

ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

18 mars 2008 *

Dans l'affaire T-411/07 R,

Aer Lingus Group plc, établie à Dublin (Irlande), représentée par M. A. Burnside, solicitor, et M^{es} B. van de Walle de Ghelcke et T. Snels, avocats,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. X. Lewis, É. Gippini Fournier et S. Noë, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

soutenue par

Ryanair Holdings plc, établie à Dublin (Irlande), représentée par MM. J. Swift, QC, V. Power, A. McCarthy et D. Hull, solicitors, et M^e G. Berrisch, avocat,

partie intervenante,

* Langue de procédure : l'anglais.

ayant pour objet une demande de mesures provisoires visant à obtenir, en premier lieu, qu'il soit enjoint à la Commission d'adopter certaines mesures concernant la participation de Ryanair Holdings plc au capital de la requérante, en deuxième lieu, et à titre subsidiaire, une ordonnance dans le même sens à l'encontre de la Commission ou de Ryanair Holdings plc et, en troisième lieu, qu'il soit sursis à l'exécution de la décision de la Commission C(2007) 4600, du 11 octobre 2007, rejetant la demande de la partie requérante d'ouvrir une procédure au titre de l'article 8, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises et d'adopter des mesures provisoires au titre de l'article 8, paragraphe 5, dudit règlement (JO L 24, p. 1),

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

rend la présente

Ordonnance

Cadre juridique

- ¹ En vertu de l'article 3 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1, ci-après le « règlement »):

« 1. Une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte:

- a) de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises,
ou

- b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.

2. Le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment :

- a) des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

3. Le contrôle est acquis par la ou les personnes ou entreprises :

- a) qui sont titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ou
- b) qui, n'étant pas titulaires de ces droits ou bénéficiaires de ces contrats, ont le pouvoir d'exercer les droits qui en découlent.

[...]»

2 L'article 8 du règlement dispose :

« [...] »

4. Si la Commission constate qu'une concentration :

- a) a déjà été réalisée et qu'elle a été déclarée incompatible avec le marché commun, ou

- b) a été réalisée en violation d'une condition dont est assortie une décision prise en vertu du paragraphe 2 et indiquant que, faute de respecter cette condition, la concentration répondrait au critère énoncé à l'article 2, paragraphe 3, ou que, dans les cas visés à l'article 2, paragraphe 4, elle ne répondrait pas aux critères énoncés à l'article 81, paragraphe 3, du traité,

la Commission peut :

- ordonner aux entreprises concernées de dissoudre la concentration, notamment par la séparation des entreprises fusionnées ou la cession de la totalité des actions ou actifs acquis, afin de rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration. Dans le cas où un tel rétablissement ne serait pas possible, la Commission peut prendre toute autre mesure appropriée pour rétablir, dans la mesure du possible, la situation antérieure à la réalisation de la concentration,

- ordonner toute autre mesure appropriée afin que les entreprises concernées dissolvent la concentration ou prennent des mesures visant à rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration, comme requis dans sa décision.

Dans les cas relevant du premier alinéa, sous a), ces mesures peuvent être imposées sous la forme d'une décision prise en vertu du paragraphe 3 ou d'une décision distincte.

5. La Commission peut prendre des mesures provisoires appropriées pour rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective lorsqu'une concentration :

- a) a été réalisée en violation de l'article 7 et qu'aucune décision n'a encore été prise concernant sa compatibilité avec le marché commun ;
- b) a été réalisée en violation d'une condition dont est assortie une décision prise en vertu de l'article 6, paragraphe 1, sous b), ou du paragraphe 2 du présent article ;
- c) a déjà été réalisée et est déclarée incompatible avec le marché commun. »

Faits à l'origine du litige

- 3 La requérante, Aer Lingus Group plc (ci-après la « requérante » ou « Aer Lingus ») est une société anonyme et la société holding non commerciale d'Aer Lingus Ltd,

une compagnie aérienne à bas coûts basée en Irlande qui assure des liaisons aériennes régulières à destination et en provenance des aéroports de Dublin, de Cork et de Shannon. À la suite de la privatisation d'Aer Lingus en 2006 par le gouvernement irlandais, qui a conservé une participation de 25,35 % de son capital, les actions de cette société ont été admises à la négociation le 2 octobre 2006.

- 4 Le 23 octobre 2006, Ryanair Holdings plc (ci-après « Ryanair »), qui avait acquis auparavant, par l'intermédiaire de sa filiale à 100 %, Coinside Ltd, une participation de 19,21 % dans le capital d'Aer Lingus, a lancé une offre publique d'achat (OPA) sur l'intégralité du capital de cette dernière.
- 5 Le 30 octobre 2006, Ryanair a adressé à la Commission une notification, conformément à l'article 4 du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1), d'un projet de concentration prévoyant l'acquisition d'Aer Lingus.
- 6 Durant la période d'acceptation de l'offre, Ryanair a acquis des actions supplémentaires d'Aer Lingus et, le 28 novembre 2006, elle détenait 25,17 % du capital de cette société.
- 7 Le 20 décembre 2006, la Commission a adopté une décision en vertu de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement ouvrant la deuxième phase de la procédure. Dans cette décision, la Commission a considéré que les acquisitions séparées précitées et l'OPA lancée par Ryanair constituaient une concentration unique au sens de l'article 3 du règlement.
- 8 Le 27 juin 2007, la Commission a adopté la décision C(2007) 3104 (ci-après la « décision d'interdiction ») déclarant la concentration notifiée incompatible avec le

marché commun en vertu de l'article 8, paragraphe 3, du règlement. La Commission a conclu que la concentration notifiée entraverait la concurrence dans le marché commun, ou dans une partie de celui-ci, de manière significative au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement, notamment du fait de la création d'une position dominante de Ryanair et d'Aer Lingus sur 35 liaisons en provenance et à destination de Dublin, de Shannon et de Cork, et de la création ou du renforcement d'une position dominante sur 15 autres liaisons en provenance et à destination de Dublin et de Cork.

- 9 Par une requête déposée au greffe du Tribunal le 10 septembre 2007 et enregistrée sous la référence T-342/07, Ryanair a introduit un recours en annulation de la décision d'interdiction.
- 10 Après l'adoption de la décision d'interdiction, Ryanair a fait l'acquisition de 4,3 % supplémentaires du capital d'Aer Lingus, augmentant sa participation à 29,4 %.
- 11 Au cours de la procédure devant la Commission ayant abouti à la décision d'interdiction, Aer Lingus avait indiqué que la Commission devrait adopter une décision en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement exigeant que Ryanair se défasse de sa participation minoritaire dans Aer Lingus au cas où la Commission interdirait la concentration.
- 12 Le 27 juin 2007, la directrice générale adjointe de la direction générale de la concurrence a adressé une lettre à la requérante indiquant que, selon les services chargés du contrôle des concentrations, la Commission n'était pas compétente en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement pour enjoindre à Ryanair de se défaire de sa participation minoritaire dans la mesure où rien n'indiquait que, avec 25,22 % du capital d'Aer Lingus, Ryanair serait en position d'exercer, en droit ou en fait, un contrôle sur Aer Lingus au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement. La lettre indiquait que, pour les mêmes raisons, la Commission n'était pas compétente pour adopter des mesures provisoires en vertu de l'article 8, paragraphe 5, du règlement.

- 13 Le 17 août 2007, Aer Lingus a adressé une lettre à la Commission pour demander l'ouverture d'une procédure officielle contre Ryanair en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement et l'adoption de mesures provisoires en vertu de l'article 8, paragraphe 5, dudit règlement pour empêcher Ryanair d'exercer ses droits de vote dans Aer Lingus ou bien, à titre subsidiaire, que la Commission indique formellement qu'elle n'était pas compétente pour adopter de telles mesures. En outre, Aer Lingus a demandé à la Commission de prendre explicitement position sur l'interprétation de l'article 21 du règlement.
- 14 Le 11 octobre 2007, la Commission a adopté la décision C(2007) 4600 final rejetant la demande d'Aer Lingus (ci-après la « décision attaquée »).

Décision attaquée

- 15 Dans la décision attaquée, la Commission a considéré que, en vertu de l'article 3 du règlement, il n'y a concentration que lorsqu'une entreprise acquiert un contrôle, celui-ci étant défini comme la possibilité d'exercer une influence déterminante. Concernant l'article 8, paragraphe 4, du règlement, la Commission a rappelé que cette disposition permet, lorsqu'une concentration a déjà été réalisée, d'exiger des entreprises concernées de dissoudre la concentration, notamment par la cession de toutes les actions ou actifs acquis, de manière à rétablir la situation qui prévalait antérieurement à la réalisation de la concentration.
- 16 Toutefois, la Commission a jugé que la concentration en cause n'avait pas encore été réalisée dans la mesure où Ryanair n'avait pas pris le contrôle d'Aer Lingus. Les transactions exécutées durant la procédure devant la Commission ne pouvaient donc pas être considérées comme une réalisation de la concentration notifiée.

- 17 La Commission a souligné en particulier que la participation minoritaire détenue par Ryanair ne lui donnait pas, en droit ou en fait, le contrôle d'Aer Lingus au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement. La Commission a ajouté que, même si des participations minoritaires peuvent permettre de conclure, dans certaines circonstances, à l'existence d'un contrôle, rien n'indiquait que de telles circonstances existaient dans le cas présent. En fait, selon les informations dont disposait la Commission, les droits détenus par Ryanair en qualité d'actionnaire minoritaire, en particulier le droit de bloquer les résolutions dites « spéciales » en vertu du droit des sociétés irlandais, visaient exclusivement à protéger les actionnaires minoritaires et ne conféraient pas de contrôle sur Aer Lingus. De plus, la Commission a indiqué qu'Aer Lingus elle-même n'avait pas affirmé que la participation minoritaire acquise aboutirait à son contrôle par Ryanair.
- 18 Enfin, la Commission a indiqué que la présente affaire se différenciait des affaires examinées dans le passé dans lesquelles l'article 8, paragraphe 4, du règlement avait été appliqué, comme la décision 2004/103/CE de la Commission, du 30 janvier 2002, portant mesures destinées à rétablir une concurrence effective conformément à l'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89 (Affaire COMP/M. 2416 — Tetra Laval/Sidel) (JO 2004, L 38, p. 1, ci-après l'« affaire Tetra Laval/Sidel »), et la décision 2004/276/CE de la Commission, du 30 janvier 2002, ordonnant une séparation d'entreprises sur la base de l'article 8, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89 (Affaire COMP/M.2283 — Schneider/Legrand) (JO 2004, L 101, p. 134, ci-après l'« affaire Schneider/Legrand »). En effet, dans ces affaires, une acquisition avait déjà été réalisée avec succès et l'acquéreur avait acquis le contrôle de la société cible.
- 19 En ce qui concerne la demande d'Aer Lingus visant à ce que la Commission adopte des mesures provisoires en vertu de l'article 8, paragraphe 5, du règlement, cette dernière a relevé que le libellé de cette disposition se référait également à la situation dans laquelle une concentration « a[va]it déjà été réalisée et [était] déclarée incompatible avec le marché commun », et elle en a conclu qu'elle n'était pas compétente pour prendre des mesures provisoires en l'espèce.
- 20 Quant à la demande d'Aer Lingus visant à ce que la Commission prenne position sur l'interprétation de l'article 21 du règlement, la Commission a noté qu'elle

équivaldrait, en réalité, à une demande d'interprétation contraignante d'une disposition du droit communautaire à adresser aux États membres, et qu'elle n'était pas compétente pour adopter un tel acte.

Procédure et conclusions des parties

- 21 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 19 novembre 2007 et enregistrée sous la référence T-411/07, la requérante a introduit un recours en annulation de la décision attaquée en vertu de l'article 230, quatrième alinéa, CE.

- 22 Par une demande distincte déposée au greffe du Tribunal le même jour et enregistrée sous la référence T-411/07 R, la requérante a sollicité l'adoption de mesures provisoires et le sursis à l'exécution de la décision attaquée en vertu des articles 242 CE et 243 CE, et de l'article 104 du règlement de procédure du Tribunal.

- 23 Le 12 décembre 2007, la Commission a présenté des observations écrites sur cette demande en référé.

- 24 Par acte déposé le 27 novembre 2007 au greffe du Tribunal, Ryanair a demandé à intervenir au soutien des conclusions de la Commission.

- 25 Par acte déposé le 4 décembre 2007 au greffe du Tribunal, Aer Lingus a indiqué ne pas avoir d'objections à la demande d'intervention de Ryanair et a déclaré ne pas solliciter la confidentialité des documents produits devant le Tribunal dans le cadre de l'affaire T-411/07 R.

- 26 Par acte déposé le 5 décembre 2007 au greffe du Tribunal, la Commission a indiqué ne pas avoir d'objections à la demande d'intervention de Ryanair.
- 27 Le 7 décembre 2007, le président du Tribunal a rendu une ordonnance autorisant Ryanair à intervenir au soutien des conclusions de la Commission et à présenter un mémoire en intervention, ce qu'elle a fait le 19 décembre 2007.
- 28 Une audience s'est tenue le 24 janvier 2008.
- 29 La requérante conclut à ce qu'il plaise au président du Tribunal :
- ordonner que la Commission exige de Ryanair que, jusqu'au prononcé de celui des arrêts dans la procédure au principal ou dans l'affaire T-342/07 qui interviendra en dernier lieu :

 - elle n'exerce pas les droits de vote ou tout autre droit attaché aux actions d'Aer Lingus qu'elle détient ou découlant de celles-ci (y compris, et sans limitation, la présence ou le vote aux assemblées, ou la convocation d'assemblées générales), sauf en application d'une dérogation accordée par la Commission ;

 - elle confie les actions en question à un fidéicommissaire et n'en dispose pas, sauf à l'égard d'un acquéreur qui, conformément à une procédure, aura été agréé par la Commission ;

— elle n'augmente pas sa participation dans le capital d'Aer Lingus;

— à titre subsidiaire, prendre à l'égard de la Commission et/ou de Ryanair toute autre mesure qu'il jugerait pertinente;

— ordonner le sursis à l'exécution de la décision de la Commission C(2007) 4600, du 11 octobre 2007, rejetant la demande de la partie requérante d'ouvrir une procédure en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement, dans la mesure où cela est nécessaire;

— condamner la Commission aux dépens.

³⁰ La Commission conclut à ce qu'il plaise au président du Tribunal:

— rejeter la demande de sursis à exécution;

— rejeter la demande en référé;

— condamner la requérante aux dépens.

³¹ Ryanair conclut à ce qu'il plaise au président du Tribunal:

— rejeter la demande en référé;

— condamner la requérante aux dépens liés à l'intervention.

En droit

- 32 En vertu des articles 242 CE et 243 CE, combinés à l'article 225, paragraphe 1, CE, le Tribunal peut, s'il considère que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution d'un acte attaqué devant lui ou prescrire les mesures provisoires nécessaires.
- 33 L'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure dispose que les demandes de mesures provisoires spécifient l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent. Par conséquent, le sursis à exécution et les autres mesures provisoires peuvent être accordés par le juge des référés s'il est établi que leur octroi est justifié à première vue en fait et en droit (*fumus boni juris*) et qu'ils sont urgents en ce sens qu'il est nécessaire, pour éviter un préjudice grave et irréparable aux intérêts du requérant, qu'ils soient prononcés et produisent leurs effets avant même la décision au principal. Ces conditions sont cumulatives, de sorte que les mesures provisoires doivent être rejetées dès lors que l'une d'elles fait défaut [ordonnance du président de la Cour du 14 octobre 1996, SCK et FNK/Commission, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, point 30]. Le juge des référés procède également, le cas échéant, à la mise en balance des intérêts en présence (voir ordonnance du président de la Cour du 23 février 2001, Autriche/Conseil, C-445/00 R, Rec. p. I-1461, point 73, et la jurisprudence citée).
- 34 De plus, dans le cadre de cet examen d'ensemble, le juge des référés dispose d'un large pouvoir d'appréciation et reste libre de déterminer, au regard des particularités de l'espèce, la manière dont ces différentes conditions doivent être vérifiées ainsi que l'ordre de cet examen, dès lors qu'aucune règle de droit communautaire ne lui impose un schéma d'analyse préétabli pour apprécier la nécessité de statuer provisoirement [ordonnance du président de la Cour du 19 juillet 1995, Commission/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165, point 23, et ordonnance du président de la première chambre de la Cour du 3 avril 2007, Vischim/Commission, C-459/06 P(R), non publiée au Recueil, point 25].

Sur la recevabilité

Arguments des parties

- 35 La Commission indique que la demande en référé doit être rejetée au motif qu'aucune des mesures demandées ne relève de celles susceptibles d'être accordées dans le cadre d'une procédure en référé.
- 36 Premièrement, la Commission fait valoir que les mesures provisoires demandées vont au-delà de ce que la requérante pourrait obtenir dans la procédure au principal dont l'issue ne saurait être la privation automatique de la participation minoritaire de Ryanair. S'il est fait droit à la requête d'Aer Lingus dans la procédure au principal, il appartiendra à la Commission de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à l'arrêt du Tribunal conformément à l'article 233 CE.
- 37 De plus, la Commission indique que la requérante sollicite l'adoption de mesures produisant effet jusqu'au prononcé de celui des arrêts dans la procédure au principal ou dans l'affaire T-342/07 qui interviendra en dernier lieu. Selon la Commission, étendre la durée des mesures demandées au-delà de la fin de la procédure au principal reviendrait à nier la nature provisoire de la procédure en référé. La Commission fait valoir que la présente demande de mesures provisoires ne peut concerner une procédure distincte à laquelle la requérante n'est pas partie.
- 38 Deuxièmement, en ce qui concerne la demande de sursis à l'exécution de la décision attaquée, la Commission allègue que, en vertu d'une jurisprudence constante, une demande de sursis à exécution ne peut pas, en principe, viser une décision administrative négative.

- 39 Troisièmement, en ce qui concerne la demande visant à ce que le juge des référés enjoigne à la Commission d'ordonner à Ryanair de s'abstenir d'exercer ses droits en qualité d'actionnaire minoritaire ou de prendre certaines mesures positives, la Commission indique que ce faisant, la requérante cherche à échapper à la jurisprudence selon laquelle le juge des référés ne peut pas donner de consignes à des justiciables qui ne sont pas parties au litige.
- 40 Selon la Commission, le fait que Ryanair se soit vu accorder le droit d'intervenir ne lui confère toutefois pas le statut de partie.
- 41 Quatrièmement, en ce qui concerne la demande visant à ce que le juge des référés prenne toute mesure à l'égard de la Commission et/ou de Ryanair qu'il jugerait pertinente, la Commission considère qu'une telle demande est vague et imprécise et ne satisfait donc pas aux critères prévus par le règlement de procédure. Par conséquent, il y a lieu, selon elle, de la rejeter comme irrecevable.
- 42 Dans son mémoire en intervention, Ryanair soutient les conclusions de la Commission et considère que la demande devrait être rejetée comme irrecevable. Ryanair souligne, notamment, que la demande va au-delà de ce qui pourrait être obtenu dans l'affaire au principal et qu'elle invite le juge des référés à ne pas tenir compte de l'équilibre constitutionnel entre les institutions communautaires et à endosser le rôle de la Commission. De plus, Ryanair fait valoir que les mesures provisoires ne sont, en substance, pas demandées à l'encontre de la Commission mais de Ryanair elle-même, qui n'est cependant pas partie à la procédure. Ryanair ainsi que d'autres parties affectées seraient dès lors privées des garanties procédurales dont elles bénéficient en vertu du règlement et des principes généraux du droit communautaire. Elles seraient en particulier privées de leurs droits de la défense.

Appréciation du juge des référés

- 43 Sans alléguer clairement que la présente demande devrait être rejetée dans son intégralité comme irrecevable, la Commission indique qu'il ne peut être fait droit à aucune des demandes de la requérante dans le cadre d'une procédure en référé.
- 44 Chacune de ces demandes doit être examinée séparément.
- 45 Premièrement, en ce qui concerne la durée des mesures sollicitées, il y a lieu d'observer que, en vertu de l'article 107, paragraphe 4, du règlement de procédure, l'ordonnance sollicitée par la requérante n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien la décision du Tribunal statuant au principal. Il en découle que, en principe, une telle ordonnance ne saurait produire des effets une fois que le Tribunal a statué au principal. Par conséquent, dans la mesure où la demande de mesures provisoires « jusqu'au prononcé de celui des arrêts dans la procédure au principal ou dans l'affaire T-342/07 qui interviendra en dernier lieu » implique l'application de mesures provisoires au-delà de la date de l'arrêt au principal, il y a lieu de la rejeter. Toute mesure provisoire accordée dans le cadre de la présente procédure ne pourrait s'appliquer que jusqu'au prononcé de l'arrêt dans l'affaire au principal.
- 46 Deuxièmement, en ce qui concerne la demande de sursis à l'exécution de la décision attaquée, il y a lieu de relever que cette décision est une décision administrative négative contre laquelle une demande de sursis à exécution ne se conçoit pas, l'octroi d'un sursis ne pouvant avoir pour effet de modifier la situation du requérant [ordonnance du président de la deuxième chambre de la Cour du 31 juillet 1989, S./Commission, 206/89 R, Rec. p. 2841, point 14; ordonnances du président de la Cour du 30 avril 1997, Moccia Irme/Commission, C-89/97 P(R), Rec. p. I-2327, point 45, et du 21 février 2002, Front national et Martinez/Parlement, C-486/01 P-R et C-488/01 P-R, Rec. p. I-1843, point 73].

- 47 Dans la décision attaquée, la Commission a rejeté la demande d'Aer Lingus d'ouvrir une procédure en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement et d'adopter des mesures provisoires en vertu de l'article 8, paragraphe 5, dudit règlement afin d'empêcher Ryanair d'exercer ses droits de vote aux assemblées d'Aer Lingus, ou de déclarer formellement que la Commission n'était pas compétente pour ce faire. Le sursis à l'exécution de cette décision administrative de rejet n'aurait, en lui-même, aucun effet sur les conditions régissant l'exercice par Ryanair des droits attachés à sa participation minoritaire dans le capital d'Aer Lingus et n'aurait donc aucune conséquence utile pour la requérante.
- 48 Cette demande doit dès lors être rejetée, sauf dans la mesure où le sursis à l'exécution de la décision attaquée pourrait être nécessaire afin de prescrire l'une des autres mesures provisoires sollicitées par Aer Lingus que le juge des référés jugerait recevables et fondées.
- 49 Troisièmement, en ce qui concerne la demande visant à obtenir qu'il soit enjoint à la Commission d'exiger de Ryanair qu'elle n'exerce pas les droits attachés à sa participation dans Aer Lingus ou les droits qui en découlent, qu'elle confie les actions en question à un fidéicommissaire et n'en dispose pas, sauf à l'égard d'un acquéreur, et qu'elle n'augmente pas sa participation dans Aer Lingus, il y a lieu de noter que, en principe, l'adoption d'une mesure qui, si elle devait être ordonnée, constituerait une ingérence dans l'exercice des compétences de la Commission, incompatible avec la répartition des compétences entre les différentes institutions voulue par les auteurs du traité CE, ne saurait être envisagée (ordonnances du président du Tribunal du 2 octobre 1997, Eurocoton e.a./Conseil, T-213/97 R, Rec. p. II-1609, point 40, et du 11 juillet 2002, Lormines/Commission, T-107/01, Rec. p. II-3193, points 52 et 53).
- 50 Si l'arrêt rendu dans l'affaire au principal indiquait que, comme l'affirme la requérante, la Commission est compétente pour ordonner les mesures prévues à l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement, il appartiendrait à la Commission, si elle le jugeait nécessaire dans le contexte des pouvoirs de contrôle dont elle dispose dans le domaine des concentrations, d'adopter les mesures nécessaires pour se conformer

à l'arrêt du Tribunal conformément à l'article 233 CE. Par conséquent, si le juge des référés devait accueillir cette demande, cela reviendrait de sa part à enjoindre à la Commission de tirer certaines conséquences précises de l'arrêt d'annulation et, par conséquent, à ordonner une mesure qui excéderait les compétences du juge du fond (ordonnance du président du Tribunal du 16 janvier 2004, *Arizona Chemical e.a./Commission*, T-369/03 R, Rec. p. II-205, point 67).

51 Toutefois, en vertu du système de répartition des compétences prévu par le traité CE et par le règlement, il appartient à la Commission, si elle le considère nécessaire dans le contexte des compétences de contrôle dont elle dispose dans le domaine des concentrations, et en particulier en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement, d'adopter les mesures de remise en état qu'elle estime appropriées. Il en résulte que, dans la mesure où la première demande d'*Aer Lingus* vise à obtenir une ordonnance du juge des référés exigeant de la Commission qu'elle applique l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement d'une manière particulière, elle doit être rejetée comme irrecevable.

52 En ce qui concerne la demande d'*Aer Lingus* visant à ce que le juge des référés prenne à l'égard de la Commission et/ou de Ryanair toute autre mesure qu'il jugerait pertinente, la Commission fait valoir que ce type de demande est trop vague et n'est, par conséquent, pas recevable. La Commission invoque à cet effet une pratique constante du Tribunal selon laquelle les demandes de mesures provisoires en vertu de l'article 243 CE ne peuvent être vagues et imprécises [ordonnances du président du Tribunal du 12 février 1996, *Lehrfreund/Conseil et Commission*, T-228/95 R, Rec. p. II-111, point 58, et du 2 juillet 2004, *Sumitomo Chemical/Commission*, T-78/04 R, Rec. p. II-2049, validée sur ce point dans le cadre d'un pourvoi dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance du président de la Cour du 13 décembre 2004, *Sumitomo Chemical/Commission*, C-381/04 P(R), non publiée au Recueil].

53 Il y a toutefois lieu d'observer que, dans les cas dans lesquels le contenu des mesures sollicitées par la requérante est suffisamment clair au vu du reste de la demande, le juge des référés peut considérer que celle-ci n'est pas vague et imprécise par nature et la juger recevable. Dans le cas présent, il apparaît clairement, à la lumière de la

première demande, que la requérante cherche à obtenir des mesures provisoires pour garantir, notamment, que Ryanair n'exerce pas ses droits en qualité d'actionnaire jusqu'à ce qu'un arrêt soit rendu dans l'affaire au principal. Ainsi que la Commission l'a indiqué au point 25 de ses observations, «la requérante sollicite en réalité l'adoption de mesures provisoires à l'encontre de Ryanair». Le champ des mesures sollicitées à cet effet est clairement indiqué dans la première demande d'Aer Lingus. Par conséquent, la demande visant à «prendre à l'égard de la Commission et/ou de Ryanair toute autre mesure que le président jugerait pertinente» est suffisamment claire dans le cas présent pour remplir les conditions prévues par le règlement de procédure.

54 Dans la mesure où, d'une part, une telle demande vise, en pratique, à obtenir une ordonnance du président du Tribunal enjoignant à la Commission d'exercer son pouvoir d'appréciation en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement d'une manière particulière, elle est toutefois irrecevable au vu des développements qui précèdent.

55 Dans la mesure où, par ailleurs, ladite demande vise à obtenir une ordonnance du président du Tribunal adressée à la partie intervenante, la Commission indique que le juge des référés ne peut adresser d'injonction à des personnes qui ne sont pas parties au litige, que Ryanair ne doit pas être considérée comme une partie au litige et que, par conséquent, aucune mesure provisoire ne peut lui être adressée. De plus, même si Ryanair devait être considérée comme partie à la procédure, sur le fondement de son statut d'intervenante, la Commission indique que, en vertu d'une jurisprudence constante, dans une situation comme celle de l'espèce, où les mesures demandées au juge des référés peuvent avoir une incidence grave sur les droits et les intérêts de tiers, incluant en l'espèce d'autres actionnaires d'Aer Lingus, lesquels ne sont pas partie au litige et n'ont donc pas pu être entendus, de telles mesures ne sauraient se justifier que s'il apparaissait qu'en leur absence le requérant serait exposé à une situation susceptible de mettre en péril son existence même (ordonnance du président du Tribunal du 6 juillet 1993, CCE Vittel et CE Pierval/Commission, T-12/93 R, Rec. p. II-785, point 20).

56 À cet égard, il convient de relever que l'article 243 CE indique clairement que «dans les affaires dont elle est saisie, la Cour de justice peut prescrire les mesures

provisoires nécessaires». Un libellé aussi large est manifestement destiné à garantir au juge des référés des compétences suffisantes pour ordonner toute mesure qu'il estime nécessaire pour garantir la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par la Cour (voir ordonnance de la Cour du 17 juillet 2001, Commission/NALOO, C-180/01 P-R, Rec. p. I-5737, point 52, et la jurisprudence citée). Afin de garantir le plein effet de l'article 243 CE, il ne saurait donc être exclu que le juge des référés puisse adresser des injonctions directement à des tiers si nécessaire. À cet égard, un pouvoir d'appréciation aussi large doit être exercé en tenant dûment compte des droits procéduraux, et notamment des droits de la défense, du destinataire des mesures provisoires et des parties directement affectées par ces mesures. Lorsqu'il décidera s'il accorde les mesures provisoires sollicitées dans ce genre d'affaires, le juge des référés tiendra en outre dûment compte de la force du *fumus boni juris* et de l'imminence d'un dommage grave et irréparable. Par conséquent, même lorsqu'un tiers n'a pas eu la possibilité d'être entendu dans le cadre d'une procédure en référé, on ne saurait exclure qu'il soit destinataire de mesures provisoires, dans des circonstances exceptionnelles et en tenant compte de la nature temporaire des mesures provisoires, s'il apparaît que, sans ces mesures, le requérant serait exposé à une situation mettant en péril son existence même.

57 Ryanair a été autorisée à intervenir dans la présente procédure par une ordonnance du président du Tribunal du 7 décembre 2007, et elle a présenté ses observations le 19 décembre 2007. De plus, Ryanair, comme toutes les autres parties à la présente procédure, a eu l'occasion de définir sa position de manière circonstanciée au cours de l'audience. Il est donc tenu compte de la position de Ryanair dans la présente procédure.

58 Il en découle que la demande visant à ce que le juge des référés prenne à l'égard de Ryanair toute autre mesure qu'il jugerait pertinente est recevable.

59 L'argument de la Commission selon lequel, puisque les mesures provisoires ayant pour effet de suspendre l'exercice des droits attachés à la participation de Ryanair dans le capital d'Aer Lingus ont une incidence sur des tiers, en particulier sur les

autres actionnaires d'Aer Lingus, alors même que ces tiers n'ont pas été entendus dans le cadre de la présente procédure, une ordonnance produisant des effets contre eux ne peut être rendue, ne saurait faire obstacle à cette conclusion. À cet égard, il y a lieu d'indiquer que les larges compétences dont dispose le juge des référés ne sont limitées, dans la mesure où une incidence sur les droits et les intérêts des tiers est en cause, que dans les cas dans lesquels ces droits et ces intérêts peuvent être sérieusement affectés (ordonnance CCE Vittel et CE Pierval/Commission, point 55 supra, point 20). De plus, même lorsque les mesures demandées au juge des référés peuvent avoir une incidence grave sur les droits et les intérêts de tiers, ces mesures peuvent néanmoins être accordées « s'il apparaissait qu'en leur absence les requérants seraient exposés à une situation susceptible de mettre en péril leur existence même » (voir ordonnance CCE Vittel et CE Pierval/Commission, point 55 supra, point 20, et la jurisprudence citée). Le juge des référés procède à ces appréciations lorsqu'il met en balance les différents intérêts en cause. Par conséquent, on ne saurait exclure que, s'il est satisfait à toutes les conditions, des mesures provisoires puissent être accordées dans la présente procédure, en dépit d'une éventuelle incidence sur les droits et les intérêts d'autres actionnaires d'Aer Lingus.

Sur le fond

Sur le *fumus boni juris*

— Arguments des parties

⁶⁰ La requérante allègue que les éléments de fait et de droit précités démontrent qu'il existe un litige grave concernant l'exactitude de l'interprétation de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement faite par la Commission dans la décision attaquée.

- 61 Premièrement, la requérante conteste l'affirmation faite au point 12 de la décision attaquée selon laquelle « des conséquences négatives ne sauraient apparaître puisque Ryanair n'a pas acquis, et ne peut se porter acquéreur, du contrôle d'Aer Lingus ». Selon la requérante, cette opinion est contraire aux faits, à la théorie économique et aux décisions antérieures de la Commission.
- 62 En ce qui concerne le premier argument, Ryanair aurait utilisé sa participation dans Aer Lingus pour tenter d'avoir accès à son plan stratégique confidentiel et aurait bloqué une résolution spéciale qui aurait permis à Aer Lingus d'augmenter son capital ou de procéder à des acquisitions stratégiques. Selon la requérante, Ryanair a convoqué deux assemblées générales extraordinaires dans l'objectif de faire annuler les décisions stratégiques prises par elle et a menacé ses administrateurs de poursuites judiciaires pour violation d'obligations réglementaires à son égard en sa qualité d'actionnaire.
- 63 Selon la requérante, ces faits ont eu pour conséquences de perturber sa direction, de l'entraîner dans un litige juridique avec Ryanair et de l'affaiblir inévitablement en tant que concurrent effectif de Ryanair.
- 64 En ce qui concerne le deuxième argument, la requérante fait valoir que, selon des principes économiques de bon sens, des participations minoritaires de ce type faussent la concurrence entre les entreprises concernées. Ryanair n'est notamment pas incitée à concurrencer Aer Lingus, puisque, en tant qu'actionnaire participant aux bénéfices de cette dernière, elle a un intérêt à maintenir la valeur de sa participation et à s'assurer que Aer Lingus est bénéficiaire. Selon Aer Lingus, des participations minoritaires comme celle détenue par Ryanair ont des conséquences anticoncurrentielles significatives.
- 65 En ce qui concerne le troisième argument, la requérante invoque les décisions dans les affaires Tetra Laval/Sidel et Schneider/Legrand pour étayer ses allégations.

- 66 Dans ces deux décisions, la Commission avait considéré que, dans des circonstances particulières, le maintien d'une participation minoritaire entraverait le rétablissement d'une concurrence effective et aurait des effets disproportionnés sur la société cible.
- 67 Deuxièmement, selon la requérante, l'interprétation que fait la Commission de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement est inexacte. Selon Aer Lingus, la Commission a procédé à une approche purement littérale de ces dispositions, alors qu'une interprétation large est plus conforme à l'objectif du règlement.
- 68 Selon la requérante, confrontée au choix entre deux interprétations possibles du règlement, la Cour, dans l'arrêt du 31 mars 1998, *France e.a./Commission* (C-68/94 et C-30/95, Rec. p. I-1375), et le Tribunal, dans l'arrêt du 25 mars 1999, *Gencor/Commission* (T-102/96, Rec. p. II-753), ont jugé que l'interprétation la plus restrictive priverait partiellement le règlement de son effet utile, alors que l'interprétation plus large était conforme au texte du règlement, même si cela n'était pas indiqué explicitement.
- 69 La requérante affirme également que le sens naturel de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement est conforme à l'exercice des compétences prévues par ces dispositions afin d'apprécier une participation comme celle de Ryanair, alors que l'interprétation adoptée par la Commission laisse la Communauté désarmée face à la distorsion de concurrence créée par la participation, acquise dans le cadre de la concentration prohibée, et qu'elle n'est donc pas conforme à l'objectif du règlement.
- 70 La requérante allègue, en particulier, que l'interprétation de la Commission ne tient pas compte des considérants 2, 5, 6, 7, 8, 14, 20 et 23 du règlement.

- 71 En ce qui concerne l'article 8, paragraphe 4, du règlement, au lieu de se laisser guider par ses considérants, la Commission procède selon la requérante à une interprétation purement littérale au point 10 de la décision attaquée et considère que « la concentration examinée dans la présente affaire n'a pas été réalisée » et que « les transactions effectuées durant la procédure devant la Commission ne peuvent donc pas être considérées comme des éléments d'une concentration réalisée ».
- 72 Selon la requérante, la première erreur commise par la Commission est de considérer les « transactions » qu'elle doit examiner comme distinctes de la concentration examinée dans la décision d'interdiction. Selon Aer Lingus, il ressort manifestement du point 12 de la décision d'interdiction que les « transactions » auxquelles elle se réfère sont parties intégrantes de la concentration interdite. La Commission ayant reconnu dans sa décision du 20 décembre 2006 que ces transactions et l'OPA faisaient partie d'une concentration unique au sens de l'article 3 du règlement, la Commission a donc identifié de manière incorrecte la concentration à laquelle s'applique l'article 8, paragraphe 4, du règlement. La réunion de deux conditions serait nécessaire à l'application de cet article : il devrait y avoir concentration et celle-ci devrait être jugée incompatible avec le marché commun.
- 73 La seconde condition étant selon la requérante remplie, la question principale serait de savoir si la concentration ainsi définie a été réalisée. Aer Lingus affirme, à cet égard, que la Commission assimile à tort le terme « réalisée » à l'article 8, paragraphe 4, sous a), du règlement au « contrôle acquis » au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement. Selon la requérante, l'article 8, paragraphe 4, du règlement ne se réfère pas au « contrôle acquis » et ne mentionne que le terme « réalisée ». Pour elle, le fait que la concentration n'ait jamais été totalement menée à son terme — parce que la Commission l'a elle-même empêchée — ne signifie pas que la concentration n'a pas été réalisée, tout du moins partiellement, par les transactions mentionnées au point 12 de la décision d'interdiction.
- 74 Pour étayer ses allégations, la requérante a souhaité déposer de nouvelles offres de preuve lors de l'audience, à savoir des communiqués de presse de la Commission

qui, selon Aer Lingus, démontrent qu'il est d'usage pour la Commission de considérer comme une « réalisation » des étapes n'incluant pas la prise de contrôle. La requérante a affirmé que ces communiqués démontraient que la Commission avait, dans le passé, effectué des inspections surprises pour vérifier si les parties à une concentration avaient réalisé une acquisition, examinée par la Commission, en violation de l'article 7, paragraphe 1, du règlement.

75 Troisièmement, la requérante invoque un argument tiré de l'article 7 du règlement. En vertu de l'article 7, paragraphe 1, dudit règlement, une concentration de dimension communautaire ne peut pas être réalisée avant d'avoir été déclarée compatible avec le marché commun. L'article 7, paragraphe 2, du règlement dispose que l'article 7, paragraphe 1, ne fait pas obstacle à la réalisation d'une OPA ou d'échange ou d'opérations pour autant que la concentration soit notifiée sans délai à la Commission et que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations concernées sauf sur la base d'une dérogation octroyée par la Commission conformément au paragraphe 3.

76 Aer Lingus fait valoir que les dispositions combinées de l'article 7, paragraphes 1 et 2, du règlement doivent empêcher Ryanair d'exercer ses droits de vote, sauf sur le fondement d'une dérogation octroyée par la Commission en vertu de l'article 7, paragraphe 3.

77 La Commission fait valoir pour sa part que la requérante n'a pas établi l'existence d'un *fumus boni juris* qui justifierait l'octroi des mesures provisoires demandées. Premièrement, la Commission observe que le règlement ne s'applique qu'aux concentrations au sens de l'article 3 du règlement, et non à l'acquisition d'une participation minoritaire qui ne confère pas le contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, c'est-à-dire une influence déterminante, et qu'il n'est pas contesté que la participation de Ryanair dans Aer Lingus ne lui donne pas le contrôle sur cette société.

- 78 Deuxièmement, la Commission allègue que considérer que plusieurs transactions font partie d'une concentration unique garantit que toutes les transactions soient notifiées ensemble à la Commission et préserve le système du « guichet unique ». Selon la Commission, cela ne lui donne toutefois pas compétence pour contrôler des participations minoritaires en tant que telles.
- 79 Troisièmement, la Commission indique que, une fois dissoute la concentration définie au cours de la procédure administrative, l'article 21, paragraphe 3, du règlement ne fait plus obstacle à ce que les États membres appliquent leur législation nationale à une telle participation minoritaire.
- 80 Quatrièmement, en ce qui concerne l'interprétation téléologique des dispositions en cause, la Commission fait observer que l'interprétation à laquelle a procédé Aer Lingus est contraire à l'objectif général du règlement qui est de contrôler les concentrations au sens de l'article 3 du règlement.
- 81 Enfin, la Commission fait valoir que ses décisions antérieures prises en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement n'étaient pas l'affirmation d'Aer Lingus selon laquelle on peut considérer qu'une concentration a été réalisée en l'absence d'une acquisition du contrôle, puisque dans tous les cas antérieurs le contrôle avait été acquis.

— Appréciation du juge des référés

- 82 La requérante allègue, en substance, que la Commission a refusé à tort de prendre des mesures relatives à la participation minoritaire de Ryanair en vertu de l'article 8,

paragraphes 4 et 5, du règlement. À cet égard, Aer Lingus fait valoir que la participation minoritaire en question a des effets négatifs considérables sur la concurrence et elle indique que la Commission a conclu à tort qu'elle n'était pas compétente pour prendre des mesures en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5 du règlement.

83 En ce qui concerne la première allégation de la requérante concernant le point 12 de la décision attaquée selon lequel «des conséquences négatives ne sauraient apparaître, puisque Ryanair n'a pas acquis, et ne peut se porter acquéreur, du contrôle d'Air Lingus», il est clair que cette déclaration est sortie de son contexte, qu'elle ne constitue pas le fondement de la décision de la Commission de ne pas adopter les mesures sollicitées par la requérante en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement et qu'elle est donc sans pertinence aux fins de la présente procédure. En effet, la raison d'être de la décision attaquée tient clairement, selon la Commission, au fait qu'aucune concentration n'a en l'espèce été réalisée et que la Commission ne dispose donc d'aucune compétence pour adopter des mesures en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement concernant la participation minoritaire en cause, indépendamment de la question de savoir si cette participation minoritaire pourrait être réputée donner lieu ou non à des problèmes en matière de concurrence.

84 Il en résulte qu'il n'y a pas lieu d'examiner davantage les autres arguments présentés par la requérante au soutien de cette demande, c'est-à-dire ceux destinés à démontrer qu'elle est conforme aux faits de l'affaire, aux « principes économiques de bon sens » et aux décisions antérieures de la Commission.

85 Au vu des arguments des parties tels qu'ils sont exposés ci-dessus et tels qu'ils ont été discutés au cours de l'audience de plaidoiries, la principale question que le juge des référés doit examiner dans la présente procédure, pour autant qu'elle concerne l'exigence d'un *fumus boni juris*, est de savoir si la requérante a démontré de manière adéquate que, d'une part, la Commission avait fait une interprétation incorrecte du terme « réalisée » figurant à l'article 8, paragraphe 4, du règlement pour apprécier si le contrôle avait été acquis et que, d'autre part, le critère de la

«réalisation» devait être conçu de manière à être rempli par toute action ou démarche de la partie notifiante dans le but de réaliser la concentration. En d'autres termes, la question posée est celle de savoir si une «réalisation partielle» ou une réalisation de l'un des éléments qui constituent ensemble une concentration unique notifiée peut constituer une «réalisation» de la concentration et permettre à la Commission d'exercer sa compétence en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement.

86 Au soutien de son interprétation de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement, Aer Lingus cite la jurisprudence (point 68 supra) dans laquelle la Cour et le Tribunal ont jugé que, confrontés à deux interprétations possibles du règlement, il y avait lieu d'adopter celle qui reflétait le mieux la finalité du règlement.

87 En ce qui concerne la jurisprudence invoquée par la requérante, il convient d'indiquer que la Cour, dans l'arrêt *France e.a./Commission*, point 68 supra (point 168), et le Tribunal, dans l'arrêt *Gencor/Commission*, point 68 supra (point 148), ont jugé que, dès lors que l'interprétation littérale du règlement ne permet pas d'en apprécier la portée exacte, il y a lieu d'interpréter la réglementation en cause en se fondant sur sa finalité.

88 Par conséquent, avant de procéder à une analyse de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement par référence à sa finalité, il convient premièrement de déterminer si le libellé de cette disposition n'est pas suffisamment clair et permet les deux interprétations différentes avancées par la requérante.

89 À cet égard, il convient de noter tout d'abord que la définition du terme anglais «implementation» peut recouvrir à la fois «le fait d'avoir atteint un objectif» et la «mise en œuvre», et peut donc, en principe, prêter à confusion quant à la portée exacte des dispositions figurant à l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement. Alors que l'utilisation du passé composé dans l'expression «has already been

implemented » à l'article 8, paragraphe 4, sous a), et à l'article 8, paragraphe 5, sous c), du règlement pourrait suggérer que cette expression se réfère au « fait d'avoir atteint un objectif », cette considération ne saurait à elle seule être réputée suffisante pour déterminer, même à première vue, la portée des compétences de la Commission en vertu de l'article 8 du règlement.

- 90 Il est par ailleurs de jurisprudence constante que la nécessité d'une interprétation uniforme des règlements communautaires exclut de considérer un texte déterminé isolément, mais exige, en cas de doute, qu'il soit interprété et appliqué à la lumière des versions établies dans les autres langues officielles (voir arrêt de la Cour du 17 octobre 1996, *Lubella*, C-64/95, Rec. p. I-5105, point 17, et la jurisprudence citée). Par conséquent, il est nécessaire de veiller à ce que la version anglaise de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement ne donne pas à l'expression en question un sens différent de celui qu'il a dans les autres versions linguistiques, une telle expression devant être interprétée et appliquée à la lumière des versions linguistiques existantes (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 27 février 1997, *Ebony Maritime et Loten Navigation*, C-177/95, Rec. p. I-1111, points 29 à 31). À cet égard, il convient de relever que dans la version française de l'article 8, paragraphe 4, du règlement l'expression « has already been implemented » correspond à « a déjà été réalisée », dans la version italienne à « è già stata realizzata » et dans la version allemande à « vollzogen worden ». La manière dont l'expression « implemented » est rendue dans les langues officielles précitées indique que, à première vue, la définition de « implementation » envisagée en vertu de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement implique la pleine réalisation de la concentration.
- 91 Deuxièmement, cette conclusion peut, à première vue, être confirmée par une comparaison de la version française de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement avec la version française d'autres textes communautaires dans laquelle le terme « réalisation » signifie clairement « mise en œuvre » plutôt que « réalisation d'un objectif ». On trouve un exemple de l'usage du terme « réalisation » au considérant 3 du règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission, du 21 avril 2004, concernant la mise en œuvre du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil portant modalités d'application de l'article 93 [CE] (JO L 140, p. 1), qui indique que « le recours à ce mécanisme ne doit être accepté que si la Commission a été régulièrement informée sur la mise en œuvre de l'aide existante en question ». Le terme « implementation » correspond dans ce cas, dans la version française du considérant 3, à la « mise en œuvre » et non à la « réalisation ».

- 92 Troisièmement, il convient de garder à l'esprit que, dès lors que la Commission est compétente en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement, elle peut ordonner aux entreprises concernées de « dissoudre la concentration », une expression qui, à première vue, implique l'existence d'une concentration telle que définie à l'article 3 du règlement, et donc l'acquisition d'un contrôle. Dans ce contexte, il doit être relevé que, dans le cas présent, il n'est pas contesté que Ryanair n'est pas en position d'exercer en fait ou en droit un contrôle sur la requérante à travers sa participation minoritaire.
- 93 Il en découle que, sans qu'il soit nécessaire d'examiner en détail les arguments de la requérante concernant la finalité du règlement, il peut être conclu que la requérante n'a pas démontré l'existence d'un *fumus boni juris*.
- 94 Cette conclusion ne peut pas être remise en cause par l'affirmation d'Aer Lingus selon laquelle la Commission considère une mise en œuvre partielle comme interdite par l'article 7, paragraphe 1, du règlement, même en ce qui concerne les étapes n'impliquant aucun changement du contrôle, et indique aux parties qu'elles doivent s'abstenir de prendre de telles mesures. Lors de l'audience, la Commission a confirmé que, bien qu'elle n'ait jamais adopté de position officielle sur la question de savoir si l'article 7 du règlement fait obstacle à l'acquisition de participations minoritaires, elle s'est fixée pour principe, dans le cadre des discussions avec les parties notifiantes, de demander à l'acquéreur de s'abstenir d'exercer des droits de vote, qu'ils résultent d'une participation majoritaire ou minoritaire, jusqu'à la fin de la procédure. À cet égard, on doit premièrement indiquer que, sur la base de la répartition des compétences examinées au point 42 ci-dessus, l'interprétation du droit communautaire est une prérogative de la Cour de justice et non de la Commission et que, par conséquent, la pratique de la Commission, bien qu'importante en ce qu'elle peut créer des attentes légitimes, n'est pas déterminante dans le présent contexte. Deuxièmement, ainsi que la Commission l'a indiqué à l'audience, même s'il convenait d'interpréter l'article 7, paragraphe 1, du règlement en ce sens qu'il interdit uniquement un changement du contrôle dans l'attente de l'examen de la Commission, et non les mesures non assimilables à un changement du contrôle telles que l'exercice de droits de vote attachés à une participation minoritaire, il demeurerait légitime pour la Commission, compte tenu du délai dans lequel elle doit examiner une concentration notifiée et de la combinaison de facteurs susceptibles d'aboutir à un contrôle dans un cas donné, de demander aux parties de ne prendre aucune mesure susceptible d'amener un changement du contrôle. De

plus, bien qu'il ne s'agisse pas, à première vue, d'une exigence découlant du règlement, il est possible que les parties notifiantes considèrent plus avantageux de faciliter le déroulement de la procédure devant la Commission en se conformant à cette demande et d'éviter ainsi de s'exposer au risque que la Commission considère nécessaire de procéder à des inspections dans les locaux des parties pour vérifier si l'une des mesures prises par les parties notifiantes n'a pas entraîné dans les faits un transfert du contrôle.

- 95 En ce qui concerne les communiqués de presse qui, selon la requérante, démontrent qu'il est de pratique courante pour la Commission de considérer comme relevant d'une « réalisation » certaines mesures n'impliquant pas un contrôle, il convient de rappeler tout d'abord que la requérante n'a fourni aucune explication de la raison pour laquelle ces communiqués de presse, dont l'un date de 1997, n'étaient pas disponibles au moment où la demande a été introduite et pourquoi ils ont été produits à un stade aussi tardif de la procédure. Toutefois, indépendamment de la question de la recevabilité de cette offre de preuve tardive, il suffit d'indiquer qu'un tel élément n'est pas probant en ce qui concerne la signification de l'expression anglaise « implementation ». En particulier, l'information contenue dans les communiqués de presse mentionnés ne semble pas avoir d'incidence sur les considérations qui précèdent.
- 96 À l'audience, le conseil de l'intervenante a indiqué que la production d'une preuve tardive de ce type confinait à un outrage au Tribunal. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur cette allégation, le juge des référés considère que cet élément n'est en tout état de cause pas probant et que, à cet égard également, il peut être conclu que la requérante n'a pas démontré l'existence d'un *fumus boni juris*.
- 97 Dans sa première allégation, à savoir que la participation de Ryanair dans Aer Lingus soulève de sérieux problèmes de concurrence, la requérante a fait valoir que le refus de la Commission d'adopter des mesures en vertu de l'article 8, paragraphe 4, du règlement pour exiger que Ryanair se défasse de sa participation minoritaire était contraire aux décisions antérieures de la Commission et se réfère, en particulier, aux décisions de la Commission dans les affaires Tetra Laval/Sidel et Schneider/Legrand. À cet égard, dans un souci d'exhaustivité, il convient d'indiquer que cette allégation ne saurait non plus infirmer la conclusion tirée ci-dessus. En particulier, le fait que la

Commission a jugé dans les affaires Tetra Laval/Sidel et Schneider/Legrand que le maintien d'une participation minoritaire dans la société cible de la transaction notifiée, interdite en vertu du règlement, entraverait le rétablissement d'une concurrence effective, et a donc ordonné la cession de toutes les actions acquises, est sans pertinence dans le contexte de la présente procédure. En effet, il résulte des conclusions qui précèdent que la compétence de la Commission dans ces affaires résultait de la « réalisation » de la transaction, en d'autres termes d'un changement du contrôle. Dès lors que la Commission était compétente, elle était habilitée, comme le prévoit spécifiquement l'article 8, paragraphe 4, à « ordonner aux entreprises concernées de dissoudre la concentration, notamment par la séparation des entreprises fusionnées ou la cession de la totalité des actions ou actifs acquis, afin de rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration ».

- 98 En ce qui concerne l'allégation de la requérante selon laquelle, puisque l'acquisition proposée n'a pas encore été déclarée compatible avec le marché commun, Ryanair peut acquérir des actions ou mettre en œuvre une OPA dans le cadre de la transaction notifiée uniquement dans la mesure où elle n'exerce pas les droits de vote attachés aux actions acquises, sauf dérogation de la Commission, il suffit d'indiquer que la même interprétation du terme « implementation » que celle exposée précédemment doit s'appliquer, mutatis mutandis, aux arguments de la requérante tirés de l'article 7.
- 99 Par conséquent, Aer Lingus n'a pas démontré non plus l'existence d'un *fumus boni juris* à l'égard de ce moyen.
- 100 Enfin, la requérante allègue que l'interprétation de l'article 8, paragraphe 4, du règlement adoptée par la Commission, en combinaison avec l'interdiction faite aux États membres d'appliquer leur législation nationale sur la concurrence aux concentrations de dimension communautaire en vertu de l'article 21, paragraphe 3, entraîne une lacune incompatible avec la finalité du règlement. À cet égard, il convient de noter tout d'abord que le même scénario, dans lequel une entreprise possède une participation minoritaire dans une entreprise concurrente ne donnant pas matière à un contrôle et où un concurrent considérerait que la participation minoritaire en question est nuisible pour la concurrence, pourrait tout à fait se produire dans des cas dans lesquels la participation minoritaire n'est pas acquise

dans le contexte d'une concentration. Dans ce scénario, il est clair que le règlement ne s'appliquerait pas, et l'impossibilité pour la Commission d'examiner la participation minoritaire en question sous l'angle de l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement ne serait clairement pas réputée constituer une lacune dans la capacité de la Communauté à garantir une concurrence non faussée.

101 Dans la mesure où l'article 21 du règlement est concerné, il convient d'indiquer, premièrement, que l'article 21, paragraphe 3, du règlement doit être lu en combinaison avec l'article 21, paragraphe 1, dudit règlement. L'article 21, paragraphe 1 dispose que le règlement n'est applicable qu'aux concentrations définies à son article 3. À la lumière de cette indication, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, dans laquelle une concentration notifiée a été déclarée incompatible avec le marché commun par la Commission et l'OPA en cause ayant en conséquence été abandonnée, il n'existe aucune concentration de dimension communautaire au sens de l'article 3 du règlement. Dans ces circonstances, les parties ne peuvent pas non plus envisager une concentration de dimension communautaire, puisqu'une telle concentration serait contraire à la décision déjà rendue par la Commission. Sur cette base, ainsi que la Commission l'a indiqué dans ses observations écrites, on ne saurait affirmer que l'article 21, paragraphe 3, du règlement s'applique, à première vue, puisque aucune concentration, à laquelle seul le règlement s'applique, n'existe ou n'est envisagée. La participation minoritaire restante n'est plus, à première vue, liée à l'acquisition d'un contrôle, elle cesse de relever d'une « concentration » et n'entre pas dans le champ d'application du règlement. Par conséquent, l'article 21, qui, en vertu du considérant 8 du règlement, vise à garantir que les modifications structurelles importantes soient examinées exclusivement par la Commission en application du système du « guichet unique », ne fait pas obstacle en principe, dans ces circonstances, à l'application par les autorités nationales chargées de la concurrence et par les juridictions nationales de leur législation nationale sur la concurrence.

102 De ce point de vue, le fait que la décision de la Commission considérant la concentration incompatible avec le marché commun soit contestée devant le Tribunal est sans effet d'un point de vue matériel, puisque, sur la base de l'article 242 CE, les recours devant la Cour n'ont pas d'effet suspensif. De plus, si les autorités nationales compétentes chargées de la concurrence étaient empêchées de

prendre des mesures définitives en raison de considérations relevant de l'économie de la procédure, il leur serait loisible d'adopter des mesures provisoires pour répondre à toute inquiétude qu'elles pourraient avoir dans l'attente d'un arrêt du Tribunal.

103 En outre, en ce qui concerne l'existence d'une lacune réglementaire, il convient d'indiquer que, alors qu'une participation minoritaire du type en cause en l'espèce ne peut pas, à première vue, être régie par le règlement, il peut être envisagé que les dispositions du traité CE en matière de concurrence, et en particulier les articles 81 CE et 82 CE, soient appliquées par la Commission au comportement des entreprises impliquées à la suite de l'acquisition d'une participation minoritaire. À cet égard, il convient de rappeler que, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 [CE] et 82 [CE] (JO 2003, L 1, p. 1), si la Commission constate l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 81 CE ou 82 CE, elle peut imposer « toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction ».

104 S'il est possible que l'article 81 CE soit, à première vue, difficile à appliquer dans des cas comme celui de l'espèce, dans lesquels l'infraction en cause résulte de l'acquisition d'actions sur le marché, et que, par conséquent, il peut être difficile d'établir la rencontre des volontés, la requérante pourrait demander à la Commission d'ouvrir une procédure en vertu de l'article 82 CE si elle estime que Ryanair jouit d'une position dominante sur un ou plusieurs marchés et en abuse en interférant dans la stratégie commerciale d'un concurrent direct et/ou en exploitant sa participation minoritaire dans un concurrent direct pour en affaiblir la position.

105 Il convient également d'indiquer que ce scénario s'applique dans des cas, comme celui de l'espèce, dans lesquels toutes les parties s'accordent sur le fait qu'il n'y a eu aucun changement du contrôle au sens du règlement. Néanmoins, s'il était jugé, à un stade ultérieur, que Ryanair exerce un contrôle sur Aer Lingus ou a acquis ce contrôle grâce à sa participation minoritaire, l'article 8, paragraphes 4 et 5, du règlement trouverait alors à s'appliquer.

- 106 Par conséquent, il peut également être conclu que la requérante n'a pas démontré l'existence d'un *fumus boni juris* en ce qui concerne le moyen tiré de l'existence d'une lacune incompatible avec la finalité du règlement.
- 107 Il en découle que la requérante n'a pas fait la preuve de l'existence d'un *fumus boni juris*.

Sur l'urgence

— Arguments des parties

- 108 La requérante considère que la condition relative à l'urgence est remplie dans le cas présent, notamment dans la mesure où il existe un risque que Ryanair puisse à tout moment imposer ses vues à Aer Lingus.
- 109 Premièrement, la requérante fait valoir que, en vertu de la structure de l'actionnariat actuel d'Aer Lingus, Ryanair a déjà la possibilité de bloquer les résolutions spéciales nécessitant une majorité de 75 % des droits. La requérante indique en outre que Ryanair a déjà fait usage de sa participation minoritaire dans Aer Lingus pour bloquer une proposition de résolution spéciale autorisant Aer Lingus à émettre des actions supplémentaires équivalente à 5 % au maximum de son capital souscrit sans avoir à offrir ces actions au préalable aux actionnaires existants.
- 110 Deuxièmement, pour un certain nombre de raisons, le poids de Ryanair lors des votes des résolutions ordinaires est en pratique plus important que le poids que lui confère sa participation. Notamment, en supposant que seuls 80 % des droits attachés aux actions d'Aer Lingus soient exprimés lors d'une assemblée générale, ce

qui, selon la requérante, est le taux de participation probable au vu de la participation enregistrée lors de la première, et jusqu'ici seule, assemblée générale d'Aer Lingus, le poids du vote de Ryanair tend dans les faits à être de 40 %. Ce poids est encore accru par le fait que Ryanair est le principal actionnaire d'Aer Lingus, dispose d'une expertise très importante en matière aéronautique et pourrait avoir, selon la requérante, une influence potentielle très importante sur les autres actionnaires.

- 111 Troisièmement, la requérante affirme qu'il est possible que le gouvernement irlandais, le deuxième actionnaire le plus important d'Aer Lingus, s'abstienne sur des résolutions d'actionnaires affectant la direction stratégique de la société. Dans certaines situations, le gouvernement peut également être tenu de s'abstenir de voter, par exemple lorsqu'il est lié à la transaction en cause. Selon la requérante, cela pourrait être notamment le cas si elle envisageait de passer des accords avec la Dublin Airport Authority contrôlée par l'État, par exemple pour développer le siège social de la compagnie. Dans de telles circonstances, la participation de Ryanair pourrait en fait représenter plus de 50 % des votes susceptibles d'être exprimés.
- 112 De plus, Aer Lingus avance un certain nombre d'exemples dans lesquels Ryanair pourrait interférer dans ses affaires en tirant avantage des scénarii précités. Ryanair pourrait notamment utiliser sa participation dans Aer Lingus pour continuer sa campagne contre le terminal 2 de l'aéroport de Dublin qui, selon la requérante, est crucial pour ses projets de développement. De même, Ryanair, qui préfère les avions Boeing, pourrait interférer dans les projets d'Aer Lingus de faire l'acquisition d'Airbus. Dans ses observations écrites, Aer Lingus a rapporté l'intention de Ryanair d'interférer dans la décision de sa direction d'abandonner un certain nombre de liaisons et d'en ouvrir de nouvelles. À l'audience, il a toutefois été confirmé que ces tentatives avaient été infructueuses. Selon la requérante, le préjudice qui résulterait de l'exercice par Ryanair de ses droits de vote en tant qu'actionnaire minoritaire si la direction de la compagnie était désavouée sur une question de politique commerciale serait à la fois grave et irréparable, et il ne pourrait pas être remédié à la perturbation qui en résulterait pour les affaires d'Aer Lingus par l'arrêt rendu par le Tribunal dans l'affaire au principal, ni d'une quelconque autre manière.

- 113 À l'audience, la requérante a cherché à produire, à titre de nouvelle preuve, des informations portant, notamment, sur un contrat signé avec Airbus pour la livraison de gros porteurs qui, selon elle, devait encore obtenir l'approbation des actionnaires peu après l'audience, et qui constituerait un élément clé de sa stratégie commerciale pour exploiter les opportunités offertes par la conclusion des accords dits « Open Sky ». Si les initiatives du conseil d'administration concernant ces opportunités ne devaient pas recevoir l'aval des actionnaires d'Aer Lingus à court terme, Aer Lingus subirait un préjudice grave et irréparable puisqu'elle ne bénéficierait plus de ces opportunités après le prononcé d'un arrêt dans la procédure au principal.
- 114 Enfin, la requérante affirme que le Tribunal devrait appliquer en l'espèce le « principe de précaution » étant donné que, une fois démontré qu'il existe un risque non négligeable que Ryanair puisse lui causer un préjudice grave et irréparable ou contribuer à ce préjudice, le Tribunal pourrait prendre des mesures conservatoires sans avoir à attendre la preuve supplémentaire de la réalité de ce risque.
- 115 La Commission, quant à elle, allègue en substance que le critère de l'urgence n'est pas rempli.

— Appréciation du juge des référés

- 116 Selon une jurisprudence constante, le caractère urgent d'une demande en référé doit s'apprécier par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement, afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la mesure provisoire. C'est à cette dernière qu'il appartient d'apporter la preuve qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure au principal, sans avoir à subir un préjudice de cette nature (voir ordonnance du président du Tribunal du 15 novembre 2001, *Duales System Deutschland/Commission*, T-151/01 R, Rec. p. II-3295, point 187, et la jurisprudence citée).

- 117 Lorsque le préjudice dépend de la survenance de plusieurs facteurs, il suffit qu'il apparaisse comme prévisible avec un degré de probabilité suffisant [ordonnance Arizona Chemical e.a./Commission, point 50 supra, point 71 ; voir également, en ce sens, ordonnance de la Cour du 29 juin 1993, Allemagne/Conseil, C-280/93 R, Rec. p. I-3667, points 32 à 34, et ordonnance du président de la Cour du 14 décembre 1999, HFB e.a./Commission, C-335/99 P(R), Rec. p. I-8705, point 67]. Toutefois, la requérante demeure tenue de prouver les faits qui sont censés fonder la perspective d'un tel dommage grave et irréparable (ordonnance Arizona Chemical e.a./Commission, précitée, point 72 ; voir également, en ce sens, ordonnance HFB e.a./Commission, précitée, point 67).
- 118 À cet égard, il convient d'indiquer que, pour être en mesure de déterminer si le préjudice redouté par les requérants est grave et irréparable et s'il justifie des mesures provisoires, le juge des référés doit disposer de preuves concrètes lui permettant de déterminer les conséquences précises que l'absence des mesures sollicitées aurait selon toute probabilité pour chacune des entreprises concernées.
- 119 À titre liminaire, il convient donc de souligner que l'allégation de la requérante selon laquelle le juge des référés doit appliquer le « principe de précaution » et le Tribunal est habilité à appliquer des « mesures de protection » sans avoir à exiger la preuve de la réalité du risque allégué par la requérante n'est manifestement pas conforme aux principes et à la jurisprudence applicables aux demandes en référé et ne saurait dès lors prospérer.
- 120 Dans le cas présent, la requérante indique que l'interférence par Ryanair, son actionnaire et principal concurrent, dans la conduite de ses affaires la placerait dans une position extrêmement difficile et que, par conséquent, elle subirait un préjudice grave et irréparable. La requérante a notamment avancé un certain nombre de scénarii dans lesquels Ryanair pourrait être en mesure d'influencer l'issue du vote dans de nombreux domaines qui, selon elle, sont cruciaux pour les projets de croissance définis par son conseil d'administration.

- 121 À cet égard, il convient de souligner, à titre liminaire, que la requérante n'affirme pas que Ryanair soit en position d'exercer son contrôle. Au vu de la définition du contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement, il en découle qu'il ne saurait être considéré que Ryanair est en position d'«exercer une influence déterminante» sur Aer Lingus.
- 122 De plus, ni dans ses observations écrites, ni lors de l'audience, durant laquelle il lui a été largement donné la possibilité de faire valoir ses arguments, la requérante n'a fourni de preuve suffisamment concrète du dommage auquel elle serait exposée, de la probabilité de ce dommage et de son caractère véritablement grave et irréparable. La requérante n'a par exemple pas fourni de preuve suffisamment concrète établissant notamment, pour chaque exemple avancé, si et quand un vote devait avoir lieu, la raison pour laquelle un vote devait intervenir avant que le Tribunal ne statue dans la procédure principale, et la raison pour laquelle Ryanair serait, à elle seule, en mesure, dans les circonstances de l'espèce, de s'opposer à une proposition du conseil d'administration ou de faire passer ses propres résolutions. De plus, Aer Lingus n'a pas apporté de preuve suffisante au soutien de son affirmation selon laquelle le dommage qui en résulterait serait à la fois grave et irréparable.
- 123 Il en découle que les allégations de la requérante, qui reposent sur des hypothèses et ne sont pas étayées, ne satisfont pas à la condition de la prévisibilité du préjudice avec le degré de probabilité requis.
- 124 De manière plus spécifique, en ce qui concerne, premièrement l'affirmation selon laquelle Ryanair jouit, en vertu de la structure actuelle de l'actionnariat d'Aer Lingus, de la possibilité de bloquer les résolutions spéciales nécessitant une majorité de 75 % des votes, et en a déjà fait usage à une occasion, Aer Lingus n'a pas fourni une preuve concrète démontrant que l'adoption d'une de ces résolutions spéciales devait être envisagée avant que le Tribunal ne statue dans l'affaire au principal. De plus, Aer Lingus n'a pas apporté la preuve concrète indiquant avec le degré de probabilité requis que Ryanair s'opposerait à une telle résolution spéciale hypothétique, et n'a pas apporté la moindre preuve concrète au soutien de la déclaration selon laquelle une telle opposition serait susceptible de lui causer un préjudice grave et irréparable. Concernant la référence à l'exemple de la seule résolution spéciale à laquelle Ryanair

s'est opposée avec succès jusqu'ici, Aer Lingus n'a fourni aucune preuve tangible au soutien de son allégation selon laquelle l'absence d'obtention par le conseil d'administration de l'abolition des droits de souscription prioritaire des actionnaires était susceptible de lui causer un préjudice grave et irréparable.

125 Deuxièmement, concernant l'affirmation d'Aer Lingus selon laquelle le poids de Ryanair dans le vote des résolutions ordinaires est en pratique plus important que le poids que lui confère en théorie la participation qu'elle détient, il convient de noter, une fois encore, que, en invoquant cet argument, la requérante n'affirme pas que Ryanair soit en position de la contrôler, en droit ou en fait. De plus, Aer Lingus n'a pas apporté de preuve tangible que l'adoption d'une telle résolution ordinaire était prévue avant que le Tribunal ne statue dans la procédure au principal. En outre, Aer Lingus n'a pas produit la moindre preuve de sa déclaration selon laquelle il est probable qu'une telle opposition entraînerait un préjudice à la fois grave et irréparable.

126 Dans ce contexte, Aer Lingus affirme que la participation détenue par Ryanair pourrait donner lieu à un préjudice grave pour la concurrence, notamment dans le cadre de la proposition du conseil d'administration d'Aer Lingus d'acquérir des appareils fabriqués par Airbus, et du projet du conseil d'administration concernant le terminal 2 de l'aéroport de Dublin.

127 En ce qui concerne la proposition du conseil d'administration d'acquérir des appareils Airbus, il convient tout d'abord d'indiquer que la conclusion d'Aer Lingus selon laquelle Ryanair serait opposée à cette acquisition est basée sur la supposition générale que, puisque Ryanair possède une flotte composée exclusivement d'avions Boeing, cette compagnie chercherait à imposer à Aer Lingus l'achat d'appareils de cette marque, et sur une déclaration dans la presse selon laquelle Ryanair aurait déclaré qu'elle veillerait à ce que la flotte d'Aer Lingus soit transformée en une flotte composée exclusivement d'avions Boeing. À cet égard, Ryanair a indiqué à l'audience, et cela n'a pas été contesté par Aer Lingus, que cette intention avait été exprimée à un moment où l'acquisition avait été envisagée, et que la finalité de la transformation d'Aer Lingus en une flotte composée exclusivement d'avions Boeing était de faciliter l'intégration d'Aer Lingus dans Ryanair. Même si Ryanair a introduit

un recours contre la décision de la Commission déclarant l'acquisition d'Aer Lingus incompatible avec le marché commun, et qu'il peut dès lors être considéré que Ryanair envisage toujours la possibilité d'acquérir Aer Lingus, les éléments produits ne permettent pas de conclure qu'il existe une probabilité suffisante que Ryanair s'oppose à la proposition du conseil d'administration d'Aer Lingus d'acquérir des avions Airbus.

128 De plus, alors qu'Aer Lingus a déclaré à l'audience que l'achat de gros porteurs d'Airbus était envisagé et devrait être approuvé par les actionnaires peu de temps après l'audience, Aer Lingus n'a pas démontré avec le degré de probabilité requis que, si cette approbation était exigée, le taux de participation à l'assemblée des actionnaires serait tellement bas que cela donnerait à Ryanair un poids suffisant pour empêcher l'approbation de cette acquisition, et à plus forte raison pour imposer l'acquisition d'avions Boeing. Enfin, même à supposer que Ryanair soit en position de s'opposer à l'achat d'avions Airbus, Aer Lingus n'a pas fait valoir que, si le contrat n'était pas ratifié à une certaine date, son option deviendrait nécessairement caduque.

129 De même, en ce qui concerne l'affirmation d'Aer Lingus selon laquelle le gouvernement irlandais pourrait décider de s'abstenir sur certaines résolutions, ou y être contraint par la législation irlandaise, aucune preuve tangible n'a été produite afin de démontrer qu'il était prévu qu'une question spécifique à propos de laquelle le gouvernement irlandais n'exercerait pas ses droits de vote exigerait l'aval des actionnaires avant que le Tribunal ne statue dans l'affaire au principal. De plus, Aer Lingus n'a fourni aucune preuve concrète indiquant avec le degré de probabilité requis qu'une telle abstention conduirait probablement au rejet de la proposition présentée par le conseil d'administration, et que cela pourrait à son tour avoir pour conséquence probable un préjudice grave et irréparable pour Aer Lingus. En référence à l'exemple spécifique du terminal 2, Aer Lingus n'a apporté aucune preuve tangible étayant sa déclaration selon laquelle une résolution d'actionnaires était nécessaire pour approuver les projets du conseil d'administration dans ce domaine, et aucun élément de preuve concret n'a été fourni pour démontrer que la législation irlandaise exigerait du gouvernement irlandais qu'il s'abstienne d'exercer les droits de vote attachés à la participation détenue par l'État. Enfin, aucun argument n'a été avancé pour étayer l'affirmation selon laquelle l'absence

d'obtention par le conseil d'administration de l'aval des actionnaires sur ses propositions en ce qui concerne l'utilisation du terminal 2 était susceptible de causer à Ryanair un préjudice grave et irréparable.

130 De plus, dans ses observations portant sur les questions précitées, la requérante n'a pas apporté la preuve que le préjudice que, selon elle, elle subirait, n'est pas d'ordre pécuniaire.

131 En ce qui concerne le préjudice pécuniaire, il est approprié d'indiquer à ce stade qu'il est de jurisprudence constante qu'un préjudice de caractère financier ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être regardé comme irréparable ou même difficilement réparable, dès lors qu'il peut faire l'objet d'une compensation financière ultérieure. Il est également établi qu'une mesure provisoire se justifie s'il apparaît que, en l'absence de cette mesure, la partie requérante se trouverait dans une situation susceptible de mettre en péril son existence avant l'intervention de la décision mettant fin à la procédure au principal ou de modifier de manière irrémédiable sa position sur le marché (ordonnance du président du Tribunal du 20 juillet 2000, Esedra/Commission, T-169/00 R, Rec. p. II-2951, point 45; ordonnances du Tribunal du 3 décembre 2002, Neue Erba Lautex/Commission, T-181/02 R, Rec. p. II-5081, point 84; du 27 juillet 2004, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commission, T-148/04 R, Rec. p. II-3027, point 46, et du 10 novembre 2004, Wam/Commission, T-316/04 R, Rec. p. II-3917, point 29). Il suffit d'indiquer à cet égard qu'à aucun moment la requérante n'a affirmé que, à défaut d'obtenir les mesures provisoires sollicitées, son existence même serait menacée ou que sa position sur le marché serait irrémédiablement altérée avant que le Tribunal ne statue au principal.

132 À l'audience, la requérante a certes proposé de produire, à huis clos et en l'absence de l'intervenante, de nouvelles informations plus spécifiques concernant les exemples de préjudices précités. À titre d'exemple du type d'information qu'elle pourrait fournir dans le cadre d'une audience à huis clos, la requérante a expliqué qu'un vote des actionnaires serait bientôt exigé pour approuver un contrat d'achat d'avions Airbus dont les détails sont hautement confidentiels. La requérante n'a

cependant pas expliqué en quoi les informations supplémentaires permettraient de démontrer l'urgence exigée pour octroyer des mesures provisoires. De plus, la requérante n'a pas expliqué pourquoi ces informations supplémentaires n'avaient pas pu être fournies dans ses observations écrites sous le sceau de la confidentialité et avaient été présentées à un stade aussi tardif de la procédure. Enfin, il résulte des considérations qui précèdent concernant la recevabilité d'une demande de mesures provisoires adressée à Ryanair ou ayant une incidence sur elle que des preuves produites en l'absence de Ryanair ne peuvent servir de base à des mesures provisoires, puisque cela constituerait une violation des droits de la défense de Ryanair. La seule exception à ce principe, basée sur le caractère provisoire des mesures en référé, concerne les cas dans lesquels, faute d'obtenir les mesures provisoires sollicitées, l'existence même de la requérante serait menacée. Ainsi qu'il a été relevé précédemment, à aucun moment, Aer Lingus n'a affirmé que son existence serait menacée par l'absence de mesures provisoires.

- 133 En tout état de cause, et indépendamment de la recevabilité de cette nouvelle offre de preuve, rien ne prouve que ces informations supplémentaires auraient été de nature à modifier la conclusion tirée précédemment par le juge des référés.
- 134 À la lumière des considérations qui précèdent, il y a lieu de considérer que la requérante n'a pas établi que, sans les mesures provisoires sollicitées, elle subirait un préjudice grave et irréparable.
- 135 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la requérante n'a pas fait la preuve du *fumus boni juris* exigé et de la nécessité de mesures provisoires pour prévenir un risque imminent de préjudice grave et irréparable. Il y a donc lieu de rejeter la demande en référé. Il en va notamment ainsi à la lumière du fait que, ainsi qu'il résulte du point 56 ci-dessus, il conviendrait de démontrer l'existence d'un *fumus boni juris* fort et d'un préjudice particulièrement grave et irréparable avant de pouvoir imposer les mesures provisoires à Ryanair, eu égard au fait que ces mesures auraient une incidence grave sur les droits et les intérêts de Ryanair en sa qualité d'actionnaire d'Aer Lingus.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

ordonne :

- 1) **La demande en référé est rejetée.**

- 2) **Les dépens sont réservés.**

Fait à Luxembourg, le 18 mars 2008.

Le greffier

E. Coulon

Le président

M. Jaeger