Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

den 16 maj 2018 *

”Konkurrens – Koncentrationer – Marknaden för flygtransporter – Beslut att förklara en koncentration förenlig med den inre marknaden, förutsatt att vissa åtaganden iakttas – Begäran om dispens från en del av de skyldigheter som omfattas av åtagandena – Proportionalitet – Berättigade förväntningar – Principen om god förvaltning – Maktmissbruk”

I mål T-712/16,

Deutsche Lufthansa AG, Köln (Tyskland), företrätt av S. Völcker, avocat,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av A. Biolan, H. Leupold och I. Zaloguin, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan enligt artikel 263 FEUF om ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2016) 4964 final av den 25 juli 2016 om avslag på Lufthansas begäran om delvis dispens från vissa skyldigheter som gjorts bindande genom kommissionens beslut av den 4 juli 2005 i ärende nr COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss,

meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen),

sammansatt av ordföranden G. Berardis samt domarna S. Papasavvas (referent) och O. Spineanu-Matei,

justitiesekreterare: handläggaren C. Heeren,

efter den skriftliga delen av förfarandet och förhandlingen den 14 september 2017,

följande

* Rättegångsspråk: engelska.

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Sökanden, Deutsche Lufthansa AG (nedan kallat Lufthansa eller sökanden), är Tysklands största flygbolag. Det är medlem i och medgrundare av Star Alliance, den största flygbolagsalliansen i världen.

2 Lufthansa har, utöver Star Alliance-avtalet, träffat avtal med Scandinavian Airlines System (nedan kallat SAS) den 11 maj 1995 om en bilateral allians (nedan kallat det bilaterala alliansavtalet) och, den 1 juli 1995, ett avtal om code-sharing, ett marknadsförings- och försäljningsavtal och ett bilateralt avtal om samföretagande (nedan kallat samföretagandeavtalet).

3 Vidare har Lufthansa, utöver Star Alliance-avtalet, träffat avtal med Polskie Linie Lotnicze LOT SA (nedan kallat LOT). Den 1 juni 2002 ingicks ett ömsesidigt avtal om code-sharing, den 25 augusti 2003 ett särskilt tariffdelningsavtal, den 26 september 2003 ett strategiskt samarbetsavtal, den 15 juni 2004 ett ramavtal om incitamentsprogram och den 1 oktober 2003 samarbetsavtalet Miles and More.

Beslutet att förklara företagskoncentrationen mellan Lufthansa och Swiss International Air Lines Ltd förenlig med den gemensamma marknaden

4 Europeiska kommissionen förklarade i beslut av den 4 juli 2005 (ärende COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss, nedan kallat 2005 års beslut), som antagits med stöd av artikel 6.1 b och 6.2 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EG:s koncentrationsförordning) (EUT L 24, 2004, s. 1), att koncentrationen (nedan kallad koncentrationen) genom vilken Lufthansa förvärvade kontrollen över det schweiziska flygbolaget Swiss International Air Lines Ltd (nedan kallat Swiss) var förenlig med den inre marknaden, avtalet om Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet (EES) och avtalet mellan Europeiska gemenskapen och den schweiziska konfederationen om lufttransporter, på vissa villkor och åligganden.

5 Kommissionen har inom ramen för kontrollen av koncentrationen dels analyserat överlappningarna av de tjänster som tillhandahålls av de två flygbolagen, dels undersökt i vilken utsträckning Lufthansas förvärv av Swiss skulle undanröja den faktiska konkurrensen mellan Swiss och andra flygbolag som inte ingår i Lufthansakoncernen, men som ingick i Star Alliance och i övrigt var anknutna via en rad bilaterala eller multilaterala avtal, nämligen SAS, LOT, Austrian Airlines, British Midlands Limited (nedan kallat BML), United Airlines och Air Kanada.

6 Vad gäller de olika samarbetsavtal som nämnts i punkterna 2 och 3 ovan och med beaktande av att Swiss även i framtiden kommer att höra till Star Alliance, har kommissionen dragit slutsatsen att SAS och LOT hade begränsat intresse av att konkurrera med Swiss efter koncentrationen.

7 I samband med kommissionens konkurrensrättsliga bedömning av koncentrationen lades SAS och LOTs marknadsandelar till Lufthansas marknadsandel, vilket gav upphov till dubbleringar på linjerna Zürich-Stockholm (nedan kallad ZRH-STO) och Zürich-Warszawa (nedan kallad ZRH-WAW). Det var bara Swiss och dess partner inom Star Alliance, SAS på linjen ZRH-STO och LOT på linjen ZRH-WAW, som trafikerade dessa linjer. Flygplatserna i Zürich (Schweiz) och Stockholm (Sverige) var överbelastade. Kommissionen kom mot den bakgrunden fram till att det fanns allvarliga tvivel på att koncentrationen var förenlig med den inre marknaden när det gäller dessa linjer.

8 För att undanröja dessa allvarliga tvivel föreslog Lufthansa och Swiss (nedan tillsammans kallade parterna) den 13 juni 2005 vissa åtaganden gällande ankomst- och avgångstider beträffande i synnerhet linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW.

9 Efter yttranden från berörda utomstående kompletterade parterna den 27 juni 2005 åtagandena avseende ankomst- och avgångstider, med ett åtagande avseende tariffer, vilket återfinns i klausul 11.1 i de åtaganden som parterna presenterat. Där anges att den fusionerade enheten varje gång den sänker en offentliggjord tariff på en jämförbar referenslinje, ska göra en motsvarande sänkning på linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW. I klausulen anges vidare att denna skyldighet upphör när ett nytt flygbolag börjar tillhandahålla flygtransporttjänster på dessa linjer.

10 De åtaganden som parterna föreslagit (nedan kallade åtagandena) angav även att en förvaltare skulle utses för att kontrollera att parterna fullgjorde åtagandena, under kommissionens övervakning (nedan kallad förvaltaren).

11 Åtagandena innehöll vidare ändringsbestämmelserna 15.1 och 15.2 (nedan kallade ändringsklausulen 15.1 respektive ändringsklausulen 15.2), vilka har följande lydelse:

> ”15.1 Kommissionen får, på begäran av den fusionerade enheten, vid extraordinära förhållanden eller en omfattande förändring av marknadsvillkoren, såsom att konkurrerande flygbolag trafikerar vissa angivna europeiska städer eller långdistanslinjer, upphäva, ändra eller ersätta ett eller flera av dessa åtaganden.
>
> 15.2 På begäran av den fusionerade enheten får kommissionen ompröva, upphäva eller ändra samtliga åtaganden som föreslås i detta dokument, varvid den ska grunda sig på den långsiktiga marknadsutvecklingen. Den får i synnerhet upphäva skyldigheten att tillgängliggöra ankomst- och avgångstider när den konstaterar att de konkurrensförhållanden, på vilka den grundat sin slutsats avseende minskade konkurrensincitament mellan den fusionerade enhet som beslutet avser och berörda transportföretag inom Lufthansas allians, väsentligen har förändrats på ett sådant sätt att de tvivel kommissionen haft undanröjts.”

Det angripna beslutet

12 Parterna lämnade den 4 november 2013 till kommissionen en begäran om dispens när det gäller tariffära åtaganden och, om möjligt, åtaganden rörande ankomst- och avgångstider och andra korrigerande åtgärder för tillgång som skulle gälla för linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW. Talan i förevarande mål rör endast de tariffära åtagandena för linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW (nedan kallad begäran om dispens).

13 Begäran om dispens grundades på tre skäl, nämligen för det första samföretagandeavtalets upphörande, för det andra kommissionens förändrade politik i fråga om behandling av allierade parter vid bedömningen av fusioner och den bedömning som kommissionen i detta avseende gjorde i sitt beslut C(2009) 4608 slutligt, av den 22 juni 2009, genom vilket en koncentration förklarats förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende COMP/M.5335, Lufthansa/SN Airholding, nedan kallat beslutet Lufthansa/Brussels Airlines), och, för det tredje, förekomsten av konkurrens mellan å ena sidan Swiss och å andra sidan SAS och LOT.

14 Lufthansa besvarade den 14 februari 2014 kommissionens frågor av den 22 november 2013, och besvarade den 27 april 2014 kompletterande frågor av den 26 februari 2014.

15 Lufthansa föreslog vid ett möte den 12 september 2014 att upphäva det bilaterala alliansavtalet om det skulle göra det möjligt att tillstyrka begäran om dispens rörande linjen ZRH-STO. Den 16 oktober 2014 kompletterade Lufthansa sin begäran om dispens med nya yrkanden. Den 26 januari 2015 besvarade bolaget en skriftlig fråga från kommissionen. Den 18 maj 2015 informerade bolaget kommissionen om ett förslag till förändring av dess tariffära struktur.

16 Kommissionen informerade den 5 mars 2015 Lufthansa om att den begärda dispensen kunde lämnas om bolaget gjorde vissa ändringar i avtalen om code-sharing mellan SAS och LOT. Lufthansa svarade genom skrivelse av den 28 april 2015 att bolaget inte avsåg att göra några sådana ändringar.

17 Lufthansa svarade den 29 juni 2015 på frågor som kommissionen ställt den 22 maj 2015.

18 Kommissionen underrättade den 22 oktober 2015 parterna om sin avsikt att avslå begäran om dispens. Parterna yttrade sig den 20 och 24 november 2015.

19 Ombudet yttrade sig över Lufthansas begäran om dispens den 27 juni 2014 och den 3 maj 2016.

20 Kommissionen avslog i beslut C(2016) 4964 final, av den 25 juli 2016, Lufthansas begäran om dispens från vissa åtaganden som gjorts bindande genom 2005 års beslut (nedan kallat det angripna beslutet).

21 När det gäller parternas begäran om dispens enligt den andra delen av ändringsklausulen 15.2, grundad på en förändring av de samarbetsavtal som Lufthansa hade, ansåg kommissionen att upphävandet av samföretagandeavtalet mellan Lufthansa och SAS avseende trafik mellan Tyskland och Skandinavien var otillräckligt för att eliminera de problem som redovisats i 2005 års beslut angående linjen ZRH-STO och att det förhållandet att det inte tillkommit någon ny transportör i sig kunde anses utgöra skäl för att upprätthålla de tariffära åtagandena (skäl 68 i det angripna beslutet). Den anförde vidare att även om parterna faktiskt upphörde med tillämpningen av det bilaterala alliansavtalet, kunde ändringsklausulen 15.2, i princip och med förbehåll för ett särskilt beslut från kommissionen, utlösa en prövning av åtagandena avseende linjen ZRH-STO, med den preciseringen att ett upphävande av det bilaterala alliansavtalet enbart skulle medföra en tillämpning av ändringsklausulen 15.2, vilket inte i sig är tillräckligt för att den dispens som parterna begärt ska kunna beviljas (skäl 69 i det angripna beslutet).

22 När det gäller parternas begäran om dispens enligt den första delen av ändringsklausulen 15.2, som grundas på en ändrad inställning från kommissionens sida vid bedömningen av den roll som parterna i en allians har vid prövningen av koncentrationer efter 2005 års beslut, har kommissionen anfört att varje transaktion ska bedömas utifrån dess egna särdrag (skäl 77 i det angripna beslutet), att kommissionen i princip inte har uteslutit relationerna mellan alliansparter eller dessa relationers påverkan på dessa partner skäl att konkurrera efter en fusion från sin behörighet (skäl 79 i det angripna beslutet), och att de åtaganden som gjorts i förevarande fall kräver en långsiktig marknadsutveckling som parterna inte bevisat förekomsten av (skälen 82 och 83 i det angripna beslutet).

23 Kommissionen har vidare understrukit att även om villkoren för att begära ett upphävande av åtagandena avseende linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW skulle anses vara uppfyllda ska det, inom ramen för bedömningen av en begäran om dispens, beaktas de code sharing-avtal som Swiss träffat med Lufthansas partner, SAS, år 2006, och LOT, år 2007 (skälen 95 och 96 i det angripna beslutet). Till följd av den eventuella påverkan code sharing-avtalen har på konkurrensen på dessa båda linjer har kommissionen bedömt dem vara relevanta vid bedömningen av koncentrationen och fastslagit att förekomsten av dessa avtal visar att graden av samarbete mellan Lufthansa samt SAS och LOT inte har minskat (skälen 99 och 100 i det angripna beslutet). Kommissionen kom sålunda fram till att det inte förelåg tillräckliga skäl för att bevilja den begärda dipensen. Den anförde att den omständigheten att det inte kommit någon ny transportör som konkurrerar på marknaden och att det inte framkommit någon annan exceptionell omständighet eller påtaglig förändring av marknadsförhållandena medför att villkoren för ett upphävande av de åtaganden som angivits i ändringsklausulen 15.1 inte var uppfyllda (skäl 108 i det angripna beslutet). Den anförde vidare att parterna inte visat att villkoren för en förnyad prövning, upphävande eller ändring av åtagandena enligt ändringsklausulen 15.2 var uppfyllda (skäl 109 i det angripna beslutet).

24 Kommissionen grundade denna slutsats på fem skäl, utformade enligt följande:

”111. För det första påverkar inte upphävandet av samföretagandeavtalet med SAS [avtalsbasen för tätare samarbete] som prövats i beslutet år 2005 och är således otillräckligt för att medföra en förnyad prövning utifrån ändringsklausulen 15.2.

112. Även om, för det andra, upphävandet av samföretagandeavtalet teoretiskt kunde anses vara relevant i förevarande mål ger den existerande konkurrenssituationen avseende dessa två linjer upphov till allvarliga tvivel rörande koncentrationens förenlighet med den inre marknaden … på så sätt att villkoren i ändringsklausulen 15.2 inte är uppfyllda. Det finns nämligen bara två transportörer som betjänar linjerna ZRH-STO respektive ZRH-WAW, och de har träffat motsvarande code sharing-avtal från flygtrafiknav till flygtrafiknav

113. För det tredje har ingen avtalsmässig förändring avseende linjen ZRH-WAW inträffat efter beslutet år 2005.

114. För det fjärde kan kommissionens godtagande av strukturella åtaganden, till skillnad från åtaganden avseende uppträdande, rörande tariffer för vissa nyligen genomförda regionala sammanslagningar av flygbolag, som rör linjer och marknader som inte är aktuella i förevarande mål, inte anses utgöra en väsentlig förändring på marknaden eller motivera den begärda dispensen. På samma sätt kan inte enbart den omständigheten att tariffära åtaganden inte varit aktuella i vissa nyligen genomförda sammanslagningar av flygbolag utgöra ett skäl som motiverar ett upphävande av de tariffära åtagandena i förevarande mål.

115. För det femte utgör inte den påstådda förändringen av kommissionens behandling av parterna i alliansen en långsiktig marknadsutveckling i den mening som avses i ändringsklausulen 15.2.

116. Kommissionen har mot den bakgrunden som helhet kommit fram till att det begärda upphävandet av åtaganden inte uppfyller de villkor som angivits i ändringsklausulerna 15.1 och 15.2 (första och andra meningarna). Det ger heller ingen allmänt positiv påverkan på åtagandena. Kommissionen har därför beslutat att avslå Lufthansas begäran om delvis upphävande av åtagandena …”

Förfarandet och parternas yrkanden

25 Genom ansökan, som inkom till tribunalens kansli den 5 oktober 2016, väckte sökanden förevarande talan.

26 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara det angripna beslutet, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

27 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan, och

– förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

28 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (sjätte avdelningen) att inleda den muntliga delen av förfarandet, och som en processledningsåtgärd i enlighet med artikel 89 i tribunalens rättegångsregler av den 2 maj 1991 förelades Lufthansa och kommissionen att besvara skriftliga frågor. Parterna besvarade frågorna inom de föreskrivna fristerna.

29 Lufthansa och kommissionen utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 14 september 2017.

Rättslig bedömning

30 Sökanden har anfört tre grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser tillämpningen av ett felaktigt rättsligt kriterium vid bedömningen av begäran om dispens, uppenbart felaktig bedömning samt åsidosättande av principerna om proportionalitet och skydd för berättigade förväntningar. Den andra grunden avser åsidosättande av principen om god förvaltningssed. Den tredje grunden avser maktmissbruk.

Inledande synpunkter

31 Parternas åtaganden för att skingra de allvarliga tvivel som koncentrationen gett upphov till och göra den förenlig med den inre marknaden innehåller allmänt en ändringsklausul i vilken det anges på vilka villkor som kommissionen, på begäran av den fusionerade enheten, kan medge en förlängning av de frister som gäller eller upphäva, förändra eller ersätta dessa åtaganden. Såsom framgår av punkt 74 i kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 och kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 (EUT C 267, 2008, s. 1, nedan kallat meddelandet om korrigerande åtgärder) kan dispens från eller ändring av ett åtagande vara mer relevant när det gäller åtaganden om hur företag ska uppträda, som kan ha ingåtts för flera år sedan och för vilka vissa omständigheter inte kan förutses när kommissionen antar sitt beslut om koncentrationen, vilket gör åtagandena bindande. Kommissionen har i sin duplik, med hänvisning till beslut C(2011) 2981 slutligt, av den 3 maj 2011 (ärende nr IV/M.950 – Hoffmann – La Roche/Boehringer Mannheim), bland annat gjort gällande att en ändring av eller dispens från åtaganden kan ske även i fall där det inte finns någon ändringsklausul, när åtaganden blivit obsoleta eller oproportionerliga till följd av senare inträffade exceptionella händelser. Åtagandena syftar nämligen till att komma till rätta med konkurrensproblem som påpekats i beslutet att godkänna koncentrationen, så att deras innehåll kan behöva förändras eller deras nödvändighet kan gå förlorad, till följd av utvecklingen av situationen på marknaden. Sökanden har i förevarande mål emellertid enbart gjort gällande att den begärda dispensen ska meddelas med tillämpning av ändringsklausulerna 15.1 och 15.2 i åtagandena.

32 Före prövningen av de olika grunder och argument som sökanden anfört mot det angripna beslutet, ska det prövas vilket utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har vid prövningen av en begäran om dispens från åtaganden liksom vilken typ av kontroll tribunalen ska göra avseende de beslut som kommissionen antagit i detta avseende samt preciseras vissa aspekter av förfarandet för prövning av en sådan begäran.

33 Enligt fast rättspraxis ger bestämmelserna i förordning nr 139/2004 kommissionen ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, i synnerhet vad gäller ekonomiska bedömningar (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 31 mars 1998, Frankrike m.fl./kommissionen, C-68/94 och C-30/95, EU:C:1998:148, punkt 223, dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 38, och dom av den 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punkt 53).

34 Detsamma gäller vid bedömningen av inte bara av en koncentrations förenlighet med den inre marknaden, utan även av nödvändigheten av att erhålla åtaganden för att undanröja de allvarliga tvivel en sådan koncentration kan ge upphov till (se, för ett liknande synsätt, dom av den 30 september 2003, ARD/kommissionen, T-158/00, EU:T:2003:246, punkt 328, och dom av den 4 juli 2006, easyJet/kommissionen, T-177/04, EU:T:2006:187, punkt 128) och genomförandet av sådana åtaganden (se, för ett liknande och analogt synsätt, dom av den 3 april 2003, Petrolessence och SG 2R/kommissionen, T-342/00, EU:T:2003:97, punkterna 102 och 103).

35 När det mer specifikt gäller en begäran om dispens från åtaganden som gjorts bindande genom ett beslut att förklara en koncentration förenlig med den inre marknaden ska det inledningsvis framhållas att även om prövningen av en koncentration kräver förutsägelser om framtida utveckling som blir allt svårare och osäkrare att göra ju längre tidshorisont det är fråga om, är prövningen av en begäran om dispens från åtaganden inte med nödvändighet förbunden med sådana svårigheter. Hypotetiskt kräver nämligen en bedömning av en sådan begäran snarare en prövning av huruvida de villkor som angivits i ändringsklausulen allmänt är uppfyllda eller en efterhandsbedömning av om de förutsägelser som gjordes vid koncentrationens godkännande besannats eller om det alltjämt föreligger allvarliga tvivel.

36 Det ska vidare framhållas att, såsom sökanden anfört, prövningen av en begäran om dispens inte är underkastad de stränga tidsfrister som gäller för prövningen av en koncentration. Det finns nämligen varken någon bestämmelse genom vilken det föreskrivs några tidsfrister för prövningen av en sådan begäran eller att vissa steg i detta förfarande ska genomföras eller, mer allmänt, några föreskrifter eller någon organisation för detta förfarande.

37 Icke desto mindre innefattar en begäran om dispens från åtaganden, i likhet med andra bedömningar i frågor om koncentrationer, komplexa ekonomiska bedömningar för att avgöra, bland annat, om situationen på marknaden har förändrats långsiktigt och påtagligt, så att åtagandena inte längre är nödvändiga för att undanröja de konkurrensproblem som konstaterats i beslutet att godkänna koncentrationen, genom vilket åtagandena gjorts bindande.

38 Kommissionen har således ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när den prövar en begäran om dispens från åtaganden och den prövningen innefattar komplexa ekonomiska bedömningar.

39 Följaktligen ska tribunalens prövning av utövandet av denna befogenhet ske med beaktande av det omfattande utrymme för skönsmässig bedömning som ligger till grund för ekonomiska normer inom ramen för reglerna om kontroll av koncentrationer (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 38). Detta innebär emellertid inte att tribunalen helt ska avstå från överprövning av kommissionens prövning av ekonomiska omständigheter. Tribunalen ska nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även om dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och om de styrker de slutsatser som dragits (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 39).

40 Tvärtemot vad kommissionen anfört saknar inte den rättspraxis som redovisas i dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), relevans i förevarande mål av det skälet att det ärende inom ramen för vilket domstolen har utvecklat denna rättspraxis inte rör en förnyad prövning av åtaganden som gjorts bindande genom ett beslut att godkänna en koncentration. Denna rättspraxis är nämligen helt allmän och ska tillämpas i olika tvister rörande tillämpningen av förordning nr 139/2004. Enligt fast rättspraxis är det vidare av än mer grundläggande betydelse att de garantier som enligt unionsrätten finns i administrativa förfaranden säkerställs när institutionerna förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning. Till dessa garantier hör bland annat den behöriga institutionens skyldighet att noggrant och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet, den berördes rätt att framföra sina synpunkter och att beslutet ska vara

tillräckligt motiverat (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 21 november 1991, Technische Universität München, C-269/90, EU:C:1991:438, punkt 14, och dom av den 20 mars 2002, ABB Asea Brown Boveri/kommissionen, T-31/99, EU:T:2002:77, punkt 99).

41 Av vad som ovan anförts följer att när kommissionen förfogar över ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid prövningen av en begäran om dispens från åtaganden är den ändå skyldig att genomföra en omsorgsfull prövning av denna begäran och, vid behov, undersöka saken, utfärda föreläggande och grunda sin bedömning på samtliga relevanta omständigheter.

42 När det gäller de kriterier som ska ligga till grund för bedömningen av en begäran om dispens har kommissionen, som framhållit att en retroaktiv återkallelse av en lagenlig administrativ rättsakt, enligt vilken individuella rättigheter eller liknande fördelar skapats, strider mot allmänna rättsprinciper (dom av den 20 november 2002, Lagardère och Canal+/kommissionen, T-251/00, EU:T:2002:278, punkt 139), gjort gällande att beslut att godkänna koncentrationer som medför rättigheter eller motsvarande fördelar, såsom 2005 års beslut, endast kan ändras eller upphävas i vissa strängt reglerade undantagsfall. Detta resonemang kan inte godtas. Ett beslut avseende en begäran om dispens från åtaganden förutsätter inte något sådant återtagande av beslutet om godkännande av koncentrationen och utgör heller inte något sådant. Prövningen syftar till att avgöra om de förutsättningar som angivits i ändringsklausulen och utgör en del av dessa åtaganden är uppfyllda eller, i förekommande fall, om de konkurrensproblem som identifierats i beslutet att godkänna koncentrationen förutsatt att åtagandena iakttas inte längre gör sig gällande.

43 Det ska emellertid framhållas att eftersom 2005 års beslut vunnit laga kraft kan sökanden inte, inom ramen för förevarande mål, indirekt bestrida dess lagenlighet, ens i den del som gäller åtagandena.

44 När det vidare gäller vad sökanden anfört om att kommissionen alltjämt skulle vara skyldig att regelbundet, även på eget initiativ, pröva om de korrigerande åtgärderna alltjämt är motiverade, saknar det relevans i förevarande mål, eftersom sökanden har begärt dispens från dessa åtaganden.

45 Det ska slutligen framhållas att det ankommer på de parter som är bundna av åtagandena att lägga fram tillräcklig utredning för att visa att villkoren för dispens är uppfyllda. När de lagt fram sådana omständigheter som visar att villkoren i ändringsklausulerna är uppfyllda ankommer det emellertid på kommissionen att förklara varför dessa omständigheter inte är tillräckliga eller tillförlitliga och att, vid behov, genomföra en undersökning för att fastställa, komplettera eller motbevisa de omständigheter parterna lagt fram.

46 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som sökandens grunder och argument ska prövas.

Den första grunden, avseende tillämpning av ett felaktigt rättsligt kriterium, uppenbart felaktig bedömning samt åsidosättande av principerna om proportionalitet och skydd för berättigade förväntningar

47 Den första grunden består av fem delar. Den första avser tillämpning av ett felaktigt rättsligt kriterium vid bedömningen av begäran om dispens samt åsidosättande av principerna om proportionalitet och om skydd för berättigade förväntningar. Den andra delen avser en uppenbart felaktig bedömning av Lufthansas alliansavtal. Den tredje grunden avser kommissionens underlåtenhet att beakta att konkurrensen mellan å ena sidan Swiss och å andra sidan SAS och LOT utgjorde en ”långsiktig marknadsutveckling”. Den fjärde grunden avser kommissionens underlåtenhet att beakta att dess politik avseende allianspartners förändrats. Den femte grunden avser kommissionens underlåtenhet att tillämpa sin allmänna beslutspraxis i frågor om koncentrationer när det gäller korrigerande tariffära åtgärder.

48 Tribunalen ska först pröva den första delgrunden, därefter den andra och den fjärde delen tillsammans, sedan den tredje delen och slutligen den femte delen. Den slutsats som följer av samtliga delar redovisas efter bedömningen av samtliga delar.

Den första delen, avseende tillämpningen av ett felaktigt rättsligt kriterium vid bedömningen av begäran om dispens samt åsidosättande av principerna om proportionalitet och om skydd för berättigade förväntningar

49 Sökanden har i sak gjort gällande att det angripna beslutet grundats på ett felaktigt rättsligt kriterium i den mån kommissionen inte har ett obegränsat utrymme för skönsmässig bedömning vid prövningen av ansökningar om dispens från åtaganden och att den, mot bakgrund av domstolens slutsatser i dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2005:87), samt principerna om proportionalitet och om skydd för berättigade förväntningar, är skyldig att med största omsorg och på grundval av en egen undersökning pröva de långsiktiga åtagandena.

50 I den mån sökanden, vilket har bekräftats vid förhandlingen, har klandrat kommissionen för att ha åsidosatt sin skyldighet att med omsorg pröva begäran om dispens, vid behov genomföra en undersökning och grunda sin bedömning på samtliga relevanta omständigheter, är de argument som anförts inom ramen för denna grund inte självständiga. De ska således prövas i samband med bedömningen av de invändningar som anförts inom andra delar av den första grunden.

51 För det andra har sökanden anfört att åtagandena, som medför eviga begränsningar vad gäller fastställande av priser, är oförenliga med proportionalitetsprincipen och en ordning där konkurrensen inte snedvrids och att de därmed kräver en regelbunden förnyad prövning av kommissionen.

52 Detta resonemang kan inte godtas. Förutom det faktum att de ifrågavarande åtagandena inte varar i evighet utan enbart under en icke tidsbegränsad period, ska det framhållas att eftersom 2005 års beslut vunnit laga kraft kan sökanden, såsom framhållits i punkt 43 ovan, inte bestrida lagenligheten av dessa åtaganden inom ramen för förevarande mål.

53 Såsom kommissionen anfört ger ändringsklausulerna 15.1 och 15.2 uttryck för proportionalitetsprincipen genom att de, i undantagsfall, tillåter att åtagandena upphävs, ändras eller ersätts om det visas att de inte längre behövs eller är proportionerliga, eftersom enbart den omständigheten att de varit gällande sedan flera år inte i sig visar att de allvarliga tvivel som de avser att undanröja har upphört och att åtagandena inte längre är motiverade.

54 Slutligen är det, som anförts i punkt 44 ovan, inte kommissionens uppgift att regelbundet och på eget initiativ pröva långvariga åtaganden, utan det ankommer på de parter som är bundna av dessa att begära ett upphävande eller en ändring av dessa och visa att villkoren för detta är uppfyllda.

55 När det, för det tredje, gäller principen om skydd för berättigade förväntningar har sökanden gjort gällande att kommissionen krävde att de tariffära åtagandena infördes, att sökanden endast med tvekan godtagit dessa utifrån införandet av ändringsklausulen 15.2 och att sökanden därför legitimt kan förvänta sig att kommissionen faktiskt upphäver åtagandena och vederbörligen prövar om villkoren i ändringsklausulen är uppfyllda.

56 Detta resonemang kan inte godtas. För det första grundas argumentationen på en felaktig utgångspunkt. Såsom framgår av skäl 30 och artikel 6.2 i förordning nr 139/2004 är det de berörda företagen i en koncentration som kan föreslå åtaganden för att göra den förenlig med den inre marknaden. Kommissionen kan inte föreskriva åtaganden för företagen. För det andra saknar påståendet relevans, eftersom lagenligheten av de åtaganden som gjorts bindande genom 2005 års beslut inte längre kan bestridas. Det framgår vidare inte av handlingarna i målet att kommissionen skulle ha lämnat tydliga försäkringar avseende upphävande av åtagandena. Slutligen kan det framhållas

att ändringsklausulen inte i sig garanterar sökanden att en begäran om dispens från åtagandena per automatik beviljas, eftersom ett upphävande av dessa bara får beslutas när villkoren faktiskt är uppfyllda.

57 Härav följer att talan inte ska bifallas på den första delen av den första grunden, utom såvitt avser invändningen att kommissionen åsidosatt sin skyldighet att genomföra en omsorgsfull prövning och, vid behov, göra en egen undersökning samt grunda sin bedömning på samtliga relevanta omständigheter, vilken invändning ska prövas tillsammans med andra delar av den första grunden.

Den andra och den fjärde delen, avseende en uppenbart felaktig bedömning av Lufthansas alliansavtal med avseende på den andra meningen i ändringsklausul 15.2 och kommissionens underlåtenhet att beakta sin egen ändrade praxis avseende behandlingen av parter i en allians

58 Sökanden har i sak gjort gällande att kommissionen gjort en uppenbart felaktig bedömning, att den inte beaktat relevanta omständigheter, att den grundat sin bedömning på antaganden som inte bevisats och att den inte omsorgsfullt prövat begäran om dispens när den slog fast att förändringarna i alliansavtalen mellan Lufthansa och SAS inte var tillräckliga för att upphäva det tariffära åtagandet för linjen ZRH-STO. Sökanden har i detta avseende gjort gällande att, för det första, kommissionen i det angripna beslutet inte beaktat den bedömning som den själv gjort av samma avtal som Lufthansa träffat med SAS (och övriga partner i Star Alliance) i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines, att, för det andra, kommissionen inte har tagit hänsyn till sin ändrade beslutspraxis när det gäller parter i en allians, att, för det tredje, code sharing-avtalet som prövats i kommissionens beslut C(2012) 2320 av den 30 mars 2012 (ärende COMP/M.6447 – IAG/bmi, nedan kallat beslutet IAG/bmi) inte ansetts vara relevant i förevarande fall och att, för det fjärde, code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS inte innefattade de former av samarbete som legat till grund för behandlingen av Lufthansas partner i 2005 års beslut.

– *Inledande synpunkter*

59 Tribunalen konstaterar inledningsvis att den andra meningen i ändringsklausul 15.2 uttryckligen endast hänvisar till upphävande av skyldigheten att tillgängliggöra ankomst- och avgångstider och inte rör tariffer. Denna situation är emellertid, såsom framgår av punkt 9 ovan, en konsekvens av att åtagandena införts först i slutet av förhandlingarna avseende korrigerande åtgärder, vid en tidpunkt när den andra meningen i ändringsklausul 15.2 redan utformats. Såsom sökanden anfört, utan att motsägas av kommissionen, är det således av en slump och inte avsiktligt som ändringsklausulen inte ändrats för att återspegla detta samband med tariffära åtaganden. Härav följer att den andra meningen i ändringsklausul 15.2 ska tolkas så att den gäller inte bara åtaganden avseende ankomst- och avgångstider, utan även tariffära åtaganden. Denna tolkning gör sig så mycket mer gällande som de tariffära åtagandena utgör ett ovanligt åtagande som särskilt begränsar parternas affärsmässiga handlingsfrihet, varför det förefaller än viktigare och mer motiverat att det föreskrivs en möjlighet att få dem att upphöra. Kommissionen har för övrigt vid förhandlingen förklarat sig inte bestrida denna tolkning av andra meningen i ändringsklausul 15.2.

60 Det föreskrivs vidare i första meningen i ändringsklausul 15.2, som motsvarar en standardändringsklausul, att kommissionen får upphäva eller förändra åtagandena om det sker en långsiktig marknadsutveckling, medan den andra meningen i samma klausul föreskriver att kommissionen ska upphäva åtagandena vid förändrade avtalsrelationer. Denna andra menings lydelse, som visserligen tydligare, innebär emellertid inte att varje förändring i avtalsrelationerna per automatik leder till en skyldighet för kommissionen att upphäva åtagandena. Ett upphävande av åtagandena enligt andra meningen i ändringsklausul 15.2 kräver nämligen att de avtalsrelationer på vilka kommissionen grundat sin slutsats om minskade incitament att konkurrera har förändrats i sådan grad att de problem som identifierats i 2005 års beslut upphört.

61 Det tariffära åtagandet i fråga har gjorts för att motverka de allvarliga tvivel som följt av överlappning av verksamhet inte mellan parterna i koncentrationen utan mellan Swiss och SAS, vilka inte ingår i Lufthansa-koncernen, men är partner i Star Alliance och dessutom knutna till Lufthansa genom en rad bilaterala avtal (se punkt 2 samt punkterna 5–8 ovan). Kommissionen har nämligen, i skäl 22 i 2005 års beslut, slagit fast att, mot bakgrund av det intensiva samarbete som följer av de bilaterala avtalen med Lufthansa, parterna i Star Alliance ”Austrian, BML, SAS och United Airlines inte [kunde] anses vara konkurrenter till Lufthansa” och att de ”[hade] liten eller ingen anledning att konkurrera med Swiss efter koncentrationen”.

62 Tribunalen konstaterar att de skäl som anförts i detta avseende är mycket summariska, då 2005 års beslut begränsats till att ange, utan någon bedömning av de olika avtalen eller ens ett omnämnande av dessa, att det i de bilaterala avtal som Lufthansa träffat med de flygbolag som angivits i punkt 61 ovan föreskrivs ”en gemensam prispolitik på global nivå, gemensam planering av flyglinjenät och flygningar, anordnande av ett gemensamt system med flygtrafiknav och en enhetlig marknadsföringsstrategi” som ”således utgör den rättsliga grunden för en global integrering av nätverket av bolag och deras affärspolicy” eftersom ”tillämpningsområdet för och syftet med dessa avtal går utöver linjerna mellan Tyskland och bolagens respektive ursprungsland”. I skäl 22 sista meningen i 2005 års beslut anförs att ”samma skäl gör sig gällande för LOT och Air Kanada, i vilkas avtal med Lufthansa det föreskrivs åtminstone en gemensam planering av linjenät och en gemensam prispolitik som sträcker sig utanför deras respektive länder”.

63 2005 års beslut innehåller således inte någon analys eller individuell bedömning av de olika bilaterala avtal som Lufthansa träffat med SAS, och heller ingen motivering till varför dessa avtal skulle påverka konkurrensen mellan SAS och Swiss beträffande de övriga linjer som dessa avtal omfattar, varför det inte framgår av 2005 års beslut vilken påverkan ett upphävande av ett eller flera av dessa avtal skulle ha. Icke desto mindre grundas bedömningen att parterna inom Star Alliance, såsom SAS och LOT, inte kan anses vara konkurrenter till Lufthansa och har liten eller ingen anledning att konkurrera med Swiss efter koncentrationen på en rad avtal som visar ett mycket omfattande samarbete. Följaktligen förefaller en ändring eller ett upphörande av de avtal genom vilka denna integrering realiseras vara en sådan åtgärd som kan motverka de konkurrensproblem som angivits i 2005 års beslut och, därmed, vara av en sådan art att åtagandena kunde upphöra.

64 Det är mot denna bakgrund som de invändningar och argument avseende de förändrade avtalsrelationerna mellan Lufthansa och SAS ska prövas.

– Förändringar i avtalsförhållandena mellan Lufthansa och SAS

65 Parterna har till stöd för sin begäran om dispens bland annat gjort gällande att upphävandet per den 1 juni 2013 av samföretagandeavtalet liksom allt övrigt samarbete mellan Lufthansa och SAS utöver en standardmässig code sharing utgör en förändring av avtalsförhållandena i den mening som avses i ändringsklausul 15.2, vilket motiverar ett upphävande av det tariffära åtagandet avseende linjen ZRH-STO. Kommissionen har i skälen 39 och 40 i det angripna beslutet erkänt att upphävandet av samföretagandeavtalet faktiskt utgjorde en ändring av de avtalsförhållanden mellan Lufthansa och SAS som rådde vid antagandet av 2005 års beslut. Ombudet har i sin rapport av den 27 juni 2014 anfört att upphävandet av samföretagandeavtalet utgjorde ”en väsentlig förändring på marknaden” i den mening som avses i ändringsklausul 15.2, då det innebar slutet för de två bolagens gemensamma operativa politik, som innefattat prisöverenskommelser, och planering av linjenät mellan Lufthansa och SAS.

66 Även om kommissionen inte är bunden av förvaltarens uppfattning är den emellertid i princip skyldig att beakta den, särskilt som den själv har begärt att få denna uppfattning redovisad, först den 16 juni 2014 och därefter den 5 april 2016. Kommissionen har i skälen 30–46 i det angripna beslutet, där kommissionens bedömning av upphävandet av samföretagandeavtalet redovisas, inte på något sätt analyserat den bedömning som återfinns i detta yttrande, och nämner det inte alls. Vidare återger

redogörelsen i skälen 27 och 29 i det angripna beslutet inte korrekt förvaltarens yttrande såsom det ingivits i bilagan till kommissionens svarsinlaga. Tvärtemot vad som anges i skäl 27 i det angripna beslutet har förvaltaren, i sitt yttrande av den 27 juni 2014, inte ansett att frågan huruvida en väsentlig förändring av marknadsförhållandena till följd av upphävandet av samföretagandeavtalet mellan Lufthansa och SAS rörande linjen ZRH-STO motiverade ett upphävande av åtagandena skulle gå utöver förvaltarens uppdrag, utan att det var fråga om huruvida kommissionen i 2005 års beslut hade grundat sin bedömning avseende förhållandet mellan Lufthansa och LOT på då gällande praxis eller på ett antagande, när det gäller linjen ZRH-WAW som gick utöver uppdraget. Även om det, vidare, anges i skäl 29 i det angripna beslutet att förvaltaren den 3 maj 2016 ändrat sitt ursprungliga yttrande och förklarat att han inte fått kännedom om någon exceptionell omständighet i den mening som avses i ändringsklausul 15.1 avseende linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW, ska det framhållas att handlingen av den 3 maj 2016 inte utgjorde något nytt yttrande från förvaltaren utan ett svar på en rad frågor rörande ändringsklausul 15.1, men inte ändringsklausul 15.2. Tvärtom har förvaltaren i sitt andra yttrande, som är daterat den 13 april 2016, såsom kommissionen uttryckligen angivit i sin svarsinlaga, i sak återtagit de slutsatser som lagts fram den 27 juni 2014 och klargjort att priset i affärsklass på dessa två linjer också avsevärt sjunkit efter införandet av nya tariffer. Kommissionen har heller inte i det angripna beslutet undersökt omfattningen eller påverkan av upphävandet av samföretagandeavtalet, trots att det utgjorde ett centralt verktyg för samarbetet mellan Swiss och SAS.

67 Det anförs i detta avseende i skäl 43 i det angripna beslutet att bedömningen i beslutet grundas inte bara på samföretagandeavtalet, utan även på en helhetsbedömning av samarbetet mellan Lufthansa och SAS och det bilaterala alliansavtalet från år 1995 som gjorde det möjligt för detta samarbete att alltjämt gälla, så att enbart upphävandet av samföretagandeavtalet avseende trafiken mellan Tyskland och Skandinavien inte gjorde det möjligt att dra slutsatsen att avtalsförhållandena mellan dessa båda bolag förändrats så väsentligt att det undanröjt den oro som uttryckts i beslutet avseende linjen ZRH-STO. Vidmakthållandet av bilaterala alliansavtalet från år 1995 förefaller således utgöra skälet till avslaget på begäran om dispens.

68 I skäl 48 i det angripna beslutet anförs vidare i detta avseende att det bilaterala alliansavtalet från år 1995 utgjorde grunden för alla andra bilaterala avtal som träffats mellan dessa båda bolag. Ett upphävande av detta, taget tillsammans med upphävandet av samföretagandeavtalet, kunde i princip utgöra en väsentlig förändring av de konkurrensförhållanden som bedömts i 2005 års beslut.

69 Såsom uttryckligen redovisats i skälen 4, 32 och 47 i det angripna beslutet föreslog Lufthansa under det administrativa förfarandet att det bilaterala alliansavtalet skulle upphävas, om detta skulle göra det möjligt för kommissionen att bifalla dess begäran om dispens för linjen ZRH-STO.

70 Kommissionen kunde således inte i skäl 43 i det angripna beslutet göra bedömningen att upphävandet av samföretagandeavtalet inte utgjorde en väsentlig förändring av konkurrensförhållanden på den grunden att det bilaterala alliansavtalet alltjämt gällde.

71 Kommissionen har i detta avseende gjort gällande att det bilaterala alliansavtalet inte har upphävts och att Lufthansas förslag att upphäva detta avtal inte utgjort ett formellt åtagande. Den menar därför att det angripna beslutet inte hade kunnat grundas på ett muntligt icke bindande förslag från Lufthansa om ett eventuellt upphävande av det bilaterala alliansavtalet.

72 Detta resonemang kan inte godtas. Såsom sökanden gjort gällande och som framgår av skälen 4, 32 och 47 i det angripna beslutet grundas dessa på hypotesen att Lufthansa skulle upphäva detta avtal om detta varit tillräckligt för att kommissionen skulle upphäva åtagandena avseende tariffer. Det ankom vidare på kommissionen, om den ansåg det vara nödvändigt, att under det administrativa förfarandet begära att Lufthansa skulle verkställa ett sådant åtagande på det sätt som den ansåg lämpligt.

73 Härav följer att kommissionen, genom att inte undersöka påverkan av upphävandet av samföretagandeavtalet, varken i sig eller tillsammans med åtagandet att även upphäva det bilaterala alliansavtalet, har underlåtit att beakta samtliga relevanta omständigheter för att bedöma begäran om dispens grundad på en förändring av avtalsförhållandena mellan Lufthansa och SAS.

74 Det ska emellertid framhållas att enligt övriga skäl i det angripna beslutet grundas beslutet att avslå begäran om dispens på andra skäl än det förhållandet att det bilaterala alliansavtalet faktiskt inte har upphävts.

75 Kommissionen har i slutsatsen till den del av det angripna beslutet som rör förändrade avtalsförhållanden (skälen 68–70), efter att ha anfört att upphävandet av samföretagandeavtalet var otillräckligt, anfört att ”det inte skett någon förändring i avtalsförhållandena avseende linjen ZRH-WAW, på vilken samarbetet mellan Lufthansa och LOT förefaller ha varit mindre omfattande än det varit avseende linjen ZRH-STO” och dragit slutsatserna att de tariffära åtagandena avseende linjen ZRH-WAW måste upprätthållas och därmed även åtagandena avseende linjen ZRH-STO. Denna motivering måste avfärdas, då den grundas enbart på enkla antaganden och inte på någon konkret undersökning av relevanta omständigheter för var och en av dessa linjer. Den bygger vidare på en argumentation som i viss mån rör sig i cirklar, då jämförelsen mellan de båda linjerna motiverar avslagsbeslutet beträffande den första, som i sin tur motiverar avslagsbeslutet beträffande den andra. Kommissionen har för övrigt i skäl 68 i det angripna beslutet understrukit att avsaknaden av en ny transportör på marknaden i sig kan utgöra ett skäl för att upprätthålla de tariffära åtagandena på linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW. Denna motivering är felaktig. Förekomsten av en ny transportör på linjen ZRH-STO eller linjen ZRH-WAW är inte ett krav för ett upphävande av åtagandena enligt ändringsklausulerna utan ett särskilt kompletterande skäl som per automatik skulle medföra ett upphävande av de tariffära åtagandena enligt klausul 11.1 i dessa.

76 Det framgår emellertid av skälen 49, 70, 95 och 112 i det angripna beslutet att kommissionen ansåg att upphävandet av samföretagandeavtalet och förslaget att även upphäva det bilaterala alliansavtalet inte var tillräckligt på grund av, i synnerhet, ingåendet av code sharing-avtalet år 2006 mellan Swiss och SAS. Vidare anges i skäl 95 i det angripna beslutet att ”även om villkoren för att upphäva åtagandena skulle anses vara uppfyllda” ska det, vid prövningen av begäran om dispens, beaktas att detta code sharing-avtal träffats. Den vikt kommissionen fäst vid sistnämnda avtal framgår slutligen av skälen 5 och 104 i det angripna beslutet, där det anges att kommissionen den 5 mars 2015 informerat sökanden om att dispens kunde beviljas om ändringar skedde i code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS – nämligen att dess omfattning skulle begränsas till resande med anslutande flyg – utan att detta förslag förenats med någon reservation eller villkor om upphävande av det bilaterala alliansavtalet eller att en undersökning skulle genomföras.

77 Även om motiveringen av det angripna beslutet i vart fall är förvirrande ska det ändå prövas om kommissionen kunde anse att ett upphävande av samföretagandeavtalet tillsammans med förslaget att upphäva det bilaterala alliansavtalet inte var tillräckligt för att avslå begäran om dispens till följd av code sharing-avtalet som Swiss hade träffat med SAS år 2006.

78 Sökanden har framfört två typer av argument i detta avseende. Det första avser kommissionens bedömning av samma avtal i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och en påstådd förändring av behandlingen av parter i en allians. Det andra rör code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS.

– Beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och den påstådda förändringen av kommissionens behandling av parterna i en allians

79 Sökanden har klandrat kommissionen för att inte ha beaktat den bedömning av samma avtal som träffats mellan Lufthansa och SAS, samt med andra partner i Star Alliance, som den gjort i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines. Sökanden har på ett mer allmänt plan gjort gällande att kommissionen

sedan beslutet Lufthansa/Brussels Airlines ändrat sin politik i fråga om behandling av parterna i en allians, på så sätt att om koncentrationen Lufthansa/Swiss hade anmälts i dag skulle linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW inte ha ansetts utgöra marknader som påverkas och åtagandena inte ansetts vara nödvändiga för koncentrationens godkännande.

80 Det ska understrykas att invändningarna i punkt 79 ovan, till skillnad från invändningarna om avtalsförändringar i egentlig mening och om code sharing-avtal som träffats mellan Swiss och SAS, har anförts av sökanden för att bestrida kommissionens bedömning när det gäller såväl linjen ZRH-STO som linjen ZRH-WAW.

81 Kommissionen har inledningsvis anfört att varje koncentration bedöms för sig och mot bakgrund av de faktiska och rättsliga omständigheter som berör denna koncentration. Sökanden kan således inte hänvisa till påstådda skillnader i bedömning från kommissionens sida i andra ärenden.

82 Kommissionen anser vidare att det angripna beslutet inte står i strid med den bedömning som gjorts i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och att dess inställning vid bedömningen av förhållanden mellan parterna i en koncentration och utomstående inom flygtransportsektorn inte förändrats på något märkbart sätt sedan antagandet av 2005 års beslut. Det rör sig i alla händelser inte om någon långsiktig marknadsutveckling eller, än mindre, om någon förändring av de underliggande avtalen mellan Lufthansa och dess allianspartners.

83 Tribunalen framhåller att när kommissionen, enligt fast rättspraxis, beslutar huruvida en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden på grundval av en anmälan och handlingar som rör denna koncentration, har en sökande inte rätt att ifrågasätta kommissionens konstateranden med motiveringen att de skiljer sig från konstateranden som gjorts tidigare i ett annat ärende på grundval av en annan anmälan och andra handlingar, även om marknaderna i fråga i de båda ärendena är likartade eller till och med identiska (dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkt 118, och dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 142). I enlighet med denna rättspraxis är varken kommissionen eller, än mindre, tribunalen bunden av de konstateranden av sakförhållanden och ekonomiska bedömningar som gjorts i tidigare avgöranden.

84 I förevarande mål kan sökandens argument emellertid inte avfärdas med hänvisning till den rättspraxis som nämns i punkt 83 ovan.

85 För det första har sökanden inte enbart hänvisat till en skillnad i bedömning mellan det angripna beslutet och ett annat beslut vilket som helst, utan en förändring av kommissionens beslutspraxis på så sätt att kommissionen inte längre beaktar parterna inom en allians vid definitionen av den marknad som påverkas.

86 För det andra hänför sig sökanden till bedömningen av samma avtal mellan samma parter i samma kontext och rörande samma problematik som kommissionen prövat i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines, vilket även det riktade sig till sökanden.

87 Även om enbart en skillnad i fråga om bedömning mellan beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och det angripna beslutet eller en påstådd förändring av kommissionens beslutspraxis inte i sig kan leda till slutsatsen att det angripna beslutet skulle vara rättsstridigt, ska det däremot i vart fall prövas om kommissionen gjort någon fördjupad bedömning av sökandens argument att allianspartners inte längre beaktas vid definitionen av den marknad som påverkas.

88 Såsom anförts i punkt 13 ovan utgör bedömningen i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines liksom den förändrade beslutspraxisen avseende allianspartners ett av de tre skäl som, tillsammans med upphävandet av samföretagandeavtalet och förekomsten av konkurrens mellan Swiss å ena sidan samt SAS och LOT å den andra, legat till grund för begäran om dispens. Det framgår vidare av handlingarna i målet att frågan var central under hela det administrativa förfarandet.

89 Den påstådda förändringen av kommissionens beslutspraxis avseende allianspartners har prövats i en del av det angripna beslutet (skälen 71–83). Motiveringen av detta beslut grundas således bland annat på denna bedömning, vilken därmed kan ifrågasättas av sökanden.

90 Det framgår av vad som anförts ovan att sökandens argument grundades på beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och på att den därpå följande förändringen av kommissionens beslutspraxis avseende allianspartners inte kan avfärdas med att tidigare beslut inte utgör någon relevant rättslig ram. De ska därmed prövas i sak.

91 Kommissionen har, för det första, i det angripna beslutet inte på något sätt bemött argumenten som grundar sig på beslutet Lufthansa/Brussels Airlines, trots att dessa redovisas i skälen 73 och 74 i det angripna beslutet. Denna underlåtenhet är än mer påtaglig då den rör en omständighet på vilken begäran om dispens grundas och sökanden, i sin skrivelse av den 20 november 2015, understrukit den uppenbara vikten av att kommissionen företar en (förnyad) bedömning av de avtal som träffats mellan Lufthansa samt SAS och LOT, vilka prövats i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines.

92 På samma sätt är inte de omständigheter som kommissionen lagt fram i sina skrivelser vid tribunalen sådana att de motiverar en åtskillnad i bedömningen mellan det angripna beslutet och beslutet Lufthansa/Brussels Airlines, då dessa omständigheter i praktiken gör sig gällande i båda dessa ärenden.

93 Kommissionen har nämligen enbart gjort gällande att den i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines har kommit fram till att det inte kunde förväntas att koncentrationen i sig skulle medföra överspillningseffekter, eftersom samarbetsavtalen som Lufthansa hade ingått med, bland andra, SAS och LOT sannolikt inte skulle utsträckas till andra delar av koncentrationen. Såsom sökanden gjort gällande gäller detsamma i förevarande fall, eftersom de rör samma samarbetsavtal med samma parter och det är ostridigt att dessa avtal inte innehåller några automatiska villkor om utsträckande utan förhandling och samarbetsavtalen mellan Lufthansa å ena sidan samt SAS och LOT å den andra faktiskt inte utsträckts till att omfatta Swiss. Kommissionen har på nytt påpekat att Swiss blivit ett dotterbolag till Lufthansa och ingår i Star Alliance. Det finns emellertid ingen skillnad då Brussels Airlines också blivit ett dotterbolag till Lufthansa och ingår i Star Alliance.

94 När det, för det andra, gäller förändringen i beslutspraxis avseende behandlingen av allianspartners har kommissionen i det angripna beslutet hänvisat till beslutet IAG/bmi för att visa att den inte principiellt har uteslutit allianspartners från sin behörighet. Detsamma gäller verkningarna av dessa förhållanden på incitamenten hos partner att konkurrera efter en koncentration.

95 Emellertid har kommissionen, såsom sökanden anfört, i skäl 160 i beslutet IAG/bmi uttryckligen förklarat att ”i enlighet med tidigare beslut från kommissionen har IAG:s allianspartners inte beaktats vid fastställandet av de marknader som berörs”.

96 Även om kommissionen vidare, i det angripna beslutet och i sina skrivelser till tribunalen, gjort gällande att de existerande relationerna i form av code sharing-avtal mellan en av parterna och utomstående har beaktats i beslutet IAG/bmi vid bedömningen av konkurrenssituationen, ska det framhållas att, såsom sökanden påpekat och kommissionen medgett i sina skrivelser till tribunalen, den relevanta överlappningen av verksamhet i det ärendet rörde parterna i själva koncentrationen i sig, det vill säga bmi och British Airways – sistnämnda bolag i egenskap av kommersiell transportör som sålde biljetter till Royal Jordanians flygningar – och inte bmi och Royal Jordanian – som var

partner i alliansen British Airways. Såsom sökanden anfört innehåller beslutet IAG/bmi snarare en klassisk bedömning av en koncentration än en tillämpning av den bedömningslinje som angivits i 2005 års beslut, enligt vilken oberoende allianspartners ska innefattas i definitionen av marknader.

97 Sökanden har vidare framhållit, under det administrativa förfarandet och vid tribunalen, att kommissionen i beslutet C(2009) 6690 slutligt, av den 28 augusti 2009, genom vilket en koncentration förklarats vara förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines), följt samma inriktning som den haft i beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och således inte prövat de överlappningar av linjer som enbart följde av överlappningen av flygningar utförda av Austrian Airlines och partner i Star Alliance, bland andra LOT och SAS. På samma sätt har kommissionen enligt sökanden i beslutet C(2010) 5008, av den 14 juli 2010 (ärende COMP/M.5747 – Iberia/British Airways), inte undersökt de överlappningar av linjer som enbart följde av flygningar utförda av partner inom alliansen Iberia och British Airways. Det kan konstateras att kommissionen varken i det angripna beslutet, där sökandens argument redovisats, eller i sina skrivelser till tribunalen bemött detta på något sätt.

– Code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS

98 Inledningsvis påpekas att Swiss har träffat code sharing-avtal med såväl SAS, år 2006, som LOT, år 2007. Sökanden har inte i sin ansökan uttryckligen bestritt den bedömning som kommissionen gjort i detta avseende när det gäller linjen ZRH-STO och har inte anfört någon invändning avseende code sharing-avtalet mellan Swiss och LOT avseende linjen ZRH-WAW.

99 Code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS träffades år 2006 och har således inte beaktats av kommissionen i 2005 års beslut, genom vilket åtagandena gjorts bindande, när den slagit fast att SAS mot bakgrund av olika avtal mellan det bolaget och Lufthansa hade föga intresse av att konkurrera med Swiss efter koncentrationen.

100 Tvärtemot vad sökanden har gjort gällande kan inte enbart denna omständighet leda till slutsatsen att code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS inte ska beaktas inom ramen för prövningen av begäran om dispens.

101 Även om det i ändringsklausulen 15.2 hänvisas till en förändring av de avtal på vilka kommissionen grundat sitt konstaterande om minskade incitament till att konkurrera kan code sharing-avtalet i förevarande fall vara relevant vid en helhetsbedömning av huruvida avtalsförhållandena förändrats på ett sådant sätt att de konkurrensproblem som identifierats i 2005 års beslut och motiverat åtagandena inte längre gör sig gällande.

102 En formalistisk tolkning av ändringsklausulen 15.2 innebärande att det enbart skulle vara ändringar i de avtal som förelåg vid antagandet av 2005 års beslut skulle nämligen, såsom framhållits i skäl 103 i det angripna beslutet, göra det möjligt för parterna att kringgå tillämpningen av åtaganden genom att ersätta gamla samarbetsavtal med nya liknande sådana.

103 Det ska således prövas om det code sharing-avtal som träffats mellan Swiss och SAS har ett tillräckligt nära samband med de avtalsförhållanden och de konkurrensproblem som avses i 2005 års beslut.

104 Såsom sökanden anfört och kommissionen erkänt skiljer sig code sharing-avtalet och samarbetsavtalen åt vad gäller deras omfattning, innehåll och vilka som är parter i avtalen.

105 Det bilaterala alliansavtalet mellan Lufthansa och SAS omfattar således samarbetet mellan dessa båda flygbolag såsom de var vid den tiden och innefattade inte framtida förvärvade bolag såsom Swiss, medan code sharing-avtalet träffades år 2006 mellan Swiss och SAS, och enbart rör de linjer som trafikeras av Swiss och SAS, och inte de linjer som trafikeras av Lufthansa.

106 Syftena med det bilaterala alliansavtalet och code sharing-avtalet är också helt skilda. Såsom angivits i skäl 22 i 2005 års beslut föreskrivs i de samarbetsavtal som Lufthansa träffat – och bland dessa särskilt det bilaterala alliansavtalet, som utgjorde grunden för samarbetet – ”en gemensam global prispolitik, gemensam planering av linjenät och flygningar, organiserande av en gemensam plattform och en enda enhetlig marknadsföringsstrategi” och ”utgjorde således den rättsliga grunden för global integration av bolagens nät och deras affärspolicy”. Code sharing-avtalet är däremot enbart ett avtal, som är vanligt förekommande i flygtransportsektorn, enligt vilket Swiss kan sälja, förutom biljetter på de flygningar bolaget självt trafikerar, biljetter med sin egen identifieringskod (det vill säga i egenskap av ”kommersiell transportör”) på flygningar som trafikeras av SAS, och tvärtom.

107 Såsom sökanden framhållit, utan att motsägas av kommissionen, finns det således ingen ”gemensam prispolitik” inom ramen för code sharing-avtalet. Det finns heller ingen ”gemensam planering av linjenät och flygningar” inom ramen för det avtalet, då varje transportör är fri att anordna sina egna flygningar. Code sharing-avtalet föreskriver inget ”organiserande av ett gemensamt flygtrafiknav”, då varje transportör använder sin egen sådan enligt sina egna prioriteringar. Slutligen finns det ingen ”enda enhetlig marknadsföringsstrategi” inom ramen för code sharing-avtalet, då varje transportör säljer sina egna biljetter genom sina egna kanaler.

108 Kommissionen har ändå gjort gällande att både code sharing-avtalet och det bilaterala alliansavtalet utgör integrerade delar av ett större avtalsförhållande som ligger till grund för bedömningen avseende linjen ZRH-STO och således är relevant för ändringsklausulen 15.2:s tillämpningsområde.

109 Även om code sharing-avtalet kunde anses vara relevant för ändringsklausulen 15.2:s tillämpningsområde, ska det prövas om detta avtal är av sådan art att det visar att SAS inte kan anses vara en konkurrent till Swiss eller, i vart fall, begränsar konkurrensen mellan Swiss och SAS.

110 Det kan konstateras att kommissionen i det angripna beslutet inte har gjort någon konkret bedömning av code sharing-avtalet i detta avseende och att den inte anfört några omständigheter som kan visa att det avtalet skulle begränsa konkurrensen mellan Swiss och SAS. Den har begränsat sig till hypotetiska resonemang. Således anförs i skäl 99 i det angripna beslutet följande:

”Till följd av den eventuella påverkan dessa code sharing-avtal har på konkurrensen på var och en av dessa båda linjer anser kommissionen att de är relevanta vid bedömningen av koncentrationen. Om en liknande transaktion skulle anmälas i dag skulle code sharing-avtalen mellan Swiss, SAS och LOT anses kunna leda till konkurrensproblem och parterna kunde vara tvingade att föreslå åtaganden för att komma till rätta med dessa problem …”

111 Kommissionen har vid tribunalen anfört att sammansättningen av code sharing-avtalen visar att parterna, allmänt, endast i begränsad omfattning konkurrerar med varandra. Den har i detta avseende gjort gällande att när det, såsom i förevarande fall, finns parallella code sharing-avtal är det föga sannolikt att ett av dessa båda bolag accepterar att det andra säljer platser med tillämpning av code sharing på det andra bolagets flygningar till ett lägre pris, mot bakgrund av den intäktsminskning detta leder till.

112 Det kan på nytt konstateras att dessa omständigheter är rent hypotetiska och inte grundas på någon konkret bedömning av code sharing-avtalet och dess verkningar i förevarande fall. Såsom kommissionen erkänt har Swiss och SAS kommit överens om att godta de bokningar som den andra parten gjort liksom de priser som tagits ut av den andra parten för dess bokningar. Sökanden har vidare framhållit, utan att motsägas av kommissionen, att transportörer ofta erbjuder lägre priser på flygningar som trafikeras av dem själva än på flygningar som trafikeras av partnern i ett code sharing-avtal, eftersom de står risken för tomma platser medan samma bolag på sin höjd erhåller en mindre kommission på försäljningen av en plats på en flygning som trafikeras av en annan transportör.

113 Vidare är de omständigheter som kommissionen åberopat, även om de skulle bevisas, i alla händelser enbart sådana att de kan visa att graden av konkurrens mellan ett flygbolag och den faktiska transportören är låg, men inte att code sharing-avtalet medför en begränsning av konkurrensen mellan de två bolagen på de flygningar som de själva genomför. Med andra ord – även om code sharing-avtalet leder till att det endast blir svag konkurrens vid försäljningen av biljetter inom ramen för code sharing, har kommissionen inte lagt fram några omständigheter som kan visa att code sharing-avtalet medför en minskad konkurrens mellan de flygningar som trafikeras av vart och ett av dessa bolag. Även om kommissionen påstår sig ha konstaterat att de priser som tillämpas av den faktiska utföraren är närmast identiska med de som tillämpas av det andra bolaget på de platser som säljs med tillämpning av code sharing på samma flygning, har sökanden utan att motsägas hänvisat till en differentiering av priser mellan flygningar som trafikeras av olika transportörer samma dag. Det är snarare konkurrensen mellan flygningar som utförs av Swiss respektive SAS som är avgörande för bedömningen av förekomsten av konkurrens mellan dessa båda flygbolag.

114 Slutligen har kommissionen vid tribunalen erkänt att den inte i detalj bedömt den påverkan som code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS haft på konkurrensen mellan dessa bolag avseende linjen ZRH-STO. Kommissionen har i detta avseende gjort gällande att den inte varit skyldig att pröva de omständigheter som sökanden lagt fram av det skälet att sökanden inte visat att avtalsförhållandena förändrats i sådan mån att de konkurrensproblem som angivits i 2005 års beslut eliminerats. En prövning av code sharing-avtalets påverkan på konkurrensen rörande den ifrågavarande linjen var emellertid nödvändig just för att bedöma huruvida och i vilken omfattning detta avtal kunde begränsa eller eliminera konkurrensen mellan Swiss och SAS.

115 Av vad som anförts ovan följer att även om code sharing-avtalet kan beaktas är varken de omständigheter som angivits i det angripna beslutet eller de argument som kommissionen anfört i sina skrivelser vid tribunalen av sådan art att de kan motivera ett avslag på begäran om dispens, när det gäller de tariffära åtagandena avseende linjen ZRH-STO.

Den tredje delen, avseende kommissionens underlåtenhet att beakta att konkurrensen mellan Swiss å ena sidan och SAS och LOT å andra sidan utgör en ”långsiktig marknadsutveckling” i den mening som avses i första meningen i ändringsklausulen 15.2

116 Sökanden har klandrat kommissionen för att den inte har prövat huruvida utredningen visar att upprätthållandet av konkurrensen mellan Swiss å ena sidan Swiss och SAS och LOT å andra sidan utgör en ”långsiktig marknadsutveckling”, trots att detta utgör ett skäl för dispens som uttryckligen anges i första meningen i ändringsklausulen 15.2.

117 Sökanden har i detta avseende gjort gällande att biljettpriserna på linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW är avsevärt lägre än år 2005, att antalet passagerare på dessa linjer har fördubblats och att parterna lagt fram bevis för att de priser som tillämpas av Swiss på de flygningar som bolaget självt trafikerar är andra än de som tillämpas av LOT på de flygningar som det bolaget självt trafikerar.

118 Tribunalen framhåller inledningsvis att en ”långsiktig marknadsutveckling” utgör ett särskilt skäl för dispens som uttryckligen anges i den första meningen i ändringsklausulen 15.2. Kommissionen har inte bestritt att den konkurrens som råder mellan å ena sidan Swiss samt å andra sidan SAS och LOT kan anses utgöra en långsiktig marknadsutveckling. Mot den bakgrunden var det felaktigt att i skäl 53 i det angripna beslutet avfärda detta argument med motiveringen att ”eftersom de villkor som angivits för beviljande av dispens inte [var] uppfyllda [var] det inte nödvändigt att pröva frågan om prisutveckling i förevarande beslut”. Detta fel har emellertid inte medfört några konsekvenser eftersom kommissionen ändå har, ”för fullständighetens skull”, i skälen 54–59 i det angripna beslutet, prövat frågan om prisutvecklingen och graden av konkurrens.

119 Kommissionen har godtagit att den grafiska framställning som sökanden och Swiss lämnat faktiskt förefaller visa att det finns en viss prisdifferentiering mellan flygningar som utförs av olika transportörer samma dag. Den har emellertid i det angripna beslutet bedömt att trovärdigheten i denna analys alltjämt brister och att det därmed är nödvändigt att genomföra en ytterligare ekonomisk bedömning.

120 Såsom kommissionen gjort gällande ankommer det på det fusionerade bolaget som begär dispens från åtaganden att lägga fram de bevis som krävs för att visa att villkoren för detta är uppfyllda och att kommissionen inte är skyldig att genomföra någon ny marknadsundersökning för varje begäran om dispens. Kommissionen har emellertid befogenhet att utfärda föreläggande och medel för att genomföra effektiva utredningar. När den anser att den utredning som parterna lagt fram inte är tillräckligt robust eller relevant eller måste kompletteras med andra uppgifter, ankommer det på den att kräva ytterligare upplysningar eller att själva utreda saken. Detta gäller så mycket mer som Lufthansa i sitt svar av den 20 november 2015, redan framhållit att kommissionen inte bara kunde påstå att ”den faktiska graden av priskonkurrens på dessa två linjer [kunde] lämnas outredd”.

121 Parterna har med hänvisning till förvaltarens slutsatser gjort gällande att fördubblingen av antalet passagerare och den påtagliga prissänkningen mellan år 2005 och år 2014 vittnar om en hög konkurrensnivå mellan Swiss å ena sidan Swiss och LOT och SAS å andra sidan.

122 Kommissionen har i det angripna beslutet endast anfört att parterna inte lagt fram några tydliga bevis för att dessa prissänkningar varit följden av konkurrens mellan Swiss och LOT och att dessa även kan tillskrivas prissänkningar på bränsle eller verkningarna av tariffära åtaganden.

123 Såsom ovan anförts kan kommissionen inte nöja sig med att kräva tydliga bevis utan att precisera vad dessa ska bestå i, utan den ska fastställa på vilket sätt parternas bevisning är felaktig, utfärda de föreläggande som krävs eller genomföra en undersökning för att komplettera eller avfärda bevisningen.

124 Kommissionen bekräftade vid förhandlingen att den inte bestrider påståendet att 17 prissänkningar av 32 på linjen ZRH-STO och 4 prissänkningar av 13 på linjen ZRH-WAW var frivilliga, det vill säga inget som krävdes enligt de korrigerande åtgärderna.

125 Det följer av vad som ovan anförts att kommissionen inte uppfyllt sin skyldighet att med omsorg pröva samtliga relevanta omständigheter, att utfärda föreläggande eller genomföra utredningar för att bedöma förekomsten av konkurrens mellan Swiss å ena sidan och SAS och LOT å andra sidan.

Den femte delen, avseende kommissionens underlåtenhet att tillämpa sin allmänna beslutspraxis i frågor om koncentrationer när det gäller korrigerande tariffära åtgärder

126 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte har beaktat de tariffära åtagandenas bristande förenlighet med sin allmänna politik när det gäller korrigerande åtgärder, såsom den anges i punkt 18 i meddelandet om korrigerande åtgärder och har bekräftats i beslutspraxis. Sökanden har anfört att kommissionen vidare, under senare år, systematiskt har motsatt sig de tariffära åtaganden som parterna föreslagit.

127 Sökanden har anfört att de tariffära åtagandena potentiellt kan snedvrida konkurrensen på två sätt. De kan beröva passagerare på referenslinjer de fördelar i form av prissänkningar som Swiss kunnat genomföra i avsaknad av ytterligare kostnader för den prissänkning som krävs på de linjer där det är fråga om överlappning. Vidare kan de, på grund av de konstlat låga priserna, förhindra konkurrenter från att börja trafikera överlappande linjer.

128 Sökanden har klandrat kommissionen för att inte ha gjort någon bedömning av dessa omständigheter, utan endast konstaterat att linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW var linjer med måttlig trafik som inga nya flygbolag börjat trafikera trots de korrigerande åtgärderna avseende ankomst- och avgångstider.

129 Vad, för det första, gäller vad som anförts om att de tariffära åtagandena skulle vara oförenliga med kommissionens allmänna politik avseende korrigerande åtgärder ska tribunalen inledningsvis framhålla att sökanden inom ramen för förevarande mål inte kan göra gällande att de åtaganden som gjorts bindande genom 2005 års beslut, som vunnit laga kraft, är rättsstridiga.

130 Såsom kommissionen anfört innebar meddelandet om korrigerande åtgärder inte något förbud mot tariffära åtaganden. De medför emellertid inte generellt något undanröjande av de konkurrensproblem som uppkommer till följd av horisontella överlappningar. Denna typ av korrigerande åtgärder kan endast undantagsvis godtas, i den mån de tillämpas med hjälp av genomförandemekanismer och kontrollåtgärder och inte riskerar att snedvrida konkurrensen.

131 Vidare bedöms varje koncentration för sig samt mot bakgrund av de omständigheter som råder och de rättsregler som gäller (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkterna 142 och 144). Den omständigheten att sådana åtaganden vägrats i vissa eller merparten av ärenden hindrar inte att de godtas i en viss situation i den mån de kan lösa identifierade konkurrensproblem.

132 När det, för det andra, gäller vad som anförts om att de tariffära åtagandena kan snedvrida konkurrensen såväl på referenslinjer som på överlappande linjer kan det konstateras att kommissionen varken i det omtvistade beslutet eller vid tribunalen lagt fram några omständigheter som motsäger dessa påståenden, utan den har nöjt sig med att framhålla att argumenten grundas på hypoteser. Skyldigheten att på linjerna ZRH-STO och ZRH-WAW återspegla de prissänkningar som skett på referenslinjer kan vidare avhålla utomstående flygbolag från att trafikera dessa linjer. Utan att reglera det strukturella marknadsproblem som de var ägnade att lösa kan de tariffära åtagandena således tvärtom bidra till att upprätthålla sin egen nödvändighet.

133 Med detta sagt handlar förevarande mål inte om att bedöma rättsstridigheten av de åtaganden som gjorts bindande genom 2005 års beslut, som vunnit laga kraft, utan om att pröva huruvida villkoren för ett upphävande av dessa åtaganden är uppfyllda.

134 De argument som anförts avseende snedvridning av konkurrensen kan i detta avseende inte, även om de skulle bevisas, svara mot en påtaglig förändring på marknaden i den mening som avses i första meningen i ändringsklausulen 15.2, och heller inte en sådan förändring av avtalsförhållandena som avses i andra meningen i ändringsklausulen 15.2. Mer allmänt kan de inte visa att de konkurrensproblem som identifierats i 2005 års beslut, som utgör grunden för dessa åtaganden, har undanröjts.

135 Även om de argument som avser risken för snedvridning av konkurrensen inte visar att de villkor som anges i ändringsklausulen 15.2 för upphävande av åtagandena är uppfyllda, förstärker de behovet av att kommissionen gör en omsorgsfull och fördjupand undersökning av begäran om dispens och prövar om åtagandena fortfarande är nödvändiga eller lämpliga.

Slutsats avseende den första grunden

136 Av vad som ovan anförts följer att kommissionen inte har beaktat eller med omsorg undersökt den argumentation som bygger på beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och dess förändrade beslutspraxis avseende allianspartners samt förekomsten av konkurrens mellan Swiss å ena sidan och SAS och Lot å andra sidan.

137 Hur beklagansvärda dessa brister än må vara kan de inte, i avsaknad av varje förändring i avtalsförhållandena mellan Swiss och LOT och med beaktande av att de tariffära åtagandena gjorts bindande genom 2005 års beslut, anses utgöra tillräckliga skäl för att medföra en ogiltigförklaring av det angripna beslutet såvitt gäller linjen ZRH-WAW.

138 När det gäller linjen ZRH-STO kan det konstateras att det inte bara förelegat de utredningsbrister som angivits i punkt 136 ovan och att samföretagandeavtalet mellan Lufthansa och SAS upphävts. Kommissionen har även underlåtit att beakta såväl sökandens åtagande att upphäva det bilaterala alliansavtalet mellan Lufthansa och SAS som förvaltarens yttrande avseende förekomsten av en väsentlig marknadsförändring på linjen ZRH-STO. Kommissionen har heller inte gjort någon tillräckligt omsorgsfull utredning av code sharing-avtalets påverkan på konkurrensen mellan Swiss och SAS. Kommissionen har således gjort en uppenbart felaktig bedömning genom att inte beakta samtliga relevanta omständigheter och genom att de omständigheter som angivits i det angripna beslutet inte kan motivera ett avslag på begäran om dispens avseende linjen ZRH-STO (se, för ett liknande synsätt, dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 39).

139 Härav följer, utan att det är nödvändigt att pröva de övriga grunder och argument som sökanden lagt fram, att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras i den del det avser linjen ZRH-STO. Övriga grunder och argument ska däremot prövas i den del de avser det angripna beslutets lagenlighet såvitt gäller linjen ZRH-WAW.

Den andra grunden, avseende åsidosättande av principen om god förvaltningssed

140 Sökanden har gjort gällande att kommissionen åsidosatt sin skyldighet att med omsorg och opartiskhet pröva samtliga relevanta omständigheter i ärendet, och därmed även principen om god förvaltningssed enligt artikel 41.1 i Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter.

141 Sökanden har i detta avseende anfört att kommissionen helt underlåtit att beakta de rättsliga argument sökanden lagt fram och att den grundat sig på antaganden och hypoteser om konkurrensen på de berörda linjerna, i stället för att genomföra en seriös utredning av dessa omständigheter. Kommissionen har inte heller vare sig gjort någon egen utredning om prisutvecklingen eller graden av konkurrens eller samarbetat med den förvaltare som ålagts en övervakningsskyldighet på ett verkningsfullt sätt, utan nöjt sig med att påstå att code sharing-avtalen begränsade konkurrensen.

142 Samma underlåtenhet att samvetsgrant pröva de argument som Lufthansa anfört framgår även av kommissionens konstanta upprepningar av icke övertygande rättsliga argument som Lufthansa redan bemött under det administrativa förfarandet.

143 I artikel 41.1 i stadgan om grundläggande rättigheter föreskrivs att ”var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid av unionens institutioner och organ”.

144 I den mån sökanden klandrat kommissionen för att inte ha beaktat samtliga relevanta omständigheter vid sin bedömning har detta prövats inom ramen för prövningen av den första grunden.

145 När det gäller invändningen att kommissionen tydligt visat att den inte hade för avsikt att pröva begäran om dispens med omsorg genom att inte ta hänsyn till de rättsliga argument som Lufthansa anfört kan det konstateras att enbart den omständigheten att kommissionen bestritt och förkastat Lufthansas argument inte i sig visar att den varit partisk vid prövningen av begäran om dispens. På samma sätt övertygar inte heller den omständigheten att kommissionen upprepat rättsliga argument som Lufthansa ansett sig redan ha besvarat under det administrativa förfarandet. Detta kan snarast återspegla en åsiktsskillnad och visar inte i sig och utan stöd av andra omständigheter att kommissionen inte skulle ha varit opartisk i sin prövning av begäran om dispens.

146 Det kan vidare inte påstås att kommissionen inte alls skulle ha prövat begäran om dispens då den, såsom angivits i punkterna 14–19 ovan, riktat ett flertal informationsföreläggande till Lufthansa och hållit ett flertal möten med bolaget under det administrativa förfarandet.

147 Talan ska således inte bifallas på den andra grunden.

Den tredje grunden, avseende maktmissbruk

148 Sökanden har gjort gällande att kommissionen använt förfarandet för dispens som ett medel för att tvinga Swiss att frånträda ett avtalsarrangemang som saknar varje konkret samband med koncentrationen. Kommissionen har undvikit att använda sig av förfaranden för att undersöka och besluta om sanktioner av eventuella åsidosättanden av artikel 101 FEUF enligt rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 101 och 102 [FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1), med avseende på code sharing-avtalet mellan Swiss och LOT år 2007. Det framgår i synnerhet av skäl 104 i det angripna beslutet att dessa code sharing-avtal och deras konkurrensbegränsande verkningar utgör det huvudsakliga skälet till att kommissionen avslagit begäran om dispens.

149 Kommissionen har således försökt undandra sig skyldigheten att dels faktiskt visa de konkurrensbegränsande verkningar som påståtts följa av code sharing-avtalet som Swiss träffat, dels fatta ett beslut som kan överprövas i domstol. Sökanden har i detta avseende gjort gällande att kommissionen i februari 2011 på eget initiativ inlett ett förfarande avseende code sharing-avtalen för linjer som trafikerar flygtrafiknav mellan Lufthansa och Turkish Airlines och mellan Brussels Airlines och TAP Air Portugal, men att den efter att i fem och ett halvt år ha undersökt dessa prioriterade ärenden ännu inte kommit till något beslut.

150 En rättsakt innebär enligt rättspraxis maktmissbruk endast om det på grundval av objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter framgår att den har antagits uteslutande, eller åtminstone huvudsakligen, för att uppnå andra mål än dem för vilka befogenheten i fråga har tilldelats eller för att kringgå ett förfarande som särskilt föreskrivs i fördragen, i syfte att komma till rätta med situationen i det konkreta fallet (se dom av den 16 april 2013, Spanien och Italien/rådet, C-274/11 och C-295/11, EU:C:2013:240, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

151 Sökanden har inte lagt fram några objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter som kan visa att kommissionen använt sig av förfarandet för dispens som ett påtryckningsmedel uteslutande eller i huvudsakligt syfte att tvinga Swiss att frånträda code sharing-avtalet med LOT för att undvika de förfaranden som föreskrivs för prövning och beslut om sanktioner av åsidosättanden av artikel 101 FEUF.

152 Förfarandet inleddes, för det första, inte av kommissionen utan på sökandens begäran.

153 Även om det framgår av ärendet att kommissionen ansåg att code sharing-avtalet i fråga gav upphov till konkurrensproblem i förevarande fall och att, såsom framgår av skälen 5, 49, 69 och 95 i det angripna beslutet, avslaget på begäran om dispens i huvudsak motiverades av upprätthållandet av eller avsaknaden av förändring i detta avtal, följer det inte av detta att kommissionen gjort sig skyldig till maktmissbruk.

154 Såsom anförts i punkterna 101–103 ovan var det korrekt av kommissionen att grunda sin bedömning av begäran om dispens på code sharing-avtalet mellan Swiss och LOT. Det avtalet utgjorde nämligen en integrerad del av ett större avtalsförhållande som låg till grund för bedömningen av konkurrensen på linjen ZRH-WAW. Kommissionen hade, mot bakgrund av samtliga samarbetsavtal som träffats med Lufthansa, i 2005 års beslut slagit fast att LOT hade ett begränsat intresse av att konkurrera med Swiss.

Code sharing-avtalet kunde därmed utgöra en relevant omständighet för bedömningen av konkurrensen på denna linje, oavsett frågan om detta avtal definitivt kunde motivera ett avslag på begäran eller inte.

155 Det kan vidare konstateras att kommissionen inte ålagt sökanden att frånträda code sharing-avtalet, utan att den enbart föreslagit för parterna, i syfte att underlätta beviljandet av dispens, att avstå från detta eller i vart fall begränsa dess omfattning till ingående och utgående förbindelser, vilket skulle minska graden av samarbete mellan den fusionerande enheten och LOT.

156 Härav följer att de argument som sökanden anfört inte kan anses utgöra objektiva, relevanta och samstämmiga uppgifter om maktmissbruk. Talan ska således inte bifallas på den tredje grunden.

157 Av vad som ovan anförts följer att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras såvitt gäller linjen ZRH-STO och att talan i övrigt ska lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

158 Enligt artikel 134.3 i rättegångsreglerna ska vardera parten bära sina rättegångskostnader, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter.

159 Mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall beslutar tribunalen att vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

1) Kommissionens beslut C(2016) 4964 final av den 25 juli 2016, genom vilket Deutsche Lufthansa AG:s begäran om dispens från vissa åtaganden som gjorts bindande genom kommissionens beslut av den 4 juli 2005 om godkännande av en koncentration i ärende COMP/M.3770 – Lufthansa/Swiss avslogs, ogiltigförklaras såvitt gäller linjen Zürich-Stockholm.

2) Talan ogillas i övrigt.

3) Parterna ska stå för sina egna rättegångskostnader.

Berardis Papasavvas Spineanu-Matei

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 16 maj 2018.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten 1

Beslutet att förklara företagskoncentrationen mellan Lufthansa och Swiss International Air Lines Ltd förenlig med den gemensamma marknaden 2

Det angripna beslutet 3

Förfarandet och parternas yrkanden 5

Rättslig bedömning 6

Inledande synpunkter 6

Den första grunden, avseende tillämpning av ett felaktigt rättsligt kriterium, uppenbart felaktig bedömning samt åsidosättande av principerna om proportionalitet och skydd för berättigade förväntningar 8

Den första delen, avseende tillämpningen av ett felaktigt rättsligt kriterium vid bedömningen av begäran om dispens samt åsidosättande av principerna om proportionalitet och om skydd för berättigade förväntningar 9

Den andra och den fjärde delen, avseende en uppenbart felaktig bedömning av Lufthansas alliansavtal med avseende på den andra meningen i ändringsklausul 15.2 och kommissionens underlåtenhet att beakta sin egen ändrade praxis avseende behandlingen av parter i en allians 10

– Inledande synpunkter 10

– Förändringar i avtalsförhållandena mellan Lufthansa och SAS 11

– Beslutet Lufthansa/Brussels Airlines och den påstådda förändringen av kommissionens behandling av parterna i en allians 13

– Code sharing-avtalet mellan Swiss och SAS 16

Den tredje delen, avseende kommissionens underlåtenhet att beakta att konkurrensen mellan Swiss å ena sidan och SAS och LOT å andra sidan utgör en ”långsiktig marknadsutveckling” i den mening som avses i första meningen i ändringsklausulen 15.2 18

Den femte delen, avseende kommissionens underlåtenhet att tillämpa sin allmänna beslutspraxis i frågor om koncentrationer när det gäller korrigerande tariffära åtgärder 19

Slutsats avseende den första grunden 20

Den andra grunden, avseende åsidosättande av principen om god förvaltningssed 21

Den tredje grunden, avseende maktmissbruk 22

Rättegångskostnader 23