RETTENS DOM (Anden Afdeling)

24. marts 1994 *

I sag T-3/93,

Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France, et fransk selskab med hjemsted i Paris, ved advokat Eduard Marissens, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Francisco Enrique González Díaz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, og Géraud de Bergues, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionen, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

støttet af

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved John D. Colahan, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af Barrister Christopher Vajda of the Bar of England and Wales, og med valgt adresse i Luxembourg på Det Forenede Kongeriges Ambassade, 14, boulevard Roosevelt,

og

British Airways plc, et engelsk selskab med hjemsted i Hounslow (Det Forenede Kongerige), ved advokat Richard Fowler, QC, of the Bar of England and Wales, og Solicitors William Allan og James E. Flynn, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Loesch og Wolter, 11, rue Goethe,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 30. oktober 1992, som meddelt offentligheden af konkurrencekommissærens talsmand, hvorved Kommissionen erklærede, at den ikke var kompetent til i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (berigtiget udgave offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13) at træffe afgørelse om British Airways plc's køb af Dan Air Services Limited,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af præsidenten, J. L. Cruz Vilaça, og dommerne C. P. Briët, D. P. M. Barrington, A. Saggio og J. Biancarelli,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 23. november 1993,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retlig baggrund

1 Efter at det britiske flyselskab Dan Air Services Limited (herefter benævnt »Dan Air«), som tilhører koncernen Davies and Newman Holdings plc (herefter benævnt »Davies og Newman«), var kommet i vanskeligheder, meldte British Airways plc (herefter benævnt »BA«) sig som interesseret i at overtage virksomheden. Det væsentligste selskab i koncernen Davies og Newman er Dan Air, som står for ca. 90 % af koncernens omsætning. Dan Air ejer 50 % af Gatwick Handling, som igen ejer 50 % af Manchester Handling. Koncernen omfatter fire andre selskaber, nemlig Shearwater Insurance Company Limited, Davies and Newman Travel Limited, Airways Leasing Company Limited og Dan Air Aviation Limited.

2 Købet af Dan Air blev ikke anmeldt til Kommissionen i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (berigtiget udgave offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13, herefter benævnt »forordningen«). Der var dog officielle kontakter med Kommissionens tjenestegrene. Den 16. oktober 1992 orienterede BA Merger Task Force (herefter benævnt »MTF«) om den planlagte fusion. Samme dag meddelte selskabets advokater skriftligt Kommissionens tjenestegrene, at transaktionen efter deres opfattelse ikke var omfattet af forordningen, da Davies og Newman's omsætning inden for Fællesskabet, når henses til omstændighederne i forbindelse med den planlagte transaktion, ikke oversteg 250 mio. ECU. Advokaterne anmodede Kommissionens tjenestegrene om snarest muligt at fremkomme med deres stillingtagen til det pågældende synspunkt. Skrivelsen var vedlagt et notat, hvoraf det fremgår, at Davies og Newman's omsætning i det sidste regnskabsår, som sluttede den 31. december 1991, lå over eller under 250 mio. ECU, alt efter om der blev, henholdsvis ikke blev taget hensyn til omsætningen hidrørende fra Dan Air's chartervirksomhed. Hvis der ikke blev taget hensyn til sidstnævnte virksomhed, var omsætningen ifølge dokumentet 232,9 mio. ECU. Ved skrivelse af 21. oktober 1992 bekræftede Kommissionens tjenestegrene (MTF) over for BA, at den planlagte transaktion på grundlag af de fremsendte oplysninger efter et første skøn ikke var af fællesskabsdimension. Det blev i skrivelsen understreget, at denne kun var bindende for de pågældende tjenestegrene og ikke for selve Kommissionen.

3 De relevante bestemmelser i forordningen er følgende:

Artikel 1:

»1. Denne forordning finder anvendelse på alle fusioner af fællesskabsdimension ...

2. Med henblik på denne forordning er en fusion af fællesskabsdimension, når

a) alle deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan tilsammen overstiger 5 mia. ECU,

og

b) mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. ECU,

medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.«

Artikel 3:

»1. En fusion opstår,

...

b) når

— en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed, ... ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.

...«

Artikel 4:

»1. Fusioner af fællesskabsdimension, der er omfattet af denne forordning, skal anmeldes til Kommissionen senest en uge efter aftalens indgåelse, offentliggørelsen af overtagelses- eller ombytningstilbuddet eller erhvervelsen af en kontrollerende andel. Fristen løber fra den første af disse begivenheders indtræden.

...«

Artikel 5:

»1. Den i artikel 1, stk. 2, omhandlede samlede omsætning omfatter de deltagende virksomheders provenu fra salg af varer og præstering af tjenesteydelser i sidste regnskabsår i forbindelse med deres ordinære drift, med fradrag af prisnedslag herpå samt af merværdiafgift og anden skat, der er direkte forbundet med salget ...

2. Uanset stk. 1 gælder, at hvis fusionen opstår gennem erhvervelse af dele af en eller flere virksomheder, tages der, uanset om der er tale om retlige enheder, for sælgerens eller sælgernes vedkommende kun hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de overtagne aktiver.

Dog betragtes to eller flere transaktioner som omhandlet i første afsnit, der finder sted mellem samme personer eller virksomheder inden for to år, som en enkelt fusion, der finder sted på tidspunktet for den seneste transaktion.

...«

Artikel 6:

»1. Kommissionen behandler anmeldelsen straks ved modtagelsen.

a) Hvis Kommissionen når til den konklusion, at den anmeldte sammenslutning ikke er omfattet af denne forordning, fastslår den dette ved en beslutning.

...«

Artikel 22:

»3. Hvis Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat fastslår, at en fusion efter artikel 3, som er uden fællesskabsdimension i henhold til artikel 1, skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt på denne medlemsstats område, kan den, for så vidt fusionen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, vedtage de i artikel 8, stk. 2, andet afsnit, samt stk. 3 og 4, omhandlede beslutninger.

...«

4 Den 23. oktober 1992 blev der indgået en aftale mellem Davies og Newman på den ene side og BA på den anden side (»Agreement relating to the sale and purchase of part of the undertaking of Davies Newman Holdings plc«, aftale om køb og salg af en del af virksomheden Davies Newman Holdings plc, herefter benævnt »aftalen af 23. oktober 1992«), hvori vilkårene for transaktionen blev fastlagt.

Aftalen af 23. oktober 1992 indeholder bl. a. følgende bestemmelser:

»2 AGREEMENT TO SELL THE SHARES AND ASSETS

Subject to the terms and conditions of this Agreement, with effect from 1 November, 1992 the Vendor shall sell as beneficial owner and the Purchaser, relying only on the terms and undertakings contained in this Agreement, shall purchase the Shares and the Assets free from all claims of the Vendor but subject to charges, liens, equities and encumbrances of third parties and together with all rights and advantages now and hereafter attaching thereto.

3 CONSIDERATION

The aggregate consideration for the purchase of the Shares and the Assets shall be:

3.1. £1 which shall be paid to the Vendor at Completion; and

3.2. the assumption by the Purchaser of the Liabilities.

4 CONDITIONS

4.1. *Conditions Precedent* Completion of this Agreement is conditional upon:

(udelades)

4.1.2. the Office of Fair Trading indicating in terms satisfactory to the Purchaser that it is not the intention of the Secretary of State for Trade and Industry to refer the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser, or any matters arising therefrom, to the Monopolies and Mergers Commission;

4.1.3. the European Commission indicating in terms satisfactory to the Purchaser that neither the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser nor any matters arising therefrom give rise to a concentration falling within the scope of Council Regulation (EEC) 4064/89;

(udelades)

4.1.5. the completion to the reasonable satisfaction of the Purchaser of the discontinuation or disposal of the charter operations of the Group as part of the rationalisation of the Group and preservation of its remaining business comprising:

a) the disposal or transfer of ownership and/or possession of all aircraft owned, leased or held on hire purchase by the Company which have been identified by the Purchaser in writing prior to exchange of the Agreement to the Vendor as surplus to the requirements of the proposed future scheduled operations of the Group;

b) the transfer, repudiation or termination of all contracts for charter flights by the Group;

c) the effective termination of employment of employees employed by the Company or by the Vendor or the Group in the business of the Company in accordance with the provisions of the document in the agreed terms;

d) the disposal to the Vendor of all books and records which contain information exclusively in respect of the charter operations of the Group;

(udelades)

4.2. *Waiver* The Purchaser may, in its sole discretion, waive any of the conditions referred to in clauses 4.1.2 to 4.1.19 by written notice to the vendor (...) on or before 5 pm on the last day for satisfaction of such conditions.

(udelades)

6 COMPLETION

6.1. *Date and place:* Subject as hereinafter provided, Completion shall take place at the offices of the Purchaser's Solicitors on a date specified by the Purchaser which will be on or after 1 November, 1992 but otherwise not more than 3 days after the conditions set out in Clause 4.1 are satisfied. Any notice by the Purchaser specifying such date may be revised by notice at the Purchaser's discretion, provided that the revised date is within such 3 day period.«

(»2 AFTALE OM SALG AF AKTIER OG AKTIVER

I henhold til de i nærværende aftale fastlagte vilkår sælger sælgeren — som retmæssig ejer — og køber køberen — som udelukkende henholder sig til de i nærværende aftale indeholdte vilkår og forpligtelser — med virkning fra 1. november 1992 aktierne og aktiverne uden hertil knyttede krav for sælger, men med forbehold af hæftelser, pante- og tilbageholdelsesrettigheder og andre rettigheder og byrder til fordel for tredjemand, og med alle rettigheder og begunstigelser, der nu og senere måtte være knyttet hertil.

3 BETALING

Den samlede pris for aktierne og aktiverne består i:

3.1. betaling af 1 UKL til sælger ved aftalens gennemførelse og

3.2. købers overtagelse af passiverne.

4 VILKÅR

4.1. *Suspensive betingelser:* Aftalen er betinget af:

(udelades)

4.1.2. at Office of Fair Trading på en for køber tilfredsstillende vis tilkendegiver, at Secretary of State for Trade and Industry ikke har til hensigt at forelægge købers planlagte erhvervelse af aktierne og aktiverne eller andre forhold i forbindelse hermed for Monopolies and Mergers Commission;

4.1.3. at EF-Kommissionen på en for køber tilfredsstillende måde tilkendegiver, at hverken købers planlagte erhvervelse af aktierne og aktiverne eller andre forhold i forbindelse hermed medfører, at der er tale om en fusion, der er omfattet af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89;

(udelades)

4.1.5. at koncernens chartervirksomhed på en for køber tilfredsstillende måde indstilles eller afhændes som led i rationaliseringen af koncernen, og at dens øvrige aktiviteter opretholdes, således at:

a) samtlige luftfartøjer, der ejes, leases eller lejes med henblik på køb ('hire purchase') af selskabet, og som køber forud for udvekslingen af nærværende kontrakt over for sælger skriftligt har betegnet som overflødige for koncernens planlagte fremtidige rutefart, afhændes eller tilbageleveres;

b) alle koncernens aftaler om charterflyvninger overdrages, opsiges eller bringes til ophør;

c) ansættelsesaftaler med personer ansat af selskabet eller af sælger eller koncernen med henblik på selskabets aktiviteter opsiges i overensstemmelse med de aftalte vilkår;

d) alle regnskabsbøger og dokumenter, som indeholder oplysninger, der udelukkende vedrører koncernens chartervirksomhed, overleveres til sælger;

(udelades)

4.2. *Frafald af betingelser:* Køber kan efter eget skøn frafalde enhver af de i punkt 4.1.2 til 4.1.19 indeholdte betingelser ved skriftlig meddelelse til sælger, som skal være nået frem (...) senest kl. 17.00 den dag, der er sidste frist for opfyldelsen af betingelserne.

(udelades)

6 GENNEMFØRELSE

6.1. *Tid og sted:* Med forbehold af nedenstående bestemmelser finder gennemførelsen af nærværende aftale sted på købers advokats kontor på en af køber fastsat dato efter den 1. november 1992, men i øvrigt senest tre dage efter opfyldelsen af betingelserne i punkt 4.1. Enhver meddelelse fra købers side om den pågældende dato kan ændres af køber efter dennes eget skøn, forudsat at den ny dato ligger inden for den nævnte frist på tre dage.«)

6 Med henblik på at opfylde forpligtelsen i punkt 4.1.5 i aftalen af 23. oktober 1992 indstillede Davies og Newman inden gennemførelsen af transaktionen sine charteraktiviteter og afhændede de dele af virksomheden, som ikke var nødvendige for videreførelsen af koncernens rutefart. Davies og Newman gav alle de afgangs- og ankomsttidspunkter, koncernen rådede over til sine charterflyvninger, tilbage til de respektive koordinatorer, reducerede sin flåde fra 38 luftfartøjer til 12, hævede charterkontrakterne og reducerede flypersonalet.

7 I en skrivelse af 28. oktober 1992 tilstillede BA's advokater Kommissionens tjenestegrene nogle supplerende oplysninger. Ved skrivelse af 30. oktober 1992 bekræftede tjenestegrenene, at transaktionen efter deres opfattelse ikke var af

fællesskabsdimension. Det blev i skrivelsen endnu en gang understreget, at den kun var bindende for Kommissionens tjenestegrene og ikke foregreb Kommissionens senere beslutninger.

8 Ligeledes den 30. oktober 1992 afgav konkurrencekommissærens talsmand en erklæring, der af pressebureauet Europe (herefter benævnt »Agence Europe«) den 31. oktober 1992 blev refereret således:

»The proposed concentration between British Airways and Dan Air (disputed by interested third parties in Great Britain) is not considered of Community dimension as one of the quantitative thresholds fixed by the EC regulation on the prior control of mergers is not reached, stated a spokesman for the European Commission on Friday.

The regulation, according to which the Commission may authorise or impede a merger, stipulates in particular that 'the total turnover achieved individually in the Community by at least two of the companies concerned' should be greater than 250 Mecus per year. This amount is not achieved by the regional European airline Dan Air, either within the Community or at world level. The Commission cannot, therefore, intervene. In the name of subsidiarity, it is up to the British Mergers and Monopolies Commission to take a position on the project. Sir Leon Brittan's spokesman stated that the Commission, in its preliminary calculations, did not take into account Dan Air charter flight business because, as a prerequisite for merger with the British number one in air transport, Dan Air (affiliate to the holding company Davies & Newman) should give up this line of business. The merger regulation clearly stipulates on this that 'only the turnover concerning the parties which are the object of the transaction are taken into consideration'.«

(»En talsmand for EF-Kommissionen udtalte fredag, at den planlagte fusion mellem British Airways og Dan Air (som er blevet anfægtet af andre interesserede

parter i Storbritannien) ikke anses for at være af fællesskabsdimension, da en af de kvantitative tærskelværdier, der er fastsat i EF-forordningen om kontrol med fusioner, ikke er nået.

Forordningen, som giver Kommissionen hjemmel til at tillade eller forhindre en fusion, bestemmer nærmere, at 'mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet' skal overstige 250 mio. ECU årligt. Det regionale europæiske luftfartsselskab Dan Air når ikke op på et sådant beløb, hverken inden for Fællesskabet eller på verdensplan. Kommissionen kan derfor ikke skride ind. Det er i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet British Mergers and Monopolies Commission, der skal tage stilling til fusionsplanerne. Sir Leon Brittan's talsmand bemærkede, at Kommissionen i forbindelse med sine forudgående beregninger ikke har taget hensyn til Dan Air's chartervirksomhed, da Dan Air (som kontrolleres af holdingselskabet Davies & Newman) som betingelse for fusionen med det største britiske luftfartsselskab skulle opgive denne del af sin virksomhed. Forordningen om fusioner indeholder i så henseende den klare bestemmelse, at 'der ... kun [tages] hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de overtagne aktiver'.«)

9 Aftalen af 23. oktober 1992 blev forelagt de kompetente britiske myndigheder med hensyn til kontrol med fusioner, nemlig Secretary of State for Trade and Industry (herefter benævnt »Secretary of State«) og Office of Fair Trading (herefter benævnt »OFT«). Den 2. november 1992 tilkendegav Secretary of State i en pressemeddelelse, at de nationale myndigheder havde besluttet ikke at forelægge sagen for Mergers and Monopolies Commission.

10 Udvekslingen af kontraktsdokumenterne, der markerede den faktiske gennemførelse af fusionen, fandt sted den 8. november 1992.

11 Den 9. november 1992 tilstillede Compagnie nationale Air France (herefter benævnt »Air France«) Kommissionen en skrivelse, som vedrørte to sager. For det første indeholdt skrivelsen Air France's bemærkninger i relation til den sag, der ligger til grund for nærværende retssag. For det andet fremsatte Air France i skrivelsen sine bemærkninger i relation til BA's overtagelse af TAT European Airlines (herefter benævnt »TAT«). Denne overtagelse blev på daværende tidspunkt undersøgt af Kommissionen, efter at transaktionen var blevet anmeldt af BA. I skrivelsen påpegede Air France de ændringer af markedets funktion, der ville følge af den dominerende stilling, som BA ifølge selskabet ville opnå ved begge disse transaktioner.

12 Hvad nærmere angår den i denne sag omhandlede fusion anfægtede sagsøgeren i skrivelsen den af Kommissionen anlagte fortolkning af forordningen, idet selskabet understregede, at der ved fastlæggelsen af den omsætning, der skulle lægges til grund ved vurderingen af, om transaktionen var af »fællesskabsdimension«, efter dets opfattelse ikke skulle tages hensyn til, at det overtagne selskab skulle standse sin chartervirksomhed.

13 I sit svar til sagsøgeren, dateret den 17. november 1992, fastholdt konkurrencekommissæren, Sir Leon Brittan, Kommissionens oprindelige standpunkt, idet han understregede, at standsningen af chartervirksomheden efter hans opfattelse lå forud for BA's erhvervelse af Dan Air, og at der i henhold til forordningens artikel 5, stk. 2, første afsnit, kun skulle tages hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de erhvervede aktiviteter. Sagsøgeren besvarede denne skrivelse den 23. november 1992, idet selskabet fastholdt sin oprindelige fortolkning af forordningen.

14 Den 27. november 1992 besluttede Kommissionen ikke at modsætte sig BA's overtagelse af TAT, idet den fandt, at der ikke var alvorlig tvivl med hensyn til, om overtagelsen var forenelig med fællesmarkedet, jf. forordningens artikel 6, stk. 1, litra b) (EFT 1992 C 326, s. 16).

15 Efter at denne beslutning var blevet offentliggjort, sendte sagsøgeren en ny skrivelse til kommissæren den 2. december 1992, som kommissæren besvarede den 21. december 1992, idet han fastholdt den fortolkning af forordningen, der oprindelig var anlagt i sagen, og underrettede sagsøgeren om, at den belgiske regering havde fremsat en anmodning som omhandlet i forordningens artikel 22, stk. 3. Kommissionen tog stilling til denne anmodning den 17. februar 1993 (EFT 1993 C 68, s. 5). Kommissionen fastslog, at transaktionen ikke er af fællesskabsdimension, og at den ikke skaber eller styrker en dominerende stilling på Kongeriget Belgiens område.

Retsforhandlingernes forløb

16 Det er på denne baggrund, at Air France ved stævning registreret på Rettens Justitskontor den 5. januar 1993 har anlagt sag med påstand om annullation af beslutningen af 30. oktober 1992 som meddelt offentligheden samme dag ved erklæringen fra konkurrencekommissærens talsmand.

17 Ved særskilt dokument af samme dato har sagsøgeren begæret nærværende sag forenet med sag T-2/93, som er anlagt samme dag og angår annullation af Kommissionens førnævnte beslutning af 27. november 1992. Kommissionen har den 20. januar 1993 tilkendegivet, at de to sager efter dens opfattelse ikke bør forenes, da de er helt forskellige. Det er meddelt parterne, at Rettens præsident på det pågældende trin i sagen ikke agtede at forene sagerne.

18 Den 27. august 1993 har sagsøgeren på ny fremsat begæring om forening af nærværende sag og sag T-2/93. Kommissionen har den 6. oktober 1993 tilkendegivet, at de to sager efter dens opfattelse ikke bør forenes.

19 Ved særskilt dokument registreret den 24. februar 1993 har Kommissionen fremsat en formalitetsindsigelse i overensstemmelse med procesreglementets artikel 114. Sagsøgeren har den 2. april 1993 fremsat sine bemærkninger til formalitetsindsigelsen. Ved Rettens kendelse af 28. maj 1993 er formalitetsindsigelsen henskudt til afgørelse i forbindelse med sagens realitet. Den skriftlige forhandling mellem sagens parter er afsluttet den 6. oktober 1993 med indgivelsen af Kommissionens duplik.

20 Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland (herefter benævnt »Det Forenede Kongerige«) har den 21. maj 1993 fremsat begæring om intervention til støtte for sagsøgtes påstande i overensstemmelse med artikel 37 i statutten for EØF-Domstolen, som finder anvendelse på rettergangsmåden ved Retten i medfør af statuttens artikel 46, stk. 1. BA har den 26. maj 1993 fremsat begæring om intervention til støtte for sagsøgtes påstande og om tilladelse til at afgive indlæg på engelsk.

21 Ved kendelse af 1. juli 1993 har Retten tilladt Det Forenede Kongerige og BA at intervenere i sagen, afvist BA's begæring om fravigelse af reglerne om sprog for så vidt angår den skriftlige forhandling og udskudt afgørelsen vedrørende BA's begæring om fravigelse af reglerne om sprog for så vidt angår den mundtlige forhandling.

22 Ved kendelse af 21. september 1993 har Retten tilladt BA at afgive indlæg på engelsk under den mundtlige forhandling.

23 BA og Det Forenede Kongerige har indgivet deres skriftlige indlæg hhv. den 31. august og den 1. september 1993. Sagsøgeren har den 5. oktober 1993 fremsat sine bemærkninger til disse indlæg. Kommissionen har den 6. oktober 1993 dels meddelt Retten, at den ikke havde nogen bemærkninger til BA's indlæg, dels fremsat sine bemærkninger til Det Forenede Kongeriges indlæg.

24 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Sagens parter er dog den 28. maj 1993 blevet anmodet om at fremlægge visse dokumenter og besvare visse skriftlige spørgsmål fra Retten. Den 13. juli 1993 er parterne og intervenienterne blevet anmodet om at fremlægge yderligere dokumenter. Retten har endvidere samme dag stillet Kommissionen og Det Forenede Kongerige visse spørgsmål.

25 Kommissionen har fremlagt de ønskede dokumenter og besvaret Rettens skriftlige spørgsmål den 7. juli 1993 og den 6. oktober 1993. Den har herved meddelt Retten, at den ikke råder over noget dokument, der indeholder talsmandens omtvistede erklæring. Sagsøgeren har den 27. august 1993 besvaret Rettens spørgsmål og fremsat bemærkninger til spørgsmålene til de andre parter og til sagsøgtes svar. BA har besvaret Rettens spørgsmål den 31. august 1993. Det Forenede Kongerige har besvaret det stillede spørgsmål og fremlagt de ønskede dokumenter den 1. september 1993.

26 Sagens parter og intervenienterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens mundtlige spørgsmål i retsmødet den 23. november 1993.

Parternes påstande

27 Air France har nedlagt påstand om, at »Kommissionens beslutning af 30. oktober 1992 som meddelt offentligheden af Kommissionens talsmand og offentliggjort i Agence Europe den 31. oktober 1992, hvorved Kommissionen erklærede, at den ikke er kompetent til at træffe afgørelse om fusionen mellem selskabet British Airways og selskabet Dan Air i henhold til Rådets forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, annulleres, og (at) sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger«.

28 Kommissionen har i sin formalitetsindsigelse nedlagt påstand om, at sagen afvises, og at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

29 I sine bemærkninger til formalitetsindsigelsen har sagsøgeren påstået sagen antaget til realitetsbehandling.

30 I sit svarskrift har Kommissionen nedlagt påstand om frifindelse og om, at sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

31 Intervenienten Det Forenede Kongerige finder, at »det ikke er på grundlag af en urigtig retsopfattelse, at Kommissionen har fastslået, at British Airways plc's erhvervelse af Dan Air Services Limited ikke var en fusion af fællesskabsdimension som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i Rådets forordning nr. 4064/89«.

32 Intervenienten BA »støtter Kommissionens påstande om afvisning af den af Air France anlagte sag eller om frifindelse og om at tilpligte Air France at betale sagens omkostninger, herunder BA's omkostninger i forbindelse med interventionen«.

Formaliteten

33 Kommissionens formalitetsindsigelse består af fire led. Kommissionen har for det første gjort gældende, at den anfægtede erklæring ikke har karakter af en beslutning, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål. Den har for det andet anført, at sagen bør afvises på grund af den anfægtede retsakts form. Kommissio-

nen for det tredje anført, at sagsøgeren ikke har benyttet sig af det rigtige retsmiddel. Endelig har Kommissionen for det fjerde gjort gældende, at selv om det lægges til grund, at den anfægtede erklæring har karakter af en beslutning, har sagsøgeren ikke godtgjort, at selskabet er umiddelbart og individuelt berørt heraf.

Spørgsmålet om retsakten har karakter af en beslutning

Sammenfatning af parternes argumention

34 Ifølge Kommissionen kan den anfægtede erklæring ikke sidestilles med en beslutning, som kan være genstand for et søgsmål i overensstemmelse med EØF-traktatens artikel 173. Den kan ikke have retlige virkninger, idet den ikke indeholder endelige og bindende regler for en retlig situation, navnlig fordi den ikke binder de nationale myndigheder, for så vidt som det fastslås, at disse er kompetente (Domstolens dom af 27.3.1980, sag 133/79, Sucrimex og Westzucker mod Kommissionen, Sml. s. 1299; Rettens dom af 13.12.1990, sag T-113/89, Nefarma og Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf mod Kommissionen, Sml. II, s. 797). Kommissionen har herved bestridt, at beslutningen af 17. februar 1993, jf. ovenfor, kan fortolkes således, at den viser, at de belgiske myndigheder har anerkendt, at den frist på en måned, som de havde til at begære bestemmelserne i forordningens artikel 22, stk. 3, bragt i anvendelse, begyndte at løbe med den anfægtede erklæring af 30. oktober 1992.

35 Kommissionen finder, at forordningens artikel 6, stk. 1, litra a), kun giver den hjemmel til at beslutte, at forordningen ikke finder anvendelse på en fusion, såfremt denne er blevet anmeldt til Kommissionen. Hvis der ikke er foretaget en sådan anmeldelse, indeholder forordningen ingen hjemmel for Kommissionen til at træffe en beslutning vedrørende fusionen (Domstolens kendelse af 17.5.1989, sag 151/88, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 1255, og af 13.6.1991, sag C-50/90, Sunzest mod Kommissionen, Sml. I, s. 2917; Domstolens dom af 10.7.1980, forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327; Rettens

dom i sagen Nefarma og Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf mod Kommissionen, jf. ovenfor).

36 Kommissionen finder endvidere, at når den anfægtede erklæring ikke har karakter af en beslutning, kan de svar, konkurrencekommissæren senere gav sagsøgeren uden at være forpligtet hertil, heller ikke gøre det ud for en beslutning (Rettens kendelse af 30.11.1992, sag T-36/92, Syndicat français de l'Express international m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2479, præmis 48).

37 Det Forenede Kongerige finder derimod, at erklæringen fra Kommissionens talsmand er en beslutning, der kan gøres til genstand for en domstolsprøvelse (Domstolens dom af 31.3.1971, sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, »AETR«, Sml. s. 41, præmis 33 ff., org. ref.: Rec. s. 263). Kongeriget har gjort gældende, at de britiske myndigheder ikke ville have erklæret sig kompetente til at træffe afgørelse vedrørende fusionen, hvis der ikke have foreligget en beslutning fra Kommissionen om, at den ikke var af fællesskabsdimension.

38 Ifølge BA udgør den anfægtede erklæring ikke en beslutning, der kan være genstand for et søgsmål. MTF's stillingtagen i de to skrivelser af hhv. 21. og 30. oktober 1992 havde ingen retlige virkninger. Såfremt fusionen skulle have været anmeldt til Kommissionen — hvilket bestrides — kunne de pågældende skrivelser ikke have fritaget BA for denne forpligtelse. Ifølge intervenienten bemyndigede skrivelserne ikke medlemsstaterne til at anvende deres nationale lovgivning. En sådan kompetence følger direkte af forordningen og af den omstændighed, at fusionen ikke er af fællesskabsdimension. Endelig medfører skrivelserne ikke, at Kommissionen ikke senere kan udnytte sin egen kompetence.

39 Sagsøgeren finder, at den anfægtede retsakt har karakter af en beslutning og derfor kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål. Selskabet har anført, at der er tale om en beslutning, hvis blot den er truffet af Kommissionen. Kommissionen

har imidlertid ikke bestridt, at den nåede frem til, at den ikke havde kompetence til at behandle BA's overtagelse af Dan Air i henhold til forordningen. I det foreliggende tilfælde erklærede talsmanden offentligt, at Kommissionen på grundlag af forordningen, navnlig dennes artikel 1, stk. 2, litra b), og artikel 5, stk. 2, havde besluttet, at den var inkompetent, og således givet udtryk for, at BA's erhvervelse af Dan Air var en fusion i forordningens artikel 3's forstand, men at det udelukkende var de nationale myndigheder, der var kompetente til at vurdere fusionen.

40 Ifølge sagsøgeren er der to væsentlige punkter i talsmandens erklæring. For det første var Kommissionen den 30. oktober 1992 nået frem til, at fusionen ikke var af fællesskabsdimension, hvorfor der på ingen måde kan siges at være tale om en retsakt af »foreløbig« karakter. BA anmeldte ikke transaktionen efter talsmandens erklæring, da det fremgik af denne, at en sådan anmeldelse var overflødig. De to omstændigheder, at Kommissionen ikke reagerede, da OFT undersøgte sagen, og at Kommissionen i sine førnævnte skrivelser til sagsøgeren fastholdt det synspunkt, der var kommet til udtryk i den anfægtede retsakt, viser, at denne vurdering var endelig. For det andet var Kommissionen den 30. oktober 1992 ligeledes nået frem til den konklusion, at transaktionen var undergivet de britiske myndigheders kompetence, og det kan ikke gøres gældende, at disse myndigheder kunne erklære sig inkompetente med den begrundelse, at fusionen var af »fællesskabsdimension«. Beslutningen af 17. februar 1993 bekræfter i øvrigt, at Kongeriget Belgien også anerkendte, at talsmandens erklæring havde karakter af en beslutning.

41 Ifølge sagsøgeren er den retsakt, der blev offentliggjort den 30. oktober 1992, på grund af sin endelige karakter materielt set identisk med en beslutning truffet i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, litra a). Det er formalistisk at sondre mellem den anfægtede erklæring og en beslutning truffet på grundlag af en anmeldelse. Sagsøgeren har under henvisning til grundsætningen »Tu patere legem quem fecisti« (forvaltningen er bundet af sine egne afgørelser) anført, at den anfægtede retsakt har bindende virkning, idet Kommissionen er bundet af sin talsmands erklæring af 30. oktober 1992. Hertil kommer, at da forordningen ikke indeholder

regler om en klageprocedure, vil Kommissionen, hvis en sag som den af sagsøgeren anlagte ikke kan antages til realitetsbehandling, kunne afgøre principielle spørgsmål om fortolkningen af forordningen uden mulighed for domstolsprøvelse.

42 Diskussionen om Kommissionens kompetence til af egen drift at undersøge fusioner, der ikke er anmeldt, er uden relevans. Det afgørende punkt er ikke, at Kommissionen undlod at gøre sig bekendt med en fusion, som ikke var blevet anmeldt, men at den erklærede sig inkompetent med hensyn til denne. Det afgørende kompetencespørgsmål i sagen er herefter ifølge sagsøgeren, om Kommissionen, når fusionen ikke var anmeldt, havde kompetence til at fastslå, at den faldt uden for forordningens anvendelsesområde.

Rettens bemærkninger

43 Indledningsvis bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at: »Ved afgørelsen af, om de anfægtede foranstaltninger er retsakter i artikel 173's forstand, skal vægten ... lægges på deres indhold ... (der) foreligger ... retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 173, når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling« (Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639; jf. tilsvarende Rettens dom af 10.7.1990, sag T-64/89, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 367).

44 Ved afgørelsen af, om den i sagen omhandlede erklæring på baggrund af denne retspraksis har karakter af en retsakt, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål, skal det således undersøges, i hvilket omfang erklæringen har retlige virkninger. Det er herved Rettens opfattelse, at den anfægtede erklæring har retlige virkninger i flere henseender.

45 Den anfægtede retsakt havde for det første en række retlige virkninger i forhold til medlemsstaterne. Det skal herved bemærkes, at en anvendelse af forordningen principielt, når henses til dennes generelle opbygning, udelukker, at der anvendes andre bestemmelser, navnlig nationale regler, der ligeledes drejer sig om kontrol med fusioner mellem virksomheder, og som i tilfælde af, at en given fusion ikke er omfattet af forordningen, som udgangspunkt finder anvendelse på fusionen. Spørgsmålet om, hvilke nationale regler der eventuelt måtte finde anvendelse i forbindelse med en bestemt fusion, afhænger af, hvor de fusionerende virksomheder har hjemsted, hvor markederne befinder sig, og hvor de pågældende aktiviteter finder sted. I det foreliggende tilfælde indeholdt erklæringen fra konkurrencekommissæren, hvori det offentligt blev fastslået, at forordningen ikke fandt anvendelse på den pågældende fusion, en klar angivelse af, at de medlemsstater, hvis område især var berørt, når henses til hjemstedet for de fusionerende virksomheder og til de pågældende luftruter, nemlig Det Forenede Kongerige og Den Franske Republik, var kompetente til at træffe afgørelse vedrørende fusionen på grundlag af deres egen nationale lovgivning om kontrol med fusioner. I øvrigt undersøgte den ene af de to nævnte medlemsstater faktisk den omhandlede transaktion på grundlag af sin egen nationale lovgivning. Det bemærkes herved, at Det Forenede Kongerige, som er interveneret til støtte for sagsøgtes påstande, selv finder sagen egnet til realitetsbehandling, idet Kongeriget med rette har anført, at erklæringen af 2. november 1992 fra Secretary of State var mulig på grundlag af den anfægtede erklæring af 30. oktober 1992, hvori det offentligt blev fastslået, at forordningen ikke finder anvendelse på den omhandlede fusion.

46 Desuden har den anfægtede retsakt virkninger for enhver medlemsstat, hvis område er direkte eller indirekte berørt af transaktionen. Når Kommissionen som i det foreliggende tilfælde offentligt har fastslået, at en fusion ikke er af fællesskabsdimension, er enhver tvivl om, hvorvidt betingelserne for, at en eller flere medlemsstater kan anvende bestemmelserne i forordningens artikel 22, stk. 3, er opfyldt, nemlig ryddet af vejen. I denne forbindelse bemærkes, at de omhandlede bestemmelser i det konkrete tilfælde faktisk for første gang siden forordningens ikrafttrædelse blev bragt i anvendelse af en medlemsstat, nemlig Kongeriget Belgien. Hertil kommer, som anført af sagsøgeren, at Kongeriget Belgiens anmodning blev fremsat inden for den i bestemmelserne fastsatte frist på en måned fra datoen for den anfægtede erklæring.

47 Den anfægtede retsakt har ligeledes haft retlige virkninger for de virksomheder, der deltog i fusionen. Erklæringen medførte nemlig — som det i øvrigt bekræftes i de skrivelser, konkurrencekommissæren tilstillede sagsøgeren, inden nærværende sag blev anlagt — at de berørte virksomheder blev fritaget for at anmelde fusionen til Kommissionen i overensstemmelse med forordningens artikel 4, stk. 1. Det skal herved navnlig bemærkes, at det forhold, at det offentligt meddeles de virksomheder, der er berørt af en fusion, at de ikke skal anmelde den, i betragtning af den opsættende virkning, anmeldelsen af en fusion af fællesskabsdimension har i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, i relation til fællesskabsbestemmelserne om fusioner er ensbetydende med, at der gives tilladelse til, at fusionen gennemføres straks. Den anfægtede erklæring havde således i relation til fællesskabsbestemmelserne den retsvirkning, at BA's overtagelse af Dan Air kunne ske omgående.

48 Sagsøgeren har endvidere med rette anført, at Kommissionen under hensyn til omstændighederne i sagen er bundet af den anfægtede erklærings ordlyd. Når henses til, at en fusion som den i sagen omhandlede vanskeligt kan gøres om, kan den ikke gennemføres, hvis der er usikkerhed om de berørte erhvervsdrivendes retsstilling.

49 Der må foretages en skarp sondring mellem den anfægtede retsakt og skrivelserne af hhv. 21. og 30. oktober 1992 til BA, ikke blot på grund af retsaktens ovennævnte retlige virkninger for de fusionerende virksomheder, men også på grund af de formelle forskelle mellem de forskellige vurderinger, der således efter hinanden blev foretaget af fusionen. Skrivelserne af 21. og 30. oktober 1992 til BA hidrører nemlig kun fra Kommissionens tjenestegrene, og det angives udtrykkeligt i skrivelserne, at de ikke er bindende for Kommissionen som sådan. Den anfægtede retsakt må derimod betragtes som hidrørende fra det medlem af Kommissionen, der har ansvaret for konkurrencespørgsmål, og der er derfor tale om, at hele kommissærkollegiet offentligt påtog sig en forpligtelse, navnlig da Kommissionen — som det klart har vist sig under behandlingen af nærværende sag — agtede at tilslutte sig erklæringens indhold.

50 Det er på dette retlige og faktiske grundlag med urette, at Kommissionen har anført, at den retlige vurdering og kvalifikation, som blev offentliggjort den 30. oktober 1992, var af foreløbig karakter. Dette kan måske gælde for MTF's vurderinger i skrivelserne af 21. og 30. oktober 1992, men derimod på ingen måde for den anfægtede retsakt, som hidrører fra et medlem af Kommissionen, der udtaler sig på dennes vegne. Den anfægtede erklæring er således af de ovenfor anførte grunde af en anden retlig karakter end MTF's udtalelse i det svar til BA, som er dateret samme dag som den anfægtede retsakt. Mens skrivelsen fra MTF har karakter af en »skrivelse om henlæggelse« — som omhandlet i dommen Giry og Guerlain m.fl., jf. ovenfor, som Kommissionen har påberåbt sig — og derfor ikke kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål, er dette ikke tilfældet med hensyn til den omtvistede erklæring. I øvrigt kan Kommissionen — som påpeget af sagsøgeren — ikke gøre gældende, at den offentliggjorde en vurdering, som ikke var endelig. Sagens behandling har vist, at Kommissionen både havde fastslået, at transaktionen havde karakter af en fusion, og at den ikke var af »fællesskabsdimension«. Kommissærens henvisning til de foretagne forudgående beregninger skal ikke forstås som en henvisning til nogle foreløbige beregninger, men til de forudgående beregninger, der er nødvendige for afgørelsen af, om en fusion er af »fællesskabsdimension«.

51 Retten finder dernæst, at virkningerne af den anfægtede erklæring for de deltagende virksomheder i den planlagte fusion er de samme som dem, der ville være indtrådt, hvis Kommissionen ved en beslutning, som var truffet på grundlag af en i overensstemmelse med reglerne foretagen anmeldelse af fusionen, i medfør af forordningens artikel 6, stk. 1, litra a), havde fastslået, at denne ikke var af »fællesskabsdimension«. For medlemsstaterne og for tredjemand, navnlig direkte konkurrenter til de virksomheder, der deltager i fusionen, er de pågældende virkninger i hvert fald de samme som dem, der ville følge af en formel beslutning fra Kommissionens side i henhold til den pågældende bestemmelse i forordningen. Det er ubestridt, at en sådan beslutning ville kunne gøres til genstand for et annullationssøgsmål ved EF's retsinstanser.

52 Kommissionens argument om, at den kun kan fastslå, at en fusion ikke er af »fællesskabsdimension« i overensstemmelse med forordningens artikel 6, stk. 1, litra a), dvs. efter anmeldelse af fusionen, kan herefter ikke tiltrædes. Det må således anses for godtgjort, at den anfægtede erklæring havde retlige virkninger, både for de virksomheder, der var direkte involveret i fusionen, og for medlemsstaterne og tredjemand.

53 Der er efter Rettens opfattelse heller ikke grundlag for det af Kommissionen anførte om, at den anfægtede erklæring kun kan have karakter af en beslutning, hvis det lægges til grund, at Kommissionen havde undersøgt fusionen af egen drift. Konstateringen af, at den anfægtede erklæring indeholder en beslutning, der kan gøres til genstand for et søgsmål, betyder blot, at Kommissionen på grundlag af den udtalelse, MTF fremkom med som svar på forespørgslen fra BA, offentligt tilkendegav, at forordningen ikke fandt anvendelse på den omhandlede fusion. Da det ikke kan være parterne, der alene afgør, om forordningen finder anvendelse, og da forordningen bemyndiger Kommissionen til at undersøge visse fusioner, er Kommissionen efter Rettens opfattelse — modsat det af Kommissionen anførte — nødvendigvis kompetent til at undersøge, om den har kompetence til at træffe afgørelse om en given fusion, uden at denne skal være anmeldt, samt kompetent til, som i det foreliggende tilfælde, at fastslå, at forordningen ikke finder anvendelse på en bestemt fusion.

54 Det første led i Kommissionens formalitetsindsigelse kan herefter ikke tiltrædes.

Retsaktens form

55 Kommissionen finder, at den anfægtede erklæring heller ikke efter sin form har karakter af en beslutning. Den indeholder ikke nogen navneangivelse af, hvem den er rettet til, og den kan ikke sidestilles med en meddelelse af en af Kommissionen truffet beslutning, men indeholder blot en udtalelse vedrørende fortolkningen af

forordningen. Da erklæringen, som var til brug for offentligheden, blev fremsat mundtligt, skulle den desuden ikke meddeles nogen som omhandlet i EØF-traktatens artikel 191. I øvrigt har det været fysisk umuligt for sagsøgeren at fremlægge den såkaldte beslutning fra Kommissionen som bilag til stævningen — hvilket indebærer en tilsidesættelse af bestemmelserne i artikel 19 i statutten for EØF-Domstolen — og det af gode grunde.

56 Intervenienterne og sagsøgeren har ikke fremsat særlige bemærkninger vedrørende dette punkt.

57 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af Domstolens praksis, at »valget af form ... ikke [kan] ændre retsaktens karakter« (Domstolens dom af 5.5.1977, sag 101/76, Honig mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 797), og at »akternes eller beslutningernes form principielt [er] uden betydning for adgangen til at indbringe dem for Domstolen i form af et annullationssøgsmål« (jf. den tidligere nævnte dom IBM mod Kommissionen; jf. tilsvarende »AETR«-dommen, nævnt ovenfor). Det andet led i Kommissionens formalitetsindsigelse skal undersøges i lyset af denne retspraksis.

58 Den anfægtede retsakt har en usædvanlig form, dels fordi der — som det er fremgået under sagens behandling, navnlig af Kommissionens svar på Rettens skriftlige spørgsmål — ikke findes andet skriftligt materiale end den tekst, der blev offentliggjort af diverse pressebureauer, herunder den af Agence Europe offentliggjorte tekst, dels fordi den meget omfattende offentliggørelse, erklæringen blev gjort til genstand for, peger i retningen af, at erklæringen ud fra selve formen snarere må sidestilles med en generel retsakt end med en individuel beslutning. Hvad angår retsaktens ikke-skriftlige form bemærkes dog, at det følger af en fast retspraksis, der er henvist til ovenfor (jf. præmis 43), at mulighederne for en domstolsprøvelse i første række afhænger af retsaktens indhold og af, om retsakten har retlige virkninger, der berører sagsøgeren personligt. Desuden har Domstolen tidligere fastslået, at søgsmål rettet mod retsakter, der har en usædvanlig form, såsom en rent mundtlig beslutning, kan antages til realitetsbehandling (Domstolens dom af 9.2.1984, forenede sager 316/82 og 40/83, Kohler mod Revisionsretten, Sml. s. 641). I nærværende sag er der på ingen måde tale om, at indholdet af erklæringen er blevet bestridt af Kommissionen, idet det tværtimod i rigeligt mål er

blevet bekræftet af denne, såvel under den omtalte brevveksling forud for sagens anlæg som under sagens behandling ved Retten. Hvad angår karakteren af de foranstaltninger, der blev truffet med henblik på offentliggørelse af retsakten, bemærkes, at disse er selve retsakten uvedkommende og ikke har nogen indflydelse på dennes lovlighed, idet de kun har betydning for, hvornår fristerne for sagsanlæg til prøvelse af retsakten begynder at løbe.

59 Hverken argumentet om, at sagsøgeren ikke har været i stand til at fremlægge en kopi af den anfægtede erklæring som bilag til stævningen, eller argumentet om, at den anfægtede erklæring endnu ikke er begyndt at have virkninger, da den ikke er behørigt meddelt de i fusionen deltagende virksomheder, kan tiltrædes, da den anfægtede erklæring som tidligere nævnt har haft virkninger for tredjemand.

60 Det andet led i Kommissionens formalitetsindsigelse kan herefter ikke tiltrædes.

Anbringendet om, at der er anvendt et forkert retsmiddel

Sammenfatning af parternes argumentation

61 Ifølge Kommissionen var den anfægtede erklæring på ingen måde til hinder for, at sagsøgeren, hvis selskabet fandt sig berettiget hertil, havde forlangt af Kommissionen, at den skulle kræve, at BA anmeldte fusionen. Såfremt Kommissionen herefter ikke reagerede, kunne sagsøgeren have anlagt passivitetssøgsmål i overensstemmelse med EØF-traktatens artikel 175, og i modsat fald kunne man have anlagt annullationssøgsmål. Air France har i det foreliggende tilfælde imidlertid ikke på noget tidspunkt fremsat et sådant krav.

62 Kommissionen har endvidere anført, at sagsøgeren i forbindelse med annullationssøgsmålet skulle have rettet påstanden mod et af de svar, der var blevet givet selskabet af konkurrencekommissæren, og ikke mod erklæringen af 30. oktober 1992, som ikke var rettet til selskabet. Kommissionen finder desuden, at sagsøgeren inden for rimelig tid efter den 31. oktober 1992, hvor selskabet kunne være blevet bekendt med den anfægtede erklærings eksistens, over for Kommissionen skulle have krævet at få erklæringen tilsendt. Da dette ikke er sket, bør nærværende sag afvises.

63 Kommissionen har endelig anført, at sagen skulle have været anlagt ved de nationale domstole, hvorefter spørgsmålet, om fusionen var af »fællesskabsdimension«, kunne være afgjort ved hjælp af et præjudicielt spørgsmål til Domstolen i medfør af EØF-traktatens artikel 177. Kommissionen finder nemlig, at det kun er den af de nationale myndigheder trufne beslutning, der eventuelt kan berøre sagsøgeren.

64 Det Forenede Kongerige har ikke fremsat bemærkninger om dette punkt.

65 Intervenienten BA har understreget, at Air France har ikke fremsat nogen bemærkninger over for de britiske myndigheder.

66 Sagsøgeren har anført, at Kommissionens konstatering af, at den ikke er kompetent til at træffe afgørelse om fusioner, der ikke er anmeldt til Kommissionen, ikke kan fratage virksomhederne adgangen til en retslig prøvelse af en sådan erklæring om inkompetence. Såfremt Kommissionens opfattelse blev tiltrådt, ville institutionen uden at være underkastet nogen domstolsprøvelse kunne aftale med de virksomheder, der deltager i en fusion, at denne ikke skal anmeldes til Kommissionen. Man ville således få en ordning med to procedurer, der er forskellige, alt efter om fusionen er anmeldt til Kommissionen.

Rettens bemærkninger

67 De retsmidler, som ifølge Kommissionen bør anvendes, er ganske vist normalt de eneste, der står til rådighed for tredjemand med henblik på en tvist, der opstår efter sådanne uformelle kontakter mellem virksomhederne og Kommissionen, som er omhandlet i den ottende betragtning til Kommissionens forordning nr. 2367/90/EØF af 25. juli 1990, med senere ændringer, om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med virksomhedssammenslutninger (EFT L 219, s. 5). Under de i denne sag foreliggende omstændigheder er de imidlertid ikke hensigtsmæssige, ligesom de ikke udelukker andre retsmidler. Hvis man i det foreliggende tilfælde havde benyttet sig af de af Kommissionen foreslåede retsmidler, ville dette have ført til en unødig forsinkelse af sagens afgørelse, hvilket — som erkendt af Kommissionen — næppe er foreneligt med det krav om hurtighed, der generelt karakteriserer forordningen. Selv om proceduren med en uformel kontakt ud fra hensynet til god forvaltningsskik er af væsentlig betydning, finder Retten ud fra procesøkonomiske hensyn og af hensyn til domstolskontrollens effektivitet, at sagsøgeren på grundlag af de forskellige svar, selskabet fik fra konkurrencekommissæren, med føje kunne gå ud fra, at en skrivelse til Kommissionen med krav om en stillingtagen ikke ville have de påregnede virkninger, og at der direkte kunne anlægges annullationssøgsmål til prøvelse af en erklæring, der indeholdt den kompetente myndigheds retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder.

68 Hvad angår Kommissionens argument om, at sagsøgerens påstand i annullationssøgsmålet skulle have været rettet mod et af de svar, der blev givet sagsøgeren af konkurrencekommissæren, og ikke mod den anfægtede erklæring af 30. oktober 1992, bemærkes desuden, at Air France's skrivelse af 9. november 1992 til konkurrencekommissæren skal fortolkes som et krav om, at Kommissionen skulle ændre eller ophæve den i den anfægtede erklæring af 30. november 1992 indeholdte vurdering af de faktiske omstændigheder eller denne. Under disse omstændigheder var sagsøgeren berettiget til at rette sit søgsmål direkte mod Kommissionens oprindelige vurdering, således som den kom til udtryk den 30. oktober 1992, og ikke mod institutionens svar af 17. november 1992, hvori det afvises at imødekomme sagsøgerens krav, således som det direkte fremgår af skrivelsens

ordlyd (jf. i lighed hermed Rettens dom af 28.10.1993, sag T-83/92, Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1169).

69 Hvad angår det synspunkt, at sagsøgeren i stedet skulle have rettet sit søgsmål mod beslutningen fra Secretary of State, for så vidt som denne beslutning nødvendigvis forudsatte, at denne myndighed var kompetent til at træffe afgørelse vedrørende fusionen, for så i givet fald at lade spørgsmålet om, hvorvidt transaktionen var af »fællesskabsdimension«, afgøre af Domstolen i medfør af traktatens artikel 177, og uden at det er nødvendigt at undersøge, om de nationale domstole kan tage stilling til lovligheden af en beslutning fra Kommissionens side, som er blevet endelig, bemærkes, at det forhold, at der måtte være retsmidler på nationalt plan, ikke kan udelukke, at der i henhold til traktatens artikel 173 kan anlægges direkte søgsmål ved EF's retsinstanser til prøvelse af lovligheden af en beslutning truffet af en EF-institution. Dette gælder så meget mere, som kontrollen med en fusion, der er gennemført på grundlag af lovgivningen i en eller flere medlemsstater — som det med rette er påpeget af sagsøgeren — ikke med hensyn til dens rækkevidde og virkninger kan sidestilles med den kontrol, der udøves af EF's institutioner, med den begrundelse, at disse forskellige former for kontrol har samme formål. Det bemærkes herved, at den kontrol, der udøves af en national myndighed, i modsætning til den kontrol, der foretages på EF-plan, er begrænset til en vurdering af fusionens betydning inden for den pågældende medlemsstat, hvortil kommer, at en sådan kontrol er særlig vanskelig at gennemføre inden for international luftfart.

70 Endelig kan det under de i sagen foreliggende omstændigheder ikke gøres gældende, at sagsøgeren inden for rimelig tid efter den 31. oktober 1992, hvor selskabet kunne være blevet bekendt med den anfægtede erklærings eksistens, over for Kommissionen skulle have krævet at få erklæringen tilsendt, da skrivelserne til konkurrencekommissæren som tidligere nævnt (jf. ovenfor, præmis 68) skal fortolkes som anmodninger om, at Kommissionen trak den i erklæringen indeholdte beslutning tilbage eller ændrede den. Som svar på disse anmodninger, som blev fremsat inden for rimelig tid, bestred kommissæren imidlertid hverken erklæringens eksistens eller dens indhold og sagsøgerens fortolkning heraf, idet han blot bekræftede sin oprindelige fortolkning af forordningen og afviste

anmodningerne. Det var herefter under alle omstændigheder overflødigt at anmode om at få den anfægtede retsakt tilsendt.

71 Det tredje led i Kommissionens formalitetsindsigelse kan herefter ikke tiltrædes.

Spørgsmålet om den anfægtede beslutning berører sagsøgeren umiddelbart og individuelt

Sammenfatning af parternes argumentation

72 Ifølge Kommissionen ændrer erklæringen af 30. oktober 1992 ikke sagsøgerens retsstilling væsentligt. Også selv om Retten måtte nå frem til, at den anfægtede erklæring udgør en retsakt, der har bindende retlige virkninger, indeholder retsakten ikke noget klagepunkt mod sagsøgeren, som ikke har godtgjort, at Kommissionens konklusion om, at forordningen ikke finder anvendelse på den omtvistede fusion, i sig selv ændrer sagsøgerens situation. Den anfægtede erklæring foregriber nemlig ikke spørgsmålet, om fusionen er forenelig med fællesmarkedet. Den har også derfor ingen retlige virkninger (IBM mod Kommissionen, jf. ovenfor, og dom af 24.6.1986, sag 53/85, Akzo mod Kommissionen, Sml. s. 1965).

73 Kommissionen finder desuden, at selv om den anfægtede erklæring måtte sidestilles med en beslutning truffet i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, litra a), berører denne beslutning ikke sagsøgeren individuelt (Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org. ref.: Rec. s. 197, af 14.7.1983, sag 231/82, Spijker Kwasten mod Kommissionen, Sml. s. 2559, og af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 391, præmis 25). Den omstændighed, at en virksomhed konkurrerer med den af

fusionen berørte virksomhed, er ikke tilstrækkelig til, at den kan betragtes som individuelt berørt af fusionen.

74 Kommissionen har anført, at hvis man følger sagsøgerens opfattelse, hvorefter de grænser, der er opstillet i Domstolens praksis for at admittere annullationssøgsmål anlagt af private, ikke skal anvendes på området for fusioner, ville et hvilket som helst flyselskab kunne anlægge sag til trods for ordlyden af traktatens artikel 173, som kræver, at sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af den beslutning, hvis lovlighed sagen drejer sig om (Domstolens dom af 10.6.1982, sag 246/81, Lord Bethell mod Kommissionen, Sml. s. 2277, præmis 16).

75 Det Forenede Kongerige har ikke fremsat særlige bemærkninger vedrørende dette punkt.

76 Ifølge BA har Air France ikke godtgjort, at selskabets interesser er berørt af den anfægtede foranstaltning (Domstolens dom af 10.12.1969, forenede sager 10/68 og 18/68, Eridania m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 117, præmis 7, org. ref.: Rec. s. 459). Efter BA's opfattelse går sagsøgerens kritik i realiteten ud på, at selskabet ser sig som offer for en forskelsbehandling.

77 Sagsøgeren finder, at selskabet er umiddelbart og individuelt berørt af beslutningen. Ifølge selskabet ændrer en beslutning fra Kommissionens side om, at den ikke er kompetent til at undersøge, om den omhandlede fusion er forenelig med fællesmarkedet, selskabets retsstilling. Kommissionen synes at kræve, at sagsøgeren allerede nu godtgør, at fusionen er uforenelig med fællesmarkedet. Desuden finder Kommissionen tilsyneladende, at en erklæring om inkompetence fra Kommissionens side under alle omstændigheder gør de nationale myndigheder kompetente med hensyn til den omhandlede fusion, hvorved den ikke tager hensyn til, at de nationale myndigheder foretager sine vurderinger ud fra andre materielle og territoriale forudsætninger end Kommissionen.

78 Ifølge sagsøgeren er det forhold, at konkurrenten Dan Air er overtaget af en anden konkurrent, nemlig BA, og således er forsvundet fra markedet, ensbetydende med, at stillingen på markedet for de direkte konkurrenter til BA ændres i en sådan grad, at de er individuelt berørt af fusionen. I det foreliggende tilfælde berører konsekvenserne af BA's erhvervelse af Dan Air umiddelbart Air France's stilling. Air France har i øvrigt i sine skrivelser til konkurrencekommissæren, hvortil selskabet udtrykkeligt har henvist, i detaljer redegjort for, på hvilke punkter selskabet var umiddelbart og individuelt berørt af fusionen. BA træder ikke alene i Dan Air's sted i Gatwick, men vil ydermere kontrollere eller eje fire af de syv selskaber, der beflyver ruten Paris-London. På ruten Nice-London vil BA sidde på 70 % af trafikken, hvilket på dette særlige marked giver selskabet en dominerende stilling, der klart er konkurrencebegrænsende. På markedet for de store europæiske flyselskabers forskellige net er Air France BA's største konkurrent. BA's overtagelse af Dan Air har en selvforstærkende virkning, som påvirker sagsøgeren individuelt.

Rettens bemærkninger

79 Indledningsvis henvises til, at »andre personer end en beslutnings adressater ... kun [vil] kunne påstå, at de berøres individuelt, hvis denne beslutning rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten« (Plaumann mod Kommissionen, jf. ovenfor).

80 På baggrund af disse principper fra retspraksis finder Retten, at det følger af det ovenfor anførte (jf. præmis 47), at den anfægtede erklæring, for så vidt som den — retligt og faktisk — muliggør en øjeblikkelig gennemførelse af den påtænkte fusion, kan medføre en øjeblikkelig ændring af situationen på det eller de berørte markeder, som således udelukkende beror på de involverede parters bestemmelse. Det fremgår klart af bestemmelserne i aftalen af 23. oktober 1992, at denne skulle have virkning fra den 1. november 1992 eller senest fra det tidspunkt, hvor de i aftalen indeholdte betingelser var opfyldt, herunder betingelsen om, at der skulle

foreligge en tilstrækkelig klar forsikring fra Kommissionens side til virksomhederne om, at fusionen ikke lå inden for forordningens anvendelsesområde. Under disse omstændigheder og da den fysiske udveksling af dokumenterne, som markerede den faktiske gennemførelse af fusionen, fandt sted den 8. november 1992, må den anfægtede erklæring anses for umiddelbart at berøre de virksomheder, som opererede på et eller flere af markederne for international luftfart, og som på tidspunktet for den anfægtede retsakt kunne anse det for givet, at der ville ske en øjeblikkelig eller hurtig ændring af markedet. Hvis Kommissionen derimod havde fundet, at fusionen var af »fællesskabsdimension«, havde de pågældende virksomheder haft sikkerhed for, at der ikke ville kunne ske nogen ændring af markederne før udløbet af den i forordningens artikel 7, stk. 1, omhandlede periode, og eventuelt først efter at de havde haft lejlighed til at gøre deres rettigheder gældende og fremkomme med en udtalelse.

81 Kommissionens konstatering af, at en fusion ikke er af »fællesskabsdimension«, fratager nemlig udenforstående virksomheder de proceduremæssige rettigheder, de har i henhold til forordningens artikel 18, stk. 4, og som de kunne have benyttet sig af, såfremt fusionen havde været af »fællesskabsdimension« og var blevet anmeldt til Kommissionen. Den anfægtede erklæring må således på grund af dens øjeblikkelige retlige virkninger for det eller de markeder, der er berørt af den planlagte fusion, og for udenforstående virksomheders proceduremæssige rettigheder anses for at berøre konkurrenternes stilling på markederne for luftfart umiddelbart (jf. tilsvarende betragtninger fra Domstolens side i dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, og af 19.5.1993, sag C-198/91, Cook mod Kommissionen, Sml. I, s. 2487, præmis 23).

82 Hvad endelig angår spørgsmålet, om sagsøgeren er individuelt berørt af den anfægtede erklæring, bemærkes, at det fremgår af sagen, at Air France's situation i relation til den omhandlede fusion klart adskiller sig fra de andre internationale luftfartsselskabers, hvilket Kommissionen i øvrigt også har erkendt under retsforhandlingerne. Fusionen indebærer nemlig, at BA træder i Dan Air's sted på de ruter, sidstnævnte selskab hidtil har befløjet. Det fremgår af sagen, at de berørte flyforbindelser er forbindelserne mellem Frankrig og Det Forenede Kongerige og forbindelserne mellem Belgien og Det Forenede Kongerige. Hvad angår forbindelserne mellem Frankrig og Det Forenede Kongerige har Dan Air's ruter afgang fra London og Manchester og ankomst i Montpellier, Nice, Paris, Pau og Toulouse.

Forbindelserne mellem Belgien og Det Forenede Kongerige vedrører ruten Bruxelles-London. På alle disse ruter styrker BA sin stilling væsentligt med købet af Dan Air, samtidig med at Air France-koncernens konkurrencemæssige stilling bliver berørt på en måde, der adskiller den fra ethvert andet flyselskab. Air France kan under disse omstændigheder sidestilles med en adressat for beslutningen som omhandlet i Plaumann-dommen, jf. ovenfor. Retten finder således, at Air France i tilstrækkelig grad har godtgjort, at den anfægtede retsakt væsentligt ændrer selskabets stilling på markedet, og at den berører selskabet umiddelbart og individuelt, jf. de ovennævnte domme Eridania m.fl. mod Kommissionen og Cofaz m.fl. mod Kommissionen.

83 Det fjerde led i Kommissionens formalitetsindsigelse kan herefter ikke tiltrædes.

84 Det følger i det hele af det anførte, at Kommissionens afvisningspåstand ikke kan tages til følge.

Realiteten

85 Sagsøgeren har i stævningen påberåbt sig tre anbringender til støtte for annullationspåstanden:

— for det første en tilsidesættelse af forordningens artikel 1, stk. 1 og 2, og artikel 5, stk. 1 og 2

— for det andet en tilsidesættelse af det generelle retssikkerhedsprincip i forbindelse med anvendelsen af forordningens artikel 1, stk. 1 og 2, og artikel 5, stk. 1 og 2

— for det tredje en tilsidesættelse af det generelle princip om god forvaltningsskik og af EØF-traktatens artikel 155 og 190.

86 Sagsøgeren har i replikken tillige gjort gældende, at den anfægtede beslutning udgør en tilsidesættelse af det generelle lighedsprincip.

Det første anbringende: tilsidesættelse af forordningens artikel 1, stk. 1 og 2, og artikel 5, stk. 1 og 2

Sammenfatning af parternes argumentation

87 Sagsøgeren har anfægtet den af Kommissionen foretagne vurdering, hvorefter den omhandlede transaktion ikke er af »fællesskabsdimension« som omhandlet i forordningens artikel 1, stk. 1, fordi der ved beregningen af den overtagne virksomheds omsætning ikke skal tages hensyn til omsætningen i forbindelse med selskabets charteraktiviteter, da disse aktiviteter var opgivet forud for den fusion, der har givet anledning til sagen.

88 Sagsøgeren finder for det første, at Kommissionen i henhold til forordningens artikel 5, stk. 1, ved afgørelsen af, om en fusion er omfattet af artikel 1, stk. 2, skal tage hensyn til den omsætning, en fusionerende virksomhed har haft i forbindelse med den ordinære drift i det sidst afsluttede regnskabsår. Det står fast, at Dan Air udøvede sin chartervirksomhed i det seneste afsluttede regnskabsår. Der skulle der

for ifølge sagsøgeren ved bedømmelsen af, om fusionen var af »fællesskabsdimension«, tages hensyn til selskabets omsætning i forbindelse med denne virksomhed.

89 Sagsøgeren har for det andet anført, at det forhold, at en virksomhed, der deltager i en fusion, opgiver nogle af sine aktiviteter, ikke medfører, at bestemmelserne i forordningens artikel 5, stk. 2, kan bringes i anvendelse til fordel for selskabet, da de kun vedrører overdragelse af dele af virksomheder. Da det er en væsentlig betingelse for anvendelse af forordningens artikel 5, stk. 2, at de aktiviteter, der ikke overdrages, fortsættes, er aktiviteter, der er opgivet i det sidst afsluttede regnskabsår eller i perioden mellem afslutningen af dette regnskabsår og datoen for gennemførelsen af fusionen, en integrerende del af de overdragne aktiviteter. Hvis der tages hensyn til ændringer, der indtræder efter afslutningen af referenceregnskabsåret, mister dette begreb enhver betydning. Der skal derfor kun tages hensyn til ændringer, der berører virksomheden direkte i form af erhvervelse eller overdragelse af aktiver. Dette bør så meget mere gælde, når der — som i det foreliggende tilfælde — er tale om, at den overdragende virksomhed opgiver en del af sine aktiviteter i henhold til en kontraktlig forpligtelse, som den erhvervende virksomhed har pålagt den.

90 Ifølge sagsøgeren er formålet med kriteriet vedrørende omsætningen i referenceåret at åbne mulighed for, at det automatisk og indiskutabelt kan afgøres, om bedømmelsen af fusionen skal ske på EF-plan eller på nationalt plan. Det tidspunkt, der skal lægges til grund for afgørelsen af, om transaktionen er af fællesskabsdimension, er imidlertid ikke det samme som det, Kommissionen skal lægge vægt på ved den materielle bedømmelse af fusionen, således som det fremgår af Kommissionens beslutning i sagen Accor/Wagon-lits (Kommissionens beslutning 92/385/EØF af 28.4.1992 om en fusions forenelighed med det fælles marked, sag IV/M.126, EFT L 204, s. 1). Da der er tale om et regnskabsmæssigt begreb, skal referenceregnskabsåret ubetinget anvendes som kriterium for bedømmelsen af fusionens dimension. Desuden blev den gæld, der svarede til charteraktiviteterne, ifølge sagsøgeren overtaget af det erhvervende selskab.

91 Kommissionen finder, at den fortolkning af forordningens artikel 5, som sagsøgeren har gjort sig til talsmand for, både strider mod forordningens ånd og bogstav og mod formålet med de tærskelværdier for omsætningen, der er opstillet i forordningens artikel 1, stk. 2, og metoden for beregningen heraf. De pågældende tærskler skal afspejle fusionens reelle betydning for udbudsstrukturen. Beregningen af omsætningen giver derfor kun mening, hvis den sker for virksomhederne, som de er på tidspunktet for fusionen. Kommissionen måtte derfor ikke undlade at tage hensyn til den økonomiske betydning af de aktiver, der faktisk blev overdraget. At tage hensyn til de af Dan Air's aktiviteter, som var blevet opgivet forud for gennemførelsen af fusionen, ville føre til en forkert vurdering af dennes omfang.

92 Selv om formålet med at anvende omsætningen i det sidst afsluttede regnskabsår er at skabe et klart og indiskutabelt grundlag, må reglerne dog ikke føre til, at der ses bort fra strukturelle ændringer, som er indtrådt efter dette tidspunkt. Efter Kommissionens opfattelse er der intet i forordningens artikel 5, stk. 2, første afsnit, der giver støtte for den restriktive fortolkning af bestemmelsen, sagsøgeren gør gældende. Bestemmelsen interesserer sig ikke for, hvad der sker med de dele af virksomhederne, som ikke er genstand for en transaktion. Bestemmelsen er således hverken uanvendelig i det tilfælde, at de omhandlede aktiviteter er opgivet forud for overdragelsen, eller i det tilfælde, at de pågældende aktiviteter er fortsat af andre end erhververen. I det konkrete tilfælde blev Dan Air's chartervirksomhed faktisk opgivet, og den omstændighed, at BA overtog Dan Air's passiver, betyder ikke, at BA overtog de aktiver, som var knyttet til det overtagne selskabs chartervirksomhed. Hvis det imidlertid skulle vise sig, at BA har omgået fællesskabsbestemmelserne, vil Kommissionen ufortøvet bringe bestemmelserne i forordningens artikel 8, stk. 4, og artikel 14 og 15 i anvendelse over for selskabet. Hvis de omhandlede aktiviteter skulle blive genoptaget inden for to år, vil Kommissionen behandle fusionen som en enkelt fusion på tidspunktet for genoptagelsen i overensstemmelse med forordningens artikel 5, stk. 2, andet afsnit. Endelig finder Kommissionen, at den af sagsøgeren foreslåede løsning, som består i at holde sig til oplysningerne i regnskaberne, vil kunne skabe uligheder mellem de forskellige medlemsstater, da reglerne om regnskaber kan være forskellige fra medlemsstat til medlemsstat.

93 Det Forenede Kongerige er af den opfattelse, at det er i overensstemmelse med forordningen at se bort fra den del af omsætningen, der kan henføres til

charteraktiviteterne, hvad enten det lægges til grund, at den omtvistede fusion kun drejede sig om erhvervelse af en del af en virksomhed som omhandlet i forordningens artikel 5, stk. 2, eller — subsidiært — det lægges til grund, at den deltagende virksomhed som omhandlet i forordningens artikel 5, stk. 1, består af de erhvervede aktiviteter. Det er klart, at hvis Dan Air i forbindelse med samme fusion havde fortsat sine charteraktiviteter, ville den omtvistede transaktion have henhørt under forordningens artikel 5, stk. 2. Det samme gælder, hvis Dan Air havde overdraget sine charteraktiviteter til andre end BA. Det Forenede Kongerige kan ikke se, hvorfor resultatet skulle blive et andet i det tilfælde, hvor de ikke-overdragede aktiviteter opgives. Aftalen om overtagelsen indeholdt i øvrigt en alternativ betingelse, nemlig en forpligtelse til enten at afhænde de pågældende aktiviteter eller opgive disse.

94 Det Forenede Kongerige har subsidiært gjort gældende, at såfremt artikel 5, stk. 2, ikke findes anvendelig, må artikel 5, stk. 1, finde anvendelse. Da forordningen ikke indeholder nogen definition af begrebet virksomhed, må udtrykket anses for at betyde en økonomisk enhed. I det foreliggende tilfælde består den del af Dan Air, som er ophørt med at være uafhængig, og som er blevet undergivet BA's kontrol, af Dan Air's andre aktiviteter end charteraktiviteterne. Denne del af aktiviteterne kunne umiddelbart identificeres på grundlag af omsætningen og skal ifølge intervenienten betragtes som den deltagende virksomhed i forordningens artikel 5's forstand.

95 BA finder, at selskabet kun har erhvervet en del af virksomheden Davies og Newman, og at der derfor for sælgerens vedkommende kun skal tages hensyn til den del af omsætningen, der vedrører denne del af virksomheden, jf. forordningens artikel 5, stk. 2. I det konkrete tilfælde består virksomheden Davies og Newman, som er blevet undergivet BA's kontrol, udelukkende af det personale og de formuegoder, der er nødvendige for Dan Air's videreførelse af sine ruteflyvninger. Dette er »den deltagende virksomhed« for så vidt angår Davies og Newman, og der skal kun tages hensyn til denne virksomheds omsætning.

96 Det er ifølge BA uden betydning, at de pågældende aktiviteter blev opgivet frivilligt, da de for genoptagelsen af Davies og Newman's chartervirksomhed nødvendige afgangs-og ankomsttidspunkter, medarbejdere og fly efter overdragel-

sen ikke blev undergivet BA's kontrol. BA har endvidere anført, at såfremt størrelsen af virksomheden Davies og Newman — i modsætning til, hvad der tidligere er gjort gældende — skulle bedømmes på et tidligere tidspunkt end tidspunktet for gennemførelsen af fusionen, er det klart, at BA ikke erhvervede hele denne virksomhed, og at bestemmelserne i forordningens artikel 5, stk. 2, derfor skal finde anvendelse.

Rettens bemærkninger

97 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af de allerede citerede relevante bestemmelser i forordningen, at »denne forordning finder anvendelse på alle fusioner af fællesskabsdimension«, jf. artikel 1, stk. 1, og at »fusioner af fællesskabsdimension, der er omfattet af denne forordning, skal anmeldes til Kommissionen senest en uge efter aftalens indgåelse, offentliggørelsen af overtagelses-eller ombytningstilbuddet eller erhvervelsen af en kontrollerende andel. Fristen løber fra den første af disse begivenheders indtræden«, jf. artikel 4, stk. 1.

98 Der henvises endvidere til forordningens artikel 3, som lyder således: »En fusion opstår ... b) når en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst én virksomhed, ... ved køb af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis erhverver den direkte eller indirekte kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder.« I forordningens artikel 1, stk. 2, hedder det: »Med henblik på denne forordning er en fusion af fællesskabsdimension, når a) alle deltagende virksomheders samlede omsætning på verdensplan tilsammen overstiger 5 mia. ECU, og b) mindst to af de deltagende virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. ECU, medmindre hver af de deltagende virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.«

99 Det fremgår i det hele af alle disse bestemmelser, at spørgsmålet, om BA's erhvervelse af Dan Air var en fusion af »fællesskabsdimension« i bestemmelsernes forstand, kan besvares ved at undersøge, om erhvervelsen, som fastlagt i aftalen af 23. oktober 1992, skulle anmeldes til Kommissionen. På dette tidspunkt var aftalen mellem køber og sælger en kendsgerning, hvorfor anmeldelsesfristen — såfremt fusionen var af »fællesskabsdimension« — begyndte at løbe fra aftalens indgåelse, jf. forordningens artikel 4, stk. 1.

100 Mens en erhvervelse af en del af en virksomhed normalt kun er mulig, for så vidt som kontrakten herom vedrører anlægsaktiver, og der ikke er tale om erhvervelse af finansielle aktiver, fremgår det af bestemmelserne i aftalen af 23. oktober 1992, navnlig dennes punkt 2, som har overskriften »Agreement to sell the shares and assets«, at aftalen både drejer sig om overdragelse af Davies og Newman's aktiebeholdning til BA og om overdragelse af visse af virksomhedens væsentligste anlægsaktiver. Det fremgår i øvrigt klart af den i aftalens punkt 4.1.5 indeholdte betingelse — der af sagsøgeren med urette er betegnet som en resolutiv betingelse, men i realiteten er en suspensiv betingelse — at parterne den 23. oktober 1992 gjorde det til en betingelse for gennemførelsen af kontrakten, at aktiverne i forbindelse med chartervirksomheden ikke blev erhvervet af køberen, idet sælgeren enten måtte overdrage disse aktiver til tredjemand eller selv standse aktiviteterne på det pågældende område. Ved først at lade aftalen få virkning fra det øjeblik, hvor betingelsen i punkt 4.1.5 er opfyldt, har parterne altså klart villet holde charteraktiviteterne uden for kontrakten. Af denne grund og da BA i øvrigt over for Kommissionen den 28. oktober 1992 har forpligtet sig til ikke at benytte sig af klausulen i punkt 4.2 i aftalen, hvorefter selskabet kan frafalde den netop omhandlede suspensive betingelse (»waiver«), skal punkt 4.1.5 fortolkes således, at aftalen herved begrænses til at omfatte overtagelse af Davies og Newman's andre aktiver end dem, der er nødvendige for at udøve chartervirksomheden, dvs. at den kun omfatter de aktiver, der er nødvendige for udførelsen af ruteflyvningerne og driften af koncernens øvrige datterselskaber (jf. ovenfor, præmis 1).

101 Retten henviser til forordningens artikel 5, hvori det hedder: »1. Den i artikel 1, stk. 2, omhandlede samlede omsætning omfatter de deltagende virksomheders provenu fra salg af varer og præstering af tjenesteydelser i sidste regnskabsår i forbindelse med deres ordinære drift ... 2. Uanset stk. 1 gælder, at hvis fusionen opstår gennem erhvervelse af dele af en eller flere virksomheder, tages der, uanset om der er tale om retlige enheder, for sælgerens eller sælgernes vedkommende kun hensyn til den del af omsætningen, der vedrører de overtagne aktiver ...«

102 Det fremgår af den generelle opbygning af bestemmelsen, at fællesskabslovgiver har haft til hensigt, at Kommissionen ved udførelsen af den opgave, der er tillagt den i forbindelse med kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser, kun skal foretage en undersøgelse, såfremt den planlagte fusion er af et vist økonomisk omfang, dvs. af »fællesskabsdimension«. Formålet med forordningens artikel 5, stk. 2, er altså at fastslå fusionens reelle omfang med henblik på afgørelsen af, om den planlagte fusion i betragtning af de faktisk overtagne dele af virksomheden, uanset om der er tale om retlige enheder, er af »fællesskabsdimension« i forordningens artikel 1's forstand.

103 Når henses til dette formål med forordningens artikel 5, stk. 2, og selv om der i artiklen ikke udtrykkelig tales om standsning af aktiviteter, finder Retten, at begreberne »delvis overdragelse« og »delvis standsning« af aktiviteter kan sidestilles, da de begge giver mulighed for nøjagtigt at fastslå den planlagte fusions genstand og omfang. Det følger heraf, at der ved bedømmelsen af den planlagte fusions omfang kun skal tages hensyn til omsætningen vedrørende de faktisk overtagne dele af virksomheden. Der skal således kun tages hensyn til den omsætning i det sidste regnskabsår, der vedrører de reelt overtagne dele af virksomheden.

104 Det fremgår imidlertid af den i det foregående foretagne undersøgelse af aftalen af 23. oktober 1992 mellem BA og Davies og Newman, at aftalen med den tidligere omtalte suspensive betingelse i punkt 4.1.5 udtrykkelig holder de aktiver, der er

nødvendige for udøvelsen af chartervirksomheden, uden for aftalen. Ved således at begrænse rækkevidden af fusionen til visse af den overtagne enheds aktiver giver kontrakten fusionen karakter af en erhvervelse af en del af en virksomhed som omhandlet i forordningens artikel 5, stk. 2, vedrørende anlægsaktiver for en del af virksomheden. Det står nemlig fast, at den erhvervende virksomhed efter gennemførelsen af fusionen økonomisk ikke udgøres af de virksomheder, der deltog i fusionen, da BA i sin nye form ikke omfatter de aktiver, der forud for gennemførelsen af fusionen var nødvendige for Davies og Newman med henblik på udøvelsen af Dan Air's chartervirksomhed. Denne kendsgerning kan ikke anfægtes med den begrundelse, at køber overtog sælgers passiver, herunder passiverne i relation til chartervirksomheden.

105 Der skal således ved anvendelsen af de nævnte bestemmelser i forordningens artikel 5, stk. 2, kun tages hensyn til omsætningen vedrørende de aktiviteter, der faktisk var genstand for fusionen, med henblik på vurderingen af, om denne er af »fællesskabsdimension«. Det er ubestridt, at når omsætningen beregnes således — dvs. alene omsætningen vedrørende den del af Davies og Newman, som blev overtaget af BA, opgjort ved afslutningen af det sidste regnskabsår og meddelt Kommissionen af BA i de beregninger, der var vedlagt den førnævnte skrivelse af 16. oktober 1992 — ligger den under tærsklen i forordningens artikel 1, stk. 2.

106 Selv om fusionen i det foreliggende tilfælde først blev faktisk gennemført på tidspunktet for opfyldelsen af den sidste af de suspensive betingelser i aftalen af 23. oktober 1992, dvs. på et tidspunkt mellem den 2. og den 8. november 1992, finder Retten, at Kommissionen ud fra en samlet betragtning af aftalens bestemmelser og de af BA indgåede forpligtelser med rette fra den 30. oktober 1992 — datoen for den anfægtede retsakt — kunne vurdere, om fusionen var af »fællesskabsdimension«, med henblik på at afgøre, om den planlagte fusion skulle anmeldes, selv inden opfyldelsen af den sidste suspensive betingelse.

107 Det bemærkes endvidere, at såfremt det måtte vise sig, at en erhvervsdrivende, der anfører, at en del af aktiviteterne er standset, herved i realiteten forsøger at omgå forordningens bestemmelser, råder Kommissionen — som påpeget af Kommissionen selv — over de i forordningen hjemlede midler til at gribe ind, jf. navnlig artikel 8, stk. 4, og artikel 14 og 15. Der er dog under alle omstændigheder ikke tale om en sådan situation i det foreliggende tilfælde, da bestemmelserne i kontrakten, navnlig betingelsen om, at Dan Air skulle standse sin chartervirksomhed, og de af BA indgåede forpligtelser er nøje overholdt.

108 Sagsøgerens første anbringende til støtte for annullationspåstanden kan herefter ikke tiltrædes.

Det andet anbringende: tilsidesættelse af det generelle retssikkerhedsprincip i forbindelse med anvendelsen af forordningens artikel 1, stk. 1 og 2, og artikel 5, stk. 1 og 2

109 Dette anbringende har to led. Sagsøgeren har for det første anført, at begrebet opgivelse af aktiviteter ikke er noget præcist retligt eller økonomisk begreb, og at Kommissionen ved at henvise hertil har tilsidesat det generelle retssikkerhedsprincip, og for det andet, at Kommissionen i stedet skulle have benyttet de beføjelser, den har i henhold til forordningen, navnlig artikel 8, stk. 2, med henblik på i givet fald at pålægge erhververen definitivt at standse chartervirksomheden.

110 Kommissionen har indledningsvis påpeget forbindelsen mellem sagsøgerens to første anbringender. Såfremt Retten forkaster det første anbringende, må man ifølge Kommissionen udlede heraf, at Kommissionen har fortolket forordningens artikel 5 korrekt. En korrekt anvendelse af en fællesskabsbestemmelse kan ikke udgøre en tilsidesættelse af det generelle retssikkerhedsprincip. I øvrigt er begrebet

opgivelse af aktiviteter på ingen måde uklart. Det er derfor uden betydning, at der i forordningen ikke henvises udtrykkeligt til denne situation, idet det er ubestrideligt, at den er omfattet af forordningen.

111 Intervenienterne har ikke fremsat bemærkninger i så henseende.

112 Det bemærkes i relation til det første led i anbringendet — idet der i øvrigt henvises til det ovenfor i præmis 103 anførte — at begrebet opgivelse eller standsning af aktiviteter er et spørgsmål om kendsgerninger, og at anbringendet om en tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet som følge af, at der blev taget hensyn til opgivelsen af chartervirksomheden, derfor ikke kan tiltrædes.

113 Hvad angår det andet led i anbringendet bemærkes, at det under alle omstændigheder ikke tilkommer Retten i forbindelse med annullationssøgsmålet at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens og tage stilling til, om Kommissionen i henhold til forordningens artikel 8, stk. 2, skulle have udstedt påbud om en standsning af de pågældende aktiviteter, navnlig da denne bestemmelse i forordningen drejer sig om den grundlæggende undersøgelse af den planlagte fusions forenelighed med fællesmarkedet, som Kommissionen foretager, når der foreligger en behørigt anmeldt fusion (jf. senest Rettens dom af 10.3.1992, forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1403, præmis 319 og 320).

114 Det andet anbringende kan herefter heller ikke tiltrædes.

Det tredje anbringende: tilsidesættelse af det generelle princip om god forvaltningsskik og af traktatens artikel 155 og 190

115 Også dette anbringende indeholder to led. Sagsøgeren har dels kritiseret, at den omtvistede beslutning er truffet uden høring af medlemsstaterne eller af indirekte berørte virksomheder, dels anført, at den er truffet under tilsidesættelse af traktatens artikel 190. For det første skulle Kommissionen i henhold til det generelle princip om god forvaltningsskik have indhentet forskellige udtalelser med henblik på at afgøre et principielt spørgsmål med fuldt kendskab til sagen, også selv om der ikke i henhold til udtrykkelige bestemmelser var pligt til en sådan høring. For det andet er begrundelsespligten i henhold til traktatens artikel 190 en del af det generelle princip om ret til kontradiktion (Domstolens dom af 4.7.1963, sag 24/62, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, org. ref.: Rec. s. 129). Kommissionen har ifølge sagsøgeren tilsidesat denne forpligtelse, idet den ikke gav relevante henvisninger til forordningen. Den anfægtede beslutning er derfor behæftet med mangler ved begrundelsen, da de reale grunde til beslutningen først blev fremført efter den 30. oktober 1992. Det kunne således ikke alene ud fra den anfægtede erklæring ses, hvilke betragtninger der lå til grund for erklæringen.

116 Kommissionen har under henvisning til Domstolens praksis for det første anført, at den ikke havde nogen pligt til at høre medlemsstaterne eller de berørte virksomheder, inden den tog stilling til BA's køb af Dan Air. Kommissionen har for det andet gjort gældende, at anbringendet om mangler ved begrundelsen under alle omstændigheder er baseret på en sammenblanding af den formelle begrundelse for beslutningen og begrundelsens rigtighed. Kommissionen finder, at den i det foreliggende tilfælde i tilstrækkelig grad redegjorde for sine grunde til at antage, at den virksomhed, der blev overtaget, ikke havde en omsætning i Fællesskabet på 250 mio. ECU. Spørgsmålet om, hvorvidt disse grunde er rigtige og kan begrunde Kommissionens inkompetence, henhører under prøvelsen af lovligheden af retsaktens indhold.

117 Det Forenede Kongerige finder, at forordningen ikke pålægger Kommissionen at høre medlemsstaterne, inden den træffer beslutning vedrørende sin egen kompetence med hensyn til en fusion. Medlemsstaternes rettigheder er fastsat i forordningens artikel 19, og tredjemands rettigheder i artikel 18, stk. 4. Ingen af disse to artikler finder anvendelse, såfremt fusionen ikke er anmeldt.

118 Intervenienten BA har ikke fremsat bemærkninger i så henseende.

119 Hvad angår det første led i anbringendet henvises til Domstolens dom af 15. maj 1975 i sagen Frubo mod Kommissionen (sag 71/74, Sml. s. 563), hvori det blev fastslået, at et krav om, at Kommissionen foretager en høring, når de relevante bestemmelser — som i det foreliggende tilfælde — ikke foreskriver en sådan høringspligt, ville være udtryk for en overdreven formalisme og unødigt forsinke behandlingen af sagerne. Retten finder herefter ikke, at der som en almindelig retsgrundsætning kan pålægges Kommissionen en høringspligt, der — som i det foreliggende tilfælde — ikke er foreskrevet i nogen bestemmelser.

120 Hvad angår det andet led i anbringendet finder Retten, at det — som det med rette er påpeget af Kommissionen — hviler på en sammenblanding af spørgsmålet om mangler ved begrundelsen for beslutningen og spørgsmålet om begrundelsens rigtighed. I det foreliggende tilfælde finder Retten — som det i øvrigt er tilstrækkelig godtgjort under nærværende sag, hvor sagsøgeren fuldt ud har kunnet udtalte sig om rigtigheden af den fortolkning af forordningen, der kom til udtryk i den anfægtede erklæring — at erklæringen er klart og tilstrækkeligt begrundet med henvisningen til, at transaktionen ikke er af »fællesskabsdimension«, og med den redegørelse for de retlige og økonomiske overvejelser, der ligger til grund for denne konklusion.

121 Sagsøgerens tredje anbringende kan herefter heller ikke tiltrædes.

Det fjerde anbringende: tilsidesættelse af det generelle lighedsprincip

122 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen forud for den anfægtede erklæring foretog en høring af Det Forenede Kongerige eller erklærede at være villig til at deltage i en sådan høring, som de øvrige medlemsstater, herunder navnlig Den Franske Republik, med urette blev udelukket fra. Det generelle lighedsprincip må imidlertid udvides til også at omfatte medlemsstaterne i forholdet til Kommissionen. Sagsøgeren har herefter en interesse i at påberåbe sig et anbringende, som vedrører det forhold, at selskabets eget lands regering ikke er blevet hørt.

123 Kommissionen har anført, at der ikke har været tale om trepartsforhandlinger mellem Det Forenede Kongerige, BA og Kommissionen. Det forhold, at OFT fik tilstillet en kopi af Kommissionens skrivelse af 30. oktober 1992 til BA, er blot et vidnesbyrd om Kommissionens vilje til at samarbejde med de kompetente nationale myndigheder i konkurrencesager. Kommissionen har anført, at Domstolen ganske vist udtrykkelig har fastslået princippet om medlemsstaternes lighed over for fællesskabsretten (Domstolens dom af 29.3.1979, sag 231/78, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 1447, præmis 17), men den finder, at borgerne næppe kan påberåbe sig dette princip, som kun vedrører forholdet mellem medlemsstaterne og Fællesskabet.

124 Intervenienterne har ikke fremsat bemærkninger i så henseende.

125 Retten finder, at der ikke er faktisk grundlag for det pågældende anbringende, da det — modsat det af sagsøgeren anførte — ikke fremgår af sagens akter, at Kommissionen foretog en høring af den britiske regering forud for afgivelsen af den anfægtede erklæring. Anbringendet må derfor forkastes, uden at det er fornødent at tage stilling til, om det skal afvises i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2, eller om fysiske eller juridiske personer kan gøre gældende, at der er sket en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af medlemsstaterne.

126 Det følger i det hele af det anførte, at Kommissionen skal frifindes.

Sagens omkostninger

127 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor dømmes til at betale sagens omkostninger, herunder de af intervenienten British Airways afholdte omkostninger, da Kommissionen har nedlagt påstand herom.

128 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 4, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Det Forenede Kongerige bærer således sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) Sagsøgte frifindes.

2) Sagsøgeren bærer sagens omkostninger, herunder de af intervenienten British Airways afholdte omkostninger.

3) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer sine egne omkostninger.

Cruz Vilaça Briët Barrington

Saggio Biancarelli

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. marts 1994.

H. Jung J. L. Cruz Vilaça

Justitssekretær Præsident