CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. MAZÁK
van 6 maart 2012[1]

Zaak C-551/10 P

Éditions Odile Jacob SAS
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededinging — Concentraties — Franstalige uitgeverijsector — Verordening (EEG) nr. 4064/89 — Schending van artikel 3 — Misbruik van bevoegdheid — Motiveringsgebrek — Rechtszekerheidsbeginsel, vertrouwensbeginsel en gelijkheidsbeginsel — Beoordeling van machtspositie — Geschiktheid van toezeggingen”

I – Inleiding

1. Met haar hogere voorziening verzoekt Éditions Odile Jacob SAS (hierna: „rekwirante”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van 13 september 2010 in zaak T-279/04, Éditions Jacob/Commissie (hierna: „bestreden arrest”), houdende verwerping van haar beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 7 januari 2004 waarbij een concentratieoperatie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst (Zaak nr. COMP/M.2978 – Lagardère/Natexis/VUP)[2] (hierna: „bestreden beschikking”).

II – Aan het geding ten grondslag liggende feiten

2. De feiten van de onderhavige hogere voorziening zijn in de leden 1 tot en met 59 van het bestreden arrest uitvoerig toegelicht. Ik zal dus enkel een aantal relevante feiten aanhalen om kort de reden voor het instellen van deze hogere voorziening te schetsen. Op 25 september 2002 besloot Vivendi Universal SA (hierna: „VU”) om de activa op uitgeverijgebied (hierna: „doelactiva”) die in Europa in het bezit waren van haar dochter Vivendi Universal Publishing SA (hierna: „VUP”), af te stoten. Lagardère SCA (hierna: „Lagardère”) meldde zich als kandidaat om deze activa over te nemen. Het werd echter duidelijk dat de wens van VU, die een snelle verkoop en snelle betaling wilde, niet kon worden ingewilligd omdat de verkoop vooraf moest worden goedgekeurd door de bevoegde mededingingsautoriteiten. Lagardère vroeg daarom aan Natexis Banques Populaires SA (hierna: „NBP”) om in haar plaats op te treden en, door middel van een specifiek daartoe opgerichte dochteronderneming, de doelactiva van VUP te kopen, deze activa tijdelijk aan te houden en ze aan Lagardère door te verkopen zodra deze de goedkeuring voor die verwerving had verkregen.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — PB L 125, blz. 54, kennisgeving geschied onder nummer C(2003) 5277.

3. Op 3 december 2002 ging Investima 10 SAS (hierna: „Investima 10”), voor 100 % in handen van Ecrinvest 4 SA (hierna: „Ecrinvest 4”), een onderneming die op haar beurt volledig in handen was van Segex Sarl (hierna: „Segex”), een onderneming die voor 100 % door NBP werd gecontroleerd, ten opzichte van VUP de formele verbintenis aan om de doelactiva te verwerven. Op dezelfde dag sloten Segex en Ecrinvest 4 een verkoopovereenkomst (hierna: „verkoopovereenkomst”) met Lagardère, op basis waarvan laatstbedoelde de mogelijkheid zou krijgen om via Ecrinvest 4 het volledige aandelenkapitaal in Investima 10 te verwerven. In de verkoopovereenkomst was bepaald dat de aandelen in Ecrinvest 4 pas aan Lagardère zouden worden overgedragen nadat Lagardère van de bevoegde mededingingsautoriteiten de goedkeuring had verkregen om Ecrinvest 4 te verwerven. Op 3 december 2002 heeft Lagardère, overeenkomstig de verkoopovereenkomst, aan Segex onder andere de prijs voor de aandelen betaald. Lagardère verbond zich ertoe om aan Segex, Ecrinvest 4 en Investima 10 de eventuele schade te vergoeden die uit de tenuitvoerlegging van de verkoopovereenkomst zou voortvloeien. Op 10 december 2002 meldde Lagardère bij de Commissie een ontwerp voor de overname van de doelactiva aan. Op 20 december 2002 verzocht VUP om nakoming van de door Investima 10 aangegane verbintenis om te kopen en op dezelfde dag sloten Investima 10 en VUP de overeenkomst waarbij de doelactiva werden verkocht.

4. Op 14 april 2003 meldde Lagardère, overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [3], bij de Commissie haar plan tot overname van de doelactiva aan. Op 5 juni 2003 besloot de Commissie dat er ernstige twijfel bestond over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt en leidde zij met betrekking tot de aangemelde concentratie de tweede fase van het onderzoek in overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89.

5. Op 14 oktober 2003 werd Investima 10 omgedoopt tot Editis SA (hierna: „Editis”).

6. Op 7 januari 2004 stelde de Commissie de bestreden beschikking vast, waarbij zij de concentratie goedkeurde, maar deze goedkeuring afhankelijk stelde van de naleving van bepaalde verbintenissen. Overeenkomstig deze verbintenissen was Lagardère verplicht om activa af te stoten die ongeveer 60 tot 70 % vormden van haar wereldwijde omzet, en 70 tot 80 % van de omzet van VUP op de Franstalige markten die door de concentratie werden beïnvloed. Volgens de Commissie verdwenen met de door Lagardère aangeboden verbintenissen bijna alle horizontale overlappingen tussen de activiteiten van de partijen bij de concentratie, op alle Franstalige markten waarop deze transactie een machtspositie in het leven riep of versterkte. De Commissie was van mening dat de overgrote meerderheid van de in de bestreden beschikking onderzochte verticale en conglomeraatseffecten die uit het totale gewicht van de fusieonderneming in de Franstalige uitgeverijsector voortvloeiden en tot het in het leven roepen of versterken van machtsposities op de betrokken markten bijdroegen, dankzij de aangeboden verbintenissen werden weggenomen in het geval van een verkoop aan één enkele koper. Derhalve was de conclusie van de bestreden beschikking dat de concentratie, gelet op de door Lagardère aangeboden verbintenissen, niet zou leiden tot het creëren of versterken van een machtspositie voor de fusieonderneming op de gemeenschappelijke markt. De Commissie kwam bijgevolg tot de slotsom dat de verwerving door Lagardère van de uitsluitende zeggenschap overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89 over de uitgeverijactiva van VUP in Europa en Latijns-Amerika, met uitsluiting van Brazilië, verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt en met de Overeenkomst inzake de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-Overeenkomst”), mits de door Lagardère aangeboden verbintenissen werden uitgevoerd conform de artikelen 2, lid 2, en 8, lid 2, van deze verordening.

3 — PB L 395, blz. 1.

7. Op 28 mei 2004 sloten Lagardère en Wendel Investissements SA (hierna: „Wendel") een ontwerpovereenkomst waarin was bepaald dat Wendel de activa zou verwerven die Lagardère overeenkomstig de verbintenissen diende te verkopen. Bij brief van 4 juni 2004 verzocht Lagardère de Commissie om de verwerving van de betreffende activa door Wendel goed te keuren.

8. Met het beroep dat zij op 8 juli 2004 bij het Gerecht van eerste aanleg (thans het Gerecht) tegen de Commissie heeft ingesteld en dat onder nummer T-279/04 werd ingeschreven, verzocht rekwirante om nietigverklaring van de bestreden beschikking. In het bestreden arrest heeft het Gerecht deze vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking in haar geheel afgewezen.

III – Hogere voorziening

9. Rekwirante doet haar hogere voorziening steunen op vier middelen.

A – *Eerste middel: schending van artikel 3 van verordening nr. 4064/89*

1. Procesverloop voor het Gerecht

10. Met haar eerste middel voor het Gerecht heeft rekwirante aangevoerd dat de bestreden beschikking gebrekkig is omdat zij de verwerving van de doelactiva door NBP aanmerkt als de verwerving van activa teneinde ze weer te verkopen, volgens artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89, en niet als een concentratie waarbij Lagardère de uitsluitende zeggenschap over de doelactiva verwierf door NBP als tussenpersoon in te schakelen of waarbij Lagardère en NBP gezamenlijk de zeggenschap over deze activa verwierven. Bovendien heeft rekwirante in eerste aanleg betoogd dat de verwerving van de doelactiva door Investima 10 in strijd was met alle – cumulatieve – voorwaarden van artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 en dat Lagardère op basis van de holdingregeling inzake de doelactiva bijgevolg een beslissende invloed over deze activa kon uitoefenen vanaf december 2002 tot op het tijdstip van de verkoop ervan aan Wendel, op 30 september 2004.

11. Het Gerecht heeft vastgesteld dat, zelfs indien de verwerving van de doelactiva door Investima 10 niet aan alle voorwaarden van artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 voldeed, deze verwerving overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub b, van deze verordening niet noodzakelijk moest worden aangemerkt als de verwerving van de uitsluitende zeggenschap over deze activa door Lagardère of van de gezamenlijke zeggenschap door Lagardère en NBP.[4] Vervolgens heeft het Gerecht geoordeeld dat de holdingregeling noch aan Lagardère alleen, noch aan Lagardère en NBP samen de mogelijkheid bood om overeenkomstig artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 een beslissende invloed over de doelactiva uit te oefenen vanaf december 2002.[5] Voor de volledigheid heeft het Gerecht er nog aan toegevoegd dat, zelfs indien de holdingregeling, zoals rekwirante aanvoert, aan Lagardère de mogelijkheid bood om vanaf december 2002 alleen of samen met NBP zeggenschap over de doelactiva uit te oefenen in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89 en de operatie dus reeds vóór de aanmelding ten uitvoer was gelegd, dit geen gevolgen zou hebben voor de rechtmatigheid van de bestreden beschikking.[6]

2. Argumenten

12. Het eerste middel bevat twee onderdelen.

4 — Zie punt 117 van het bestreden arrest.

5 — Zie de punten 144 en 153 van het bestreden arrest. Het Gerecht is niet nagegaan of was voldaan aan de voorwaarden van artikel 3, lid 5, sub a, van deze verordening.

6 — Zie de punten 154-164 van het bestreden arrest.

13. Ten eerste is het Gerecht, door de holdingregeling op zichzelf te beoordelen en geen rekening te houden met de volledige juridische regeling die tot de verwerving van de zeggenschap over de doelactiva door Lagardère heeft geleid, volgens rekwirante voorbijgegaan aan de doelstelling van het toezicht op concentraties en het mededingingsrecht in het algemeen, die er, zoals in het arrest Cementbouw Handel & Industrie/Commissie [7] wordt bevestigd, in bestaat te achterhalen welke economische werkelijkheid aan de transacties ten grondslag ligt. Door zich niet aan de doelstelling van het toezicht op concentraties en aan zijn eigen rechtspraak inzake complexe operaties te houden, heeft het Gerecht bovendien een nieuwe uitzondering in het leven geroepen die ruimer is dan de in artikel 3, lid 5, van verordening nr. 4064/89 neergelegde uitzonderingen. Door dergelijke holdingregelingen toe te staan, ongeacht de aard van het vehikel dat belast is met het aanhouden van de over te dragen activa, en het daardoor mogelijk te maken dat transacties die normaal gezien bij de Commissie moeten worden aangemeld aan toezicht ontsnappen, heeft het Gerecht ook de doeltreffendheid van artikel 3, lid 5, sub a, van deze verordening ondergraven, door de in deze bepaling neergelegde vereisten inzake kredietinstellingen of financiële instellingen en inzake de tijdelijkheid van de transactie, terzijde te schuiven.

14. Ten tweede heeft het Gerecht volgens rekwirante toegestaan dat bij overeenkomst een „bewaringsregeling" in het leven werd geroepen die ontsnapt aan het toezicht op concentraties. Het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 niet onverkort toe te passen, aangezien het slechts contractuele gegevens heeft onderzocht en daardoor volledig heeft nagelaten om – overeenkomstig de door de Commissie gehanteerde en door het Gerecht in het arrest Aer Lingus Group/Commissie [8] bevestigde praktijk – na te gaan of sprake was van de-factozeggenschap. Bovendien heeft het Gerecht volgens rekwirante haar argumenten inzake de mogelijkheid dat in verband met de financiering en de aanvaarding van risico's een beslissende invloed werd uitgeoefend, in punt 134 van het bestreden arrest ten onrechte afgewezen met de overweging dat een dergelijke financiering „inherent was aan de holdingregeling". Voorts heeft het Gerecht in punt 137 van het bestreden arrest rekwirantes vorderingen betreffende de schuld van Segex/Ecrinvest 4 aan Lagardère ten onrechte afgewezen.

15. De Commissie en Lagardère zijn van mening dat het onderhavige middel faalt, aangezien de bestreden beschikking niet tot doel had, te onderzoeken of er vanaf december 2002 sprake was van de-factozeggenschap, maar wel na te gaan of de op 14 april 2003 in verband met de verwerving van zeggenschap over VUP door Lagardère aangemelde transactie verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. De classificatie van de holdingregeling en de gevolgen van deze classificatie zijn dus onafhankelijk van – en oefenen geen invloed uit op – de rechtmatigheid van de bestreden beschikking, waarin de transactie werd goedgekeurd onder voorwaarde van de uitvoering van bepaalde verbintenissen. Lagardère voert aan dat de Commissie een concentratie slechts mag verbieden wanneer deze een machtspositie tot stand brengt of versterkt die de mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zou beperken. Het niet-aanmelden of het zonder goedkeuring uitvoeren van een concentratie mag overeenkomstig artikel 14 van verordening nr. 4064/89 enkel worden bestraft met een geldboete.

16. De Commissie meent dat rekwirante op basis van het arrest Cementbouw Handel & Industrie [9] ten onrechte betoogt dat de Commissie volgens verordening nr. 4064/89 de onderling samenhangende transacties die samen een concentratie vormden, als een eenheid moest behandelen. Aangezien de Commissie vaststelde dat de concentratie na de oplegging van verbintenissen de mededinging niet belemmerde, werd aan de algemene doelstelling van het toezicht op concentraties niet afgedaan door het feit dat de beoordeling van een operatie waarbij zeggenschap werd verkregen, zich niet tot het aspect van de holdingregeling uitstrekte. Tenzij sprake is van een onjuiste opvatting van de feiten, hetgeen in casu niet is aangevoerd, kan in de fase van de hogere voorziening bovendien niet worden

7 — Arrest van 23 februari 2006 (T-282/02, Jurispr. blz. II-319). Zie in het bijzonder de punten 104-109.

8 — Arrest van 6 juli 2010 (T-411/07, Jurispr. blz. II-3691, punt 61).

9 — Aangehaald in voetnoot 7.

opgekomen tegen de vaststelling van het Gerecht dat Lagardère op basis van de holdingregeling inzake de activa van VUP niet in de mogelijkheid was om vanaf 2002 alleen of samen met NBP een beslissende invloed over deze activa uit oefenen. In het licht van het arrest Aer Lingus Group [10] en gelet op het feit dat de Commissie, zij het mits nakoming van bepaalde verbintenissen, heeft goedgekeurd dat Lagardère op een duurzame basis de uitsluitende zeggenschap over de doelactiva van VUP verwierf, strookt een dergelijke goedkeuringsbeschikking ook met de analyse die het aanhouden van VUP/Editis door NBP aanmerkt als de „eerste stap" in één enkele concentratie door middel waarvan Lagardère slechts op het einde van de operatie (met de verkoop door NBP aan Lagardère, overeenkomstig de verbintenissen) blijvende zeggenschap verwerft. De Commissie meent dat rekwirantes vordering inzake de kwalificatie van de holdingregeling en de totstandbrenging van een nieuwe uitzondering voor de tijdelijke verwerving van activa geen doel treft, aangezien zij niet doorslaggevend is voor de rechtmatigheid van de bestreden beschikking en aangezien deze regeling, zelfs indien zij als de eerste stap van een concentratie wordt beschouwd, zelf geen concentratie uitmaakt. De Commissie is eveneens van mening dat het bestreden arrest de mogelijkheid van de-factozeggenschap niet uitsluit. In die context moet rekwirante echter bewijzen dat de Commissie zich heeft vergist. Het volstaat niet om aan te voeren dat Lagardère vanaf december 2002 zeggenschap heeft uitgeoefend. Dit geldt in het bijzonder nu de contractuele voorwaarden tot doel hadden zeggenschap te vermijden.

17. Lagardère voert aan dat het onderhavige middel hoe dan ook gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond is. Zij stelt dat de vordering waarmee rekwirante aanvoert dat de holdingregeling slechts de eerste fase is van een concentratie die uiteindelijk tot de zeggenschap door Lagardère heeft geleid, niet-ontvankelijk is, aangezien het om een nieuw argument gaat dat rekwirante voor het eerst in hogere voorziening aanvoert en dat in strijd is met het standpunt dat zij voor het Gerecht heeft ingenomen. Lagardère meent dat rekwirantes vordering dat het Gerecht de mogelijkheid van de-factozeggenschap door Lagardère over Editis vanaf het tijdstip van de holdingregeling niet heeft onderzocht, ongegrond is, zoals blijkt uit het feit dat het Gerecht deze kwestie in de punten 119 en volgende van het bestreden arrest heeft geanalyseerd.

3. Beoordeling

18. Betreffende het argument dat het onderhavige middel doel mist, moet de Commissie volgens mij een concentratie die geen machtspositie in het leven roept of versterkt waardoor de mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk wordt beperkt, overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaren, ook al is deze concentratie in strijd met de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89 bedoelde termijn van één week te laat aangemeld, en in strijd met de in artikel 7, lid 1, van deze verordening neergelegde verplichting tot schorsing tot stand gebracht. [11] Wanneer wordt nagelaten een concentratie met een communautaire dimensie aan te melden overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 4064/89 bij de Commissie [12] of wanneer deze concentratie zonder goedkeuring tot stand wordt gebracht, kan de Commissie hiervoor evenwel overeenkomstig artikel 14, lid 1, sub a, respectievelijk lid 2, sub b, van verordening nr. 4064/89 een geldboete opleggen. [13]

10 — Aangehaald in voetnoot 8, punt 61.

11 — Zie ook artikel 2, lid 2, van verordening nr. 4064/89. Volgens artikel 8, lid 4, van verordening nr. 4064/89 mag de Commissie daarentegen elke handeling die geschikt is om de mededinging te herstellen, opleggen, wanneer een concentratie tot stand is gebracht die een machtspositie creëert of versterkt ten gevolge waarvan de mededinging aanzienlijk wordt beperkt. Zie ook artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89. Een dergelijke handeling kan zelfs de ontbinding van een uitgevoerde concentratie inhouden. Zie het in voetnoot 8 aangehaalde arrest Aer Lingus Group, punten 58-61.

12 — Dus binnen een week na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming.

13 — Op grond van artikel 7, lid 4, van verordening nr. 4064/89 kan de Commissie in bepaalde omstandigheden worden verzocht om ontheffing van de verplichting om de concentratie te schorsen overeenkomstig artikel 7, lid 1, van deze verordening.

19. Het is volgens mij van belang om te benadrukken dat een dergelijke benadering is gebaseerd op de veronderstelling dat alle feitelijke, juridische en economische aangelegenheden die van invloed kunnen zijn op de aard van de concentratie en dus op de beoordeling door de Commissie van de weerslag ervan voor de mededinging op de gemeenschappelijke markt overeenkomstig verordening nr. 4064/89 [14] vervolgens aan de Commissie zijn meegedeeld, zodat deze instelling de transactie heeft beoordeeld op basis van alle relevante informatie. Indien bij de aanmelding bepaalde informatie inzake de aard van de transacties onjuist is weergegeven of is weggelaten, kan dit volgens mij van invloed zijn op de juistheid van de beoordeling van de concentratie zelf overeenkomstig verordening nr. 4064/89. [15]

20. In dit verband ben ik in het kader van het onderhavige geding van oordeel dat indien de Commissie in haar beschikking tot goedkeuring van een concentratie, of het Gerecht in het arrest waarbij het deze beschikking heeft getoetst, heeft nagelaten om alle relevante informatie en omstandigheden in aanmerking te nemen en correct te beoordelen met het oog op de toepassing van artikel 3 van verordening nr. 4064/89, dit eventueel tot de nietigverklaring van die beschikking of de vernietiging van dat arrest kan leiden.

21. Mijns inziens kunnen de argumenten die rekwirante in het kader van het onderhavige middel aanvoert evenwel niet tot de vernietiging van het bestreden arrest leiden, zelfs niet indien deze argumenten feitelijk juist zouden zijn. De aangevoerde vergissing, wat de kwalificatie van de holdingregeling betreft, waarvan rekwirante zelf erkent dat zij integraal deel uitmaakt van de op 14 april 2003 aangemelde concentratie [16], heeft in werkelijkheid enkel betrekking op de vraag of Lagardère in december 2002 de zeggenschap over de doelactiva ten gevolge van deze regeling verkreeg, dan wel pas later. Voor het overige heeft de aangevoerde vergissing dus geen praktische gevolgen voor de aard van de aangemelde concentratie of voor het effect ervan op de mededinging op de gemeenschappelijke markt. Deze benadering vindt volgens mij steun in de beslissing van het Gerecht in het arrest Cementbouw Handel & Industrie. [17] Zoals het Gerecht aangaf, is de vaststelling of een aantal transacties een eenheid vormt er aldus onder meer op gericht, de Commissie in staat te stellen op doeltreffende wijze toezicht te houden op concentraties die de mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk kunnen belemmeren. [18] Rekwirante kan in de onderhavige hogere voorziening dus niet met succes aanvoeren dat het Gerecht de holdingregeling in het licht van artikel 3 van verordening nr. 4064/89 onjuist heeft beoordeeld.

22. Voor de volledigheid zal ik rekwirantes argumenten aangaande het eerste middel evenwel onderzoeken.

23. Naar mijn mening dient Lagardères argument dat het eerste onderdeel van het onderhavige middel niet-ontvankelijk is, te worden afgewezen. In de door haar bij het Gerecht ingediende memories heeft rekwirante haar argumenten weliswaar niet geformuleerd in de bewoordingen van het arrest Cementbouw Handel & Industrie [19] en van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [20], maar dit hoeft nauwelijks te verbazen, aangezien dat arrest en die mededeling dateren van ná de indiening van het beroep tot nietigverklaring van de bestreden

14 — In dit opzicht ligt de klemtoon op het al of niet bestaan van een concentratie met een communautaire dimensie die een machtspositie in het leven roept of versterkt als gevolg waarvan de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zou worden belemmerd. Zie de artikelen 1, 2 en 3 van verordening nr. 4064/89.

15 — Zie naar analogie het arrest Cementbouw Handel & Industrie, aangehaald in voetnoot 7, punten 108 en 109. De Commissie moet de gelegenheid krijgen om op doeltreffende wijze toezicht op een concentratie uit te oefenen.

16 — Zie bijvoorbeeld de punten 23, 24, 27 e.v. van het verzoekschrift.

17 — Aangehaald in voetnoot 7.

18 — Zie punt 108.

19 — In voetnoot 7 aangehaald arrest.

20 — PB 2008, C 95, blz. 1 (hierna: „mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties”).

beschikking bij het Gerecht. Rekwirante heeft in haar memories voor het Gerecht echter wel gesproken over de aard van de holdingregeling inzake de doelactiva in de ruimere context van de bij de Commissie aangemelde operatie, en over de noodzaak om deze regeling in die context te beoordelen.

24. Wat de gegrondheid van het eerste onderdeel van het onderhavige middel betreft, meen ik dat het Gerecht zich niet heeft gebaseerd op een onjuiste opvatting van de economische werkelijkheid achter de concentratie die de Commissie in de bestreden beschikking heeft onderzocht, of van de diverse transacties die de basis van deze concentratie vormden. Afgezien van de diepgaande analyse van de holdingregeling zelf, in de punten 119 tot en met 153 van het bestreden arrest, heeft het Gerecht in de punten 10 tot en met 36 van dat arrest op gedetailleerde wijze uiteengezet welke transacties aan de aanmelding van de concentratie op 14 april 2003 voorafgingen. Voorts heeft rekwirante er duidelijk mee ingestemd dat het Gerecht deze feiten in het onderhavige beroep bekend maakte.

25. Bovendien blijkt uit het bestreden arrest duidelijk dat het Gerecht de holdingregeling overeenkomstig artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 heeft onderzocht naar aanleiding van de door rekwirante in haar eerste middel tot nietigverklaring voor deze rechterlijke instantie aangevoerde specifieke argumenten. Rekwirante had betoogd dat de verwerving van de doelactiva door NBP niet in overeenstemming was met artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 [21] en dat Lagardère via de holdingregeling een beslissende invloed over de doelactiva kon uitoefenen van december 2002 tot op het tijdstip waarop deze activa aan Wendel werden verkocht (in september 2004) [22]. Derhalve heeft het Gerecht, als rechtstreeks antwoord op de argumenten die rekwirante voor haar had aangevoerd, uitvoerig onderzocht of Lagardère vanaf december 2002 alleen of samen met anderen de zeggenschap over de doelactiva had verkregen. Na te hebben vastgesteld dat Lagardère geen zeggenschap over de doelactiva – in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 – had verkregen vanaf december 2002, heeft het Gerecht de toepassing van artikel 3, lid 5, sub a, van deze verordening niet in detail onderzocht. [23] Een onderzoek naar de toepassing van artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89, volgens hetwelk zeggenschap niet wordt geacht te bestaan, achtte het Gerecht overbodig, in het licht van zijn vaststelling dat geen sprake was van zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89. Volgens mij heeft het Gerecht daardoor artikel 3, lid 5, sub a, van deze verordening [24] zijn nuttige werking (effet utile) niet ontnomen, en heeft het evenmin een nieuwe uitzondering inzake de verwerving van zeggenschap in het leven geroepen.

26. Bovendien meen ik dat de Commissie in haar memories terecht heeft betoogd dat de wijze waarop het Gerecht de holdingregeling heeft beoordeeld, zowel met het arrest Cementbouw Handel & Industrie [25] als met de mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties [26] strookt, aangezien deze holdingregeling kan worden beschouwd als een eerste stap, die op zich echter niet volstaat [27], in een aantal verbonden transacties die uiteindelijk tot de verwerving van zeggenschap over de doelactiva door Lagardère en dus tot een concentratie in de zin van verordening nr. 4064/89 hebben geleid.

27. Ik stel dan ook voor het eerste onderdeel van het onderhavige middel ongegrond te verklaren.

21 — Zie de punten 94-102 van het bestreden arrest.

22 — Zie punt 103 van het bestreden arrest.

23 — Zie in dit verband echter de punten 138 en 142 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat bepaalde aspecten van de holdingregeling in ieder geval in overeenstemming zouden zijn met de voorwaarden van artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89.

24 — Ik wil eveneens opmerken dat artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 verwijst naar de verwerving van effecten, en niet naar de verwerving van activa. Ik ben daarom van mening dat de holdingregeling in verband met de doelactiva hoe dan ook niet onder deze bepaling zou kunnen vallen.

25 — In voetnoot 7 aangehaald arrest. „[E]r [kan] zelfs dan sprake [...] zijn van een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 4064/89 wanneer verschillende juridische transacties zijn gesloten die formeel losstaan van elkaar, voor zover deze transacties onderling samenhangen, zodat de ene transactie niet zonder de andere tot stand kan komen, en een of meer ondernemingen daardoor rechtstreeks of middellijk de economische zeggenschap over de activiteiten van een of meer andere ondernemingen verkrijgen.” Zie punt 109 van dat arrest.

26 — Aangehaald in voetnoot 20. Zie in het bijzonder deel 1.5 inzake nauw verweven transacties. Deze mededeling is niet bindend voor het Hof en is temporeel gezien zelfs niet van toepassing; zij is dienovereenkomstig evenmin bindend voor de Commissie.

27 — Zie naar analogie het in voetnoot 8 aangehaalde arrest Aer Lingus Group, punt 65. In die zaak leidde de verwerving van een minderheidsbelang niet tot de verwerving van zeggenschap. De verwerving van nog meer aandelen kon echter wel tot dat resultaat leiden.

28. Wat het tweede onderdeel van dit middel betreft, voert rekwirante aan dat het Gerecht de in artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 neergelegde criteria voor de bepaling van zeggenschap onjuist heeft toegepast en slechts formele contractuele gegevens heeft onderzocht, zonder evenwel na te gaan of sprake was van de-factozeggenschap. Rekwirante betoogt voor het Gerecht te hebben aangevoerd dat Lagardère een beslissende invloed over de doelactiva kon uitoefenen op basis van drie feitelijke elementen: de lening aan NBP ten belope van de volledige aankoopprijs (1,116 miljard EUR), de waarborg om huursommen te betalen, en de aanlegging van een reserve om in de behoefte van VUP aan liquiditeiten te voorzien (118 miljoen EUR). Daarenboven gaf rekwirante voor het Gerecht aan dat Lagardère en Segex vanwege drie cumulatieve mechanismen een beslissende invloed hadden: Segex kon op grond van bijlage 7 bij de overeenkomst een vetorecht tegen elke wijziging van de doelactiva uitoefenen, Investima 10 was gelet op de lening van 1,2 miljard EUR economisch afhankelijk van Lagardère, en Lagardère hield toezicht op het bedrijf en alle bedrijfsrisico's waren aan haar overgedragen.

29. Rekwirantes argument dat het Gerecht louter de contractuele bepalingen heeft onderzocht en niet de vraag of Lagardère de-factozeggenschap over de doelactiva uitoefende, is mijns inziens ongegrond. Uit het bestreden arrest blijkt duidelijk dat het Gerecht, anders dan rekwirante stelt, alle door haar aangevoerde middelen inzake de-factozeggenschap alsook het door haar in dat verband aangereikte bewijs heeft onderzocht. Ten eerste heeft het Gerecht in de punten 133 en 134 van het bestreden arrest onderzocht of het feit dat Lagardère de holdingregeling had gefinancierd en in dat verband alle risico's op zich had genomen, tot gevolg had dat zij een beslissende invloed over de doelactiva kon uitoefenen. Ten tweede heeft het in de punten 136 en 138 tot en met 142 van het bestreden arrest de aard onderzocht van het overeenkomstig bijlage 7 van de verkoopovereenkomst aan Segex/Ecrinvest 4 verleende vetorecht in verband met elke beslissing die de doelactiva waarschijnlijk nadelig zou beïnvloeden.[28] Ten derde is in punt 137 van het bestreden arrest onderzocht of Segex, vanwege de schuld die Segex/Ecrinvest 4 jegens Lagardère had, nog wel daadwerkelijk de aan de doelactiva verbonden rechten kon uitoefenen en dus niet namens Lagardère optrad. Ten vierde is in punt 143 van het bestreden arrest de onafhankelijkheid onderzocht van de leden van de raad van bestuur die verantwoordelijk waren voor het beheer van Investima 10.[29] Uit het bestreden arrest volgt dat het Gerecht zowel de bovenstaande vragen inzake de-factozeggenschap als heel wat bepalingen uit de verkoopovereenkomst heeft onderzocht, en heeft vastgesteld dat op basis van deze bepalingen kon worden uitgesloten dat Lagardère de-factozeggenschap over de doelactiva kon uitoefenen.[30]

30. Aangezien nergens uit blijkt dat het Gerecht de bewijsmiddelen inzake de-factozeggenschap en de bepalingen van de verkoopovereenkomst onjuist heeft gewaardeerd, stel ik voor om rekwirantes argumenten inzake de-factozeggenschap ongegrond te verklaren.

31. Voorts betoogt rekwirante dat het Gerecht in punt 133 van het bestreden arrest een zuivere cirkelredenering heeft gevolgd. Het Gerecht heeft vastgesteld dat Lagardère weliswaar de holdingregeling financierde en alle risico's op zich nam, maar geen beslissende invloed over de doelactiva kon uitoefenen, aangezien de financiering en de aanvaarding van risico's het gevolg waren van – of intrinsiek verbonden waren aan – de holdingregeling zelf. Volgens rekwirante geldt dit betoog ook voor de wijze waarop het Gerecht haar argument met betrekking tot de schuld van Segex/Ecrinvest 4 aan Lagardère heeft behandeld, dat in punt 137 van het bestreden arrest is afgewezen.

28 — Het Gerecht stelde vast dat het vetorecht in overeenstemming was met artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 en dat artikel 4, lid 2, van de verkoopovereenkomst, dat betrekking had op de bevoegdheden van de verantwoordelijke organen van Ecrinvest 4 en Investima 10, elke tussenkomst door Lagardère uitsloot, met uitzondering van tussenkomsten die intrinsiek aan de holdingregeling zelf waren verbonden.

29 — Het Gerecht oordeelde dat rekwirante geen feiten had aangevoerd die afdeden aan zijn vaststelling dat Investima 10 volgens de contractuele bepalingen onafhankelijk was.

30 — Zie de punten 120-144 van het bestreden arrest.

32. Naar mijn mening wordt met de bovenstaande argumenten in wezen betoogd dat het Gerecht zijn beslissing ontoereikend heeft gemotiveerd, hetgeen een rechtsvraag is die door het Hof in het kader van de hogere voorziening dient te worden onderzocht. [31] Ik acht het noodzakelijk om te onderzoeken of de redenering van het Gerecht inzake de financiering en de aanvaarding van risico's toereikend is gemotiveerd in de context van de eerdere vaststelling van het Gerecht, die in het bestreden arrest vrij uitvoering is toegelicht, dat de mogelijkheid voor Lagardère om op grond van de holdingregeling een beslissende invloed over de doelactiva uit te oefenen, door de uitdrukkelijke bepalingen van de verkoopovereenkomst was uitgesloten. [32]

33. Het Gerecht heeft hier in punt 134 van het bestreden arrest aan toegevoegd dat de financiering van de holdingregeling voortvloeide uit de regeling zelf, aangezien NBP niet met de regeling zou hebben ingestemd indien Lagardère niet akkoord zou zijn gegaan om alle risico's te dragen en aan NBP alle schade te vergoeden. Bijgevolg heeft het Gerecht in punt 135 van het bestreden arrest geoordeeld dat de financiering van de operatie op zich niet volstond als bewijs dat Segex geen zeggenschap over de doelactiva had. In punt 136 van het bestreden arrest heeft het Gerecht ook opgemerkt dat Segex/Ecrinvest 4 een vetorecht had met betrekking tot alle beslissingen die de doelactiva zouden aantasten. Dit vetorecht was ruimer dan het in artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 vastgestelde vetorecht. Om dezelfde redenen heeft het Gerecht in punt 137 van het bestreden arrest rekwirantes argument afgewezen dat Segex, als gevolg van de aanzienlijke schuld van Segex/Ecrinvest 4 jegens Lagardère, geen echte zeggenschap over de doelactiva bezat en in feite als de gemachtigde van Lagardère met betrekking tot de activa handelde. De redenering van het Gerecht inzake de kwesties van de financiering en de aangegane schuld is mijns inziens duidelijk, begrijpelijk en afdoende, in het licht van de beoordeling van de contractuele bepalingen door het Gerecht.

34. Ik ben derhalve van mening dat het eerste middel niet ter zake dienend en hoe dan ook ongegrond is.

B – *Tweede middel: onjuiste rechtsopvatting, aangezien het Gerecht niet de juiste rechtsgevolgen heeft verbonden aan de procedurefouten van de Commissie*

1. Argumenten

35. Met haar tweede middel stelt rekwirante dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door aan de procedurefouten van de Commissie niet de juiste rechtsgevolgen te verbinden. Door deze inbreuken op verordening nr. 4064/89, onder meer schending van de verplichting tot schorsing van de concentratie, ontbreken van een aanmelding die de Commissie bevoegdheid verleent, en bedrog door schijnbare vervanging van de koper, aan elk toezicht te onttrekken, heeft het Gerecht een wetsontduiking bekrachtigd die gelijk moet worden gesteld met misbruik van bevoegdheid door de Commissie.

36. Volgens rekwirante heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat indien de concentratie reeds in december 2002, dus vóór de aanmelding ervan, tot stand was gebracht, dit overeenkomstig artikel 7, lid 1, van verordening nr. 4064/89 enkel met een geldboete kon worden bestraft, en dat de bestreden beschikking op die grond niet nietig kon worden verklaard. Het Gerecht heeft eveneens ten onrechte vastgesteld dat het verzuim om de concentratie binnen de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89 neergelegde termijn aan te melden, slechts tot de oplegging van een geldboete kon leiden, en de rechtmatigheid van de bestreden beschikking niet aantastte. Volgens rekwirante leidt een inbreuk op artikel 7, lid 1, en artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89 door een onderneming weliswaar enkel tot de oplegging van geldboeten, maar kunnen zulke sancties per definitie niet ten aanzien van

31 — Zie arrest van 11 januari 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (C-404/04 P, punt 90).

32 — Punten 120-144 van het bestreden arrest.

de Commissie zelf worden toegepast. De Commissie heeft haar bevoegdheid misbruikt door toe te staan dat Lagardère zich ten onrechte op artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 beriep en naliet om de concentratie vanaf december 2002 aan te melden. Doordat de transactie niet binnen de gestelde termijn werd onderzocht, verkreeg Lagardère een concurrentievoordeel ten opzichte van andere potentiële kopers, aangezien zij daardoor de mogelijkheid kreeg om de aankoopprijs onmiddellijk aan VUP te betalen.

37. In repliek benadrukt rekwirante dat het onderhavige middel voornamelijk betrekking heeft op de sancties die voor schendingen van het recht door de Commissie dienen te worden opgelegd en bijgevolg op het lot van een beschikking die in strijd met een gemeenschapsverordening is vastgesteld, en niet zozeer op de sancties die de Commissie zou kunnen opleggen aan een onderneming die bepaalde verplichtingen niet is nagekomen.

38. De Commissie stelt dat het onderhavige middel niet ter zake dienend en ongegrond is. Volgens Lagardère is het onderhavige middel niet-ontvankelijk, aangezien rekwirante louter verwijst naar feiten die het Gerecht heeft onderzocht, maar niet aanvoert dat sprake is van een onjuiste opvatting van de feiten.

2. Beoordeling

39. In het licht van mijn bevindingen aangaande het eerste middel ben ik van mening dat het Gerecht in de punten 116 tot en met 164 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de holdingregeling geen concentratie vormde vanaf december 2002, aangezien Lagardère op grond van deze regeling noch alleen, noch samen met NBP, een beslissende invloed over de doelactiva kon uitoefenen. Hieruit volgt dan ook dat VUP en Lagardère de verplichting om de totstandbrenging van de concentratie overeenkomstig artikel 7, lid 1, van verordening nr. 4064/89 te schorsen, niet schonden ten gevolge van de holdingregeling.[33] Aangezien de verplichting tot schorsing van de totstandbrenging van een concentratie dus niet werd geschonden, moet het argument dat het Gerecht blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting door aan een dergelijke procedurefout niet de juiste rechtsgevolgen te verbinden, mijns inziens worden afgewezen.

40. Wat de kwestie van de te late aanmelding van de concentratie door Lagardère betreft[34], staat het buiten kijf dat de concentratie inderdaad, in strijd met de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89 bepaalde termijn van één week, te laat werd aangemeld.[35] Ik meen echter dat die procedurele onregelmatigheid, zelfs indien zij – zoals rekwirante aanvoert – door de Commissie zelf was veroorzaakt, geen invloed kon hebben gehad op de beoordeling van de concentratie[36] in het onderhavige geval, vooral omdat de verplichting tot schorsing van de totstandbrenging van de concentratie niet is geschonden.[37] Aangezien de bestreden beschikking hetzelfde resultaat zou hebben gehad indien de concentratie niet te laat zou zijn aangemeld, zou het volgens mij volstrekt

33 — Bovendien blijkt uit de bepalingen van de verkoopovereenkomst duidelijk dat de aandelen in Ecrinvest 4 pas aan Lagardère konden worden overgedragen nadat de bevoegde mededingingsautoriteiten daarvoor hun goedkeuring hadden verleend. Zie de punten 24 en 25 van het bestreden arrest.

34 — De verplichting tot aanmelding van de betrokken concentratie rustte volgens artikel 4, lid 2, van verordening nr. 4064/89 op Lagardère.

35 — Zie punt 200 van het bestreden arrest.

36 — En op de vraag of deze al dan niet een machtspositie in het leven riep of versterkte.

37 — Overeenkomstig punt 17 van de considerans van verordening nr. 4064/89 zijn de voorafgaande aanmelding en de schorsing van de totstandbrenging van concentraties voorgeschreven met het oog op een doeltreffend toezicht door de Commissie op ondernemingen. Met beide verplichtingen wordt dus door verordening nr. 4064/89 dezelfde hoofddoelstelling nagestreefd. Bovendien beoogt de in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 4064/89 neergelegde verplichting tot schorsing van de totstandbrenging van een concentratie te vermijden dat een mededingingsbeperkende concentratie overeenkomstig artikel 8, lid 4, van deze verordening retroactief ongedaan moet worden gemaakt. Met de Commissie ben ik daarenboven van mening dat de verplichting om een concentratie binnen een week na de sluiting van de overeenkomst aan te melden, zoals artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89 bepaalt, er eveneens toe strekt te verzekeren dat concentraties die de mededinging op de gemeenschappelijke markt zouden kunnen aantasten, niet tot stand worden gebracht vóór zij door de Commissie zijn onderzocht. De verplichting om concentraties met een communautaire dimensie overeenkomstig verordening nr. 4064/89 aan te melden en te schorsen, is er dus op gericht om bepaalde structurele wijzigingen van ondernemingen, die de mededinging op de gemeenschappelijke markt zouden kunnen schaden, tijdig te voorkomen.

onevenredig zijn om de beschikking van de Commissie over de concentratie louter op die grond nietig te verklaren.[38] Het Gerecht heeft in de punten 201 en 202 van het bestreden arrest bijgevolg terecht vastgesteld dat de Commissie een concentratie niet uit hoofde van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan verklaren op de enkele grondslag dat deze concentratie te laat was aangemeld, tenzij de concentratie in kwestie een machtspositie in het leven roept of versterkt waardoor de daadwerkelijke mededinging aanzienlijk zou worden belemmerd.

41. Ik wil ook opmerken dat uit de punten 10 en volgende van het bestreden arrest blijkt dat VUP vanaf eind september 2002 met Lagardère onderhandelde over de verwerving van de doelactiva door laatstgenoemde. Bovendien was de Commissie op de hoogte van de voornaamste voorwaarden van de verwerving van de doelactiva door NBP op of na 8 oktober 2002[39] en keurde zij deze voorwaarden goed, en ontving de Commissie op 10 december 2002 een ontwerpaanmelding van de aankoop van de doelactiva door Lagardère[40], hoewel de eigenlijke aanmelding pas op 14 april 2003 plaatsvond, dus ongeveer vier maanden later. Uit de stukken blijkt dus duidelijk dat de Commissie vóór de aanmelding informele contacten had met de aanmeldende partijen die bij de voorgenomen concentratie betrokken waren. Mijns inziens maakt de Commissie geen misbruik van haar bevoegdheid door dergelijke contacten te onderhouden, waarbij zij een toekomstige concentratie met de aanmeldende partijen bespreekt en reeds haar voorlopige opvatting over bepaalde juridische en andere kwesties toelicht, of aangeeft welk standpunt zij met betrekking tot deze concentratie eventueel zal innemen.[41]

42. Dergelijke contacten stroken integendeel met het beginsel van behoorlijk bestuur, aangezien zij „de geest van samenwerking en betere verstandhouding tussen het DG Mededinging, en de rechtsgemeenschap en het bedrijfsleven”[42] stimuleren, wat het toezicht op concentraties ten goede komt. Dergelijke contacten vóór de aanmelding zijn niet bedoeld om de ene overnemer te bevoordelen jegens de andere, en worden daar evenmin voor gebruikt.[43]

43. Aangezien zulke aan de aanmelding voorafgaande contacten tussen de Commissie en de aanmeldende partijen duidelijk informeel, niet-bindend en voorbereidend zijn, beogen zij de aanmeldingsprocedure veeleer te versterken dan te vervangen. Daarenboven zijn dergelijke informele contacten duidelijk niet van dien aard dat zij de partijen op wie de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89 neergelegde aanmeldingsplicht rust, van deze – enkel op hen rustende – plicht bevrijden.

44. Derhalve geef ik in overweging het tweede middel ongegrond te verklaren.

38 — Zie naar analogie arrest van 11 november 1987, Frankrijk/Commissie (259/85, Jurispr. blz. 4393, punt 13).

39 — Zie punt 15 van het bestreden arrest.

40 — Zie punt 35 van het bestreden arrest.

41 — Volgens vaste rechtspraak is van misbruik van bevoegdheid slechts sprake wanneer op grond van objectieve, relevante en overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat een handeling uitsluitend of althans overwegend is vastgesteld om andere dan de aangegeven doelen te bereiken, of om zich te onttrekken aan de toepassing van een procedure waarin het Verdrag speciaal heeft voorzien om aan de omstandigheden van het geval het hoofd te bieden. Zie in die zin onder meer arrest van 10 maart 2005, Spanje/Raad (C-342/03, Jurispr. blz. I-1975, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 — DG Mededinging – Best practices on the conduct of EC merger control proceedings (Goede praktijken inzake de behandeling van procedures van de EG inzake het toezicht op fusies).

43 — Buiten het gebied van de krachtens artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 opgelegde verbintenissen, heeft de Commissie geen enkele bevoegdheid inzake de aanvaarding van kopers.

C – Derde middel: onjuiste rechtsopvatting, aangezien het Gerecht niet de juiste rechtsgevolgen heeft verbonden aan de schending van wezenlijke vormvoorschriften die voortvloeide uit het ontbreken van motivering en uit schending van de beginselen van rechtszekerheid, bescherming van het gewettigd vertrouwen en gelijkheid

1. Argumenten

45. Met haar derde middel voert rekwirante aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de beschikking van de Commissie, hoewel daarin wezenlijke vormvoorschriften zijn geschonden, niet nietig te hebben verklaard. Dit middel betreft in het bijzonder het motiveringsgebrek inzake de kwalificatie van de betrokken holdingregeling door de Commissie en de toepasselijkheid van artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 op een gedeelte van de transactie. Volgens rekwirante heeft het Gerecht het (impliciete, want niet-gemotiveerde) standpunt van de Commissie dat de holdingregeling geen overeenkomstig verordening nr. 4064/89 aan te melden concentratie was, bevestigd. Hoewel dat standpunt rechtsgevolgen heeft, in het bijzonder voor potentiële kopers zoals rekwirante, wordt in punt 6 van de bestreden beschikking slechts ontwijkend naar die aangelegenheid verwezen. Anders dan in de zaak Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala [44] het geval was, houdt het gebrek aan motivering in het onderhavige geval verband met de bevoegdheid van de Commissie, zodat het om aangelegenheden gaat die irrelevant noch bijkomstig zijn. De Commissie had moeten vaststellen wanneer de operatie had moeten worden aangemeld, teneinde te verzekeren dat werd voldaan aan de plicht tot aanmelding en schorsing van de concentratie en dat in voorkomend geval wegens schending van deze verplichtingen sancties werden opgelegd.

46. Het Gerecht heeft een kringredenering gehanteerd door in de punten 231 tot en met 233 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie geen bevoegdheid bezat inzake de holdingregeling, aangezien deze regeling niet was aangemeld, omdat het geen concentratie was. Deze redenering kan bovendien niet rechtvaardigen dat helemaal niet is gemotiveerd waarom de operatie geen concentratie of geen deel van de aangemelde concentratie vormde. Door te bekrachtigen dat de Commissie de toepassing van een uitzondering op basis van verordening nr. 4064/89 niet motiveerde, heeft het Gerecht in punt 233 van het bestreden arrest toegestaan dat de beginselen van gelijkheid en rechtszekerheid werden geschonden. Doordat Lagardère de mogelijkheid werd verleend om zich op deze uitzondering te beroepen, werd zij met betrekking tot de verkoop van VUP begunstigd, en is dus het gelijkheidsbeginsel geschonden. Het standpunt van de Commissie strookte bovendien niet met haar eigen praktijk en richtsnoeren, waarvan afwijkingen schending van het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel opleveren, tenzij de Commissie de afwijking motiveert.

47. De Commissie stelt dat het onderhavige middel niet ter zake dienend is. Zowel de Commissie als Lagardère stellen dat het onderhavige middel ongegrond is.

2. Beoordeling

48. Uit vaste rechtspraak volgt duidelijk dat de Commissie haar motiveringsplicht niet schendt indien zij, bij de uitoefening van haar bevoegdheid tot controle van concentraties, in haar beschikking geen specifieke motivering geeft met betrekking tot de beoordeling van een aantal aspecten van de concentratie die haar voor de beoordeling ervan kennelijk irrelevant, zonder betekenis of duidelijk

44 — Arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 167).

bijkomstig lijken. Een dergelijke verplichting zou immers moeilijk verenigbaar zijn met het vereiste om snel te werk te gaan en met de korte proceduretermijnen waaraan de Commissie zich bij de uitoefening van haar controlebevoegdheid inzake concentraties moet houden en die deel uitmaken van de specifieke omstandigheden waarin een dergelijke controleprocedure plaatsvindt. [45]

49. Hieruit volgt dat indien de Commissie een concentratie op grond van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 verenigbaar verklaart met de gemeenschappelijke markt, zij aan de motiveringsplicht voldoet wanneer zij in deze beschikking duidelijk uiteenzet waarom zij van mening is dat de betrokken concentratie, eventueel na de door de betrokken ondernemingen aangebrachte wijzigingen, geen machtspositie in het leven roept of versterkt ten gevolge waarvan de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan significant wordt belemmerd. [46]

50. In dit verband is het weliswaar juist dat de Commissie niet verplicht is om in de motivering van krachtens verordening nr. 4064/89 vastgestelde beschikkingen een standpunt in te nemen over alle voor haar aangevoerde gegevens en argumenten, onder meer over die welke duidelijk bijkomstig zijn voor de te verrichten beoordeling, maar dit neemt niet weg dat zij de feiten en juridische overwegingen moet uiteenzetten die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn. Bovendien moet de motivering logisch zijn en mag zij geen tegenstrijdigheden bevatten. [47]

51. De door rekwirante in het kader van het derde middel geopperde bezwaren moeten tegen de achtergrond van deze beginselen worden onderzocht.

52. In de punten 231 tot en met 233 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de holdingregeling zelf geen concentratie vormde en dus niet diende te worden aangemeld overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89. [48] Aangezien de in de bestreden beschikking onderzochte concentratie dus niet de holdingregeling betrof, was de Commissie volgens het Gerecht niet verplicht om de kwalificatie van die regeling overeenkomstig artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 in de bestreden beschikking te motiveren. [49]

53. Uit een en ander blijkt dat het Gerecht heeft geoordeeld dat aangezien de holdingregeling zelf geen concentratie vormde, de kwalificatie van deze regeling in de context van de aangemelde concentratie slechts van bijkomstig belang was en de Commissie haar kwalificatie van deze regeling volgens artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 dus niet diende te motiveren. Deze zienswijze is volgens mij correct. Anders dan rekwirante stelt, vormt deze redenering mijns inziens bovendien geen kringredenering, maar is zij in overeenstemming met zowel de letter als de geest van verordening nr. 4064/89, aangezien de Commissie overeenkomstig verordening nr. 4064/89 enkel transacties mag beoordelen die bij haar dienen te worden aangemeld en die dus worden geacht concentraties met een communautaire dimensie te zijn.

54. Aangezien het antwoord op de vraag of de holdingregeling binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 valt, in casu bovendien geen invloed kan uitoefenen op de beoordeling van de aard van de aangemelde concentratie of van de weerslag die zij overeenkomstig deze verordening op de mededinging heeft [50], en dus in het bijzonder irrelevant is bij de beoordeling

45 — In voetnoot 44 aangehaald arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, punt 167.

46 — In voetnoot 44 aangehaald arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, punt 168.

47 — In voetnoot 44 aangehaald arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, punt 169.

48 — Zoals ik in het kader van mijn analyse van het eerste middel reeds heb aangegeven, meen ik dat het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat de holdingregeling zelf geen concentratie vormde en dus niet overeenkomstig verordening nr. 4064/89 diende te worden aangemeld.

49 — In de punten 5 tot en met 8 van de bestreden beschikking omschreef de Commissie de aangemelde concentratie als de overname door Lagardère van de uitgeverijactiva van VUP in Europa en Latijns-Amerika (uitgezonderd Brazilië) en de verwerving van de volledige zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89.

50 — Zie punt 21 hierboven.

of de aangemelde concentratie een machtspositie in het leven riep of versterkte die de mededinging op de gemeenschappelijke markt waarschijnlijk aanzienlijk zou beïnvloeden, ben ik de mening toegedaan dat het Gerecht niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie dit punt in de bestreden beschikking toereikend had gemotiveerd.

55. Betreffende rekwirantes argument dat de motivering van het bestreden arrest tegenstrijdigheden bevat, aangezien het Gerecht zijn betoog in punt 142 van het bestreden arrest op de bewoordingen van artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 baseert, hoewel het de toepassing van deze bepaling afwijst, ben ik van oordeel dat wanneer het Gerecht oordeelt dat een transactie met bepaalde in artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 neergelegde voorwaarden in overeenstemming is, dit niet in de weg staat aan de vaststelling dat geen zeggenschap over de doelactiva in de zin van artikel 3, lid 3, van deze verordening was verkregen. Mijns inziens bevat de redenering van het Gerecht geen tegenstrijdigheden, daar de vervulling van een aantal van de in artikel 3, lid 5, sub a, van verordening nr. 4064/89 vastgestelde voorwaarden volstrekt in overeenstemming is met – en zelfs steun kan bieden aan – de vaststelling dat geen zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89, is verkregen.

56. Gelet op het bovenstaande meen ik dat rekwirantes argumenten inzake schending van de beginselen van gelijkheid, rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen moeten worden afgewezen, aangezien zij slechts doel kunnen treffen indien de bestreden beschikking ontoereikend zou zijn gemotiveerd.

57. Ik ben dan ook van mening dat het derde middel ongegrond dient te worden verklaard.

D – *Vierde middel: kennelijk onjuiste beoordeling van de versterking van een machtspositie en de geschiktheid van verbintenissen*

1. Argumenten

58. Met haar vierde en laatste middel, dat uit twee onderdelen bestaat, voert rekwirante aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en kennelijke beoordelingsfouten heeft begaan, ten eerste omdat het de relevante wettelijke criteria om te beoordelen of sprake is van het creëren of versterken van een machtspositie niet heeft toegepast, en ten tweede met betrekking tot de vraag of de verbintenissen passend waren in het licht van de criteria voor het herstel en de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging en de stellingen van de Commissie inzake portfolio- en conglomeraatseffecten.

59. In de eerste plaats kan volgens rekwirante niet worden betwist dat het feit of een onderneming een machtspositie bezit, afhangt van de mate van concurrentiedruk die op deze onderneming rust.[51] Het Gerecht heeft in punt 286 van het bestreden arrest dus ten onrechte vastgesteld dat haar argument inzake de opsplitsing van Editis niet ter zake dienend was, aangezien het niet de totstandbrenging of de versterking van een machtspositie betrof. Deze onjuiste opvatting is des te opvallender omdat de Commissie in de bestreden beschikking had vastgesteld dat het concurrentiële evenwicht was gebaseerd op een duopolie zonder machtsposities. In dergelijke omstandigheden vormt de wedijver tussen twee even grote en even sterke spelers de motor van de mededinging. Het Gerecht mocht dus niet in beginsel uitsluiten dat een machtspositie zou kunnen ontstaan doordat een van de twee concurrenten, ten gevolge van zijn opsplitsing, was verzwakt. Door in de punten 293 en 294 van het bestreden arrest te oordelen dat de identiteit van de koper een aanzienlijke invloed had op de doeltreffendheid van de verkoop van de activa, waar Lagardère mee had ingestemd, heeft het Gerecht

51 — Zie in het bijzonder arresten van 14 februari 1978, United Brands en United Brands Continentaal/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207, punt 65), en 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 38).

erkend dat de door Lagardère voorgestelde corrigerende maatregel niet van meet af aan elke twijfel over de doeltreffendheid van deze corrigerende maatregel wegnam, zoals volgens de mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad en verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie aanvaardbare corrigerende maatregelen [52] is vereist.

60. In de tweede plaats betoogt rekwirante dat de mate van daadwerkelijke mededinging in de gemeenschappelijke markt blijkens punt 13 van de considerans van verordening nr. 4064/89 niet enkel in stand moet worden gehouden, maar – gelet op het gebruik van de term „ontwikkeld" in dit punt – door de concentratie ook moet worden verhoogd. Het Gerecht heeft in punt 342 van het bestreden arrest ten onrechte vastgesteld dat het „in stand houden of ontwikkelen" van de mededingingsgraad volstond.

61. Het Gerecht heeft ook een kennelijke beoordelingsfout gemaakt, aangezien er, anders dan het in de punten 342 en 343 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, geen garantie bestaat dat een marktdeelnemer die economische motieven heeft [53] om de daadwerkelijke mededinging te ontwikkelen of in stand te houden, een bestaande of potentiële concurrent is. Rekwirante stelt dat het bestreden arrest en het arrest Petrolessence en SG2R/Commissie [54] opvallend van elkaar verschillen, aangezien de Commissie in laatstbedoelde zaak weigerde om een potentiële koper van activa te aanvaarden omdat deze niet actief was in de betrokken sector. In de onderhavige zaak schrijft de tekst van de verbintenissen in de bestreden beschikking niet voor dat de koper van de doelactiva een bestaande of potentiële concurrent moet zijn en heeft het Gerecht het vermogen van de koper om de mededinging in stand te houden bovendien minimalistisch opgevat door in punt 345 van het bestreden arrest te aanvaarden dat het om een marktdeelnemer zonder ervaring in de betrokken markt kon gaan.

62. Volgens het arrest Petrolessence en SG2R/Commissie [55] zouden kandidaten zonder ervaring in de betrokken markt moeten worden afgekeurd wanneer het vermogen van een koper om daadwerkelijke en blijvende mededinging te verzekeren, wordt beoordeeld. Anders dan in punt 345 van het bestreden arrest is geoordeeld, wordt met de verbintenissen daarenboven niet verlangd dat de koper de beheerders van de doelactiva overneemt. Een reeds in de sector aanwezige koper is van veel groter belang dan een financiële koper, aangezien eerstgenoemde per definitie beschikt over een ervaren team dat in staat is om het concurrentievermogen van de afgestoten activiteit te behouden en verder te ontwikkelen. Bovendien meent rekwirante dat het Gerecht in punt 347 van het bestreden arrest haar argumenten inzake een vooraf aangeduide koper (upfront buyer) ten onrechte heeft afgewezen. Volgens rekwirante zorgde de ontmanteling van Editis ervoor dat het verdeelcentrum van Editis de volumes van de vier uitgeverijen die in handen waren van Lagardère verloor. De identiteit van de koper was dus essentieel voor de doeltreffendheid van de verbintenissen, teneinde te verzekeren dat deze aan het verdeelcentrum dezelfde volumes kon bezorgen. Rekwirante is daarom van mening dat de verbintenissen bij gebreke van een vooraf aangeduide koper ondoeltreffend zijn en dat Editis door de aanvaarding van een financiële koper structureel was verzwakt.

63. Volgens rekwirante heeft het Gerecht in het bestreden arrest vastgesteld dat de aan de portfolio- en conglomeraatseffecten verbonden gevolgen in de bestreden beschikking correct waren geanalyseerd, maar is het niet nagegaan of de door Lagardère aangeboden verbintenissen rechtens volstonden. Daardoor heeft het Gerecht een fragmentarische benadering bekrachtigd waarbij de overlapping louter per afzonderlijke markt is beoordeeld, zonder op een meer globale wijze rekening te houden met de gevolgen van de operatie voor alle relevante markten, zoals het Hof in het arrest Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala deed. [56]

52 — PB 2001, C 68, blz. 3 (hierna: „mededeling van de Commissie betreffende corrigerende maatregelen"), punt 7.

53 — Soms ook financiële koper genoemd.

54 — Arrest van 3 april 2003 (T-342/00, Jurispr. blz. II-1161).

55 — Aangehaald in voetnoot 54.

56 — Aangehaald in voetnoot 44, punt 125.

64. De Commissie en Lagardère betogen dat het onderhavige middel ongegrond moet worden verklaard.

2. Beoordeling

65. Het onderhavige middel betreft de toetsing door het Gerecht van de verbintenissen die de Commissie in de bestreden beschikking heeft aanvaard.

66. Wat het eerste onderdeel van dit middel betreft [57], heeft het Gerecht in punt 284 van het bestreden arrest mijns inziens terecht geoordeeld dat een concentratie slechts onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden verklaard uit hoofde van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89, indien zij een machtspositie in het leven roept of versterkt ten gevolge waarvan de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zou worden beperkt. [58] Indien de Commissie de verbintenissen aanvaardt die de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 bij haar hebben aangeboden, stelt zij hierover overeenkomstig dat artikel een beschikking vast. [59] Wanneer bij de Commissie verbintenissen zijn aangeboden, is de globale beoordeling of de concentratie een machtspositie in het leven roept of versterkt, naar mijn mening onlosmakelijk verbonden met de analyse van deze verbintenissen. [60] Wanneer verbintenissen door de Commissie worden aanvaard, maken zij dus integraal deel uit van deze concentratie en bijgevolg ook van de globale eindbeoordeling van deze concentratie door de Commissie. Bovendien moeten het bestaan van een machtspositie en dus ook de voorgestelde verbintenissen altijd worden beoordeeld op basis van welbepaalde relevante markten. Anders hierover oordelen, zou er mijns inziens toe leiden dat de beoordeling van concentraties onvoldoende nauwkeurig wordt. Of een onderneming overeenkomstig artikel 102 VWEU of verordening nr. 4064/89 een machtspositie bezit, hangt dus weliswaar ontegenzeggelijk af van hoeveel concurrentiedruk op die onderneming wordt uitgeoefend, maar deze beoordeling moet altijd binnen het kader van precies afgebakende relevante markten worden verricht.

67. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat de Commissie een concentratie niet onverenigbaar kan verklaren op de loutere grondslag dat de aanvankelijke positie van de betrokken partijen op de relevante markten door deze concentratie werd gewijzigd. [61] Daarenboven blijkt uit een zorgvuldige lezing van de punten 285 en 286 van het bestreden arrest dat het Gerecht, anders dan rekwirante aanvoert, niet heeft geoordeeld dat de afstoting van bepaalde doelactiva, ten belope van 60 % van de totale omzet van VUP, en het behoud van de overige activa door Lagardère irrelevant was ter beoordeling van de vraag of een machtspositie tot stand was gebracht of versterkt ten gevolge waarvan de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zou worden belemmerd. Het Gerecht heeft enkel aangegeven dat de ontmanteling van Editis op zich niet volstond om tot het vereiste mededingingsverstorende effect te besluiten. Het Gerecht heeft daar in punt 288 van het bestreden arrest terecht aan toegevoegd dat de wereldwijde omzet van twee entiteiten geen relevante aanwijzing vormt, aangezien het bestaan van een machtspositie moet worden

57 — Rekwirante voerde voor het Gerecht aan dat de Commissie niet heeft onderzocht wat de gevolgen waren van de opsplitsing van VUP in twee ongelijke entiteiten, aangezien aan de verwerving van de doelactiva de voorwaarde was verbonden dat 60 % van deze activa diende te worden doorverkocht. Zie punt 276 van het bestreden arrest.

58 — Zie ook artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89.

59 — Zie artikel 18, lid 2, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 61, blz. 1).

60 — Zie punt 6 van de mededeling van de Commissie betreffende corrigerende maatregelen (aangehaald in voetnoot 52). „De Commissie moet kunnen aantonen dat een concentratie marktstructuren in het leven roept of versterkt die een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt merkelijk kunnen belemmeren. De partijen dienen te kunnen aantonen dat met de uitvoering van de voorgestelde corrigerende maatregelen wordt verhinderd dat een dergelijke door de Commissie onderkende machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt. Hiertoe moeten de partijen duidelijk ten genoegen van de Commissie en conform haar verplichtingen uit hoofde van de concentratieverordening kunnen bewijzen dat de corrigerende maatregel de voorwaarden voor een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt op duurzame wijze herstelt.”

61 — Zie punt 285 van het bestreden arrest.

beoordeeld op basis van nauwkeurig afgebakende markten. Anders dan rekwirante stelt, heeft het Gerecht dus niet principieel uitgesloten dat een machtspositie zou kunnen ontstaan doordat één van beide concurrenten vanwege zijn opsplitsing is verzwakt. Ik wil er nog aan toevoegen dat het Gerecht, zoals Lagardère in haar stukken heeft uiteengezet, in punt 290 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat niet was aangetoond dat Editis was ontmanteld, aangezien op grond van de verbintenissen bijna alle doelactiva dienden te worden afgestoten.

68. Wat rekwirantes kritiek op de vaststelling van het Gerecht in de punten 293 en 294 van het bestreden arrest betreft, blijkt mijns inziens uit het gebruik van de woorden „in ieder geval” [62] bij het begin van punt 293 van het bestreden arrest, in samenhang beschouwd met de reële draagwijdte van de punten 293 en 294 waarin het Gerecht heeft vastgesteld dat het de concrete gevolgen van de ontmanteling van Editis voor de mededinging niet kon beoordelen omdat hem daarvoor in het kader van de bij hem aanhangige zaak onvoldoende bewijs was overgelegd, dat deze punten louter voor de volledigheid zijn ingevoegd.

69. Het Gerecht heeft immers geoordeeld dat rekwirante niet kon opkomen tegen het verzuim van de Commissie om na te gaan of Editis na haar opsplitsing nog evenveel concurrentiedruk kon uitoefenen als vóór de concentratie, aangezien dat afhing van het vermogen van de koper van de activa die werden verkocht om de daadwerkelijke mededinging in stand te houden of te ontwikkelen, zoals door de verbintenissen voorgeschreven. Het Gerecht verklaarde dat het deze kwestie niet had onderzocht omdat het in casu niet de nodige informatie had ontvangen om te beoordelen welke middelen vereist zouden zijn om daadwerkelijk met Lagardère te concurreren. Ik wil hierbij opmerken dat rekwirante de vaststelling van het Gerecht dat hem onvoldoende bewijs was toegezonden, in de onderhavige procedure niet heeft betwist.

70. Volgens vaste rechtspraak dienen grieven tegen ten overvloede aangevoerde overwegingen van een arrest van het Gerecht zonder meer te worden afgewezen, omdat zij niet tot vernietiging van dat arrest kunnen leiden. [63]

71. Volledigheidshalve wil ik hieraan toevoegen dat het Gerecht, door in punt 294 van het bestreden arrest te oordelen dat de identiteit van de koper de doeltreffendheid van de verkoop van de af te stoten activa aanzienlijk zou beïnvloeden, niet heeft erkend dat de door Lagardère voorgestelde corrigerende maatregel niet van meet af aan elke twijfel over de doeltreffendheid van deze maatregel wegnam, zoals door punt 7 van de mededeling van de Commissie betreffende corrigerende maatregelen wordt vereist. [64] Hoewel punt 7 van deze mededeling de partijen bij een concentratie de verplichting oplegt om van meet af aan alle onzekerheden, in verband met welke factoren dan ook, die de Commissie ertoe kunnen doen besluiten de voorgestelde corrigerende maatregel af te wijzen, weg te nemen, moeten verbintenissen naar mijn mening niet noodzakelijk vóór de vaststelling van de goedkeuringsbeschikking worden uitgevoerd. Uit punt 5 van deze mededeling volgt immers duidelijk dat dergelijke verbintenissen weliswaar „kunnen worden voorgesteld en uitgevoerd voordat de goedkeuringsbeschikking wordt vastgesteld”, maar dat het „gebruikelijker [is] dat de partijen verbintenissen aanbieden met de bedoeling de concentratie binnen een bepaalde termijn na de goedkeuring ervan verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt”.

72. Luidens punt 19 van voornoemde mededeling, dat betrekking heeft op afstoting, stelt de Commissie pas een goedkeuringsbeschikking vast wanneer een levensvatbaar bedrijfsonderdeel binnen een bepaalde termijn aan een geschikte koper zal worden overgedragen. Bij afstoting is de geschiktheid en dus de identiteit van de koper steeds relevant. Volgens mij volstaat het in dergelijke gevallen van afstoting echter dat in de beschikking tot goedkeuring van de concentratie verbintenissen zijn

62 — „En tout état de cause” in het Frans.

63 — Zie arresten van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie (C-82/01 P, Jurispr. blz. I-9297, punt 41), en 2 april 2009, Bouygues en Bouygues Télécom/Commissie (C-431/07 P, Jurispr. blz. I-2665, punt 148 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 — Aangehaald in voetnoot 52.

opgenomen waarin onder meer passende criteria worden vastgelegd voor de selectie, binnen een redelijke tijd, van een geschikte koper voor de betrokken activa. De Commissie vereist echter wel een vooraf aangeduide koper[65] wanneer slechts een gedeelte[66] van een bedrijfsonderdeel wordt verkocht.[67] Aangezien het Gerecht in casu in punt 290 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat Lagardère erin had toegestemd om bijna alle doelactiva – en dus 80 % van de activa betreffende Franstalige edities – af te stoten, was het duidelijk dat deze activa op zich een levensvatbaar bedrijfsonderdeel vormden.[68] Ik ben dan ook van mening dat het onevenredig zou zijn om voor deze activa het vereiste van een vooraf aangeduide koper te stellen.

73. Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het vierde middel mijns inziens ongegrond worden verklaard.

74. Aangaande het argument dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de noodzaak een daadwerkelijke mededinging in stand te houden en te ontwikkelen, wil ik opnieuw vermelden dat het volgens artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 volstaat dat de aangemelde concentratie, zoals gewijzigd bij de door de betrokken ondernemingen aangeboden verbintenissen, geen machtspositie in het leven roept of versterkt. De Commissie en Lagardère hebben er in hun stukken terecht op gewezen dat de door de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 aan de Commissie aangeboden verbintenissen de vóór de concentratie bestaande mededingingssituatie dus niet hoeven te verbeteren. Elk ander oordeel ter zake zou volgens mij in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel.[69] Zoals de Commissie in haar stukken terecht heeft uiteengezet, mag zij de procedure van toezicht op concentraties en in het bijzonder de beoordeling van de door ondernemingen aangeboden verbintenissen bovendien niet aanwenden als middel of als gelegenheid om „markten te construeren of economische planning te verwezenlijken".

75. Ik wil er eveneens op wijzen dat de „noodzaak [...] een daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen" niet enkel wordt vermeld in punt 13 van de considerans van verordening nr. 4064/89, zoals rekwirante aangeeft, maar ook in artikel 2, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89. Met het gebruik van deze bewoordingen in artikel 2, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89 wordt volgens mij benadrukt dat de Commissie markten op een dynamische, toekomstgerichte manier dient te analyseren. Dit blijkt vooral doordat in diezelfde bepaling ook naar potentiële mededinging wordt verwezen. Deze bepalingen mogen echter niet uit hun verband worden gerukt of worden aangevoerd op een manier die duidelijk indruist tegen zowel de geest als de ondubbelzinnige tekst van andere bepalingen van verordening nr. 4064/89, zoals artikel 8, leden 2 en 3.

76. Rekwirante voert aan dat het Gerecht het vermogen van een financiële koper om een daadwerkelijke of potentiële concurrent te zijn, kennelijk onjuist heeft beoordeeld.[70] Rekwirante meent immers dat kandidaten zonder enige ervaring in de betrokken markt, rekening houdend met het arrest Petrolessence en SG2R[71], moeten worden afgewezen.

65 — Met andere woorden een koper die onder meer door de Commissie is aanvaard vóór de afronding van de aangemelde operatie.

66 — De verkoop van een dergelijk gedeelte kan vanuit mededingingsoogpunt soms enkel levensvatbaar zijn gelet op de identiteit van een welbepaalde geïdentificeerde koper, en niet van een in abstracto bepaalde koper.

67 — Zie punt 20 van de mededeling van de Commissie betreffende corrigerende maatregelen (aangehaald in voetnoot 52). „In sommige gevallen hangt de levensvatbaarheid van het afstotingspakket *als gevolg van de aard van de in het af te stoten bedrijfsonderdeel ondergebrachte activa* in belangrijke mate af van de identiteit van de koper. In dat geval zal de Commissie de concentratie enkel goedkeuren wanneer de partijen zich ertoe verbinden de aangemelde transactie pas te zullen afronden zodra zij met betrekking tot het af te stoten bedrijfsonderdeel een door de Commissie goedgekeurde, bindende overeenkomst met een koper (de zogenoemde ‚vooraf aangeduide koper') hebben gesloten" (cursivering van mij).

68 — Zie ook punt 291 van het bestreden arrest.

69 — In het arrest Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (aangehaald in voetnoot 7) heeft het Gerecht mijns inziens terecht het volgende vastgesteld: „[o]m door de Commissie met het oog op een beschikking op grond van artikel 8, lid 2, te kunnen worden aanvaard, moeten de toezeggingen van de partijen [...] niet alleen in verhouding staan tot het door de Commissie in haar beschikking vastgestelde mededingingsprobleem, maar dat probleem ook [...] wegwerken" (zie punt 307).

70 — Zie punt 49 van de mededeling van de Commissie betreffende corrigerende maatregelen (aangehaald in voetnoot 52).

71 — Zie punt 65 (aangehaald in voetnoot 54).

77. Ik ben van oordeel dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door vast te stellen dat een financiële koper een potentiële concurrent kan zijn indien hij werkelijk in staat is om de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te behouden of te handhaven, zelfs indien hij geen ervaring heeft op deze markt. Het Gerecht heeft er terecht aan toegevoegd dat een financiële koper zich op zijn ervaring in andere markten zou kunnen baseren [72] of in elk geval, indien hij dit zou willen, het bestaande – en dus ervaren – management van de afgestoten entiteit zou kunnen behouden. [73]

78. Volgens mij moeten elke concentratie en de levensvatbaarheid van de eventueel daarmee gepaard gaande verbintenissen per geval op hun merites worden beoordeeld. Dat een specifieke koper van bepaalde afgestoten activa in de zaak Petrolessence en SG2R niet is aanvaard, kan geenszins het resultaat van de onderhavige concentratie beïnvloeden. Ik onderstreep bovendien dat er tussen de feiten van de onderhavige zaak en die van de zaak Petrolessence en SG2R enorme verschillen bestaan, in het bijzonder het feit dat de koper in laatstgenoemde zaak een erg klein gedeelte van de af te stoten activa wilde verwerven.

79. Met betrekking tot rekwirantes beweringen inzake de vaststelling die het Gerecht in punt 347 van het bestreden arrest omtrent de kwestie van een vooraf aangeduide koper heeft gedaan, verwijs ik naar mijn redenering in punt 72 hierboven aangaande de toepassing van met name de punten 19 en 20 van de mededeling van de Commissie betreffende corrigerende maatregelen. [74] Bovendien meen ik dat rekwirantes stelling inzake de structurele verzwakking van Editis, waarvan het Gerecht in punt 290 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat deze niet was bewezen, erop neerkomt dat een feitelijke beoordeling van het Gerecht wordt betwist en dit betoog dus niet-ontvankelijk moet worden verklaard, aangezien geen middel stellende onjuiste opvatting van de feiten is aangevoerd.

80. Wat de portfolio- en conglomeraatseffecten betreft, ben ik verder de mening toegedaan dat rekwirante in wezen de feitelijke beoordeling van het Gerecht daaromtrent ter discussie stelt, zodat dit argument niet-ontvankelijk moet worden verklaard, aangezien geen onjuiste opvatting van de feiten is aangevoerd. Hoe dan ook meen ik dat het Gerecht geen fragmentarische, louter op marktoverlappingen gebaseerde benadering van deze kwestie heeft gehanteerd. [75] Het Gerecht heeft in punt 314 van het bestreden arrest vastgesteld dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout had gemaakt door te stellen dat de vastgestelde conglomeraatseffecten van de concentratie niet zouden optreden, aangezien er maar een beperkt aantal activa werd bijgehouden en bij de middelen van het conglomeraat van Lagardère werd gevoegd. Het Gerecht heeft in punt 315 van het bestreden arrest de vaststellingen van de Commissie in de punten 996 en volgende van de bestreden beschikking over de verticale en conglomeraatseffecten van de concentratie beoordeeld en het heeft de globale vaststelling van de Commissie – in punt 996 van de bestreden beschikking – dat de verkoop van 60 %-70 % van de omzet van VUP in de Franstalige markten onder meer het overgrote deel van de verticale en conglomeraatseffecten die uit het totale gewicht van de fusieonderneming in de Franstalige uitgeverijsector resulteerden, zou wegnemen, bevestigd. In punt 316 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat door het wegnemen van bijna alle horizontale overlappingen tussen de activiteiten van Lagardère en van Editis op de betrokken Franstalige markten meteen ook de schaalvoordelen en de cumulatie van handelsmerken door de uit de goedgekeurde concentratie ontstane entiteit uit de weg werden geruimd.

81. Bijgevolg dient het tweede onderdeel van het vierde middel naar mijn oordeel ongegrond te worden verklaard.

72 — Zie punt 344 van het bestreden arrest.

73 — Zie punt 345 van het bestreden arrest.

74 — Aangehaald in voetnoot 52.

75 — Zie onder meer punt 310 van het bestreden arrest inzake marktoverlappingen.

IV – Kosten

82. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien ik voorstel rekwirante in het ongelijk te stellen, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie en van Lagardère te worden verwezen in de kosten.

V – Conclusie

83. Op grond van bovenstaande overwegingen, geef ik het Hof in overweging:

1) de hogere voorziening af te wijzen;

2) Éditions Odile Jacob SAS te verwijzen in haar eigen kosten alsook in die van de Commissie en van Lagardère SCA.