas circunstancias, esta alegación fue desestimada —en el considerando 53 de la Decisión impugnada— erróneamente sobre la base de que, «[al no] cumplirse las condiciones previas para estimar la solicitud de exención, no [era] necesario examinar la evolución de los precios en la presente Decisión». No obstante, este error es irrelevante, dado que la Comisión examinó, en los considerandos 54 a 59 de la Decisión impugnada, «en aras de exhaustividad», la evolución de los precios y el grado de competencia.

119 A este respecto, aun cuando admite que los gráficos aportados por la demandante y Swiss parecen indicar efectivamente cierto grado de diferenciación de los precios entre los vuelos realizados por las distintas compañías aéreas el mismo día, la Comisión estimó en la Decisión impugnada que la fiabilidad de este análisis seguía siendo incierta y que, por consiguiente, había que realizar un análisis económico adicional.

120 Como adujo la Comisión, corresponde ciertamente a la empresa fusionada que solicita la exención de los compromisos aportar pruebas que puedan acreditar que se dan las condiciones exigidas para ello y no puede obligarse a la Comisión a realizar una nueva investigación de mercado para cada solicitud de exención. No obstante, la Comisión dispone de facultades de investigación y de instrumentos de investigación eficaces y, si estimaba que las pruebas aportadas por las partes no eran suficientemente fiables o pertinentes o habían de ser completadas con otros datos, le correspondía exigir información más precisa o llevar a cabo una investigación al respecto. Tanto más cuanto, en su respuesta de 20 de noviembre de 2015, Lufthansa ya había puesto de relieve que la Comisión no podía limitarse a afirmar sencillamente que «el grado real de competencia tarifaria en las dos líneas [podía] dejarse en suspenso».

121 Las partes, basándose en las conclusiones del mandatario, también alegaron que la duplicación del número de pasajeros y el muy importante descenso de las tarifas entre 2005 y 2014 demostraban el grado elevado de competencia entre Swiss, por una parte, y LOT y SAS, por otra.

122 La Comisión se limitó a señalar al respecto, en la Decisión impugnada, que las partes no habían aportado ninguna prueba concluyente que demostrase que esas reducciones de precios hubiesen sido causadas por la competencia entre Swiss y LOT y que, en efecto, tales reducciones podían también atribuirse a la bajada de los precios del carburante o al efecto de los compromisos sobre tarifas.

123 Pues bien, como se ha expuesto anteriormente, la Comisión no puede limitarse a exigir pruebas concluyentes, sin concretar también en qué deben consistir y debe demostrar, en cambio, lo erróneo de las pruebas aportadas por las partes, acordar diligencias de prueba o llevar a cabo, si es necesario, una investigación con el fin de completar o desvirtuar la fundamentación de las mismas.

124 Además, procede señalar que la Comisión confirmó en la vista que no negaba la afirmación de la demandante de que 17 de las 32 reducciones de precios en la línea ZRH-STO y 4 de las 13 reducciones de precios en la línea ZRH-WAW eran voluntarias, es decir, no exigidas por las soluciones.

125 De lo anterior resulta que la Comisión ha incumplido su obligación de examinar minuciosamente todos los datos pertinentes, de acordar las diligencias de prueba o de llevar a cabo las investigaciones necesarias para comprobar la existencia de una relación de competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra.

*Sobre la quinta parte, basada en el incumplimiento de la política general en materia de concentraciones con respecto de las soluciones sobre tarifas*

126 La demandante sostiene que la Comisión no tuvo en cuenta la incompatibilidad de los compromisos sobre las tarifas con su política de soluciones en los términos expuestos en el apartado 18 de la Comunicación sobre soluciones y confirmados por la práctica. Señala que la Comisión también ha denegado sistemáticamente en los últimos años los compromisos sobre las tarifas propuestos por las partes.

127 La demandante manifiesta que los compromisos sobre tarifas tienen un potencial doble efecto distorsionador de la competencia, que consiste, por una parte, en privar a los pasajeros de las líneas de referencia de las ventajas ligadas a las reducciones de precio que Swiss podría considerar si no

existiesen los gastos adicionales que conlleva la correspondiente reducción de precio exigida en las líneas solapadas y, por otra, en impedir la entrada en el mercado de empresas competidoras como consecuencia de tarifas artificialmente inferiores en las líneas solapadas.

128 La demandante reprocha a la Comisión que no valorase estos elementos y se limitara, en cambio, a señalar que las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW eran conexiones con poco tráfico en las que no había entrado ninguna nueva empresa a pesar de las soluciones relativas a las franjas horarias.

129 A este respecto, por lo que respecta, en primer término, a la alegación de que los compromisos sobre las tarifas son incompatibles con la política de la Comisión relativa a las soluciones, procede recordar, antes de nada, que, en el presente procedimiento, la demandante no puede impugnar la legalidad de los compromisos declarados obligatorios por la Decisión de 2005, que ha adquirido firmeza.

130 En segundo lugar, como fundadamente señala la Comisión, la Comunicación sobre las soluciones no prohíbe los compromisos sobre tarifas, pero recalca que, por lo general, no eliminan los problemas de competencia derivados de solapamientos horizontales y que este tipo de soluciones solo puede admitirse excepcionalmente, siempre que se ejecute mediante mecanismos de aplicación y control eficaces y no se corra el riesgo de producir efectos distorsionadores en la competencia.

131 Por último, al apreciarse las concentraciones individualmente a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas aplicables (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de mayo de 2015, Niki Luftfahrt/Comisión, T-162/10, EU:T:2015:283, apartados 142 y 144), el hecho de que se hayan denegado los compromisos en algunos de los asuntos —incluso en la mayoría— no puede impedir que se acepten en situaciones concretas, siempre que permitan solventar los problemas de competencia señalados.

132 En segundo término, es preciso indicar que, ni en la Decisión impugnada ni ante el Tribunal, la Comisión ha presentado datos que puedan rebatir la alegación de que los compromisos sobre tarifas pueden crear distorsiones tanto en las líneas de referencia como en las líneas solapadas y se limitó a subrayar su carácter hipotético. Además, la obligación de repercutir en las líneas ZRH-STO y ZRH-WAW las reducciones de precio practicadas en las líneas de referencia puede disuadir a compañías aéreas terceras de explotar dichas líneas. De este modo, los compromisos sobre tarifas no solo no resuelven el problema estructural del mercado al que supuestamente deben dar respuesta, sino que pueden, por el contrario, contribuir a que se haga preciso mantenerlos indefinidamente.

133 Aun así, no se trata en el caso de autos de apreciar la legalidad de los compromisos declarados obligatorios por la Decisión de 2005, que ha adquirido firmeza, sino de examinar si se dan las condiciones para la exención de dichos compromisos.

134 A este respecto, la alegación basada en la distorsión de la competencia —suponiéndola acreditada— no puede asimilarse a un cambio sustancial en el mercado en el sentido de la primera frase de la cláusula de revisión 15.2 ni a una modificación de las relaciones contractuales en el sentido de la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2 ni, más genéricamente, permite demostrar que se hayan eliminado los problemas de competencia señalados en la Decisión de 2005, que son la razón de los compromisos.

135 No obstante, hay que poner de manifiesto que, si bien la alegación basada en la posible distorsión de la competencia no puede demostrar que se den las condiciones exigidas en la cláusula de revisión 15.2 para la exención de los compromisos, refuerza la necesidad de que la Comisión examine diligente y exhaustivamente la solicitud de exención y compruebe si los compromisos siguen siendo necesarios o adecuados.

*Conclusión sobre el primer motivo*

136 De lo anterior resulta que la Comisión no consideró ni examinó minuciosamente la alegación basada en la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines ni en el cambio de la política con respecto a los socios de alianza ni en la existencia de competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra.

137 Por lamentables que sean estos incumplimientos, sin modificación alguna en las relaciones contractuales entre Swiss y LOT —en virtud de las cuales la Decisión de 2005 declaró obligatorios los compromisos sobre tarifas—, no pueden, sin embargo, considerarse bastantes para conllevar la anulación de la Decisión impugnada en lo relativo a la línea ZRH-WAW.

138 En cuanto a la línea ZRH-STO, hay que poner de manifiesto no solo que no se realizó un examen adecuado de los elementos mencionados en el apartado 136 anterior y que se resolvió el acuerdo de empresa conjunta entre Lufthansa y SAS, sino también que la Comisión no consideró el compromiso de la demandante de rescindir también el acuerdo bilateral de alianza entre Lufthansa y SAS ni el dictamen del mandatario que concluyó que existía un cambio sustancial del mercado en la línea ZRH-STO ni realizó un análisis suficiente de la repercusión del acuerdo de código compartido en la competencia entre Swiss y SAS. En consecuencia, procede declarar que la Comisión incurrió en error manifiesto de apreciación, ya que no consideró todos los datos pertinentes y los elementos expuestos en la Decisión impugnada no pueden justificar la denegación de la solicitud de exención relativa a la línea ZRH-STO (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, apartado 39).

139 De ello se deduce que, sin que sea necesario examinar los demás motivos y alegaciones formulados por la demandante, la Decisión impugnada debe anularse en lo relativo a la línea ZRH-STO. En cambio, han de examinarse esos otros motivos y alegaciones en la medida en que se refieren a la legalidad de la Decisión impugnada por lo que respecta a la línea ZRH-WAW.

***Sobre el segundo motivo, basado en la violación del principio de buena administración***

140 La demandante sostiene que la Comisión incumplió su obligación de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del caso de autos y violó, por ello, el principio de buena administración mencionado en el artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

141 La demandante aduce al respecto que la Comisión en modo alguno tuvo en cuenta la argumentación jurídica que esgrimió y recurrió a suposiciones e hipótesis en relación con la competencia en las líneas en cuestión en lugar de realizar una investigación seria de los hechos. Además, sostiene que la Comisión no llevó a cabo su propia investigación en cuanto a la evolución de los precios y al grado de competencia, ni colaboró con el mandatario encargado de la supervisión de manera eficaz y prefirió apreciar que los acuerdos de código compartido restringían la competencia.

142 La misma negativa a examinar con atención las alegaciones formuladas por Lufthansa se desprende también de la constante repetición por la Comisión de argumentaciones jurídicas no convincentes, a las que Lufthansa ya respondió en el procedimiento administrativo.

143 Procede recordar que, de conformidad con el artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales, «toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable».

144 En la medida en que la demandante reprocha a la Comisión que no haya considerado todos los elementos relevantes para fundamentar su apreciación, este reproche ha sido examinado en el primer motivo.

145 Por lo que se refiere a la imputación de que la Comisión mostró claramente su predisposición a no examinar con atención la solicitud de exención haciendo caso omiso de la argumentación jurídica formulada por Lufthansa, procede señalar que el mero hecho de que la Comisión refutara y desestimara la argumentación de Lufthansa no demuestra por sí solo que incurriera en parcialidad con respecto a la solicitud de exención. Del mismo modo, la reiteración por la Comisión de argumentaciones jurídicas supuestamente no convincentes —que Lufthansa considera que ya contestó durante el procedimiento administrativo— puede reflejar más bien una diferencia de apreciación pero no demuestra, como tal y por sí sola, la negativa a examinar con imparcialidad la solicitud de exención.

146 Por otra parte, no puede sostenerse que la Comisión no examinó en absoluto la solicitud, puesto que, como se desprende de los apartados 14 a 19 anteriores, dirigió varias peticiones de información a Lufthansa y mantuvo distintas reuniones con ella durante el procedimiento administrativo.

147 De lo anterior se desprende que debe desestimarse el segundo motivo.

***Sobre el tercer motivo, basado en desviación de poder***

148 La demandante sostiene que la Comisión utilizó el procedimiento de exención como medio de presión para forzar a Swiss a resolver un acuerdo contractual que no tenía ninguna relación expresa con la operación. Estima que la Comisión intenta eludir los procedimientos previstos para examinar y sancionar las posibles infracciones del artículo 101 TFUE de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 [TFUE] y 102 [TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1), en relación con el acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y LOT en 2007. A su juicio, se desprende, en particular, del considerando 104 de la Decisión impugnada que el acuerdo de código compartido y sus potenciales efectos contrarios a la competencia son la principal razón por la que la Comisión denegó la solicitud de exención.

149 Sostiene que la Comisión intenta eludir de este modo la obligación, por una parte, de probar realmente los supuestos efectos contrarios a la competencia del acuerdo de código compartido suscrito por Swiss y, por otra parte, de adoptar una decisión que quede sometida al control jurisdiccional. La demandante señala a este respecto que, en febrero de 2011, la Comisión inició de oficio un procedimiento contra los acuerdos de código compartido relativos a las líneas de plataforma a plataforma suscritos entre Lufthansa y Turkish Airlines y entre Brussels Airlines y TAP Air Portugal, pero que, tras haber investigado durante cinco años y medio sobre estos asuntos de forma prioritaria, seguía sin haber llegado a ninguna conclusión.

150 A este respecto, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, un acto solo incurre en desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado exclusivamente o, al menos, de modo determinante para alcanzar fines distintos de aquellos para los que se ha conferido la facultad de que se trate o para eludir un procedimiento específicamente establecido por los Tratados para hacer frente a las circunstancias del caso (véase la sentencia de 16 de abril de 2013, España e Italia/Consejo, C-274/11 y C-295/11, EU:C:2013:240, apartado 33 y jurisprudencia citada).

151 Es preciso señalar que la demandante no ha aportado indicios objetivos, pertinentes y concordantes que demuestren que la Comisión hubiese utilizado el procedimiento de exención como medio de presión, con el fin exclusivo o principal de forzar a Swiss a resolver el acuerdo de código compartido suscrito con LOT con la finalidad de eludir los procedimientos establecidos para examinar y sancionar las infracciones del artículo 101 TFUE.

152 Procede señalar, en primer lugar, que no fue la Comisión quien inició el procedimiento, sino que fue iniciado a instancias de la demandante.

153 Además, aunque de los autos se desprende ciertamente que la Comisión estima que el acuerdo de código compartido controvertido plantea problemas de competencia en este caso y que, como resulta en particular de los considerandos 5, 49, 69 y 95 de la Decisión impugnada, la denegación de la solicitud de exención viene motivada, esencialmente, porque se mantuviera o no se modificara dicho acuerdo, de ello no cabe inferir que la Comisión se atribuyera desviación de poder.

154 Como se ha expuesto en los anteriores apartados 101 a 103, la Comisión estaba facultada para tomar en consideración el acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y LOT en su apreciación de la solicitud de exención. En efecto, este acuerdo forma parte de la relación contractual más amplia que sustenta la apreciación de la competencia en la línea ZRH-WAW. Al haber considerado la Comisión, en la Decisión de 2005, que, a la vista de todos los acuerdos de cooperación suscritos con Lufthansa, LOT apenas tenía interés en entrar a competir con Swiss, el acuerdo de código compartido puede ser efectivamente un elemento relevante para apreciar la competencia en esta línea, con independencia de si dicho acuerdo puede justificar o no, en definitiva, la denegación de la solicitud.

155 Procede señalar asimismo que la Comisión no obligó a la demandante a denunciar el acuerdo de código compartido, sino que se limitó a sugerir a las partes —para facilitar la concesión de la exención— que lo resolvieran o, por lo menos, que limitaran su alcance a las conexiones anteriores y posteriores y que redujeran de este modo el grado de cooperación entre la entidad fusionada y LOT.

156 De ello se infiere que los datos aportados por la demandante no pueden considerarse indicios objetivos, pertinentes y concordantes de desviación de poder y que procede desestimar el tercer motivo.

157 De todas las consideraciones anteriores resulta que procede anular la Decisión impugnada en cuanto se refiere a la línea ZRH-STO y que procede desestimar el recurso en todo lo demás.

## Costas

158 A tenor del artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, cada parte cargará con sus propias costas.

159 A la vista de las circunstancias del caso de autos, procede decidir que cada parte cargue con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

decide:

**1) Anular la Decisión C(2016) 4964 final de la Comisión, de 25 de julio de 2016, por la que se deniega la solicitud de Deutsche Lufthansa AG relativa a la exención de determinados compromisos declarados obligatorios por la Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2005 por la que se aprueba la concentración en el asunto COMP/M.3770 — Lufthansa/Swiss en lo relativo a la línea Zúrich-Estocolmo.**

**2) Desestimar el recurso en todo lo demás.**

**3) Cada parte cargará con sus propias costas.**

Berardis Papasavvas Spineanu-Matei

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 16 de mayo de 2018.

Firmas

# Índice

Antecedentes del litigio ..... 1

Decisión por la que se autoriza la operación de concentración entre Lufthansa y Swiss International Air Lines Ltd ..... 2

Decisión impugnada ..... 3

Procedimiento y pretensiones de las partes ..... 5

Fundamentos de Derecho ..... 6

Observaciones preliminares ..... 6

Sobre el primer motivo, basado en la aplicación de un criterio jurídico erróneo, en errores manifiestos de apreciación y en la violación de los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima ..... 9

Sobre la primera parte, basada en la aplicación de un criterio jurídico erróneo en la apreciación de la solicitud de exención y en la violación de los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima ..... 9

Sobre las partes segunda y cuarta, basadas en error manifiesto de apreciación de los acuerdos de alianza de Lufthansa de conformidad con la segunda frase de la cláusula de revisión 15.2 y en que la Comisión no tuvo en cuenta la modificación de su política con respecto al trato dado a los socios de alianza ..... 10

– Observaciones preliminares ..... 11

– Modificaciones contractuales entre Lufthansa y SAS ..... 12

– Sobre la Decisión Lufthansa/Brussels Airlines y el supuesto cambio de política de la Comisión en materia de trato a los socios de alianza ..... 14

– Sobre el acuerdo de código compartido suscrito entre Swiss y SAS ..... 17

Sobre la tercera parte, basada en que la Comisión no tuvo en cuenta que la competencia entre Swiss, por una parte, y SAS y LOT, por otra, constituye la «evolución del mercado a largo plazo», en el sentido de la primera frase de la cláusula de revisión 15.2 ..... 19

Sobre la quinta parte, basada en el incumplimiento de la política general en materia de concentraciones con respecto de las soluciones sobre tarifas ..... 20

Conclusión sobre el primer motivo ..... 22

Sobre el segundo motivo, basado en la violación del principio de buena administración ..... 22

Sobre el tercer motivo, basado en desviación de poder ..... 23

Costas ..... 24