ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

24 maart 1994 *

In zaak T-3/93,

Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France, vennootschap naar Frans recht, gevestigd te Parijs, vertegenwoordigd door E. Marissens, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij L. Dupong, advocaat aldaar, Rue des Bains 14 A,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. E. Gonzáles Díaz, lid van haar juridische dienst, en G. de Bergues, nationaal ambtenaar gedetacheerd bij de Commissie, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

ondersteund door

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door J. D. Colahan, van het Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde, en C. Vajda, Barrister bij de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter ambassade van het Verenigd Koninkrijk, Boulevard Roosevelt 14,

en

British Airways plc, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Hounslow (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door R. Fowler, QC, van de balie van Engeland en Wales, en W. Allan en J. E. Flynn, Solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Loesch en Wolter, advocaten aldaar, Rue Goethe 11,

interveniënten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 30 oktober 1992 — bekendgemaakt door de woordvoerder van het lid van de Commissie belast met het mededingingsbeleid — waarbij de Commissie zich onbevoegd heeft verklaard om uit hoofde van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (gerectificeerde versie gepubliceerd in PB 1990, L 257, blz. 13) kennis te nemen van de aankoop van Dan Air Services Limited door British Airways plc,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, C. P. Briët, D. P. M. Barrington, A. Saggio en J. Biancarelli, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 23 november 1993,

het navolgende

Arrest

De feiten en het rechtskader van het geding

1 Nadat de Britse luchtvaartmaatschappij Dan Air Service Limited (hierna: „Dan Air"), die tot de groep Davies en Newman Holdings plc (hierna: „Davies en Newman") behoort, in moeilijkheden was geraakt, stelde British Airways plc (hierna: „BA") zich kandidaat voor de overname van deze onderneming. De groep Davies en Newman omvat een kernmaatschappij, Dan Air, die ongeveer 90 % van de omzet van de groep behaalt. Dan Air bezit een deelneming van 50 % in Gatwick Handling, die op zijn beurt een deelneming van 50 % in Manchester Handling bezit. De groep omvat vier andere vennootschappen, te weten Shearwater Insurance Company Limited, Davies en Newman Travel Limited, Airways Leasing Company Limited en Dan Air Aviation Limited.

2 De aankoop van Dan Air is niet bij de Commissie aangemeld uit hoofde van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „de verordening"). Wel zijn er officieuze contacten met de diensten van de Commissie geweest. Op 16 oktober 1992 stelde BA de Merger Task Force (hierna: „MTF") in kennis van het plan tot concentratie. Op die datum lieten BA's raadslieden de diensten van de Commissie schriftelijk weten, dat de concentratie huns inziens niet onder de werkingssfeer van de verordening viel, omdat Davies en Newman, gelet op de voorwaarden van de beoogde concentratie, geen omzet van tenminste 250 miljoen ECU op de gemeenschappelijke markt had behaald. Zij verzochten deze diensten, hun zo snel mogelijk hun reactie op dit standpunt mee te delen. Bij die brief was een memorandum gevoegd waaruit blijkt, dat de door Davies en Newman behaalde omzet tijdens het laatste, op 31 december 1991 afgesloten, boekjaar meer dan wel minder dan 250 miljoen ECU bedroeg naargelang wel of niet rekening werd gehouden met de omzet uit de charteractiviteiten van Dan Air. In dit laatste geval beliep de omzet volgens dit document 232,9 miljoen ECU. Bij brief van 21 oktober 1992 bevestigden de diensten van de Commissie (MTF) aan BA, dat de beoogde concentratie, gelet op de verstrekte informatie, op het eerste gezicht geen communautaire dimensie had. In de brief werd verklaard, dat hij alleen de diensten van de Commissie bond en niet de Commissie zelf.

3 De relevante bepalingen van de verordening luiden als volgt:

Artikel 1:

„1. Deze verordening is van toepassing op alle concentraties die in de zin van lid 2 een communautaire dimensie hebben (...).

2. Een concentratie heeft voor de toepassing van deze verordening een communautaire dimensie wanneer

a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen te zamen is behaald, meer dan vijf miljard ecu

en

b) de totale omzet die, elk afzonderlijk, in de Gemeenschap door ten minste twee der betrokken ondernemingen is behaald, meer dan 250 miljoen ecu bedraagt,

tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde Lid-Staat behaalt."

Artikel 3:

„1. Een concentratie komt tot stand wanneer

(...)

b) of

— één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten (...) door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreeks of middellijk zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen.

(...)"

Artikel 4:

„1. Concentraties van communautaire dimensie in de zin van deze verordening moeten bij de Commissie worden aangemeld binnen een week na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming. De termijn vangt aan zodra een van deze gebeurtenissen heeft plaatsgevonden.

(...)"

Artikel 5:

„1. De totale omzet in de zin van artikel 1, lid 2, omvat de bedragen met betrekking tot de verkoop van goederen en het leveren van diensten door de betrokken ondernemingen tijdens het laatste boekjaar in het kader van de normale bedrijfsuitoefening, onder aftrek van kortingen, alsmede van belasting over de toegevoegde waarde en andere rechtstreeks met de omzet samenhangende belastingen (...).

2. Vindt de concentratie plaats via de verwerving van delen van één of meer ondernemingen, welke delen al dan niet eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, dan moet, in afwijking van lid 1, ten aanzien van de vervreemder of vervreemders alleen rekening worden gehouden met de omzet van de vervreemde delen die het voorwerp zijn van de transactie.

Twee of meer transacties, als bedoeld in de eerste alinea, die binnen een periode van twee jaar plaatsvinden tussen dezelfde personen of ondernemingen, moeten evenwel beschouwd worden als één concentratie die plaatsvindt op de datum van de laatste transactie.

(...)"

Artikel 6:

„1. De Commissie onderzoekt de aanmelding meteen na ontvangst.

a) Indien zij tot de conclusie komt dat de aangemelde concentratie niet binnen het toepassingsgebied van deze verordening valt, stelt zij dat bij beschikking vast.

(...)"

Artikel 22:

„3. Indien de Commissie, op verzoek van een Lid-Staat, constateert dat een concentratie als omschreven in artikel 3 doch zonder communautaire dimensie in de zin van artikel 1, een machtspositie doet ontstaan of versterkt die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op het grondgebied van de betrokken Lid-Staat op significante wijze zou worden belemmerd, kan zij, voor zover die concentratie de handel tussen Lid-Staten beïnvloedt, de in artikel 8, lid 2, tweede alinea, en leden 3 en 4, bedoelde beschikkingen geven.

(...)"

4 Op 23 oktober 1992 werden de voorwaarden van de transactie vastgesteld in een overeenkomst die werd gesloten tussen Davies en Newman enerzijds en BA anderzijds („Agreement relating to the sale and purchase of part of the undertaking of Davies Newman Holdings PLC"; hierna: „de overeenkomst van 23 oktober 1992").

5 De overeenkomst van 23 oktober 1992 omvat onder meer de volgende bedingen:

„2 AGREEMENT TO SELL THE SHARES AND ASSETS

Subject to the terms and conditions of this Agreement, with effect from 1 November, 1992 the Vendor shall sell as beneficial owner and the Purchaser, relying only on the terms and undertakings contained in this Agreement, shall purchase the Shares and the Assets free from all claims of the Vendor but subject to charges, liens, equities and encumbrances of third parties and together with all rights and advantages now and hereafter attaching thereto.

3 CONSIDERATION

The aggregate consideration for the purchase of the Shares and the Assets shall be:

3.1. £1 which shall be paid to the Vendor at Completion; and

3.2. the assumption by the Purchaser of the Liabilities.

4 CONDITIONS

4.1. *Conditions Precedent* Completion of this Agreement is conditional upon:

(omissis)

4.1.2. the Office of Fair Trading indicating in terms satisfactory to the Purchaser that it is not the intention of the Secretary of State for Trade and Industry to refer the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser, or any matters arising therefrom, to the Monopolies and Mergers Commission;

4.1.3. the European Commission indicating in terms satisfactory to the Purchaser that neither the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser nor any matters arising therefrom give rise to a concentration falling within the scope of Council Regulation (EEC) 4064/89;

(omissis)

4.1.5. the completion to the reasonable satisfaction of the Purchaser of the discontinuation or disposal of the charter operations of the Group as part of the rationalisation of the Group and preservation of its remaining business comprising:

a) the disposal or transfer of ownership and/or possession of all aircraft owned, leased or held on hire purchase by the Company which have been identified by the Purchaser in writing prior to exchange of this Agreement to the Vendor as surplus to the requirements of the proposed future scheduled operations of the Group;

b) the transfer, repudiation or termination of all contracts for charter flights by the Group;

c) the effective termination of employment of employees employed by the Company or by the Vendor or the Group in the business of the Company in accordance with the provisions of the document in the agreed terms;

d) the disposal to the Vendor of all books and records which contain information exclusively in respect of the charter operations of the Group;

(omissis)

4.2. *Waiver* The Purchaser may, in its sole discretion, waive any of the conditions referred to in clauses 4.1.2 to 4.1.19 by written notice to the vendor (...) on or before 5 pm on the last day for satisfaction of such conditions.

6 COMPLETION

6.1. *Date and place*: Subject as hereinafter provided, Completion shall take place at the offices of the Purchaser's Solicitors on a date specified by the Purchaser which will be on or after 1 November, 1992 but otherwise not more than 3 days after the conditions set out in Clause 4.1 are satisfied. Any notice by the Purchaser specifying such date may be revised by notice at the Purchaser's discretion, provided that the revised date is within such 3 day period."

[„2. OVEREENKOMST TOT VERKOOP VAN AANDELEN EN ACTIVA

Overeenkomstig de bepalingen en de voorwaarden van deze overeenkomst zal de verkoper, als eigenaar, verkopen en de koper, uitsluitend op basis van de termen en verbintenissen vervat in deze overeenkomst, met ingang van 1 november 1992, kopen de aandelen en activa, bevrijd van alle vorderingen van de verkoper, doch onverminderd de lasten en de retentie- en zekerheidsrechten, hypotheek en andere rechten ten gunste van derden en te zamen met alle daaraan verbonden huidige en toekomstige rechten en voordelen.

3. TEGENPRESTATIE

De volledige tegenprestatie voor de koop van de aandelen en de activa zal zijn:

3.1 1 Ukl, die op het moment dat de overeenkomst ten uitvoer wordt gebracht, aan de verkoper zal worden betaald; en

3.2 overname van de passiva door de koper.

4. VOORWAARDEN

4.1 *Prealabele voorwaarden:* deze overeenkomst behoeft slechts ten uitvoer te worden gebracht onder de navolgende voorwaarden:

(omissis)

4.1.2 het Office of Fair Trading geeft in voor de koper bevredigende bewoordingen te kennen, dat de Secretary of State for Trade and Industry de voorgenomen verwerving van de aandelen en de activa door de koper of enige daarmee verband houdende aangelegenheden niet aan de Monopolies and Mergers Commission zal voorleggen;

4.1.3 de Commissie van de Europese Gemeenschappen geeft in voor de koper bevredigende bewoordingen te kennen, dat de voorgenomen verwerving van de aandelen en de activa door de koper, noch enige daarmee verband houdende aangelegenheid een concentratie oplevert die onder de werkingssfeer van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad valt;

(omissis)

4.1.5 op een voor de koper redelijk bevredigende wijze worden de charteractiviteiten van de groep beëindigd of verkocht als onderdeel van de rationalisatie van de groep en de instandhouding van de resterende activiteiten, daaronder begrepen:

a) de verkoop of overdracht van de eigendom en/of het bezit van alle vliegtuigen die de maatschappij in eigendom heeft, heeft geleased, of krachtens huurkoop onder zich heeft en ten aanzien waarvan de koper vóór de sluiting van deze overeenkomst de verkoper schriftelijk heeft laten weten, dat zij niet nodig zijn voor de beoogde toekomstige lijnvluchtactiviteiten van de groep;

b) de overdracht, opzegging of beëindiging door de groep van alle overeenkomsten voor chartervluchten;

c) de daadwerkelijke opzegging van de dienstbetrekking van werknemers die bij de maatschappij, de verkoper dan wel de groep in dienst zijn voor de activiteiten van de groep in overeenstemming met de bepalingen van het document, volgens de overeengekomen voorwaarden;

d) de overdracht aan de verkoper van alle boekhoudkundige bescheiden die uitsluitend informatie bevatten over de charteractiviteiten van de groep;

(omissis)

4.2 Afstand van recht: de koper mag naar eigen goeddunken afzien van de in punt 4.1.2 tot en met 4.1.19 genoemde voorwaarden door middel van een schriftelijke kennisgeving aan de verkoper (...) op of vóór 17.00 uur op de laatste dag waarop aan die voorwaarden wordt voldaan.

(omissis)

6. UITVOERING

6.1 Datum en plaats: onder de hierna volgende voorwaarden zal de overeenkomst ten uitvoer worden gebracht ten kantore van kopers solicitors op een door de koper bepaalde datum, die op of na 1 november 1992 zal liggen, maar in geen geval meer dan drie dagen nadat is voldaan aan de in punt 4.1 genoemde voorwaarden. Elke kennisgeving van die datum door de koper mag door hem naar eigen goeddunken worden gewijzigd, mits de gewijzigde datum binnen die periode van drie dagen valt."]

6 Ter uitvoering van de in punt 4.1.5 van de overeenkomst van 23 oktober 1992 bedongen verplichting beëindigde Davies en Newman vóór de daadwerkelijke totstandkoming van de concentratie haar charteractiviteiten, en ontdeed zij zich van de onderdelen van haar onderneming die niet noodzakelijk waren voor de voortzetting van haar lijndienstactiviteiten. Alle slots die zij voor haar chartervluchten bezat, werden aan de respectieve coördinatoren teruggegeven, haar vloot werd ingekrompen van 38 tot 12 vliegtuigen, de chartercontracten werden ontbonden en haar vliegend personeel werd verminderd.

7 In een volgende brief van 28 oktober 1992 verstrekten de adviseurs van BA de diensten van de Commissie aanvullende inlichtingen. Bij brief van 30 oktober 1992 bevestigden deze diensten, dat de concentratie huns inziens geen communautaire

dimensie had. Opnieuw werd in deze brief verklaard, dat hij slechts de diensten van de Commissie bond en niet vooruitliep op latere beslissingen van de Commissie zelf.

8 Een verklaring van de woordvoerder van het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, die eveneens van 30 oktober 1992 dateert, is door het persagentschap Europe (hierna: „Agence Europe") op 31 oktober 1992 weergegeven als volgt:

„The proposed concentration between British Airways and Dan Air (disputed by interested third parties in Great Britain) is not considered of Community dimension as one of the quantitative thresholds fixed by the EC regulation on the prior control of mergers is not reached, stated a spokesman for the European Commission on Friday.

The regulation, according to which the Commission may authorise or impede a merger, stipulates in particular that 'the total turnover achieved individually in the Community by at least two of the companies concerned' should be greater than 250 Mecus per year. This amount is not achieved by the regional European airline Dan Air, either within the Community or at world level. The Commission cannot, therefore, intervene. In the name of subsidiarity, it is up to the British Mergers and Monopolies Commission to take a position on the project. Sir Leon Brittan's spokesman stated that the Commission, in its preliminary calculations, did not take into account Dan Air charter flight business because, as a prerequisite for merger with the British number one in air transport, Dan Air (affiliate to the holding company Davis & Newman) should give up this line of business. The merger regulation clearly stipulates on this that 'only the turnover concerning the parties which are the object of the transaction are taken into consideration'."

(„De beoogde concentratie tussen British Airways en Dan Air (die in Groot-Brittannië door belanghebbende derde partijen wordt betwist) wordt niet geacht

een communautaire dimensie te hebben, aangezien één van de kwantitatieve drempels die is vastgesteld in de EEG-verordening betreffende de voorafgaande controle op concentraties niet wordt bereikt, zo verklaarde een woordvoerder voor de Europese Commissie op vrijdag.

De verordening, op grond waarvan de Commissie een concentratie mag toestaan of verbieden, bepaalt in het bijzonder dat ‚de totale omzet die, elk afzonderlijk, in de Gemeenschap door tenminste twee der betrokken ondernemingen is behaald' meer dan 250 miljoen ECU moet bedragen. Deze omzet wordt door de regionale luchtvaartmaatschappij Dan Air binnen de Gemeenschap noch over de gehele wereld behaald. De Commissie kan dus niet optreden. Gelet op het subsidiairiteitsbeginsel dient de British Mergers and Monopolies Commission met betrekking tot deze concentratie een standpunt te bepalen. Sir Leon Brittan's woordvoerder verklaarde, dat de Commissie bij haar preliminaire berekeningen de charteractiviteiten van Dan Air buiten beschouwing had gelaten, omdat Dan Air (een dochtermaatschappij van de holding Davies en Newman), als voorwaarde voor een fusie met de Britse nummer één in de luchtvaart, deze activiteiten zou moeten beëindigen. De fusieverordening bepaalt op dit punt duidelijk dat ‚enkel rekening wordt gehouden met de omzet van partijen die het voorwerp zijn van de transactie'.")

9 De overeenkomst van 23 oktober 1992 is voorgelegd aan de ter zake van de controle op concentraties bevoegde Britse autoriteiten, te weten de Secretary of State for Trade and Industry (hierna: „Secretary of State") en het Office of Fair Trading (hierna: „OFT"). Op 2 november 1992 deelde de Secretary of State via een persbericht mee, dat de nationale autoriteiten hadden besloten de zaak niet aan de Mergers and Monopolies Commission voor te leggen.

10 De overdracht van de aandelen waarmee de concentratie daadwerkelijk tot stand kwam, vond op 8 november 1992 plaats.

11 Op 9 november 1992 zond de Compagnie nationale Air France (hierna: „Air France") de Commissie een brief over twee onderwerpen. In de eerste plaats bevatte deze brief de opmerkingen van Air France over de zaak die aan het onderhavige beroep ten grondslag ligt; in de tweede plaats haar opmerkingen met betrekking tot de aankoop door BA van TAT European Airlines (hierna: „TAT"). De Commissie was toen nog bezig met het onderzoek van deze aankoop, die door BA bij haar was aangemeld. In deze brief wees Air France op wijzigingen in de marktsituatie ten gevolge van de machtspositie die BA haars inziens door deze beide concentraties had verworven.

12 Meer in het bijzonder met betrekking tot de concentratie in de onderhavige zaak betwistte verzoekster in die brief de uitlegging die de Commissie aan de verordening had gegeven, en verklaarde zij, dat er haars inziens bij de evaluatie van de omzet die in aanmerking moet worden genomen ten einde te kunnen beoordelen of de concentratie een „communautaire dimensie" heeft, geen rekening behoorde te worden gehouden met het feit, dat de charteractiviteiten van de overgenomen onderneming zouden moeten worden beëindigd.

13 In zijn antwoord aan verzoekster van 17 november 1992 handhaafde het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, Sir Leon Brittan, het aanvankelijk door de Commissie ingenomen standpunt. Hij verklaarde in de eerste plaats, dat de charteractiviteiten zijns inziens vóór de verwerving van Dan Air door BA waren beëindigd, en in de tweede plaats dat krachtens artikel 5, lid 2, eerste alinea, van de verordening enkel rekening moest worden gehouden met de omzet van de activiteiten die worden verworven. Verzoekster reageerde op 23 november 1992 op dit antwoord en bevestigde haar aanvankelijke uitlegging van de verordening.

14 Op 27 november 1992 besloot de Commissie zich niet tegen de aankoop van TAT door BA te verzetten. Zij was van mening, dat er onder de omstandigheden als bedoeld in artikel 6, lid 1, sub b, van de verordening geen ernstige twijfel bestond over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt (PB 1992, C 326, blz. 16).

15 De bekendmaking van deze beschikking leidde op 2 december 1992 tot een nieuwe brief van verzoekster aan het lid van de Commissie, die hij op 21 december 1992 beantwoordde. Daarbij handhaafde hij de aanvankelijk in deze zaak gegeven uitlegging van de verordening en deelde hij verzoekster mee, dat de Belgische regering een verzoek in de zin van artikel 22, lid 3, van de verordening had ingediend. De Commissie heeft op 17 februari 1993 op dit verzoek beslist (PB 1993, C 68, blz. 5). Op die datum stelde de Commissie vast, dat de concentratie geen communautaire dimensie heeft en in geen enkel opzicht een machtspositie op het grondgebied van het Koninkrijk België doet ontstaan of versterkt.

Het procesverloop

16 In deze context heeft Air France bij een verzoekschrift, dat op 5 januari 1993 bij de griffie van het Gerecht is ingeschreven, verzocht om nietigverklaring van de beschikking van 30 oktober 1992, die op die datum is bekendgemaakt met de reeds genoemde verklaring van de woordvoerder van het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid (hierna: „de verklaring").

17 Bij afzonderlijke akte van dezelfde dag verzocht verzoekster om voeging van de onderhavige zaak met zaak T-2/93, die op dezelfde dag aanhangig is gemaakt en strekt tot nietigverklaring van de reeds genoemde beschikking van de Commissie van 27 november 1992. De Commissie deelde op 20 januari 1993 mee, dat zij niet voor voeging van beide zaken was, omdat zij teveel verschillen vertoonden. Aan partijen is meegedeeld, dat de president van het Gerecht in dit stadium van de procedure niet van plan was om de zaken te voegen.

18 Op 27 augustus 1993 vroeg verzoekster opnieuw om voeging van de onderhavige zaak met zaak T-2/93. De Commissie liet het Gerecht op 6 oktober 1993 weten, dat zij niet voor voeging van de zaken was.

19 Bij afzonderlijke akte, ingeschreven op 24 februari 1993, heeft de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, als bedoeld in artikel 114 van het Reglement voor de procesvoering. Op 2 april 1993 diende verzoekster haar opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid in. Bij beschikking van 28 mei 1993 heeft het Gerecht de exceptie van niet-ontvankelijkheid gevoegd met de zaak ten gronde. De schriftelijke procedure tussen partijen is op 6 oktober 1993 met de indiening van de dupliek van de Commissie beëindigd.

20 Op 21 mei 1993 heeft het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (hierna: „het Verenigd Koninkrijk") een verzoek tot tussenkomst in het geding gedaan, ter ondersteuning van de conclusies van verweerster, zoals voorzien in artikel 37 van 's Hofs Statuut-EEG, dat krachtens artikel 46, eerste alinea, van dit Statuut van toepassing is op de procedure voor het Gerecht. Op 26 mei 1993 verzocht BA enerzijds om te mogen tussenkomen in het geding ter ondersteuning van de conclusies van verweerster, en anderzijds om verlof tot het bezigen van de Engelse taal.

21 Bij beschikking van 1 juli 1993 heeft het Gerecht het Verenigd Koninkrijk en BA toegelaten tot interventie en het door BA ingediende verzoek tot afwijking van het taalregime afgewezen, voor zover dit verzoek de schriftelijke procedure betrof, en zijn beslissing aangehouden voor zover dit verzoek de mondelinge behandeling betrof.

22 Bij beschikking van 21 september 1993 heeft het Gerecht BA toegestaan tijdens de mondelinge behandeling de Engelse taal te bezigen.

23 Op respectievelijk 31 augustus en 1 september 1993 hebben BA en het Verenigd Koninkrijk hun memorie in interventie ingediend. Op 5 oktober 1993 heeft verzoekster haar opmerkingen over deze memories ingediend. Op 6 oktober 1993 heeft de Commissie het Gerecht laten weten, dat zij geen opmerkingen over de memorie in interventie van BA had. Met betrekking tot de memorie in interventie van het Verenigd Koninkrijk heeft zij wel opmerkingen ingediend.

24 Het Gerecht heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft partijen evenwel op 28 mei 1993 verzocht bepaalde documenten te overleggen en enkele schriftelijk vragen te beantwoorden. Op 13 juli 1993 heeft het alle partijen en interveniënten nog eens om overlegging van enige documenten gevraagd. Op dezelfde datum zijn bovendien enkele vragen aan de Commissie en het Verenigd Koninkrijk gesteld.

25 De Commissie heeft op 7 juli 1993 en op 6 oktober 1993 de gevraagde documenten overgelegd en de schriftelijke vragen van het Gerecht beantwoord. Bij die gelegenheid deelde zij het Gerecht mede, dat zij over geen enkel document beschikte waarin de verklaring van de woordvoerder, die het voorwerp van dit geding is, is vastgelegd. Op 27 augustus 1993 heeft verzoekster de vragen van het Gerecht beantwoord en opmerkingen over de vragen aan de andere partijen en over de antwoorden van verweerster ingediend. BA heeft de vraag van het Gerecht op 31 augustus 1993 beantwoord. Op 1 september 1993 heeft het Verenigd Koninkrijk de gestelde vraag beantwoord en de gevraagde documenten overgelegd.

26 Partijen en interveniënten zijn in hun pleidooien en in hun antwoorden op mondelinge vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 23 november 1993.

Conclusies van partijen

27 Air France concludeert, dat het het Gerecht behage nietig te verklaren: „de beschikking van 30 oktober 1992, die op die dag door de woordvoerder van de Commissie is bekendgemaakt en op 31 oktober 1992 door Agence Europe is gepubliceerd, en waarbij de Commissie zich onbevoegd heeft verklaard om uit hoofde van verordening nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen kennis te nemen van de concentratie tussen British Airways en Dan Air, alsmede verweerster in de kosten van verzoekster te verwijzen".

28 In haar exceptie van niet-ontvankelijkheid concludeert de Commissie, dat het het Gerecht behage, het beroep niet-ontvankelijk te verklaren en verzoekster in de kosten te verwijzen.

29 In haar opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid concludeert verzoekster, dat het het Gerecht behage, het onderhavige beroep ontvankelijk te verklaren.

30 In haar verweerschrift concludeert de Commissie, dat het het Gerecht behage het beroep te verwerpen en verzoekster in de kosten te verwijzen.

31 Het Verenigd Koninkrijk, interveniënt, is van mening dat „de Commissie het recht niet onjuist heeft toegepast, toen zij concludeerde dat de verwerving van Dan Air Services Limited door British Airways plc geen concentratie met een communautaire dimensie in de zin van artikel 1, lid 2, van verordening nr. 4064/89 van de Raad was".

32 BA, interveniënte, „ondersteunt de conclusie van de Commissie waarin zij het Gerecht verzoekt het beroep van Air France niet-ontvankelijk en ongegrond te verklaren en Air France in de kosten te verwijzen, daaronder begrepen de op de interventie van BA gevallen kosten".

De ontvankelijkheid

33 De door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid valt uiteen in vier onderdelen. In de eerste plaats stelt de Commissie, dat de verklaring niet het karakter van een beschikking heeft waartegen een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld; in de tweede plaats betoogt zij, dat het beroep, gelet op de vorm

van de handeling waartegen het is gericht, niet-ontvankelijk is; in de derde plaats voert de Commissie aan, dat verzoekster een onjuiste rechtsgang heeft gevolgd; in de vierde en laatste plaats stelt zij, dat verzoekster, zelfs indien de bestreden verklaring als een beschikking is aan te merken, hierdoor niet rechtstreeks en individueel wordt geraakt.

Het karakter van beschikking van de handeling

Korte uiteenzetting van de argumenten van partijen

34 Volgens de Commissie kan de verklaring niet worden gelijkgesteld met een beschikking die vatbaar is voor een beroep in rechte onder de in artikel 173 EEG-Verdrag bedoelde voorwaarden. Deze verklaring kan geen rechtsgevolgen in het leven roepen doordat zij een rechtspositie onomkeerbaar en bindend regelt, in het bijzonder niet omdat zij de nationale autoriteiten niet bindt wat de vaststelling van hun bevoegdheid betreft, (arrest Hof van 27 maart 1980, zaak 133/79, Sucrimex, Jurispr. 1980, blz. 1299; arrest Gerecht van 13 december 1990, zaak T-113/89, Nefarma, Jurispr. 1990, blz. II-797). In dit verband ontkent de Commissie, dat de reeds genoemde beschikking van 17 februari van 1993 kan worden uitgelegd als zouden de Belgische autoriteiten hebben erkend, dat de verklaring van 30 oktober 1992 het aanvangspunt vormde voor de hun gestelde termijn van een maand voor hun verzoek om toepassing van de bepalingen van artikel 22, lid 3, van de verordening.

35 Volgens de Commissie is zij op grond van artikel 6, lid 1, sub a, van de verordening enkel bevoegd om te beslissen dat een concentratie niet binnen het toepassingsgebied van deze verordening valt, voor zover zij bij haar is aangemeld. Zonder een dergelijke aanmelding, biedt geen enkele bepaling van de verordening haar de mogelijkheid met betrekking tot die concentratie een beschikking te geven (beschikkingen Hof van 17 mei 1989, zaak 151/88, Italië/Commissie, Jurispr. 1989, blz. 1255, en 13 juni 1991, zaak C-50/90, Sunzest, Jurispr. 1991, blz. I-2917; arrest

Hof van 10 juli 1980, gevoegde zaken 253/78 en 1/79-3/79, Giry et Guerlain, Jurispr. 1980, blz. 2327; arrest Gerecht in de zaak Nefarma, reeds aangehaald).

36 Verder is de Commissie nog van mening dat, wanneer de verklaring niet het karakter van een beschikking heeft, de antwoorden die nadien door het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, zijn gegeven en die zuiver uit welwillendheid zijn gegeven, evenmin een beschikking vormen (beschikking Gerecht van 30 november 1992, zaak T-36/92, SFEI e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2479, r. o. 48).

37 Het Verenigd Koninkrijk is daarentegen van mening, dat de verklaring van de woordvoerder van de Commissie een beschikking vormt die vatbaar is voor rechterlijke toetsing (arrest Hof van 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie/Raad „AETR", Jurispr. 1971, blz. 263, r. o. 33 e. v.). De Britse autoriteiten zouden zich niet bevoegd hebben verklaard om van de concentratie kennis te nemen zonder een beschikking van de Commissie waarbij werd vastgesteld dat deze concentratie geen communautaire dimensie had.

38 Volgens BA vormt de verklaring geen vatbare beschikking voor beroep. Het door de MTF in zijn twee reeds genoemde brieven van 21 en 30 oktober 1992 ingenomen standpunt heeft geen rechtsgevolgen in het leven geroepen. Ingeval de concentratie bij de Commissie had moeten worden aangemeld — quod non —, hadden deze brieven BA niet van die verplichting kunnen ontheffen. De Lid-Staten waren op grond van deze brieven niet gemachtigd hun nationale wetgeving toe te passen. Een dergelijke bevoegdheid volgt rechtstreeks uit de verordening en uit de omstandigheid dat de concentratie geen communautaire dimensie heeft. Ten slotte, deze brieven ontnamen de Commissie niet de mogelijkheid om in een later stadium haar eigen bevoegdheden te gebruiken.

39 Verzoekster is van mening, dat de bestreden handeling, die het karakter van een beschikking heeft, wel vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring. Om te bestaan behoeft een beschikking door de Commissie enkel te zijn vastgesteld. De

Commissie ontkent niet, dat zij tot de overtuiging was gekomen, dat zij niet bevoegd was om uit hoofde van de verordening een onderzoek in te stellen naar de verwerving van Dan Air door BA. In casu heeft de woordvoerder in het openbaar verklaard, dat de Commissie op grond van de verordening, en meer in het bijzonder de artikelen 1, lid 2, sub b, en 5, lid 2, had besloten dat zij onbevoegd was, waarmee zij dus in de eerste plaats te kennen gaf, dat de verwerving van Dan Air door BA een concentratie in de zin van artikel 3 van de verordening was, en in de tweede plaats, dat enkel de nationale autoriteiten bevoegd waren om deze concentratie te beoordelen.

40 Volgens verzoekster brengt de verklaring van de woordvoerder twee substantiële punten aan het licht. Om te beginnen, dat de Commissie op 30 oktober 1992 tot de overtuiging was gekomen, dat de concentratie geen communautaire dimensie had, zodat daarom elke verwijzing naar de „voorlopige" aard van de handeling onjuist is. BA heeft de concentratie niet aangemeld na de verklaring van de woordvoerder, waaruit viel op te maken dat een dergelijke formaliteit overbodig was. Op grond van de omstandigheden dat de Commissie niet heeft gereageerd toen het OFT de zaak onderzocht, alsmede dat zij in haar reeds genoemde brieven aan verzoekster het in de bestreden handeling tot uiting gekomen standpunt heeft gehandhaafd, kan worden vastgesteld dat dit oordeel definitief was. Het tweede punt is, dat de Commissie op 30 oktober 1992 ook tot de slotsom was gekomen, dat ten aanzien van de concentratie de Britse autoriteiten bevoegd waren, en dat niet kan worden gesteld, dat deze autoriteiten zich onbevoegd konden verklaren, omdat de concentratie een „communautaire dimensie" had. Dat op 17 februari 1993 de eerder genoemde beschikking werd gegeven bevestigt trouwens, dat het Koninkrijk België eveneens aannam, dat de verklaring van de woordvoerder het karakter van een beschikking had.

41 Volgens verzoekster staat de op 30 oktober 1992 bekendgemaakte handeling, door de definitieve aard ervan, materieel gezien gelijk aan een beschikking krachtens artikel 6, lid 1, sub a, van de verordening. Het verschil tussen de verklaring en een na een aanmelding gegeven beschikking is namelijk zuiver formeel. Onder verwijzing naar het adagium „Tu patere legem quem fecisti" betoogt zij, dat de bestreden handeling bindende kracht heeft, omdat de Commissie door de verklaring van haar woordvoerder van 30 oktober 1992 is gebonden. Het feit dat de verordening geen klachtprocedure kent, vergroot de kans dat, indien het soort beroep dat verzoek-

ster heeft ingesteld niet-ontvankelijk zou zijn, de Commissie over principiële vragen betreffende de uitlegging van de verordening beslist, zonder enige mogelijkheid hiertegen in rechte op te komen.

42 Het debat over de bevoegdheden van de Commissie om op eigen initiatief kennis te nemen van niet-aangemelde concentraties, is volgens verzoekster niet relevant. Het werkelijke probleem is niet, dat de Commissie geen kennis heeft genomen van een niet bij haar aangemelde concentratie, maar dat zij zich ten aanzien van deze concentratie onbevoegd heeft verklaard. Daarom is de werkelijke bevoegdheidsvraag in deze zaak, of de Commissie zonder aanmelding van de concentratie bevoegd was om vast te stellen, dat deze concentratie buiten het toepassingsgebied van de verordening viel.

Beoordeling van het Gerecht

43 Vooraf herinnert het Gerecht eraan, dat men volgens de rechtspraak van het Hof „om vast te stellen of de bestreden maatregelen handelingen zijn als bedoeld in artikel 173, dient (...) te zien naar wat zij in wezen inhouden. (...) Als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 173, zijn te beschouwen maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen" (arrest Hof van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639; zie in dezelfde zin arrest Gerecht van 10 juli 1990, zaak T-64/89, Automec, Jurispr. 1990, blz. II-367).

44 Om in het licht van deze rechtspraak te kunnen beoordelen of de verklaring is aan te merken als een handeling die vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring, moet dus worden onderzocht in hoeverre deze verklaring rechtsgevolgen in het leven roept. Ter zake is het Gerecht van mening, dat deze in verschillende opzichten rechtsgevolgen teweegbrengt.

45 Om te beginnen roept de bestreden handeling een reeks rechtsgevolgen in het leven voor de Lid-Staten. In dit verband moet erop worden gewezen, dat de verordening, gelet op haar algemene structuur in beginsel de toepassing van andere bepalingen uitsluit, in het bijzonder van nationale wettelijke regelen die eveneens de controle op concentraties van ondernemingen betreffen en die in beginsel op een bepaalde concentratie van toepassing zijn, wanneer de verordening daarop niet van toepassing is. Welke nationale regeling of regelingen eventueel op een bepaalde concentratie van toepassing kan of kunnen zijn, hangt af van de vestigingsplaats van de bij deze concentratie betrokken ondernemingen en van de plaats van de desbetreffende markten en activiteiten. In casu heeft de verklaring van het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, waarbij in het openbaar werd vastgesteld, dat de verordening niet op de onderhavige concentratie van toepassing was, tot gevolg gehad, dat met stelligheid de bevoegdheid van de Lid-Staten werd bevestigd waarvan het grondgebied in het bijzonder betroffen is, gelet op de vestigingsplaats van de marktdeelnemers die partij zijn bij de concentratie en op de betrokken luchtverbindingen, namelijk het Verenigd Koninkrijk en de Franse Republiek. Zij mochten de onderzochte concentratie in het licht van hun eigen nationale wetgeving betreffende de controle op concentraties beoordelen. Overigens heeft een van deze Lid-Staten de onderhavige concentratie daadwerkelijk in het licht van zijn eigen nationale wetgeving onderzocht. In dit verband beklemtoont het Gerecht, dat het Verenigd Koninkrijk, dat heeft geïntervenieerd ter ondersteuning van de conclusies van verweerster, zelf tot de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep heeft geconcludeerd, waarbij het opmerkte, dat de verklaring van de Secretary of State van 2 november 1992 mogelijk was geworden door de verklaring van 30 oktober 1992, waarbij in het openbaar werd vastgesteld, dat de verordening niet op de onderzochte concentratie van toepassing was.

46 Voorts heeft de bestreden handeling rechtsgevolgen in het leven geroepen voor elke Lid-Staat waarvan het grondgebied rechtstreeks of zijdelings bij de onderhavige concentratie betrokken is. Zodra de Commissie namelijk, zoals in casu, in het openbaar heeft vastgesteld, dat een bepaalde concentratie geen communautaire dimensie heeft, wordt een einde gemaakt aan iedere onzekerheid omtrent de vraag of aan de voorwaarden is voldaan op grond waarvan door één of meer Lid-Staten de bepalingen van artikel 22, lid 3, van de verordening kunnen worden toegepast. Ter zake stelt het Gerecht vast, dat ook in dit geval voor de eerste keer na de inwerkingtreding van de verordening daadwerkelijk door een Lid-Staat, in casu het Koninkrijk België, deze bepalingen zijn toegepast. Zoals verzoekster heeft opgemerkt, is het verzoek van het Koninkrijk België bovendien gedaan binnen de in deze bepaling gestelde termijn van één maand te rekenen vanaf de verklaring.

47 Voorts is het Gerecht van mening, dat de bestreden handeling eveneens rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen voor de ondernemingen die partij zijn bij de concentratie. Zoals reeds wordt bevestigd door de brieven die het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, aan verzoekster heeft gestuurd voordat het beroep werd ingesteld, heeft een dergelijke verklaring namelijk tot gevolg, dat de bij deze concentratie betrokken ondernemingen worden ontslagen van de verplichting om haar bij de Commissie aan te melden onder de in artikel 4, lid 1, van de verordening voorziene voorwaarden. In dit verband is in het bijzonder van belang, dat een openbare kennisgeving aan de bij een concentratie betrokken ondernemingen, dat zij deze niet behoeven aan te melden, in verband met de schorsende werking die krachtens artikel 7, lid 1, van de verordening in beginsel aan de aanmelding van een concentratie met communautaire dimensie is verbonden, wat het gemeenschapsrecht inzake concentraties betreft, neerkomt op een toestemming om deze concentratie onmiddellijk tot stand te brengen. Naar gemeenschapsrecht heeft de verklaring dan ook tot gevolg gehad, dat Dan Air onmiddellijk daarna door BA kon worden verworven.

48 Overigens betoogt verzoekster terecht, dat in de omstandigheden van het onderhavige geval de verwerende instelling aan de bewoordingen van de verklaring is gebonden. Gelet op het feit dat dit soort concentraties moeilijk is terug te draaien, is het succesvol tot stand brengen van een dergelijke concentratie namelijk niet te rijmen met een situatie waarin de betrokken marktdeelnemers in onzekerheid verkeren omtrent het recht.

49 In dit stadium van het betoog merkt het Gerecht op, dat de handeling duidelijk moet worden onderscheiden van de reeds genoemde brieven aan BA van 21 en 30 oktober 1992, niet alleen vanwege de zojuist onderzochte rechtsgevolgen van deze handeling voor de bij de concentratie betrokken ondernemingen, maar ook vanwege de vormverschillen van deze beoordelingen die achtereenvolgens met betrekking tot de onderhavige concentratie zijn gegeven. De brieven aan BA zijn namelijk slechts afkomstig van de diensten van de Commissie en vermelden bovendien uitdrukkelijk, dat zij de Commissie zelf niet binden; daarentegen moet de bestreden handeling worden geacht afkomstig te zijn van het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, zodat zij het gehele college van leden van de Commissie openlijk heeft gebonden, vooral nu tijdens de instructie in de onderhavige zaak is komen vast te staan, dat de Commissie zich bij de inhoud ervan wilde aansluiten.

50 Uit alle hiervoor onderzochte overwegingen feitelijk en rechtens volgt, dat de Commissie ten onrechte stelt, dat het oordeel en de juridische kwalificatie die op 30 oktober 1992 bekend zijn gemaakt, een voorlopig karakter hadden. Aldus zou wel het oordeel van de MTF in zijn reeds genoemde brieven van 21 en 30 oktober 1992 kunnen worden gekwalificeerd, maar zeker niet de bestreden handeling die afkomstig was van een lid van de Commissie dat namens haar sprak. Om de eerder uiteengezette redenen heeft de verklaring dus een ander rechtskarakter dan het standpunt van MTF in het antwoord aan BA van dezelfde datum als de bestreden handeling. Deze brief van MTF kan nog stellig worden aangemerkt als een soort „administratieve brief" in de zin van het reeds aangehaalde arrest Giry en Guerlain e. a., waarop de verwerende instelling zich beroept, en daartegen kan dus geen beroep tot nietigverklaring worden ingesteld, doch bij de betwiste verklaring ligt de zaak anders. Zoals verzoekster beklemtoont, kan de Commissie overigens niet beweren, dat zij een oordeel openbaar heeft willen maken dat nog niet definitief was. In werkelijkheid is tijdens de instructie van de zaak genoegzaam aangetoond, dat het oordeel van de Commissie vaststond, zowel met betrekking tot het feit dat het hier om een concentratie ging, als met betrekking tot het feit dat zij geen „communautaire dimensie" had. Met zijn verwijzing naar de preliminaire berekeningen doelde het lid van de Commissie niet op voorlopige berekeningen, maar op prealabele berekeningen die noodzakelijk zijn voor de beoordeling van de „communautaire dimensie" van iedere concentratie van ondernemingen.

51 Bijgevolg is het Gerecht van mening, dat de verklaring vanuit het gezichtspunt van de marktdeelnemers die partij zijn bij de beoogde concentratie, dezelfde gevolgen heeft als die welke voor hen voortvloeien uit een beschikking waarbij de Commissie, na een overeenkomstig de voorschriften bij haar verrichte aanmelding van de concentratie, zou hebben vastgesteld, dat zij geen „communautaire dimensie" heeft, als bedoeld in artikel 6, lid 1, sub a, van de verordening. Vanuit het gezichtspunt van de Lid-Staten en van derden, in het bijzonder van de rechtstreekse concurrenten van de marktdeelnemers die partij zijn bij de concentratie, zijn deze gevolgen ten minste identiek aan die welke voor hen uit een eveneens op grond van deze bepaling van de verordening gegeven formele beschikking van de Commissie voortvloeien. Het is onomstreden, dat tegen een dergelijke beschikking bij de gemeenschapsrechter beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.

52 Het argument van de Commissie, dat zij het ontbreken van een „communautaire dimensie" van een concentratie slechts kan vaststellen onder de in artikel 6, lid 1, sub a, van de verordening bedoelde omstandigheden, dat wil zeggen na een aanmelding van de concentratie, moet dus worden afgewezen. De rechtsgevolgen van de verklaring staan dus, in dit stadium van het betoog, voldoende vast, zowel voor de rechtstreeks bij de concentratie betrokken marktdeelnemers als voor de Lid-Staten of voor derden.

53 Ook de stelling van de Commissie dat, om de verklaring als een beschikking te kunnen beschouwen, moet worden aangenomen, dat de Commissie op eigen initiatief heeft kennis genomen van de concentratie, acht het Gerecht onjuist. Vanuit dit gezichtspunt betekent het feit dat wordt erkend dat de verklaring een beschikking inhoudt die vatbaar is voor beroep in rechte, enkel dat de Commissie, op basis van het standpunt van MTF in antwoord op het verzoek van BA, in het openbaar heeft verklaard, dat de verordening niet op de onderhavige concentratie van toepassing is. Wanneer de verordening, waarvan de toepassing niet enkel van de wil van partijen kan afhangen, de Commissie de bevoegdheid verleent om bepaalde concentraties te onderzoeken, is de Commissie, in tegenstelling tot hetgeen zij betoogt, noodzakelijkerwijze bevoegd om haar eigen bevoegdheid ten aanzien van een bepaalde concentratie te onderzoeken, ongeacht of deze concentratie is aangemeld, en kan zij, zoals in casu, vaststellen dat de verordening niet op een bepaalde concentratie van toepassing is.

54 Hieruit volgt, dat het eerste onderdeel van de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

De vorm van de handeling

55 Volgens de Commissie vormt de verklaring evenmin op grond van haar vorm een beschikking: zij is niet tot een met name genoemde persoon gericht en is niet aan te merken als de kennisgeving van een door de Commissie genomen beslissing, maar zij drukt slechts een advies uit over de uitlegging van de verordening.

Bovendien was voor deze mondeling afgelegde en voor het publiek bestemde verklaring geen kennisgeving in de zin van artikel 191 EEG-Verdrag mogelijk. Om begrijpelijke redenen bleek verzoekster dan ook materieel niet in staat om de beweerde beschikking van de Commissie aan haar verzoekschrift toe te voegen, zulks in strijd met artikel 19 van 's Hofs Statuut-EEG.

56 Interveniënten en verzoekster hebben op dit punt geen bijzondere opmerkingen ingediend.

57 Vooraf herinnert het Gerecht eraan, dat uit 's Hofs rechtspraak blijkt, dat „de keuze van de vorm de aard van het besluit niet kan wijzigen" (arrest Hof van 5 mei 1977, zaak 101/76, Honig, Jurispr. 1977, blz. 797) en dat „de vorm waarin de handelingen of besluiten zijn gegoten, in principe van geen belang is voor de vraag of nietigverklaring ervan in rechte kan worden gevorderd" (arrest IBM, reeds aangehaald; zie eveneens in dezelfde zin het AETR-arrest, reeds aangehaald). In het licht van deze rechtspraak moet de strekking van het tweede onderdeel van de door verweerster opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden onderzocht.

58 Dienaangaande stelt het Gerecht vast, dat de bestreden handeling een ongebruikelijke vorm heeft, in de eerste plaats omdat na de instructie en met name uit de antwoorden van de Commissie op de schriftelijke vragen van het Gerecht is gebleken, dat er geen enkel ander schriftelijk document bestaat dan de transcriptie die is gepubliceerd door enkele persagentschappen, zoals Agence Europe, en in de tweede plaats omdat de verklaring door de zeer ruime publiciteit die daaraan is gegeven, qua vorm eerder op een handeling van algemene strekking lijkt dan op een beschikking van individuele aard. Aangaande de niet-schriftelijke vorm van de handeling moet evenwel worden opgemerkt, dat volgens reeds genoemde vaste rechtspraak (zie r. o. 43 hiervoor) de mogelijkheid om beroep in te stellen in de eerste plaats wordt bepaald door de inhoud van de handeling en door de vraag of de handeling rechtsgevolgen in het leven roept die de verzoeker persoonlijk raken. Bovendien heeft de gemeenschapsrechter reeds beroepen tegen handelingen in een ongebruikelijk vorm, zoals een zuiver mondeling besluit, ontvankelijk verklaard (arrest Hof van 9 februari 1984, gevoegde zaken 316/82 en 40/83, Kohler,

Jurispr. 1984, blz. 641). In casu is de juistheid van de inhoud van de verklaring door de Commissie niet betwist, doch volledig door haar bevestigd, zowel in het kader van de reeds genoemde briefwisseling vóór de instelling van het onderhavige beroep, als tijdens de instructie van dit beroep. De aan de handeling gegeven publiciteit, die los staat van de handeling zelf, is niet van invloed op de wettigheid ervan en heeft slechts gevolgen voor de aanvang van de termijnen waarbinnen tegen de handeling beroep kan worden ingesteld.

59 Bijgevolg moeten zowel het argument dat verzoekster geen kopie van de verklaring bij haar verzoekschrift heeft kunnen voegen, als het argument dat deze verklaring, bij gebreke van een regelmatige kennisgeving aan de bij de concentratie betrokken ondernemingen tot dusver nog geen rechtsgevolgen heeft gehad, worden verworpen, waar de verklaring, zoals hiervoor ter beslechting van het onderhavige geschil reeds is gezegd, voor derden wel rechtsgevolgen in het leven heeft geroepen.

60 Hieruit volgt, dat het tweede onderdeel van de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

De „exceptie van parallelle beroepen"

Korte uiteenzetting van de argumenten van partijen

61 Volgens de Commissie belette de verklaring verzoekster allerminst om, indien zij zoiets terecht achtte, de Commissie in gebreke te stellen, omdat zij BA had moeten dwingen de concentratie aan te melden. Na een dergelijke ingebrekestelling had verzoekster een beroep wegens nalaten, als bedoeld in artikel 175 EEG-Verdrag kunnen instellen, wanneer de Commissie had gezwegen, dan wel in het tegenovergestelde geval, een beroep tot nietigverklaring. In casu heeft Air France evenwel nooit een verzoek ter zake ingediend.

62 De Commissie betoogt eveneens, dat verzoekster in het kader van het beroep tot nietigverklaring haar conclusies had moeten richten tegen één van de haar door het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, gegeven antwoorden, en niet tegen de verklaring van 30 oktober 1992, die niet tot haar is gericht. Bovendien had verzoekster binnen een redelijke termijn na 31 oktober 1992, de datum waarop zij van het bestaan van de verklaring op de hoogte kon zijn, de Commissie om mededeling ervan moeten verzoeken. Nu zij dit niet heeft gedaan, is het beroep niet-ontvankelijk.

63 Ten slotte betoogt de Commissie, dat het beroep bij de nationale rechter had moeten worden ingesteld, met de mogelijkheid dat eventueel de vraag of de concentratie een „communautaire dimensie" heeft, door middel van een prejudiciële vraag aan het Hof, als bedoeld in artikel 177 EEG-Verdrag, moet worden beantwoord. Alleen de beslissing van de nationale autoriteiten kan in voorkomend geval de situatie van verzoekster beïnvloeden.

64 Het Verenigd Koninkrijk heeft op dit punt geen opmerkingen ingediend.

65 Interveniënte BA beklemtoont, dat Air France bij de Britse autoriteiten geen opmerkingen heeft ingediend.

66 Verzoekster betoogt, dat de vaststelling van de Commissie dat zij onbevoegd is ten aanzien van niet bij haar aangemelde concentraties, niet tot gevolg kan hebben, dat de ondernemingen een rechtsgang tegen deze onbevoegdheidsverklaring wordt ontnomen. Zou de redenering van de Commissie worden gevolgd, dan zou zij met de ondernemingen die partij zijn bij een concentratie, zonder enige mogelijkheid van rechterlijke toetsing, kunnen overeenkomen, dat de concentratie niet bij haar wordt aangemeld. Dit zou kunnen uitmonden in twee afzonderlijke procedures, naargelang de concentratie al dan niet bij de Commissie is aangemeld.

Beoordeling van het Gerecht

67 Het Gerecht is van mening, dat het stellig juist is dat de door de Commissie voorgestane rechtsgangen inderdaad in het algemeen de enige zijn die voor derden openstaan in het kader van een geschil dat kan ontstaan na informele contacten tussen de ondernemingen en de Commissie, als bedoeld in de achtste overweging van verordening (EEG) nr. 2367/90 van de Commissie van 25 juli 1990 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 1990, L 219, blz. 5). Deze rechtsgangen zijn echter niet geschikt voor de omstandigheden van het onderhavige geval en sluiten evenmin andere rechtsgangen uit. Onder omstandigheden die, zoals de Commissie zelf erkent, moeilijk zijn te rijmen met de uit de algemene structuur van de verordening blijkende noodzaak tot snel handelen zou het geschil in casu namelijk, wanneer de door de Commissie voorgestane rechtsgang was gevolgd, met een onnodige vertraging zijn beslecht. Zonder het essentiële belang van de procedure van informele contacten, gelet op het beginsel van behoorlijk bestuur, ook maar enigszins in twijfel te trekken, is het Gerecht met het oog op een goede proceseconomie en een doeltreffende rechterlijke toetsing van mening, dat verzoekster, gelet op de antwoorden op haar verschillende brieven aan het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, ervan mocht uitgaan, dat een ingebrekestelling van de Commissie niet de verwachte gevolgen zou hebben en dat tegen een verklaring waarin door de bevoegde autoriteit een juridische kwalificatie van de feiten werd gegeven, rechtstreeks een beroep tot nietigverklaring kon worden ingesteld.

68 Weliswaar betoogt de Commissie, dat de conclusies van het verzoek tot nietigverklaring hadden moeten worden gericht tegen één van de antwoorden die het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, aan verzoekster had gegeven, en niet tegen de verklaring van 30 oktober 1992, doch de brief van Air France van 9 november 1992 aan dit lid van de Commissie moet worden opgevat als een verzoek aan de Commissie om haar eigen oordeel over de feiten in de verklaring van 30 oktober 1992 te wijzigen of te herroepen. Onder die omstandigheden was verzoekster gerechtigd om haar beroep rechtstreeks tegen het aanvankelijke oordeel van de Commissie van 30 oktober 1992 te richten en niet tegen het antwoord van die instelling van 17 november 1992, waarbij haar verzoek werd afgewezen, zoals uit de bewoordingen van deze brief blijkt (zie naar analogie arrest Gerecht

van 28 oktober 1993, zaak T-83/92, Zunis Holding e. a., Jurispr. 1993, blz. II-1169).

69 Met betrekking tot het argument dat verzoekster haar beroep eigenlijk tegen het besluit van de Secretary of State had moeten richten, omdat dit besluit impliceerde dat hij bevoegd was om ten aanzien van de onderhavige concentratie te beslissen, met de mogelijkheid dat eventueel de vraag of de concentratie een „communautaire dimensie" had, via artikel 177 EEG-Verdrag door de gemeenschapsrechter moet worden beantwoord, en zonder dat behoeft te worden onderzocht, of de wettigheid van een op dat moment definitieve beschikking van de Commissie bij de nationale rechter kan worden betwist, moet in elk geval worden opgemerkt, dat het bestaan van eventuele rechtsgangen voor de nationale rechter niet de mogelijkheid kan uitsluiten om de wettigheid van een beschikking van een gemeenschapsinstelling rechtstreeks bij de gemeenschapsrechter te betwisten op grond van artikel 173 van het Verdrag. Dit geldt in het onderhavige geval te meer omdat, zoals verzoekster terecht beklemtoont, de controle op een concentratie op basis van de wettelijke regeling of regelingen van één of meer Lid-Staten qua strekking en gevolgen niet op één lijn kan worden gesteld met de door de gemeenschapsinstellingen uitgeoefende controle, op grond dat deze verschillende controles hetzelfde doel hebben. In tegenstelling tot de controle op communautair niveau is de door een nationale autoriteit verrichte controle namelijk beperkt tot de beoordeling van de invloed van de concentratie op het grondgebied van de desbetreffende Lid-Staat en is een dergelijke controle bovendien op het gebied van de internationale luchtvaart bijzonder ingewikkeld.

70 Ten slotte is het Gerecht van mening, dat in de omstandigheden van het onderhavige geval niet zinvol kan worden gesteld, dat verzoekster binnen een redelijke termijn na 31 oktober 1992, de datum waarop zij van het bestaan van de verklaring kennis kon nemen, de instelling om mededeling ervan had moeten verzoeken, omdat de brieven aan het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, zoals gezegd (zie hiervoor r. o. 68) moeten worden opgevat als verzoeken aan de Commissie om de in de verklaring neergelegde beschikking in te trekken of te wijzigen. In antwoord op deze verzoeken, die binnen een redelijke termijn zijn ingediend, heeft het lid van de Commissie, zonder het bestaan van de verklaring, de inhoudelijke juistheid of de door verzoekster daaraan gegeven uitlegging te bestrijden, zich ertoe beperkt, zijn eigen aanvankelijke uitlegging van de

verordening te bevestigen en die verzoeken af te wijzen. Een verzoek om mededeling van de bestreden handeling was dus hoe dan ook overbodig.

71 Hieruit volgt, dat het derde onderdeel van de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Commissie moet worden verworpen.

De vraag of de bestreden beschikking verzoekster rechtstreeks en individueel raakt

Korte uiteenzetting van de argumenten van partijen

72 De Commissie is van mening, dat de verklaring van 30 oktober 1992 verzoeksters rechtspositie niet aanmerkelijk wijzigt. Ook wanneer het Gerecht tot de slotsom zou komen, dat de verklaring een handeling is die bindende rechtsgevolgen in het leven roept, is deze handeling niet bezwarend voor verzoekster, die niet heeft aangetoond, dat de conclusie van de Commissie dat de verordening niet op de onderhavige concentratie van toepassing is, als zodanig haar positie wijzigt. De verklaring prejudicieert namelijk niet de vraag, of deze concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Ook om die reden kan zij geen rechtsgevolgen in het leven roepen (IBM-arrest, reeds aangehaald, en arrest van 24 juni 1986, zaak 53/85, AKZO, Jurispr. 1986, blz. 1965).

73 Voorts is de Commissie van mening dat, ook indien de verklaring zou moeten worden gelijkgesteld met een beschikking op grond van artikel 6, lid 1, sub a, van de verordening, verzoekster door een dergelijke beschikking niet individueel wordt geraakt (arresten Hof van 15 juli 1963, zaak 25/62, Plaumann, Jurispr. 1963, blz. 205; 14 juli 1983, zaak 231/82, Spijker Kwasten, Jurispr. 1983, blz. 2559, en 28 januari 1986, zaak 169/84, Cofaz, Jurispr. 1986, blz. 391, r. o. 25). De omstandigheid dat een onderneming in een concurrentieverhouding verkeert met

de bij de concentratie betrokken onderneming, is niet voldoende om te kunnen stellen dat eerstgenoemde onderneming door die concentratie wordt geraakt.

74 Volgens de Commissie zou de stelling van verzoekster, dat de grenzen die het Hof in zijn rechtspraak aan de ontvankelijkheid van door particulieren ingestelde beroepen heeft gesteld, op het gebied van concentraties niet zouden moeten worden toegepast, ertoe leiden, dat het beroep van elke willekeurige luchtvaartmaatschappij wordt toegestaan, in weerwil van de bewoordingen van artikel 173 van het Verdrag dat de verzoeker rechtstreeks en individueel moet worden geraakt door de beschikking waarvan de wettigheid wordt betwist (arrest Hof van 10 juni 1982, zaak 246/81, Lord Bethell, Jurispr. 1982, blz. 2277, r. o. 16).

75 Het Verenigd Koninkrijk heeft op dit punt geen bijzondere opmerkingen ingediend.

76 BA is van mening, dat Air France niet heeft aangetoond dat haar belangen door de door haar bestreden maatregel zijn aangetast (arrest Hof van 10 december 1969, gevoegde zaken 10/68 en 18/68, Eridania e. a., Jurispr. 1969, blz. 459, r. o. 7). Volgens BA betreft verzoeksters grief in werkelijkheid een vermeende discriminatie waarvan zij zich het slachtoffer acht.

77 Verzoekster is van mening, dat zij door de beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt. Haars inziens wijzigt een beschikking waarbij de Commissie zich onbevoegd verklaart om te onderzoeken of de betrokken transactie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, haar rechtspositie. In de eerste plaats lijkt de Commissie te verlangen, dat verzoekster nu reeds bewijst dat de concentratie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. In de tweede plaats lijkt de Commissie van mening te zijn dat, wanneer zij zich onbevoegdheid verklaart, in elk geval de nationale autoriteiten bevoegd worden voor de betrokken concentratie, maar daarbij verliest zij uit het oog dat de nationale autoriteiten hun oordeel op basis van andere materiële en territoriale factoren geven dan de Commissie.

78 Volgens verzoekster worden door de verdwijning van concurrent Dan Air ten voordele van een andere maatschappij die haar overneemt, te weten BA, de marktposities zodanig gewijzigd, dat de directe concurrenten van de overnemende maatschappij door deze concentratie individueel worden geraakt. In casu wordt de positie van Air France rechtstreeks beïnvloed door de gevolgen van de overname van Dan Air door BA. Bovendien heeft Air France in haar brieven aan het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, waarnaar zij uitdrukkelijk verwijst, nauwkeurig uiteengezet op welke wijze zij rechtstreeks en individueel door de concentratie wordt geraakt. British Airways neemt niet alleen de plaats van Dan Air op de luchthaven Gatwick in, maar BA zal ook nog vier van de zeven lijndiensten op de route Parijs-Londen controleren of bezitten; op de route Nice-Londen zal het vervoeraandeel van British Airways 70 % bedragen, wat haar op deze specifieke markt een duidelijk belemmerende machtspositie verleent. Op de markt van de verschillende door de grote Europese luchtvaartmaatschappijen opgerichte netwerken is Air France de voornaamste concurrent van BA. De overname van Dan Air door BA werkt als een multiplicator, waardoor verzoekster individueel wordt geraakt.

Beoordeling van het Gerecht

79 Vooraf moet eraan worden herinnerd, „dat zij, die niet zijn de adressaten ener beschikking slechts zouden kunnen stellen dat zij individueel worden geraakt, indien deze beschikking hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzicht van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat" (arrest Plaumann, reeds aangehaald).

80 In het licht van deze beginselen uit de rechtspraak is het Gerecht in de eerste plaats van mening, dat uit het voorgaande (zie r. o. 47 hiervoor) volgt, dat de verklaring, waar zij rechtens en feitelijk de onmiddellijke totstandkoming van de beoogde concentratie mogelijk maakt, van dien aard is dat zij tot een onmiddellijke wijziging van de situatie op de betrokken markt of markten leidt, die dus slechts van de wil van partijen afhangt. In casu blijkt duidelijk uit de bepalingen van de overeenkomst van 23 oktober 1992, dat zij op 1 november 1992 in werking moest treden of uiterlijk op de datum waarop de hierin gestelde opschortende voorwaarden waren vervuld. Een van deze voorwaarden was overigens de door de Commissie in

voldoende duidelijke bewoordingen aan de ondernemingen gegeven verzekering dat de concentratie niet onder de werkingssfeer van de verordening viel. Onder die omstandigheden, en verder gelet op het feit dat de materiële overdracht van de aandelen waarmee de concentratie daadwerkelijk tot stand kwam, op 8 november 1992 plaatsvond, moet worden aangenomen dat de op de internationale luchtvaartmarkt of-markten opererende marktdeelnemers, die op de datum van die handeling als vaststaand mochten aannemen, dat de marktsituatie onmiddellijk en snel zou veranderen, rechtstreeks door die verklaring worden geraakt. Ingeval de Commissie de concentratie van „communautaire dimensie" zou hebben geacht, hadden deze marktdeelnemers daarentegen de zekerheid gehad, dat de situatie op de markt of de markten geen enkele wijziging zou ondergaan vóór het verstrijken van de in artikel 7, lid 1, van de verordening bedoelde termijn, in voorkomend geval, nadat zij in staat waren geweest hun rechten te doen gelden en te worden gehoord.

81 De vaststelling, door de Commissie, dat een concentratie van ondernemingen niet een „communautaire dimensie" heeft, heeft namelijk tot gevolg dat aan derden procedurele rechten worden ontnomen die zij ontlenen aan artikel 18, lid 4, van de verordening, en die zij wel hadden kunnen gebruiken ingeval de concentratie van „communautaire dimensie" bij de Commissie zou zijn aangemeld. Daarom moet de verklaring wegens haar onmiddellijke rechtsgevolgen zowel voor de bij de voorgenomen concentratie betrokken markt of markten als voor de procedurele rechten van derden worden geacht de positie van concurrenten op de luchtvaartmarkt of-markten rechtstreeks te raken (zie voor soortgelijke redeneringen arresten Hof van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, en 19 mei 1993, zaak C-198/91, Cook, Jurispr. 1993, blz. I-2487, r. o. 23).

82 Wat ten slotte de vraag betreft of verzoekster door de verklaring individueel wordt geraakt, merkt het Gerecht in de tweede plaats op dat na de instructie is gebleken, zoals de Commissie in de loop van de procedure overigens heeft erkend, dat de situatie van Air France ten aanzien van de betrokken concentratie duidelijk wordt gekarakteriseerd ten opzichte van die van andere internationale luchtvaartmaatschappijen. Door de concentratie neemt BA namelijk de plaats van Dan Air in op de door laatstgenoemde geëxploiteerde lijndiensten. Na de instructie is gebleken, dat het bij deze lijndiensten gaat om de verbindingen tussen Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk enerzijds en de verbindingen tussen België en het Verenigd Koninkrijk anderzijds. Met betrekking tot de verbindingen tussen Frankrijk en het

Verenigd Koninkrijk hebben de door Dan Air geëxploiteerde routes als vertrekpunt Londen en Manchester en als plaats van aankomst Montpellier, Nice, Parijs, Pau en Toulouse. De verbindingen tussen België en het Verenigd Koninkrijk betreffen de route Brussel-Londen. Op al deze routes versterkt BA haar positie aanzienlijk dankzij de aankoop van Dan Air, terwijl tegelijkertijd de concurrentiepositie van de groep Air France wordt aangetast onder omstandigheden die haar ten opzichte van elke andere luchtvaartmaatschappij individualiseren. Zo gezien kan Air France worden gelijkgesteld met een adressaat van de beschikking in de zin van de aangehaalde rechtspraak in de zaak Plaumann. Het Gerecht is dus van mening, dat Air France genoegzaam heeft aangetoond, dat de bestreden handeling haar marktpositie aanmerkelijk wijzigt en haar rechtstreeks en individueel raakt in de zin van de reeds genoemde arresten Eridania en Cofaz.

83 Bijgevolg moet het vierde onderdeel van de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden afgewezen.

84 Uit alle voorgaande overwegingen volgt, dat de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid moet worden afgewezen.

Ten gronde

85 In haar verzoekschrift voert verzoekster tot staving van haar conclusies tot nietigverklaring drie middelen aan:

1. — schending van artikel 1, leden 1 en 2, en van artikel 5, leden 1 en 2, van de verordening;

2. — schending van het algemene rechtszekerheidsbeginsel bij de toepassing van artikel 1, leden 1 en 2, en artikel 5, leden 1 en 2, van de verordening;

3. — niet-inachtneming van het algemene beginsel van behoorlijk bestuur, alsmede schending van de artikelen 155 en 190 EEG-Verdrag.

86 In haar repliek betoogt verzoekster eveneens, dat door de bestreden beschikking het algemene gelijkheidsbeginsel wordt geschonden.

Het eerste middel tot nietigverklaring: schending van artikel 1, leden 1 en 2, en artikel 5, leden 1 en 2, van de verordening

Korte uiteenzetting van de argumenten van partijen

87 Verzoekster betwist het oordeel van de Commissie, volgens hetwelk onderhavige concentratie niet een „communautaire dimensie" in de zin van artikel 1, lid 1, van de verordening heeft, aangezien bij de beoordeling van de omzet van de overgenomen onderneming geen rekening diende te worden gehouden met de omzet van haar charteractiviteiten, omdat deze activiteiten vóór de concentratie die aan het geschil ten grondslag ligt, zijn beëindigd.

88 Zij is in de eerste plaats van mening, dat artikel 5, lid 1, van de verordening de Commissie bij haar onderzoek van de toepasselijkheid van artikel 1, lid 2, verplicht, rekening te houden met de omzet van een onderneming die partij is bij een concentratie, tijdens het laatste boekjaar in het kader van de normale bedrijfsuitoefening. Het staat vast, dat Dan Air tijdens het laatste boekjaar charter-

activiteiten heeft uitgeoefend. Bij de beoordeling van de „communautaire dimensie" van de concentratie moest dus rekening worden gehouden met de omzet die uit deze activiteiten is behaald.

89 In de tweede plaats betoogt zij, dat de beëindiging van bepaalde activiteiten door een onderneming die partij is bij een concentratie, geen reden is om artikel 5, lid 2, van de verordening, dat slecht gedeeltelijke vervreemdingen betreft, ten gunste van die onderneming toe te passen. Terwijl de voortzetting van activiteiten die geen voorwerp van de vervreemding zijn, een wezenlijke voorwaarde voor de toepassing van artikel 5, lid 2, van de verordening is, maakt de activiteit die is beëindigd tijdens het laatste boekjaar, of tussen de afsluiting van dit boekjaar en de datum waarop de concentratie tot stand komt, integraal deel uit van de vervreemde activiteiten. Wanneer rekening wordt gehouden met wijzigingen die na de afsluiting van het desbetreffende boekjaar zijn ingetreden, zou dit begrip volstrekt zinledig worden. Daarom moeten enkel de wijzigingen in aanmerking worden genomen, die door verwerving of door vervreemding van activa de onderneming zelf betreffen. Deze regel geldt zeker in het geval, waarin zoals in casu de vervreemdende onderneming een deel van haar activiteiten beëindigt op grond van een contractuele verplichting die haar door de verkrijgende onderneming is opgelegd.

90 Volgens verzoekster is het criterium van de tijdens het referentiejaar behaalde omzet bedoeld om automatisch en zonder mogelijkheid van betwisting te kunnen bepalen of de economische beoordeling van de concentratie op communautair dan wel op nationaal niveau moet geschieden. De referentiedatum om vast te stellen of die concentratie een communautaire dimensie heeft, is evenwel niet dezelfde als die waarop de Commissie geacht wordt de concentratie materieel te beoordelen, zoals blijkt uit de beschikking van de Commissie in de zaak Accor/Wagon-Lits (beschikking 92/385/EEG van de Commissie van 28 april 1992, waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, zaak nr. IV/M.126, PB 1992, L 204, blz. 1). Het gaat hierbij om een boekhoudkundig begrip en dus moet de keuze van het referentieboekjaar voor de beoordeling van de dimensie van de concentratie absoluut worden gerespecteerd. Daar komt nog bij, dat de verkrijger de schulden betreffende deze charteractiviteiten heeft overgenomen.

91 De Commissie is van mening, dat de door verzoekster voorgestelde uitlegging van artikel 5 van de verordening zowel de letter en de geest van de verordening, alsook het doel van de in artikel 1, lid 2, van de verordening bedoelde omzetdrempels en de berekeningswijze ervan miskent. Deze drempels zijn bedoeld om het werkelijke belang van de concentratie voor de aanbodstructuur tot uitdrukking te brengen. Hieruit volgt, dat de berekening van de omzet enkel nut heeft, wanneer zij wordt gebaseerd op de structuur van de ondernemingen op het tijdstip van de concentratie. De Commissie moet dus wel rekening houden met het economisch belang van de werkelijk vervreemde activa. Indien de activiteiten van Dan Air die vóór de totstandkoming van de concentratie waren beëindigd, in aanmerking waren genomen, zou dit tot een onjuiste beoordeling van het belang ervan hebben geleid.

92 De verwijzing naar de omzet tijdens het laatste boekjaar is bedoeld om een duidelijke en onbetwistbare basis te verschaffen, maar dit mag niet ertoe leiden, dat nadien opgetreden structurele wijzigingen worden genegeerd. Niets in artikel 5, lid 2, eerste alinea, van de verordening bevestigt de restrictieve uitlegging die verzoekster aan deze bepaling geeft. De betrokken bepaling stelt absoluut geen belang in het lot van de delen van ondernemingen die geen voorwerp van een transactie zijn. Situaties waarin de betrokken activiteit vóór de vervreemding is beëindigd en situaties waarin deze activiteit door een andere onderneming dan de verkrijger is voortgezet, worden door deze bepaling dan ook evenmin uitgesloten. In dit geval zijn de charteractiviteiten van Dan Air inderdaad beëindigd, maar de omstandigheid dat BA de schulden van Dan Air heeft overgenomen, betekent nog niet dat BA de activa betreffende de charteractiviteiten van de verworven maatschappij heeft overgenomen. Wanneer evenwel zou blijken, dat BA de gemeenschapsregels heeft omzeild, zal de Commissie niet aarzelen de artikelen 8, lid 4, 14 en 15 van de verordening op BA toe te passen. Wordt de activiteit binnen twee jaar hervat, dan moet de Commissie ingevolge artikel 5, lid 2, tweede alinea, van de verordening de gehele concentratie op de datum van de hervatting onderzoeken. Ten slotte is de Commissie van mening, dat met de door verzoekster voorgestane oplossing, waarbij alleen rekening wordt gehouden met de boekhoudkundige gegevens, ongelijkheden tussen de verschillende Lid-Staten worden geïntroduceerd, omdat de regels voor de presentatie van boekhoudingen van de ene tot de andere Lid-Staat kunnen verschillen.

93 Volgens het Verenigd Koninkrijk is het in overeenstemming met de verordening om de omzet van de charteractiviteiten buiten beschouwing te laten, ongeacht of

wordt aangenomen dat de onderhavige transactie de verwerving van slechts een deel van een onderneming, als bedoeld in artikel 5, lid 2, van de verordening, inhield, of subsidiair, dat de betrokken onderneming in de zin van artikel 5, lid 1, van de verordening wordt gevormd door de verworven activiteiten. Het is duidelijk dat, indien Dan Air bij dezelfde concentratie haar charteractiviteiten zou hebben voortgezet, de onderhavige transactie onder artikel 5, lid 2, van de verordening zou zijn gevallen. Hetzelfde zou gelden, indien Dan Air haar charteractiviteiten aan een ander dan BA zou hebben overgedragen. Het Verenigd Koninkrijk ziet niet in waarom de oplossing anders is in geval van beëindiging van de niet-overgedragen activiteit. Bovendien bevatte de koopovereenkomst een alternatieve voorwaarde, die bestond in een verplichting tot vervreemding dan wel tot beëindiging van die activiteit.

94 Subsidiair, wanneer artikel 5, lid 2, niet van toepassing wordt geacht, is artikel 5, lid 1, van toepassing. Ofschoon de verordening namelijk geen definitie van het begrip onderneming bevat, moet worden aangenomen, dat de term doelt op een economische eenheid. Het deel van Dan Air dat zijn zelfstandigheid verloor en onder controle van BA kwam, is in casu het deel dat Dan Air's niet-charteractiviteiten omvatte. Dat gedeelte van de activiteiten kon onmiddellijk door zijn omzet worden geïdentificeerd en moet volgens interveniënt worden beschouwd als de betrokken onderneming in de zin van artikel 5 van de verordening.

95 BA is van mening, dat zij slechts een deel van de onderneming Davies en Newman heeft verworven en dat daarom enkel de omzet van dit deel van de onderneming op grond van artikel 5, lid 2, van de verordening aan de vervreemder moet worden toegerekend. In dit bijzondere geval werd Davies en Newman, die onder controle van BA kwam, gevormd door al het personeel en de goederen die noodzakelijk waren opdat Dan Air haar lijndiensten en uitsluitend deze diensten, kon voortzetten. Vanuit het gezichtspunt van Davies en Newman was dit de „betrokken onderneming" en moet enkel rekening worden gehouden met de omzet van deze onderneming.

96 Volgens BA is de omstandigheid dat de activiteit vrijwillig is beëindigd niet van belang, omdat de slots, het personeel en de vliegtuigen die Davies en Newman nodig zou hebben om de charteractiviteiten te kunnen hervatten, niet onder

controle van BA zijn gekomen. Wanneer, anders dan hiervoor is betoogd, de ondernemingsomvang van Davies en Newman toch op een vroegere datum zou moeten worden beoordeeld dan die waarop de transactie tot stand kwam, zou het namelijk bovendien duidelijk zijn, dat BA niet deze gehele onderneming heeft verworven en dat dus artikel 5, lid 2, van de verordening moet worden toegepast.

Beoordeling van het Gerecht

97 Vooraf herinnert het Gerecht aan de reeds geciteerde relevante bepalingen van de verordening. In de eerste plaats is op grond van artikel 1, lid 1, „deze verordening (...) van toepassing op alle concentraties die (...) een communautaire dimensie hebben (...)"; volgens artikel 4, lid 1, moeten „concentraties van communautaire dimensie in de zin van deze verordening (...) bij de Commissie worden aangemeld binnen een week na de sluiting van de overeenkomst, de openbaarmaking van het aanbod tot aankoop of ruil of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming. De termijn vangt aan zodra één van deze gebeurtenissen heeft plaatsgevonden".

98 Voorts herinnert het Gerecht eraan, dat volgens artikel 3 van de verordening „een concentratie (...) tot stand (komt) wanneer (...) b) één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten (...) door de verwerving van participaties in het kapitaal of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze rechtstreeks of middellijk zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen". Volgens artikel 1, lid 2, van de verordening heeft: „een concentratie (...) voor de toepassing van deze verordening een communautaire dimensie wanneer a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen te zamen is behaald, meer dan vijf miljard ecu en b) de totale omzet die, elk afzonderlijk, in de Gemeenschap door tenminste twee der betrokken ondernemingen is behaald, meer dan 250 miljoen ecu bedraagt, tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in één en dezelfde Lid-Staat behaalt".

99 In onderlinge samenhang gelezen, volgt uit al deze bepalingen, dat voor het antwoord op de vraag of de verwerving van Dan Air door BA een concentratie van „communautaire dimensie" in de zin van deze bepalingen was, moet worden onderzocht of de in de overeenkomst van 23 oktober 1992 overeengekomen verwerving bij de Commissie moest worden aangemeld. Op die datum was de wilsovereenstemming tussen de verkrijger en de vervreemder namelijk perfect, en deze overeenstemming vormde in casu dus, ingeval de concentratie een „communautaire dimensie" zou hebben gehad, het aanvangspunt van de in artikel 4, lid 1, van de verordening bedoelde aanmeldingstermijn.

100 In dit verband merkt het Gerecht allereerst op, dat de gedeeltelijke verwerving van een onderneming in het algemeen weliswaar slechts mogelijk is, voor zover de koopovereenkomst betrekking heeft op bestanddelen van de onroerende activa en niet op de verwerving van bestanddelen van de financiële activa, doch uit de bedingen van de overeenkomst van 23 oktober 1992 en met name uit artikel 2, getiteld „agreement to sell the shares and assets", blijkt dat deze overeenkomst zowel de overdracht van de aandelenportefeuille van Davies en Newman aan BA betrof, als de overdracht van bepaalde onroerende activa die de onderneming vormden. Uit de voorwaarde in artikel 4.1.5 van de overeenkomst — die door verzoekster ten onrechte als een ontbindende voorwaarde wordt aangemerkt, maar in werkelijkheid een opschortende voorwaarde is — blijkt bovendien duidelijk, dat partijen reeds op 23 oktober 1992 de tenuitvoerlegging van de koopovereenkomst afhankelijk wilden maken van de voorwaarde, dat de activa betreffende de uitoefening van de charteractiviteiten niet door de koper zouden worden verworven, hetzij doordat de verkoper deze activa aan een derde overdraagt, hetzij doordat hij zelf de activiteiten in die sector beëindigt. Door de datum van de inwerkingtreding van de overeenkomst afhankelijk te stellen van de vervulling van onder meer de voorwaarde in artikel 4.1.5, hebben partijen de sector charteractiviteiten dus duidelijk van het onderwerp van de koopovereenkomst willen uitsluiten. Aangezien BA zich bovendien tegenover de Commissie op 28 oktober 1992 ertoe heeft verbonden om geen gebruik te maken van de in artikel 4.2 van de overeenkomst opgenomen clausule, op grond waarvan zij kon afzien van de reeds behandelde opschortende voorwaarde („waiver"), moet artikel 4.1.5 dus worden uitgelegd als een bepaling waardoor het onderwerp van de overeenkomst wordt beperkt tot de verwerving van de activa van Davies en Newman die niet noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de activiteiten in de chartersector, dus slechts de activa die noodzakelijk zijn voor de activiteiten in de sector lijnvluchten en van de andere dochtermaatschappijen van de groep (zie r. o. 1 hiervoor).

101 Volgens artikel 5, lid 1, van de verordening omvat „de totale omzet in de zin van artikel 1, lid 2, (...) de bedragen met betrekking tot de verkoop van goederen en het leveren van diensten door de betrokken ondernemingen tijdens het laatste boekjaar in het kader van de normale bedrijfsuitoefening (...)".

Volgens lid 2 moet, „indien de concentratie plaatsvindt via de verwerving van delen van één of meer ondernemingen, welke delen al dan niet eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, (...), in afwijking van lid 1, ten aanzien van de vervreemder of vervreemders alleen rekening worden gehouden met de omzet van de vervreemde delen die het voorwerp zijn van de transactie (...)".

102 Uit de algemene structuur van deze bepaling volgt, dat de gemeenschapswetgever in het kader van de hem opgedragen taak met betrekking tot de controle op concentraties de bedoeling heeft gehad, dat de Commissie slechts zou optreden, indien de beoogde concentratie een bepaalde economische omvang bereikt, dat wil zeggen een „communautaire dimensie" heeft. Artikel 5, lid 2, van de verordening heeft dus tot doel om de werkelijke omvang van de concentratie te bepalen, zodat, met inachtneming van de daadwerkelijk verworven delen van ondernemingen, ongeacht of zij al dan niet rechtspersoonlijkheid bezitten, kan worden onderzocht of de beoogde transactie een „communautaire dimensie" in de zin van artikel 1 van de verordening heeft.

103 Gelet op dit doel van artikel 5, lid 2, van de verordening en hoewel dit artikel niet uitdrukkelijk naar het begrip beëindiging van de bedrijfsuitoefening verwijst, is het Gerecht van mening, dat de begrippen „gedeeltelijke vervreemding" en „gedeeltelijke beëindiging" van het bedrijf assimileerbaar zijn, omdat met behulp van beide begrippen het precieze voorwerp, de bestendigheid en de omvang van de beoogde concentratie nauwkeurig kan worden beoordeeld. Hieruit volgt, dat ter beoordeling van de dimensie van de beoogde concentratie enkel rekening moet worden gehouden met de omzet die betrekking heeft op de werkelijk verworven delen van de onderneming. De omzet tijdens het laatste boekjaar moet dus slechts als richtsnoer worden genomen binnen de grenzen van de werkelijk verworven delen van de onderneming.

104 Uit de op 23 oktober 1992 tussen BA en Davies en Newman gesloten overeenkomst, die reeds hiervoor is onderzocht, blijkt, dat in deze overeenkomst middels de opschortende voorwaarde van artikel 4.1.5 de voor de uitoefening van de

charteractiviteiten benodigde activa uitdrukkelijk van het onderwerp van de overeenkomst zijn uitgesloten. Door de omvang van de concentratie aldus te beperken tot bepaalde activa van de verworven eenheid, verleent deze overeenkomst die concentratie het karakter van een gedeeltelijke verwerving in de zin van artikel 5, lid 2, van de verordening, dat de onroerende activa van een deel van de onderneming betreft. Het staat namelijk vast, dat na de totstandkoming van de concentratie de verwervende onderneming economisch niet wordt gevormd door de som van de ondernemingen die partij zijn bij de concentratie, omdat BA in haar nieuwe samenstelling niet de activa omvat die Davies en Newman vóór de totstandkoming van deze concentratie nodig had voor de uitoefening van de charteractiviteiten van Dan Air. Deze vaststelling kan niet worden betwist, op grond dat de verkrijger de schulden van de vervreemder, daaronder begrepen die in de chartersector, heeft overgenomen.

105 Ingevolge artikel 5, lid 2, van de verordening moet voor de beoordeling van de „communautaire dimensie" van de concentratie dus enkel rekening worden gehouden met de omzet van de activiteiten in de sectoren die daadwerkelijk het voorwerp van de concentratie zijn. Het wordt niet betwist, dat de aldus vastgestelde omzet, dat wil zeggen de omzet betreffende het enige door BA verworven deel van Davies en Newman, zoals die is berekend op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar en door BA aan de Commissie is meegedeeld in het in bijlage bij de eerder genoemde brief van 16 oktober 1992 gevoegde berekeningsformulier, lager is dan de drempel die is voorzien in artikel 1, lid 2, van de verordening.

106 Weliswaar blijkt in casu, dat de concentratie pas daadwerkelijk tot stand is gekomen op het tijdstip waarop de laatste in de overeenkomst van 23 oktober 1992 bedongen opschortende voorwaarde was vervuld, dat wil zeggen op een datum tussen 2 en 8 november 1992, maar gelet op alle bedingen van de overeenkomst en op de door BA aangegane verbintenissen, kon de Commissie met goed recht reeds op 30 oktober 1992, de datum van de bestreden handeling, een oordeel vellen over de „communautaire dimensie" van de concentratie, ten einde te bepalen of de beoogde concentratie nog voordat de laatste opschortende voorwaarde was vervuld, al dan niet moest worden aangemeld.

107 Bovendien, zoals de Commissie beklemtoont, beschikt zij, ingeval mocht blijken dat een marktdeelnemer met een beroep op het begrip gedeeltelijk beëindiging van de activiteiten in werkelijkheid de bepalingen van de verordening voor een ander doel gebruikt, over de middelen die in de verordening, met name de artikelen 8, lid 4, 14 en 15, zijn voorzien om aan een dergelijke situatie een eind te maken. In elk geval doet deze situatie zich in casu niet voor, omdat vaststaat, dat de bedingen van de overeenkomst, met name de definitieve beëindiging door Dan Air van haar charteractiviteiten, alsook de door BA aangegane verbintenissen zorgvuldig zijn nagekomen.

108 Uit al het voorgaande volgt, dat verzoeksters eerste middel moet worden afgewezen.

Het tweede middel tot nietigverklaring: schending van het algemene rechtszekerheidsbeginsel bij de toepassing van artikel 1, leden 1 en 2, en artikel 5, leden 1 en 2, van de verordening

109 Dit middel valt uiteen in twee onderdelen: in de eerste plaats betoogt verzoekster, dat het begrip beëindiging van de activiteiten niet correspondeert met enig nauwkeurig juridisch of economisch begrip en dat de Commissie, door hierop een beroep te doen, het rechtszekerheidsbeginsel heeft geschonden; in de tweede plaats stelt zij, dat de Commissie integendeel haar bevoegdheid uit hoofde van de verordening en met name van artikel 8 had moeten gebruiken om de verkrijger in voorkomend geval tot definitieve beëindiging van de charteractiviteiten te dwingen.

110 De Commissie vraagt zich om te beginnen af, hoe verzoeksters eerste twee middelen tot nietigverklaring zich tot elkaar verhouden. Zou het Gerecht namelijk het eerste middel afwijzen, dan volgt daaruit, dat de Commissie artikel 5 van de verordening juist heeft uitgelegd. De juiste toepassing van een gemeenschapsbepaling kan echter geen schending van het algemene rechtszekerheidsbeginsel opleveren.

Bovendien is het begrip beëindiging van de activiteiten volstrekt niet dubbelzinnig. Dat de verordening niet uitdrukkelijk naar dit geval verwijst, is dus niet van belang, omdat dit begrip ontegenzeglijk daardoor wordt gedekt.

111 Interveniënten hebben op dit punt geen opmerkingen ingediend.

112 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel is het Gerecht, in aanvulling op hetgeen reeds in rechtsoverweging 103 is gezegd, van mening dat het begrip stopzetting of beëindiging van activiteiten een zuiver feitelijke aangelegenheid is en dat de bewering dat het rechtszekerheidsbeginsel is geschonden doordat rekening is gehouden met de beëindiging van de charteractiviteiten, daarom geen doel kan treffen.

113 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het middel moet er in elk geval aan worden herinnerd, dat de rechter in het kader van een beroep tot nietigverklaring zijn eigen oordeel niet in de plaats kan stellen van het oordeel van de Commissie en geen uitspraak kan doen over de vraag of zij via artikel 8, lid 2, van de verordening een dergelijke beëindiging van de activiteiten had moeten afdwingen, vooral nu deze bepaling van de verordening betrekking heeft op het onderzoek ten gronde van de verenigbaarheid van de beoogde concentratie met de gemeenschappelijke markt, dat de Commissie bij een vooraf aangemelde concentratie verricht (zie laatstelijk arrest Gerecht van 10 maart 1992, gevoegde zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89, SIV e. a., Jurispr. 1992, blz. II-1403, r. o. 319 en 320).

114 Het tweede middel tot nietigverklaring moet dus eveneens worden afgewezen.

Het derde middel tot nietigverklaring: de niet-inachtneming van het algemene beginsel van behoorlijk bestuur, alsmede schending van de artikelen 155 en 190 van het Verdrag

115 Dit middel valt eveneens uiteen in twee onderdelen. Verzoeksters grief tegen de onderhavige beschikking is, dat zij enerzijds zonder raadpleging van de Lid-Staten of van de belanghebbende derde ondernemingen en anderzijds in strijd met artikel 190 van het Verdrag is gegeven. In de eerste plaats zou de Commissie op grond van het algemene beginsel van behoorlijk bestuur advies hebben moeten inwinnen om met volledige kennis van zaken over een beginselkwestie te kunnen beslissen, ook al werd zij hiertoe door geen enkele bepaling uitdrukkelijk verplicht. In de tweede plaats vormt de motiveringsplicht, als bedoeld in artikel 190 van het Verdrag, een onderdeel van het algemene beginsel van de rechten van de verdediging (arrest Hof van 4 juli 1963, zaak 24/62, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1963, blz. 135). Door zich van elke ter zake dienende verwijzing te onthouden, is de Commissie deze verplichting niet nagekomen. De bestreden beschikking is dus gebrekkig gemotiveerd, aangezien de werkelijke motieven waarop zij berust, pas na 30 oktober 1992 zijn onthuld. De redenering waarop de verklaring berust, is dus onbegrijpelijk op basis van deze verklaring alleen.

116 Onder verwijzing naar 's Hofs rechtspraak is de Commissie in de eerste plaats van mening, dat zij geen enkele verplichting had om de Lid-Staten of de belanghebbende ondernemingen te raadplegen alvorens haar oordeel over de koop van Dan Air door BA te vellen. In de tweede plaats betoogt zij, dat in de grief betreffende de ontoereikende motivering de formele motivering van de beschikking en de gegrondheid van deze motivering door elkaar worden gehaald. Haars inziens heeft zij de redenen voor haar oordeel dat de onderneming die het voorwerp van de overname was, binnen de Gemeenschap niet een omzet van 250 miljoen ECU behaalde, toereikend uiteengezet. De vraag of deze motieven juist zijn en of zij de onbevoegdheid van de Commissie rechtvaardigen, is een vraag van interne wettigheidstoetsing van de handeling.

117 Het Verenigd Koninkrijk is van mening, dat de verordening de Commissie niet verplicht, de Lid-Staten te raadplegen alvorens over haar eigen bevoegdheid met betrekking tot een concentratie te beslissen. De rechten van de Lid-Staten worden vastgesteld in artikel 19 van de verordening en die van derden in artikel 18, lid 4. Wanneer de concentratie niet is aangemeld, is geen van beide artikelen van toepassing.

118 Interveniënte BA heeft op dit punt geen opmerkingen ingediend.

119 Met betrekking tot het eerst onderdeel van het middel herinnert het Gerecht eraan dat, gelijk het Hof in zijn arrest van 15 mei 1975 (zaak 71/74, Frubo, Jurispr. 1975, blz. 563) oordeelde, de Commissie aan een overdreven formalisme zou worden onderworpen en de procedures onnodig zouden worden vertraagd, wanneer zij wordt gedwongen tot formele raadpleging wanneer, zoals in casu, de ter zake toepasselijke bepalingen haar een dergelijke verplichting niet opleggen. Op grond van geen enkel algemeen rechtsbeginsel kan de gemeenschapsrechter de Commissie een verplichting tot raadpleging opleggen die, zoals in casu, in geen enkele bepaling is voorzien.

120 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het middel is het Gerecht van mening dat, zoals de Commissie terecht beklemtoont, daarin een grief betreffende een gebrek aan motivering van de beschikking en de vraag of deze motivering gegrond is, door elkaar worden gehaald. Zoals ook voldoende blijkt uit het onderhavige beroep zelf, waarmee verzoekster perfect in staat is geweest om de geldigheid van de uitlegging van de verordening in de verklaring te betwisten, is die verklaring duidelijk en toereikend gemotiveerd door de verwijzing naar het ontbreken van een „communautaire dimensie" van de concentratie en door de uiteenzetting van de juridische en economische redenering waarop deze conclusie berust.

121 Het derde middel van het verzoekschrift moet dus eveneens worden afgewezen.

Het vierde middel tot nietigverklaring: schending van het algemene gelijkheidsbeginsel

122 Verzoekster betoogt, dat de Commissie vóór de opstelling van de verklaring overleg met het Verenigd Koninkrijk heeft georganiseerd of ermee heeft ingestemd om deel te nemen aan een dergelijke consultatie, waarvan de overige Lid-Staten en in het bijzonder de Franse Republiek ten onrechte zijn uitgesloten. Het algemene gelijkheidsbeginsel dient ook te gelden voor de Lid-Staten in hun betrekkingen met de Commissie. Verzoekster heeft dus belang bij het aanvoeren van een middel dat betrekking heeft op het feit dat haar eigen regering niet is geraadpleegd.

123 De Commissie verklaart, dat er tussen het Verenigd Koninkrijk, BA en haarzelf geen enkele tripartite onderhandeling heeft plaatsgevonden. Het feit dat een kopie van haar aan BA gerichte brief van 30 oktober 1992 aan het OFT is gezonden, bewijst enkel dat er een goede samenwerking met de op het gebied van de mededinging bevoegde nationale autoriteiten bestaat. Hoewel het Hof het beginsel van gelijke behandeling van de Lid-Staten met betrekking tot het gemeenschapsrecht uitdrukkelijk heeft bevestigd (arrest Hof van 29 maart 1979, zaak 231/78, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1979, blz. 1447, r. o. 17), betwijfelt de Commissie, of particulieren een beroep kunnen doen op dit beginsel, dat enkel de betrekkingen tussen de Lid-Staten en de Gemeenschappen betreft.

124 Interveniënten hebben op dit punt geen opmerkingen ingediend.

125 Het Gerecht is van mening, dat dit middel niet op feiten steunt, omdat, anders dan verzoekster beweert, nergens uit de stukken blijkt dat de Commissie de Britse regering vóór de opstelling van de verklaring heeft geraadpleegd. Dit middel moet dus worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of het in het licht van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering ontvankelijk is, en of natuurlijke of rechtspersonen een beroep kunnen doen op schending van het beginsel van gelijke behandeling van Lid-Staten.

126 Uit al het voorgaande volgt, dat het beroep moet worden verworpen.

Kosten

127 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld en de Commissie zulks heeft gevorderd, moet zij in de kosten worden verwezen, daaronder begrepen die van interveniënte British Airways.

128 Ingevolge artikel 87, lid 4, van dit Reglement dragen de Lid-Staten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Onder die omstandigheden zal het Verenigd Koninkrijk zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst verzoekster in alle kosten, daaronder begrepen die van interveniënte British Airways.

3) Verstaat dat het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland zijn eigen kosten zal dragen.

Cruz Vilaça Briët Barrington

Saggio Biancarelli

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 maart 1994.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça