SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Tercera)

de 6 de julio de 2010 *

En el asunto T-411/07,

Aer Lingus Group plc, con domicilio social en Dublín, representada inicialmente por el Sr. A. Burnside, Solicitor, y los Sres. B. van de Walle de Ghelcke y T. Snels, abogados, y posteriormente por los Sres. Burnside y van de Walle de Ghelcke,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. X. Lewis, É. Gippini Fournier y S. Noë, en calidad de agentes,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

apoyada por

Ryanair Holdings plc, con domicilio social en Dublín, representada por los Sres. J. Swift, QC, V. Power, A. McCarthy y D. Hull, Solicitors, y Mᵉ G. Berrisch, abogado,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto la anulación de la Decisión C(2007) 4600 de la Comisión, de 11 de octubre de 2007, por la que se denegó la solicitud de la demandante de incoación de un procedimiento con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1), y de adopción de medidas provisionales al amparo del artículo 8, apartado 5, de dicho Reglamento,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Tercera),

integrado por el Sr. J. Azizi, Presidente, y la Sra. E. Cremona y el Sr. S. Frimodt Nielsen (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. C. Kantza, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 7 de julio de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

1 El artículo 3 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento de concentraciones»), titulado «Definición de concentración», dispone:

«1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o

b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa […].»

2 El artículo 8 del Reglamento de concentraciones, titulado «Poderes de decisión de la Comisión», dispone en su apartado 4:

«Cuando la Comisión compruebe que una concentración:

a) ya ha sido ejecutada y dicha concentración ha sido declarada incompatible con el mercado común […]

[…]

la Comisión podrá:

— exigir a las empresas afectadas, que disuelvan la concentración, en particular mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, de tal manera que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la concentración. Si las circunstancias no permiten el restablecimiento de la situación previa a la ejecución de la concentración, mediante

la disolución de la misma, la Comisión podrá adoptar cualquier otra medida apropiada para lograr tal restablecimiento en la medida de lo posible,

— ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o adopten cualesquiera otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa, conforme a lo dispuesto en su decisión.

En los casos correspondientes a la letra a) del primer párrafo, las medidas a que se refiere dicho párrafo podrán establecerse por medio de una decisión con arreglo al apartado 3 o mediante una decisión aparte.»

3 A tenor del artículo 8, apartado 5, del Reglamento de concentraciones:

«La Comisión podrá tomar medidas provisionales adecuadas para restablecer o mantener las condiciones de una competencia efectiva cuando una concentración:

[…]

c) ya se ha ejecutado y es declarada incompatible con el mercado común.»

4 El artículo 21 del Reglamento de concentraciones, titulado «Aplicación del presente Reglamento y competencias», incluye un apartado 3 que tiene la siguiente redacción:

«Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.»

Hechos que originaron el litigio

Partes del litigio

5 La demandante, Aer Lingus Group plc, es una sociedad anónima de Derecho irlandés. Tras su privatización por el Gobierno irlandés en 2006, el Estado mantuvo el 25,35 % del capital y las acciones de Aer Lingus Group fueron admitidas a cotización en bolsa el 2 de octubre de 2006. Aer Lingus Group es la sociedad holding de Aer Lingus Ltd (en lo sucesivo, denominadas conjuntamente «Aer Lingus»), compañía aérea basada en Irlanda que efectúa vuelos regulares desde los aeropuertos de Dublín, Cork y Shannon, o con destino a éstos.

6 Ryanair Holdings plc (en lo sucesivo, «Ryanair») es una sociedad cotizada en Bolsa que efectúa vuelos regulares en 40 países, inclusive entre Irlanda y otros países europeos.

Oferta de adquisición de Aer Lingus por Ryanair y tomas de participación

7 El 5 de octubre de 2006, esto es, tres días después de la primera cotización de las acciones de Aer Lingus, Ryanair anunció su intención de lanzar una oferta pública de adquisición (OPA) de la totalidad del capital de Aer Lingus. La OPA se lanzó el 23 de octubre de 2006, con un plazo de aceptación inicialmente fijado hasta el 13 de noviembre de 2006, y prorrogado posteriormente por Ryanair hasta el 4 de diciembre de 2006 y luego hasta el 22 de diciembre de 2006.

8 Antes de anunciar su intención de lanzar una opa, Ryanair había adquirido en el mercado una participación del 16,03 % del capital de Aer Lingus. El 5 de octubre, Ryanair aumentó esta participación hasta el 19,21 %. Poco después, adquirió acciones adicionales, de tal forma que el 28 de noviembre de 2006 poseía el 25,17 % del capital de Aer Lingus. Dicha participación se mantuvo inalterada hasta agosto de 2007, cuando, pese a la adopción por la Comisión de las Comunidades Europeas de la decisión que se menciona en el apartado 15 de la presente sentencia, Ryanair adquirió un 4,3 % adicional del capital de Aer Lingus, ampliando su participación hasta el 29,3 %.

Examen y prohibición de la concentración notificada

9 El 30 de octubre de 2006 se notificó a la Comisión, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento de concentraciones, el proyecto de concentración mediante el cual Ryanair debía adquirir, en el sentido del artículo 3, apartado 1, letra b), de ese mismo Reglamento, el control de Aer Lingus gracias a la OPA (en lo sucesivo, «concentración notificada» o «concentración»).

10 Mediante correo electrónico de 19 de diciembre de 2006, Ryanair indicó a la Comisión que sus adquisiciones de acciones formaban parte de su proyecto de hacerse con el control de Aer Lingus.

11 Mediante decisión de 20 de diciembre de 2006, la Comisión consideró que la concentración notificada planteaba serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común y resolvió incoar el procedimiento de examen en profundidad previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c) del Reglamento de concentraciones. En el apartado 7 de dicha decisión, se describe la concentración del siguiente modo:

«Dado que Ryanair adquirió el 19 % inicial del capital de Aer Lingus menos de diez días antes de lanzar su OPA y el 6 % adicional poco después, la totalidad de la operación de adquisición de las acciones antes y después del período de la oferta pública, así como la propia OPA se consideran una concentración única en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones.»

12 La apertura de la investigación en profundidad tuvo como consecuencia la caducidad de la OPA de Ryanair a la espera de la decisión final en el asunto. En efecto, la normativa irlandesa determina la caducidad de las OPA sujetas al control de la Comisión al incoar ésta el procedimiento previsto en el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento de concentraciones. En un comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2006, el Director General de Ryanair declaró, no obstante:

«Ryanair se reafirma en su intención de adquirir Aer Lingus y va a continuar este proceso hacia –lo que a nuestro juicio será– la conclusión con éxito de la fase II de la investigación.»

13 El 3 de abril de 2007, la Comisión transmitió a Ryanair un pliego de cargos, con arreglo al artículo 18 del Reglamento de concentraciones. El apartado 7 de dicho pliego de cargos describe la concentración notificada en términos idénticos a los de la decisión de incoación del procedimiento de examen en profundidad.

14 En su respuesta al pliego de cargos, de 17 de abril de 2007, Ryanair indicó que se comprometía con la Comisión a no ejercer los derechos de voto inherentes a sus acciones de Aer Lingus hasta que finalizase el procedimiento de examen en profundidad, señalando sin embargo que, en cualquier caso, esas acciones no le permitían controlar Aer Lingus.

15 El 27 de junio de 2007, en virtud del artículo 8, apartado 3, del Reglamento de concentraciones, la Comisión declaró que la concentración notificada era incompatible con el mercado común [Decisión C(2007) 3104, asunto COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus; en lo sucesivo, «Decisión Ryanair»]. Dicha Decisión es objeto del asunto T-342/07, Ryanair/Comisión, en el que Aer Lingus interviene en apoyo de la Comisión.

16 El considerando 12 de la Decisión Ryanair tiene la siguiente redacción:

«Dado que Ryanair adquirió el 19 % inicial del capital de Aer Lingus menos de diez días antes de lanzar su [OPA] y el 6 % adicional poco después, y habida cuenta de las explicaciones de Ryanair relativas al objetivo económico que perseguía en el momento de efectuar tales operaciones, la totalidad de la operación de adquisición de las acciones antes y después del período de la [OPA], junto con la propia [OPA], se consideran una sola concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones.»

Correspondencia entre Aer Lingus y la Comisión durante el procedimiento de examen de la concentración

17 Durante el procedimiento de examen de la concentración, Aer Lingus formuló numerosas observaciones a la Comisión acerca de la participación de Ryanair en su capital.

18 Desde el procedimiento de examen preliminar, Aer Lingus solicitó a la Comisión que tratase la participación de Ryanair y su OPA como una concentración única. A raíz de la decisión de incoación del procedimiento de examen en profundidad, en el que la Comisión consideró ambos aspectos como parte de una concentración única, Aer Lingus solicitó a la Comisión, mediante escrito de 25 de enero de 2007, y, posteriormente, mediante escrito de 7 junio de 2007, que ordenase a Ryanair deshacerse de la participación que tenía en su capital y que adoptase las medidas provisionales necesarias en virtud del artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones. Con carácter subsidiario, si la Comisión no se consideraba competente para actuar al amparo de estas disposiciones, Aer Lingus le instaba a declarar que, con arreglo al artículo 21, apartado 3, del Reglamento de concentraciones, no se impedía a las autoridades nacionales de competencia ejercer sus prerrogativas con respecto a dicha participación.

19 El 27 de junio de 2007, esto es, el día en que se adoptó la Decisión Ryanair, la Dirección General (DG) de «Competencia» de la Comisión se dirigió por escrito a Aer Lingus para indicarle que sus servicios no eran competentes para ordenar a Ryanair deshacerse de su participación minoritaria ni para adoptar otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa a la ejecución de la concentración en virtud del artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento sobre concentraciones. La DG de Competencia añadió que esta posición no afectaba a las competencias de los Estados miembros en cuanto a la eventual aplicación de su Derecho de la Competencia a la adquisición por Ryanair de una participación minoritaria en Aer Lingus.

Correspondencia entre Aer Lingus y la Comisión a raíz de la Decisión Ryanair, requerimiento de actuación con arreglo al artículo 232 CE y Decisión impugnada

20 La Decisión Ryanair, que prohíbe la ejecución de la operación Ryanair/Aer Lingus, no incluye ninguna medida relativa a la participación de Ryanair del 25,17 % en el capital de Aer Lingus.

21 El 12 de julio de 2007, Aer Lingus dirigió un memorándum a la Comisión, a la Irish Competition Authority (Autoridad irlandesa de competencia), al Office for Fair Trading (Oficina supervisora de la lealtad en el tráfico mercantil) del Reino Unido y al Bundeskartellamt alemán (Autoridad federal competente en materia de competencia) instando a dichas autoridades a adoptar una posición común acerca de la autoridad competente para actuar en relación con esta participación. Según la demandante, este memorándum se dirigió al Office for Fair Trading y al Bundeskartellamt por ser dichas autoridades competentes, con arreglo a las disposiciones nacionales sobre control de las concentraciones, para actuar en relación con participaciones minoritarias, y a la Irish Competition Authority porque las dos empresas involucradas son irlandesas y porque los consumidores más afectados por la concentración serían los residentes en Irlanda.

22 Mediante escrito de 3 de agosto de 2007, los servicios de la Comisión reiteraron su postura según la cual no eran competentes para obligar a Ryanair a deshacerse de su participación, lo que no era óbice para que los Estados miembros aplicasen su propia legislación en materia de competencia.

23 El 17 de agosto de 2007, Aer Lingus dirigió un escrito al miembro de la Comisión responsable de la competencia en el que, con arreglo al artículo 232 CE, requería a

la Comisión para que actuase, incoando un procedimiento en virtud del artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones y adoptando medidas provisionales conforme al artículo 8, apartado 5, del mismo, o bien declarando formalmente que la Comisión no era competente para ello. Aer Lingus solicitaba además a la Comisión que se pronunciase acerca de la interpretación que había de darse al artículo 21 del Reglamento de concentraciones en lo que respecta a la participación de Ryanair del 25,17 % en su capital.

24 El 11 de octubre de 2007, Aer Lingus recibió la respuesta de la Comisión (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

25 Por una parte, la Comisión desestima la solicitud de Aer Lingus de incoar un procedimiento contra Ryanair en virtud del artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones. Recuerda, en primer lugar, que se desprende del artículo 3, apartados 1 y 2, del Reglamento de concentraciones que una concentración sólo se ejecuta cuando una empresa asume el control de otra, es decir, la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre ella (apartado 8 de la Decisión impugnada). La Comisión subraya asimismo que del artículo 8, apartado 4, del citado Reglamento se desprende que si ella comprueba que una concentración ya ha sido ejecutada y ha sido declarada incompatible con el mercado común, puede exigir a las empresas afectadas que disuelvan la concentración, en particular mediante la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, de tal manera que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la concentración. Recuerda que puede también ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o adopten cualesquiera otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa (apartado 9).

26 La Comisión aplica seguidamente estas disposiciones al caso de autos para concluir, en los apartados 10 y 11 de la Decisión impugnada, que la concentración notificada no se ha ejecutado y que la participación controvertida no confiere a Ryanair el control de Aer Lingus. Tales apartados tienen el siguiente tenor:

«10. La Comisión considera que la concentración analizada en el presente asunto no ha sido ejecutada. Ryanair no ha asumido el control de Aer Lingus y la Decisión [Ryanair] excluye que pueda hacerlo con posterioridad en el marco de la operación notificada. Las operaciones realizadas durante el procedimiento sustanciado ante la Comisión no pueden considerarse, por lo tanto, parte de una concentración ejecutada.

11. A este respecto, se ha de subrayar que una participación minoritaria del 25,17 % no confiere a Ryanair el control, *de iure* o *de facto,* de Aer Lingus en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento de concentraciones. Si bien en determinadas circunstancias una participación minoritaria puede conducir al ejercicio del control, la Comisión no dispone de ningún indicio de que tales circunstancias concurran en el caso de autos. De hecho, según la información de que dispone la Comisión, los derechos de Ryanair como accionista minoritario (en particular, el derecho de bloquear lo que en el Derecho de sociedades irlandés se conoce como "acuerdos extraordinarios") están exclusivamente vinculados a los derechos relativos a la protección de los accionistas minoritarios. Ahora bien, tales derechos no confieren el control en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento de concentraciones. Además, ni siquiera la propia Aer Lingus parece dar a entender que esa participación minoritaria podría conducir a que Ryanair la controlase y no aportó a la Comisión pruebas que indicasen de la existencia de tal control.»

27 Además, la Comisión rebate en los apartados 12 y 13 de la Decisión impugnada el análisis que sugiere Aer Lingus, según el cual la participación minoritaria de Ryanair en su capital constituye una ejecución parcial de la concentración declarada

incompatible con el mercado común a la que debería ponerse fin en virtud del artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones:

«12. La interpretación sugerida de la adquisición de la participación minoritaria como "ejecución parcial" a la que es aplicable el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones es difícil de conciliar con la letra de dicha disposición, que hace claramente referencia a una concentración que "ya ha sido ejecutada". Dado que falta el elemento determinante de una concentración según el Reglamento de concentraciones, a saber, la adquisición del control, no puede hablarse en el caso de autos de una concentración que "ya ha sido ejecutada" y, por lo tanto, no se puede exigir a las partes que "disuelvan la concentración". La competencia de la Comisión se limita a las situaciones en que el adquirente tiene el control de su objetivo. Las decisiones a que se refiere el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones tienen por objeto remediar los efectos negativos sobre la competencia que pueden derivarse de la ejecución de una concentración tal como se define en el artículo 3 de dicho Reglamento. En el caso de autos no pueden producirse tales efectos negativos, puesto que Ryanair no ha adquirido ni puede adquirir el control de Aer Lingus en el marco de la concentración planeada.

13. En este sentido, la situación en este asunto difiere claramente de la de asuntos anteriores en que se aplicó el artículo 8, apartado 4, del Reglamento sobre concentraciones, como los asuntos Tetra Laval/Sidel o Schneider/Legrand, en los que la [OPA] había sido ya enteramente ejecutada y el adquirente había tomado el control del objetivo.»

28 Como quiera que el artículo 8, apartado 5, del Reglamento de concentraciones utiliza la misma expresión que el artículo 8, apartado 4, para identificar las situaciones en que la Comisión puede actuar, y, habida cuenta de que en el caso de autos no se

ejecutó la concentración, la Comisión desestima por los mismos motivos la solicitud de Aer Lingus de adopción de medidas provisionales con arreglo al artículo 8, apartado 5, del citado Reglamento (apartados 15 a 17 de la Decisión impugnada).

29 Por otra parte, en lo que respecta a la solicitud de interpretación del artículo 21 del Reglamento de concentraciones en relación con la participación de Ryanair del 25,17 % del capital de Aer Lingus, la Comisión pone de relieve que el apartado 3 de dicha disposición se limita a imponer una obligación a los Estados miembros y no le confiere ningún derecho o competencia específicos. Por lo tanto, la Comisión considera que no está habilitada para emitir una interpretación vinculante de una disposición dirigida a los Estados miembros y que no está en disposición de responder a la solicitud de interpretación presentada por Aer Lingus (apartados 20 a 25 y 26, última frase, de la Decisión impugnada).

30 La Comisión señala igualmente que si el Estado miembro no respeta el artículo 21, apartado 3, del Reglamento de concentraciones, ella siempre goza de la facultad de incoar un procedimiento por infracción contra dicho Estado al amparo del artículo 226 CE (apartado 21 de la Decisión impugnada). Asimismo, si Aer Lingus estimase que alguna autoridad nacional de competencia estaba obligada a actuar en relación con la participación minoritaria de Ryanair con arreglo a la legislación nacional aplicable en materia de competencia, podría plantear este asunto ante dicha autoridad o ante el tribunal nacional competente. Y si un tribunal nacional estimase necesaria la interpretación del artículo 21, apartado 3, para dictar sentencia, dicho tribunal podría pedir al Tribunal de Justicia que se pronunciase con carácter prejudicial, con arreglo al artículo 234 CE, para clarificar la interpretación de dicha disposición y garantizar una interpretación uniforme del Derecho comunitario (véase el apartado 23 de la Decisión impugnada).

Procedimiento y pretensiones de las partes

31 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 19 de noviembre de 2007, la demandante interpuso un recurso con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto, solicitando la anulación de la Decisión impugnada.

32 Mediante escrito separado, presentado ese mismo día, la demandante interpuso asimismo una demanda, con arreglo al artículo 242 CE, solicitando la adopción de medidas provisionales y la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada.

33 Mediante auto de 18 de marzo de 2008, Aer Lingus Group/Comisión (T-411/07 R, Rec. p. II-411), el Presidente del Tribunal desestimó la demanda de medidas provisionales y de suspensión de la ejecución.

34 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal el 19 de noviembre de 2007, la demandante formuló asimismo una solicitud de sustanciación del asunto en procedimiento acelerado con arreglo al artículo 76 *bis* del Reglamento de Procedimiento del Tribunal. Mediante escrito de 5 de diciembre de 2007, la Comisión dio a conocer sus observaciones sobre esta solicitud.

35 Mediante resolución de 11 de septiembre de 2007, el Tribunal (Sala Tercera) desestimó la solicitud de procedimiento acelerado.

36 Mediante auto de 23 de mayo de 2008, el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal admitió la intervención de Ryanair en el asunto en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

37 Mediante fax recibido en la Secretaría del Tribunal el 4 de agosto de 2008, Ryanair indicó que consideraba suficientes las observaciones presentadas por la Comisión en sus escritos y que, en consecuencia, renunciaba a presentar un escrito de formalización de la intervención. Dicho fax incluía sus pretensiones en relación con el litigio.

38 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Tercera) decidió iniciar la fase oral.

39 En la vista de 7 de julio de 2009, se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal.

40 La demandante solicita al Tribunal que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

41 La Comisión solicita al Tribunal que:

— Desestime el recurso por infundado en lo que se refiere a su negativa a incoar un procedimiento con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones y a adoptar medidas provisionales al amparo del artículo 8, apartado 5, del mismo Reglamento.

— Declare inadmisible o, subsidiariamente, desestime por infundado el recurso en lo que se refiere a su negativa a emitir una interpretación del artículo 21, apartado 3, del Reglamento de concentraciones.

— Condene en costas a la demandante.

42 Ryanair solicita al Tribunal que:

— Desestime el recurso.

— Condene a la demandante al pago de las costas relativas a la intervención.

Fundamentos de Derecho

43 La demandante invoca dos motivos en apoyo de su recurso: el primero se basa en la infracción del artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones y el segundo en la infracción del artículo 21, apartado 3, de ese mismo Reglamento. Toda vez que la demandante expone su segundo motivo de tal forma que lo vincula estrechamente con el primero, circunstancia que se vio confirmada en la vista, en la que la demandante indicó que el segundo motivo podía considerarse una parte del primero, ambos motivos serán examinados conjuntamente por el Tribunal.

Alegaciones de las partes

44 Por lo que respecta al primer motivo, basado en la infracción del artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones, la demandante alega que la Comisión infringió dichas disposiciones en la Decisión impugnada al considerar, tras la Decisión Ryanair que prohibía la ejecución de la concentración proyectada, que no era competente para obligar a Ryanair a deshacerse de la participación minoritaria que ésta tenía en su capital, para adoptar medidas apropiadas encaminadas a restablecer la situación previa a la concentración o para adoptar medidas provisionales.

45 En primer lugar, la demandante rebate la afirmación que figura en el apartado 12 de la Decisión impugnada, según la cual: «no pueden producirse [...] efectos negativos [sobre la competencia], puesto que Ryanair no ha adquirido ni puede adquirir el control de Aer Lingus en el marco de la concentración proyectada». Señala que, por el contrario, la participación de Ryanair tiene efectos negativos importantes sobre la competencia y si, en tales circunstancias, la Comisión no fuese competente con arreglo al artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones, para eliminar

esos efectos, dicho Reglamento y la competencia de la Comunidad para garantizar «que no se producen distorsiones en la competencia» presentarían una importante laguna.

46 Entre los importantes efectos negativos sobre la competencia que implica la participación de Ryanair en su capital, la demandante alega los siguientes hechos: Ryanair se valió de su participación para intentar acceder al plan estratégico confidencial y a sus secretos comerciales; bloqueó un acuerdo extraordinario relativo al aumento de su capital y exigió la convocatoria de dos asambleas generales extraordinarias para revocar acuerdos estratégicos aprobados por ella. Además, Ryanair utilizó su condición de accionista para emprender una campaña contra su dirección y amenazar a sus administradores con acciones judiciales por infracción de obligaciones reglamentarias frente a ella. Según Aer Lingus, estos hechos la debilitan como competidor efectivo de Ryanair.

47 La demandante señala que, desde el punto de vista económico, este tipo de participaciones minoritarias entre competidores que se encuentran en una situación de duopolio distorsiona de forma inherente la competencia. Según ella, Ryanair se vería menos incentivada para competir con Aer Lingus puesto que, como accionista, desea mantener el valor de su participación y asegurarse de que Aer Lingus genera beneficios. Dicha participación altera el interés de las partes, fomentando el aumento de los precios y las colusiones tácitas, lo que distorsiona la competencia. Añade que el atractivo bursátil y financiero de Aer Lingus se ve asimismo reducido debido a la participación de Ryanair.

48 Aer Lingus sostiene que la afirmación de la Comisión que rebate es además contraria a la práctica anterior de ésta, consagrada en la Decisión 2004/103/CE de la Comisión, de 30 de enero de 2002, por la que se adoptan medidas para restablecer una competencia efectiva de conformidad con el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (asunto COMP/M.2416 – Tetra Laval/Sidel)

(DO 2004, L 38, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Tetra Laval»), en la que la Comisión consideró que no debía autorizarse que Tetra Laval mantuviese una participación en Sidel, y en la Decisión 2004/276/CE, de 30 de enero de 2002, por la que se ordena una separación de empresas con arreglo al apartado 4 del artículo 8 del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (Asunto COMP/M.2283 – Schneider/Legrand) (DO 2004, L 101, p. 134; en lo sucesivo, «Decisión Schneider»), en la que la Comisión consideró que una participación de Schneider inferior al 5 % del capital de Legrand no originaría efectos negativos sobre la competencia. En relación con este punto, la demandante niega la afirmación que hace la Comisión en el apartado 13 de la Decisión impugnada, según la cual la situación en el presente asunto difiere de las que dieron lugar a los asuntos Tetra Laval y Schneider, en los que la OPA ya había sido plenamente ejecutada y el adquirente se había hecho con el control de su objetivo. Según ella, esta distinción no es pertinente a efectos de la apreciación de la afirmación contenida en el apartado 12 de dicha Decisión, a cuyo tenor «al no existir control», no se producen efectos negativos sobre la competencia. Aer Lingus indica que, en los asuntos Tetra Laval y Schneider, la Comisión adoptó precisamente la postura contraria, a saber, que aun cuando las respectivas participaciones se limitasen a una proporción que no permitía ejercer el «control», una participación minoritaria tendría pese a todo como consecuencia una distorsión de la competencia inaceptable. Además, alega que la concentración examinada en el caso de autos sigue siendo una concentración potencial y que carece de importancia que la OPA haya o no caducado, puesto que Ryanair mantuvo y sigue manteniendo su intención de adquirir Aer Lingus. Señala que no pueden invocarse las diferencias entre Derechos nacionales en materia de OPA para justificar que un adquirente pueda conservar una participación minoritaria mientras que otro se ve obligado a renunciar a ella, ya que la repercusión sobre la competencia es la misma en ambos casos. Según ella, en el presente asunto, la adopción de la Decisión Ryanair no puede tener como consecuencia que la Comisión se vea privada de su competencia para examinar la distorsión de la competencia resultante de una parte de la concentración que acaba de prohibir.

49 La demandante invoca asimismo la práctica de la United Kingdom Competition Commission (Comisión de competencia del Reino Unido), que, en octubre de 2007, declaró, con carácter provisional, que la adquisición por BSkyB del 17,9 % de las acciones de ITV podía reducir sustancialmente la competencia debido a la desaparición

de la rivalidad entre ambas sociedades y a la capacidad de BSkyB para ejercer una influencia concreta sobre la dirección de ITV.

50 En segundo lugar, la demandante sostiene que el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones debe interpretarse en el sentido de que se aplica a la participación de Ryanair adquirida en el marco de una concentración prohibida. Idéntico razonamiento es aplicable –según ella–, *mutatis mutandis,* a la competencia de la Comisión para adoptar medidas provisionales en virtud del artículo 8, apartado 5, letra c), de dicho Reglamento.

51 La demandante señala que ha de realizarse primeramente una interpretación teleológica del Reglamento de concentraciones. Según ella, al tener que elegir entre dos posibles interpretaciones del Reglamento, el Tribunal de Justicia y el Tribunal General declararon que la interpretación más restrictiva privaría al Reglamento de concentraciones de su efecto útil, mientras que la interpretación más amplia se ajustaba al texto del Reglamento, aunque no se indicase explícitamente. Afirma que la interpretación del artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones que realiza la Comisión en la Decisión impugnada es contraria a su finalidad, que es la de garantizar un sistema de competencia no distorsionada, de conformidad con el artículo 3 CE, letra g). Añade que el enfoque adoptado por la Comisión priva a la Unión de recursos frente a la distorsión de competencia originada por la participación minoritaria de Ryanair, pese a que dicha participación se adquirió en el marco de una concentración prohibida.

52 Por lo que se refiere a la solicitud de aplicación del artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones, que exige que una concentración «ya haya sido ejecutada» y «haya sido declarada incompatible con el mercado común», la demandante subraya que la Comisión hace una interpretación meramente literal de dicha disposición al señalar en el apartado 10 de la Decisión impugnada que «la concentración analizada en el presente asunto no ha sido ejecutada» y que «las operaciones realizadas durante

el procedimiento sustanciado ante la Comisión no pueden considerarse, por lo tanto, parte de una concentración ejecutada». Esta interpretación es, según la demandante, errónea, porque la Comisión considera que las operaciones que han de examinarse en la Decisión impugnada son distintas de la concentración examinada en el considerando 12 de la Decisión Ryanair (véase el apartado 16). Dicha interpretación también es errónea, según ella, porque la Comisión asimila el término «ejecutada» empleado en el artículo 8, apartado 4, letra a), del Reglamento de concentraciones al «control adquirido» en el sentido del artículo 3, apartado 2, de dicho Reglamento. Para la demandante, resulta obvio que la concentración se ha ejecutado en el caso de autos mediante las operaciones que forman parte de la concentración prohibida y que permitieron a Ryanair adquirir (y seguir poseyendo) más del 25 % del capital de Aer Lingus. El hecho de que la concentración no haya sido plenamente consumada –porque la Comisión lo impidió– no significa, según ella, que la concentración no se haya ejecutado, cuando menos parcialmente, a través de las operaciones mencionadas en el considerando 12 de la Decisión Ryanair. A este respecto, señala que la alegación de la Comisión, en el apartado 12 de la Decisión impugnada, según la cual el concepto de concentración «parcialmente ejecutada» no encuentra apoyo en la letra del artículo 8, apartado 4, es correcta, pero escasamente útil, puesto que la letra de dicha disposición tampoco autoriza a exigir una ejecución completa en el sentido de adquisición del control. Según la demandante, el principio conductor del artículo 8, apartado 4, letra a), del Reglamento de concentraciones no es la adquisición del control, sino la necesidad de restablecer el *statu quo ante* anulando las operaciones que forman parte de la concentración prohibida.

53 La demandante alega que un enfoque coherente del concepto de «ejecución» debería asimismo conducir a examinar el significado de dicho término a la luz del artículo 7, apartado 1, del Reglamento de concentraciones, que dispone que una concentración de dimensión comunitaria no podrá «ejecutarse» antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común. Según ella, el examen de la práctica de la Comisión al respecto demuestra que ésta considera que dicha disposición le permite oponerse a las ejecuciones parciales, inclusive en las transacciones que pueden llegar hasta el traspaso del control. La demandante indica que, en el caso de autos, la Comisión había logrado que Ryanair suspendiese el ejercicio de los derechos de voto inherentes a su participación en el capital de Aer Lingus, aunque ejercer

esos derechos no equivaliese a ejercer el control. Por lo tanto –añade– sí que se trataba aquí de evitar posibles efectos adversos en la competencia.

54 La demandante sostiene igualmente que, sin necesidad de analizar las distintas versiones lingüísticas del Reglamento de concentraciones, el concepto de «ejecución de una concentración» utilizado en el artículo 8, apartados 4 y 5, y en el artículo 7 puede tener tres significados: la ejecución total de la concentración, la ejecución parcial de la concentración en su totalidad o la ejecución total de una parte de la concentración. Esta ambigüedad se pone de manifiesto, según ella, en el presente asunto, en el que la Comisión prohibió una concentración que, tal como fue definida, constaba de dos partes (una adquisición de acciones en el mercado y una OPA), de las que únicamente se ejecutó la primera.

55 En cuanto al segundo motivo, basado en la infracción del artículo 21, apartado 3, del Reglamento de concentraciones, la demandante alega que las conclusiones erróneas de la Comisión a propósito de la aplicación del artículo 8, apartados 4 y 5, de dicho Reglamento dan lugar a un error de interpretación de la citada disposición. Según la demandante, en efecto, si se demostrase que la Comisión es competente para adoptar medidas de desinversión en relación con la participación de Ryanair, las autoridades nacionales responsables de la competencia no tendrían ninguna atribución en la materia en virtud del artículo 21, apartado 3. Este enfoque sustenta, según ella, el principio de «ventanilla única». Si tal enfoque fuese correcto, la Comisión habría ignorado el artículo 21, apartado 3, del Reglamento de concentraciones en la Decisión impugnada, al no indicar de forma inequívoca que dicha disposición se oponía a la intervención de las autoridades nacionales responsables de la competencia y al dejar de este modo abierta la posibilidad de tal intervención. La demandante añade que esta infracción es tanto más grave cuanto que las autoridades nacionales competentes se pronunciaron en sentido contrario. Según ella, la interpretación coherente del artículo 8, apartados 4 y 5, de ese mismo Reglamento excluye por completo una interpretación del artículo 21, apartado 3, que impida a los Estados miembros aplicar su Derecho nacional a la participación de Ryanair, una vez aislada dicha participación de la OPA, y que prive igualmente a la Comisión de competencia para examinar dicha participación en virtud del artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones.

De lo contrario, señala, la participación de Ryanair gozaría de inmunidad jurídica tanto frente a la Unión Europea como frente a los Estados miembros.

56 La Comisión se opone a esta argumentación. Subraya, en especial, que el Reglamento de concentraciones únicamente se aplica a las concentraciones que responden a la definición consagrada en el artículo 3 del propio Reglamento. En ese contexto, señala, la adquisición de una participación minoritaria, que no confiera en sí misma el «control», no constituye una concentración en el sentido del Reglamento de concentraciones. La Comisión alega asimismo que el artículo 21, apartado 3, no le confiere obligaciones o competencias específicas y que por lo tanto no está habilitada para dar una interpretación de dicha disposición cuando se la requiere para que actúe con arreglo al artículo 232 CE.

Apreciación del Tribunal

57 Tanto en su requerimiento de actuación como en el presente recurso, Aer Lingus sostiene fundamentalmente que la participación de Ryanair en su capital adquirida antes de o durante la OPA constituye una ejecución parcial de la concentración que la Comisión declaró incompatible con el mercado común. Por lo tanto, según ella, para restablecer unas condiciones de competencia efectiva, la Comisión debería ordenar la enajenación de la totalidad de las acciones adquiridas por Ryanair, en aplicación del artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones (véanse los apartados 8, 23, 44 y siguientes de la presente sentencia).

58 En la Decisión impugnada, la Comisión desestima esa solicitud de incoar un procedimiento contra Ryanair al amparo del artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones, por considerar que la concentración notificada por dicha empresa no ha sido ejecutada y que la participación controvertida no confiere a Ryanair el control de Aer Lingus. La Comisión considera asimismo que, al no haberse ejecutado la concentración en el sentido definido por el Reglamento de concentraciones, la interpretación que sugiere la demandante excede el ámbito de su competencia (véanse los apartados 25 a 27).

59 Para apreciar la legalidad de la Decisión impugnada a la luz de la potestad conferida a la Comisión de ordenar a una empresa la disolución de una concentración, concretamente mediante la enajenación de la totalidad de las acciones adquiridas en otra empresa, interesa situarse en el momento oportuno definido en el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones, que contempla una «concentración» que «ya ha sido ejecutada» y que «ha sido declarada incompatible con el mercado común» (véase el apartado 2).

60 A este respecto, la Decisión impugnada se adopta efectivamente en un momento en que la Comisión ha declarado que la concentración notificada por Ryanair era incompatible con el mercado común. Como la Comisión no había resuelto la cuestión de la participación minoritaria de Ryanair en el capital de Aer Lingus en la Decisión Ryanair, mediante la que se declara la incompatibilidad de la concentración notificada con arreglo al artículo 8, apartado 3, del Reglamento de concentraciones, podía aún hacerlo en una Decisión distinta adoptada al amparo del artículo 8, apartado 4, *in fine,* de dicho Reglamento.

61 Sin embargo, como se expone fundadamente en la Decisión impugnada, no concurre el otro requisito previsto en el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones, puesto que la concentración notificada no ha sido ejecutada. En el caso de autos, desde el momento en que se adopta la Decisión por la que se declara la

incompatibilidad con el mercado común, Ryanair no dispone de la posibilidad, *de facto* o *de iure,* de controlar Aer Lingus ni de ejercer una influencia decisiva en la actividad de dicha empresa.

62 Desde el punto de vista jurídico, el concepto de concentración que utiliza el Reglamento de concentraciones es importante, puesto que sirve de fundamento a la competencia de la Comisión en virtud del propio Reglamento. En efecto, el Reglamento de concentraciones se aplica a todas las concentraciones de dimensión comunitaria (artículo 1, apartado 1). El concepto de concentración se define en el artículo 3 de dicho Reglamento. Según el artículo 3, apartado 1, se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control, por ejemplo como consecuencia de la fusión de dos empresas o de la adquisición por una empresa del control de otra. El artículo 3, apartado 2, precisa que dicho control resulta de los derechos, contratos u otros medios que confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la empresa de que se trate.

63 Así pues, cualquier operación o conjunto de operaciones que produzcan «un cambio duradero del control» confiriendo la «posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa» es una concentración que se considerará ejecutada en el sentido del Reglamento de concentraciones. La característica común a estas concentraciones es la siguiente: allí donde antes de la operación había dos empresas distintas para una determinada actividad económica, no habrá más que una después de dicha operación. Dejando aparte la hipótesis de la fusión, que consagra la desaparición de una de las dos empresas implicadas, la Comisión debe determinar, pues, si la ejecución de la concentración tiene como consecuencia atribuir a una de las empresas implicadas un poder de control sobre la otra que antes no tenía. Este poder de control consiste en la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de una empresa, en particular cuando la empresa que lo ostenta puede determinar el sentido de sus decisiones estratégicas.

64 Resulta de lo anterior que la adquisición de una participación que no confiera por sí misma el control en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones no se considera una concentración ejecutada, contemplada en dicho Reglamento. En este aspecto, el Derecho de la Unión se distingue del Derecho de algunos Estados miembros, cuyas autoridades nacionales están habilitadas por las disposiciones de Derecho interno relativas al control de las concentraciones para actuar en relación con participaciones minoritarias definidas de forma más amplia (véanse los apartados 21 y 49).

65 Contrariamente a lo que afirma la demandante, el concepto de concentración no puede extenderse a aquellos supuestos en que, al no obtenerse el control, la participación controvertida no confiere por sí misma la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de la empresa, sino que se inscribe de un modo más amplio en el marco de una concentración notificada examinada por la Comisión y declarada incompatible con el mercado común al término de dicho examen sin que haya habido cambio de control en el sentido antes apuntado.

66 Tal competencia no ha sido conferida a la Comisión en virtud del Reglamento de concentraciones. Según los propios términos del artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento, la potestad de ordenar la enajenación de la totalidad de las acciones de una empresa adquiridas por otra únicamente existe para «restablecer la situación previa a la ejecución de la concentración». No habiendo adquisición del control, la Comisión no dispone de competencia para disolver dicha concentración. Si el legislador hubiese deseado conferir a la Comisión una competencia más amplia que la que se consagra en el Reglamento de concentraciones, habría establecido una disposición en tal sentido.

67 Desde el punto de vista fáctico, es pacífico que la participación de Ryanair en el capital de Aer Lingus no confiere en este caso a Ryanair la capacidad de «controlar» Aer Lingus. Aparte de lo expuesto en los apartados 10 y 11 de la Decisión impugnada, Aer Lingus dice «admitir la suposición hecha en el apartado 11 de la Decisión impugnada de que, a 27 de junio de 2007, Ryanair no ejercía el "control" en el sentido del

artículo 3, apartado 2, del Reglamento de concentraciones». Asimismo, Aer Lingus no afirma que la participación del 29,3 % que poseía Ryanair en su capital a partir del mes de agosto de 2007 confiera a ésta el control de la compañía, sino que se limita a declarar que dicha participación le otorga una «capacidad importante para interferir en su gestión y en su estrategia comercial».

68 Por otra parte, en respuesta a las alegaciones de la demandante relativas a los supuestos efectos negativos sobre la competencia, procede señalar que la Comisión las rebate fundadamente en la Decisión impugnada, en cuanto se refiere a que tales efectos podrían asimilarse concretamente a una forma de control en el presente asunto (apartado 11 de la Decisión impugnada). A este respecto, hay que señalar, de modo general, que el Reglamento de concentraciones no tiene como finalidad proteger a las empresas de los conflictos comerciales que les enfrentan con sus accionistas o eliminar cualquier incertidumbre sobre la aprobación de acuerdos importantes por éstos. Si la dirección de Aer Lingus considera que el comportamiento de Ryanair como accionista es abusivo o ilegal, tiene la posibilidad de someter el asunto a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades nacionales competentes.

69 En cualquier caso, si bien es cierto que los antecedentes de hecho invocados por la demandante parecen indicar que las relaciones entre su dirección y Ryanair son tensas y que sus opiniones difieren en una serie de aspectos, no prueban sin embargo –como sería necesario para que la Comisión pudiese decidir aplicar el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones– que exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de dicha empresa.

70 Así, por lo que respecta a la alegación de que Ryanair utilizó su participación para intentar acceder al plan estratégico confidencial y a los secretos comerciales de Aer Lingus, la única prueba que se menciona de esta afirmación es un escrito en el que Ryanair solicita, en términos genéricos, la celebración de una reunión con los dirigentes de Aer Lingus. La demanda no contiene ningún dato que demuestre que en el transcurso de esta reunión se intercambiase efectivamente información confidencial. De todas formas, tal intercambio de información no sería consecuencia directa de

la participación minoritaria, sino que se enmarcaría dentro de un comportamiento posterior de ambas compañías que podría eventualmente analizarse desde el punto de vista del artículo 81 CE.

71 Asimismo, en lo que se refiere a la alegación de que Ryanair votó en contra de un acuerdo extraordinario que debía permitir al Consejo de Administración emitir acciones sin tener que ofrecerlas previamente a los accionistas existentes, como generalmente prescribe el Derecho de sociedades, se desprende de los comentarios del Presidente del Consejo de Administración de la demandante, divulgados por el diario *The Irish Times* de 7 de julio de 2007 en un artículo titulado «Ryanair se opone al intento de Aer Lingus de diluir su participación» y citados por la Comisión sin que la demandante los desmintiese, que el fracaso de dicho acuerdo no tuvo ninguna repercusión significativa sobre la empresa.

72 En cuanto a la alegación de que Ryanair solicitó la convocatoria de dos asambleas generales extraordinarias para revocar acuerdos estratégicos aprobados por Aer Lingus, la Comisión señala, sin que la demandante la contradiga, que el Consejo de Administración de Aer Lingus denegó ambas solicitudes y que los acuerdos aprobados se ejecutaron pese a la oposición de Ryanair. Este ejemplo ilustra el hecho de que, contrariamente a lo que afirma la demandante, Ryanair no está en condiciones de imponerle su voluntad.

73 Y en cuanto a la alegación de que Ryanair emprendió una campaña contra la dirección de Aer Lingus, debe interpretarse como una nueva alusión a las dos asambleas generales extraordinarias solicitadas por Ryanair y a la correspondencia y a las declaraciones públicas relativas a éstas. Como ha subrayado la Comisión en sus escritos, Aer Lingus denegó ambas solicitudes y ejecutó su decisión según lo previsto. Aun cuando se demostrase que Ryanair había perturbado la dirección de Aer Lingus

durante varias semanas, ello no demostraría pese a todo la existencia de una posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de dicha empresa en el sentido del Reglamento de concentraciones.

74 En respuesta a la alegación de que la posesión de una participación minoritaria en una empresa competidora que se encuentra en situación de duopolio distorsiona de forma inherente el juego de la competencia, porque la empresa titular de esa participación se halla menos incentivada para competir con una empresa en cuyos beneficios participa, procede señalar que los hechos desmienten tal alegación. La Comisión señala, a este respecto, sin que la demandante la contradiga, que, después de adquirir su participación en Aer Lingus, Ryanair hizo su aparición en cuatro itinerarios que anteriormente sólo cubría Aer Lingus y aumentó la frecuencia de sus vuelos en otros seis, en los que compite con Aer Lingus (véanse los comunicados de prensa de Ryanair titulados «Ryanair anuncia seis nuevos itinerarios desde Dublín», de 15 de agosto de 2007, y «Nuevo itinerario –el 31º– desde el aeropuerto de Shannon y tres nuevos itinerarios desde Dublín», de 25 de octubre de 2007). En cualquier caso, esta alegación teórica no basta para indicar por sí sola algún tipo de control de Ryanair sobre Aer Lingus que pueda justificar la desinversión de la participación minoritaria que se impugna en el caso de autos.

75 Otro tanto puede decirse sobre la alegación de que la participación de Ryanair tiene consecuencias materiales sobre las acciones de Aer Lingus, al hacerlas menos interesantes para esta última empresa. En efecto, por principio, el atractivo bursátil y financiero de Aer Lingus no depende únicamente de la participación minoritaria de Ryanair, sino que debe tener en cuenta la totalidad del capital de la empresa, en el que pueden participar otros accionistas importantes. Además, aun suponiendo que la participación de Ryanair pudiese repercutir en dicho atractivo, ésta no bastaría para demostrar la existencia de un control en el sentido en que lo exige el Reglamento de concentraciones.

76 Admitir que la Comisión pueda ordenar la desinversión de una participación minoritaria por el simple motivo de que constituye un riesgo teórico desde el punto de vista económico al existir un duopolio o un inconveniente para el atractivo de las acciones de una de las empresas que componen ese duopolio excedería de las competencias conferidas a la Comisión en materia de control de las concentraciones.

77 Por lo que atañe a la práctica anterior de la Comisión, su examen permite, en cualquier caso, comprobar que todas las decisiones adoptadas hasta la fecha con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones se refieren a concentraciones ya ejecutadas, en las que la empresa que constituía su objetivo había dejado de ser un competidor independiente del adquirente. A diferencia del presente asunto, tales decisiones no trataban sobre la aplicabilidad del artículo 8, apartado 4, a la concentración en cuestión, sino únicamente sobre las medidas adecuadas para restablecer la competencia que la ejecución de la concentración había suprimido, medidas que podían variar de un asunto a otro en atención a las circunstancias del caso. Por lo tanto, la práctica anterior de la Comisión relativa al tratamiento de las participaciones minoritarias con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones no puede invocarse válidamente para cuestionar los criterios definidos por dicha disposición.

78 En consecuencia, no puede reprocharse a la Comisión que infringiese el artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones al considerar que en el caso de autos no se había ejecutado ninguna concentración y que, por lo tanto, carecía de competencia para ordenar a Ryanair la enajenación de su participación en el capital de Aer Lingus. Tal potestad únicamente se habría reconocido a la Comisión, en virtud del Reglamento de concentraciones, si dicha participación hubiese permitido a Ryanair controlar Aer Lingus ejerciendo en ella una influencia decisiva *de facto o de iure,* lo que no sucede en el caso de autos.

79 No afecta a la anterior apreciación el hecho de que la Comisión considerase, en el procedimiento de examen, que la participación adquirida por Ryanair en el mercado justo antes y durante la OPA debía entenderse comprendida en el ámbito de ésta, constituyendo, según sus términos, una «concentración única». En efecto, en dicha fase, la del procedimiento de examen, las preocupaciones de la Comisión no consisten en «restablecer la situación previa a la ejecución de la concentración», suponiendo que hubiese adoptado una decisión de incompatibilidad, aunque la concentración notificada ya se haya ejecutado. Tales preocupaciones sólo existen a partir del momento en que se ha adoptado una decisión final y han de sacarse las conclusiones oportunas si la situación no es conforme con dicha decisión.

80 Durante el procedimiento de examen, la Comisión intenta más bien evitar que se produzca una situación en que la concentración se haya ejecutado, pese a que aún pueda declararse incompatible con el mercado común. Éste es el objetivo del artículo 7 del Reglamento de concentraciones, que pretende salvaguardar uno de los principios fundamentales de dicho Reglamento, a tenor del cual una concentración de dimensión comunitaria no puede ejecutarse sin haber sido previamente notificada y autorizada por la Comisión.

81 En efecto, el artículo 4 de dicho Reglamento, titulado «Notificación previa […]», dispone en su apartado 1 que las concentraciones objeto del presente Reglamento deberán notificarse a la Comisión antes de su ejecución en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control. Dicho principio se reitera asimismo en el artículo 7 del Reglamento de concentraciones, titulado «Suspensión de la concentración». En virtud del artículo 7, apartado 1, una concentración de dimensión comunitaria no podrá ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común. El artículo 7, apartado 2, dispone que el apartado 1 no impedirá realizar una OPA o una serie de transacciones de títulos por las que el control en el sentido del artículo 3 sea adquirido a varios vendedores, siempre y cuando la concentración sea notificada sin demora a la Comisión con arreglo al artículo 4, y el comprador no ejerza los

derechos de voto inherentes a los títulos en cuestión o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión.

82 Procede observar que la obligación de suspensión de la ejecución de la concentración hasta su autorización por la Comisión es objeto de una excepción automática en caso de OPA o de adquisición del control de varios vendedores mediante una serie de transacciones de títulos. Para poder acogerse a esta excepción, los interesados deben notificar la concentración sin demora a la Comisión y no ejercer los derechos de voto inherentes a esas participaciones. Como alega la Comisión en sus escritos, esta excepción tiene como efecto trasladar el riesgo de la prohibición de la operación al adquirente. Si al término del procedimiento de examen la Comisión estima que la operación notificada debe prohibirse, los títulos adquiridos para ejecutar la concentración deberán ser enajenados, como ponen de manifiesto los asuntos Tetra Laval y Schneider, evocados en la Decisión impugnada y por la demandante (véanse los apartados 27 y 48).

83 En este contexto, la adquisición de una participación que no confiera por sí misma el control, en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones, puede quedar comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 7 de dicho Reglamento. La actuación de la Comisión debe interpretarse en el sentido de que se vale del concepto de «concentración única» para reducir el riesgo de encontrarse ante una situación en la que una decisión de incompatibilidad deba complementarse con una decisión de disolución destinada a poner término al control obtenido aun antes de pronunciarse la Comisión acerca de sus efectos sobre la competencia. Cuando la Comisión solicitó que no ejerciese sus derechos de voto a Ryanair, que además señaló que éstos no le conferían el control de Aer Lingus (véase el apartado 14), no hizo sino pedir a dicha empresa que evitase ponerse en la situación de ejecutar una concentración que hubiese de dar lugar a una medida adoptada al amparo del artículo 8, apartados 4 y 5, en caso de que se adoptase una decisión de incompatibilidad con el mercado común.

84 Por estas razones, la Comisión consideró fundadamente, en los apartados 12 y 13 de la Decisión impugnada, que la participación minoritaria de Ryanair en el capital de Aer Lingus no podía considerarse en el presente asunto como una «ejecución parcial» de una concentración que podía dar lugar a una medida adoptada al amparo del artículo 8, apartado 4 o 5, en caso de que se adoptase una decisión de incompatibilidad con el mercado común.

85 Al no haber tomado Ryanair el control efectivo de Aer Lingus, la participación controvertida no puede asimilarse a una «concentración» que «ya ha sido ejecutada», aunque la operación en que se inscribe dicha participación haya sido declarada incompatible con el mercado común.

86 Ninguna de las alegaciones formuladas por la demandante en sus escritos y durante la vista, que, en lo sustancial, abundan en la teoría a la que ya responde la Decisión impugnada, puede desvirtuar la anterior apreciación.

87 En consecuencia, pese a la definición de concentración única y la decisión de incompatibilidad de la concentración con el mercado común consagradas por la Decisión Ryanair, la Comisión justificó suficientemente en la Decisión impugnada, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, su decisión de no adoptar ninguna medida con arreglo al artículo 8, apartado 4, del Reglamento de concentraciones.

88 El mismo razonamiento vale para el artículo 8, apartado 5, del Reglamento de concentraciones, con respecto al cual la demandante formula idénticas alegaciones contra el análisis desarrollado en este aspecto por la Comisión en la Decisión impugnada, Decisión que reproduce, *mutatis mutandis,* el análisis desarrollado en relación con el artículo 8, apartado 4, del citado Reglamento.

89 Por último, es preciso recordar que la Comisión indicó, en la Decisión impugnada, que el artículo 21, apartado 3, del Reglamento de concentraciones se limitaba a imponer una obligación a los Estados miembros y no le confería ningún derecho o competencia específicos. Por lo tanto, la Comisión consideró que no estaba habilitada para emitir una interpretación vinculante de dicha disposición y que no estaba en disposición de responder a la solicitud de interpretación presentada por Aer Lingus (véase el apartado 29).

90 Al igual que la Comisión, el Tribunal observa que el artículo 21, apartado 3, del Reglamento de concentraciones dispone que «los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria» y, por lo tanto, no confiere a la Comisión competencia para adoptar una medida dotada de efecto jurídico obligatorio que pueda afectar a los intereses de Aer Lingus. Así pues, no puede reprocharse a la Comisión que recordase en su respuesta el marco jurídico aplicable al presente asunto y las consecuencias que debían extraerse de él, en particular en lo que respecta a los recursos establecidos en los artículos 226 CE y 234 CE (véase el apartado 31).

91 Además, la argumentación de la demandante en el presente asunto invita al Tribunal a examinar una hipótesis que no se ha verificado, en la medida en que la aplicación del artículo 8, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones no se basa en conclusiones erróneas, como afirma la demandante (véase el apartado 55). En efecto, al no haber concentración de dimensión comunitaria, los Estados miembros siguen siendo libres de aplicar su normativa nacional sobre competencia a la participación de Ryanair en el capital de Aer Lingus con arreglo a las normas existentes en la materia.

92 Se desprende de lo anterior que el recurso debe desestimarse en su totalidad.

Costas

93 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimadas las pretensiones de la demandante, y puesto que la Comisión y Ryanair han solicitado su condena en costas, procede condenarla a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión y Ryanair, incluidas las correspondientes al procedimiento sobre medidas provisionales.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Tercera)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) Aer Lingus Group plc cargará con sus propias costas y con las de la Comisión y Ryanair Holdings plc, incluidas las correspondientes al procedimiento sobre medidas provisionales.

Azizi Cremona Frimodt Nielsen

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 6 de julio de 2010.

Firmas

Índice

Marco jurídico ..... II - 3697

Hechos que originaron el litigio ..... II - 3700

Partes del litigio ..... II - 3700

Oferta de adquisición de Aer Lingus por Ryanair y tomas de participación ..... II - 3701

Examen y prohibición de la concentración notificada ..... II - 3701

Correspondencia entre Aer Lingus y la Comisión durante el procedimiento de examen de la concentración ..... II - 3704

Correspondencia entre Aer Lingus y la Comisión a raíz de la Decisión Ryanair, requerimiento de actuación con arreglo al artículo 232 CE y Decisión impugnada ..... II - 3705

Procedimiento y pretensiones de las partes ..... II - 3710

Fundamentos de Derecho ..... II - 3713

Alegaciones de las partes ..... II - 3713

Apreciación del Tribunal ..... II - 3719

Costas ..... II - 3731