Oikeustapauskokoelma

UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN MÄÄRÄYS (kahdeksas jaosto)

2 päivänä syyskuuta 2010 *

Kumoamiskanne – Yrityskeskittymät – Keskittymähankkeesta luopuminen – Päätös asetuksen (EY) N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitetun menettelyn lopettamisesta – Toimi, joka ei voi olla kanteen kohteena – Tutkimatta jättäminen

Asiassa T-58/09,

**Schemaventotto SpA**, kotipaikka Milano (Italia), edustajinaan asianajajat M. Siragusa, G. Scassellati Sforzolini, G. Rizza ja M. Piergiovanni,

kantajana,

jota tukee

**Abertis Infraestructuras, SA**, kotipaikka Barcelona (Espanja), edustajinaan asianajajat M. Roca Junyent ja P. Callol García,

väliintulijana,

vastaan

**Euroopan komissio**, asiamiehinään V. Di Bucci ja É. Gippini Fournier,

vastaajana,

jossa on kyse vaatimuksesta sen päätöksen tai niiden päätösten kumoamiseksi, joiden on väitetty sisältyvän väliintulijan ja Autostrade SpA:n välisen yrityskeskittymän osalta (asia COMP/M.4388 – Abertis/Autostrade) yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 139/2004 (EUVL L 24, s. 1) 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä koskevaan, 13.8.2008 päivättyyn komission kirjeeseen,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. E. Martins Ribeiro sekä tuomarit N. Wahl ja A. Dittrich (esittelevä tuomari),

kirjaaja: E. Coulon,

on antanut seuraavan

* Oikeudenkäyntikieli: italia.

**määräyksen**

## Asiaa koskevat oikeussäännöt

1 Yrityskeskittymien valvonnasta 20.1.2004 annetussa neuvoston asetuksessa (EY) N:o 139/2004 (EUVL L 24, s. 1) säädetään Euroopan komission harjoittamasta yhteisönlaajuisten yrityskeskittymien, sellaisina kuin ne on määritelty mainitun asetuksen 1 ja 3 artiklassa, valvontajärjestelmästä. Tällaisista yrityskeskittymistä on ilmoitettava komissiolle ennen niiden toteuttamista (asetuksen N:o 139/2004 4 artikla). Komissio tutkii niiden soveltuvuuden yhteismarkkinoille (asetuksen N:o 139/2004 2 artikla).

2 Asetuksen N:o 139/2004 21 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Asetuksen soveltamisala ja toimivalta

1. Vain tätä asetusta sovelletaan 3 artiklassa tarkoitettuihin keskittymiin, ja asetuksia (EY) N:o 1/2003, (ETY) N:o 1017/68, (ETY) N:o 4056/86 ja (ETY) N:o 3975/87 ei sovelleta lukuun ottamatta yhteisyrityksiä, jotka eivät ole yhteisönlaajuisia ja joiden tarkoituksena tai seurauksena on itsenäisenä pysyvien yritysten kilpailukäyttäytymisen yhteensovittaminen.

2. Ainoastaan komissiolla on toimivalta tehdä tässä asetuksessa tarkoitettuja päätöksiä yhteisöjen tuomioistuimen valvonnassa.

3. Jäsenvaltio ei saa soveltaa kansallista kilpailulainsäädäntöään yhteisönlaajuiseen keskittymään.

Sen estämättä, mitä ensimmäisessä alakohdassa säädetään, jäsenvaltio saa kuitenkin suorittaa 4 artiklan 4 kohtaa tai 9 artiklan 2 kohtaa sovellettaessa tarpeellisia tutkimuksia sekä 9 artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan b alakohdassa tai 5 kohdassa tarkoitetun siirtämisen jälkeen toteuttaa 9 artiklan 8 kohdan soveltamiseksi ehdottoman välttämättömiä toimenpiteitä.

4. Sen estämättä, mitä 2 ja 3 kohdassa säädetään, jäsenvaltiot voivat toteuttaa aiheelliset toimenpiteet suojatakseen muita kuin tässä asetuksessa tarkoitettuja oikeutettuja etuja, jos toimenpiteet ovat sopusoinnussa yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden yhteisön sääntöjen kanssa.

Yleistä turvallisuutta, tiedonvälityksen moniarvoisuutta ja vakavaraisuussääntöjä pidetään ensimmäisessä alakohdassa tarkoitettuina oikeutettuina etuina.

Asianomaisen jäsenvaltion on ilmoitettava muusta yleisestä edusta komissiolle, ja komission on, ennen kuin edellä tarkoitetut toimenpiteet saa toteuttaa, tunnustettava tällainen etu arvioituaan, onko se sopusoinnussa yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden yhteisön sääntöjen kanssa. Komissio ilmoittaa päätöksestään asianomaiselle jäsenvaltiolle 25 työpäivän kuluessa mainitusta ilmoituksesta.”

## Asian tausta

3 Kantaja eli Schemaventotto SpA on italialainen yhtiö. Sen määräysvallassa on Atlantia SpA, entiseltä nimeltään Autostrade SpA, jonka määräysvallassa on puolestaan Autostrade per l’Italia SpA (ASPI), jolla on Italiassa konsessio maksullisten moottoriteiden rakentamiseen ja ylläpitoon. Väliintulija eli Abertis Infraestructuras SA on espanjalainen yritys, jonka pääasiallinen toiminta on maksullisten moottoriteiden ylläpito.

4 Autostraden ja väliintulijan hallitukset hyväksyivät 23.4.2006 Abertisin ja Autostraden välisen keskittymähankkeen, jonka tarkoituksena oli fuusioida Autostrade väliintulijaan ja muodostaa uusi yhtiö, jonka kotipaikka on Espanjassa. Tämän jälkeen Autostraden ja väliintulijan yhtiökokoukset hyväksyivät kyseisen yrityskeskittymän.

5 Autostraden esittämä väliintulijan ja Autostraden yrityskeskittymää koskeva lupahakemus hylättiin Italian infrastruktuuriministerin ja valtiovarainministerin 4.8.2006 antamalla sitovalla lausunnolla sekä Azienda nazionale autonoma delle Straden (ANAS, Italian moottoriteiden konsessioiden myöntämisestä vastaava julkinen laitos) 5.8.2006 tekemällä päätöksellä. ANAS:n mukaan keskittymää varten tarvittiin viranomaisilta ennakkolupa, sillä siitä seurasi konsession haltijan muutos.

6 Autostrade ja väliintulija ilmoittivat 18.8.2006 komissiolle keskittymähankkeesta asetuksen N:o 139/2004 mukaisesti. Todettuaan, että keskittymä oli yhteisönlaajuinen ja että se ei olennaisesti estäisi tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla tai merkittävässä osassa niitä, komissio päätti 22.9.2006 tekemällään päätöksellä olla vastustamatta ilmoitettua keskittymää ja totesi sen soveltuvan yhteismarkkinoille.

7 Vaikka komissio hyväksyi keskittymän, Autostrade ja väliintulija keskeyttivät hankkeen toteuttamisen, koska ANAS ei antanut sille lupaansa. Ne pelkäsivät, että jos yrityskeskittymä toteutetaan ilman lupaa, Italian viranomaiset peruuttavat Italian moottoriteitä koskevan konsession, joka oli merkittävä osa Autostraden varallisuutta.

8 Italian hallitus antoi 29.9.2006 asetuksen nro 262, jossa säädetään kiireellisistä verotusta ja taloutta koskevista toimenpiteistä (decreto-legge n° 262 (su) disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria; GURI nro 230, 3.10.2006; jäljempänä asetus nro 262). Asetus nro 262 muutettiin 24.11.2006 laiksi tietyin muutoksin lailla nro 286 (GURI nro 277, Supplemento ordinario, 28.11.2006).

9 Asetuksella nro 262 otettiin käyttöön yhtenäinen sopimusmalli ja säädettiin, että kaikki sen voimaantulon jälkeen tehdyt moottoriteiden konsessiosopimukset laaditaan saman sopimusmallin mukaan ja samoja periaatteita noudattamalla. Tällä yhtenäisellä sopimuksella oli tarkoitus korvata kaikki olemassa olevat moottoriteitä koskevat sopimukset niiden ensimmäisen, asetuksen nro 262 voimaantuloa seuraavan määräaikaisen tarkistuksen yhteydessä, tai muuten olemassa oleva sopimus peruuntuu automaattisesti, jos käyttöoikeuden haltija ei hyväksy uusia ehtoja.

10 Saatuaan tiedon edellä esitetyistä seikoista komissio ilmoitti Italian viranomaisille 18.10.2006 päivätyllä kirjeellä alustavan arviointinsa, jonka mukaan Italian tasavalta oli rikkonut asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaa, kun se oli perusteettomasti estänyt keskittymän.

11 Kun Italian viranomaiset olivat saaneet komission alustavan arvioinnin, ne päättivät tehdä tehottomaksi Italian infrastruktuuriministerin ja valtionvarainministerin 4.8.2006 yhteisesti antaman sitovan lausunnon sekä ANAS:n 5.8.2006 tekemän päätöksen.

12 Komissio päätti 14.11.2006 käynnistää Italiaa vastaan EY 226 artiklan nojalla jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn EY 43 ja EY 56 artiklan mahdollisesta rikkomisesta Italian moottoriteiden konsessiojärjestelmän uudistamisen ja Autostraden sekä väliintulijan fuusioitumishankkeen yhteydessä.

13 Autostrade ja väliintulija päättivät 13.12.2006 luopua keskittymän muodostamisesta, koska keskittymää oli mahdotonta saattaa päätökseen fuusioitumishankkeessa asetettuun, kummankin yrityksen osakkeenomistajien hyväksymään määräpäivään eli 31.12.2006 mennessä. Kumpikin yhtiö perusteli tätä päätöstä 13.12.2006 päivätyssä lehdistötiedotteessaan asetuksen nro 262 voimaantulon lisäksi muun muassa sillä, että uuden lainsäädännön tultua voimaan tarvittavan luvan saaminen ANAS:lta oli vaikeaa.

14 Komissio toimitti 31.1.2007 Italian viranomaisille uuden, asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaisen alustavan arvioinnin. Komission alustava päätelmä oli, että se, etteivät Italian viranomaiset olleet määritelleet ennalta ja riittävän selvästi yleisen edun perusteita, joita lupamenettelyn soveltamisessa oli käytetty, ja se, etteivät ne olleet tehneet Autostraden ja ASPI:n pyytämää lupapäätöstä, olivat asetuksen N:o 139/2004 21 artiklassa tarkoitettuja toimia, jotka olivat osaltaan vaikuttaneet yhteisönlaajuisen keskittymän tosiasialliseen kieltämiseen tai vaarantaneet merkittävästi sen toteutumisen. Koska tällaiset toimenpiteet oli toteutettu ilman ennakkoilmoitusta ja ilman komission suostumusta, Italian viranomaiset olivat näin komission mukaan laiminlyöneet asetuksen N:o 139/2004 21 artiklassa säädettyä ilmoittamisvelvoitetta ja velvoitetta olla toimimatta. Kyseiset toimenpiteet eivät olleet sopusoinnussa oikeusvarmuuden periaatteen kanssa, ja saatavilla olevien tietojen perusteella näytti siltä, että niillä oli rajoitettu perusteettomasti pääomien vapaata liikkuvuutta ja sijoittautumisvapautta (EY 43 ja EY 56 artikla). Komissio lisäsi, että jos sen alustava arviointi varmistuu, se saattaa tehdä päätöksen, jossa Italian tasavallan todetaan rikkoneen asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaa.

15 Italian viranomaisten kanssa käytyjen neuvottelujen jälkeen komissio julkaisi 18.7.2007 lehdistötiedotteen, jossa se ilmoitti puoltavansa Italian viranomaisten ehdotusta ministeriöiden yhteiseksi ohjeeksi, jonka tarkoituksena oli selventää Italian moottoritiekonsessioiden siirrossa sovellettavaa lupamenettelyä koskevaa lainsäädäntöä. Komissio ilmoitti, että kun tämä ohje ja sen soveltamista koskevat säännökset tulevat voimaan, se voi päättää menettelyn, jonka se oli aloittanut Italian tasavaltaa vastaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla.

16 Italian valtiovarainministeri antoi 30.7.2007 yhdessä Italian infrastruktuuriministerin kanssa ohjeen lupaperusteista yhteisönlaajuisista yrityskeskittymistä seuranneelle moottoritiekonsession haltijan muutokselle (Direttiva recante criteri di autorizzazione alle modificazioni del concessionario autostradale derivanti da concentrazione comunitaria; GURI nro 224, 26.9.2007). Täytäntöönpanoasetus annettiin 29.2.2008 (GURI nro 52, 3.3.2008).

17 Kantaja vaati 19.3.2008 päivätyssä kirjeessä komissiota lopettamaan Italian tasavaltaa vastaan aloitetun keskittymää koskevan menettelyn tekemällä päätöksen, jossa todetaan, että Italian tasavalta on rikkonut asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaa.

18 Komission kilpailun pääosasto ilmoitti 22.5.2008 kantajalle, että se alkoi ehdottaa tehtäväksi päätöstä asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitetun menettelyn lopettamisesta, ja pyysi komissiota esittämään huomautuksensa tästä. Kantaja vastasi 5.6.2008 päivätyllä kirjeellä.

19 Komissio lähetti 13.8.2008 Italian viranomaisille käsiteltävän kanteen kohteena olevan kirjeen.

20 Tässä kirjeessä komissio ilmoitti Italian viranomaisille olevansa tyytyväinen tapahtuneeseen kehitykseen ja katsoi, että 30.7.2007 julkaistu ohje sekä 29.2.2008 annettu ja julkaistu täytäntöönpanoasetus takaavat sen, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla 18.10.2006 ja 31.1.2007 tehdyissä alustavissa arvioinneissa sitä huolestuttaneet seikat eivät toistu tulevaisuudessa. Näiden seikkojen perusteella komissio ilmoitti päättäneensä olla jatkamatta asiassa Abertis/Autostrade asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettua menettelyä, joka koski 31.1.2007 tehdyssä alustavassa tutkimuksessa havaittuja mahdollisia rikkomuksia.

21 Kirjeessä komissio totesi lisäksi, että vaikka se katsoi, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaista menettelyä ei ollut enää aiheellista jatkaa, moottoritiekonsessioiden siirroissa sovellettavia lupamenettelyjä koskevan Italian lainsäädännön oli joka tapauksessa täytettävä sisämarkkinoita koskevissa säännöissä säädetyt yleiset edellytykset. Komissio täsmensi, että sen tästä esittämään kantaan sisältyy varaus.

22 Komissio ilmoitti myös, että joka tapauksessa se valvoo edelleen kaikkia uuden lainsäädännön nojalla toteutettuja erityistoimenpiteitä, joita mahdollisesti sovelletaan tuleviin yhteisönlaajuisiin keskittymiin.

23 Kyseisessä kirjeessä komissio totesi lopuksi, että kirje ei vaikuta mihinkään muuhun nykyiseen tai tulevaisuudessa tehtävään tutkimukseen eikä etenkään sisämarkkinoiden pääosaston tai energian ja liikenteen pääosaston toteuttamiin erityismenettelyihin.

24 Komissio ilmoitti 13.8.2008 päivätystä kirjeestään kantajalle ja väliintulijalle 4.9.2008 päivätyillä kirjeillä.

25 Kantaja pyysi 15.10.2008 päivätyllä kirjeellä komissiolta kopiota 13.8.2008 päivätystä kirjeestä.

26 Komissio lopetti 16.10.2008 myös Italian tasavaltaa vastaan EY 226 artiklan nojalla 14.11.2006 aloitetun jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn, joka koski pääoman vapaan liikkuvuuden sekä sijoittautumisvapauden rajoittamista Italian moottoriteiden konsessiojärjestelmän uudistamisen sekä Autostraden ja väliintulijan välisen fuusioitumishankkeen yhteydessä.

27 Komissio toimitti 13.8.2008 päivätyn kirjeensä kantajalle 1.12.2008 päivätyssä kirjeessä.

**Oikeudenkäyntimenettely ja asianosaisten vaatimukset**

28 Kantaja on nostanut nyt käsiteltävän kanteen unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 11.2.2009 toimittamallaan kannekirjelmällä.

29 Komissio teki 4.5.2009 unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon jättämällään erillisellä kirjelmällä unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 114 artiklan 1 kohdan mukaisesti oikeudenkäyntiväitteen.

30 Unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 25.5.2009 saapuneeksi kirjatulla kirjeellä väliintulija esitti väliintulohakemuksen, jossa se pyysi saada osallistua oikeudenkäyntiin tukeakseen kantajan vaatimuksia. Tämä hakemus hyväksyttiin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kahdeksannen jaoston puheenjohtajan 23.7.2009 antamalla määräyksellä.

31 Kantaja esitti 15.6.2009 oikeudenkäyntiväitettä koskevat huomautuksensa.

32 Väliintulija jätti kanteen tutkittavaksi ottamiseen rajoittuvan väliintulokirjelmänsä 29.9.2009. Kantaja esitti huomautuksensa kyseisestä kirjelmästä 23.11.2009 unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon jättämällään kirjelmällä. Komissio ei esittänyt huomautuksia kyseisestä kirjelmästä.

33 Kantaja vaatii kanteessaan, että unionin yleinen tuomioistuin

– kumoaa komission 13.8.2008 päivätyssä kirjeessä olevan päätöksen tai päätökset, jotka koskevat asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettua menettelyä siltä osin kuin se koskee väliintulijan ja Autostraden välistä yrityskeskittymää

– velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut

– määrää muita aiheelliseksi katsomiaan toimenpiteitä, selvittämistoimet mukaan luettuina.

34 Komissio vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin

– jättää kanteen tutkimatta pääasiaa käsittelemättä, koska tutkittavaksi ottamisen edellytykset selvästi puuttuvat

– toissijaisesti jättää kanteen tutkimatta

– velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

35 Kantaja vaatii oikeudenkäyntiväitettä koskevissa huomautuksissaan, että kanne on otettava tutkittavaksi, ja toistaa kannekirjelmässä esitetyt vaatimukset.

36 Väliintulija vaatii väliintulokirjelmässään, että kanne on otettava tutkittavaksi.

## Oikeudellinen arviointi

37 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 114 artiklan 1 ja 4 kohdan mukaan unionin yleinen tuomioistuin voi ratkaista tutkittavaksi ottamista koskevan kysymyksen käsittelemättä itse pääasiaa, jos asianosainen sitä vaatii. Saman artiklan 3 kohdan mukaan hakemuksen jatkokäsittely on suullinen, jollei unionin yleinen tuomioistuin päätä toisin. Unionin yleinen tuomioistuin katsoo saaneensa nyt käsiteltävässä asiassa riittävästi tietoja asiakirja-aineistosta ja päättää, ettei suullista käsittelyä ole syytä aloittaa.

38 Komissio esittää vaatimustensa tueksi oikeudenkäyntiväitteen, joka perustuu riidanalaisen toimen luonteeseen.

### *Asianosaisten lausumat*

39 Komissio väittää, että sen 13.8.2008 päivätyn kirjeen sisältö ei ole sellainen kuin kantaja väittää.

40 Kirjeessä ei nimittäin nimenomaisesti hyväksytä Italian viranomaisten heinäkuussa 2007 ja helmikuussa 2008 toteuttamia lainsäädännöllisiä toimenpiteitä, eikä siihen sisälly implisiittistä arviointia siitä, olivatko asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaan perustuvan menettelyn kohteena olleet kansalliset toimenpiteet sopusoinnussa yhteisön oikeuden kanssa. Sen mukaan kirjeessä ainoastaan todetaan, että on tehty päätös olla jatkamatta mainitun asetuksen 21 artiklan nojalla aiemmin aloitettua menettelyä.

41 Kun tarkastellaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan nojalla tehtyjen päätösten luonnetta ja tehtävää, komissiolla on sen mukaan toimivalta tehdä päätös siitä, ovatko jäsenvaltion suojelemat muut kuin saman kohdan toisessa alakohdassa nimenomaisesti oikeutetut yleiset edut sopusoinnussa yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden yhteisön sääntöjen kanssa, vaikka kyseisen jäsenvaltio ei ole tehnyt ilmoitusta kyseisistä eduista.

42 Komission mukaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan tarkoituksena on turvata kansallisten viranomaisten ja yhteisön viranomaisten toteuttamien toimien jako. Lainsäätäjä on komission mukaan halunnut antaa komissiolle yksinomaisen toimivallan valvoa yhteisönlaajuisia keskittymiä ja taata sen, että tämä valvonta voi toteutua nopeasti.

43 Tästä seuraa kaksi asiaa. Ensiksi on niin, että kun jäsenvaltio toteuttaa toimenpiteitä, jotka eivät ole asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan toisen alakohdan mukaisesti perusteltuja, päätöksellä, jonka tekemiseen komissiolla on saman säännöksen kolmannessa alakohdassa tarkoitettu toimivalta, on vastaava tehtävä kuin EY 226 artiklan mukaisella menettelyllä. Toiseksi kyseinen päätös on erityisen sopiva väline vastaamaan keskittymien valvonnan nopeuteen liittyviin vaatimuksiin, koska sillä pyritään saamaan asetuksessa N:o 139/2004 tarkoitetulla tavalla nopeasti aikaan yhteisön päätös ja välttymään näin vaaralta, että tällainen päätös tehdään vasta sen jälkeen, kun kyseessä olevan keskittymän syntymistä on jo lopullisesti haitattu kansallisilla päätöksillä.

44 Komissio väittää, että sen päätös olla jatkamatta asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan nojalla aloitettua menettelyä ei ole kannekelpoinen toimi.

45 Tässä yhteydessä komissio huomauttaa, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kumoamiskanne, joka on nostettu komission päätöksestä olla aloittamatta jäsenvaltiota vastaan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevaa menettelyä, on jätettävä tutkimatta. Sen mukaan EY 226 artiklan rakenteesta seuraa, ettei komissiolla ole velvollisuutta aloittaa tämän artiklan mukaista menettelyä, vaan aloittaminen on sen vapaassa harkinnassa, minkä vuoksi yksityiset henkilöt eivät voi vaatia sitä omaksumaan tiettyä kantaa eivätkä nostaa kumoamiskannetta sitä vastaan siksi, että se on pitäytynyt toimimasta.

46 Sama periaate on komission mukaan vahvistettu sellaisten kanteiden yhteydessä, jotka perustuvat siihen, että komissio on pitäytynyt tekemästä EY 86 artiklan 3 kohdan nojalla jäsenvaltiolle osoitettua päätöstä.

47 Komission mukaan pitäytymisellä tekemästä asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan mukaista päätöstä tai ainakin pitäytymisellä aloittamasta tai jatkamasta menettelyä ei ole sitovia oikeusvaikutuksia, eikä se voi olla yksityisen henkilön nostaman kumoamiskanteen kohteena, samoin kuin tapauksessa, jossa EY 226 artiklan mukaista jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevaa menettelyä ei aloiteta tai jatketa tai jossa ei tehdä EY 86 artiklan 3 kohdan mukaista päätöstä.

48 Komission asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmanteen alakohtaan perustuva päätös edellyttää komission mukaan hyvin laajan harkintavallan käyttämistä. Komission tehtävänä on päättää, onko kyseinen menettely syytä aloittaa ja miten ja milloin näin on tehtävä tai onko sitä jatkettava ja miten ja milloin sitä on syytä jatkaa, kuten vastaavissa tilanteissa, joissa jäsenvaltio on mahdollisesti rikkonut yhteisön oikeutta ja joihin voi kohdistua EY 226 artiklan mukainen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely tai EY 86 artiklan 3 kohdan nojalla tehty päätös. Tätä päättelyä sovelletaan erityisesti siinä tapauksessa, että jäsenvaltion tekemä ilmoitus puuttuu.

49 Komissio korostaa, että nyt käsiteltävän asian kaltainen tilanne ei ole verrattavissa valtiontukia koskeviin kanteluihin. Näin on siksi, että oikeuskäytäntö, jossa vahvistetaan, että komissio on velvollinen tekemään jäsenvaltiolle osoitetun päätöksen tällaisen kantelun seurauksena, ja jossa hyväksytään kantelijoiden näistä päätöksistä nostamien kumoamiskanteiden tutkittavaksi ottaminen, perustuu ratkaisevasti siihen, että komissiolla on yksinomainen toimivalta todeta tuen mahdollinen soveltumattomuus yhteismarkkinoille.

50 Komission mukaan sillä ei ole minkäänlaista yksinomaista toimivaltaa arvioida jäsenvaltion toteuttamien toimenpiteiden yhteensopivuutta asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan tai yhteisön muiden oikeusnormien kanssa. Asetuksen N:o 139/2004 21 artikla on komission mukaan sellaisen asetuksen säännös, joka on EY 249 artiklan toisen kohdan nojalla kaikilta osiltaan velvoittava, ja sitä sovelletaan sellaisenaan kaikissa jäsenvaltioissa. Kaikki kansalliset tuomioistuimet voivat soveltaa sitä.

51 Komissio lisää, että säännöksillä, joita kansallisilla toimenpiteillä saatetaan rikkoa ja joiden laillisuuden komission odotetaan tarkistavan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaisella päätöksellä, on välitön oikeusvaikutus. Kyse on EY:n perustamissopimuksen perusvapauksia koskevista määräyksistä, erityisesti EY 43 ja EY 56 artiklasta.

52 Vaikka komissio ei tekisi asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan mukaista päätöstä, oikeussubjektit voisivat saattaa asian kansallisen tuomioistuimen käsiteltäväksi mainitun 21 artiklan tai EY:n perustamissopimuksen pääoman vapaata liikkuvuutta ja sijoittautumisvapautta koskevien määräysten rikkomisen toteamiseksi. Komissio täsmentää, että olennainen nyt käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan järjestelyn ja valtiontukiin sovellettavan järjestelyn välinen ero on tässä. Valtiontuen tapauksessa kansallisella tuomioistuimella on ainoastaan avustava tehtävä komissiolle kuuluvassa soveltuvuuden tutkimisessa.

53 Tästä seuraa komission mukaan se, että oikeussuoja on taattu ilman, että on tarpeen pyytää komissiolta päätöstä tai että asia on saatettava unionin tuomioistuimen käsiteltäväksi.

54 Lopuksi komissio huomauttaa, että kanne on jätettävä tutkimatta varsinkin silloin, kun asianomaiset yritykset ovat luopuneet keskittymästä. Komissio teki päätöksen olla jatkamatta asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan nojalla aloitettua menettelyä sen jälkeen, kun keskittymän osapuolet olivat luopuneet sen toteuttamisesta.

55 Komissio ei ole velvollinen tekemään päätöstä, kun keskittymästä, jonka piti olla kyseisen päätöksen kohteena, on luovuttu ja kun päätöksen tekemisen jälkeen jäsenvaltio ei voisi enää noudattaa sitä. Komissiolle on annettava valta harkita, onko menettely lopetettava, erityisesti silloin, kun kansallista lainsäädäntöä on sittemmin muutettu parempaan suuntaan, kuten nyt käsiteltävässä asiassa on tapahtunut.

56 Kantaja vastaa, että komission 13.8.2008 päivättyyn kirjeeseen sisältyy moniosainen päätöskokonaisuus tai kaksi erillistä päätöstä.

57 Kantajan mukaan näin on siksi, että ensimmäisessä ja nimenomaisesti tehdyssä päätöksessä komissio hyväksyy lainsäädännölliset toimenpiteet, jotka koskevat moottoritiekonsessioiden siirrossa sovellettavia, heinäkuussa 2007 ja helmikuussa 2008 Italian oikeusjärjestyksessä käyttöön otettuja lupamenettelyjä. Toinen, implisiittisesti tehty päätös koskee asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitetun menettelyn kohteena olleiden kansallisten toimenpiteiden yhteensopivuutta yhteisön oikeuden kanssa.

58 Implisiittinen päätös on kantajan mukaan johdettavissa siitä, että kyseessä oleva menettely lopetettiin ja siitä ilmoitettiin Italian tasavallalle kirjeellä 13.8.2008. Tämä menettelyn lopettaminen sulkee luonnollisesti pois mahdollisuuden todeta yhteisön oikeuden rikkominen, joka oli alkujaan esitetty komission asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla 31.1.2007 tekemässä alustavassa arvioinnissa. Jos komissio olisi päinvastoin katsonut, että rikkominen on olemassa, sen olisi menettelyn lopettamisen sijaan pitänyt todeta rikkominen virallisesti muodollisella päätöksellä. Kantaja lisää, että siinä tapauksessa, ettei 13.8.2004 päivätty kirje sisällä implisiittistä päätöstä, on niin, ettei komissio ole vielä ottanut kantaa siihen, onko alustavassa arvioinnissa alun perin esitetty yhteisön oikeuden rikkominen tapahtunut, minkä vuoksi nimenomainen päätös on mielivaltainen ja epäjohdonmukainen.

59 Kantajan mukaan tämä 13.8.2008 päivätyn kirjeen arviointi ilmenee erityisesti verrattaessa kirjettä 18.10.2006 ja 31.1.2007 tehtyihin alustaviin arviointeihin. Kyseisinä päivinä komissio on sen mukaan katsonut, että Italian tasavallan toteuttamat toimenpiteet olivat lainvastaisia. Sen jälkeen, kun Italian oikeusjärjestystä oli muutettu heinäkuussa 2007 ja helmikuussa 2008, nämä toimenpiteet eivät enää olleet esteenä menettelyn lopettamiselle. Kyseinen 13.8.2008 päivätty kirje on siis näitä toimenpiteitä koskevan uuden ja erilaisen arvioinnin tulos.

60 Kantaja lisää, että selvitykset, jotka sisältyvät komission väliintulijalle 16.3.2009 lähettämään kirjeeseen (ks. myös jäljempänä 74 ja 75 kohta), vahvistavat sen tulkinnan 13.8.2008 päivätystä kirjeestä.

61 Kantaja muistuttaa, että EY 226 artiklan nojalla 14.11.2006 aloitettu jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely, joka koski EY 43 ja EY 56 artiklan mahdollista rikkomista, lopetettiin 16.10.2008. Menettelyn lopettaminen on sen mukaan poistanut kaiken oikeusvaikutuksen 13.8.2008 päivättyyn kirjeeseen sisältyvältä varaukselta, joka liittyi moottoritiekonsessioiden siirroissa sovellettavia lupamenettelyjä koskevien Italian säännösten yhteensopivuuteen sisämarkkinoita koskevien sääntöjen kanssa.

62 Kantajan mukaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä ei voida täysin rinnastaa EY 226 artiklan nojalla aloitettuun menettelyyn. Asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohtaan perustuvan tarkistuksen yhteydessä komission toimivalta liittyy

erittäin läheisesti sellaisen erityisen ja yhteisönlaajuisen keskittymän arviointiin, johon riidanalaiset kansalliset toimenpiteet liittyvät. Tästä seuraa, että päätös on voitava tehdä mahdollisimman nopeasti, jotta se olisi sopusoinnussa keskittymän osapuolten kaupallisten etujen kanssa. EY 226 artiklan mukainen jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskeva menettely ei voi täyttää tätä vaatimusta. Lisäksi asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukainen menettely johtaisi siihen, että komissio tekisi jäsenvaltioon nähden oikeudellisesti sitovan päätöksen, jota vastaan jäsenvaltio voisi nostaa kumoamiskanteen, toisin kuin EY 226 artiklan nojalla aloitetun menettelyn tapauksessa.

63 Kantajan mukaan komissiolla ei ole toimivaltaa arvioida, onko muihin kuin asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan toisessa alakohdassa mainittuihin etuihin perustuvia keskittymän estäviä kansallisia toimenpiteitä syytä tutkia, eikä se voi myöskään päättää, missä vaiheessa mahdollinen kanne on aiheellista nostaa. Komission on sen mukaan toimittava välittömästi, ennen kuin sen toiminta on myöhäistä tai tarpeetonta siksi, että keskittymän osapuolet ovat joutuneet luopumaan siitä asianomaisen jäsenvaltion estävän toimen vuoksi, vaikka komissio on tosiasiallisesti hyväksynyt keskittymän. On johdonmukaista, ettei komissiolla ole myöskään toimivaltaa olla jatkamatta asian tutkimista sen jälkeen, kun menettely on asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettu.

64 Kantaja korostaa myös asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdassa säädetyn ja EY 86 artiklan 3 kohdassa määrätyn menettelyn välisiä eroja. Ensimmäisellä menettelyllä pyritään, toisin kuin toisella menettelyllä, varmistamaan komission yksinomaisen toimivallan periaate yhteisönlaajuisten keskittymien valvonnassa. Lisäksi komissiolle EY 86 artiklan 3 kohdan nojalla kuuluvan merkittävän harkintavallan on oltava sidoksissa saman artiklan 2 kohdan mukaiseen komission velvollisuuteen ottaa huomioon vaatimukset, jotka liittyvät kyseessä olevien yritysten erityiseen tehtävään, sekä siihen, että jäsenvaltioiden viranomaisilla on tietyissä tapauksissa yhtä laaja harkintavalta säännellä tiettyjä asioita, jotka voivat kuulua mainittujen yritysten toimialaan. Tätä periaatetta ei voida soveltaa toimivaltaan, joka komissiolla on asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla.

65 Toisin kuin komissio väittää, päätöksellä lopettaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaan perustuva tutkintamenettely on sitovia oikeusvaikutuksia keskittymän osapuoliin erityisesti, jos keskittymä hyväksytään. Sen valossa, että komissiolla on yksinomainen toimivalta soveltaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohtaa, tällaisella päätöksellä on sitova oikeusvaikutus, jonka perusteella kansallisen estävän toiminnan kohteena alun perin olleen toimenpiteen toteutuminen estyy lopullisesti ja muuttamattomasti, jos sitä ei riitauteta tuomioistuimessa. Komission päätöstä lopettaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettu tutkintamenettely voidaan verrata päätökseen evätä lupa keskittymältä, jota tutkinnan jälkeen pidetään mainitun asetuksen 8 artiklan 3 kohdan nojalla yhteismarkkinoille soveltumattomana, jolloin tällä päätöksellä katsotaan olevan selvästi sitovia oikeusvaikutuksia.

66 Lisäksi kantaja vetoaa siihen, että komissiolla on asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 2 kohdan mukaan yksinomainen toimivalta arvioida muiden kuin saman asetuksen 21 artiklan 4 kohdan toisessa alakohdassa nimenomaisesti oikeutetuiksi todettujen etujen oikeutusta sekä sitä, ovatko jäsenvaltion suunnittelemat toimenpiteet sopusoinnussa unionin oikeuden kanssa. Jos siis kanne jätetään tutkimatta, kantajalta evätään oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan. Lisäksi asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan mukaisen asianomaisen jäsenvaltion ilmoitusvelvollisuuden ja toimimatta olemista koskevan velvoitteen perusteella kyseessä oleva menettely on pitkälti rinnastettavissa valtiontukien valvontaan.

67 Kantajan mukaan kansallisilla tuomioistuimilla ei ole komission toimivallan kanssa rinnakkaista toimivaltaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan soveltamisessa, toisin kuin komissio väittää. Asetus perustuu kansallisten valvontaviranomaisten ja unionin valvontaviranomaisten välisen täsmällisen toimivallan jaon periaatteeseen. Komissiolla on yksinomainen toimivalta tehdä kaikki

yhteisönlaajuisia keskittymiä koskevat päätökset. Kuten asetuksen N:o 139/2004 johdanto-osan 17 perustelukappaleesta käy ilmi, asetuksessa annetaan komissiolle yksinomainen toimivalta soveltaa asetusta yhteisöjen tuomioistuimen valvonnassa.

68 Tähän kantaja lisää, että kansallisen tuomioistuimen rinnakkaisen toimivallan käyttäminen ei ole konkreettisesti mahdollista, koska yhteensovittamiselle ei ole olemassa minkäänlaista selkeää ja sovellettavissa olevaa perustetta.

69 Kansallisen tuomioistuimen, jonka puoleen osapuolten pitäisi kääntyä, olisi todettava, ettei sillä ole toimivaltaa asiassa, koska asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettujen etujen laillisuuden sekä niiden tarkoitukseensa sopivuuden, oikeasuhteisuuden ja syrjimättömän luonteen arviointi kuuluu kyseisen artiklan 2 kohdan mukaan komissiolle. Kantajan mahdollisuus saada kansallisessa tuomioistuimessa suojaa unionin oikeuteen perustuville ja kansallisten estotoimenpiteiden vahingoittamille oikeuksilleen on suljettu pois etenkin siksi, että kyseessä olevassa tapauksessa päätös lopettaa menettely perustuu implisiittisesti asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitetun menettelyn kohteena olleiden kansallisten toimenpiteiden soveltuvuuden arviointiin. Esiin nousee siis kysymys siitä, miksi kansallisen tuomioistuimen tulisi omaksua lähestymistapa, joka eroaa komission jo omaksumasta lähestymistavasta.

70 Oikeussuojan epäämisen välttämiseksi oikeuskäytännön, jonka mukaan yksityishenkilö, jota päätös koskee suoraan ja erikseen ja jolla on intressi saada päätös kumotuksi, voi pyytää sen kumoamista tuomioistuinteitse, jos komissio on päättänyt olla aloittamatta jäsenvaltiota vastaan EY 88 artiklan mukaista menettelyä, tulisi olla siirrettävissä nyt käsiteltävään tapaukseen. Komission päätös olla jatkamatta asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan mukaista menettelyä on siis kannekelpoinen toimi.

71 Vastauksena komission väitteeseen, jonka mukaan kannetta ei voida ottaa tutkittavaksi, koska Autostrade ja väliintulija olivat 13.12.2006 päättäneet luopua keskittymästä, kantaja väittää, että jos tällainen väite on asian kannalta merkityksellinen, komission – joka oli kantajan mukaan ilmoittanut toisen alustavan arviointinsa Italian viranomaisille 31.1.2007 – toimintaa olisi luonnehdittava hyvän hallinnon periaatteen vastaiseksi.

72 Kantajan mukaan sen konkreettinen ja olemassa oleva intressi liittyy myös sen pyrkimykseen vedota Italian tasavallan vastuuseen yhteisön oikeuden rikkomisesta siviiliprosessissa kansallisissa tuomioistuimissa saadakseen korvausta vahingosta, joka on aiheutunut siitä, että se joutui luopumaan yrityskeskittymästä.

73 Oikeuskäytäntö, johon komissio vetoaa ja jonka mukaan jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevaa kannetta on pidettävä tarkoituksettomana, jos osapuolet ovat luopuneet yrityskeskittymästä, ennen kuin komission EY 226 artiklan nojalla antamassa perustellussa lausunnossa asettama rikkomisen lopettamisen määräaika on päättynyt, ei kantajan mukaan ole merkityksellinen käsiteltävässä asiassa. Se nimittäin katsoo, ettei komissio ole käyttänyt sille EY 226 artiklassa annettua toimivaltaa.

74 Väliintulija tukee kantajan perusteluja. Se lisää 13.8.2008 päivätyn kirjeen sisällön osalta, että komissio ilmoitti siitä väliintulijalle 4.9.2008 päivätyssä kirjeessä. Koska 4.9.2008 päivätty kirje ei ollut selkeä, se pyysi komissiolta 9.3.2009 päivätyllä kirjeellä selvityksiä, jotka se sai 16.3.2009.

75 Väliintulijan mukaan 16.3.2009 päivätty komission kirje tukee kantajan tulkintaa, jonka mukaan komissio oli tehnyt nimenomaisen päätöksen, jossa hyväksyttiin Italian viranomaisten heinäkuussa 2007 ja helmikuussa 2008 hyväksymät lainsäädännölliset toimenpiteet. Komissio nimittäin ilmoitti tässä kirjeessä, että se oli päättänyt olla jatkamatta rikkomusta koskevaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan

mukaista menettelyä, koska se katsoi, että Italian viranomaisten käyttöön ottama sääntelyjärjestelmä, jolla selkeytettiin Italian moottoritiekonsessioiden siirtomenettelyä, poisti komission Italian tasavallalle 31.1.2007 osoittamassa alustavassa arvioinnissa esitetyt epäilyt.

76 Lisäksi väliintulijan mukaan komission 13.8.2008 päivätyn kirjeen tulkinta on ristiriidassa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan muotoilun kanssa, koska saman artiklan mukaan komission pitää tutkia, ovatko kansalliset toimenpiteet sopusoinnussa yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden yhteisön sääntöjen kanssa, ennen kuin se tunnustaa kyseisen yleisen edun.

77 Yhtäältä EY 226 artiklan ja EY 86 artiklan 3 kohdan mukaisen menettelyn ja toisaalta asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaisen menettelyn oletetusta vastaavuudesta väliintulija esittää, että mainitun asetuksen 21 artiklan tavoite ja tarkoitus poikkeavat EY 226 artiklan ja EY 86 artiklan 3 kohdan tavoitteesta ja tarkoituksesta.

78 Väliintulija korostaa tässä yhteydessä, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaa, jolla sen mukaan pyritään suojelemaan komission yksinomaista toimivaltaa, pitää tulkita omassa asiayhteydessään ja kyseisen asetuksen tavoitteisiin nähden. Se katsoo, että koska asetuksessa N:o 139/2004 säädetään yksityisten henkilöiden välisistä liiketoimista, sen 21 artiklan mukaista menettelyä ei voida erottaa kyseisen keskittymän osapuolten oikeuksista ja odotuksista, ei varsinkaan silloin, kun viimeksi mainittuja on loukattu sellaisella valtion toiminnalla, jonka ehkäiseminen on asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan tavoitteena. Nämä seikat ovat sen mukaan vastoin EY 226 artiklan – jossa ei ole kyse yksityishenkilöiden välisestä liiketoimesta – yleisen pätevyyden tavoitetta ja yksinomaisen toimivallaan suojelemisen vaatimusta.

79 Lisäksi väliintulijan mukaan asetuksen N:o 139/2004 21 artikla on luonteeltaan erityissäännös suhteessa EY 226 artiklaan.

80 Väliintulija väittää, että seikkojen, jotka puhuvat EY 226 artiklan ja asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan keskinäistä vastaavuutta vastaan, perusteella voidaan vastaavasti hylätä jälkimmäisen säännöksen ja EY 86 artiklan 3 kohdan keskinäinen vastaavuus.

81 Lisäksi se katsoo, että koska komissiolla on yksinomainen toimivalta tehdä kaikki yhteisönlaajuisia keskittymiä koskevat päätökset, kantajalta evätään oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan siinä tapauksessa, että kanne jätetään tutkimatta.

82 Väliintulija lisää asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaisen menettelyn ja EY 88 artiklan mukaisen menettelyn vastaavuudesta, että komissiolla on toimivalta sekä todeta yhteisönlaajuiset keskittymät yhteismarkkinoille soveltuviksi että arvioida valtiontukien yhteensoveltuvuutta yhteismarkkinoiden sääntöjen kanssa. Lisäksi sen mukaan molempiin menettelyihin sisältyvät ennakkoilmoitusvelvoite ja velvoite olla toimimatta ja niissä täyttyvät nopeudelle asetetut vaatimukset. Lisäksi kansallinen tuomioistuin voi estää asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla, samoin kuin EY 88 artiklan 3 kohdan, jonka viimeisellä virkkeellä on sen mukaan välittömiä oikeusvaikutuksia, sellaisten valtion säännösten antamisen, joilla loukataan komission yksinomaista toimivaltaa.

83 Se katsoo, ettei kansallinen tuomioistuin kuitenkaan missään tapauksessa voi hyväksyä sellaista vahingonkorvausvaatimusta, joka perustuu siihen, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklassa tarkoitettua toimimatta olemisen velvoitetta on laiminlyöty, jos vaatimus perustuu suunnitellun keskittymän estämiseen. Sen mukaan kansallinen tuomioistuin ei nimittäin pysty osoittamaan syy-yhteyttä aiheutuneiden vahinkojen ja toimimatta olemisen velvoitteen laiminlyönnin välillä. Komission tehtävänä on todeta, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklassa säädettyjä velvoitteita ei ole noudatettu. Sen mukaan komission pitää siis esittää kantansa tähän rikkomiseen, jotta kansallinen tuomioistuin voi antaa ratkaisun vahinkojen korvaamisesta. Väliintulija katsoo, että komission päätös,

jonka mukaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaista menettelyä ei jatketa, vei kantajalta ja väliintulijalta oikeuden saada valtiolta korvausta, joka sillä oli sellaisen päätöksen perusteella, jonka vain komissio sai tehdä saman säännöksen nojalla.

84 Lisäksi väliintulija katsoo, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklassa säädetyssä menettelyssä, toisin kuin EY 88 artiklan 3 kohdassa säädetyssä menettelyssä, jossa kyseiselle jäsenvaltiolle annetaan mahdollisuus periä maksettu tuki takaisin, ei säädetä keskittymän osapuolten mahdollisuudesta palata komission alun perin hyväksymään tilanteeseen sen jälkeen, kun niiden on pitänyt luopua suunnitellusta toimesta. Komission siis pitää tehdä päätös yhteensoveltuvuudesta mainitun asetuksen 21 artiklan perusteella.

85 Kyseisestä keskittymästä luopumista koskevista komission perusteluista väliintulija huomauttaa, että keskittymän osapuolten etuja voidaan suojella ainoastaan silloin, jos komissio tekee päätöksen asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla. Sen mukaan komissio on ainoa tällaisen päätöksen tekemiseen toimivaltainen toimielin. Lisäksi se katsoo, että komission tulkinta tekee tyhjäksi asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaisen menettelyn, sillä jos komission ei tarvitse tehdä päätöstä sen jälkeen, kun menettely on aloitettu, jäsenvaltio voi aina halutessaan estää keskittymätoimen antamalla säännöksiä, joiden tarkoituksena on estää komission hyväksymän keskittymän toteuttaminen.

### *Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta*

86 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kumoamiskanteen kohteeksi kelpaavia toimia tai päätöksiä ovat sellaiset toimenpiteet, joilla on sellaisia sitovia oikeusvaikutuksia, jotka voivat vaikuttaa kantajan etuihin muuttamalla tämän oikeusasemaa selvästi. Jotta voitaisiin määrittää, onko riidanalaisella toimella tällaisia vaikutuksia, on tarkasteltava toimen sisältöä. Sillä, missä muodossa toimet tai päätökset on tehty, ei lähtökohtaisesti ole merkitystä, kun kyse on siitä, voidaanko niistä nostaa kumoamiskanne (ks. asia 60/81, IBM v. komissio, tuomio 11.11.1981, Kok., s. 2639, Kok. Ep. VI, s. 231, 9 kohta ja asia T-295/06, Base v. komissio, määräys 22.2.2008, 56 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

87 Käsiteltävän kanteen kohteena on päätös tai päätökset, jotka sisältyvät 13.8.2008 päivättyyn kirjeeseen, jossa komissio ilmoittaa Italian tasavallalle päätöksestään olla jatkamatta asiassa Abertis/Autostrade asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettua menettelyä, joka koski 31.1.2007 tehdyssä alustavassa tutkimuksessa havaittuja mahdollisia rikkomuksia.

88 Kantajan mukaan yhtäältä tämä kirje sisältää nimenomaisen päätöksen, jonka mukaan komissio on hyväksynyt Italian viranomaisten hyväksymät moottoritiekonsessioiden siirroissa sovellettavia lupamenettelyjä koskevat lainsäädännölliset toimenpiteet, eli 30.7.2007 annetun ohjeen ja 29.2.2008 annetun täytäntöönpanoasetuksen (ks. edellä 16 kohta). Kantajan mukaan tähän kirjeeseen sisältyy toisaalta implisiittinen päätös Italian viranomaisten sellaisten toimenpiteiden yhteensoveltuvuuden arvioinnista yhteisön oikeuden kanssa, jotka kohdistuvat asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettuun menettelyyn eli siihen, että lupamenettelyn soveltamisen yleistä etua koskevia perusteita ei ole määritelty ennakolta ja riittävän selkeästi eikä Autostraden ja ASPI:n pyytämää lupapäätöstä ole tehty (ks. edellä 14 kohta).

89 Ensiksi on todettava oletetusta Italian lainsäädännöllisiä toimenpiteitä koskevasta nimenomaisesta päätöksestä, että 13.8.2008 päivätyn kirjeen sanamuoto ei tue kantajan tulkintaa. Komissio nimittäin totesi 30.7.2007 annetusta ohjeesta ja 29.2.2008 annetusta täytäntöönpanoasetuksesta olevansa tyytyväinen tällaiseen kehitykseen ja arvioi, että näillä lainsäädäntötoimilla taataan, että 18.10.2007 ja 31.1.2007 tehdyissä alustavissa arvioinneissa sitä huolestuttaneet seikat eivät toistu tulevaisuudessa. Se täsmensi kirjeessä, että näiden seikkojen perusteella se oli päättänyt olla jatkamatta asiassa Abertis/Autostrade asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettua menettelyä, joka koski 31.1.2007 tehdyssä alustavassa tutkimuksessa havaittuja mahdollisia rikkomuksia (ks. edellä 20 kohta).

Tältä osin kirje on siis luonteeltaan täysin menettelyllinen. Lisäksi siinä erotetaan selvästi toisistaan komission kyseessä olevia lainsäädännöllisiä toimenpiteitä koskeva arviointi ja sen päätös asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaisen menettelyn jatkamisesta.

90 Kirjeen rakenteesta nimittäin ilmenee, että kyseisiä lainsäädännöllisiä toimenpiteitä koskevilla huomioilla pyritään ainoastaan selvittämään ja perustelemaan komission tekemää päätöstä olla jatkamatta asiassa Abertis/Autostrade asetuksen N:o 139/2004 21 mukaista menettelyä.

91 Tätä tulkintaa tukee kirjeessä oleva komission lausuma, jonka mukaan se katsoo, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaista menettelyä ei ole enää aiheellista jatkaa mutta konsessioiden siirroissa sovellettavia lupamenettelyjä koskevan lainsäädännön on joka tapauksessa täytettävä sisämarkkinoita koskevissa säännöissä säädetyt yleiset edellytykset. Komissio myös täsmentää, että tältä osin sen esittämään kantaan sisältyy varaus (ks. edellä 21 kohta).

92 Lisäksi on muistettava, että komissio oli aloittanut 14.11.2006 erillisellä toimella Italiaa vastaan EY 226 artiklan nojalla jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevan menettelyn, joka lopetettiin 16.10.2008, EY 43 ja EY 56 artiklan mahdollisesta rikkomisesta Italian moottoriteiden konsessiojärjestelmän uudistamisen sekä Autostraden ja väliintulijan fuusioitumishankkeen yhteydessä (ks. edellä 12 ja 26 kohta). Asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitetun menettelyn lopettamisen yhteydessä moottoritiekonsessioiden siirtoon sovellettavan lainsäädännön tutkinta ei siis ollut vielä päättynyt.

93 Komission 16.3.2009 päivätyn kirjeen sanamuotoa koskevasta kantajan ja väliintulijan väitteestä on todettava, että komissio on liittänyt tähän kirjeeseen 13.8.2008 päivätyn kirjeensä, johon oletetun nimenomaisen päätöksen on väitetty sisältyvän. Tästä on todettava, että 13.8.2008 päivätyn kirjeen yksiselitteisen sisällön, joka koskee sitä, onko komissio tehnyt oletetun nimenomaisen päätöksen (ks. edellä 89–91 kohta), perusteella tätä väitettä ei voida hyväksyä.

94 Tästä seuraa, että 13.8.2008 päivätyssä kirjeessä ei ole sellaista komission nimenomaista päätöstä, jolla hyväksyttäisiin 30.7.2007 annettu ohje ja 29.2.2008 annettu täytäntöönpanoasetus, toisin kuin kantaja väittää.

95 Toiseksi on todettava oletetusta implisiittisestä päätöksestä, joka koskee Italian viranomaisten kyseiseen keskittymähankkeeseen liittyviä toimenpiteitä, että kantaja perustaa väitteensä pääasiassa 13.8.2008 päivätyn kirjeen sekä 18.10.2006 ja 31.1.2007 tehtyjen alustavien arviointien vertailuun. Se väittää, että koska näiden alustavien arviointien kohteena olleet Italian viranomaisten toimenpiteet eivät enää estäneet kyseisen menettelyn lopettamisesta, kyseiseen kirjeeseen sisältyi implisiittisesti näitä toimenpiteitä koskeva uusi ja erilainen arviointi.

96 Tästä seikasta on todettava, ettei 13.8.2008 päivätyn kirjeen sanamuoto mitenkään tue tällaista tulkintaa.

97 On totta, että 18.10.2006 ja 31.1.2007 tehtyjen alustavien arviointien mukaan komissio oli todennut Autostraden ja väliintulijan suunnittelemasta yrityskeskittymästä, että Italian tasavalta oli rikkonut asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaa ja etteivät toimenpiteet, joihin Italian viranomaiset olivat ryhtyneet, olleet sopusoinnussa oikeusvarmuuden periaatteen kanssa ja että ja näytti siltä, että niillä rajoitettiin perusteettomasti pääomien vapaata liikkuvuutta sekä sijoittautumisvapautta (ks. edellä 10 ja 14 kohta).

98 Kyseisestä 13.8.2008 päivätystä kirjeestä kuitenkin ilmenee, että päätös asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitetun menettelyn lopettamisesta tehtiin niiden lainsäädäntömuutosten perusteella, joita Italiassa oli tehty komission 31.1.2007 tekemän alustavan arvioinnin jälkeen. Tämä peruste kyseisen menettelyn lopettamiselle ilmenee myös 18.7.2007 päivätystä komission lehdistötiedotteesta, jossa komissio ilmoitti suhtautuvansa myönteisesti Italian

viranomaisten ehdotukseen ministeriöiden yhteiseksi ohjeeksi, jonka tarkoituksena oli selventää Italian moottoritiekonsessioiden siirrossa sovellettavaa lupamenettelyä koskevaa lainsäädäntöä. Komissio nimittäin ilmoitti siinä, että kun ohje ja sen soveltamista koskevat säännökset tulevat voimaan, se voi lopettaa Italian tasavaltaa vastaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloittamansa menettelyn (ks. edellä 15 kohta). Mainitun asetuksen 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitetun menettelyn lopettaminen oli siis erillinen komission tekemästä arvioinnista Italian viranomaisten tämän menettelyn kohteena olevien toimenpiteiden yhteensopivuudesta yhteisön oikeuden kanssa.

99 Lisäksi komission 31.1.2007 tekemästä alustavasta arvioinnista ilmenee, että komissio arvioi sillä olevan harkintavaltaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitetun menettelyn jatkamisessa. Todettuaan ensin tässä arvioinnissa, että Italian tasavalta oli rikkonut asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohtaa ja että Italian viranomaisten toimenpiteet eivät olleet olleet yhteisön oikeuden mukaisia, komissio totesi, että jos sen arviointi varmistuu, se voi tehdä päätöksen, jossa Italian tasavallan todetaan rikkoneen asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaa (ks. edellä 14 kohta). Komissio siis arvioi, että sillä oli toimivalta, mutta ei velvoitetta, tehdä tällainen päätös. Kyseisen 13.8.2008 päivätyn kirjeen adressaattina Italian tasavallan piti siis vain ymmärtää, että komissio halusi ainoastaan käyttää mainittua harkintavaltaansa olla jatkamatta asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä.

100 Myös kantajalle ilmoitettiin, että komissio katsoi sillä olevan harkintavaltaa tässä asiassa. Komissio nimittäin ilmoitti 22.5.2008 päivätyssä kantajalle osoitetussa kirjeessä (ks. edellä 18 kohta) aikomuksestaan lopettaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettu menettely. Tässä yhteydessä komissio täsmensi, että sillä oli harkintavalta aloittaa tämän säännöksen mukainen menettely ja jatkaa sitä ja että se voi päättää pidättyä siitä katsoessaan, että kansallisten viranomaisten yhteistyöhalukkuudesta seuraava hyöty tasapainotti tarvetta määrätä seuraamuksia näiden viranomaisten aikaisemmista laiminlyönneistä.

101 Komission päätös lopettaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettu menettely ei siis merkinnyt sitä, että kyseisistä kansallisista toimenpiteistä olisi päätetty tehdä uusi arviointi.

102 Kantajan ja väliintulijan perustelusta, jonka mukaan 13.8.2008 päivätty kirje olisi sisältänyt implisiittisen päätöksen asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan muotoilun vuoksi, on todettava, että siinä ei oteta huomioon komission esiin tuomaa harkintavaltaa (ks. edellä 99 ja 100 kohta). Sen sijaan, että komissio olisi tehnyt päätöksen, joka koskee kyseisten kansallisten toimenpiteiden yhteensoveltuvuutta yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden yhteisön sääntöjen kanssa, se ilmoitti 13.8.2008 päivätyssä kirjeessä nimenomaisesti päättäneensä olla jatkamatta asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä. Tämä päätös oli perustunut komission oletettuun harkintavaltaan tässä. Toisin kuin kantaja ja väliintulija väittävät, tällainen päätös ei ole sama kuin päätös Italian viranomaisten kyseistä keskittymähanketta koskevien toimenpiteiden yhteensoveltuvuudesta.

103 Näin ollen 13.8.20008 päivätty kirje ei sisällä kantajan esiin tuomaa implisiittistä päätöstä.

104 Komissio ilmoitti tässä kirjeessä siis ainoastaan päätöksensä, jonka mukaan se ei enää aikonut jatkaa asiassa Abertis/Autostrade asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitettua menettelyä, joka koskee 31.1.2007 tehdyssä alustavassa arvioinnissa havaittuja mahdollisia rikkomuksia.

105 Näin ollen on tarkasteltava, onko tämä toimenpide edellä 86 kohdassa mainitussa oikeuskäytännössä tarkoitettu kannekelpoinen toimi.

106 Kyseinen toimenpide koskee asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä.

107 Tässä yhteydessä on ensiksi muistettava, että asetuksen N:o 139/2004 21 artikla koskee mainitun asetuksen soveltamista ja toimivallan jakoa komission ja jäsenvaltioiden kesken. Keskittymät, joihin tätä asetusta ei sovelleta, kuuluvat periaatteessa jäsenvaltion toimivaltaan. Käänteisesti ainoastaan komissiolla on toimivalta tehdä kaikki yhteisönlaajuisia keskittymiä koskevat päätökset (ks. vastaavasti ja analogisesti asia C-170/02 P, Schlüsselverlag J. S. Moser ym. v. komissio, tuomio 25.9.2003, Kok., s. I-9889, 32 kohta ja asia C-42/01, Portugali v. komissio, tuomio 22.6.2004, Kok., s. I-6079, 50 kohta).

108 Asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan ensimmäisestä alakohdasta ilmenee, että komission yksinomainen toimivalta sellaisena kuin se on ilmaistu saman artiklan 2 kohdassa koskee ainoastaan sellaisten etujen suojelemista, jotka on huomioitu tässä asetuksessa, eli etuja, jotka liittyvät kilpailun suojelemiseen. Komissiolla on asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 1–3 kohdan nojalla oikeus tehdä näitä etuja koskeva päätös, jossa todetaan, että keskittymä soveltuu tai ei sovellu yhteismarkkinoille.

109 Tämä komission yksinomainen toimivalta sitä vastoin ei estä jäsenvaltioita toteuttamasta aiheellisia toimenpiteitä suojatakseen muita kuin asetuksessa N:o 139/2004 tarkoitettuja oikeutettuja etuja, kuten sen johdanto-osan 19 perustelukappaleessa korostetaan. Komissiolla on kuitenkin asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan nojalla tältä osin valvontavalta, joka kohdistuu siihen, että jäsenvaltiot noudattavat yhteisön oikeuden yleisiä periaatteita ja muita yhteisön sääntöjä, jotta komissio voi varmistaa saman asetuksen 8 artiklan nojalla tekemänsä päätöksen tehokkuuden.

110 Toiseksi on todettava, että asetus N:o 139/2004 koskee ainoastaan konkreettisten yrityskeskittymien valvontaa. Asetuksen 4 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa nimittäin todetaan, että asetuksessa tarkoitetuista yhteisönlaajuisista keskittymistä on ilmoitettava komissiolle ennen niiden toteuttamista ja sopimuksen tekemisen, julkisen osto- tai vaihtotarjouksen julkistamisen tai määräysvallan tuottavan osuuden hankkimisen jälkeen. Lisäksi asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 1–3 kohdan mukaan komissiolla on oikeus tehdä ilmoitettua keskittymää koskeva päätös, jossa todetaan, että se soveltuu tai ei sovellu yhteismarkkinoille.

111 Edellä esitetystä seuraa, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdassa säädetty menettely liittyy konkreettisten yrityskeskittymien valvontaan, jota komissio toteuttaa mainitun asetuksen nojalla. Silloin, kun on kyse asetuksessa N:o 139/2004 tarkoitetuista kilpailun suojelemiseen liittyvistä eduista, komissiolla on asetuksen 8 artiklan nojalla yksinomainen toimivalta sellaisen päätöksen tekemiseen, jossa todetaan, että yrityskeskittymä soveltuu tai ei sovellu yhteismarkkinoille. Muiden kuin asetuksessa N:o 139/2004 tarkoitettujen oikeutettujen etujen osalta komission valvonta, josta on säädetty asetuksen 21 artiklan 4 kohdan kolmannessa alakohdassa, takaa komission saman asetuksen 8 artiklan nojalla tekemän päätöksen tehokkuuden.

112 Silloin, kun jäsenvaltio on ilmoittanut jostakin muusta kuin asetuksessa N:o 139/2004 huomioidusta yleisestä edusta, jonka suojelemisen se haluaa taata, komissio aloittaa asetuksen 21 artiklan 4 kohdan kolmannessa alakohdassa säädetyn valvontamenettelyn. Tämän jälkeen se on velvollinen tutkimaan, onko kyseinen etu sopusoinnussa yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden yhteisön sääntöjen kanssa, ennen kuin se ilmoittaa päätöksestään asianomaiselle jäsenvaltiolle 25 työpäivän kuluessa mainitusta ilmoituksesta, millä vältetään mahdollisimman hyvin se, että kyseinen päätös tehtäisiin vasta sen jälkeen, kun suunnitellun keskittymän syntymistä on jo lopullisesti haitattu kansallisilla toimenpiteillä (ks. analogisesti edellä 107 kohdassa mainittu asia Portugali v. komissio, tuomion 55 kohta). Tällaisessa tapauksessa komissio on siis velvollinen – voidakseen taata asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan nojalla tekemänsä päätöksen tehokkuuden – tekemään asianomaiseen jäsenvaltioon nähden päätöksen, jossa se joko hyväksyy kyseessä olevan edun sen vuoksi, että se on sopusoinnussa yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden yhteisön sääntöjen kanssa, tai jättää tämän edun hyväksymättä sen vuoksi, että se ei ole sopusoinnussa näiden periaatteiden ja sääntöjen kanssa.

113 Samat huomiot pätevät myös sellaiseen tapaukseen, josta on kyse nyt käsiteltävässä asiassa, jossa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdassa säädettyä menettelyä ei ole käynnistetty jäsenvaltion ilmoituksella vaan komissio on aloittanut sen omasta aloitteestaan, kuten edellä 107 kohdassa mainitussa asiassa Portugali vastaan komissio annetussa tuomiossa on todettu (60 kohta), koska kyseisen menettelyn luonne ei ole muuten erilainen.

114 On kuitenkin todettava, että nyt käsiteltävässä asiassa Autostraden ja väliintulijan välisestä keskittymästä oli luovuttu 13.12.2006. Nämä kaksi yritystä julkaisivat päätöksensä luopua tästä hankkeesta lehdistötiedotteella samana päivänä (ks. edellä 13 kohta).

115 Tästä seikasta on ensiksi todettava, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan mukainen menettely liittyy asetuksessa tarkoitettuun komission toteuttamaan konkreettisten yrityskeskittymien valvontaan, kuten edellä 107–111 kohdassa on esitetty. Komission toteuttamalla asetuksen 21 artiklan 4 kohdan kolmannessa alakohdassa tarkoitettujen etujen valvonnalla on tarkoitus taata komission saman asetuksen 8 artiklan nojalla tekemien päätösten tehokkuus.

116 Toiseksi komission toimivalta tehdä päätöksiä asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan nojalla riippuu, kuten asetuksen 4 artiklan 1 kohdan ensimmäisessä alakohdassa todetaan, keskittymää koskevan sopimuksen tekemisestä. Samalla tavalla kuin komissio ei ole toimivaltainen tekemään päätöstä asetuksen N:o 139/2004 nojalla ennen tällaisen sopimuksen tekemistä, se lakkaa olemasta toimivaltainen heti kun sopimus purkautuu, vaikka asianomaiset yritykset jatkaisivat neuvottelujaan sopimuksen tekemiseksi toisessa muodossa (ks. analogisesti asia T-310/00, MCI v. komissio, tuomio 28.9.2004, Kok., s. II-3253, 89 kohta).

117 Näin ollen Autostraden ja väliintulijan 13.12.2006 toteutuneen keskittymähankkeesta luopumisen vuoksi ja siksi, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdassa tarkoitettujen etujen valvonnan tavoitteena on varmistaa komission asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan nojalla tekemien päätösten tehokkuus, komissio ei ollut enää toimivaltainen lopettamaan mainitun asetuksen 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä päätöksellä, joka koskisi kyseessä olevilla kansallisilla toimenpiteillä suojatun yleisen edun hyväksymistä.

118 Se, että asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdassa säädetyllä menettelyllä ei ole ainoastaan objektiivinen vaan myös subjektiivinen tehtävä, joka on suunniteltuun keskittymähankkeeseen osallistuvien yritysten etujen suojeleminen oikeusvarmuuden ja asetuksessa säädetyn menettelyn nopeuden takaamiseksi, ei kyseenalaista tätä päätelmää. Koska kyseiset yritykset olivat luopuneet keskittymähankkeesta, subjektiivinen tehtävä oli mitätöitynyt. Sen jälkeen, kun keskittymähankkeesta oli luovuttu, ei ollut enää syytä suojella asianomaisten yritysten tähän hankkeeseen liittyviä etuja.

119 Keskittymähankkeesta luopumisen vuoksi komission toteuttama menettelyn lopettaminen ei myöskään ole sellainen komission asetuksen N:o 139/2004 8 artiklan 3 kohdan nojalla tekemä päätös, jolla keskittymä todetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi. Viimeksi mainittu säännös koskee nimittäin ainoastaan tapauksia, joissa kyseiset yritykset eivät ole luopuneet keskittymähankkeesta (ks. edellä 116 kohta).

120 On siis pääteltävä, että komissio ei ollut enää toimivaltainen lopettamaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä päätöksellä, joka koskisi kyseisillä kansallisilla toimenpiteillä suojatun yleisen edun hyväksymistä. Tästä on todettava, ettei mikään viittaa siihen, että komissio olisi käsiteltävässä asiassa tehnyt päätöksen ylittämällä oman toimivaltansa. Kyseisellä 13.8.2008 tehdyllä päätöksellä ei siis ole sellaisia sitovia oikeusvaikutuksia, jotka voivat vaikuttaa kantajan etuihin muuttamalla tämän oikeusasemaa selvästi. Komissio voi ainoastaan tehdä kyseisen menettelyn lopettamista koskevan muodollisen päätöksen. 13.8.2008 tehdyllä päätöksellä olla jatkamatta mainittua menettelyä ei ole siis ollut muuta vaikutusta, eikä se siis voi olla kannekelpoinen toimi.

121 Kantajan perustelut, joiden mukaan kumoamiskanteella säilyy joka tapauksessa intressi toimia perustana mahdolliselle Italian tasavaltaa vastaan nostettavalle vahingonkorvauskanteelle, eivät kumoa sitä, että 13.12.2006 tehdyn keskittymähankkeesta luopumisen vuoksi 13.8.2008 tehdyllä päätöksellä ei ole kantajaa koskevia sitovia oikeusvaikutuksia.

122 Tätä päätelmää tukee se, että keskittymähankkeesta luopumisen jälkeen komission tosiasiallisesti asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan mukaisesti toteuttama menettely oli luonteeltaan Italian tasavaltaa vastaan aloitettu rikkomusmenettely.

123 31.1.2007 tehdyn alustavan arvioinnin päätelmissä komissio määritteli ensin asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan mukaisesti toimenpiteet, joihin Italian viranomaiset olivat ryhtyneet, ja totesi tämän jälkeen, että toteuttaessaan nämä toimenpiteet Italian tasavalta oli rikkonut asetuksen 21 artiklan 4 kohtaa ja että nämä toimenpiteet eivät ole yhteisön oikeuden mukaisia. Seuraavaksi komissio totesi, että jos tämä alustava arviointi varmistuu, se voisi tehdä päätöksen, jossa se toteaisi, että Italian tasavalta oli rikkonut asetuksen N:o 139/2004 21 artiklaa.

124 Jatkaessaan asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloittamaansa menettelyä sen jälkeen, kun keskittymähankkeesta oli luovuttu, komissio ei enää siis ollut tekemässä kyseisillä kansallisilla toimenpiteillä suojatun yleisen edun hyväksymistä koskevaa päätöstä vaan pikemminkin päätöstä, jossa todettaisiin, että Italian tasavalta on rikkonut mainitun asetuksen 21 artiklaa. Näin tehdessään se ei siis tosiasiallisesti ole enää toiminut asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitetun menettelyn puitteissa jatkaessaan menettelyä jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevana menettelynä, sellaisena kuin siitä on määrätty EY 226 artiklassa tai EY 86 artiklan 3 kohdassa.

125 Komissiolla on kuitenkin harkintavaltaa EY 226 artiklan mukaisten jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevien menettelyjen aloittamisessa (asia 247/87, Star Fruit v. komissio, tuomio 14.2.1989, Kok., s. 291, 11 kohta; asia C-87/89, Sonito ym. v. komissio, tuomio 17.5.1990, Kok., s. I-1981, 6 kohta ja asia C-461/06 P, AEPI v. komissio, määräys 10.7.2007, 24 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa) sekä EY 86 artiklan 3 kohdan mukaisissa jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevien menettelyjen aloittamisessa (asia C-141/02 P, komissio v. max.mobil, tuomio 22.2.2005, Kok., s. I-1283, 69 kohta).

126 Näin olleen myös siitä syystä, että keskittymähankkeesta luopumisen jälkeen komission tosiasiallisesti asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloittamasta menettelystä tuli luonteeltaan rikkomusmenettely, 13.8.2008 päivättyyn kirjeeseen sisältynyt päätös ei ole kannekelpoinen toimi.

127 Muut kantajan ja väliintulijan esittämät väitteet eivät kumoa päätelmää siitä, että komission 13.8.2008 tekemä päätös olla jatkamatta asian Abertis/Autostrade tutkimista asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan perusteella ei ole kannekelpoinen toimi.

128 Kantajan väitteestä, jonka mukaan komissio on rikkonut hyvän hallinnon periaatetta sillä perusteella, että se on 31.1.2007 tehnyt 13.12.2006 tapahtuneen keskittymähankkeesta luopumisen jälkeen alustavan arvioinnin, on todettava, että vaikka katsottaisiin, että tämä alustavan arvioinnin tekeminen on vastoin hyvän hallinnon periaatetta, siitä ei olisi voinut seurata, että komissio olisi saanut toimivallan tehdä kyseisillä kansallisilla toimenpiteillä suojatun yleisen edun hyväksymiseen liittyviä päätöksiä, eikä se olisi voinut muuttaa asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan nojalla aloitetun menettelyn jatkamatta jättämisestä tehtyä päätöstä kannekelpoiseksi toimeksi.

129 Kantajan ja väliintulijan väitteestä, jonka mukaan siinä tapauksessa, että kanne jätetään tutkimatta, kantajalta evätään oikeus tehokkaaseen oikeussuojaan, on todettava, että määräyksillä, joita kansallisilla toimenpiteillä tässä tapauksessa rikottaisiin, eli EY 43 ja EY 56 artiklalla, on välitön oikeusvaikutus ja että oikeussubjektit voivat kääntyä kansallisen tuomioistuimen puoleen saadakseen niiden rikkomisen todennetuksi.

130 Lopuksi kantaja ja väliintulija vetoavat oikeuskäytäntöön, jossa on otettu tutkittavaksi valtiontuen saajan kilpailijan nostama kanne, jossa tämä vaati toteamaan, että komissio on jättänyt tekemättä päätöksen EY 88 artiklan 3 kohdan mukaisen valtiontukien alustavan tutkintavaiheen aikana (asia T-95/96, Gestevisión Telecinco v. komissio, tuomio 15.9.1998, Kok., s. II-3407, 49–70 kohta).

131 Tästä väitteestä on todettava, että kun nyt käsiteltävässä asiassa keskittymähankkeesta oli luovuttu asianomaisten yritysten toimesta, määrärahoja, joista oli kyse edellä 130 kohdassa mainitussa asiassa Gestevisión Telecinco vastaan komissio, ei olisi peritty takaisin.

132 Lisäksi on todettava, että kun komissiolla on yksinomainen toimivalta asiassa, joka koskee valtiontuen mahdollisen yhteismarkkinoille soveltumattomuuden toteamista (ks. edellä 130 kohdassa mainittu asia Gestevisión Telecinco v. komissio, tuomion 54 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen), nyt käsiteltävässä asiassa kansallinen tuomioistuin sitä vastoin voi päättää kansallisten toimenpiteiden yhteensopivuudesta EY 43 ja EY 56 artiklan kanssa, joten kantajalta ei ole evätty oikeutta tehokkaaseen oikeussuojaan (ks. edellä 129 kohta).

133 Näiden erojen vuoksi edellä 130 kohdassa mainittua oikeuskäytäntöä ei siis voida soveltaa nyt käsiteltävään asiaan.

134 Edellä esitetyn perusteella on siis syytä todeta, että komission päätös olla jatkamatta asiassa Abertis/Autostrade asetuksen N:o 139/2004 21 artiklan 4 kohdan nojalla aloitettua menettelyä ei ole kannekelpoinen toimi.

135 Näin ollen kanne on jätettävä tutkimatta.

**Oikeudenkäyntikulut**

136 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut komission vaatimusten mukaisesti.

137 Työjärjestyksen 87 artiklan 4 kohdan kolmannen alakohdan mukaan unionin yleinen tuomioistuin voi määrätä, että väliintulijan on vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan. Käsiteltävässä asiassa väliintulijan on vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (kahdeksas jaosto)

on määrännyt seuraavaa:

**1) Kanne jätetään tutkimatta.**

**2) Schemaventotto SpA vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan sekä Euroopan komission oikeudenkäyntikuluista.**

**3) Abertis Infraestructuras, SA vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Annettiin Luxemburgissa 2 päivänä syyskuuta 2010.

E. Coulon
kirjaaja

M. E. Martins Ribeiro
jaoston puheenjohtaja