ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

6 juli 2010 *

In zaak T-411/07,

Aer Lingus Group plc, gevestigd te Dublin (Ierland), aanvankelijk vertegenwoordigd door A. Burnside, solicitor, en B. van de Walle de Ghelcke en T. Snels, advocaten, vervolgens door A. Burnside en B. van de Walle de Ghelcke,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door X. Lewis, É. Gippini Fournier en S. Noë als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

ondersteund door

Ryanair Holdings plc, gevestigd te Dublin (Ierland), vertegenwoordigd door J. Swift, QC, V. Power, A. McCarthy en D. Hull, solicitors, en G. Berrisch, advocaat,

interveniënte,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2007) 4600 van de Commissie van 11 oktober 2007 tot afwijzing van verzoeksters verzoek om inleiding van de procedure van artikel 8, lid 4, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1), en om vaststelling van voorlopige maatregelen krachtens artikel 8, lid 5, van die verordening,

wijst HET GERECHT (Derde kamer),

samengesteld als volgt: J. Azizi, kamerpresident, E. Cremona en S. Frimodt Nielsen (rapporteur), rechters,

griffier: C. Kantza, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 juli 2009,

het navolgende

Arrest

Toepasselijke bepalingen

1 Artikel 3 van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1; hierna: „concentratieverordening"), met het opschrift „Definitie van concentraties", bepaalt:

„1. Een concentratie komt tot stand indien er een duurzame wijziging van zeggenschap voortvloeit uit:

a) de fusie van twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen of delen van ondernemingen, of

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

2. Zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming […]".

2 Artikel 8 van de concentratieverordening, „Bevoegdheid van de Commissie tot het geven van beschikkingen", bepaalt in lid 4:

„Indien de Commissie vaststelt dat een concentratie:

a) reeds tot stand is gebracht en die concentratie onverenigbaar is verklaard met de gemeenschappelijke markt, of

[…]

kan de Commissie de volgende maatregelen opleggen:

— de Commissie kan de betrokken ondernemingen verplichten de concentratie te ontbinden, met name door ontbinding van de fusie of door verkoop van alle verkregen aandelen of vermogensbestanddelen, met het oog op het herstel van de situatie zoals die was vóór de totstandbrenging van de concentratie. Indien herstel van de situatie zoals die was vóór de totstandbrenging van de concentratie door middel van ontbinding van de concentratie niet mogelijk

is, kan de Commissie elke andere passende maatregel nemen om voor zover mogelijk een dergelijk herstel te bereiken;

— de Commissie kan elke andere passende maatregel gelasten om te bereiken dat de betrokken ondernemingen de concentratie ontbinden of andere herstelmaatregelen nemen zoals opgelegd in haar beschikking.

In de in de eerste alinea, sub a, bedoelde gevallen kunnen dergelijke maatregelen bij een beschikking overeenkomstig lid 3 of bij een afzonderlijke beschikking worden opgelegd."

3 Artikel 8, lid 5, van de concentratieverordening luidt:

„De Commissie kan passende voorlopige maatregelen nemen om de daadwerkelijke mededinging te herstellen of te handhaven, wanneer een concentratie:

[…]

c) reeds tot stand is gebracht en onverenigbaar is verklaard met de gemeenschappelijke markt."

4 Artikel 21 van de concentratieverordening, „Toepassing van deze verordening en rechtsbevoegdheid", bepaalt in lid 3:

„De lidstaten passen hun nationale mededingingswetgeving niet toe op concentraties met een communautaire dimensie."

Feiten van het geding

Partijen bij het geding

5 Verzoekster, Aer Lingus Group plc, is een naamloze vennootschap naar Iers recht. Na haar privatisering door de Ierse regering in 2006 behield de Staat 25,35 % van het kapitaal en werden de aandelen van Aer Lingus Group op 2 oktober 2006 aan de beurs genoteerd. Aer Lingus Group is de houdstermaatschappij van Aer Lingus Ltd (hierna tezamen: „Aer Lingus"), een in Ierland gevestigde luchtvaartmaatschappij die lijnvluchten van en naar de luchthavens van Dublin, Cork en Shannon aanbiedt.

6 Ryanair Holdings plc (hierna: „Ryanair") is een beursgenoteerde vennootschap die lijnvluchten in 40 landen aanbiedt, ook tussen Ierland en andere Europese landen.

Bod van Ryanair op Aer Lingus en verwerving van belangen

7 Op 5 oktober 2006, dat wil zeggen drie dagen nadat de aandelen van Aer Lingus voor het eerst aan de beurs waren genoteerd, maakte Ryanair haar voornemen bekend om een openbaar bod op het volledige aandelenkapitaal van Aer Lingus uit te brengen. Dit openbare bod werd op 23 oktober 2006 uitgebracht, en de termijn voor de aanvaarding van het bod werd aanvankelijk op 13 november 2006 bepaald; deze termijn werd door Ryanair eerst tot 4 december 2006 en vervolgens tot 22 december 2006 verlengd.

8 Vóór de aankondiging van haar voornemen om een openbaar bod uit te brengen had Ryanair op de markt een belang van 16,03 % in het kapitaal van Aer Lingus verworven. Op 5 oktober bracht Ryanair dit belang op 19,21 %. Kort nadien verwierf Ryanair nog meer aandelen zodat zij op 28 november 2006 25,17 % van Aer Lingus in haar bezit had. Dit belang bleef ongewijzigd tot augustus 2007, toen Ryanair, niettegenstaande de vaststelling op 27 juni 2007 van de in punt 15 hierna vermelde beschikking van de Commissie, nog eens 4,3 % van het kapitaal van Aer Lingus verwierf, waarmee zij haar belang op 29,47 % bracht.

Onderzoek en verbod van de aangemelde concentratie

9 Op 30 oktober 2006 is de voorgenomen concentratie, waarmee Ryanair door het openbare overnamebod in de zin van artikel 3, lid 1, sub b, van de concentratieverordening zeggenschap over Aer Lingus zou verkrijgen, overeenkomstig artikel 4 van deze verordening bij de Commissie aangemeld (hierna: „aangemelde concentratie" of „concentratie").

10 Bij e-mail van 19 december 2006 liet Ryanair de Commissie weten dat haar aankoop van aandelen deel uitmaakte van haar plan om zeggenschap over Aer Lingus te verkrijgen.

11 Bij beschikking van 20 december 2006 stelde de Commissie vast dat ernstige twijfel over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt bestond, en besloot zij overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening het fase II-onderzoek in te leiden. De concentratie wordt in punt 7 van die beschikking beschreven als volgt:

„Daar Ryanair de eerste 19 % van het aandelenkapitaal van Aer Lingus minder dan tien dagen vóór het uitbrengen van haar openbare overnamebod heeft verworven en nog eens 6 % onmiddellijk daarna, wordt de gehele transactie, bestaande in de verwerving van aandelen vóór en tijdens de looptijd van het openbare overnamebod alsmede de aankondiging van het openbare overnamebod zelf, als één concentratie in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening beschouwd."

12 De inleiding van het fase II-onderzoek leidde ertoe dat het openbare overnamebod van Ryanair in afwachting van de eindbeschikking in die zaak verviel. Ingevolge de Ierse overnameregels geldt namelijk een openbaar overnamebod dat aan de controlebevoegdheid van de Commissie onderworpen is, als vervallen wanneer de Commissie de procedure van artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening inleidt. In een perscommuniqué van 20 december 2006 verklaarde de algemeen directeur van Ryanair evenwel:

„Ryanair blijft bij haar voornemen om Aer Lingus over te nemen en zal dit tot de — naar onze mening — succesvolle afsluiting van het fase II-onderzoek niet loslaten."

13 Op 3 april 2007 zond de Commissie Ryanair overeenkomstig artikel 18 van de concentratieverordening een mededeling van punten van bezwaar. Punt 7 van deze mededeling beschrijft de aangemelde concentratie in dezelfde bewoordingen als het besluit tot opening van het fase II-onderzoek.

14 In haar antwoord van 17 april 2007 op de mededeling van punten van bezwaar gaf Ryanair te kennen dat zij zich jegens de Commissie ertoe verbond om de met haar aandelen in Aer Lingus verbonden stemrechten tot het eind van het fase II-onderzoek niet uit te oefenen, en wees zij er tevens op dat deze aandelen haar hoe dan ook niet in staat stelden zeggenschap over Aer Lingus uit te oefenen.

15 Op 27 juni 2007 verklaarde de Commissie de aangemelde concentratie ingevolge artikel 8, lid 3, van de concentratieverordening onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt [beschikking C(2007) 3104, zaak COMP/M.4439 — Ryanair/Aer Lingus; hierna: „beschikking Ryanair"]. Deze beschikking is aan de orde in zaak T-342/07, Ryanair/Commissie, waarin Aer Lingus aan de zijde van de Commissie intervenieert.

16 Punt 12 van de beschikking Ryanair luidt als volgt:

„Daar Ryanair de eerste 19 % van het aandelenkapitaal van Aer Lingus minder dan tien dagen vóór het uitbrengen van het openbare overnamebod heeft verkregen en nog eens 6 % onmiddellijk daarna, en, gelet op de toelichting van Ryanair op het economisch doel dat zij ten tijde van de transacties nastreefde, wordt de gehele transactie, bestaande in de verwerving van aandelen vóór en tijdens de looptijd van het openbare overnamebod en in het openbare overnamebod zelf, als één concentratie in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening beschouwd."

Briefwisseling tussen Aer Lingus en de Commissie tijdens de procedure voor onderzoek van de concentratie

17 Tijdens de procedure voor onderzoek van de concentratie diende Aer Lingus bij de Commissie tal van opmerkingen in over het belang van Ryanair in Aer Lingus.

18 Vanaf de vooronderzoeksprocedure verzocht Aer Lingus de Commissie, het belang van Ryanair en haar openbaar overnamebod als één concentratie te behandelen. Na het besluit tot opening van het fase II-onderzoek, waarbij de Commissie deze twee elementen als deel van één concentratie beschouwde, verzocht Aer Lingus de Commissie bij brief van 25 januari 2007 en vervolgens bij brief van 7 juni 2007, Ryanair te gelasten haar belang in Aer Lingus af te stoten, en de noodzakelijke voorlopige maatregelen krachtens artikel 8, leden 4 en 5, van de concentratieverordening te nemen. Indien de Commissie zich niet bevoegd achtte om op grond van die bepalingen te handelen, verzocht Aer Lingus haar subsidiair te verklaren dat artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening de nationale mededingingsautoriteiten niet belette hun bevoegdheden met betrekking tot dit belang uit te oefenen.

19 Op 27 juni 2007, dat wil zeggen op de dag dat de beschikking Ryanair werd gegeven, deelde het directoraat-generaal (DG) „Concurrentie" van de Commissie Aer Lingus schriftelijk mee dat de diensten van de Commissie niet bevoegd waren om Ryanair op grond van artikel 8, leden 4 en 5, van de concentratieverordening te gelasten haar minderheidsbelang af te stoten of om andere maatregelen met het oog op het herstel van de situatie vóór de totstandbrenging van de concentratie te nemen. Het DG Concurrentie voegde eraan toe dat dit standpunt niet in de weg stond aan de bevoegdheden van de lidstaten met betrekking tot de eventuele toepassing van hun mededingingswetgeving op de verwerving door Ryanair van een minderheidsbelang in Aer Lingus.

Briefwisseling tussen Aer Lingus en de Commissie na de beschikking Ryanair, uitnodiging tot handelen op grond van artikel 232 EG en bestreden beschikking

20 De beschikking Ryanair, waarbij de totstandbrenging van de concentratie Ryanair/Aer Lingus wordt verboden, bevat geen maatregel met betrekking tot het belang van Ryanair van 25,17 % in het kapitaal van Aer Lingus.

21 Op 12 juli 2007 zond Aer Lingus een memorandum aan de Commissie, aan de Irish Competition Authority, aan het Office for Fair Trading van het Verenigd Koninkrijk en aan het Duitse Bundeskartellamt met het verzoek een gemeenschappelijk standpunt te bepalen ten aanzien van de vraag welke autoriteit bevoegd was met betrekking tot dit belang te handelen. Volgens verzoekster werd dit memorandum aan het Office for Fair Trading en aan het Bundeskartellamt gezonden, omdat deze autoriteiten op grond van de nationale bepalingen inzake concentratiecontrole bevoegd zijn tot handelen met betrekking tot minderheidsbelangen, en aan de Irish Competition Authority, omdat het in het geding om twee Ierse vennootschappen gaat en de consumenten die door de concentratie het meest worden geraakt, in Ierland woonachtig zijn.

22 Bij brief van 3 augustus 2007 herhaalden de diensten van de Commissie hun standpunt dat zij niet bevoegd waren, Ryanair te verplichten haar belang af te stoten, maar dat dit de lidstaten niet belette hun eigen mededingingswetgeving toe te passen.

23 Bij brief van 17 augustus 2007 aan het met concurrentie belaste lid van de Commissie nodigde Aer Lingus de Commissie krachtens artikel 232 EG uit te handelen door een

procedure op grond van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening in te leiden en door voorlopige maatregelen op grond van artikel 8, lid 5, van die verordening vast te stellen dan wel door formeel te verklaren dat zij daartoe niet bevoegd was. Voorts verzocht Aer Lingus de Commissie een standpunt te bepalen ten aanzien van de uitlegging van artikel 21 van de concentratieverordening met betrekking tot het belang van Ryanair van 25,17 % in het kapitaal van Aer Lingus.

24 Op 11 oktober 2007 ontving Aer Lingus antwoord van de Commissie (hierna: „bestreden beschikking").

25 Enerzijds wijst de Commissie het verzoek van Aer Lingus af om een procedure op grond van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening tegen Ryanair in te leiden. Zij herinnert er om te beginnen aan dat blijkens artikel 3, leden 1 en 2, van de concentratieverordening een concentratie enkel tot stand komt indien een onderneming zeggenschap over een andere onderneming verkrijgt, dat wil zeggen de mogelijkheid om een beslissende invloed daarover uit te oefenen (punt 8 van de bestreden beschikking). De Commissie wijst er ook op dat uit artikel 8, lid 4, van die verordening blijkt dat zij, indien zij vaststelt dat een concentratie reeds tot stand is gebracht en die concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, daarop de betrokken ondernemingen kan verplichten de concentratie te ontbinden, met name door verkoop van alle verkregen aandelen of vermogensbestanddelen, met het oog op het herstel van de situatie zoals die was vóór de totstandbrenging van de concentratie. Zij herinnert eraan dat zij ook elke andere passende maatregel kan gelasten om te bereiken dat de betrokken ondernemingen de concentratie ontbinden of andere herstelmaatregelen nemen (punt 9).

26 De Commissie past vervolgens deze bepalingen op het concrete geval toe om in de punten 10 en 11 van de bestreden beschikking vast te stellen dat de aangemelde concentratie niet tot stand is gebracht en het bestreden belang Ryanair geen zeggenschap over Aer Lingus verleent. Deze punten luiden als volgt:

„10. De Commissie is van mening dat de in de onderhavige zaak onderzochte concentratie niet tot stand is gebracht. Ryanair heeft geen zeggenschap over Aer Lingus verkregen en de beschikking [Ryanair] sluit uit dat Ryanair later door middel van de aangemelde concentratie zeggenschap over Aer Lingus zal verkrijgen. De transacties die tijdens de procedure voor de Commissie zijn uitgevoerd, kunnen derhalve niet als deel van een tot stand gebrachte concentratie worden beschouwd.

11. In dit verband zij erop gewezen dat een minderheidsbelang van 25,17 % Ryanair niet feitelijk of rechtens zeggenschap over Aer Lingus in de zin van artikel 3, lid 2, van de concentratieverordening verleent. Hoewel in bepaalde omstandigheden een minderheidsbelang tot de uitoefening van zeggenschap kan leiden, heeft de Commissie geen aanwijzingen dat die omstandigheden in casu aanwezig zijn. Volgens de informatie van de Commissie zijn namelijk de rechten van Ryanair als minderheidsaandeelhouder (met name het recht om zogenoemde „bijzondere beslissingen" naar Iers vennootschapsrecht tegen te houden) uitsluitend verbonden met de rechten inzake de bescherming van de minderheidsaandeelhouders. Deze rechten verlenen echter geen zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 2, van de concentratieverordening. Bovendien schijnt Aer Lingus zelf niet te stellen dat dit minderheidsbelang ertoe zou leiden dat Ryanair zeggenschap over haar kreeg, en heeft zij de Commissie geen bewijs verstrekt dat op het bestaan van een dergelijke zeggenschap zou duiden."

27 Verder weerlegt de Commissie in de punten 12 en 13 van de bestreden beschikking de door Aer Lingus voorgestelde analyse, volgens welke het minderheidsbelang van Ryanair in haar kapitaal een gedeeltelijke totstandbrenging van de door de Commissie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaarde concentratie was,

waaraan ingevolge artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening een einde moest worden gemaakt:

„12. De voorgestelde uitlegging van de verwerving van het minderheidsbelang als „gedeeltelijke totstandbrenging" in de zin van artikel 8, lid 4, van de EG concentratieverordening valt moeilijk te verzoenen met de bewoordingen van die bepaling die duidelijk verwijzen naar een concentratie die „reeds tot stand is gebracht". Aangezien het beslissende element van een concentratie in de zin van de concentratieverordening — de verkrijging van zeggenschap — ontbreekt, kan in casu niet worden gesproken van een concentratie die „reeds tot stand is gebracht" en kan van partijen niet worden verlangd „de concentratie te ontbinden". De bevoegdheid van de Commissie beperkt zich tot situaties waarin de verkrijger zeggenschap over het doelwit krijgt. Met de beschikkingen op grond van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening wordt beoogd op te treden tegen de negatieve gevolgen voor de mededinging die uit de totstandbrenging van een concentratie volgens de definitie van artikel 3 van deze verordening kunnen voortvloeien. In casu kunnen dergelijke negatieve gevolgen zich niet voordoen, omdat Ryanair door middel van de voorgenomen concentratie geen zeggenschap over Aer Lingus heeft verkregen en ook niet kan verkrijgen.

13. In dit opzicht verschilt het onderhavige geval duidelijk van de situatie in eerdere zaken waarin artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening werd toegepast, zoals de zaak Tetra Laval/Sidel of de zaak Schneider/Legrand, waarin het openbare overnamebod reeds tot een succesvol einde was gebracht en de verkrijger zeggenschap over het doelwit had verkregen."

28 Daar in artikel 8, lid 5, van de concentratieverordening voor de omschrijving van de situaties waarin de Commissie kan handelen, dezelfde uitdrukking wordt gebruikt als in artikel 8, lid 4, en in casu geen concentratie tot stand is gekomen, wijst de

Commissie om dezelfde redenen het verzoek van Aer Lingus af om voorlopige maatregelen op grond van artikel 8, lid 5, van die verordening vast te stellen (zie punten 15-17 van de bestreden beschikking).

29 De Commissie merkt, wat het verzoek betreft om artikel 21 van de concentratieverordening met betrekking tot het belang van Ryanair van 25,17 % in het kapitaal van Aer Lingus uit te leggen, anderzijds op dat artikel 21, lid 3, enkel de lidstaten een verplichting oplegt en haar geen specifieke rechten of bevoegdheden verleent. De Commissie acht zich derhalve niet bevoegd een bindende uitlegging van een tot de lidstaten gerichte bepaling te geven en kan geen antwoord geven op het verzoek van Aer Lingus om uitlegging (zie punten 20-25 en punt 26, laatste volzin, van de bestreden beschikking).

30 De Commissie verklaart ook dat zij, indien een lidstaat artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening niet nakomt, nog steeds bevoegd is tegen die lidstaat een inbreukprocedure krachtens artikel 226 EG in te leiden (punt 21 van de bestreden beschikking). Evenzo kan Aer Lingus, indien naar haar mening een nationale mededingingsautoriteit overeenkomstig de toepasselijke nationale mededingingswetgeving verplicht was met betrekking tot het minderheidsbelang van Ryanair te handelen, die zaak aan die autoriteit en/of aan de bevoegde nationale rechter voorleggen. Indien een nationale rechter een uitlegging van artikel 21, lid 3, noodzakelijk achtte voor het wijzen van zijn vonnis, kan die rechter het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 234 EG verzoeken bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen om de uitlegging van artikel 21, lid 3, te verduidelijken en een uniforme uitlegging van het bestreden gemeenschapsrecht te waarborgen (zie punt 23 van de bestreden beschikking).

Procesverloop en conclusies van partijen

31 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 19 november 2007, heeft verzoekster krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ingesteld.

32 Bij op dezelfde dag neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster krachtens artikel 242 EG in kort geding verzocht om voorlopige maatregelen en om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking.

33 Bij beschikking van 18 maart 2008, Aer Lingus Group/Commissie (T-411/07 R, Jurispr. blz. II-411), heeft de president van het Gerecht het verzoek om voorlopige maatregelen en om opschorting van de tenuitvoerlegging afgewezen.

34 Bij op 19 november 2007 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster krachtens artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht tevens een verzoek ingediend om de zaak volgens de versnelde procedure te behandelen. Bij brief van 5 december 2007 heeft de Commissie haar opmerkingen over dit verzoek gemaakt.

35 Bij beslissing van 11 december 2007 heeft het Gerecht (Derde kamer) het verzoek om een behandeling volgens de versnelde procedure afgewezen.

36 Bij beschikking van 23 mei 2008 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht Ryanair toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.

37 Bij fax, ingekomen bij de griffie van het Gerecht op 4 augustus 2008, heeft Ryanair te kennen gegeven dat de door de Commissie in haar memories gemaakte opmerkingen volgens haar volstonden en dat zij bijgevolg van indiening van een memorie in interventie afzag. Deze fax bevatte haar conclusies met betrekking tot het geding.

38 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan.

39 Partijen hebben ter terechtzitting van 7 juli 2009 pleidooi gehouden en op de vragen van het Gerecht geantwoord.

40 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

41 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep ongegrond te verklaren voor zover het haar weigering betreft om een procedure op grond van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening in te leiden en om voorlopige maatregelen op grond van artikel 8, lid 5, van voornoemde verordening vast te stellen;

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren of, subsidiair, het beroep ongegrond te verklaren voor zover het haar weigering betreft om een uitlegging te geven van artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

42 Ryanair concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten van de interventie.

In rechte

43 Verzoekster baseert haar beroep op twee middelen: 1) schending van artikel 8, leden 4 en 5, van de concentratieverordening, en 2) schending van artikel 21, lid 3, van die verordening. Aangezien het tweede middel volgens de voordracht van verzoekster nauw verband houdt met het eerste middel, wat ter terechtzitting is bevestigd, waar verzoekster heeft verklaard dat het tweede middel als een deel van het eerste kon worden beschouwd, zullen deze twee middelen door het Gerecht tezamen worden onderzocht.

Argumenten van partijen

44 Met betrekking tot het eerste middel betreffende schending van artikel 8, leden 4 en 5, van de concentratieverordening stelt verzoekster dat de Commissie in de bestreden beschikking deze bepalingen heeft geschonden, omdat zij zich na de beschikking Ryanair waarbij de totstandbrenging van de voorgenomen concentratie werd verboden, niet bevoegd achtte om Ryanair te verplichten haar minderheidsbelang in verzoeksters kapitaal af te stoten, om passende maatregelen te nemen met het oog op het herstel van de situatie van vóór de concentratie of om voorlopige maatregelen te nemen.

45 In de eerste plaats betwist verzoekster de verklaring in punt 12 van de bestreden beschikking dat „zich geen negatieve gevolgen [voor de mededinging] kunnen voordoen, aangezien Ryanair door middel van de voorgestelde concentratie geen zeggenschap over Aer Lingus heeft verkregen en ook niet kan verkrijgen". Het belang van Ryanair heeft integendeel aanzienlijke negatieve gevolgen voor de mededinging, en indien de Commissie in dergelijke omstandigheden niet krachtens artikel 8, leden 4

en 5, van de concentratieverordening bevoegd was om die gevolgen weg te nemen, zouden deze verordening en de competentie van de Gemeenschap om „onvervalste mededinging" te waarborgen, een ernstige leemte vertonen.

46 Van de aanzienlijke negatieve gevolgen voor de mededinging die het belang van Ryanair in haar kapitaal met zich brengt, noemt verzoekster de volgende: Ryanair heeft haar belang gebruikt om toegang te krijgen tot verzoeksters vertrouwelijke strategische plannen en tot haar bedrijfsgeheimen; zij heeft een bijzondere beslissing met betrekking tot de verhoging van verzoeksters kapitaal tegengehouden, en zij heeft twee buitengewone algemene vergaderingen bijeen laten roepen met het doel door verzoekster vastgestelde strategische beslissingen ongedaan te maken. Bovendien heeft Ryanair haar hoedanigheid van aandeelhouder gebruikt om campagne te voeren tegen verzoeksters directie en om verzoeksters directeuren met een rechtszaak te dreigen wegens schending van statutaire plichten jegens haar. Hierdoor zou Aer Lingus een minder effectieve concurrent van Ryanair worden.

47 Vanuit economisch oogpunt zou dit soort van minderheidsbelangen tussen concurrenten die zich in een duopolistische situatie bevinden, vanzelfsprekend de mededinging vervalsen. Ryanair is minder geneigd om met Aer Lingus te concurreren, omdat zij als aandeelhoudster de waarde van haar belang wil handhaven en verzekeren dat Aer Lingus winstgevend is. Een dergelijk minderheidsbelang wijzigt het belang van partijen en werkt prijsverhogingen en stilzwijgende afspraken in de hand, wat de mededinging verstoort. Door het belang van Ryanair verliest Aer Lingus ook aan aantrekkingskracht op de beurs en op de financiële markt.

48 De door Aer Lingus betwiste verklaring is ook in strijd met de vroegere praktijk van de Commissie zoals deze tot uitdrukking is gebracht in beschikking 2004/103/EG van

30 januari 2002 tot vaststelling van maatregelen om een daadwerkelijke mededinging te herstellen overeenkomstig artikel 8, lid 4, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (zaak COMP/M. 2416 — Tetra Laval/Sidel) (PB 2004, L 38, blz. 1) (hierna: „beschikking Tetra Laval"), waarin de Commissie zich op het standpunt stelde dat Tetra Laval geen toestemming zou krijgen om een belang in Sidel te behouden, en in beschikking 2004/276/EG van 30 januari 2002 waarbij scheiding van ondernemingen wordt gelast op basis van artikel 8, lid 4, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (zaak COMP/M.2283 — Schneider/Legrand) (PB 2004, L 101, blz. 134) (hierna: „beschikking Schneider"), waarin de Commissie zich op het standpunt stelde dat een belang van Schneider van minder dan 5 % in het kapitaal van Legrand niet tot negatieve gevolgen voor de mededinging zou leiden. Op dit punt betwist verzoekster de verklaring van de Commissie in punt 13 van de bestreden beschikking dat de situatie in de onderhavige zaak verschilt van die welke hebben geleid tot de zaken Tetra Laval en Schneider, waarin het openbare overnamebod reeds volledig was uitgevoerd en waarin de verkrijger zeggenschap over het doelwit had verkregen. Dit onderscheid is niet relevant voor de beoordeling van de verklaring in punt 12 van die beschikking, dat „bij gebreke van zeggenschap" geen sprake is van negatieve gevolgen voor de mededinging. In de zaken Tetra Laval en Schneider had de Commissie precies het tegenovergestelde standpunt ingenomen, namelijk dat zelfs indien de relevante belangen werden verlaagd tot een niveau dat geen mogelijkheid bood om „zeggenschap" uit te oefenen, een minderheidsbelang toch tot een onaanvaardbare verstoring van de mededinging zou leiden. Voorts blijft de hier aan de orde zijnde concentratie een potentiële concentratie. Of het openbare overnamebod al dan niet is vervallen, is irrelevant omdat Ryanair bij haar voornemen om Aer Lingus te verkrijgen is gebleven en nog steeds blijft. Verschillen tussen de op het openbare overnamebod toepasselijke nationale wettelijke bepalingen kunnen niet worden aangevoerd als rechtvaardiging dat de ene verkrijger een minderheidsbelang kan behouden terwijl een andere verplicht is het af te stoten. De invloed op de mededinging is in beide gevallen dezelfde. In de onderhavige zaak kan de vaststelling van de beschikking Ryanair niet tot gevolg hebben dat de Commissie haar bevoegdheid wordt ontnomen om de mededingingsverstoring te onderzoeken die voortvloeit uit een deel van de concentratie die zij zojuist heeft verboden.

49 Verzoekster beroept zich ook op de praktijk van de United Kingdom Competition Commission, die in oktober 2007 voorlopig ervan uitging dat de verwerving van 17,9 % van de aandelen van ITV door BSkyB de concurrentie aanmerkelijk kon verminderen

omdat de rivaliteit tussen deze twee vennootschappen wegviel en BSkyB concreet de directie van ITV kon beïnvloeden.

50 In de tweede plaats stelt verzoekster dat artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is op het belang van Ryanair dat op grond van een verboden concentratie is verkregen. Dezelfde redenering geldt, mutatis mutandis, voor de bevoegdheid van de Commissie om voorlopige maatregelen krachtens artikel 8, lid 5, sub c, van voornoemde verordening te nemen.

51 Om te beginnen moet aan de concentratieverordening een teleologische uitlegging worden gegeven. In geval van een keuze tussen twee mogelijke uitleggingen van de verordening hebben het Hof en het Gerecht opgemerkt dat de engere uitlegging de concentratieverordening gedeeltelijk haar nuttig effect zou ontnemen, terwijl de ruimere uitlegging strookte met de bewoordingen ervan, ook al was dat niet uitdrukkelijk vermeld. De uitlegging van artikel 8, leden 4 en 5, van de concentratieverordening, die de Commissie in de bestreden beschikking verricht, is in strijd met het doel ervan, namelijk een systeem van niet-vervalste mededinging overeenkomstig artikel 3, sub g, EG te waarborgen. De door de Commissie gevolgde benadering zou de Unie weerloos maken tegenover de door het minderheidsbelang van Ryanair gecreëerde mededingingsverstoring, ook al is dat belang door middel van een verboden concentratie verkregen.

52 Wat het verzoek om toepassing van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening betreft, dat een concentratie verlangt die „reeds tot stand is gebracht" en die „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard", wijst verzoekster erop dat de

Commissie een zuiver letterlijke uitlegging van deze bepaling geeft met de opmerking in punt 10 van de bestreden beschikking dat „de in de onderhavige zaak onderzochte concentratie niet tot stand is gebracht" en dat „de transacties die tijdens de procedure voor de Commissie zijn uitgevoerd, derhalve geen deel van een tot stand gebrachte concentratie kunnen vormen". Deze uitlegging is onjuist omdat de Commissie van mening is dat de in de bestreden beschikking te onderzoeken „transacties" verschillen van de in punt 12 van de beschikking Ryanair onderzochte concentratie (zie punt 16 hierboven). Die uitlegging is ook onjuist omdat de Commissie de term „tot stand is gebracht" in artikel 8, lid 4, sub a, van de concentratieverordening gelijkstelt met „zeggenschap verkrijgen" in de zin van artikel 3, lid 2, van voornoemde verordening. Volgens verzoekster is het duidelijk dat de concentratie in de onderhavige zaak tot stand is gebracht door middel van de transacties die deel uitmaken van de verboden concentratie en die Ryanair in staat hebben gesteld meer dan 25 % van Aer Lingus te verwerven (en nog steeds te bezitten). Het feit dat de concentratie niet volledig tot stand is gekomen, omdat de Commissie dit zelf heeft verhinderd, betekent niet dat de concentratie niet – zelfs niet gedeeltelijk – tot stand is gebracht door middel van de in punt 12 van de beschikking Ryanair genoemde transacties. In dit verband is de stelling van de Commissie in punt 12 van de bestreden beschikking dat het begrip „gedeeltelijk tot stand gebrachte" concentratie geen steun vindt in de bewoordingen van artikel 8, lid 4, juist maar biedt weinig steun, omdat het op grond van de bewoordingen van die bepaling ook niet mogelijk is een volledige totstandbrenging in de zin van verkrijging van zeggenschap te verlangen. Volgens verzoekster is het leidende beginsel van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening niet de verkrijging van zeggenschap maar de noodzaak om de situatie van vóór de concentratie te herstellen door de transacties die deel uitmaken van de verboden concentratie, ongedaan te maken.

53 Bij een coherente benadering van het begrip „totstandbrenging" dient de betekenis van dit woord ook te worden onderzocht in het licht van artikel 7, lid 1, van de concentratieverordening, dat bepaalt dat een concentratie met een communautaire dimensie niet tot stand mag worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard. Uit een onderzoek van de praktijk van de Commissie op dit punt kan worden opgemaakt dat deze bepaling volgens haar de mogelijkheid biedt een gedeeltelijke totstandbrenging te voorkomen, ook voor transacties waardoor net geen zeggenschap wordt verkregen. In casu had de Commissie gedaan gekregen dat Ryanair de uitoefening van haar stemrechten in verband met haar belang in het kapitaal van Aer Lingus opschortte, hoewel de uitoefening van

die rechten niet gelijkstaat met de uitoefening van zeggenschap. Het ging er hier dus wel degelijk om, eventuele negatieve gevolgen voor de mededinging te voorkomen.

54 Verzoekster stelt ook dat, zonder de verschillende taalversies van de concentratieverordening te hoeven beoordelen, het begrip „totstandbrenging van een concentratie" in artikel 8, leden 4 en 5, en in artikel 7 drie betekenissen kan hebben: de volledige totstandbrenging van de concentratie; de gedeeltelijke totstandbrenging van de gehele concentratie of de volledige totstandbrenging van een deel van de concentratie. Deze meerduidigheid komt duidelijk naar voren in de onderhavige zaak, waarin de Commissie een concentratie heeft verboden die werd omschreven als een concentratie in twee delen (een verwerving van aandelen op de markt en een openbaar overnamebod), waarvan alleen het eerste deel tot stand is gebracht.

55 Met betrekking tot het tweede middel inzake schending van artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening voert verzoekster aan dat de onjuiste conclusies van de Commissie ten aanzien van de toepassing van artikel 8, leden 4 en 5, van voornoemde verordening tot een foutieve uitlegging van die bepaling leiden. Zou namelijk blijken dat de Commissie bevoegd is, met betrekking tot het belang van Ryanair desinvesteringsmaatregelen te nemen, dan komt de nationale mededingingsautoriteiten in dit opzicht immers krachtens artikel 21, lid 3, geen enkele bevoegdheid toe. Deze benadering biedt steun aan het „eenloketbeginsel". Indien deze benadering correct is, heeft de Commissie in de bestreden beschikking artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening geschonden omdat zij niet ondubbelzinnig heeft verklaard dat deze bepaling in de weg stond aan het optreden van de nationale mededingingsautoriteiten, en daardoor de mogelijkheid van een dergelijk optreden heeft opengelaten. Deze schending is des te ernstiger, waar de relevante nationale autoriteiten tegenstrijdige meningen hebben verkondigd. Een samenhangende uitlegging van artikel 8, leden 4 en 5, van deze verordening sluit elke uitlegging van artikel 21, lid 3, uit, die de lidstaten belet hun nationale recht op het belang van Ryanair toe te passen, wanneer dit belang los van het openbare overnamebod wordt beschouwd, en die ook de Commissie de bevoegdheid ontneemt, dit belang aan artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening

te toetsen. Anders zou het belang van Ryanair ten aanzien van zowel de Europese Unie als de lidstaten juridische immuniteit genieten.

56 De Commissie betwist dit betoog. Zij wijst met name erop dat de concentratieverordening alleen van toepassing is op „concentraties" die beantwoorden aan de definitie van artikel 3 van de concentratieverordening. In die context is de verwerving van een minderheidsbelang dat als zodanig geen „zeggenschap" verleent, geen „concentratie" volgens de concentratieverordening. De Commissie voert ook aan dat artikel 21, lid 3, haar geen speciale plichten of bevoegdheden verleent, zodat zij dus niet bevoegd is, een uitlegging van deze bepaling te geven wanneer zij overeenkomstig artikel 232 EG tot handelen wordt uitgenodigd.

Beoordeling door het Gerecht

57 Aer Lingus voert in haar uitnodiging tot handelen zoals in het onderhavige beroep in wezen aan dat het vóór of tijdens de looptijd van het openbare overnamebod verkregen belang van Ryanair in haar kapitaal een gedeeltelijke totstandbrenging van de door de Commissie onverenigbaar verklaarde concentratie is. Om de voorwaarden van een daadwerkelijke mededinging te herstellen, moet de Commissie dus ingevolge artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening de verkoop van alle door Ryanair verkregen aandelen gelasten (zie punten 8, 23, 44 e.v. hierboven).

58 In de bestreden beschikking wijst de Commissie dit verzoek om inleiding van een procedure tegen Ryanair op basis van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening af met het betoog dat de door die onderneming aangemelde concentratie niet tot stand is gebracht en het bestreden belang Ryanair geen zeggenschap over Aer Lingus verleent. De Commissie is ook de mening toegedaan dat bij gebreke van een concentratie in de zin van de concentratieverordening de door verzoekster voorgestelde uitlegging de grenzen van haar bevoegdheid zou overschrijden (zie punten 25-27 hierboven).

59 Voor de beoordeling of de bestreden beschikking rechtmatig is in het licht van de aan de Commissie toegekende bevoegdheid om een onderneming tot ontbinding van de concentratie te verplichten, met name door de verkoop van alle in een andere onderneming verkregen aandelen, moet worden gerefereerd aan het relevante tijdstip als bepaald in artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening, dat ziet op een „concentratie" die „reeds tot stand is gebracht" en die „onverenigbaar is verklaard met de gemeenschappelijke markt" (zie punt 2 hierboven).

60 De bestreden beschikking is inderdaad vastgesteld op een tijdstip waarop de Commissie de door Ryanair aangemelde concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaarde. Daar de Commissie in de beschikking Ryanair, waarbij de onverenigbaarheid van de aangemelde concentratie op grond van artikel 8, lid 3, van de concentratieverordening werd vastgesteld, geen beslissing had genomen over de kwestie van het minderheidsbelang van Ryanair in het kapitaal van Aer Lingus, kon zij dit nog in een afzonderlijke, op basis van artikel 8, lid 4, in fine, van die verordening vastgestelde beschikking doen.

61 Zoals in de bestreden beschikking op goede gronden is verklaard, is echter niet voldaan aan de andere voorwaarde van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening, omdat de aangemelde concentratie niet tot stand is gebracht. Vanaf het moment

waarop de beschikking tot onverenigbaarverklaring met de gemeenschappelijke markt werd vastgesteld, is het voor Ryanair in casu zowel rechtens als feitelijk niet meer mogelijk Aer Lingus te controleren of een beslissende invloed op de activiteiten van die onderneming uit te oefenen.

62 Vanuit juridisch oogpunt is het in de concentratieverordening gebruikte begrip concentratie belangrijk, omdat het de basis is voor de bevoegdheid van de Commissie uit hoofde van die verordening. De concentratieverordening is immers van toepassing op alle concentraties met een communautaire dimensie (artikel 1, lid 1). Het begrip concentratie wordt in artikel 3 van voornoemde verordening gedefinieerd. Volgens artikel 3, lid 1, komt een concentratie tot stand indien sprake is van een duurzame wijziging van zeggenschap die voortvloeit uit bijvoorbeeld de fusie van twee ondernemingen of uit het verkrijgen door een onderneming van zeggenschap over een andere onderneming. Artikel 3, lid 2, preciseert dat zeggenschap berust op rechten, overeenkomsten of andere middelen die het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van de betrokken onderneming.

63 Elke transactie of geheel van transacties waardoor „een duurzame wijziging van zeggenschap" wordt bewerkstelligd door „het mogelijk [te] maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van de betrokken onderneming", is derhalve een concentratie die wordt geacht tot stand te zijn gebracht in de zin van de verordening. Deze concentraties hebben het volgende kenmerk gemeen: terwijl er vóór de transactie twee aparte ondernemingen voor een bepaalde economische activiteit waren, is er na die transactie nog maar één onderneming. Afgezien van de hypothese van een fusie, waarbij een van de twee betrokken ondernemingen verdwijnt, moet de Commissie dus uitmaken of de totstandbrenging van de concentratie ertoe leidt dat een van de betrokken ondernemingen een controlebevoegdheid over de andere krijgt, die het voordien niet had. Die controlebevoegdheid bestaat in de mogelijkheid een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, met name wanneer de onderneming die deze bevoegdheid bezit, aan de andere onderneming keuzes met betrekking tot haar strategische beslissingen kan opleggen.

64 Uit het voorgaande blijkt, dat het verkrijgen van een belang dat als zodanig geen zeggenschap geeft in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening, geen tot stand gebrachte concentratie in de zin van deze verordening is. Op dit punt onderscheidt het recht van de Unie zich van het recht van sommige lidstaten, waarvan de nationale autoriteiten overeenkomstig de nationale wettelijke bepalingen inzake de controle op concentraties bevoegd zijn tot handelen met betrekking tot minderheidsbelangen die in ruimere zin zijn gedefinieerd (zie punten 21 en 48 hierboven).

65 Anders dan verzoekster stelt, kan het begrip concentratie niet worden uitgebreid tot gevallen waarin, indien geen zeggenschap is verkregen, het betrokken belang als zodanig niet de mogelijkheid biedt een beslissende invloed op de activiteiten van de onderneming uit te oefenen, maar in ruimere zin past in het kader van een aangemelde concentratie die de Commissie heeft onderzocht en na afloop van dat onderzoek onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard, zonder dat een wijziging van zeggenschap in voornoemde zin heeft plaatsgevonden.

66 Een dergelijke bevoegdheid wordt aan de Commissie ingevolge de concentratieverordening niet verleend. Volgens de bewoordingen van artikel 8, lid 4, van die verordening bestaat de bevoegdheid om te verplichten tot verkoop van alle aandelen die een onderneming in een andere onderneming heeft verworven, enkel „met het oog op het herstel van de situatie zoals die was vóór de totstandbrenging van de concentratie". Wanneer geen zeggenschap is verkregen, is de Commissie niet bevoegd om die concentratie te ontbinden. Indien de wetgever de Commissie een ruimere bevoegdheid had willen verlenen dan die welke in de concentratieverordening is neergelegd, had hij een bepaling in die zin geformuleerd.

67 Vanuit feitelijk oogpunt staat het buiten kijf dat het belang van Ryanair in het kapitaal van Aer Lingus in casu Ryanair niet de mogelijkheid biedt om Aer Lingus te „controleren". Afgezien van de informatie in de punten 10 en 11 van de bestreden beschikking verklaart Aer Lingus dat zij „het in punt 11 van de bestreden beschikking geuite vermoeden accepteert dat Ryanair op 27 juni 2007 geen ‚zeggenschap' in de zin van artikel 3, lid 2, van de concentratieverordening uitoefende". Ook stelt Aer Lingus niet

dat het belang van 29,3 % dat Ryanair vanaf augustus 2007 in haar kapitaal bezat, Ryanair zeggenschap over haar verleent, maar verklaart zij enkel dat dit belang Ryanair „aanzienlijke mogelijkheden geeft om zich met het beheer en de commerciële strategie van Aer Lingus te bemoeien".

68 Verder moet op verzoeksters argumenten met betrekking tot de gestelde negatieve gevolgen voor de mededinging worden geantwoord dat deze door de Commissie in de bestreden beschikking terecht zijn weerlegd, op grond dat zij in de onderhavige zaak concreet met een vorm van zeggenschap kunnen worden gelijkgesteld (punt 11 van de bestreden beschikking). In dit verband moet algemeen worden opgemerkt dat de concentratieverordening niet tot doel heeft, ondernemingen voor commerciële geschillen met hun aandeelhouders te behoeden of elke onzekerheid met betrekking tot de goedkeuring van belangrijke beslissingen door die aandeelhouders weg te nemen. Indien de directie van Aer Lingus het gedrag van Ryanair als aandeelhouder onjuist of onrechtmatig acht, kan zij de zaak aan de bevoegde nationale rechterlijke instanties of autoriteiten voorleggen.

69 Hoewel de door verzoekster aangevoerde feitelijke omstandigheden erop lijken te duiden dat de verhouding tussen de directie van Aer Lingus en Ryanair gespannen is, en hun meningen op een aantal punten uiteenlopen, wordt daarmee hoe dan ook niet bewezen — zoals noodzakelijk is voor een beslissing van de Commissie om artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening toe te passen — dat een mogelijkheid bestaat een beslissende invloed op de activiteiten van die onderneming uit te oefenen.

70 Wat de bewering betreft dat Ryanair haar belang zou hebben gebruikt om te proberen toegang te krijgen tot de vertrouwelijke strategische plannen en de bedrijfsgeheimen van Aer Lingus, is het enige ter onderbouwing van deze stelling aangevoerde bewijs een brief waarin Ryanair in algemene bewoordingen verzoekt om een bijeenkomst met de directie van Aer Lingus. Het verzoekschrift bevat geen enkel bewijs dat tijdens een dergelijke bijeenkomst daadwerkelijk vertrouwelijke informatie is uitgewisseld.

Een dergelijke uitwisseling van informatie is in elk geval geen rechtstreeks gevolg van het minderheidsbelang, maar is toe te schrijven aan later gedrag van de twee ondernemingen dat eventueel aan artikel 81 EG kan worden getoetst.

71 Wat de bewering betreft dat Ryanair tegen een bijzondere beslissing heeft gestemd, op grond waarvan de raad van bestuur aandelen had mogen uitgeven zonder dat hij die aandelen eerst aan bestaande aandeelhouders hoefde aan te bieden, zoals dit gewoonlijk in het vennootschapsrecht is voorzien, blijkt evenzo uit het commentaar van verzoeksters algemeen directeur, dat in *The Irish Times* van 7 juli 2007 in een artikel met het opschrift „Ryanair verijdelt Aer Lingus' poging om haar belang te verminderen" is weergegeven en door de Commissie is aangehaald, zonder door verzoekster te zijn betwist, dat het uitblijven van die beslissing geen belangrijke invloed op de onderneming had.

72 Wat de bewering betreft dat Ryanair om het bijeenroepen van twee buitengewone algemene vergaderingen had verzocht teneinde strategische beslissingen van Aer Lingus ongedaan te maken, merkt de Commissie op, zonder door verzoekster te zijn weersproken, dat de raad van bestuur van Aer Lingus die twee verzoeken heeft afgewezen en dat de geplande beslissingen ondanks de tegenstand van Ryanair zijn uitgevoerd. Dit dient als voorbeeld van het feit dat Ryanair, anders dan verzoekster stelt, niet in staat was haar wil aan verzoekster op te leggen.

73 De bewering dat Ryanair campagne heeft gevoerd tegen de directie van Aer Lingus, moet worden begrepen als een hernieuwde verwijzing naar de twee buitengewone algemene vergaderingen waarom Ryanair had verzocht alsmede naar de briefwisseling en de desbetreffende openbare verklaringen. Zoals de Commissie in haar memories heeft opgemerkt, heeft Aer Lingus die twee verzoeken afgewezen en haar beslissing uitgevoerd zoals gepland. Zou blijken dat Ryanair de directie van Aer Lingus

verscheidene weken lang had gestoord, dan zou dat nog altijd niet bewijzen dat een mogelijkheid bestond om een beslissende invloed op de activiteiten van die onderneming uit te oefenen in de zin van de concentratieverordening.

74 Op de bewering dat het bezit van een minderheidsbelang in een concurrerende onderneming in een duopolistische situatie vanzelfsprekend de mededinging verstoort, omdat de onderneming met een dergelijk belang minder geneigd is om te concurreren met een onderneming waarvan de winstgevendheid voor haar van belang is, moet worden geantwoord dat deze door de feiten wordt gelogenstraft. De Commissie merkt in dit verband op, zonder door verzoekster te zijn weersproken, dat Ryanair na de verwerving van haar belang in Aer Lingus is gaan vliegen op vier routes die voordien uitsluitend door Aer Lingus werden verzorgd, en de frequentie van haar vluchten heeft verhoogd op zes andere routes, waarop zij concurreert met Aer Lingus (zie perscommuniqués van Ryanair van 15 augustus 2007 met het opschrift „Ryanair kondigt zes nieuwe routes vanaf Dublin aan" en van 25 oktober 2007 met het opschrift „Nieuwe route — de 31e — vanaf de luchthaven Shannon en drie nieuwe routes vanaf Dublin"). Deze theoretische bewering volstaat in elk geval niet om te kunnen spreken van een vorm van zeggenschap van Ryanair over Aer Lingus als zodanig, die het afstoten van het in casu betwiste minderheidsbelang kan rechtvaardigen.

75 Hetzelfde geldt voor de bewering dat het belang van Ryanair materiële gevolgen voor de aandelen van Aer Lingus zou hebben, waardoor zij minder interessant voor laatstgenoemde onderneming worden. In beginsel berust de aantrekkingskracht van Aer Lingus op de beurs en op de financiële markt immers niet alleen op het minderheidsbelang van Ryanair, maar moet daarvoor rekening worden gehouden met het totale kapitaal van deze onderneming waarin ook andere belangrijke aandeelhouders een belang kunnen hebben. Zelfs indien het belang van Ryanair invloed kan hebben op de aantrekkingskracht van Aer Lingus, volstaat dit overigens niet als bewijs dat zeggenschap in de door de concentratieverordening verlangde zin bestaat.

76 Indien werd aanvaard dat de Commissie het afstoten van een minderheidsbelang kan gelasten op de enkele grond dat dit vanuit economisch oogpunt een theoretisch risico is in geval van een duopolie of een nadeel voor de aantrekkingskracht van de aandelen van een van de ondernemingen die dit duopolie vormen, zou dit de grenzen overschrijden van de bevoegdheden die aan de Commissie met het oog op de concentratiecontrole zijn verleend.

77 Bij onderzoek van de vroegere praktijk van de Commissie kan hoe dan ook worden vastgesteld dat alle beschikkingen die de Commissie tot op heden op grond van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening heeft gegeven, betrekking hebben op reeds tot stand gebrachte concentraties, waarbij het doelwit niet langer een onafhankelijke concurrent van de verkrijger was. In tegenstelling tot de onderhavige zaak hadden die beschikkingen geen betrekking op de toepasselijkheid van artikel 8, lid 4, op de aan de orde zijnde concentratie, maar alleen op de passende maatregelen om de mededinging te herstellen die de totstandbrenging van de concentratie had uitgeschakeld, waarbij die maatregelen al naar de omstandigheden van het concrete geval van de ene tot de andere zaak konden variëren. De vroegere praktijk van de Commissie met betrekking tot de behandeling van de minderheidsbelangen op grond van artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening kan dus niet met succes worden aangevoerd om de in die bepaling gedefinieerde criteria in twijfel te trekken.

78 Derhalve kan de Commissie niet worden verweten dat zij artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening heeft geschonden, omdat zij van mening was dat in casu geen concentratie tot stand was gekomen, zodat zij niet bevoegd was om Ryanair te verplichten haar belang in het kapitaal van Aer Lingus te verkopen. Enkel wanneer een dergelijk belang Ryanair in staat had gesteld Aer Lingus te controleren door rechtens of feitelijk een beslissende invloed daarover uit te oefenen, wat in casu niet het geval is, had een dergelijke bevoegdheid aan de Commissie uit hoofde van de concentratieverordening kunnen worden toegekend.

79 Aan voorgaande beoordeling wordt niet afgedaan door het feit dat de Commissie tijdens de onderzoeksprocedure ervan is uitgegaan dat het belang dat Ryanair vlak vóór en tijdens de looptijd van het openbare overnamebod op de markt had verworven, als deel van dat openbare overnamebod moest worden beschouwd, hetgeen naar haar zeggen „één concentratie" vormde. In dat stadium, te weten dat van de onderzoeksprocedure, is de zorg van de Commissie namelijk niet gericht op „het herstel van de situatie zoals die was vóór de totstandbrenging van de concentratie", in het geval dat zij een beschikking tot onverenigbaarverklaring heeft vastgesteld, zelfs wanneer de aangemelde concentratie tot stand is gebracht. Deze zorg ontstaat pas op het tijdstip waarop een eindbeschikking is vastgesteld, en wanneer daaraan consequenties moeten worden verbonden indien blijkt dat de situatie daarmee niet in overeenstemming is.

80 Tijdens de onderzoeksprocedure let de Commissie erop niet terecht te komen in situaties waarin de concentratie tot stand is gebracht, hoewel deze nog onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden verklaard. Dat is nu juist het doel van artikel 7 van de concentratieverordening, dat wil verzekeren dat een van de fundamentele beginselen van deze verordening wordt nageleefd, namelijk dat een concentratie met een communautaire dimensie niet tot stand mag worden gebracht zolang deze niet eerst bij de Commissie is aangemeld en door haar is goedgekeurd.

81 Artikel 4 van voornoemde verordening, met het opschrift „Voorafgaande aanmelding […]", bepaalt namelijk in lid 1, dat de concentraties met een communautaire dimensie in de zin van deze verordening bij de Commissie moeten worden aangemeld vóór de totstandbrenging ervan en na de sluiting van de overeenkomst, de aankondiging van het openbare overnamebod of de verwerving van een zeggenschapsdeelneming. Dit beginsel is ook te vinden in artikel 7 van de concentratieverordening, met het opschrift „Opschorting van de totstandbrenging van de concentratie". Krachtens artikel 7, lid 1, mag een concentratie met een communautaire dimensie niet tot stand worden gebracht zolang zij niet is aangemeld en met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is verklaard. Artikel 7, lid 2, bepaalt dat lid 1 niet de tenuitvoerlegging belet van een openbaar overnamebod of van een reeks transacties met effecten, waardoor zeggenschap in de zin van artikel 3 wordt verkregen van meerdere verkopers, mits de concentratie overeenkomstig artikel 4 onverwijld bij de Commissie wordt

aangemeld en de verkrijger de aan de betrokken effecten verbonden stemrechten niet uitoefent dan wel slechts uitoefent om de volle waarde van zijn belegging te handhaven op basis van een door de Commissie verleende ontheffing.

82 Opgemerkt zij dat in geval van een openbaar overnamebod of de verkrijging van zeggenschap door middel van een reeks transacties met effecten waarbij meerdere verkopers betrokken zijn, een automatische uitzondering geldt op de verplichting tot opschorting van de totstandbrenging van de concentratie totdat deze door de Commissie is goedgekeurd. Om voor die uitzondering in aanmerking te kunnen komen, moeten de betrokkenen de concentratie onverwijld bij de Commissie aanmelden en mogen zij de aan deze effecten verbonden stemrechten niet uitoefenen. Zoals de Commissie in haar memories aanvoert, gaat als gevolg van die uitzondering het risico van het verbod van de transactie op de verkrijger over. Indien de Commissie aan het eind van de onderzoeksprocedure meent dat de aangemelde transactie moet worden verboden, dienen de voor de totstandbrenging van de concentratie verkregen effecten te worden verkocht, zoals wordt toegelicht in de zaken Tetra Laval en Schneider, die in de bestreden beschikking en door verzoekster worden genoemd (zie punten 27 en 48 hierboven).

83 In die context kan de verkrijging van een belang dat als zodanig geen zeggenschap verleent in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening, onder de werkingssfeer van artikel 7 van die verordening vallen. De benadering van de Commissie dient aldus te worden begrepen dat zij het begrip „één concentratie" gebruikt ter beperking van het risico om in een situatie terecht te komen waarin een beschikking tot onverenigbaarverklaring zou moeten worden aangevuld met een beschikking tot ontbinding om een einde te maken aan de zeggenschap die is verkregen nog voordat de Commissie zich over de gevolgen daarvan voor de mededinging heeft uitgelaten. Toen de Commissie Ryanair verzocht haar stemrechten niet uit te oefenen, waarbij Ryanair overigens opmerkte dat die rechten haar geen zeggenschap over Aer Lingus verleenden (zie punt 14 hierboven), vroeg zij Ryanair alleen maar om zich niet in een situatie te plaatsen waarin zij een concentratie tot stand zou brengen die zou moeten leiden tot een op basis van artikel 8, leden 4 en 5, vastgestelde maatregel ingeval deze concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard.

84 Om die redenen was de Commissie in de punten 12 en 13 van de bestreden beschikking terecht van mening dat het minderheidsbelang van Ryanair in het kapitaal van Aer Lingus in de onderhavige zaak niet kon worden aangemerkt als de „gedeeltelijke totstandbrenging" van een concentratie die kan leiden tot een op basis van artikel 8, leden 4 en 5, vastgestelde maatregel indien deze concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard.

85 Nu Ryanair geen daadwerkelijke zeggenschap over Aer Lingus heeft verkregen, kan het litigieuze belang niet worden gelijkgesteld met een „concentratie" die „reeds tot stand is gebracht", zelfs indien de transactie in het kader waarvan dit belang werd verworven, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.

86 Geen van de door verzoekster in haar memories en ter terechtzitting aangevoerde argumenten, die in wezen een herhaling zijn van de theorie waarop reeds in de bestreden beschikking wordt geantwoord, kan de voorgaande beoordeling in twijfel trekken.

87 In weerwil van de definitie van één concentratie en de beschikking tot onverenigbaarverklaring van de concentratie met de gemeenschappelijke markt die in de beschikking Ryanair zijn geformuleerd, heeft de Commissie derhalve in de bestreden beschikking haar besluit om geen maatregel ingevolge artikel 8, lid 4, van de concentratieverordening vast te stellen, naar de eis van het recht en de feiten gemotiveerd.

88 Dezelfde redenering geldt voor artikel 8, lid 5, van de concentratieverordening, in verband waarmee verzoekster dezelfde argumenten aanvoert tegen de analyse die de Commissie daarvan in de bestreden beschikking heeft gemaakt, die, mutatis mutandis, de analyse met betrekking tot artikel 8, lid 4, van die verordening herhaalt.

89 Ten slotte zij eraan herinnerd dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft verklaard dat artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening enkel de lidstaten een verplichting oplegt en haar geen specifieke rechten of bevoegdheden verleent. De Commissie is derhalve ervan uitgegaan dat zij niet bevoegd was een bindende uitlegging van die bepaling te geven en niet in staat was op het verzoek van Aer Lingus om uitlegging te antwoorden (zie punt 29 hierboven).

90 Het Gerecht stelt met de Commissie vast, dat artikel 21, lid 3, van de concentratieverordening bepaalt dat „de lidstaten hun nationale mededingingswetgeving niet toepassen op concentraties met een communautaire dimensie" en de Commissie dus niet de bevoegdheid verleent een maatregel met bindende rechtsgevolgen vast te stellen die de belangen van Aer Lingus kunnen aantasten. De Commissie kan derhalve niet worden verweten dat zij in haar antwoord heeft herinnerd aan het rechtskader dat op de onderhavige zaak van toepassing is, en aan de gevolgen die daaraan moeten worden verbonden, met name met betrekking tot de in de artikelen 226 EG en 234 EG bedoelde beroepen (zie punt 31 hierboven).

91 Voorts nodigt verzoekster met haar betoog in de onderhavige zaak het Gerecht uit een hypothese te onderzoeken die niet is bewaarheid, omdat de toepassing van artikel 8, leden 4 en 5, van de concentratieverordening niet berust op onjuiste conclusies, zoals verzoekster stelt (zie punt 55 hierboven). Nu geen sprake is van een concentratie met een communautaire dimensie, blijven de lidstaten namelijk vrij om hun nationale mededingingswetgeving toe te passen op het belang van Ryanair in het kapitaal van Aer Lingus overeenkomstig de daartoe vastgestelde regels.

92 Gelet op een en ander, moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

93 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie en van Ryanair te worden verwezen in haar eigen kosten en die van de Commissie en van Ryanair, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

HET GERECHT (Derde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Aer Lingus Group plc zal haar eigen kosten dragen, alsmede die van de Commissie en van Ryanair Holdings plc, daaronder begrepen die welke op het kort geding zijn gevallen.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 6 juli 2010.

ondertekeningen

Inhoud

Toepasselijke bepalingen ..... II - 3697

Feiten van het geding ..... II - 3700

Partijen bij het geding ..... II - 3700

Bod van Ryanair op Aer Lingus en verwerving van belangen ..... II - 3701

Onderzoek en verbod van de aangemelde concentratie ..... II - 3701

Briefwisseling tussen Aer Lingus en de Commissie tijdens de procedure voor onderzoek van de concentratie ..... II - 3704

Briefwisseling tussen Aer Lingus en de Commissie na de beschikking Ryanair, uitnodiging tot handelen op grond van artikel 232 EG en bestreden beschikking ..... II - 3705

Procesverloop en conclusies van partijen ..... II - 3710

In rechte ..... II - 3713

Argumenten van partijen ..... II - 3713

Beoordeling door het Gerecht ..... II - 3719

Kosten ..... II - 3731