RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

6. juli 2010 *

I sag T-411/07,

Aer Lingus Group plc, Dublin (Irland), først ved solicitor A. Burnside og avocats B. van de Walle de Ghelcke og T. Snels, derefter ved A. Burnside og B. van de Walle de Ghelcke,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved X. Lewis, É. Gippini Fournier og S. Noë, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af:

Ryanair Holdings plc, Dublin (Irland), ved solicitors J. Swift, QC, V. Power, A. McCarthy og D. Hull, og avocat G. Berrisch,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2007) 4600 af 11. oktober 2007 om afslag på sagsøgerens ansøgning om, at der iværksættes en procedure i henhold til artikel 8, stk. 4, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2004 L 24, s. 1), og at der træffes foreløbige foranstaltninger i henhold til denne forordnings artikel 8, stk. 5,

har

RETTEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Azizi, og dommerne E. Cremona og S. Frimodt Nielsen (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig C. Kantza,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. juli 2009,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

1 I artikel 3 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24, s. 1, herefter »fusionsforordningen«) med overskriften »Definition af en fusion« er fastslået:

»1. Der anses at foreligge en fusion, når en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag beror på,

a) at to eller flere hidtil uafhængige virksomheder eller dele af hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller

b) at en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, eller en eller flere virksomheder ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.

2. Kontrol over en virksomhed opnås gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold, giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift […]«

2 I fusionsforordningens artikel 8 med overskriften »Kommissionens beslutningsbeføjelser« er fastslået i stk. 4:

»Er en fusion, som konstateret af Kommissionen,

a) allerede gennemført og erklæret for uforenelig med fællesmarkedet

[…]

kan Kommissionen:

— kræve af de deltagende virksomheder, at de skal ophæve fusionen, i særdeleshed ved at opløse fusionen eller afhænde alle de erhvervede andele eller aktiver, således at den situation, der bestod forud for fusionens gennemførelse, genoprettes. Under omstændigheder, hvor det ikke er muligt at genoprette den situation, der bestod før fusionens gennemførelse, ved en opløsning af

fusionen, kan Kommissionen træffe enhver anden foranstaltning for at genoprette situationen så vidt muligt

— påbyde enhver anden hensigtsmæssig foranstaltning for at sikre, at de deltagende virksomheder opløser fusionen eller iværksætter andre genoprettelsesforanstaltninger som krævet i dens beslutning.

I de tilfælde, der falder ind under litra a), kan sådanne foranstaltninger påbydes enten ved en beslutning i henhold til stk. 3 eller ved en særskilt beslutning.«

3 I fusionsforordningens artikel 8, stk. 5, er fastslået:

»Kommissionen kan træffe foreløbige foranstaltninger til at genoprette eller bevare en effektiv konkurrence, hvis en fusion

[…]

c) allerede er gennemført og er erklæret for uforenelig med fællesmarkedet.«

4 I fusionsforordningens artikel 21 med overskriften »Anvendelse af forordningen og jurisdiktion« er stk. 3 således formuleret:

»Medlemsstaterne anvender ikke deres nationale konkurrencelovgivning på fusioner af fællesskabsdimension.«

Sagens faktiske omstændigheder

Parterne i sagen

5 Sagsøgeren, Aer Lingus Group plc, er et irsk aktieselskab. Efter at virksomheden blev privatiseret af den irske regering i 2006, bevarede staten en aktieandel i virksomheden på 25,35%, og Aer Lingus Groups aktier blev børsnoteret den 2. oktober 2006. Aer Lingus Group er et holdingselskab for Aer Lingus Ltd (herefter samlet benævnt »Aer Lingus«), der er et luftfartsselskab i Irland, der præsterer flytransportydelser på faste ruter til og fra lufthavnene i Dublin, Cork og Shannon.

6 Ryanair Holdings plc (herefter »Ryanair«) er et børsnoteret selskab, der præsterer flytransportydelser i 40 lande, herunder mellem Irland og andre europæiske lande.

Ryanairs tilbud om køb af Aer Lingus og erhvervelse af aktier

7 Den 5. oktober 2006, dvs. tre dage efter den første børsnotering af Aer Lingus' aktier, tilkendegav Ryanair at ville fremsætte et offentligt tilbud om køb af hele aktiekapitalen i Aer Lingus. Dette offentlige købstilbud blev fremsat den 23. oktober 2006 med en acceptfrist, som oprindeligt var fastsat til den 13. november 2006, men som efterfølgende blev forlænget af Ryanair, i første omgang til den 4. december 2006 og derefter til den 22. december 2006.

8 Før Ryanair tilkendegav at ville fremsætte et offentligt købstilbud, havde selskabet på markedet erhvervet 16,03% af aktiekapitalen i Aer Lingus. Den 5. oktober 2006 forhøjede Ryanair denne del til 19,21% af aktiekapitalen. Kort derefter erhvervede Ryanair yderligere aktier, således at selskabet havde 25,17% af aktiekapitalen i Aer Lingus den 28. november 2006. Denne kapitalandel forblev uændret indtil august 2007, hvor Ryanair — uanset vedtagelsen den 27. juni 2007 af den beslutning fra Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som er nævnt i præmis 15 nedenfor — erhvervede yderligere 4,3% af aktiekapitalen i Aer Lingus, hvorved selskabets andel kom op på 29,3%.

Undersøgelse af og forbud mod den anmeldte fusion

9 Den 30. oktober 2006 blev fusionsplanerne, ved hvilke Ryanair skulle erhverve kontrollen over Aer Lingus ved det offentlige købstilbud, i henhold til fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), anmeldt til Kommissionen i overensstemmelse med denne forordnings artikel 4 (herefter »den anmeldte fusion« eller »fusionen«).

10 Ved e-mail af 19. december 2006 oplyste Ryanair Kommissionen om, at selskabets erhvervelse af aktier indgik i dets planer om at erhverve kontrollen over Aer Lingus.

11 Ved beslutning af 20. december 2006 fandt Kommissionen, at den anmeldte fusion rejste alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet, og besluttede at indlede undersøgelsesproceduren i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c). Fusionen er beskrevet i punkt 7 i denne beslutning på følgende måde:

»Da Ryanair har erhvervet de første 19% af aktiekapitalen i Aer Lingus mindre en ti dage før sit offentlige købstilbud og de supplerende 6% kort tid efter, må hele operationen, som indebærer erhvervelse af aktier før og efter perioden, hvor det offentlige købstilbud var gældende, såvel som det offentlige købstilbud selv, anses for at være én samlet fusion i henhold til fusionsforordningens artikel 3.«

12 Indledningen af den grundige undersøgelse medførte, at Ryanairs offentlige købstilbud bortfaldt, indtil en endelig beslutning blev truffet i fusionssagen. Efter irsk lovgivning bortfalder offentlige købstilbud, der er undergivet Kommissionens kontrol, når denne indleder en procedure i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c). I en pressemeddelelse dateret den 20. december 2006 udtalte generaldirektøren for Ryanair imidlertid:

»Ryanair bekræfter sine planer om at erhverve Aer Lingus og vil fortsætte med denne proces mod — efter vores opfattelse — en succesfuld afslutning i undersøgelsens anden fase.«

13 Den 3. april 2007 fremsendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Ryanair i overensstemmelse med fusionsforordningens artikel 18. I punkt 7 i denne meddelelse beskrives den anmeldte fusion identisk med den beskrivelse, der er givet i beslutningen om at indlede den grundige undersøgelsesprocedure.

14 I sit svar af 17. april 2007 på Kommissionens klagepunktsmeddelelse udtalte Ryanair, at selskabet forpligtede sig til over for Kommissionen ikke at udøve de stemmerettigheder, der var knyttet til dets aktier i Aer Lingus, før den grundige undersøgelsesprocedure var afsluttet, og bemærkede, at disse aktier under ingen omstændigheder gjorde det muligt for Ryanair at føre kontrol med Aer Lingus.

15 Den 27. juni 2007 udtalte Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 3, at den anmeldte fusion var uforenelig med fællesmarkedet (beslutning K(2007) 3104, sag COMP/M.4439 — Ryanair/Aer Lingus, herefter »Ryanair-beslutningen«). Denne beslutning er genstand for sag T-342/07, Ryanair mod Kommissionen, hvor Aer Lingus har interveneret til støtte for Kommissionen.

16 Betragtning 12 til Ryanair-beslutningen er affattet således:

»Da Ryanair har erhvervet de første 19% af Aer Lingus' aktiekapital i en periode på mindre end ti dage, før Ryanair fremsatte det offentlige købstilbud, og de supplerende 6% kort tid efter, og under hensyn til Ryanairs forklaringer vedrørende det økonomiske mål, det forfulgte på det tidspunkt, da transaktionerne fandt sted, må hele operationen, som indebærer erhvervelse af aktier før og efter perioden, hvor det offentlige købstilbud var gældende, såvel som det offentlige købstilbud selv, anses for at være én samlet fusion i henhold til fusionsforordningens artikel 3.«

Korrespondance mellem Aer Lingus og Kommissionen i løbet af undersøgelsesproceduren for fusionen

17 Under undersøgelsesproceduren for fusionen har Aer Lingus indgivet talrige bemærkninger til Kommissionen vedrørende Ryanairs aktiebesiddelse i selskabet.

18 Under den indledende undersøgelsesprocedure anmodede Aer Lingus Kommissionen om at behandle Ryanairs aktiebesiddelse og selskabets offentlige købstilbud som én samlet fusion. Som følge af beslutningen om at indlede den grundige undersøgelsesprocedure, hvori Kommissionen har anset disse to elementer for én samlet fusion, anmodede Aer Lingus Kommissionen ved skrivelse af 25. januar 2007 og derefter ved skrivelse af 7. juni 2007 om at pålægge Ryanair at afhænde sin aktieandel i selskabet og om at træffe de fornødne foreløbige foranstaltninger i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4 og 5. Subsidiært, hvis Kommissionen ikke anså sig for kompetent til at handle i medfør af disse bestemmelser, anmodede Aer Lingus den om at erklære, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke i henhold til fusionsforordningens artikel 21, stk. 3, er forhindret i at udøve deres kompetencer for så vidt angår denne aktiebesiddelse.

19 Den 27. juni 2007, dvs. datoen for vedtagelsen af Ryanair-beslutningen, skrev Kommissionens Generaldirektorat (GD) for »Konkurrence« til Aer Lingus for at meddele selskabet, at generaldirektoratets tjenestegrene ikke havde kompetence til at pålægge Ryanair at afhænde sin minoritetsandel eller til at træffe andre foranstaltninger for at sikre, at den situation, der bestod forud for fusionens gennemførelse, genoprettes i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4 og 5. Generaldirektoratet for »Konkurrence« tilføjede, at denne holdning ikke begrænsede medlemsstaternes kompetence vedrørende en eventuel anvendelse af deres konkurrenceret på Ryanairs erhvervelse af en minoritetsandel i Aer Lingus.

Korrespondance mellem Aer Lingus og Kommissionen som følge af Ryanair-beslutningen, opfordring til at handle i henhold til artikel 232 EF og den anfægtede beslutning

20 Ryanair-beslutningen, som forbyder gennemførelsen af fusionen Ryanair/Aer Lingus, indeholder ingen foranstaltning om Ryanairs andel på 25,17% af aktiekapitalen i Aer Lingus.

21 Den 12. juli 2007 fremsendte Aer Lingus et memorandum til Kommissionen, til Irish Competition Authority (den irske konkurrencemyndighed), til Det Forenede Kongeriges Office for Fair Trading (kontoret for konkurrence) og til det tyske Bundeskartellamt (den kompetente forbundsmyndighed på konkurrenceområdet) for at opfordre disse myndigheder til at vedtage en fælles holdning med hensyn til, hvilken myndighed der er kompetent til at handle vedrørende den nævnte aktiebesiddelse. Ifølge sagsøgeren blev dette memorandum fremsendt til Office for Fair Trading og til Bundeskartellamt, da disse myndigheder er kompetente i henhold til nationale bestemmelser om fusionskontrol til at handle for så vidt angår minoritetsandele, og fremsendt til Irish Competition Authority, idet de to pågældende virksomheder er irske, eller idet de forbrugere, der er mest påvirket af fusionen, har bopæl i Irland.

22 Ved skrivelse af 3. august 2007 gentog Kommissionens tjenestegrene deres opfattelse, hvorefter de ikke var kompetente til at pålægge Ryanair at afhænde selskabets kapitalandel, men at dette ikke forhindrede medlemsstaterne i at anvende deres egen konkurrencelovgivning.

23 Den 17. august 2007 anmodede Aer Lingus ved skrivelse det medlem af Kommissionen, der har ansvar for konkurrencespørgsmål, om, at Kommissionen handlede i

henhold til artikel 232 EF ved at indlede en procedure i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, og ved at træffe foreløbige foranstaltninger i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 5, eller formelt angav, at den ikke var kompetent til dette. Aer Lingus anmodede også Kommissionen om at tage stilling til fortolkningen af fusionsforordningens artikel 21 vedrørende Ryanairs andel på 25,17% af selskabets aktiekapital.

24 Den 11. oktober 2007 modtog Aer Lingus Kommissionens svar (herefter »den anfægtede beslutning«).

25 På den ene side afviser Kommissionen Aer Lingus' anmodning om at indlede en procedure mod Ryanair i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4. Kommissionen bemærker for det første, at det fremgår af fusionsforordningens artikel 3, stk. 1 og 2, at der kun foreligger en fusion, når en virksomhed opnår kontrol over en anden, dvs. har muligheden for at få afgørende indflydelse på sidstnævnte (afsnit 8 i den anfægtede beslutning). Kommissionen understreger også, at det fremgår af samme forordnings artikel 8, stk. 4, at hvis den konstaterer, at en fusion allerede er gennemført, og den er blevet erklæret uforenelig med fællesmarkedet, kan Kommissionen kræve af de deltagende virksomheder, at de skal ophæve fusionen, i særdeleshed ved at afhænde alle de erhvervede andele eller aktiver, således at den situation, der bestod forud for fusionens gennemførelse, genoprettes. Kommissionen bemærker, at den endvidere kan påbyde enhver anden hensigtsmæssig foranstaltning for at sikre, at de deltagende virksomheder opløser fusionen eller træffer andre foranstaltninger for at genoprette den situation, der bestod forud for fusionens gennemførelse (punkt 9).

26 Kommissionen anvender herefter disse bestemmelser i den foreliggende sag, hvorefter den i afsnit 10 og 11 i den anfægtede beslutning konkluderer, at den anmeldte fusion ikke var gennemført, og at den anfægtede aktiebesiddelse ikke tildeler Ryanair kontrollen over Aer Lingus. Det hedder i disse punkter:

»10. Kommissionen konkluderer, at den i sagen undersøgte fusion ikke er blevet gennemført. Ryanair har ikke erhvervet kontrollen over Aer Lingus, og [Ryanair-]beslutningen udelukker, at selskabet kan erhverve kontrollen senere i forbindelse med den anmeldte operation. De transaktioner, som er blevet foretaget, mens sagen er blevet behandlet af Kommissionen, kan derfor ikke anses for at udgøre en del af en gennemført fusion.

11. I den forbindelse må det understreges, at en minoritetsandel på 25,17% ikke tildeler Ryanair en faktisk eller retlig kontrol over Aer Lingus i henhold til fusionsforordningens artikel 3, stk. 2. Selv om en minoritetsandel i visse tilfælde kan føre til udøvelse af kontrollen, er der efter Kommissionens opfattelse intet, der indikerer, at disse omstændigheder gør sig gældende i det foreliggende tilfælde. Så vidt det er Kommissionen bekendt, er Ryanairs rettigheder i egenskab af mindretalsaktionær (især retten til at modsætte sig såkaldte »ekstraordinære beslutninger« efter irsk selskabsret) udelukkende knyttet til rettighederne om beskyttelse af minoritetsinteresser. Disse rettigheder tildeler imidlertid ikke kontrollen i henhold til fusionsforordningens artikel 3, stk. 2. Desuden synes Aer Lingus ikke selv at tilkendegive, at denne minoritetsandel kunne medføre, at selskabet kontrolleres af Ryanair, og Aer Lingus har heller ikke forsynet Kommissionen med beviser, der giver grund til at antage, at en sådan kontrol foreligger«.

27 Kommissionen afviser i øvrigt i afsnit 12 og 13 i den anfægtede beslutning den analyse, som Aer Lingus har foreslået, hvorefter Ryanairs minoritetsandel i Aer Lingus' selskabskapital udgør en delvis gennemførelse af den fusion, der er blevet erklæret

uforenelig med fællesmarkedet af Kommissionen, og som bør bringes til ophør ved anvendelse af fusionsforordningens artikel 8, stk. 4:

»12. Den foreslåede fortolkning af erhvervelsen af minoritetsandelen som »delvis gennemførelse«, der er omfattet af artikel 8, stk. 4, i EF-forordningen om fusioner, er vanskelig at forene med ordlyden i denne bestemmelse, som klart henviser til en fusion, der »allerede er gennemført«. Da det afgørende element for en fusion i henhold til fusionsforordningen, i det foreliggende tilfælde erhvervelse af kontrol, ikke foreligger, er det ikke muligt i det foreliggende tilfælde at tale om en fusion, der »allerede er gennemført«, og parterne kan således ikke pålægges at »ophæve fusionen«. Kommissionens kompetence begrænser sig til situationer, hvor den overtagende virksomhed opnår kontrollen med målvirksomheden. Beslutningerne i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, tager sigte på at afhjælpe de skadelige virkninger for konkurrencen, der kan følge af gennemførelsen af en fusion som den, der er defineret i denne forordnings artikel 3. I det foreliggende tilfælde kan disse skadelige virkninger ikke opstå, da Ryanair ikke har erhvervet og ikke kan erhverve kontrollen over Aer Lingus i forbindelse med den påtænkte fusion.

13. I den forbindelse adskiller situationen i denne sag sig klart fra den, der lå til grund i de tidligere sager, hvor fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, fandt anvendelse, såsom sagen Tetra Laval/Sidel eller sagen Schneider/Legrand, i hvilke det offentlige købstilbud allerede var fuldstændig gennemført, og hvor den overtagende virksomhed havde opnået kontrollen med målvirksomheden.«

28 Eftersom fusionsforordningens artikel 8, stk. 5, anvender det samme udtryk som artikel 8, stk. 4, til at identificere de situationer, hvor Kommissionen kan handle, og henset til den omstændighed, at der ikke i det foreliggende tilfælde er sket en gennemførelse

af fusionen, afviser Kommissionen af samme årsager Aer Lingus' anmodning om at træffe foreløbige foranstaltninger i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 5 (afsnit 15 og 17 i den anfægtede beslutning).

29 På den anden side bemærker Kommissionen vedrørende anmodningen om fortolkning af fusionsforordningen artikel 21 for så vidt angår Ryanairs beholdning på 25,17% af aktiekapitalen i Aer Lingus, at stk. 3 i denne bestemmelse alene indeholder en forpligtelse for medlemsstaterne og ikke tildeler Kommissionen nogen særlig ret eller særlig beføjelse. Det er således Kommissionens opfattelse, at den ikke er bemyndiget til at foretage en retligt bindende fortolkning af en bestemmelse, der er rettet til medlemsstaterne, og at den ikke er i stand til at besvare Aer Lingus' anmodning om fortolkning (afsnit 20-25 og afsnit 26, sidste punktum, i den anfægtede beslutning).

30 Kommissionen har ligeledes anført, at hvis medlemsstaten ikke respekterer fusionsordningens artikel 21, stk. 3, har Kommissionen altid beføjelse til at indlede en traktatbrudsprocedure over for denne medlemsstat i medfør af artikel 226 EF (afsnit 21 i den anfægtede beslutning). Hvis Aer Lingus endvidere vurderer, at en national konkurrencemyndighed er forpligtet til at handle med hensyn til Ryanairs minoritetsandel i overensstemmelse med den nationale lovgivning, der gælder på konkurrenceområdet, er det muligt for Aer Lingus at indbringe sagen for denne myndighed og/eller for den kompetente nationale domstol. Hvis en national domstol finder, at en fortolkning af artikel 21, stk. 3, er nødvendig, før den afsiger sin dom, kan denne domstol anmode Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, for at præcisere fortolkningen af denne bestemmelse og sikre en ensartet fortolkning af den anfægtede fællesskabsret (afsnit 23 i den anfægtede beslutning).

Retsforhandling og parternes påstande

31 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 19. november 2007 har sagsøgeren i henhold til artikel 230, stk. 4, EF, anlagt sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

32 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor samme dag indgav sagsøgeren i medfør af artikel 242 EF begæring om, at der træffes foreløbige forholdsregler, herunder udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning.

33 Ved kendelse af 18. marts 2008, Aer Lingus Group mod Kommissionen (sag T-411/07 R, Sml. II, s. 411), tog Rettens præsident ikke begæringen om foreløbige forholdsregler og udsættelsen af gennemførelsen til følge.

34 Ved særskilt dokument, der blev indleveret til Rettens Justitskontor den 19. november 2007, fremsatte sagsøgeren i henhold til artikel 76a i Rettens procesreglement endvidere anmodning om hasteprocedure. Ved skrivelse af 5. december 2007 fremsatte Kommissionen sine bemærkninger til denne anmodning.

35 Ved afgørelse af 11. december 2007 afviste Retten (Tredje afdeling) anmodningen om en hasteprocedure.

36 Ved kendelse af 23. maj 2008 gav formanden for Rettens Tredje Afdeling Ryanair tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.

37 Ved telefax, som Rettens Justitskontor modtog den 4. august 2008, oplyste Ryanair, at selskabet fandt, at de bemærkninger, som Kommissionen havde fremsat i sit indlæg, var tilstrækkelige, og at selskabet følgelig afstod fra at indgive interventionsindlæg. Denne telefax indeholdt Ryanairs påstande for så vidt angår tvisten.

38 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

39 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål under retsmødet den 7. juli 2009.

40 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

41 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse for så vidt angår dens afslag på at indlede en procedure i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, og på at træffe foreløbige foranstaltninger i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 5.

— Sagen afvises, eller subsidiært frifindelse for så vidt angår dens afslag på at foretage en fortolkning af fusionsforordningens artikel 21, stk. 3.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

42 Ryanair har nedlagt følgende påstande

— Sagsøgte frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med interventionen.

Retlige bemærkninger

43 Sagsøgeren har fremført to anbringender til støtte for søgsmålet: Det første anbringende vedrører en tilsidesættelse af fusionsforordningen artikel 8, stk. 4 og 5, og det andet vedrører tilsidesættelse af samme forordnings artikel 21, stk. 3. Da det andet anbringende er fremsat på en måde, der knytter det tæt sammen med det første anbringende, hvilket er blevet bekræftet under retsmødet, hvor sagsøgeren har anført, at det andet anbringende kan betragtes som en del af det første anbringende, skal disse to anbringender undersøges sammen af Retten.

Parternes argumenter

44 For så vidt angår det første anbringende om tilsidesættelsen af fusionsforordningens artikel 8, stk. 4 og 5, har sagsøgeren anført, at Kommissionen har tilsidesat disse bestemmelser i den anfægtede beslutning, idet den som følge af Ryanair-beslutningen, der forbyder gennemførelsen af den planlagte fusion, mente, at den ikke havde kompetence til at pålægge Ryanair at afhænde sin minoritetsandel i sagsøgerens aktiekapital, til at træffe passende foranstaltninger for at genoprette den situationen, der bestod forud for fusionen, eller til at træffe foreløbige foranstaltninger.

45 For det første bestrider appellanten konstateringen i afsnit 12 i den anfægtede beslutning, hvorefter: »[de] skadelige virkninger [for konkurrencen] […] ikke [kan] opstå, da Ryanair ikke har erhvervet og ikke kan erhverve kontrollen over Aer Lingus i forbindelse med den påtænkte fusion«. Ryanairs kapitalandel har tværtimod skadelige følger for konkurrencen, og hvis Kommissionen under sådanne omstændigheder ikke

har kompetence i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4 og 5, til at afhjælpe disse følger, indeholder denne forordning og Fællesskabets kompetence til at sikre en konkurrence uden fordrejninger en alvorlig mangel.

46 Blandt de skadelige følger for konkurrencen, som Ryanairs andel i sagsøgerens aktiekapital medfører, gør sagsøgeren følgende faktiske omstændigheder gældende: Ryanair har udnyttet sin aktiepost til at få adgang til Aer Lingus' fortrolige strategiske planer og forretningshemmeligheder, Ryanair har blokeret en ekstraordinær beslutning vedrørende en kapitalforhøjelse i Aer Lingus, og Ryanair har krævet afholdelse af to ekstraordinære generalforsamlinger med det formål at ændre Aer Lingus' strategiske beslutninger. Desuden har Ryanair benyttet sig af sin egenskab af aktionær til at føre kampagne mod ledelsen og har truet virksomhedens direktører med at anlægge sag for overtrædelse af deres vedtægtsmæssige forpligtelser over for Ryanair. Disse forhold har svækket Aer Lingus som en effektiv konkurrent til Ryanair.

47 Økonomisk set fordrejer den nævnte type minoritetsandele, som besiddes mellem konkurrenter, der er placeret i en duopolistisk stilling, i sagens natur konkurrencen. Ryanair har en mindre tilskyndelse til at konkurrere med Aer Lingus, da Ryanair som aktionær ønsker at forbedre værdien af sin aktiepost og at sikre, at Aer Lingus er rentabel. En sådan aktiebesiddelse ændrer parternes interesser ved at fremme prisforhøjelserne og stiltiende aftaler, som fordrejer konkurrencen. Aer Lingus' børsmæssige og finansielle tiltrækningskraft er også nedbragt som følge af Ryanairs aktiebesiddelse.

48 Det standpunkt, som anfægtes af Aer Lingus, er også i modstrid med Kommissionens tidligere praksis, der er fastsat i beslutning 2004/103/EF af 30. januar 2002 om forholdsregler, der kan genoprette en effektiv konkurrence i henhold til artikel 8, stk. 4, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (sag COMP/M.2416 — Tetra Laval/Sidel) (EUT

2004 L 38, s. 1) (herefter »Tetra Laval-beslutningen«), hvor Kommissionen fastslog, at Tetra Laval ikke burde have lov til at beholde en mindre aktiepost i Sidel, og i beslutning 2004/276/EF af 30. januar 2002 om påbud om deling af fusionerede virksomheder på grundlag af artikel 8, stk. 4, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (sag COMP/M.2283 — Schneider/Legrand) (EUT 2004 L 101, s. 134) (herefter »Schneider-beslutningen«), hvor Kommissionen fastslog, at Schneiders aktiepost på højst 5% i Legrand ikke ville få negativ indvirkning på konkurrencen. I den forbindelse har sagsøgeren bestridt Kommissionens udtalelse i afsnit 13 i den anfægtede beslutning om, at situationen i den foreliggende sag adskiller sig fra de omstændigheder, der forelå i Tetra Laval- og Schneider-sagerne, hvor de pågældende offentlige købstilbud allerede var gennemført i deres helhed, og den overtagende virksomhed havde opnået kontrollen over målvirksomheden. En sådan sondring er ikke relevant i forbindelse med vurderingen af påstanden i afsnit 12 i den anfægtede beslutning, hvorefter der »i mangel af kontrol« ikke er nogen skadelige følger for konkurrencen. I Tetra Laval- og Schneider-sagerne havde Kommissionen netop den modsatte opfattelse, nemlig den, at selv om de relevante aktieposter er blevet nedbragt til et niveau, der ikke gør det muligt at udøve »kontrol«, har en minoritetsandel alligevel uacceptable konkurrencefordrejninger til følge. Desuden vil den i nærværende sag omtvistede fusion forblive en potentiel fusion. Det er uden betydning, om det offentlige købstilbud er bortfaldet eller ej, da Ryanair har fastholdt og fortsat fastholder sin plan om at overtage Aer Lingus. Forskellene i de nationale lovgivninger, der gælder for offentlige købstilbud, kan ikke begrunde, at den overtagende virksomhed kan bevare en minoritetsandel, når en anden er forpligtet til at afhænde den. Indvirkningen på konkurrencen er den samme i begge tilfælde. I den foreliggende sag betyder vedtagelsen af Ryanair-beslutningen ikke, at Kommissionen fratages sin kompetence til at undersøge en konkurrencefordrejning, der følger af en del af den fusion, den lige har forbudt.

49 Sagsøgeren har endvidere påberåbt sig United Kingdom Competition Commissions praksis (konkurrencenævnet i Det Forenede Kongerige), der i en foreløbig afgørelse fra oktober 2007 fastslog, at BSkyB's erhvervelse af 17,9% af aktierne i ITV i væsentlig

grad var egnet til at svække konkurrencen på grund af bortfaldet af konkurrencen mellem disse to virksomheder og BSkyB's evne til konkret at påvirke ITV's ledelse.

50 For det andet gør sagsøgeren gældende, at fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, skal fortolkes således, at bestemmelsen finder anvendelse på Ryanairs aktier, der er erhvervet i forbindelse med en forbudt fusion. Det samme ræsonnement bør tilsvarende gælde med hensyn til Kommissionens kompetence til at træffe foreløbige foranstaltninger i henhold til samme forordnings artikel 8, stk. 5, litra c).

51 Der bør først foretages en formålsfortolkning af fusionsforordningen. Ved valget mellem to mulige fortolkninger af forordningen har Retten og Domstolen anført, at den mest restriktive fortolkning medfører, at fusionsforordningen mister sin effektive virkning, mens en bredere fortolkning er i overensstemmelse med teksten til forordningen, selv om dette ikke er udtrykkeligt angivet. Fortolkningen af fusionsforordningens artikel 8, stk. 4 og 5, som Kommissionen foretager i den anfægtede beslutning, er i strid med forordningens formål, som er at sikre en ordning med ufordrejet konkurrence i overensstemmelse med artikel 3, litra g), EF. Den fremgangsmåde, som Kommissionen har valgt, berøver Unionen retsmidler over for den konkurrencefordrejning, som Ryanair har forvoldt med sin minoritetsandel, selv om denne aktiepost er erhvervet som en del af en ulovlig fusion.

52 For så vidt angår anmodningen om anvendelsen af fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, hvorefter der skal være tale om en fusion, der »allerede er gennemført«, og som »er blevet erklæret uforenelig med fællesmarkedet«, har sagsøgeren fremhævet, at Kommissionen har anlagt en rent bogstavelig fortolkning af denne bestemmelse, når den i den anfægtede beslutnings afsnit 10 bemærker, at »den i sagen omhandlede fusion ikke er blevet gennemført«, og at »[d]e transaktioner, som er blevet foretaget,

mens sagen er blevet behandlet af Kommissionen, [...] derfor ikke [kan] anses for at udgøre en del af en gennemført fusion«. En sådan fortolkning er forkert, fordi Kommissionen har fundet, at de »transaktioner«, der skal undersøges i den anfægtede beslutning, er forskellige fra den fusion, der blev vurderet i punkt 12 i Ryanair-beslutningen (jf. præmis 16 ovenfor). Denne fortolkning er også forkert på grund af Kommissionens ligestilling af udtrykket »gennemført« i fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, litra a), med udtrykket »opnå kontrol« i samme forordnings artikel 3, stk. 2. Ifølge sagsøgeren er det klart, at fusionen er blevet gennemført i den foreliggende sag ved hjælp af transaktioner, der er en del af den forbudte fusion, og som gjorde det muligt for Ryanair at erhverve (og forsat bevare) mere end 25% af aktiekapitalen i Aer Lingus. Den omstændighed, at fusionen ikke er blevet fuldt ud tilendebragt, fordi Kommissionen forhindrede den, betyder ikke, at fusionen ikke er blevet gennemført, i det mindste delvis, gennem de transaktioner, som er nævnt i Ryanair-beslutningens punkt 12. I den forbindelse er Kommissionens udtalelse i afsnit 12 i den anfægtede beslutning om, at begrebet »delvis gennemførelse« af en fusion ikke har støtte i ordlyden i artikel 8, stk. 4, korrekt, men giver ikke megen vejledning, da ordlyden af denne bestemmelse heller ikke giver mulighed for at kræve en fuldstændig gennemførelse ved erhvervelse af kontrollen. Ifølge sagsøgeren er det ledende princip i fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, ikke erhvervelse af kontrollen men nødvendigheden af at genetablere den tidligere situationen ved at annullere de transaktioner, der udgør en del af den forbudte fusion.

53 En sammenhængende indfaldsvinkel til begrebet »gennemførelse« burde også føre til en undersøgelse af betydningen af dette udtryk for så vidt angår fusionsforordningens artikel 7, stk. 1, hvori fastslås, at en fusion, der har fællesskabsdimension, ikke må »gennemføres«, hverken før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet. En undersøgelse af Kommissionens praksis på dette område gør det muligt at fastslå, at Kommissionen er af den opfattelse, at denne bestemmelse giver mulighed for at hindre delvise gennemførelser, herunder transaktioner, som kan gå så vidt som til en overførelse af kontrol. I det foreliggende tilfælde havde Kommissionen fået Ryanair til at suspendere de stemmerettigheder, der er knyttet til selskabets aktier i Aer Lingus, selv om udøvelsen af disse rettigheder

ikke svarer til udøvelse af en kontrol. Der var således her netop tale om at undgå mulige negative indvirkninger på konkurrencen.

54 Sagsøgeren har desuden gjort gældende — uden herved at anse det for nødvendigt at tage hensyn til de forskellige sproglige versioner af fusionsforordningen — at begrebet »gennemførelse af en fusion« i artikel 8, stk. 4 og 5, og artikel 7 kan have tre betydninger: fuldstændig gennemførelse af fusionen, delvis gennemførelse af hele fusionen og fuld gennemførelse af en del af fusionen. Denne flertydighed kommer klart frem i den foreliggende sag, hvor Kommissionen har forbudt en fusion, der defineres som bestående af to dele (erhvervelse af aktier på markedet og et offentlig købstilbud), hvoraf kun den første er blevet gennemført.

55 For så vidt angår det andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af fusionsforordningens artikel 21, stk. 3, har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionens forkerte konklusioner vedrørende anvendelsen af denne forordnings artikel 8, stk. 4 og 5, resulterer i en fejlfortolkning af denne bestemmelse. Hvis det måtte vise sig, at Kommissionen er kompetent til at træffe afhændelsesforanstaltninger vedrørende Ryanairs aktier, har de nationale konkurrencemyndigheder ingen beføjelser i den forbindelse i henhold til artikel 21, stk. 3. Denne tilgang understøtter princippet om »one-stop shop«. Hvis denne tilgang var korrekt, har Kommissionen tilsidesat fusionsforordningens artikel 21, stk. 3, i den anfægtede beslutning ved ikke utvetydigt at anføre, at denne bestemmelse var til hinder for de nationale konkurrencemyndigheders indgriben, og ved at lade muligheden for en sådan indgriben stå åben. Denne tilsidesættelse er så meget desto mere alvorlig, som de relevante nationale myndigheder har udtrykt modstridende opfattelser. En fortolkning, der giver sammenhæng i denne forordnings artikel 8, stk. 4 og 5, udelukker enhver fortolkning af artikel 21, stk. 3, der ville forhindre medlemsstaterne i at anvende deres nationale lovgivning på Ryanairs aktier, når denne aktiebesiddelse betragtes isoleret fra det offentlige købstilbud, og som ligeledes ville berøve Kommissionen kompetencen til at undersøge denne aktiebesiddelse i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4. I modsat fald ville Ryanairs

aktieandel være omfattet af en retlig immunitet både i forhold til Den Europæiske Union og i forhold til medlemsstaterne.

56 Kommissionen har bestridt denne argumentation. Den har navnlig fremhævet, at fusionsforordningen kun finder anvendelse på »fusioner«, som er omfattet af definitionen i fusionsforordningens artikel 3. I den forbindelse udgør erhvervelsen af en minoritetsandel, der ikke i sig selv tildeler kontrol, ikke en »fusion« i henhold til fusionsforordningen. Kommissionen gør også gældende, at artikel 21, stk. 3, ikke tildeler den nogen særlige forpligtelser eller beføjelser, og at den således ikke er bemyndiget til at foretage en fortolkning af denne bestemmelse, når den bliver opfordret til at handle i medfør af artikel 232 EF.

Rettens bemærkninger

57 I sin opfordring til at handle som i nærværende sag gør Aer Lingus i det væsentlige gældende, at Ryanairs aktier i sagsøgers aktiekapital, der er erhvervet før eller efter det offentlige købstilbud, udgør en delvis gennemførelse af fusionen, der er blevet erklæret uforenelig med fællesmarkedet af Kommissionen. For at genskabe vilkårene for en effektiv konkurrence bør denne derfor pålægge Ryanair at afhænde alle de erhvervede aktier med hjemmel i fusionsforordningens artikel 8, stk. 4 (jf. ovenfor i præmis 8, 23 og 44 ff.).

58 I den anfægtede beslutning afviser Kommissionen anmodningen om at indlede en procedure mod Ryanair i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, idet den finder, at den af denne virksomhed anmeldte fusion ikke er blevet gennemført, og at den anfægtede aktiepost ikke tildeler Ryanair kontrollen over Aer Lingus. Kommissionen er også af den opfattelse, at uden en gennemført fusion som defineret i fusionsforordningen overskrider den af sagsøgeren forslåede fortolkning rammerne for dens kompetence (jf. præmis 25-27 ovenfor).

59 Ved undersøgelsen af den anfægtede afgørelses lovlighed med hensyn til den beføjelse, der er tillagt Kommissionen til at pålægge en virksomhed at opløse en fusion, i særdeleshed ved at afhænde alle de aktier, der er erhvervet i en anden virksomhed, bør der tages udgangspunkt i det relevante tidspunkt som fastlagt i fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, der omhandler en »fusion«, som »allerede er gennemført«, og som »er blevet erklæret uforenelig med fællesmarkedet« (jf. præmis 2 ovenfor).

60 I den forbindelse blev den anfægtede beslutning klart truffet på et tidspunkt, hvor Kommissionen havde erklæret, at den af Ryanair anmeldte fusion var uforenelig med fællesmarkedet. Da Kommissionen ikke havde taget stilling til spørgsmålet om Ryanairs minoritetsandel i Aer Lingus' aktiekapital i Ryanair-beslutningen, der fastslog den anmeldte fusions uforenelighed i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 3, havde den stadig mulighed for at gøre dette i en særskilt beslutning i medfør af artikel 8, stk. 4, in fine, i samme forordning.

61 Som det imidlertid med rette er anført i den anfægtede beslutning, er den anden betingelse, der er fastsat i fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, ikke opfyldt, da den anmeldte fusion ikke er gennemført. Efter det tidspunkt, hvor beslutningen om

uforenelighed med fællesmarkedet blev vedtaget, har Ryanair i det foreliggende tilfælde hverken retligt eller faktisk mulighed for at kontrollere Aer Lingus eller udøve en afgørende indflydelse på denne virksomheds drift.

62 I retlig henseende er begrebet fusion, der anvendes i fusionsforordningen, vigtigt, da det danner grundlaget for Kommissionens kompetence i henhold til denne forordning. Fusionsforordningen finder således anvendelse på enhver fusion, der har fællesskabsdimension (artikel 1, stk. 1). Begrebet fusion er defineret i artikel 3 i denne forordning. Ifølge artikel 3, stk. 1, anses der at foreligge en fusion, når der er tale en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag, hvilket f.eks. beror på, at to virksomheder sammensmeltes, eller at en virksomhed erhverver kontrol over en anden virksomhed. Artikel 3, stk. 2, anfører, at denne kontrol over en virksomhed opnås gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift.

63 Ved enhver transaktion eller række af transaktioner, der således gennemfører »en ændring af kontrolforholdene på et varigt grundlag«, der giver »mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift«, anses der at foreligge en fusion, der betragtes som gennemført i fusionsforordningens forstand. Et fællestræk ved disse fusioner er følgende: Såfremt der vedrørende en given økonomisk aktivitet fandtes to særskilte virksomheder før transaktionen, vil der kun være én virksomhed inden for dette aktivitetsområde efter transaktionen. Bortset fra tilfælde af en fusion, som indebærer ophævelse af en af de to pågældende virksomheder, skal Kommissionen således vurdere, om gennemførelsen af fusionen medfører, at den ene af de pågældende virksomheder tildeles en kontrolbeføjelse, som den ikke havde før, over den anden af disse virksomheder. Denne kontrolbeføjelse består i muligheden for at øve afgørende indflydelse på en virksomheds drift, navnlig når den virksomhed, der er indehaver af denne beføjelse, kan pålægge den nogle valg vedrørende dens strategiske beslutninger.

64 Det følger af det netop anførte, at en erhvervelse af en aktiepost, som ikke i sig selv giver kontrol som defineret i fusionsforordningens artikel 3, ikke udgør en fusion, som anses for gennemført i denne forordnings forstand. På dette punkt adskiller EU-retten sig fra visse medlemsstaters ret, hvorefter de nationale myndigheder i henhold til national lovgivnings bestemmelser om fusionskontrol er bemyndiget til at handle for så vidt angår bredere definerede minoritetsandele (jf. præmis 21 og 49 ovenfor).

65 I modsætning til hvad sagsøgeren hævder, kan fusionsbegrebet ikke udvides til tilfælde, hvor — i mangel af opnåelse af kontrol — den pågældende kapitalandel ikke i sig selv giver mulighed for at øve afgørende indflydelse på virksomhedens drift, men mere generelt indgår som led i en anmeldt fusion, der er undersøgt af Kommissionen og erklæret uforenelig med fællesmarkedet efter denne undersøgelse, uden at der er sket en ændring af kontrolforholdene i den anførte betydning.

66 En sådan beføjelse er ikke tildelt Kommissionen i medfør af fusionsforordningen. Ifølge de udtryk, der anvendes i artikel 8, stk. 4, i denne forordning, består beføjelsen til at pålægge afhændelse af samtlige de aktiver, en virksomhed har erhvervet i en anden virksomhed, kun med henblik på, at »den situation, der bestod forud for fusionens gennemførelse, genoprettes«. Uden erhvervelse af kontrol har Kommissionen ikke beføjelse til at ophæve den pågældende fusion. Hvis lovgiver havde ønsket at tillægge Kommissionen en mere omfattende kompetence end den, der er fastsat i fusionsforordningen, ville den have vedtaget en bestemmelse herom.

67 For så vidt angår de faktiske forhold er det ubestridt, at Ryanairs aktier i Aer Lingus' aktiekapital ikke giver Ryanair mulighed for at »kontrollere« Aer Lingus i det foreliggende tilfælde. Foruden de i afsnit 10 og 11 i den anfægtede beslutning beskrevne elementer, angav Aer Lingus at »acceptere antagelsen i den anfægtede beslutnings afsnit 11 om, at Ryanair den 27. juni 2007 ikke øvede »kontrol« i henhold

til fusionsforordningens artikel 3, stk. 2«. På samme måde hævder Aer Lingus ikke, at Ryanairs beholdning på 29,3% af aktiekapitalen i Aer Lingus regnet fra august 2007 tildeler Ryanair kontrollen over virksomheden, men har blot anført, at denne erhvervelse giver Ryanair en »vigtig mulighed for at blande sig i dens drift og handelsstrategi«.

68 Over for sagsøgerens argumenter om de angiveligt negative indvirkninger på konkurrencen skal det i øvrigt bemærkes, at de med rette er tilbagevist af Kommissionen i den anfægtede beslutning, i det omfang disse specifikt kunne anses for at være en form for kontrol i den foreliggende sag (afsnit 11 i den anfægtede beslutning). I den forbindelse skal det generelt bemærkes, at fusionsforordningen ikke har til hensigt at beskytte virksomhederne mod uoverensstemmelser af forretningsmæssig art, hvorunder de er uenige med deres aktionærer, eller at fjerne enhver usikkerhed vedrørende sidstnævntes godkendelse af vigtige beslutninger. Hvis Aer Lingus' ledelse vurderer, at Ryanairs adfærd som aktionær er udtryk for misbrug eller er ulovlig, har den muligheden for at indbringe sagen for domstolene eller de kompetente nationale myndigheder.

69 Selv om det er rigtigt, at de faktiske forhold, som sagsøgeren har fremført, tyder på, at forholdet mellem sagsøgerens ledelse og Ryanair er anspændt, og at de er uenige på en række punkter, beviser dette under alle omstændigheder ikke — således som det er krævet, for at Kommissionen kan bringe fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, i anvendelse — tilstedeværelsen af en mulighed for at øve afgørende indflydelse på denne virksomheds drift.

70 For så vidt angår påstanden om, at Ryanair har udnyttet sin aktiepost til at få adgang til Aer Lingus' fortrolige strategiske planer og forretningshemmeligheder, er det eneste nævnte element til støtte for denne påstand en skrivelse, hvori Ryanair generelt anmoder om et møde med Aer Lingus' ledere. I stævningen er der ikke dokumentation for, at der faktisk er blevet udvekslet fortrolige oplysninger under et sådant møde.

En sådan udveksling af oplysninger er under alle omstændigheder ikke en direkte følge af minoritetsandelen, men vedrører de to virksomheders senere adfærd, som eventuelt kan undersøges i henhold til artikel 81, EF.

71 På samme måde bemærkes, at for så vidt angår påstanden om, at Ryanair har stemt imod en ekstraordinær beslutning, som skulle give bestyrelsen mulighed for at udstede aktier uden først at skulle tilbyde dem til eksisterende aktionærer, således som det generelt foreskrives i selskabsretten, fremgår det af udtalelserne fra bestyrelsesformanden i Aer Lingus, der er refereret af avisen *The Irish Times* den 7. juli 2007 i en artikel med overskriften »Ryanair forhindrer Aer Lingus' forsøg på at udvande Ryanairs aktiepost«, og som er citeret af Kommissionen uden at være bestridt af sagsøgeren, at den manglende virkeliggørelse af beslutningen ikke har haft mærkbare følger for virksomheden.

72 For så vidt angår påstanden om, at Ryanair har anmodet om afholdelse af to ekstraordinære generalforsamlinger med det formål at ændre Aer Lingus' vedtagne strategiske beslutninger, har Kommissionen bemærket uden at blive modsagt af sagsøgeren, at Aer Lingus' bestyrelse har afvist disse to anmodninger, og at beslutningerne er blevet gennemført trods Ryanairs modstand. Dette eksempel viser, at i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, kan Ryanair ikke gennemtrumfe sin vilje over for sagsøgeren.

73 For så vidt angår påstanden om, at Ryanair har ført kampagne mod ledelsen i Aer Lingus, skal denne forstås som en ny henvisning til de to ekstraordinære generalforsamlinger, som Ryanair anmodede om, og til korrespondancen og offentlige erklæringer i forbindelse hermed. Som Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg, afviste Aer Lingus disse to anmodninger og gennemførte sin beslutning som beskrevet. Selv

om det skulle vise sig at være rigtigt, at Ryanair har forstyrret ledelsen i Air Lingus igennem flere uger, beviser dette dog ikke tilstedeværelsen af en mulighed for at udøve afgørende indflydelse på denne virksomheds drift i fusionsforordningens forstand.

74 Som svar på påstanden om, at besiddelse af en minoritetsandel i en konkurrerende virksomhed, som er placeret i en duopolistisk stilling, automatisk fordrejer konkurrencen, da virksomheden, der har en sådan andel, har en mindre tilskyndelse til at konkurrere med en virksomhed, hvis vinding det er interesseret i, skal det bemærkes, at et sådant anbringende modsiges af de faktiske omstændigheder. Kommissionen bemærker i den forbindelse uden at blive modsagt af sagsøgeren, at så snart Ryanair havde opnået sine aktier i Aer Lingus, havde selskabet iværksat flyvninger på fire ruter, der tidligere udelukkende blev befløjet af Aer Lingus, samt øget hyppigheden af sine flyvninger på seks andre ruter, hvor det er i konkurrence med Aer Lingus (se pressemeddelelser fra Ryanair med overskriften »Ryanair annoncerer seks ny ruter fra Dublin« af 15.8.2007 og »ny ruter — den 31. — fra lufthavnen i Shannon og tre nye ruter fra Dublin« af 25.10.2007). Denne teoretiske påstand er under alle omstændigheder ikke i sig selv tilstrækkelig til at fastslå, at Ryanair har en form for kontrol over Aer Lingus, eller til at berettige en afhændelse af den omtvistede minoritetsandel i den foreliggende sag.

75 Det samme gælder påstanden om, at Ryanairs erhvervelse af aktier har medført materielle konsekvenser for aktierne i Aer Lingus ved at gøre dem mindre tiltrækkende for sidstnævnte virksomhed. Aer Lingus' børsmæssige og finansielle tiltrækningskraft er principielt ikke baseret udelukkende på Ryanairs minoritetsandel, men må bestemmes under hensyn til hele denne virksomheds kapital, som andre vigtige aktionærer ligeledes kan være andelshavere i. Hvis det antages, at Ryanairs aktieandel kan have en betydning for denne tiltrækningskraft, er dette heller ikke tilstrækkeligt til at godtgøre tilstedeværelse af en kontrol, som fusionsforordningen kræver.

76 Hvis man antog, at Kommissionen kunne beordre afhændelsen af en minoritetsandel alene med den begrundelse, at den udgør en teoretisk risiko på det økonomiske plan, hvor der er tale om et duopol eller en ulempe for tiltrækningskraften for aktierne i den ene af de virksomheder, der indgår i dette duopol, ville dette gå ud over de beføjelser, der er overdraget til Kommissionen i henhold til fusionskontrollen.

77 For så vidt angår Kommissionens tidligere praksis giver dens undersøgelse under alle omstændigheder mulighed for at fastslå, at alle beslutninger, der hidtil er vedtaget af Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, angår allerede gennemførte fusioner, hvor den overtagne virksomhed var ophørt med at være en uafhængig konkurrent for erhververen. Til forskel fra den foreliggende sag vedrørte disse beslutninger ikke anvendelsen af artikel 8, stk. 4, på den pågældende fusion, men vedrører alene passende foranstaltninger for at genoprette konkurrencen, som gennemførelsen af fusionen havde ophævet, idet disse foranstaltninger kan variere fra sag til sag under hensyn til omstændighederne i det enkelte tilfælde. Kommissionens tidligere praksis for så vidt angår behandlingen af minoritetsandele i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, kan derfor ikke med føje påberåbes for at anfægte de kriterier, der er fastsat i denne bestemmelse.

78 Kommissionen kan følgelig ikke kritiseres for at have tilsidesat fusionsforordningens artikel 8, stk. 4, da den fandt, at der ikke var gennemført en fusion i det foreliggende tilfælde, og at den derfor ikke havde kompetence til at pålægge Ryanair at afhænde sin andel i Aer Lingus' kapital. Det er kun såfremt en sådan kapitalandel havde givet Ryanair mulighed for at kontrollere Aer Lingus ved at udøve en retlig eller faktisk afgørende indflydelse over virksomheden, hvilket ikke er sket i dette tilfælde, at en sådan beføjelse havde tilkommet Kommissionen i henhold til fusionsforordningen.

79 Ovenstående vurdering berøres ikke af, at Kommissionen i forbindelse med undersøgelsesproceduren har fastslået, at det offentlige købstilbuds område skal betragtes som omfattende Ryanairs erhvervelse af aktier på markedet lige før og efter perioden, hvorunder dette tilbud var gældende, idet disse transaktioner ifølge dens udtryk udgjorde »én samlet fusion«. På dette trin, nemlig hvor det drejer sig om undersøgelsesproceduren, er Kommissionens primære interesse således ikke, at »den situation, der bestod forud for fusionens gennemførelse, genoprettes«, i det tilfælde, hvor den har vedtaget en beslutning om uforenelighed, selv om den anmeldte fusion er gennemført. Denne interesse gør sig først gældende fra det tidspunkt, hvor en endelig beslutning er vedtaget, og der bør drages konsekvenser heraf, når det konstateres, at forholdene ikke er i overensstemmelse med beslutningen.

80 Ved behandlingen af undersøgelsesproceduren søger Kommissionen snarere at undgå at komme i den situation, hvor fusionen er gennemført, selv om den stadig kan være erklæret uforenelig med fællesmarkedet. Dette er formålet med fusionsforordningens artikel 7, der sigter mod at sikre et af de grundlæggende principper i denne forordning, hvorefter en fusion, der har fællesskabsdimension, ikke kan gennemføres uden at være blevet anmeldt og forinden være godkendt af Kommissionen.

81 I artikel 4 i den nævnte forordning med overskriften »Forudgående underretning […]« er fastslået i stk. 1, at fusioner, som er omfattet af denne forordning, skal anmeldes til Kommissionen, før de gennemføres, og så snart fusionsaftalen er indgået, det offentlige købstilbud eller det offentlige ombytningstilbud offentliggjort (OPE), eller der er sket erhvervelse af en kontrollerende andel. Dette princip genfindes i fusionsforordningens artikel 7 med overskriften »Udsættelse af en fusions gennemførelse«. I henhold til artikel 7, stk. 1, må en fusion, der har fællesskabsdimension, ikke gennemføres, hverken før den er blevet anmeldt, eller før den er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet. I artikel 7, stk. 2, er fastslået, at stk. 1 er ikke til hinder for gennemførelse af et offentligt købstilbud eller et offentligt ombytningstilbud eller en serie transaktioner i værdipapirer, hvorved der fra forskellige sælgere erhverves kontrol som omhandlet i artikel 3, når fusionen omgående anmeldes til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 4, og erhververen ikke udøver de til de pågældende

værdipapirer knyttede stemmerettigheder eller kun gør det for at bevare den fulde værdi af sin investering efter dispensation meddelt af Kommissionen.

82 Det bør bemærkes, at forpligtelsen til at udsætte gennemførelsen af en fusion, indtil Kommissionen har godkendt den, er underlagt en automatisk undtagelse i tilfælde af et offentligt købstilbud eller ved en serie transaktioner i værdipapirer, hvorved der erhverves kontrol fra forskellige sælgere. For at gøre brug af denne undtagelse skal de interesserede parter omgående anmelde fusionen til Kommissionen og må ikke udøve de til de pågældende værdipapirer knyttede stemmerettigheder. Som Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg, er virkningen af denne undtagelse at overføre risikoen for, at en fusion forbydes, til erhververen. Hvis Kommissionen efter undersøgelsesproceduren finder, at den anmeldte fusion skal forbydes, skal de værdipapirer, der er erhvervet for at gennemføre fusionen, afhændes, således som det illustreres af Tetra Laval- og Schneider-sagerne, som er omtalt i den anfægtede beslutning og af sagsøgeren (jf. præmis 27 og 48 ovenfor).

83 I den forbindelse kan erhvervelsen af en aktiepost, der ikke i sig selv tildeler kontrol i henhold til fusionsforordningens artikel 3, falde inden for anvendelsesområdet for den nævnte forordnings artikel 7. Kommissionens fremgangsmåde skal forstås således, at den anvender begrebet »én samlet fusion« for at begrænse risikoen for at komme i den situation, at en beslutning om uforenelighed nødvendigvis må følges op med en beslutning om opløsning, der skal bringe den kontrol, der er opnået, inden Kommissionen har taget stilling til de konkurrencemæssige følger, til ophør. Når Kommissionen har anmodet Ryanair om ikke at udøve sine stemmerettigheder, og Ryanair i øvrigt har meddelt, at disse ikke giver selskabet kontrol over Aer Lingus (jf. præmis 14 ovenfor), henstiller Kommissionen alene til denne virksomhed, at den ikke bringer sig i en situation, hvor den gennemfører en fusion, som måtte give anledning til en foranstaltning vedtaget med hjemmel i artikel 8, stk. 4 og 5, i tilfælde af en beslutning om uforenelighed med fællesmarkedet.

84 Af disse årsager er det med rette, at Kommissionen i afsnit 12 og 13 i den anfægtede beslutning har antaget, at Ryanairs minoritetsandel i Aer Lingus' aktiekapital ikke i den foreliggende sag kunne anses for en »delvis gennemførelse« af fusionen, der vil kunne give anledning til en foranstaltning vedtaget med hjemmel i artikel 8, stk. 4 og 5, i tilfælde af en beslutning om uforenelighed med fællesmarkedet.

85 Eftersom Ryanair ikke har erhvervet en faktisk kontrol over Aer Lingus, kan den omtvistede kapitalandel ikke sidestilles med en »fusion«, der »allerede er gennemført«, selv om den operation, hvori denne andel indgår, er blevet erklæret uforenelig med fællesmarkedet.

86 Ingen af de af sagsøgeren i de skriftlige indlæg og under retsmødet anførte argumenter, der i det væsentlige gentager den teori, som den anfægtede allerede har givet et svar på, kan anfægte den ovenstående bedømmelse.

87 Uanset den i Ryanair-beslutningen givne definition som én samlet fusion og erklæringen i samme beslutning om fusionens uforenelighed med fællesmarkedet, findes Kommissionen således retligt og faktisk at have givet en tilstrækkelig begrundelse i den anfægtede beslutning for sin beslutning om ikke at anordne foranstaltninger i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 4.

88 Det samme ræsonnement gælder for fusionsforordningens artikel 8, stk. 5, om hvilken sagsøgeren gør de samme argumenter gældende mod Kommissionens opfattelse vedrørende dette punkt i den anfægtede beslutning, der tilsvarende henviser til opfattelsen vedrørende den nævnte fusions artikel 8, stk. 4.

89 Endelig skal det bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har anført, at fusionsforordningens artikel 21, stk. 3, alene indeholder en forpligtelse for medlemsstaterne og ikke tildeler Kommissionen nogen særlig ret eller særlig beføjelse. Det er således Kommissionens opfattelse, at den ikke er bemyndiget til at foretage retligt bindende fortolkning af denne bestemmelse, og at den ikke er i stand til at besvare Aer Lingus' anmodning om fortolkning (jf. præmis 29 ovenfor).

90 Retten bemærker ligesom Kommissionen, at fusionsforordningens artikel 21, stk. 3, fastslår, at »medlemsstaterne [ikke] anvender [...] deres nationale konkurrencelovgivning på fusioner af fællesskabsdimension«, og at bestemmelsen således ikke tildeler Kommissionen beføjelsen til at vedtage en foranstaltning, der har retligt bindende virkninger, som kunne berøre Aer Lingus' interesser. Det kan derfor ikke bebrejdes Kommissionen, at den i sit svar har henholdt sig til de retsregler, der finder anvendelse i sagen, og de konsekvenser, der skal drages deraf, navnlig hvad angår de retsmidler, der hjemles i artikel 226 EF og 234 EF (jf. præmis 31 ovenfor).

91 Hertil kommer, at sagsøgeren med sin argumentation i den foreliggende sag opfordrer Retten til at undersøge en hypotese, der ikke er blevet bevist, i det omfang anvendelsen af fusionsforordningens artikel 8, stk. 4 og 5, ikke er baseret på forkerte konklusioner, som hævdet af sagsøgeren (jf. præmis 55 ovenfor). Hvis der ikke er tale om en fusion, der har fællesskabsdimension, står det således medlemsstaterne frit at anvende deres nationale konkurrencelovgivning på Ryanairs andel af aktier i Aer Lingus' aktiekapital i henhold til de regler, som er fastsat herom.

92 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen i det hele må frifindes.

Sagens omkostninger

93 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør denne i overensstemmelse med Kommissionens såvel som Ryanairs påstande ud over at bære sine egne omkostninger pålægges at betale Kommissionens og Ryanairs omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Aer Lingus Group plc bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, som er afholdt af Kommissionen og af Ryanair Holdings plc, herunder omkostningerne i forbindelse med sagen om foreløbige forholdsregler.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. juli 2010.

Underskrifter

Indhold

Retsforskrifter ..... II - 3697

Sagens faktiske omstændigheder ..... II - 3700

Parterne i sagen ..... II - 3700

Ryanairs tilbud om køb af Aer Lingus og erhvervelse af aktier ..... II - 3701

Undersøgelse af og forbud mod den anmeldte fusion ..... II - 3701

Korrespondance mellem Aer Lingus og Kommissionen i løbet af undersøgelsesproceduren for fusionen ..... II - 3704

Korrespondance mellem Aer Lingus og Kommissionen som følge af Ryanair-beslutningen, opfordring til at handle i henhold til artikel 232 EF og den anfægtede beslutning ... II - 3705

Retsforhandling og parternes påstande ..... II - 3710

Retlige bemærkninger ..... II - 3713

Parternes argumenter ..... II - 3713

Rettens bemærkninger ..... II - 3719

Sagens omkostninger ..... II - 3731