



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Zesde kamer)

18 mei 2022*

„Mededinging – Concentraties – Fabricage van medische apparatuur – Besluit waarbij geldboeten worden opgelegd wegens de totstandbrenging van een concentratie vóór aanmelding en goedkeuring daarvan – Artikel 4, lid 1, artikel 7, lid 1, en artikel 14 van verordening (EG) nr. 139/2004 – Tussentijdse transactie en uiteindelijke transactie – Warehousing-structuur – Eén concentratie – Rechten van de verdediging – Gewettigd vertrouwen – Rechtmatigheidsbeginsel – Evenredigheid – Bedrag van de geldboete – Verzachtende omstandigheden”

In zaak T-609/19,

Canon Inc., gevestigd te Tokio (Japan), vertegenwoordigd door U. Soltész, W. Bosch, C. von Köckritz, K. Winkelmann, M. Reynolds, J. Schindler, D. Arts en W. Devroe, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte en C. Urraca Caviedes als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Raad van de Europese Unie, vertegenwoordigd door A.-L. Meyer en O. Segnana als gemachtigden,

interveniënt,

betreffende een verzoek krachtens artikel 263 VWEU tot, primair, nietigverklaring van besluit C(2019) 4559 final van de Commissie van 27 juni 2019 tot oplegging van geldboeten wegens niet-aanmelding van een concentratie in strijd met artikel 4, lid 1, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en wegens totstandbrenging van een concentratie in strijd met artikel 7, lid 1, van die verordening (zaak M.8179 – Canon/Toshiba Medical Systems Corporation) en, subsidiair, intrekking of verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboeten,

wijst

HET GERECHT (Zesde kamer),

* Procestaal: Engels.

samengesteld als volgt: A. Marcoulli, president, S. Frimodt Nielsen en R. Norkus (rapporteur),
rechters,

griffier: M. Zwodziak-Carbonne, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 8 juli 2021,

het navolgende

Arrest¹

I. Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Verzoekster, Canon Inc., is een multinationale onderneming die gespecialiseerd is in de fabricage van beeldvormings- en optische producten, waaronder camera's, camcorders, fotokopieerapparaten, repeteercamera's en computerprinters. Sinds zij Toshiba Medical Systems Corporation (hierna: „TMSC”) heeft overgenomen, is zij tevens gespecialiseerd in de fabricage van medische apparatuur.
- 2 TMSC was actief op het gebied van de ontwikkeling, de fabricage en de verkoop van medische apparatuur en de verlening van bijbehorende technische diensten. Voordat TMSC door verzoekster werd overgenomen, was zij een volle dochteronderneming van Toshiba Corporation (hierna: „Toshiba”). Na de overname werd de naam TMSC gewijzigd in „Canon Medical Systems Corporation”.

A. Verwerving van TMSC door verzoekster

- 3 Begin 2016 kende Toshiba ernstige financiële moeilijkheden. Gezien haar verwachte resultaten vreesde Toshiba in het bijzonder dat zij riskeerde de aandeelhouders negatieve resultaten te moeten melden over het boekjaar 2015 (dat op 31 maart 2016 afliep). Aangezien in Japan recentelijk geen enkele beursgenoteerde onderneming van de omvang van Toshiba verlies had gemeld aan de aandeelhouders, waren de gevolgen van een dergelijke aankondiging voor de omzet, de financiële positie en de marktwaarde van Toshiba moeilijk te voorspellen.
- 4 Toshiba heeft daarom een versnelde biedingsprocedure georganiseerd voor de verkoop van TMSC.
- 5 Eerst heeft Toshiba op 19 februari 2016 de inschrijvers een transactiestructuur voorgesteld die werd aangemerkt als voorstel „80/20”.
- 6 In het kader van de biedingsprocedure heeft elke inschrijver bij zijn voorstel rekening gehouden met de financiële situatie van Toshiba. Verzoekster heeft Toshiba in haar bod een nieuwe transactiestructuur voorgesteld, die ervoor moest zorgen dat de verkoop van TMSC uiterlijk op 31 maart 2016 zou worden erkend als kapitaalbreng ten gunste van Toshiba, zonder dat verzoekster echter formeel de zeggenschap over TMSC verkreeg zolang zij niet de nodige goedkeuringen had verkregen van de bevoegde mededingingsautoriteiten.

¹ Enkel de punten van dit arrest waarvan het Gerecht publicatie nuttig acht, worden weergegeven.

- 7 Dankzij de nieuwe, door verzoekster voorgestelde transactiestructuur was TMSC volgens Toshiba niet langer een van haar dochterondernemingen vanuit het oogpunt van de in de Verenigde Staten algemeen aanvaarde boekhoudbeginselen („United States GAAP”) (overweging 13 van het bestreden besluit).
- 8 Volgens Toshiba heeft zij na onderzoek van de haalbaarheid en van de gevolgen van het voorstel van elke inschrijver geconcludeerd dat verzoeksters voorstel uit het oogpunt van de mededinging het gunstigst was en het enige waarin de betaling van de gehele aankoopprijs niet afhankelijk was van goedkeuringen in het kader van de concentratiecontrole (overweging 14 van het bestreden besluit).
- 9 De verwerving van TMSC door verzoekster is op 17 maart 2016 bekendgemaakt. Op dezelfde dag heeft verzoekster bekendgemaakt dat zij met Toshiba een aandelenoverdracht was overeengekomen betreffende de aankoop van TMSC. Toshiba en TMSC hebben aangekondigd dat Toshiba had toegestemd in de verkoop van TMSC aan verzoekster en dat TMSC geen dochter van de Toshiba-groep meer was.
- 10 Op verzoeksters voorstel heeft TMSC haar 134 980 060 gewone aandelen geconverteerd en nieuwe categorieën aandelen gecreëerd om de transactiestructuur te kunnen vormgeven.
- 11 Op 15 maart 2016 zijn de statuten van TMSC gewijzigd om de nieuwe categorieën aandelen en aanvullende aandelen daarin op te nemen.
- 12 Ten eerste heeft TMSC drie categorieën aandelen gecreëerd:
 - A (aandelen met stemrecht),
 - B (aandelen zonder stemrecht) en
 - C (aandelen met stemrecht en een optie voor TMSC om deze terug te kopen).
- 13 Ten tweede heeft TMSC al haar gewone aandelen geconverteerd naar aandelen van categorie C en opties gecreëerd voor de verplichte terugkoop van alle aandelen van categorie C.
- 14 Ten derde heeft TMSC op 16 maart 2016 de aandelen van categorie C geconverteerd en als tegenprestatie uitgegeven:
 - 20 aandelen van categorie A,
 - 1 aandeel van categorie B en
 - 100 opties op aandelen van categorie C.
- 15 Verzoeksters bod bestond in een transactiestructuur in twee fasen.
- 16 In eerste instantie hebben verzoekster en Toshiba op 17 maart 2016 een *Shares and Other Securities Transfer Agreement* (overeenkomst inzake overdracht van aandelen en andere effecten) gesloten, waarbij verzoekster van TMSC het aandeel zonder stemrecht van categorie B heeft verworven voor 4 930 Japanse yen (JPY) (ongeveer 40 EUR) alsmede 100 opties op aandelen met stemrecht van categorie C voor 665 497 806 400 JPY (ongeveer 5 280 000 000 EUR). Het stemrecht

kon echter pas na uitoefening van de aandelenopties worden uitgeoefend. Diezelfde dag heeft MS Holding, een securitisatievehikel dat specifiek voor de transactie van 8 maart 2016 was opgericht, met Toshiba een *Excluded Share Transfer Agreement* (overeenkomst inzake uitgesloten aandelen) gesloten waarbij MS Holding voor 98 600 JPY (ongeveer 800 EUR) de overgebleven 20 aandelen met stemrecht van categorie A heeft verworven van TMSC. In besluit C(2019) 4559 final van de Commissie van 27 juni 2019 tot oplegging van geldboeten wegens niet-aanmelding van een concentratie in strijd met artikel 4, lid 1, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad en wegens totstandbrenging van een concentratie in strijd met artikel 7, lid 1, van die verordening (zaak M.8179 – Canon/Toshiba Medical Systems Corporation; hierna: „bestreden besluit”) worden deze twee transacties gezamenlijk aangeduid als „tussentijdse transactie”.

- 17 In tweede instantie heeft verzoekster op 19 december 2016, na de laatste benodigde concentratiegoedkeuring te hebben verkregen, haar 100 opties op aandelen van categorie C uitgeoefend om de onderliggende aandelen met stemrecht van TMSC te verwerven, terwijl TMSC voor 4 930 JPY (ongeveer 40 EUR) het aandeel zonder stemrecht van categorie B heeft verworven van verzoekster, alsmede, voor 36 098 600 JPY (ongeveer 300 000 EUR) de overblijvende 20 aandelen met stemrecht van categorie A van MS Holding. Deze twee transacties worden in het bestreden besluit gezamenlijk de „uiteindelijke transactie” genoemd.
- 18 Het geheel van deze transacties wordt in het bestreden besluit de „concentratie” genoemd.

B. Fase voorafgaand aan de aanmelding

- 19 Op 11 maart 2016 heeft verzoekster de Europese Commissie verzocht om aanwijzing van een team van medewerkers met het oog op haar voornemen om de uitsluitende zeggenschap over TMSC te verkrijgen in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening”) (PB 2004, L 24, blz. 1).
- 20 In een e-mail van 5 april 2016 heeft verzoekster de Commissie het deel van het formulier CO toegezonden dat de structuur van de voorgenomen transactie betreft, met een korte toelichting op de verschillende fasen daarvan.
- 21 Op 28 april 2016 heeft verzoekster een eerste ontwerp van het formulier CO ingediend bij de Commissie. Op 11 mei 2016 heeft de Commissie verzoekster een aantal vragen gesteld over het ontwerpformulier CO, waarvan er drie betrekking hadden op de structuur van de transactie. Verzoekster heeft deze vragen op 27 mei 2016 beantwoord.

C. Aanmelding en goedkeuringsbesluit

- 22 Op 12 augustus 2016 heeft verzoekster overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 139/2004 aan de Commissie gemeld dat zij de uitsluitende zeggenschap over TMSC had verkregen doordat zij alle aandelen had verworven, volgens de normale concentratiecontroleprocedure. Verzoekster heeft aangegeven dat de aanmelding betrekking had op de gehele concentratie, dat wil zeggen op zowel de tussentijdse als de uiteindelijke transactie.

23 Bij de beoordeling van de concentratie heeft het onderzoek door de Commissie geen aanwijzingen opgeleverd dat er mededingingsbezwaren konden rijzen. Derhalve heeft de Commissie op 19 september 2016 krachtens artikel 6, lid 1, onder b), van verordening nr. 139/2004 en artikel 57 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) een goedkeuringsbesluit vastgesteld.

D. Administratieve procedure en bestreden besluit

24 Op 18 maart 2016, enkele dagen nadat verzoekster de Commissie had verzocht om een team aan te wijzen voor de behandeling van haar voornemen om de uitsluitende zeggenschap over TMSC te verwerven, heeft de Commissie een anonieme klacht ontvangen.

25 Op 11 mei 2016 heeft de Commissie verzoekster om inlichtingen verzocht over het eerste ontwerp van het aanmeldingsformulier van 28 april 2016. Verzoekster heeft haar opmerkingen daarover ingediend.

26 Op 29 juli 2016 heeft de Commissie verzoekster ervan in kennis gesteld dat zij een onderzoek had geopend dat kon leiden tot de oplegging van geldboeten krachtens artikel 14, lid 2, onder a) en b), van verordening nr. 139/2004 wegens de mogelijke niet-nakoming van de aanmeldingsverplichting en de opschortingsverplichting van artikel 4, lid 1, respectievelijk artikel 7, lid 1, van deze verordening.

27 Op 5 september 2016 heeft de Commissie een aanvullende memorie van verzoekster ontvangen.

28 Op 6 oktober 2016 heeft tussen de Commissie en verzoekster een bijeenkomst plaatsgevonden.

29 Bij besluit van 7 oktober 2016 krachtens artikel 11, lid 3, van verordening nr. 139/2004 heeft de Commissie aan verzoekster, TMSC en Toshiba verzocht om haar interne gegevens en documenten te verstrekken. Verzoekster en TMSC hebben geantwoord op 4 november 2016. Toshiba heeft haar antwoorden gezonden tussen 4 november en 1 december 2016.

30 Op 5 november 2016 heeft verzoekster de Commissie een brief gezonden met haar opmerkingen over de bijeenkomst van 6 oktober 2016 en het besluit van 7 oktober 2016.

31 In antwoord op e-mails van de Commissie hebben respectievelijk Toshiba, TMSC en verzoekster aanvullende documenten verstrekt op 15 februari, 24 februari en 15 maart 2017.

32 Op 6 juli 2017 heeft de Commissie krachtens artikel 18 van verordening nr. 139/2004 aan verzoekster een mededeling van punten van bezwaar gezonden waarin zij voorlopig concludeert dat verzoekster opzettelijk, althans uit onachtzaamheid, inbreuk heeft gemaakt op artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, en waarin zij aangeeft, als gevolg daarvan voornemens te zijn om geldboeten op te leggen krachtens artikel 14, lid 2, van deze verordening.

33 Op 15 maart 2018 heeft verzoekster schriftelijke opmerkingen ingediend en heeft zij verzocht om te worden gehoord.

34 Op 3 mei 2018 is een hoorzitting gehouden, waar verzoekster haar argumenten heeft uiteengezet.

- 35 Op 8 mei 2018 heeft de Commissie verzoekster een e-mail gezonden met vragen waarop deze tijdens de hoorzitting van 3 mei 2018 niet had kunnen antwoorden. Verzoekster heeft op 24 mei 2018 haar antwoorden ingediend.
- 36 Op 11 juni 2018 heeft de Commissie aanvullende gegevens van verzoekster ontvangen. Verzoekster heeft de Commissie in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar ook verzocht om de procedure wegens schending te sluiten in het licht van het criterium dat door het Hof is bepaald in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 37 Op 30 november 2018 heeft de Commissie een aanvullende mededeling van punten van bezwaar gepubliceerd, waarin zij voorlopig concludeert dat verzoeksters gedrag in strijd was met artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, mede op grond van de uitlegging van het rechtskader die het Hof heeft gegeven in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 38 Op 21 januari 2019 heeft verzoekster haar antwoorden op de aanvullende mededeling van punten van bezwaar ingediend en verzocht om een tweede hoorzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 februari 2019.
- 39 Op 25 februari 2019 heeft de Commissie verzoekster een e-mail gezonden met vragen waarop deze tijdens de hoorzitting van 14 februari 2019 niet had kunnen antwoorden. Verzoekster heeft op 13 maart 2019 haar antwoorden ingediend.
- 40 Op 3 april 2019 heeft verzoekster bij de Commissie aanvullende opmerkingen ingediend betreffende de zienswijze van deze laatste met betrekking tot het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).
- 41 Op 27 juni 2019 heeft de Commissie het bestreden besluit vastgesteld.
- 42 De eerste vier artikelen van het dispositief van het bestreden besluit luiden:

„Artikel 1

Door een concentratie met een Europese dimensie niet aan te melden vóór de totstandbrenging ervan (op 17 maart 2016), zonder daartoe uitdrukkelijk gerechtigd te zijn krachtens artikel 7, lid 2, van verordening [...] nr. 139/2004 of goedkeuring te hebben verkregen middels een besluit ter uitvoering van artikel 7, lid 3, van deze verordening, heeft [verzoekster] ten minste door onachtzaamheid artikel 4, lid 1, van de genoemde verordening geschonden.

Artikel 2

Door een concentratie met Europese dimensie uit te voeren (op 17 maart 2016) voorafgaand aan de goedkeuring daarvoor (op 19 september 2016) heeft [verzoekster] ten minste door onachtzaamheid artikel 7, lid 1, van verordening [...] nr. 139/2004 geschonden.

Artikel 3

Aan [verzoekster] wordt overeenkomstig artikel 14, lid 2, onder a), van verordening [...] nr. 139/2004 een geldboete van 14 000 000 EUR opgelegd wegens de in artikel 1 van dit besluit genoemde schending.

Artikel 4

Aan [verzoekster] wordt overeenkomstig artikel 14, lid 2, onder b), van verordening [...] nr. 139/2004 een geldboete van 14 000 000 EUR opgelegd wegens de in artikel 2 van dit besluit genoemde schending.”

II. Procedure en conclusies van partijen

- 43 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 9 september 2019, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 44 Op 27 november 2019 heeft de Commissie haar verweerschrift ingediend.
- 45 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 14 januari 2020, heeft de Raad van de Europese Unie verzocht om toelating tot interventie in de onderhavige procedure aan de zijde van de Commissie.
- 46 Bij beslissing van 5 maart 2020 heeft de president van de Zesde kamer van het Gerecht deze interventie toegestaan. De Raad heeft zijn memorie in interventie ingediend op 24 april 2020 en de hoofdpartijen hebben hun opmerkingen hierover binnen de gestelde termijnen ingediend.
- 47 De hoofdpartijen hebben respectievelijk hun repliek en dupliek ingediend op 18 maart en 26 juni 2020.
- 48 Bij brief van 28 juli 2020 heeft verzoekster op grond van artikel 106, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht verzocht om een pleitzitting.
- 49 Verzoekster concludeert tot:
- nietigverklaring van het bestreden besluit;
 - subsidiair, nietigverklaring of aanzienlijke vermindering van de opgelegde geldboeten;
 - verwijzing van de Commissie in de kosten.
- 50 De Commissie concludeert tot:
- verwerping van het beroep;
 - verwijzing van verzoekster in de kosten.
- 51 De Raad concludeert tot volledige afwijzing van de exceptie van onwettigheid die is opgeworpen ten aanzien van artikel 14, lid 2, onder a) en b), van verordening nr. 139/2004.

III. In rechte

- 52 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan. Volgens het eerste middel heeft zij artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet geschonden, volgens het tweede is inbreuk gemaakt op artikel 14 van verordening nr. 139/2004, en volgens het derde zijn artikel 18 van verordening nr. 139/2004 en artikel 48, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) geschonden.

A. Eerste middel: verzoekster heeft artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 niet geschonden

- 53 Vooraf zij opgemerkt dat de Commissie in overweging 99 van het bestreden besluit de volgende samenvatting heeft gegeven van de benadering die zij heeft gevolgd om te concluderen dat artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 zijn geschonden:

„[...]

- a) De tussentijdse transactie en de uiteindelijke transactie vormden samen één concentratie in de zin van artikel 3 van verordening [nr. 139/2004] en de Unierechtspraak, bestaande in de verwerving door [verzoekster] van de zeggenschap over TMSC (zie punt 4.1).
- b) De tussentijdse en de uiteindelijke transactie maakten deel uit van één concentratie en waren intrinsiek nauw verbonden. De tussentijdse transactie was namelijk een noodzakelijke stap om de zeggenschap over TMSC te wijzigen, zodat die van direct functioneel belang was voor de totstandbrenging van de verwerving van de zeggenschap over TMSC door [verzoekster]. Om deze redenen heeft de tussentijdse transactie (althans gedeeltelijk) bijgedragen aan de wijziging van de zeggenschap over TMSC in de zin van het arrest Ernst & Young. Door de tussentijdse transactie te sluiten heeft [verzoekster] de [...] concentratie, bestaande in de verwerving [door haar] van de zeggenschap over TMSC, gedeeltelijk tot stand gebracht (zie punt 4.2).
- c) Aangezien [verzoekster] de concentratie bestaande in de verwerving van de zeggenschap over TMSC gedeeltelijk tot stand heeft gebracht voordat zij die bij de Commissie had aangemeld en goedkeuring had verkregen, heeft [verzoekster] artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening [nr. 139/2004] geschonden (zie punt 4.3).”
- 54 Het eerste middel bestaat uit vier onderdelen. In het eerste onderdeel wordt gesteld dat de tussentijdse transactie geen verwerving van zeggenschap door verzoekster inhield. In het tweede onderdeel wordt betoogd dat er geen gedeeltelijke totstandbrenging in strijd met artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 heeft plaatsgevonden. In het derde onderdeel wordt aangevoerd dat bij de toepassing van de begrippen „gedeeltelijke totstandbrenging” en „één concentratie” kennelijke fouten zijn gemaakt. In het vierde onderdeel wordt betoogd dat de controleprocedure ex ante van concentraties nooit is ontweken.

1. Eerste onderdeel: de tussentijdse transactie hield geen verwerving van zeggenschap door verzoekster in

- 55 In het kader van het eerste onderdeel betoogt verzoekster dat de tussentijdse transactie niet heeft geleid tot verwerving van zeggenschap en derhalve niet een voortijdige totstandbrenging van een concentratie kan vormen.
- 56 Dit eerste onderdeel bestaat uit twee subonderdelen. In het kader van het eerste subonderdeel betoogt verzoekster dat er slechts sprake is van voortijdige totstandbrenging van een concentratie als er zeggenschap wordt verworven. In het kader van het tweede subonderdeel betoogt zij dat de verandering van zeggenschap blijkens eerdere rechtspraak het enige relevante criterium is.

a) Eerste subonderdeel: voortijdige totstandbrenging van een concentratie veronderstelt verwerving van zeggenschap

- 57 Volgens verzoekster volgt uit de tekst van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 dat er pas sprake is van voortijdige totstandbrenging van een concentratie wanneer de zeggenschap wordt verworven. Het staat vast dat het in deze bepalingen gebruikte begrip „concentratie” moet worden gedefinieerd in het licht van artikel 3 van deze verordening, volgens hetwelk concentraties verwervingen zijn die rechtstreeks of middellijk leiden tot een duurzame wijziging van zeggenschap. Voorts verwijst verzoekster naar de punten 44 e.v. van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), volgens welke de voortijdige totstandbrenging van een concentratie nauw verbonden is met het begrip concentratie in de zin van artikel 3 van verordening nr. 139/2004, dat een verwerving van zeggenschap vereist; naar punt 46 van dat arrest, volgens hetwelk uitsluitend „transacties [...] die bijdragen aan een blijvende wijziging in de zeggenschap in de doelonderneming” vallen onder artikel 7, lid 1, van die verordening, en naar de punten 49 en 60 van dat arrest, volgens welke transacties niet „bijdragen aan een blijvende wijziging in de zeggenschap” wanneer zij „niet van direct functioneel belang voor de totstandkoming” van de concentratie zijn, dat wil zeggen wanneer zij „als zodanig” niet bijdragen aan de zeggenschapswijziging, hetgeen als criterium alle transacties uitsluit die een „onlosmakelijk verband [houden] met de concentratie” in de zin dat zij „een neventransactie van de concentratie [...] vormen of deze [...] voorbereiden”. In overweging 134 van het bestreden besluit erkent de Commissie uitdrukkelijk dat verzoekster geen zeggenschap over TMSC heeft verworven voordat de Commissie op 19 september 2016 haar goedkeuring heeft gegeven. Daarnaast verwijst verzoekster naar het arrest van 6 juli 2010, Aer Lingus Group/Commissie (T-411/07, EU:T:2010:281), volgens hetwelk de verplichting tot opschorting beoogt te vermijden dat de Commissie een beschikking tot onverenigbaarverklaring moet aanvullen met een beschikking tot ontbinding om een einde te maken aan de zeggenschap die is verkregen nog voordat zij zich over de gevolgen daarvan voor de mededinging heeft uitgelaten. Verzoekster concludeert daaruit dat de werkingssfeer daarvan zich niet verder mag uitstrekken dan nodig is om te waarborgen dat reorganisaties van ondernemingen de mededinging niet blijvend schaden. Tot slot is het toezicht op de transactie door de Commissie op geen enkel moment en op generlei wijze belemmerd, aangezien verzoekster de zeggenschap over TMSC pas heeft verkregen nadat zij alle goedkeuringen had ontvangen van de betrokken mededingingsautoriteiten, waaronder de Commissie.
- 58 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.

- 59 Het staat tussen partijen vast dat T MSC gedurende de tussentijdse transactie niet onder zeggenschap van verzoekster stond.
- 60 Vastgesteld moet dus worden of er, zoals verzoekster betoogt, slechts sprake is van voortijdige totstandbrenging van een concentratie indien zeggenschap over de doelonderneming is verworven.
- 61 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat er sprake is van totstandbrenging van een concentratie in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 zodra de partijen bij een concentratie transacties verrichten die bijdragen aan een blijvende wijziging in de zeggenschap in de doelonderneming (arresten van 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 46, en 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 50).
- 62 Het feit dat elke gedeeltelijke totstandbrenging van een concentratie onder de werkingssfeer van dat artikel valt, beantwoordt dus aan het vereiste om een doelmatige controle op concentraties te waarborgen. Indien het de concentrerende partijen verboden zou zijn een concentratie door middel van één enkele transactie tot stand te brengen, maar het hun zou zijn toegestaan met opeenvolgende deeltransacties hetzelfde resultaat te bereiken, zou dat immers afdoen aan het nuttig effect van het in artikel 7 van verordening nr. 139/2004 uitgevaardigde verbod en zou het risico bestaan dat, anders dan deze verordening voorschrijft, geen voorafgaande controle plaatsvindt en dat de doelstellingen van deze verordening in gevaar komen (arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 47).
- 63 Vanuit ditzelfde gezichtspunt is het volgens overweging 20 van deze verordening wenselijk om transacties die nauw verweven zijn, in die zin dat zij van elkaar afhangen of de vorm aannemen van een reeks effectentransacties die binnen een redelijk korte tijdspanne plaatsvinden, als één concentratie te behandelen (arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 48).
- 64 Dergelijke transacties vallen echter niet onder artikel 7 van verordening nr. 139/2004 wanneer zij weliswaar worden verricht in het kader van een concentratie, maar niet noodzakelijk zijn om een wijziging van de zeggenschap over een bij deze concentratie betrokken onderneming te realiseren. Zelfs indien deze transacties een neventransactie van de concentratie kunnen vormen of deze kunnen voorbereiden, zijn zij immers niet van direct functioneel belang voor de totstandkoming ervan, zodat de uitvoering van die transacties in beginsel geen afbreuk kan doen aan de doelmatigheid van de concentratiecontrole (arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 49).
- 65 Ten slotte heeft het Hof vastgesteld dat artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 aldus dient te worden uitgelegd dat een concentratie slechts tot stand komt na een transactie die geheel of gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens bijdraagt aan een wijziging in de zeggenschap over de doelonderneming (arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 59).
- 66 Aangezien zowel artikel 7, lid 1, als artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004 betrekking heeft op het begrip „totstandbrenging van een concentratie”, moet worden aangenomen dat hetgeen het Hof over de eerste bepaling heeft geoordeeld naar aanleiding van een prejudicieel verzoek krachtens artikel 267 VWEU in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), ook geldt voor de tweede bepaling.

- 67 De Commissie betoogt dus terecht dat uit het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), blijkt dat het Hof een onderscheid heeft gemaakt tussen de begrippen „concentratie” en „totstandbrenging van een concentratie”.
- 68 In dat verband volgt uit punt 45 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), dat een concentratie overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 139/2004, waarin het begrip „concentratie” is gedefinieerd, geacht wordt tot stand te zijn gebracht „indien er een duurzame wijziging van zeggenschap” plaatsvindt, terwijl uit punt 46 van dit arrest blijkt dat „de totstandbrenging van een concentratie” kan plaatsvinden „zodra de partijen bij een concentratie transacties verrichten die bijdragen aan een blijvende wijziging in de zeggenschap in de doelonderneming”, dat wil zeggen eventueel voordat de zeggenschap over de doelonderneming wordt verworven.
- 69 Deze conclusie wordt bevestigd door punt 59 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), waaruit volgt dat de totstandbrenging van een concentratie in de zin van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 slechts vereist dat een transactie geheel of gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens bijdraagt aan een wijziging in de zeggenschap over de doelonderneming.
- 70 Derhalve blijkt uit het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), dat het begrip „totstandbrenging van een concentratie”, zoals bepaald in artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, niet alleen slaat op de situatie waarin de uiteindelijke koper de zeggenschap over de doelonderneming verwerft maar tevens op iedere transactie die „bijdraagt” aan die zeggenschapswijziging.
- 71 In dit opzicht stelt verzoekster ten onrechte dat het Hof in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), „elke transactie die ‚onlosmakelijk verband houdt met de [...] concentratie’ in de zin dat het gaat om ‚neventransacties’ voor de totstandbrenging van de concentratie of transacties die ‚deze kunnen voorbereiden’”, in algemene zin uitsluit. Wat het Hof in punt 49 van dat arrest (zie punt 64 hierboven) heeft vastgesteld, is namelijk dat transacties die niet noodzakelijk waren voor een zeggenschapswijziging en daarom, ook al ging het om neven- of voorbereidende transacties ten opzichte van de concentratie, niet van direct functioneel belang waren voor de totstandkoming daarvan, niet onder artikel 7 van verordening nr. 139/2004 vielen. Uit dat punt volgt dus dat transacties vallen onder het begrip „totstandbrenging van een concentratie”, ook al is die gedeeltelijk in de zin van de punten 47 en 51 van het genoemde arrest, indien zij geheel of gedeeltelijk bijdragen aan de wijziging van de zeggenschap over de doelonderneming.
- 72 Bovendien wordt aan de conclusie in punt 69 hierboven niet afgedaan door het betoog van verzoekster dat uitgaat van een letterlijke uitlegging van een onderdeel van artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Verzoekster verwijst naar het geval waarin concentraties moeten worden aangemeld „na [...] de verwerving van een zeggenschapsdeelneming”. Dit lid van deze bepaling van de verordening beschrijft namelijk verschillende mogelijke vormen van zeggenschapsverwerving en geeft per vorm aan wanneer de aanmelding moet plaatsvinden. Zoals de Commissie opmerkt, kan de verwijzing naar „de verwerving van een zeggenschapsdeelneming” ook slaan op de door artikel 7, lid 2, van verordening nr. 139/2004 geregelde situaties. Die zijn weliswaar niet onderworpen aan de opschortende voorwaarde dat de concentratie wordt goedgekeurd, maar de tenuitvoerlegging van een openbaar overnamebod of transacties met effecten zou kunnen leiden tot de verwerving van een zeggenschapsdeelneming zonder dat

artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 wordt geschonden, mits de in lid 2 van deze bepaling gestelde vereisten worden geëerbiedigd. Verzoekster betoogt echter niet dat de onderhavige zaak binnen de werkingssfeer van artikel 7, lid 2, van deze verordening valt.

- 73 Anders dan verzoekster betoogt, is het criterium dat in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), wordt gehanteerd om vast te stellen of artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 is geschonden dus niet of de zeggenschap over de doelonderneming is verworven maar, zoals de Commissie betoogt, of de betreffende transactie geheel dan wel gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens heeft bijgedragen aan de wijziging in de zeggenschap over die onderneming. Dat criterium kan naar analogie worden toegepast met betrekking tot artikel 4, lid 1, van verordening nr. 139/2004.
- 74 Verzoekster geeft voorts een onjuiste uitlegging aan het arrest van 6 juli 2010, Aer Lingus Group/Commissie (T-411/07, EU:T:2010:281), namelijk dat uitsluitend transacties die ontbindingsmaatregelen vereisen handelingen zijn die de doeltreffendheid van het stelsel van controle op concentraties aantasten. Wat het Gerecht in dat arrest heeft vastgesteld, is namelijk ten eerste dat de Commissie niet bevoegd is om een concentratie te ontbinden wanneer geen zeggenschap is verkregen (arrest van 6 juli 2010, Aer Lingus Group/Commissie, T-411/07, EU:T:2010:281, punt 66), en ten tweede dat de verkrijging van een belang dat als zodanig geen zeggenschap verleent in de zin van artikel 3 van verordening nr. 139/2004, onder de werkingssfeer van artikel 7 van die verordening kan vallen (arrest van 6 juli 2010, Aer Lingus Group/Commissie, T-411/07, EU:C:2010:281, punt 83). Het Gerecht heeft met andere woorden geoordeeld dat de verwerving van zeggenschap noodzakelijk is wil de Commissie haar bevoegdheid tot ontbinding kunnen uitoefenen, maar dat een transactie ook zonder verwerving van zeggenschap binnen de werkingssfeer van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 kan vallen.
- 75 Tot slot faalt verzoeksters argument dat het toezicht door de Commissie op de transactie op geen enkel moment en op generlei wijze is belemmerd, aangezien zij de zeggenschap over TMS pas heeft verkregen nadat zij alle goedkeuringen van de betrokken mededingingsautoriteiten had ontvangen.
- 76 Verzoekster is namelijk van mening dat „concentraties worden gedefinieerd als verwervingen die rechtstreeks of middellijk leiden tot een duurzame wijziging van de zeggenschap” en dat er dus geen sprake is van een voortijdige totstandbrenging van de concentratie zolang de zeggenschap niet is verkregen.
- 77 Verzoekster verwacht zo de begrippen „totstandbrenging” en „verwerving”, die twee verschillende begrippen zijn in verordening nr. 139/2004.
- 78 De term „totstandbrenging” slaat namelijk op de concentratie (of op de transactie, zoals bedoeld in artikel 7, lid 4, van verordening nr. 139/2004), terwijl de term „verwerving” slaat op de zeggenschap.
- 79 Deze termen mogen niet worden verward. Terwijl de „totstandbrenging” van de concentratie enige tijd kan duren, hetgeen de begrippen „gedeeltelijke totstandbrenging” en „één concentratie” verklaart, geldt dat niet voor de „verwerving” van de zeggenschap. Ofwel is de zeggenschap verworven – zodra een entiteit beslissende invloed kan uitoefenen op de doelonderneming –, ofwel is zij niet verworven. Het begrip zeggenschapsverwerving omvat dus

geen „gedeeltelijke” verwerving. Een vermeende „gedeeltelijke zeggenschap” kan derhalve geen voorwaarde zijn voor een gedeeltelijke totstandbrenging van de concentratie, anders dan verzoekster aanvoert.

- 80 Een doelmatige controle door de Commissie moet dus niet alleen voorafgaand aan de verwerving van de zeggenschap worden uitgevoerd, maar ook voorafgaand aan de gehele of zelfs maar gedeeltelijke totstandbrenging van de concentratie. Zoals in punt 62 hierboven al is vastgesteld, zou immers afbreuk worden gedaan aan het nuttig effect van het in artikel 7 van verordening nr. 139/2004 uitgevaardigde verbod en zou het risico bestaan dat er, anders dan deze verordening voorschrijft, geen voorafgaande controle plaatsvindt en dat de doelstellingen van deze verordening in gevaar komen, indien het de partijen bij een concentratie verboden zou zijn om deze door middel van één enkele transactie tot stand te brengen, maar het hun zou zijn toegestaan met opeenvolgende deeltransacties hetzelfde resultaat te bereiken (arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 47).
- 81 Bijgevolg moet het eerste subonderdeel van het eerste middel worden afgewezen.

b) Tweede subonderdeel: blijkens eerdere rechtspraak is zeggenschapswijziging het enige relevante criterium

- 82 Verzoekster betoogt dat het bestreden besluit in strijd is met de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Europese Unie.
- 83 Ten eerste verwijst verzoekster naar punt 25 van het arrest van 6 juli 2010, Aer Lingus Group/Commissie (T-411/07, EU:T:2010:281), volgens hetwelk een concentratie enkel tot stand komt indien een onderneming zeggenschap over een andere onderneming verkrijgt, dat wil zeggen de mogelijkheid om er een beslissende invloed over uit te oefenen, en naar punt 85 van dat arrest, volgens hetwelk, indien er geen daadwerkelijke zeggenschap is verkregen, het litigieuze belang niet kan worden gelijkgesteld met een concentratie die reeds tot stand is gebracht. Ten tweede brengt verzoekster naar voren dat het Gerecht in het arrest van 13 september 2010, Éditions Odile Jacob/Commissie (T-279/04, niet gepubliceerd, EU:T:2010:384), een warehousing-constructie heeft geaccepteerd omdat voorafgaand aan de verkrijging van goedkeuring geen zeggenschap was overgedragen. Volgens verzoekster heeft het Gerecht in dat arrest bevestigd dat het overdragen van aandelen aan een vennootschap die uitsluitend is opgericht om die in ontvangst te nemen niet leidt tot de verwerving van zeggenschap door de uiteindelijke koper en dus niet binnen de werkingssfeer van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 valt. Ten derde heeft het Gerecht volgens verzoekster in de punten 148 en volgende van het arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753), die betrekking hadden op overweging 20 van verordening nr. 139/2004, het idee afgewezen dat bij de voortijdige totstandbrenging van een concentratie twee transacties samen als één concentratie moeten worden aangemerkt op de enkele grond dat zij nauw verweven zijn. Dienaangaande blijkt uit punt 44 van het arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149), dat overweging 20 van verordening nr. 139/2004 geen rechtsgrondslag vormt op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat er sprake is van „één concentratie”. Het standpunt van de Commissie in haar verweerschrift dat „één economisch project” bestaande uit twee transacties kan leiden tot „één concentratie”, moet dus worden verworpen. Voorts verwijst verzoekster naar punt 128 van het arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753), volgens hetwelk het relevante criterium het moment is waarop de zeggenschapsverwerving plaatsvindt. Bovendien betoogt verzoekster dat het begrip „één concentratie” niet kan worden ingeroepen om de voortijdige totstandbrenging van een

concentratie vast te stellen en roept zij in herinnering dat het Gerecht in punt 151 van dat arrest heeft aangegeven dat het, indien deze transacties gezamenlijk niet voldoende zijn om de zeggenschap over de doelonderneming over te dragen, „geen zin” heeft om deze als één concentratie aan te merken. Tot slot heeft de Commissie in punt 105 van besluit C(2014) 5089 final van 23 juli 2014 tot oplegging van een geldboete voor het uitvoeren van een concentratie in strijd met artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 (zaak COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol), zelf het standpunt ingenomen dat de vraag of die twee stappen deel uitmaken van dezelfde transactie, met andere woorden of er sprake is van „één concentratie”, in het kader van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 „niet relevant” is.

- 84 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.
- 85 In de eerste plaats zij opgemerkt dat punt 25 van het arrest van 6 juli 2010, *Aer Lingus Group/Commissie* (T-411/07, EU:T:2010:281), niet het standpunt van het Gerecht betreft, maar weergeeft welke redenering de Commissie in haar besluit aangaande die zaak heeft aangehouden. Wat punt 85 van dat arrest betreft, klopt het dat het Gerecht heeft vastgesteld dat, zonder daadwerkelijke verwerving van zeggenschap, het litigieuze belang in die zaak niet kon „worden gelijkgesteld met een ‚concentratie’ die ‚reeds tot stand is gebracht””, maar uit die zinsnede kan niet worden afgeleid dat een concentratie niet gedeeltelijk tot stand kan worden gebracht door een transactie die bijdraagt aan een zeggenschapswijziging.
- 86 Verder heeft het Gerecht, zoals in punt 74 hierboven is opgemerkt, in het arrest van 6 juli 2010, *Aer Lingus Group/Commissie* (T-411/07, EU:T:2010:281, punt 83), vastgesteld dat de verkrijging van een belang dat als zodanig geen zeggenschap verleent in de zin van artikel 3 van verordening nr. 139/2004, binnen de werkingssfeer van artikel 7 van die verordening kan vallen. Uit dat arrest van het Gerecht, dat is uitgesproken vóór het arrest van 31 mei 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371), blijkt derhalve dat de totstandbrenging van een concentratie niet noodzakelijkerwijs als de verwerving van zeggenschap moet worden beschouwd.
- 87 Bijgevolg sluit het arrest van 6 juli 2010, *Aer Lingus Group/Commissie* (T-411/07, EU:T:2010:281), niet uit dat het in artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 bepaalde verbod ook slaat op de gedeeltelijke totstandbrenging, dat wil zeggen transacties die als zodanig geen zeggenschap verlenen.
- 88 Wat in de tweede plaats het arrest van 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/Commissie* (T-279/04, niet gepubliceerd, EU:T:2010:384), betreft, moet de conclusie die verzoekster daaruit trekt, namelijk dat het overdragen van aandelen aan een vennootschap die uitsluitend is opgericht om die in ontvangst te nemen niet leidt tot de verwerving van zeggenschap door de uiteindelijke koper en dus niet binnen de werkingssfeer van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 valt, worden gecorrigeerd door die in de juiste context te plaatsen.
- 89 Ten eerste zijn de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/Commissie* (T-279/04, niet gepubliceerd, EU:T:2010:384), en de onderhavige zaak niet volledig vergelijkbaar. In de zaak die heeft geleid tot het arrest van 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/Commissie* (T-279/04, niet gepubliceerd, EU:T:2010:384), bestreed de verzoeker dat de warehousing-constructie viel onder artikel 3, lid 5, onder a), van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1989, L 395, blz. 1), terwijl verzoekster in de onderhavige zaak niet betoogt dat de betrokken warehousing-constructie onder een dergelijke uitzondering valt.

- 90 Aangezien het om twee verschillende warehousing-constructies gaat, kunnen de conclusies inzake de ene niet in hun algemeenheid worden toegepast op de andere.
- 91 Ten tweede betrof het beroep van de verzoeker in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/Commissie* (T-279/04, niet gepubliceerd, EU:T:2010:384), zoals de Commissie in punt 175 van de bestreden beschikking heeft onderstreept en ook het Hof in hogere voorziening heeft opgemerkt, uitsluitend de nietigverklaring van de litigieuze beschikking waarbij de Commissie de betrokken concentratie verenigbaar had verklaard met de gemeenschappelijke markt (arrest van 6 november 2012, *Éditions Odile Jacob/Commissie*, C-551/10 P, EU:C:2012:681, punt 36). Het twistpunt was dus de rechtmatigheid van het besluit van de Commissie waarbij zij toestemming had gegeven voor de concentratie, niet het vraagstuk van voortijdige totstandbrenging van concentraties middels een warehousing-constructie. Om deze reden heeft het Hof opgemerkt dat het Gerecht, om zich over de rechtmatigheid van de litigieuze beschikking te kunnen uitspreken, niet hoefde te onderzoeken of Lagardère SCA door de betrokken holdingregeling alleen of samen met de bank NBP zeggenschap over de doelactiva had verworven en dat de vaststellingen van het Gerecht daaromtrent dus ten overvloede waren (arrest van 6 november 2012, *Éditions Odile Jacob/Commissie*, C-551/10 P, EU:C:2012:681, punt 40).
- 92 Bovendien heeft de verzoekende partij in die zaak hoe dan ook in haar beroep bij het Gerecht betoogd dat het in een warehousing-constructie plaatsen van de doelactiva de uiteindelijke koper vanaf het moment van verwerving ervan door de warehousing-vennootschap de mogelijkheid had geboden om een beslissende invloed uit te oefenen op de aan die activa gelieerde activiteiten, aangezien via die constructie de eigendoms- of gebruiksrechten op alle of een deel van de doelactiva aan hem waren overgedragen in de zin van artikel 3, lid 3, onder a), van verordening nr. 4064/89, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB 1997, L 180, blz. 1) (arrest van 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/Commissie*, T-279/04, niet gepubliceerd, EU:T:2010:384, punt 119).
- 93 De verzoekende partij in die zaak had zo de transactie waarmee de doelactiva werden verworven door de warehousing-vennootschap losgekoppeld en betoogd dat die transactie reeds tot een verwerving van zeggenschap had geleid.
- 94 In die context heeft het Gerecht vastgesteld dat, aangezien de warehousing van de doelactiva in dat geval niet beschouwd kon worden als een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van verordening nr. 4064/89, er geen overtreding had kunnen plaatsvinden van het door artikel 7, lid 1, van verordening nr. 4064/89 aan de partijen bij een dergelijke transactie opgelegde verbod om die tot stand te brengen nog voordat zij was aangemeld en verenigbaar was verklaard met de gemeenschappelijke markt (arrest van 13 september 2010, *Éditions Odile Jacob/Commissie*, T-279/04, niet gepubliceerd, EU:T:2010:384, punt 171).
- 95 Het Gerecht heeft die vaststelling dus slechts gedaan in antwoord op de bewering van de verzoeker dat de beschikking tot goedkeuring van de concentratie ongeldig was, met name omdat de uiteindelijke koper door een warehousing-transactie de exclusieve dan wel gezamenlijke zeggenschap over de doelactiva had verkregen vanaf het moment dat die activa werden aangekocht door de warehousing-vennootschap (die indirect maar wel voor 100 % in handen was van de bank NBP), zonder dat de concentratie tevoren was aangemeld.

- 96 Het Gerecht heeft dus niet onderzocht of de verwerving van de doelactiva door de warehousing-vennootschap net als in het onderhavige geval een gedeeltelijke totstandbrenging van één concentratie vormde, maar of met die verwerving, die werd gedaan in het kader van een warehousing-structuur, de zeggenschap als zodanig op de koper was overgegaan.
- 97 Wat ten derde het arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie* (T-704/14, EU:T:2017:753), betreft, moet vooraf worden vastgesteld dat de hoofdpartijen het oneens zijn over de vraag welk criterium in het bestreden besluit is gebruikt om te bepalen waarin de voortijdige totstandbrenging van een concentratie bestaat.
- 98 Volgens verzoekster achtte de Commissie het in het bestreden besluit namelijk voldoende om vast te stellen dat de tussentijdse en de uiteindelijke transactie één concentratie vormden, terwijl de juiste toets erin zou hebben bestaan na te gaan of de tussentijdse transactie haar de zeggenschap over TMSC had verleend.
- 99 In dat verband zij in herinnering gebracht dat de Commissie, zoals blijkt uit overweging 99 van het bestreden besluit (zie punt 53 hierboven), het niet als voldoende beschouwde om vast te stellen dat de tussentijdse en de uiteindelijke transactie één concentratie vormden, maar heeft zij vastgesteld, ten eerste, dat de tussentijdse en de uiteindelijke transactie samen één concentratie vormden; ten tweede, dat de tussentijdse transactie gedeeltelijk had bijgedragen aan de wijziging van de zeggenschap over TMSC in de zin van het arrest van 31 mei 2018, *Ernst & Young* (C-633/16, EU:C:2018:371), en dat verzoekster met deze tussentijdse transactie de concentratie – die erin bestond dat zij de zeggenschap over TMSC verkreeg – gedeeltelijk tot stand had gebracht, en, ten derde, dat met deze gedeeltelijke totstandbrenging, die had plaatsgevonden vóór de aanmelding bij de Commissie, artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 waren geschonden.
- 100 Wat betreft de verwijzing van verzoekster naar de punten 148 e.v. van het arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie* (T-704/14, EU:T:2017:753), heeft het Gerecht, anders dan verzoekster betoogt, niet het idee verworpen dat twee transacties in geval van voortijdige totstandbrenging van een concentratie als „één concentratie” moeten worden aangemerkt op de enkele grond dat zij nauw verweven zijn. Het Gerecht heeft immers slechts vastgesteld dat verordening nr. 139/2004 geen uitputtende definitie geeft van de voorwaarden waaronder twee transacties één concentratie vormen (arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie*, T-704/14, EU:T:2017:753, punt 150). Wat betreft punt 44 van het arrest van 4 maart 2020, *Marine Harvest/Commissie* (C-10/18 P, EU:C:2020:149), waarnaar verzoekster eveneens verwijst, daarin geeft het Hof eenvoudigweg aan dat louter uit de bewoordingen van overweging 20 van verordening nr. 139/2004 geen valide uitlegging van het begrip „één concentratie” kan worden afgeleid die niet in overeenstemming is met de bepalingen van die verordening. Uit dat punt kan dus niet worden afgeleid dat het Hof in dat arrest de benadering van de Commissie afwijst dat „één economisch project” van twee transacties kan leiden tot „één concentratie”.
- 101 Zoals de Commissie aangeeft, heeft dus noch het Gerecht noch het Hof in twijfel getrokken dat twee transacties tot één concentratie kunnen leiden.

- 102 Dienaangaande heeft het Gerecht, zonder door het Hof te zijn tegengesproken, in punt 90 van het arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie* (T-704/14, EU:T:2017:753), geoordeeld dat de Commissie zich in meerdere besluiten had gebaseerd op het concept „één concentratie” en dat het Gerecht dat concept had bekrachtigd in met name het arrest van 23 februari 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Commissie* (T-282/02, EU:T:2006:64).
- 103 Wat betreft de verwijzing naar punt 128 van het arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest* (T-704/14, EU:T:2017:753), moet worden benadrukt dat die zaak betrekking had op de toepassing van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 139/2004 op een reeks van transacties, waarvan niet ter discussie stond dat de zeggenschap over de doelonderneming al bij de eerste transactie was verworven. In dat kader heeft het Gerecht geoordeeld dat, wanneer de facto uitsluitende zeggenschap over de doelonderneming werd verkregen via één enkele eerste transactie, de latere transacties waarmee de verwerver aanvullende aandelen in die onderneming verkreeg niet langer relevant waren voor de verwerving van de zeggenschap (arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie*, T-704/14, EU:T:2017:753, punt 128). Die conclusie kan er derhalve niet toe leiden dat een concentratie slechts voortijdig tot stand kan worden gebracht indien, in de context van één concentratie zoals in het onderhavige geval, de zeggenschap wijzigt bij de eerste transactie.
- 104 Wat betreft de verwijzing naar punt 151 van het arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest* (T-704/14, EU:T:2017:753), zij opgemerkt dat verzoeksters aanhaling onvolledig en daarmee onjuist is. Immers, hetgeen volgens het Gerecht in dit punt „geen zin” zou hebben, is om alle transacties die van elkaar afhangen of de vorm aannemen van een reeks effectentransacties die binnen een redelijk korte tijdsperiode plaatsvinden als één concentratie te behandelen, en dit zelfs wanneer die transacties, tezamen genomen, niet volstaan voor de overdracht van de zeggenschap over de doelonderneming (arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie*, T-704/14, EU:T:2017:753, punt 151). In dat punt heeft het Gerecht dus slechts benadrukt dat alleen transacties die als geheel de zeggenschap wijzigen als „één concentratie” kunnen worden beschouwd.
- 105 In casu stelt de Commissie in het bestreden besluit niet dat de tussentijdse transactie op zichzelf volstond om de zeggenschap over TMSC te laten overgaan op verzoekster. De Commissie heeft in het bestreden besluit namelijk geconcludeerd dat de zeggenschap over TMSC aan verzoekster is overgedragen bij de uiteindelijke transactie, die samen met de tussentijdse transactie één concentratie vormt.
- 106 Tot slot doet het argument waarbij verzoekster verwijst naar het standpunt van de Commissie in punt 105 van de beschikking in de zaak *Marine Harvest/Morpol* niet ter zake. In die zaak ging het namelijk niet om de verwerving van een doelonderneming via een warehousing-constructie, zoals in casu, maar om een situatie waarin de Commissie had geconcludeerd dat *Marine Harvest ASA* de zeggenschap over *Morpol ASA* had verworven via alleen de verwerving van 48,5 % van de aandelen van *Morpol*, en niet via meerdere deeltransacties betreffende aandelenblokken die uiteindelijk één enkele economische entiteit vormden (arrest van 4 maart 2020, *Marine Harvest/Commissie*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 8 en aldaar aangehaald punt 29).
- 107 Uit het voorgaande volgt dat het tweede subonderdeel van het eerste middel moet worden afgewezen, net als het gehele eerste onderdeel van dit middel.

2. Tweede onderdeel: er is geen sprake van gedeeltelijke totstandbrenging in overtreding van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004

- 108 De Commissie heeft in paragraaf 4.1 van het bestreden besluit geconcludeerd dat de tussentijdse en de uiteindelijke transactie gezamenlijk één concentratie vormen omdat „zij [...] deel [uitmaken] van een en hetzelfde economische project waarbij [verzoekster] zeggenschap over TMSC heeft verkregen van Toshiba” (overweging 101 van het bestreden besluit). Om tot die conclusie te komen heeft de Commissie zich gebaseerd op drie elementen. Ten eerste is de tussentijdse transactie alleen verricht met het oog op de uiteindelijke transactie (paragraaf 4.1.1 van het bestreden besluit). Ten tweede was MS Holding uitsluitend bedoeld om de verkrijging van de zeggenschap over TMSC door verzoekster te vergemakkelijken (paragraaf 4.1.2). Ten derde was verzoekster de enige partij die de mogelijkheid had de uiteindelijke verkrijger van TMSC te bepalen en die vanaf de tussentijdse transactie het economische risico van de hele operatie droeg (paragraaf 4.1.3).
- 109 Vooraf zij eraan herinnerd dat het van geen belang is of de zeggenschap over een of meerdere ondernemingen rechtstreeks of middellijk, in een of meer stappen en in een of meer transacties is verkregen, voor zover dit één enkele concentratie als resultaat oplevert (zie in die zin arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 104).
- 110 Evenmin is van belang of de partijen bij de aanmelding van een concentratie bij de Commissie van plan zijn twee of meer transacties te sluiten dan wel deze reeds vóór de aanmelding ervan hebben gesloten. In alle gevallen moet de Commissie uitmaken of deze transacties een eenheid vormen zodat ze één enkele concentratie in de zin van artikel 3 van verordening nr. 139/2004 opleveren (arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 105).
- 111 Deze benaderingswijze is erop gericht om, aan de hand van de feitelijke en juridische omstandigheden van het concrete geval, de economische werkelijkheid die aan de transacties ten grondslag ligt, te achterhalen en na te gaan welke economische doelstelling de partijen nastreven, door met name in het geval van verschillende juridisch onderscheiden transacties te onderzoeken of de betrokken ondernemingen ertoe bereid zouden zijn geweest elke transactie afzonderlijk te sluiten, dan wel of elke transactie daarentegen slechts een onderdeel is van een meer complexe transactie zonder welke deze afzonderlijke transactie door de partijen niet zou zijn gesloten (arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 106).
- 112 Met andere woorden, om te bepalen of de betrokken transacties een eenheid vormen, moet in elk concreet geval worden nagegaan of deze transacties onderling samenhangen, zodat de ene niet zonder de andere tot stand zou zijn gekomen (arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 107).
- 113 Met deze benaderingswijze wordt beoogd om aan de ondernemingen die een concentratie aanmelden, rechtszekerheid te waarborgen voor alle transacties die deze concentratie tot stand brengen, en de Commissie in staat te stellen om op doeltreffende wijze toezicht te houden op de concentraties die een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een groot deel ervan aanzienlijk kunnen belemmeren. Deze twee doelstellingen vormen trouwens de

voornaamste bestaansreden van verordening nr. 139/2004 (zie arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 108 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 114 Hieruit volgt dat er zelfs dan sprake kan zijn van een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 139/2004 wanneer verschillende juridische transacties zijn gesloten die formeel losstaan van elkaar, maar zodanig onderling samenhangen dat de ene transactie niet zonder de andere tot stand kan komen, en een of meer ondernemingen daardoor rechtstreeks of middellijk de economische zeggenschap over de activiteiten van een of meer andere ondernemingen verkrijgen (arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, T-282/02, EU:T:2006:64, punt 109).
- 115 De vijf grieven van verzoekster moeten met name in het licht van deze rechtspraak worden onderzocht. Deze grieven nemen de vorm aan van vijf subonderdelen, volgens welke, ten eerste, het feit dat „de tussentijdse transactie slechts is verricht met het oog op de uiteindelijke transactie” niet relevant is en door de Commissie niet rechtens genoegzaam is aangetoond; ten tweede, het niet de enige taak van MS Holding was om „de verkrijging van de zeggenschap over TMSC door [verzoekster] te vergemakkelijken”; ten derde, de vermeende bevoegdheid om de uiteindelijke verkrijger te bepalen en de economische risico's niet relevant zijn; ten vierde, niet is voldaan aan de voorwaarden voor een „gedeeltelijke totstandbrenging” in de zin van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), en, ten vijfde, de tussentijdse transactie niet heeft bijgedragen „aan een blijvende wijziging in de zeggenschap” over TMSC in de zin van datzelfde arrest.

[omissis]

d) Vierde subonderdeel: er is niet voldaan aan de voorwaarden voor een „gedeeltelijke totstandbrenging” in de zin van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16)

- 214 Verzoekster voert aan dat het Hof in punt 47 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), weliswaar heeft erkend dat een „gedeeltelijke totstandbrenging” in bepaalde omstandigheden een voortijdige totstandbrenging van een concentratie kan vormen, maar dat voor die „gedeeltelijke totstandbrenging” de verwerving van een „gedeeltelijke zeggenschap” noodzakelijk is. Dat betekent dat de verwerver een zekere invloed heeft verkregen over de strategische besluitvorming van de doelonderneming. Verzoekster beschikte voorafgaand aan het verkrijgen van de goedkeuringen echter niet over bijzondere rechten die haar een dergelijke invloed op de doelonderneming verschafden. Bovendien heeft het Hof in punt 46 van dat arrest verduidelijkt dat er slechts sprake is van schending van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 indien de partijen transacties verrichten die bijdragen aan een blijvende wijziging in de zeggenschap in de doelonderneming. Die „zeggenschap” is dus het essentiële element, ook bij gedeeltelijke totstandbrenging. Tot slot blijkt uit punt 61 van hetzelfde arrest, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de betreffende voorbereidende maatregel niet had bijgedragen aan de verwerving van zeggenschap omdat de verwervers niet de mogelijkheid hadden gehad om „wat voor invloed dan ook” op de doelonderneming uit te oefenen, dat er geen sprake is van gedeeltelijke totstandbrenging als een verwerver geen invloed heeft verkregen.
- 215 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.

- 216 Het argument van verzoekster dat blijkt punt 47 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), voor een „gedeeltelijke totstandbrenging” van een concentratie de verwerving van een „gedeeltelijke zeggenschap” noodzakelijk is, is onjuist.
- 217 Volgens de bewoordingen van punt 47 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), valt elke gedeeltelijke totstandbrenging van een concentratie binnen de werkingssfeer van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004.
- 218 Zoals in punt 73 hierboven in herinnering is gebracht, blijkt uit het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), dat het criterium om vast te stellen of artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 zijn geschonden niet is of de zeggenschap – waaronder dus „gedeeltelijke zeggenschap” – over de doelonderneming is verworven maar, zoals de Commissie betoogt, of de betreffende transactie heeft bijgedragen aan een zeggenschapswijziging bij die onderneming.
- 219 Het argument van verzoekster dat uit punt 46 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), blijkt dat „zeggenschap” het „essentiële” element is, is eveneens onjuist.
- 220 Volgens de bewoordingen van punt 46 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), is er sprake van de totstandbrenging van een concentratie zodra de partijen bij een concentratie transacties verrichten die bijdragen aan een blijvende wijziging in de zeggenschap in de doelonderneming.
- 221 Verder volgt uit punt 59 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371) (zie punt 65 hierboven), dat een concentratie tot stand kan komen door een transactie die geheel of gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens bijdraagt aan een zeggenschapswijziging bij de doelonderneming.
- 222 Zoals de Commissie aanvoert, leiden transacties die „bijdragen” aan een zeggenschapswijziging in de zin van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), waaronder transacties waarmee op zichzelf de zeggenschap niet wordt overgedragen, tot een gedeeltelijke totstandbrenging van een concentratie.
- 223 Wat betreft verzoeksters argument dat uit punt 61 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), volgt dat er geen sprake is van gedeeltelijke totstandbrenging als een verwerver geen invloed heeft verkregen, zij opgemerkt dat de maatregel die in die zaak aan de orde was volgens het oordeel van het Hof buiten de werkingssfeer van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 viel, onder andere omdat die maatregel de betreffende onderneming niet in staat had gesteld om „wat voor invloed dan ook” op de doelondernemingen uit te oefenen. In casu geniet verzoekster daarentegen wel een zekere invloed omdat zij, zoals de Commissie in overweging 157 van het bestreden besluit heeft benadrukt en zoals hierboven reeds is uiteengezet (zie de punten 195 en 208), vanaf de datum van de tussentijdse transactie en ongeacht of de concentratie werd goedgekeurd, bij uitsluiting bevoegd was om te bepalen wie de uiteindelijke verkrijger van TMSC zou worden. Als verzoekster TMSC niet zelf had kunnen verwerven, had zij nog steeds kunnen bepalen wie uiteindelijk de verwerver zou worden. De Commissie heeft dus in overweging 155 van het bestreden besluit terecht aangegeven dat verzoekster met de tussentijdse transactie de mogelijkheid had verworven om een bepaalde mate van invloed op TMSC uit te oefenen.

224 Het vierde subonderdeel moet dus worden afgewezen.

e) Vijfde subonderdeel: de tussentijdse transactie heeft niet bijgedragen „aan een blijvende wijziging in de zeggenschap” over TMSC in de zin van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16)

225 Verzoekster voert meerdere gronden aan ter bestrijding van de redenering van de Commissie in overweging 143 van het bestreden besluit, dat de tussentijdse transactie nodig was om de zeggenschap over TMSC te wijzigen in de zin dat die transactie van direct functioneel belang was voor de totstandkoming van de concentratie, en dat dit betekent dat de tussentijdse transactie ten minste gedeeltelijk heeft bijgedragen aan de wijziging van de zeggenschap over de doelonderneming in de zin van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371).

1) Criterium van direct functioneel belang in de zin van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16)

226 Verzoekster betoogt dat het „directe functionele belang” dat het Hof in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), als voorwaarde stelt om te kunnen spreken van voortijdige totstandbrenging van een concentratie, slechts bestaat indien de handeling op zichzelf een wijziging van zeggenschap meebrengt. Verzoekster wijst erop dat zij volgens overweging 134 van het bestreden besluit geen zeggenschap over TMSC heeft uitgeoefend. In dat arrest heeft het Hof schending van de opschortingsverplichting uitgesloten wanneer de verwerfer niet de mogelijkheid heeft verkregen om „wat voor invloed dan ook” uit te oefenen op de doelonderneming. Bovendien blijkt duidelijk uit de punten 48 en 49 van dat arrest dat zelfs opeenvolgende transacties die deel uitmaken van één concentratie geen voortijdige totstandbrenging van een concentratie vormen, indien de eerste transactie niet „noodzakelijk” is om de zeggenschap te wijzigen maar slechts een neven- of voorbereidende transactie is. In casu was de overdracht van aandelen aan MS Holding niet noodzakelijk om verzoekster de zeggenschap over TMSC te verschaffen.

227 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.

228 Zoals in punt 73 hierboven reeds is vastgesteld, is het criterium dat in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), wordt gehanteerd om vast te stellen of artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 zijn geschonden, niet of de zeggenschap over de doelonderneming is verworven, maar wel of de betreffende transactie geheel dan wel gedeeltelijk, feitelijk dan wel rechtens heeft bijgedragen aan de zeggenschapswijziging bij die onderneming.

229 Het in overweging 134 van het bestreden besluit benadrukte feit, waarnaar verzoekster verwijst, dat zij in eerste instantie geen zeggenschap uitoefende over TMSC, betekent dus niet dat die tussentijdse transactie niet geheel of gedeeltelijk heeft bijgedragen aan de zeggenschapswijziging bij de doelonderneming (zie in die zin arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, punt 46).

- 230 Verzoeksters argument dat het „directe functionele belang”, dat het Hof in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), als voorwaarde zou hebben gesteld om te kunnen spreken van een voortijdige totstandbrenging van een concentratie, slechts bestaat indien de handeling op zichzelf een wijziging van zeggenschap meebrengt, moet dus worden afgewezen.
- 231 Volgens punt 49 van het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), voldoen transacties die niet noodzakelijk zijn om een wijziging van de zeggenschap te verkrijgen, aangezien zij niet van direct functioneel belang zijn voor de totstandkoming van een concentratie, niet aan het criterium dat zij moeten bijdragen aan een zeggenschapswijziging en zijn zij dus niet in strijd met artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 wanneer zij worden uitgevoerd nog voordat de concentratie wordt aangemeld en goedgekeurd.
- 232 Anders dan verzoekster betoogt, was de tussentijdse transactie in casu noodzakelijk, zoals ook is uiteengezet in overweging 149 van het bestreden besluit. Ten eerste zou het zonder de door verzoekster voorgestelde, uit twee stappen bestaande transactie voor Toshiba namelijk niet mogelijk zijn geweest om de zeggenschap over TMSC af te staan en de betaling voor deze laatste onomkeerbaar vóór eind maart 2016 te ontvangen, aangezien Toshiba de goedkeuring van de verkoop van TMSC door de mededingingsautoriteiten had moeten afwachten. Ten tweede was de tussentijdse transactie binnen die structuur in twee stappen een noodzakelijke stap om de zeggenschap over TMSC te wijzigen. De betrokken structuur was opgezet om ervoor te zorgen dat een tussenpersoon alle aandelen met stemrecht van TMSC kon kopen zonder dat hoefde te worden voldaan aan de aanmeldingsvereisten, en dat verzoekster Toshiba onomkeerbaar de prijs voor TMSC kon betalen met de grootst mogelijke zekerheid dat zij uiteindelijk de zeggenschap over deze laatste zou verwerven. Ten derde kon geen van de hypothetische alternatieve transactiestructuren voldoen aan Toshiba's behoefte om vóór 31 maart 2016 een aanzienlijke kapitaalbreng te ontvangen.
- 233 Bovendien heeft het Hof, zoals de Commissie in overweging 154 van het bestreden besluit aangeeft, het „directe functionele belang” in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), niet aangemerkt als een afzonderlijk vereiste naast dat van de bijdrage aan een zeggenschapswijziging, dat moet worden vervuld opdat een transactie binnen de werkingssfeer van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 valt. Het criterium dat in dat arrest wordt gebruikt, is of de betrokken transactie geheel of gedeeltelijk, feitelijk of rechtens, heeft bijgedragen aan de zeggenschapswijziging bij de doelonderneming (zie punt 73 hierboven).
- 234 Tot slot citeert de Commissie in overweging 154 van het bestreden besluit de opmerkingen van verzoekster naar aanleiding van de mededeling van punten van bezwaar, waarin verzoekster zelf te kennen geeft dat „de oprichting van MS Holding nodig was voor de overdracht van TMSC door Toshiba, gezien Toshiba's financiële situatie”.
- 235 Verzoekster heeft met dat antwoord zelf toegegeven dat de tussentijdse transactie van „direct functioneel belang” was voor de wijziging van zeggenschap over TMSC.

[omissis]

3. Derde onderdeel: bij de toepassing van de begrippen „gedeeltelijke totstandbrenging” en „één concentratie” zijn kennelijke fouten gemaakt

- 302 Om te beginnen wil verzoekster benadrukken in welke context het bestreden besluit is genomen. Volgens haar kan de Commissie zich niet baseren op het begrip „één concentratie” om een schending vast te stellen van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. De Commissie verwacht twee verschillende begrippen. Het eerste is het begrip „één concentratie”, dat het bevoegdheidsvraagstuk betreft en aan de hand waarvan kan worden bepaald of twee verschillende transacties gezamenlijk bij de Commissie moeten worden aangemeld en in het bijzonder of de omzetten van de twee transacties moeten worden opgeteld met het oog op de berekening van de aanmeldingsdrempel. Het tweede is het begrip „concentratie” in een context van vermeende voortijdige totstandbrenging van een concentratie in strijd met artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Verzoekster voegt daaraan toe dat de Commissie geen bewijzen heeft gevonden dat zij vanaf de tussentijdse transactie zeggenschap over TMSC had verkregen en daarom de volkomen nieuwe theorie van de „gedeeltelijke totstandbrenging van één concentratie” heeft ontwikkeld. De Commissie wil zo een ongerechtvaardigde nieuwe regel instellen, waarbij warehousing-constructies worden verboden, zelfs wanneer die niet tot verwerving van zeggenschap leiden vóór goedkeuring wordt verkregen.
- 303 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.
- 304 Wat betreft verzoeksters argument dat het begrip „één concentratie” slechts betrekking heeft op de vraag of de Commissie bevoegd is naargelang bepaalde drempels al dan niet worden bereikt, maar niet op de vraag of artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 zijn geschonden, hoeft slechts te worden vastgesteld dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat argumenten die ertoe leiden dat transacties onder het begrip „één concentratie” worden gebracht, er de facto ook toe leiden dat deze binnen de werkingssfeer van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 vallen (zie in die zin arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 53). Wat onder het begrip „één concentratie” valt, valt dus ook binnen de werkingssfeer van artikel 7 van verordening nr. 139/2004 en daarmee logischerwijs binnen die van artikel 4 daarvan.
- 305 Verzoeksters argument dat de Commissie een nieuwe regel heeft willen instellen waarbij warehousing-constructies worden verboden, zelfs wanneer die niet tot verwerving van zeggenschap leiden zolang geen goedkeuring is verkregen, moet worden genuanceerd.
- 306 Zoals in punt 73 hierboven in herinnering is gebracht, blijkt namelijk uit het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371), dat het om vast te stellen of artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004 zijn geschonden niet noodzakelijk is dat de zeggenschap over de doelonderneming is verworven. Het kan volstaan dat de betrokken transactie geheel of gedeeltelijk, feitelijk of rechtens, heeft bijgedragen aan de zeggenschapswijziging bij die onderneming.
- 307 Het is evenwel juist dat de Commissie voor het eerst een schending van de aanmeldings- en de opschortingsplicht vaststelt in het kader van de totstandbrenging van één concentratie met behulp van een warehousing-constructie.
- 308 Ter onderbouwing van haar derde middel ontwikkelt verzoekster een betoog rond drie punten.

a) Argument dat het begrip „één concentratie” niet kan zijn gebaseerd op overweging 20 van verordening nr. 139/2004

- 309 Volgens overweging 20, in fine, van verordening nr. 139/2004 moeten „transacties die nauw verweven zijn, in die zin dat zij van elkaar afhangen of de vorm aannemen van een reeks effectentransacties die binnen een redelijk korte tijdspanne plaatsvinden, als één concentratie [worden behandeld]”.
- 310 Verzoekster betoogt dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft bewezen dat de tussentijdse en de uiteindelijke transactie van elkaar afhangen. Indien verzoekster de nodige goedkeuringen in het kader van de zeggenschapsverwerving niet had verkregen, zou zij een derde verwerver hebben kunnen vinden voor de aandelenopties. Verzoekster betoogt voorts dat de conclusie van de Commissie in het bestreden besluit inzake het bestaan van één concentratie niet kan zijn gebaseerd op overweging 20 van verordening nr. 139/2004, hetgeen is vastgesteld door het Gerecht in het arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753), en door het Hof in het arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149). Daarenboven benadrukt zij dat het Gerecht in punt 126 van het arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753), heeft toegelicht dat uit het arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (T-282/02, EU:T:2006:64), niet kan worden afgeleid dat telkens wanneer meerdere transacties onderling samenhangen, deze noodzakelijkerwijs één concentratie vormen. Ten slotte benadrukt verzoekster dat het begrip „één concentratie” volgens overweging 20 van verordening nr. 139/2004 slechts in twee situaties relevant is: wanneer twee transacties van elkaar afhangen en wanneer zij binnen een redelijk korte tijdspanne plaatsvinden. Het onderhavige geval komt met geen van deze twee situaties overeen. Deze twee verwervingen zijn niet binnen een redelijk korte tijdspanne uitgevoerd, aangezien verzoekster haar aandelenopties pas negen maanden na de tussentijdse transactie heeft kunnen uitoefenen.
- 311 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.
- 312 Verzoeksters argument dat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft bewezen dat de tussentijdse en de uiteindelijke transactie van elkaar afhangen houdt geen steek, zoals is geconstateerd in de punten 228 tot en met 235 hierboven.
- 313 Aan deze vaststelling wordt niet afgedaan door het feit dat het niet absoluut zeker was dat de mededingingsautoriteiten de nodige goedkeuringen zouden afgeven.
- 314 Behalve dat de kans om deze goedkeuringen te verkrijgen groot was, zoals verzoekster zelf aangeeft, had een weigering van de mededingingsautoriteiten namelijk niet geleid tot ontbinding van de transactie. Verzoekster heeft de prijs voor TMSC op onomkeerbare wijze betaald aan Toshiba, die deze prijs tijdig in haar boeken heeft kunnen bijschrijven. Het is dus niet van belang of verzoekster de uiteindelijke koper van TMSC is dan wel of zij die onderneming aan een derde naar keuze had moeten verkopen.
- 315 Wat betreft verzoeksters argument dat de Commissie in het bestreden besluit haar conclusie er dat sprake was van één concentratie niet kon baseren op overweging 20 van verordening nr. 139/2004, is het juist dat, zoals het Gerecht heeft opgemerkt in punt 91 van het arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753), het begrip „één

- concentratie” alleen voorkomt in overweging 20 en niet in de artikelen van verordening nr. 139/2004 (arrest van 4 maart 2020, *Marine Harvest/Commissie*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 42).
- 316 In punt 150 van het arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie* (T-704/14, EU:T:2017:753), heeft het Gerecht geoordeeld dat deze overweging geen uitputtende definitie bevat van de voorwaarden waaraan twee transacties moeten voldoen om één concentratie te vormen. Het heeft zich daarvoor gebaseerd op de specifieke aard van die overweging, die weliswaar duidelijkheid kan geven over de uitlegging van een rechtsvoorschrift, maar niet zelf een dergelijk voorschrift kan zijn omdat zij geen eigen bindende rechtskracht heeft (arrest van 4 maart 2020, *Marine Harvest/Commissie*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 43).
- 317 Overweging 20 van verordening nr. 139/2004 kan weliswaar in aanmerking worden genomen bij de uitlegging van de bepalingen van deze verordening, maar louter uit de bewoordingen van die overweging kan geen uitlegging van het begrip „één concentratie” worden afgeleid die niet in overeenstemming is met die bepalingen. In die zin heeft het Hof overigens meermaals de gelegenheid gehad om te preciseren dat de overwegingen van een handeling van de Unie geen bindende rechtskracht hebben en niet met succes kunnen worden aangevoerd om van de bepalingen zelf van die handeling af te wijken, noch om die bepalingen uit te leggen in een zin die kennelijk in strijd is met de formulering ervan (arrest van 4 maart 2020, *Marine Harvest/Commissie*, C-10/18 P, EU:C:2020:149, punt 44).
- 318 In casu moet worden vastgesteld dat de Commissie het bestreden besluit niet uitsluitend heeft gebaseerd op overweging 20 van verordening nr. 139/2004 maar op artikel 3 van die verordening, uitgelegd in het licht van die overweging.
- 319 Wat betreft verzoeksters argument op grond van punt 126 van het arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie* (T-704/14, EU:T:2017:753), klopt het dat het Gerecht daarin, in antwoord op een argument van de verzoekster in die zaak dat was gebaseerd op het begrip van wederzijdse afhankelijkheid zoals genoemd in overweging 20 van verordening nr. 139/2004, heeft aangegeven dat uit punt 107 van het arrest van 23 februari 2006, *Cementbouw Handel & Industrie/Commissie* (T-282/02, EU:T:2006:64) – volgens hetwelk, om te bepalen of de betrokken transacties een eenheid vormen, in elk concreet geval moet worden nagegaan of deze transacties onderling samenhangen zodat de ene niet zonder de andere tot stand zou zijn gekomen –, niet kan worden afgeleid dat telkens wanneer meerdere transacties onderling samenhangen, zij noodzakelijkerwijs één concentratie vormen.
- 320 In die zaak golden echter andere omstandigheden dan in de onderhavige.
- 321 Die zaak betrof de verwerving van de Noorse zalmkweker en -verwerker Morpol. In eerste instantie had de verwerver een aandelenkoopovereenkomst gesloten, waarbij hij zonder voorafgaande aanmelding 48,5 % van Morpols maatschappelijk kapitaal had verworven. In tweede instantie heeft hij de overgebleven aandelen verworven na een verplicht openbaar bod.
- 322 Het Gerecht heeft in die zaak vastgesteld dat de zeggenschap reeds was verworven met de sluiting van de aandelenkoopovereenkomst (arrest van 26 oktober 2017, *Marine Harvest/Commissie*, T-704/14, EU:T:2017:753, punt 132).

- 323 Het Gerecht heeft derhalve geoordeeld dat uit het arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (T-282/02, EU:T:2006:64), niet kan worden afgeleid dat in een situatie waarin de zeggenschap over één enkele doelonderneming is verkregen via één enkele transactie, ervan moet worden uitgegaan dat die transactie deel uitmaakt van één enkele concentratie, wanneer de aandelenkoop die tot de verkrijging van de zeggenschap heeft geleid en het latere verplichte openbaar overnamebod onderling samenhangen (arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie, T-704/14, EU:T:2017:753, punt 133).
- 324 Zoals de Commissie benadrukt, beoogde de beperking van punt 126 van het arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753), dus louter de specifieke, in punt 133 van dat arrest beschreven situatie uit te sluiten en niet het begrip „één concentratie” af te wijzen.
- 325 Overigens heeft het Gerecht opgemerkt dat de Commissie zich in meerdere besluiten heeft gebaseerd op het concept „één concentratie” (arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie, T-704/14, EU:T:2017:753, punt 90). Het heeft dit concept bekrachtigd in met name het arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (T-282/02, EU:T:2006:64).
- 326 Tot slot zij benadrukt dat het Hof in het arrest van 4 maart 2020, Marine Harvest/Commissie (C-10/18 P, EU:C:2020:149), de hogere voorziening tegen het arrest van 26 oktober 2017, Marine Harvest/Commissie (T-704/14, EU:T:2017:753), heeft afgewezen.

b) Argument dat punt 35 van de geconsolideerde mededeling geen toereikende grondslag is voor de begrippen van de Commissie „één concentratie” en „gedeeltelijke totstandbrenging”

1) Argument dat de geconsolideerde mededeling geen toereikende rechtsgrondslag vormt en niet juridisch bindend is

- 327 Ten eerste voert verzoekster aan dat de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties (hierna: „geconsolideerde mededeling”) niet de juiste rechtsgrondslag vormt ter zake van de voortijdige totstandbrenging van een concentratie, aangezien daarin niet de vraag wordt behandeld vanaf welk moment een concentratie tot stand is gebracht in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Gesteld al dat de „warehousing-constructie” in de zin van punt 35 van de geconsolideerde mededeling kan worden gekwalificeerd als „één concentratie”, veronderstelt dat punt van de geconsolideerde mededeling niet dat de „gedeeltelijke totstandbrenging” van een „warehousing-constructie” een schending inhoudt van artikel 4, lid 1, of artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004. Ten tweede betoogt verzoekster dat de geconsolideerde mededeling niet bindend is voor de partijen waar zij afwijkt van verordening nr. 139/2004 en de toepasselijke rechtspraak.
- 328 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.
- 329 Wat betreft verzoeksters argument dat de geconsolideerde mededeling een onvoldoende rechtsgrondslag vormt, moet worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 75 van het bestreden besluit heeft aangegeven dat, bij de beoordeling of verschillende transacties deel uitmaken van één concentratie, volgens het arrest van 23 februari 2006, Handel & Industrie/Commissie (T-282/02, EU:T:2006:64, punt 106), moet worden nagegaan „welke economische doelstelling de partijen nastreven” (zie punt 111 hierboven).

- 330 Voorts heeft de Commissie in overweging 99, onder b), van het bestreden besluit vastgesteld dat „de tussentijdse transactie (althans gedeeltelijk) [had bijgedragen] tot de zeggenschapswijziging bij de doelonderneming in de zin van het arrest [van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371)][]; door] uitvoering te geven aan de tussentijdse transactie, heeft [verzoekster] de [...] concentratie waardoor zij zeggenschap over TMSC heeft verworven, gedeeltelijk tot stand gebracht”.
- 331 Ten slotte heeft de Commissie in overweging 101 van het bestreden besluit toegelicht dat de tussentijdse transactie en de uiteindelijke transactie volgens haar één concentratie vormden in de zin van artikel 3 van verordening nr. 139/2004 en de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie: juridisch waren zij weliswaar gescheiden, maar zij maakten deel uit van een en hetzelfde economische project waarbij verzoekster zeggenschap over TMSC had verkregen van Toshiba. In deze overweging heeft de Commissie toegevoegd dat de opeenvolgende transacties tussen Toshiba, MS Holding en verzoekster sterk overeenkwamen met het in punt 35 van de geconsolideerde mededeling beschreven type transactiestructuur van één concentratie.
- 332 De Commissie heeft in het bestreden besluit dus toepassing gegeven aan het begrip „één concentratie” zoals dat door het Gerecht is uitgelegd in het arrest van 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie (T-282/02, EU:T:2006:64), en heeft vastgesteld dat de tussentijdse transactie had geleid tot gedeeltelijke totstandbrenging van één concentratie op grond van artikel 4, lid 1, en artikel 7, lid 1, van verordening nr. 139/2004, zoals uitgelegd door het Hof in het arrest van 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371). De Commissie heeft punt 35 van de geconsolideerde mededeling slechts subsidiair genoemd.
- 333 Verzoekster betoogt dus ten onrechte dat de geconsolideerde mededeling de rechtsgrondslag van het bestreden besluit vormt.
- 334 Wat betreft verzoeksters argument dat de geconsolideerde mededeling haar niet juridisch bindt, is reeds opgemerkt dat het bestreden besluit niet op de geconsolideerde mededeling is gebaseerd. Het is bovendien ook niet op de andere punten van de geconsolideerde mededeling gebaseerd.
- 335 Verzoeksters argument dat de geconsolideerde mededeling geen toereikende rechtsgrond vormt en juridisch niet bindend is, moet derhalve worden afgewezen.

2) Argument dat niet aan de voorwaarden van punt 35 van de geconsolideerde mededeling is voldaan

- 336 Verzoekster voert aan dat, gesteld al dat punt 35 van de geconsolideerde mededeling op het onderhavige geval kan worden toegepast, de voorwaarden om te kunnen spreken van een „warehousing-overeenkomst” niet zijn vervuld omdat, volgens dat punt, „meestal [...] de tussentijdse koper aandelen ‚namens’ de uiteindelijke verkrijger [verwerft]”, terwijl MS Holding TMSC niet „namens” verzoekster heeft gekocht en er bovendien geen „direct belang” of „overeenkomst betreffende de toekomstige verkoop” bestond tussen de „eerste koper” en de „uiteindelijke verkrijger”. In dat verband voert verzoekster aan dat MS Holding alle stemrechten binnen TMSC kon uitoefenen en dat de bestuurders van MS Holding het recht hadden om hun aandelen over te dragen, aangezien zij aandelen van categorie A zonder goedkeuring van verzoekster van de hand konden doen. Voor een hypothetische overdracht van aandelen van categorie A door de bestuurders van MS Holding was slechts de goedkeuring van de bestuurders van TMSC nodig geweest. MS Holding had die goedkeuring eenvoudig kunnen verkrijgen omdat zij bevoegd was om de gehele raad van bestuur van TMSC weg te zenden of te vervangen.

- 337 De Commissie bestrijdt verzoeksters argumenten.
- 338 Punt 35 van de geconsolideerde mededeling, dat, zoals reeds is aangegeven (zie punten 332 en 334 hierboven), subsidiair is genoemd in het bestreden besluit, vormt niet de rechtsgrondslag van het bestreden besluit.
- 339 Derhalve dient verzoeksters argument dat niet aan de voorwaarden van punt 35 van de geconsolideerde mededeling is voldaan, te worden afgewezen.

[omissis]

HET GERECHT (Zesde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) Het beroep wordt verworpen.**
- 2) Canon Inc. wordt verwezen in haar eigen kosten en in die van de Europese Commissie.**
- 3) De Raad van de Europese Unie draagt zijn eigen kosten.**

Marcoulli

Frimodt Nielsen

Norkus

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 mei 2022.

ondertekeningen