RETTENS DOM (Anden Afdeling)

28. september 2004 *

I sag T-310/00,

MCI, Inc., tidligere MCI WorldCom, Inc., derefter WorldCom, Inc., Ashburn, Virginia (De Forenede Stater), først ved K. Lasok, QC, avocats J.-Y. Art og B. Hartnett, derefter ved K. Lasok, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

støttet af

Forbundsrepublikken Tyskland ved W.-D. Plessing og B. Muttelsee-Schön, som befuldmægtigede,

intervenient,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber først ved P. Oliver, P. Hellström og L. Pignataro, derefter ved P. Oliver og P. Hellström, som befuldmægtigede, bistået af barrister N. Khan, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

støttet af

Den Franske Republik ved G. de Bergues og F. Million, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2003/790/EF af 28. juni 2000 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (EUT 2003 L 300, s. 1),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. Pirrung, og dommerne A.W.H. Meij og N.J. Forwood,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 30. marts 2004,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder og proceduren for Kommissionen

1 MCI, Inc., tidligere MCI WorldCom, Inc., derefter WorldCom, Inc. (herefter »WorldCom«) og Sprint Corp. (herefter »Sprint«) er globale telekommunikationsvirksomheder med hjemsted i De Forenede Stater. I 1999 beløb WorldComs omsætning på verdensplan sig til ca. 37 mia. amerikanske dollars (USD), mens Sprints omsætning på verdensplan var på ca. 17 mia. USD. Indtil for nylig blev Sprints aktiviteter i Europa fuldt ud eller i vidt omfang varetaget af Global One, det fælles selskab, som Sprint i 1995 havde stiftet sammen med Deutsche Telekom og France Télécom.

2 Den 4. oktober 1999 underskrev WorldCom og Sprint en aftale og et udkast til en fusion, som opfylder definitionen af en fusion i artikel 3, stk. 1, litra a), i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1, berigtiget i EFT 1990 L 257, s. 13, og siden ophævet ved Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24, s. 1)). Denne fusion skulle gennemføres ved en aktieombytning, hvorved aktier i Sprint blev ombyttet med aktier i WorldCom for et beløb, der oprindeligt var ansat til 127 mia. USD.

3 Ved skrivelser af 20., 26. og 28. oktober 1999 underrettede WorldCom og Sprint Kommissionen om denne aftale, samtidig med at parterne redegjorde for grundene til, at den omhandlede fusion efter deres opfattelse ikke var af fællesskabsdimension, som omhandlet i artikel 1 i forordning nr. 4064/89, og derfor ikke skulle anmeldes til Kommissionen i henhold til denne forordning. De gjorde bl.a. gældende, at eftersom Sprint over for WorldCom havde forpligtet sig til at afhænde sin andel i Global One før fusionens gennemførelse, skulle Sprints andel i Global Ones omsætning ikke medregnes i selskabets samlede omsætning inden for Fællesskabet, som omhandlet i artikel 5 i forordning nr. 4064/89.

4 Den 29. oktober 1999 meddelte Kommissionen, at den var uenig i denne opfattelse, og underrettede parterne om, at den skulle tage Sprints andel af Global Ones omsætning i betragtning, hvilket førte den til at konkludere, at den planlagte fusion var af fællesskabsdimension. Kommissionen anførte, at den omsætningsberegning, som skal afgøre, om en fusion er af fællesskabsdimension, skal foretages på tidspunktet for fusionsaftalens indgåelse og under hensyn til den faktiske situation, som forelå på dette tidspunkt, eller i hvert fald senest på den dato, hvor anmeldelsespligten opstår. Ifølge Kommissionen kan der kun ses bort fra omsætning, som hidrører fra bestemte aktiviteter, hvis den anmeldte aftale indeholder en suspensiv betingelse om afhændelse af disse aktiviteter, eller hvis disse er blevet afhændet i perioden mellem regnskabsafslutningen og undertegnelsen af den endelige fusionsaftale. Kommissionen fandt ikke, at dette var tilfældet i den foreliggende sag.

5 Ved skrivelse af 10. januar 2000 (herefter »anmeldelsen«), modtaget af Kommissionen den 11. januar 2000, foretog WorldCom og Sprint (herefter »de anmeldende parter«) en fælles anmeldelse af den planlagte fusion i henhold til artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, »uden præjudice for parternes standpunkt vedrørende de udestående kompetencespørgsmål med hensyn til medregningen af Global Ones omsætning i Sprints omsætning«.

6 Den 21. januar 2000 indgik Sprint en formel aftale med Deutsche Telekom og France Télécom om, at Sprint trak sig ud af Global One.

7 Den 2. februar 2000 underrettede de anmeldende parter Kommissionen om denne aftale og foreslog et tilsagn som omhandlet i artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, hvorefter Sprint uden ugrundet ophold skulle gennemføre afviklingen af deltagelsen i Global One, og indtil da ikke på nogen måde måtte deltage i den løbende drift af Global One. Den 10. februar 2000 fremsendte de anmeldende parter til Kommissionen en redegørelse for deres synspunkter vedrørende den virkning, som afviklingen af Sprints deltagelse i Global One ville få for konkurrencestrukturen på de omhandlede markeder. I redegørelsen anførte de anmeldende parter desuden grundene til, at de efter deres opfattelse kunne trække anmeldelsen tilbage.

8 Idet Kommissionen fandt, at det foreslåede tilsagn var utilstrækkeligt, at den omhandlede fusion var omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 4064/89, og at der bestod alvorlig tvivl om dens forenelighed med fællesmarkedet, traf den den 21. februar 2000 beslutning om at iværksætte proceduren i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89. Kommissionen afgrænsede tre markeder, hvorpå fusionen gav anledning til konkurrenceproblemer, nemlig markedet for »maksimal eller universel internetkonnektivitet«, markedet for globale teletjenester og markedet for internationale taletelefonitjenester.

9 Efter at have modtaget forskellige oplysninger som svar på begæringer afgivet i henhold til artikel 11 i forordning nr. 4064/89 tilstillede Kommissionen den 3. maj 2000 de anmeldende parter en meddelelse af klagepunkter som omhandlet i artikel 12, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1, herefter »gennemførelsesforordningen«, siden ophævet ved Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 7.4.2004 om gennemførelse af forordning nr. 139/2004 (EUT L 133, s. 1)). I meddelelsen af klagepunkter anførte Kommissionen, at den planlagte fusion ville skabe en dominerende stilling for de anmeldende parter eller styrke WorldComs dominerende stilling på markedet for maksimal internetkonnektivitet samt på markedet for globale teletjenester til multinationale virksomheder. De anmeldende parter besvarede denne meddelelse af klagepunkter den 22. maj 2000.

10 Efter flere møder, som blev afholdt med det formål at undersøge de mulige løsninger, afgav de anmeldende parter ved skrivelse af 8. juni 2000 i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 og artikel 18, stk. 2, i gennemførelsesforordningen over for Kommissionen tilsagn (»acceptable løsninger«) vedrørende Sprints afhændelse af sine internetaktiviteter.

11 Den 5. juni 2000 indkaldte Kommissionen til møde i Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser, som er oprettet med hjemmel i artikel 19 i forordning nr. 4064/89. Mødet fandt sted den 22. juni 2000, og udvalget afgav sin udtalelse samme dag.

12 Den 26. juni 2000 rejste kommissionsmedlemmet med ansvar for konkurrencesager, M. Monti, til Washington (De Forenede Stater) for at mødes med repræsentanter for Department of Justice (det amerikanske justitsministerium, herefter »DoJ«). M. Monti erklærede under en pressekonference i Washington, at han ville foreslå Kommissionen at forbyde den planlagte fusion.

13 Den 27. juni 2000 fremsendte de anmeldende parter pr. telefax to skrivelser til Kommissionen, modtaget af denne samme dag, hvorved de formelt trak dels det tilsagn, som var blevet afgivet den 8. juni 2000, dels anmeldelsen af 11. januar 2000, tilbage. Den anden skrivelse indeholdt følgende erklæring:

»Parterne agter ikke længere at gennemføre den påtænkte fusion i den form, som fremgår af anmeldelsen. Såfremt parterne senere måtte beslutte sig for at fusionere deres aktiviteter i en anden form, vil de indgive de nødvendige anmeldelser i henhold til de regler, som gælder på fusionsområdet.«

14 Samme dag anlagde DoJ ved District Court of Columbia (distriktsretten i Columbia) et formelt søgsmål mod WorldCom og Sprint med påstand om, at det blev fastslået, at deres fusionsplan var i strid med Clayton Antitrust Act 1914 (amerikansk konkurrencelov af 1914) og om, at der blev nedlagt et permanent forbud mod, at disse virksomheder gennemførte den omhandlede fusionsaftale. Til støtte for søgsmålet anførte DoJ, at aftalen ville få konkurrencebegrænsende virkninger på markedet for levering af basisinternetydelser samt på en række andre markeder.

15 Den 27. juni 2000 offentliggjorde Sprint desuden på sin hjemmeside en pressemeddelelse vedrørende den af DoJ anlagte sag. Pressemeddelelsen afsluttedes med disse ord:

»Sprint håber, at der kan findes en fornuftig løsning på fusionen. De fordele, som fusionen vil medføre for offentligheden, er for store til at give afkald på.«

16 Endnu samme dag lagde ABC News følgende kommentar på sin hjemmeside:

»[...] de erklæringer, som de to virksomheder har offentliggjort, synes at vise, at de ikke helt har opgivet den planlagte storfusion til en værdi af 128 mia. USD. WorldComs talsmand, Peter Lucht, har ikke villet bekræfte, at det offentlige købstilbud er lukket. »Sagen verserer stadig for de amerikanske myndigheder« siger Peter Lucht.«

17 Den 28. juni 2000 vedtog Kommissionen beslutning 2003/790/EF om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (EUT 2003 L 300, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«), bl. a. på grundlag af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89.

18 I betragtning 410 til den anfægtede beslutning konkluderede Kommissionen, at den planlagte fusion »vil føre til enten skabelse af en dominerende stilling [...]* eller styrkelse af en dominerende stilling [...]* på markedet for udbud af maksimal eller universel konnektivitet, som bevirker, at konkurrencen hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet som omhandlet i fusionsforordningens artikel 2, stk. 3«. Kommissionen anførte derimod, i betragtning 302 til den anfægtede beslutning, at den havde »beslutte[t] ikke at videreføre sin indsigelse vedrørende markedet for udbud af globale teletjenester«. I betragtning 303-315 til den anfægtede beslutning frafaldt Kommissionen desuden sine klagepunkter vedrørende det internationale taletelefonimarked.

19 De anmeldende parter blev samme dag underrettet om den anfægtede beslutning.

20 Den 13. juli 2000 meddelte de anmeldende parter i pressemeddelelser, at de på baggrund af DoJ's indvendinger havde opgivet deres fusionsplaner.

Retsforhandlingerne

21 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. september 2000 har sagsøgeren anlagt denne sag.

22 Retten (Første Afdeling) har opfordret sagsøgeren til i replikken at udtale sig om, hvorvidt selskabet på baggrund af Rettens dom af 25. marts 1999, Gencor mod Kommissionen (sag T-102/96, Sml. II, s. 753), og af 15. december 1999, Kesko mod Kommissionen (sag T-22/97, Sml. II, s. 3775), fortsat har retlig interesse i søgsmålet, i betragtning af, at fusionsplanerne endelig blev opgivet efter indgriben fra DoJ. Sagsøgeren har efterkommet denne opfordring og Kommissionen har ligeledes tilkendegivet sin stillingtagen til dette spørgsmål i duplikken.

23 Ved kendelse af 16. maj 2001 har formanden for Rettens Første Afdeling givet Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for henholdsvis sagsøgerens og Kommissionens påstande.

24 Den 21. juli 2002 anmeldte WorldCom og hovedparten af selskabets amerikanske datterselskaber i henhold til kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code (den amerikanske konkurslov) en betalingsstandsning til Bankruptcy Court for the Southern District of New York (skifteretten for den sydlige del af New York).

25 I skrivelse af 4. oktober 2002 fra Rettens Justitskontor blev sagsøgeren opfordret til at udtale sig om, hvilken betydning denne udvikling eventuelt ville få for den sag, som verserer ved Retten, og til at tilkendegive, om selskabet stadig mente at have interesse i påstanden om annullation af den anfægtede beslutning, set i lyset af de kriterier, Retten havde opstillet i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor, nærmere bestemt om det fortsat mente at have mulighed på et senere tidspunkt at kunne gennemføre den fusion, som ved den anfægtede beslutning var blevet erklæret uforenelig med fællesmarkedet, eller en anden lignende sammenslutning, såfremt den anfægtede beslutning blev annulleret i overensstemmelse med den nedlagte påstand. Sagsøgeren blev desuden opfordret til at fremlægge den virksomhedsplan (business plan), som kræves i henhold til kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code, så snart denne var accepteret af kreditorerne og godkendt af den kompetente amerikanske domstol. Sagsøgeren har efterkommet disse opfordringer ved skrivelser af 21. oktober 2002, 2. maj 2003, 9. juli 2003, 17. december 2003 og 11. marts 2004.

26 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret fra det nye retsår, er den refererende dommer blevet tilknyttet Anden Afdeling, som den foreliggende sag følgelig er blevet henvist til.

27 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Anden Afdeling) besluttet at åbne den mundtlige forhandling og foreløbigt at afholde et særligt retsmøde med det formål at behandle de spørgsmål om formaliteten, retlig interesse og Kommissionens beføjelse til at vedtage den anfægtede beslutning, som den foreliggende sag rejser.

28 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 30. marts 2004.

Parternes påstande

29 Sagsøgeren har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30 Kommissionen har, støttet af Den Franske Republik, nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

Parternes argumenter

31 I replikken har sagsøgeren først anført, at det var på foranledning af M. Montis udtalelser under pressemødet den 26. juni 2000 (jf. præmis 12 ovenfor), at de anmeldende parter dagen efter trak deres anmeldelse tilbage og formelt underrettede Kommissionen om, at de havde opgivet at gennemføre den påtænkte fusion som anmeldt. For så vidt angår den procedure, som den 27. juni 2000 blev iværksat af DoJ ved District Court of Columbia (jf. præmis 14 ovenfor), har sagsøgeren anført, at denne — til forskel fra den anfægtede beslutning, som er vedtaget den 28. juni 2000 — ikke havde bindende retsvirkninger. Efter sagsøgerens opfattelse er det derfor ikke korrekt at hævde, at fusionsplanerne blev opgivet »efter indgriben« fra DoJ.

32 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at selskabet har en interesse i at påstå annullation af den anfægtede beslutning, set i lyset af de kriterier, Retten har opstillet i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor (præmis

41-45) og i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor (præmis 57-64). I denne forbindelse har sagsøgeren nærmere bestemt anført, at fusionsplanerne blev opgivet af de anmeldende parter, da det blev åbenbart, at Kommissionen ville erklære fusionen uforenelig med fællesmarkedet. Den omstændighed, at Kommissionens vurdering var blevet offentligt kendt inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og den omstændighed, at de anmeldende parter handlede ud fra deres kendskab til den anfægtede beslutning inden dens formelle vedtagelse, fratager ikke det sagsøgende selskab dets interesse i at påstå beslutningen annulleret.

33 Sagsøgeren har ligeledes med henvisning til Domstolens dom af 23. april 1986, Les Verts mod Parlamentet (sag 294/83, Sml. s. 1339, præmis 23), påberåbt sig sin grundlæggende ret til domstolsbeskyttelse, som er sikret såvel i EF-traktaten som i artikel 16 og 21 i forordning nr. 4064/89. Sagsøgeren har bl.a. anført, at den effektive domstolskontrol med Kommissionens skønsbeføjelse i henhold til forordning nr. 4064/89 i et retssamfund under ingen omstændigheder kan være berørt af den omstændighed, at der verserer retlige procedurer for andre retsinstanser, så meget desto mere som den anfægtede beslutning i den foreliggende sag udgør den eneste retlige hindring for den planlagte fusion.

34 I sine bemærkninger af 21. oktober 2002 har sagsøgeren som svar på Rettens spørgsmål af 4. oktober 2002 (jf. præmis 25 ovenfor) i det væsentlige anført, at den omstændighed, at selskabet nu er omfattet af beskyttelsen i henhold til kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code, ikke i retlig henseende har nogen betydning for fortsættelsen af nærværende sag, og at dets interesse i at opnå annullation af den anfægtede beslutning nu er endnu større end tidligere, på baggrund af de kriterier, Retten har opstillet i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor. Sagsøgeren har desuden særligt anført, at selskabet på grund af de strukturelle problemer med hensyn til overkapacitet, nedgang i efterspørgslen mv., som siden år 2000 er opstået inden for telekommunikationssektoren, vil have endnu bedre chancer end før for at gennemføre den fusion, som blev erklæret uforenelig med fællesmarkedet ved den anfægtede beslutning, eller en anden lignende sammenslutning, hvis beslutningen bliver annulleret i overensstemmelse med den af sagsøgeren nedlagte påstand.

35 I sine supplerende bemærkninger af 2. maj 2003 har sagsøgeren bl.a. henvist til U.S. Bankruptcy Courts forventede snarlige godkendelse af selskabets endelige rekonstruktionsplan og anført, at selskabet forventede, at proceduren i henhold til kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code ville kunne afsluttes i løbet af de sidste fire måneder af 2003. Ifølge sagsøgeren ville betalingsstandsningens afslutning hverken få betydning for selskabets interesse i en hurtig afgørelse af nærværende sag eller for de rettigheder, som måtte følge af en dom, hvorved selskabet fik medhold i sine påstande.

36 Som bilag til sagsøgerens supplerende bemærkninger af 9. juli 2003, 17. december 2003 og 11. marts 2004 har selskabet fremlagt henholdsvis en kopi af U.S. Bankruptcy Courts kendelse af 7. juli 2003, hvorved sagsøgerens forslag til endelig afvikling af mellemværendet med U.S. Securities and Exchange Commission (amerikansk børskommission) blev godkendt, en kopi af denne retsinstans' kendelse af 31. oktober 2003, hvorved sagsøgerens rekonstruktionsplan af 21. oktober 2003 blev godkendt, og en kopi af samme retsinstans' kendelse af 25. februar 2004, hvorefter den frist, som er indrømmet sagsøgeren med henblik på at efterkomme visse af de betingelser, som er fastsat i rekonstruktionsplanen, blev forlænget.

37 I duplikken har Kommissionen anført, at Retten i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor, har lagt betydelig vægt på de faktiske omstændigheder, hvorunder søgsmålet blev anlagt, samt på de faktiske omstændigheder, hvorunder den planlagte fusion blev opgivet.

38 Kommissionen har understreget, at Retten i præmis 45 i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor, har anført, at bortfald af grundlaget for en fusion ikke »i sig selv« er en omstændighed, der kan udelukke legalitetskontrol af en kommissionsbeslutning. Retten har ifølge Kommissionen uddybet denne udtalelse i dommen i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor (præmis 61-64), idet den efter en gennemgang af årsagerne til, at sagsøgeren havde opgivet den planlagte fusion, fastslog, at der ikke var tale om en frivillig opgivelse af fusionen, men at opgivelsen var en direkte konsekvens af den anfægtede beslutning, og at søgsmålet derfor kunne antages til realitetsbehandling.

39 Kommissionen har heraf udledt, at årsagerne til, at de anmeldende parter opgav deres fusionsplaner, sammen med andre omstændigheder, faktisk kan føre til, at Retten må betragte sig som inkompetent. Kommissionen har gjort gældende, at hvis de anmeldende parter traf denne beslutning af grunde, som ikke har sammenhæng med den anfægtede beslutning, må det være rimeligt heraf at udlede, at sagsøgeren ikke har en tilstrækkelig interesse i søgsmålets udfald, hvorfor dette skal afvises.

40 I den foreliggende sag har WorldCom og Sprint selv klart og tydeligt anført, at de opgav deres fusionsplaner af grunde, som ikke havde noget med den anfægtede beslutning at gøre. Det følger således af deres udtalelser, at det udelukkende var på grund af DoJ's modstand, at planerne blev opgivet. Kommissionen har nærmere bestemt henvist til følgende uddrag af den pressemeddelelse, som såvel sagsøgeren som Sprint offentliggjorde den 13. juli 2000 (jf. præmis 20 ovenfor):

»De to virksomheder [WorldCom og Sprint] er enige om, at de forskellige betingelser, som [DoJ] til slut har opstillet, sætter de økonomiske fordele ved fusionen og de fordele, som kunderne kunne få heraf, over styr. Da [DoJ] har udtalt, at myndigheden ikke før næste år vil være klar til at indlede en sag på grundlag af dens teorier vedrørende fusionen, har virksomhederne besluttet, at det hverken vil være i aktionærernes, kundernes eller medarbejdernes interesse at kaste sig ud i en endeløs procedure.«

41 Under disse betingelser er det ikke korrekt, når sagsøgeren hævder, at den sag, som var anlagt af DoJ ved District Court of Columbia ikke kunne være årsag til selskabets beslutning om at opgive fusionsplanerne, fordi denne sag ikke havde bindende retsvirkninger.

42 Kommissionen har konkluderet, at opgivelsen af fusionsplanerne ikke var en direkte konsekvens af den anfægtede beslutning, at dommen i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 22, er irrelevant, og at sagen skal afvises.

43 Kommissionen har i øvrigt anført, at Retten i dommen i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor (præmis 55), bl.a. har rejst spørgsmålet, om fusionsplanerne stadig var aktuelle på tidspunktet for sagsanlægget, med henblik på at afgøre, om der var en eksisterende og aktuel interesse i en annullation af den anfægtede beslutning. I den foreliggende sag var fusionsplanerne blevet opgivet i juli 2000, dvs. længe før sagens anlæg den 27. september 2000.

Rettens bemærkninger

44 Et annullationssøgsmål, der anlægges af en fysisk eller juridisk person, kan ifølge fast retspraksis kun admitteres, såfremt sagsøgeren har en retlig interesse i, at den pågældende retsakt annulleres. En sådan interesse forudsætter, at en annullation af den pågældende retsakt i sig selv kan have retsvirkninger (Domstolens dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 21; Rettens dom af 14.9.1995, forenede sager T-480/93 og T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2305, præmis 59 og 60 og de deri nævnte afgørelser, og af 20.6.2001, sag T-188/99, Euroalliages mod Kommissionen, Sml. II, s. 1757, præmis 26), eller — sagt med andre ord — at søgsmålet kan admitteres, såfremt det med sit resultat kan tilføre sagsøgeren en fordel (Domstolens dom af 13.7.2000, sag C-174/99 P, Parlamentet mod Richard, Sml. I, s. 6189, præmis 33, og af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 21).

45 For så vidt angår afvisning af sagen, fordi ufravigelige procesforudsætninger ikke er opfyldt (Domstolens kendelse af 28.11.1985, sag 19/85, Grégoire-Foulon mod Parlamentet, Sml. s. 3771, og af 7.10.1987, sag 108/86, D.M. mod Rådet og ØSU, Sml. s. 3933; Rettens dom af 18.2.1993, sag T-45/91, McAvoy mod Parlamentet, Sml. II, s. 83, præmis 22), kan Fællesskabets retsinstanser foretage en sådan af egen drift (Domstolens dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319).

46 Inden for forordning nr. 4064/89's anvendelsesområde har Retten i dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 22 (præmis 41-45), fastslået, at en virksomhed, som er part i en planlagt fusion, bevarer en interesse i et søgsmål med påstand om annullation af Kommissionens beslutning om at erklære denne fusion uforenelig med fællesmarkedet, selv om den som følge af bortfald af det kontraktmæssige grundlag for fusionen ikke længere kan gennemføres, heller ikke, selv om Retten afgør sagen til sagsøgerens fordel. Retten tog herved bl.a. hensyn til de aktuelle og fremtidige konsekvenser af annullationen af en sådan beslutning i medfør af artikel 233 EF, samt til kravene om domstolskontrol af lovligheden af de retsakter, Kommissionen vedtager i henhold til forordning nr. 4064/89.

47 I forbindelse med en anvendelse af disse principper på et tilfælde, hvor en planlagt fusion var blevet opgivet, har Retten i dommen i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 22 (præmis 61-65), tilføjet, at når det fremgår af de konkrete omstændigheder i sagen, at opgivelsen ikke har været frivillig, men en »direkte konsekvens« af Kommissionens beslutning, bevarer den berørte virksomhed sin interesse i et søgsmål med påstand om annullation af denne beslutning.

48 I modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet (jf. præmis 43 ovenfor), kan denne retspraksis ikke begrænses til alene at omfatte tilfælde, hvor fusionen opgives efter sagens anlæg. Den nævnte retspraksis bygger nemlig på den forudsætning, at såfremt en virksomhed blot opfylder sin forpligtelse til at efterkomme en kommissionsbeslutning, kan dette ikke på nogen måde bevirke, at virksomhedens interesse i at påstå beslutningen annulleret bortfalder (dommen i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt i præmis 22 ovenfor, præmis 59). En sådan forpligtelse er en integrerende del af en beslutnings karakter af en beslutning, hvilket fremgår af artikel 249, stk. 4, EF. Den eksisterer derfor forud for og uafhængigt af et sagsanlæg, idet den omstændighed, at sagsanlægget ikke har opsættende virkning i øvrigt begrunder, at søgsmålsinteressen bevares i tilfælde af, at fusionen opgives, mens sagen verserer (Domstolens dom af 19.9.1985, forenede sager 172/83 og 226/83, Hoogovens Groep mod Kommissionen, Sml. s. 2831, præmis 19).

49 I den foreliggende sag er bortfaldet af det kontraktmæssige grundlag for fusionen efter at parterne havde opgivet deres fusionsplaner således ikke i sig selv en omstændighed, der kan udelukke legalitetskontrol af den anfægtede beslutning.

50 Det kan dog hævdes, at den foreliggende sag på to punkter afviger fra de sager, som gav anledning til dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og dommen i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 22. For det første har sagsøgeren selv, om end dette er delvist bestridt af Kommissionen, anført, at den omhandlede fusion blev opgivet allerede den 27. juni 2000, dvs. før den anfægtede beslutnings vedtagelse. For det andet har Kommissionen anført, at opgivelsen snarere skyldtes DoJ's modstand end Kommissionens egne handlinger. Begge punkter rejser spørgsmålet, om opgivelsen af den omhandlede fusion kan anses for en »direkte konsekvens« af den anfægtede beslutning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i dommen i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 22, og om, hvilket konsekvenser denne forskel eventuelt vil få i den foreliggende sag for spørgsmålet om sagsøgerens søgsmålsinteresse.

51 For så vidt angår det første af disse to punkter bemærkes, at de anmeldende parter i skrivelse af 27. juni 2000 over for Kommissionen formelt erklærede, at de trak anmeldelsen tilbage, og at de »ikke længere [agtede] at gennemføre den påtænkte fusion i den form, som fremg[ik] af anmeldelsen«.

52 Retten kan for det første konstatere, at denne erklæring blev afgivet umiddelbart efter de bemærkninger, M. Monti havde ladet falde til pressen den 26. juni 2000, hvoraf det fremgik, at han ville foreslå Kommissionen at forbyde den planlagte fusion, og for det andet, at det er åbenbart, at formålet med erklæringen var at undgå vedtagelsen af den anfægtede beslutning, der var optaget som et punkt på dagsordenen til Kommissionens møde den 28. juni 2000.

53 I betragtning 12 til den anfægtede beslutning afviste Kommissionen imidlertid at anse denne erklæring for en formel tilbagetrækning af anmeldelsen af fusionsaftalen. Kommissionen anså sig derfor for kompetent til at træffe afgørelse vedrørende aftalen på trods af den omhandlede erklærings ordlyd.

54 Retten finder, at disse betragtninger i sig selv tilstrækkeligt begrunder sagsøgerens interesse i at opnå annullation af en beslutning, som er rettet til selskabet, og som det forgæves forsøgte at forhindre vedtagelsen af ved afgivelse af en formel erklæring om, at den anmeldte fusion, som er genstand for beslutningen, var blevet opgivet. Det bemærkes i denne forbindelse, at et af sagsøgerens hovedanbringender til støtte for annullationspåstanden er, at Kommissionen savnede kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning efter tilbagetrækningen af anmeldelsen den 27. juni 2000.

55 Det skal tilføjes, at så længe den anfægtede beslutning — som, indtil den måtte blive annulleret af Fællesskabets retsinstanser, er omfattet af en gyldighedsformodning (Domstolens dom af 1.4.1982, sag 11/81, Dürbeck mod Kommissionen, Sml. s. 1251, præmis 17) — består, er sagsøgeren retligt forhindret i at fusionere med Sprint, i hvert fald i den form og på de betingelser, som er angivet i anmeldelsen, såfremt selskabet senere på ny måtte nære ønske herom.

56 Den omstændighed, at sagsøgeren ikke nødvendigvis nærer et ønske herom, eller at selskabet måske ikke fører det ud i livet, er i denne forbindelse en ganske subjektiv omstændighed, som ikke kan tages i betragtning ved vurderingen af, som selskabet har retlig interesse i et søgsmål om annullation af en retsakt, som ubestrideligt har bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af selskabets retsstilling (Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9, og af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1375, præmis 62; Rettens dom af 4.3.1999, sag T-87/96, Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, Sml. II, s. 203, præmis 37, og af 22.3.2000, forenede sager T-125/97 og T-127/97, Coca-Cola mod Kommissionen, Sml. II, s. 1733, præmis 77).

57 Det må derfor fastslås, at sagsøgeren har godtgjort at have en tilstrækkelig interesse i en annullation af den anfægtede beslutning selv såfremt selskabet, som det har anført, reelt opgav at gennemføre den omhandlede fusion dagen før vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

58 For så vidt angår det andet af de to punkter, som er nævnt i præmis 50 ovenfor, bemærkes, at det er korrekt, at den formelle tilbagetrækning af anmeldelsen og opgivelsen af den planlagte fusion »i den form, som fremg[ik] af anmeldelsen«, som blev foretaget ved en telefax fra de anmeldende parter til sekretariatet for Kommissionens Task-Force »Kontrol med virksomhedssammenslutninger« i Bruxelles den 27. juni 2000 kl. 17.25 (jf. bilag 3 til stævningen, s. 185), med hensyn til dato og endda praktisk taget med hensyn til klokkeslæt — når tidsforskellen tages i betragtning — faldt sammen med offentliggørelsen af DoJ's sagsanlæg ved District Court of Columbia, som blev foretaget i Washington om formiddagen den 27. juni 2000 (jf. bilag 1 og 11 til svarskriftet). De anmeldende parter har desuden selv anført (jf. deres pressemeddelelse af 13.7.2000, nævnt i præmis 40 ovenfor), at den endelige opgivelse af fusionsplanerne skete som en følge af den sag, som DoJ havde anlagt ved District Court of Columbia.

59 Imidlertid bemærkes, at selv om det antages, at DoJ's modstand har været bestemmende for den anmeldende parters beslutning om at opgive den omhandlede fusion, udgør den anfægtede beslutning, som sagsøgeren med rette har anført, ikke desto mindre for øjeblikket den eneste aktuelle og utvivlsomme retlige hindring for gennemførelsen af denne fusion, såfremt de anmeldende parter på ny måtte ønske at fusionere i den form og på de betingelser, som var beskrevet i anmeldelsen, eftersom den sag, som var anlagt af DoJ ved District Court of Columbia, ikke førte til nedlæggelse af et forbud, men derimod på frivilligt grundlag blev hævet af DoJ den 13. juli 2000.

60 Det kan desuden ikke udelukkes, at de anmeldende parter ville have valgt at føre sagen ved District Court of Columbia, hvis Kommissionen ikke havde vedtaget den anfægtede beslutning.

61 Under disse omstændigheder, og i betragtning af det grundlæggende princip om, at det i et retssamfund med passende midler skal sikres, at lov og ret overholdes (Domstolens dom af 29.4.2004, sag C-496/99 P, Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta, Sml. I, s. 3801, præmis 63), finder Retten ikke, at den foreliggende sag adskiller sig så meget fra de sager, som gav anledning til dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og i sagen Kesko mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 22, at det begrunder en anden bedømmelse af sagsøgerens søgsmålsinteresse på tidspunktet for sagens anlæg.

62 For så vidt angår de omstændigheder, som kan have haft indflydelse på denne interesses fortsatte bestående efter sagens anlæg, finder Retten, at de bemærkninger, som er afgivet af sagsøgeren den 21. oktober 2002, den 2. maj 2003, den 9. juli 2003, den 17. december 2003 og den 11. marts 2004, giver grundlag for at antage, at rekonstruktionen af selskabet forløber tilfredsstillende.

63 Sagsøgeren har i øvrigt anført i sine indlæg og gentaget under retsmødet, uden at være blevet modsagt heri af Kommissionen, at selskabets forretningsområde ikke er blevet ændret siden sagens anlæg og at selskabet stadig kan gennemføre en fusion af samme slags som den, der er blevet erklæret uforenelig med fællesmarkedet ved den anfægtede beslutning.

64 Retten finder herefter, at sagsøgeren har bevaret en tilstrækkelig interesse i nærværende sags fortsættelse.

Kommissionens kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning

65 Sagsøgeren har til støtte for sine påstande i det væsentlige fremsat to anbringender om annullation, som vedrører Kommissionens manglende kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning.

66 Med det første anbringende, som falder i to dele, har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke var beføjet til at vedtage den anfægtede beslutning, eftersom den planlagte fusion ikke var af fællesskabsdimension, hverken på tidspunktet for indledningen af undersøgelsen (første del), eller — efter at omstændighederne havde ændret sig væsentligt – på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen (andet led).

67 Med det andet anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke var beføjet til at vedtage den anfægtede beslutning, eftersom de anmeldende parter formelt havde trukket deres anmeldelse tilbage, og fordi de havde underrettet Kommissionen om, at de havde opgivet at gennemføre fusionen i den i anmeldelsen beskrevne form.

68 Retten har besluttet først at undersøge dette andet anbringende om Kommissionens manglende kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning, efter at anmeldelsen var blevet trukket tilbage, og fusionen var blevet opgivet i den i anmeldelsen beskrevne form.

Parternes argumenter

69 Sagsøgeren har støttet af den tyske regering gjort gældende, at Kommissionen ved at vedtage den anfægtede beslutning den 28. juni 2000 har overskredet sine beføjelser, idet de anmeldende parter den 27. juni 2000 formelt havde trukket deres anmeldelse tilbage og havde underrettet Kommissionen om, at de ikke ville gennemføre den planlagte fusion, således som den var beskrevet i anmeldelsen, samt om, at de, såfremt de senere måtte beslutte sig for at fusionere deres aktiviteter under en anden form, ville indgive de fornødne anmeldelser i henhold til de regler, som gælder på fusionsområdet.

70 Med henvisning til, at Kommissionen i betragtning 12 til den anfægtede beslutning bl.a. har begrundet sin kompetence med den omstændighed, at de anmeldende parters meddelelse af 27. juni 2000 ikke udgjorde en formel ophævelse af den fusionsaftale, som var indgået den 4. oktober 1999, og som var genstand for anmeldelsen, har sagsøgeren anført, at dette er en kunstig fortolkning, som strider mod det, som fornuftigvis kan udledes af denne meddelelses ordlyd. For så vidt angår de anmeldende parters pressemeddelelser, som Kommissionen har henvist til i svarskriftet til støtte for sin antagelse om, at disse parter ikke havde opgivet at gennemføre fusionsplanerne som anmeldt (jf. præmis 15, 16 og 20 ovenfor), er der ikke noget i den anfægtede beslutning, som tyder på, at Kommissionen har taget hensyn hertil i sin bedømmelse. Under alle omstændigheder strider disse pressemeddelelse ikke på nogen måde imod de anmeldende parters meddelelse til Kommissionen den 27. juni 2000.

71 Sagsøgeren har desuden gjort gældende, at for så vidt som Kommissionen var af den opfattelse, at anmeldelsen af den påtænkte fusion kun kunne trækkes tilbage, hvis parterne formelt ophævede fusionsaftalen, har den handlet urimeligt, uforholdsmæssigt og i strid med sin egen administrative praksis, og dermed i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning (Domstolens dom af 12.11.1987, sag 344/85, Ferriere San Carlo mod Kommissionen, Sml. s. 4435, af 5.10.1988, sag 129/87, Fingruth, Sml. s. 6121, præmis 14-16, og af 14.11.1989, sag 14/88, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 3677, præmis 28-31). Sagsøgeren er således af den opfattelse, at de anmeldende parter efter deres meddelelse af 27. juni 2000 med rette kunne forvente, at Kommissionen — i overensstemmelse med dens hidtidige administrative praksis, som er blevet offentliggjort i omkring tyve andre sager — ikke ville vedtage en materiel beslutning vedrørende den anmeldte fusion.

72 Kommissionen har gjort gældende, at den blotte omstændighed, at anmeldelsen er blevet trukket tilbage, ikke er tilstrækkelig til, at den berøves sin kompetence i henhold til forordning nr. 4064/89. Det er ifølge Kommissionen kun såfremt de anmeldende parter også opgiver at gennemføre den påtænkte fusion, at Kommissionen bliver inkompetent.

73 Det følger såvel af forordning nr. 4064/89's ånd som bogstav, og navnlig af niende og syttende betragtning til forordningen samt dens artikel 2, stk. 2, artikel 4, artikel 7, stk. 1 og 5, artikel 8, stk. 4, og artikel 11, at Kommissionens kompetence ikke er

begrænset til at begrænset til kun at omfatte anmeldte transaktioner, idet anmeldelsen blot er et redskab, som skal fremme udøvelsen af en kompetence, som Kommissionen under alle omstændigheder har, og som ikke udelukkende kan afhænge af parternes vilje (Rettens dom af 24.3.1994, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 121, præmis 53). Kommissionen finder således, at eftersom den udøver kontrol med fusionerne uafhængigt af en eventuel forudgående anmeldelse, kan parterne i en anmeldt fusion omvendt ikke fratage Kommissionen dens kompetence ved at trække deres anmeldelse tilbage, medmindre de også opgiver deres fusionsplaner. Ud fra denne synsvinkel udsætter tilbagetrækningen af anmeldelsen desuden de anmeldende parter for at blive pålagt bøder i medfør af forordning nr. 4064/89, medmindre den påtænkte fusion opgives.

74 I den foreliggende sag er det åbenbart, at de anmeldende parter den 28. juni 2000 endnu nærede håb om, at den påtænkte fusion kunne gennemføres. Dette følger klart af de pressemeddelelser, som de anmeldende parter offentliggjorde dagen før, de trak anmeldelsen tilbage (jf. præmis 15 og 16 ovenfor). I denne forbindelse har Kommissionen anført, at hvis en beslutning, der er så vigtig som opgivelsen af en planlagt fusion, faktisk var blevet truffet, ville parterne ikke have undladt at meddele dette ved denne lejlighed. Deres meddelelse af 27. juni 2000 til Kommissionen var således ikke alvorligt ment og bør ikke tages bogstavelig, så meget desto mindre fordi de anmeldende parter først den 13. juli 2000 meddelte de amerikanske tilsynsmyndigheder, at de agtede at opgive fusionsplanerne (jf. præmis 20 ovenfor). Kommissionen har heraf udledt, at fusionsplanerne stadig var aktuelle på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

75 Hvad angår Kommissionens tidligere administrative praksis har Kommissionen præciseret, at det for alle de sager, som sagsøgeren har påberåbt sig, gælder, at den anmeldte fusion var blevet opgivet inden den henlagde sagen. I ingen af disse sager har Kommissionen anset den blotte tilbagetrækning for tilstrækkelig. Den har tværtimod i to sager forlangt, at parterne — som ikke havde gjort dette af sig selv — skulle fremlægge beviser for, at fusionen faktisk var blevet opgivet. I den foreliggende sag har de anmeldende parter ikke fremsendt nogen form for dokumentbevis eller andet bevis, som støtter deres påstand om, at de ikke længere agtede at gennemføre den påtænkte fusion.

76 Kommissionen tager under alle omstændigheder afstand fra antagelsen om, at dens egen administrative praksis, som består i en række individuelle beslutninger, skulle kunne skabe en berettiget forventning. En sådan forventning må ifølge Kommissionen i det mindste kunne støttes på en almengyldig meddelelse. Kommissionen finder ligeledes, at det følger af almindelig sund fornuft, at den omstændighed, at Kommissionen fraviger en praksis, den har fulgt i en række tidligere beslutninger, ikke i sig selv kan anses for en urimelig eller uforholdsmæssig adfærd.

77 Kommissionen har i duplikken endelig gjort gældende, at dommen i sagen Ferriere San Carlo mod Kommissionen og Fingruth-dommen, nævnt i præmis 71 ovenfor, ikke har nogen relevans i den foreliggende sag. I begge domme blev det fastslået, at der forelå et hul i fællesskabslovgivningen, hvilket vedkommende fællesskabsinstitution havde rådet bod på gennem en fast administrativ praksis. I den foreliggende sag er der ingen huller i lovgivningen, dvs. forordning 4064/89, og sagsøgeren har i realiteten påberåbt sig en såkaldt berettiget forventning om, at Kommissionen ikke udøver de beføjelser, den har i henhold til denne forordning.

Rettens bemærkninger

78 Det skal først afgøres, hvilken rækkevidde, den skrivelse af 27. juni 2000, der er nævnt i præmis 13 ovenfor, må tillægges, hvorved de anmeldende parter formelt trak deres anmeldelse af 11. januar 2000 tilbage og over for Kommissionen erklærede, at de »ikke længere [agtede] at gennemføre den påtænkte fusion i den form, som fremg [ik] af anmeldelsen«.

79 Som det fremgår af ordlyden af denne erklæring, og i modsætning til, hvad sagsøgeren har gjort gældende under denne sag, indebærer den principielt ikke en fuldstændig opgivelse af enhver tanke eller plan om en fusion mellem WorldCom og Sprint, men kun en opgivelsen af den påtænkte fusion »i den form, som fremgår af anmeldelsen«. Muligheden for en »senere« fusion »i en anden form« er i øvrigt

udtrykkeligt nævnt i samme skrivelse, om end det blot er som en hypotetisk mulighed (»[i]nsofar as« — »[s]åfremt«). Sprints pressemeddelelse og udtalelserne fra WorldComs talsmand den samme dag, som er nævnt i præmis 15 og 16 ovenfor, bekræfter også, at de anmeldende parter på dette tidspunkt stadig nærede et vist håb om at fusionere deres aktiviteter i en eller anden form, til trods for DoJ's og Kommissionens modstand mod projektet. Det var således først i pressemeddelelsen af 13. juli 2000, at de anmeldende parter offentligt meddelte, at de endeligt havde opgivet den påtænkte fusion.

80 Det spørgsmål, som dette anbringende rejser, er derfor, om Kommissionen under de foreliggende omstændigheder havde kompetence til at vedtage en beslutning u medfør af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, hvorved den anmeldte fusion blev erklæret uforenelig med fællesmarkedet, når de anmeldende parter, selv om de ikke formelt havde opgivet den påtænkte fusion, dog offentligt havde erklæret, at de trak anmeldelsen tilbage, og at de ikke længere agtede at gennemføre fusionen i den form, som fremgik af anmeldelsen, samtidig med at de forbeholdt sig muligheden for senere at fusionere deres aktiviteter i en anden form.

81 I denne forbindelse skal det først og fremmest bemærkes, at den omhandlede planlagte fusion, i den form, som fremgik af anmeldelsen, var den, som var konkret afgrænset og beskrevet i den fusionsaftale og fusionsplan, som blev underskrevet af WorldCom og Sprint den 4. oktober 1999, hvorved alle andre former for fusion, som teoretisk ville kunne indgås mellem disse parter, kan udelukkes.

82 I betragtning af den konkrete form, som denne fusion har fået i anmeldelsen, kan erklæringen fra de anmeldende parter af 27. juni 2000, underskrevet af de advokater, som var givet behørig fuldmagt til at repræsentere parterne for Kommissionen, kun fortolkes således, at den indebar, at den fusionsaftale og fusionsplan, som parterne havde indgået og anmeldt i henhold til artikel 4 i forordning nr. 4064/89, var bortfaldet.

83 Under disse omstændigheder finder Retten, at den sondring mellem anmeldelsens tilbagetrækning og ophævelsen af fusionsaftalen af 4. oktober 1999, som Kommissionen har anlagt i betragtning 12 til den anfægtede beslutning, er overdrevent formalistisk og endda må anses for kunstig.

84 For det første tager denne sondring nemlig ikke hensyn til, at de anmeldende parters skrivelse af 27. juni 2000 ikke kun indebar, at anmeldelsen blev trukket tilbage, men også, at parterne opgav at gennemføre den påtænkte fusion »i den form, som fremg [ik] af anmeldelsen«, og dermed i den form, som fremgik af fusionsaftalen af 4. oktober 1999.

85 For det andet overser denne sondring betydningen af en sådan opgivelse, som nødvendigvis berører virkningen, om ikke gyldigheden, af selve fusionsaftalen. I denne forbindelse bemærkes, at Kommissionens konklusion, hvorefter de anmeldende parters skrivelse af 27. juni 2000 »ikke [var] en formel ophævelse af [fusionsaftalen]«, ikke har logisk sammenhæng med den anmeldende parters meddelelse om, at de »ikke længere [agtede] at gennemføre« denne aftale.

86 I øvrigt bemærkes, at den omstændighed, som er påberåbt af Kommissionen i betragtning 12 til den anfægtede beslutning, hvorefter de anmeldende parter havde forbeholdt sig muligheden for senere at fusionere deres aktiviteter i en anden form, er irrelevant for bedømmelsen af, om der forelå en lovformelig fusionsaftale, som kunne gennemføres af parterne, og som var omfattet af Kommissionens kontrol.

87 Denne omstændighed må desuden snarere af- end bekræfte Kommissionens antagelse, eftersom den viser, at de anmeldende parter anså vedtagelsen af en ny beslutning om at fusionere for en betingelse for, at de i givet fald senere ville kunne gennemføre den påtænkte fusion.

88 I sine indlæg har Kommissionen imidlertid taget de anmeldende parter til indtægt for, at deres meddelelse af 27. juni 2000 »ikke var alvorligt ment«, hvorfor denne »ikke [burde] tages bogstavelig«.

89 Såfremt Kommissionen således vil foreholde de anmeldende parter, at de ikke på denne dato endeligt havde opgivet den påtænkte fusion, er dette klagepunkt velbegrundet (jf. præmis 79), men uden virkning. Det er nemlig ikke tilstrækkeligt, at to virksomheder påtænker at fusionere (eller fortsat påtænker at fusionere), for at der ipso facto opstår (eller fortsat består) en lovformelig fusionsaftale mellem dem, som omhandlet i forordning nr. 4064/89. Kommissionens kompetence kan ikke støttes alene på parternes subjektive hensigt, men afhænger som anført i forordningens artikel 4 af »[fusions-]aftalens indgåelse«. Ligesom Kommissionen ikke har kompetence til at vedtage en beslutning i medfør af forordning nr. 4064/89 før indgåelsen af en sådan aftale, ophører dens kompetence, så snart denne aftale ophæves, også selv om de pågældende virksomheder fortsætter deres forhandlinger med henblik på indgåelse af en aftale »i en anden form«.

90 Såfremt Kommissionen nærmere bestemt vil foreholde de anmeldende parter, at de i hemmelighed har ladet deres fusionsaftale af 4. oktober 1999 forblive i kraft på trods af ordlyden af den meddelelse, som blev offentliggjort den 27. juni 2000, bemærkes, at dette anbringende, som ville kunne tages til følge, savner enhvert bevismæssigt grundlag. Navnlig bemærkes, at der hverken er nogen støtte herfor i Sprints pressemeddelelse eller i udtalelserne fra WorldComs talsmand den 27. juni 2000, selv om det måtte antages, at Kommissionen kunne have taget disse dokumenter, som ikke er nævnt i den anfægtede beslutning, i betragtning.

91 Det følger af det ovenstående, at Kommissionen, på grundlag af de anmeldende parters skrivelse af 27. juni 2000, således som den er gengivet i præmis 80 ovenfor og fortolket i præmis 82-86 ovenfor, burde have fastslået, at den ikke længere havde kompetence til at vedtage en beslutning i medfør af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 om at erklære den »anmeldte fusion« uforenelig med fællesmarkedet, idet der ikke længere var nogen fusions-»aftale« som omhandlet i forordningens artikel 4.

92 Ingen af de øvrige argumenter, som er fremsat af Kommissionen under denne sag, kan ændre på denne vurdering.

93 Det er ganske vist korrekt, som Kommissionen med føje har anført med henvisning til præmis 53 i dommen i sagen Air France mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 73, at dens kompetence ikke er begrænset til kun at omfatte anmeldte transaktioner, idet anmeldelsen blot er et redskab, som skal fremme udøvelsen af en kompetence, som Kommissionen under alle omstændigheder har, og som ikke udelukkende kan afhænge af parternes vilje.

94 I denne forbindelse bemærkes, at den tyske regerings argument, hvorefter en beslutning om uforenelighed, truffet i medfør af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, kun kan vedtages, såfremt fusionen, som eventuelt ikke er anmeldt, allerede er gennemført, og det dermed er nødvendigt at træffe forholdsregler med henblik på en deling som omhandlet i forordningens artikel 8, stk. 4, ikke kan tiltrædes. En sådan fortolkning er i strid med såvel forordning nr. 4064/89's ånd som bogstav, herunder med forordningens artikel 14, stk. 2, litra c).

95 Imidlertid bemærkes, at Kommissionen i forbindelse med sin undersøgelse er forpligtet til at tage hensyn til den retlige og faktiske sammenhæng, fusionen indgår i, og navnlig til de nøjagtige bestemmelser i den ikke anmeldte aftale om gennemførelse af fusionen (jf. analogt hertil, for så vidt angår en undersøgelse foretaget af Kommissionen af egen drift af en ikke anmeldt konkurrencebegrænsende aftale, Rettens dom af 5.4.2001, sag T-16/98, Wirtschaftsvereinigung Stahl m. fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1217, præmis 32 og 33).

96 Selv om det er korrekt, at parterne i en fusionsaftale ikke kan fratage Kommissionen dens kompetence ved at trække deres anmeldelse tilbage, bemærkes således, at det er en betingelse, at Kommissionen i forbindelse med udøvelsen af denne kompetence tager stilling til en faktisk fusion, og ikke til parternes vage intentioner om senere at fusionere deres aktiviteter i en anden form, således som den har gjort det i den foreliggende sag, efter at parterne har trukket anmeldelsen tilbage og opgivet fusionen i den oprindeligt påtænkte form.

97 Kommissionen kan i øvrigt ikke, uden at udsætte sig for risikoen for at begå skønsfejl, som kan have væsentlig indflydelse på dens vurdering af den faktisk omhandlede fusion, støtte sin bedømmelse på bestemmelserne i en aftale, som parterne formelt har erklæret, at de ikke vil gennemføre.

98 I den foreliggende sag måtte meddelelsen af 27. juni 2000 fra de anmeldende parter til Kommissionen i det mindste forstås således, at disse parter ville foretage visse ændringer af den anmeldte fusionsaftale, før den påtænkte fusion eventuelt senere ville kunne gennemføres »i en anden form«, og at denne aftale således ikke længere var udtryk for deres fælles vilje. Det følger heraf, at den vurdering af bestemmelserne i den anmeldte aftale, som Kommissionen har foretaget i den anfægtede beslutning, nødvendigvis overser rækkevidden af den nye fusion, som parterne eventuelt senere ville overveje at foretage.

99 Denne fejl har kunnet have væsentlig betydning for Kommissionens vurdering af fusionen i den anfægtede beslutning. Hvis Kommissionen havde taget hensyn til den faktiske rækkevidde af den fusion, som de anmeldende parter påtænkte at gennemføre i en anden form, er det ikke udelukket, at dens vurdering ville have været anderledes, og at den ville have vurderet, at denne fusion var forenelig med fællesmarkedet (jf. analogt hertil dommen i sagen Wirtschaftsvereinigung Stahl m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 95 ovenfor, præmis 45).

100 I denne sammenhæng skal det ligeledes bemærkes, at de skønsfejl, som Kommissionen eventuelt har begået ved sin fremgangsmåde i denne sag, nemt kunne have været undgået. Der var navnlig ikke nogen bindende frist, som krævede, at den traf en så risikabel beslutning som den anfægtede beslutning i al hast.

101 Som det fremgår af betragtning 11 til den anfægtede beslutning fandt Kommissionen, at den frist, inden for hvilken Kommissionen skulle træffe denne beslutning, og hvorefter transaktionen ville være blevet anset for forenelig med fællesmarkedet i medfør af artikel 10, stk. 6, i forordning nr. 4064/89, udløb onsdag den 12. juli 2000. I svarskriftet har Kommissionen i øvrigt anført, at den samles én gang om ugen, som regel om onsdagen, at beslutninger i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 næsten altid vedtages i henhold til en mundtlig procedure med henblik på at sikre en øget gennemsigtighed, og at det er sædvanligt, at beslutningsudkastet forelægges på det næstsidste møde inden udløbet af fristen i artikel 10, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, således at den samlede Kommission har mulighed for at tage stilling til et ændret udkast, såfremt et flertal blandt medlemmerne har indvendinger mod det første udkast.

102 Kommissionen havde således, hvis den nærede tvivl om rækkevidden af og alvoren bag de anmeldende parters meddelelse af 27. juni 2000, rigelig tid til på sit møde onsdag den 28. juni 2000, at udsætte den formelle vedtagelse af den anfægtede beslutning til onsdag den 5. juli 2000 eller onsdag den 12. juli 2000, samt til i mellemtiden at rette en begæring om oplysninger i medfør af artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, til de anmeldende parter, i givet fald ved en beslutning vedtaget i henhold til artikel 11, stk. 5.

103 Desuden bemærkes, at fristen på højst fire måneder for vedtagelse af en beslutning om uforenelighed i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, hvilken frist er fastsat i forordningens artikel 10, stk. 3, afbrydes ekstraordinært i medfør af forordningens artikel 10, stk. 4, såfremt Kommissionen grundet omstændigheder, der kan tilskrives en i fusionen deltagende virksomhed, har været nødsaget til at kræve en oplysning ved en beslutning vedtaget i henhold til artikel 11. Til disse omstændigheder henregnes bl.a., som anført i gennemførelsesforordningens artikel 9, stk. 1, litra a) og d), den omstændighed, at oplysninger, som Kommissionen i henhold til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 har fremsat begæring om over for en af de anmeldende parter, ikke meddeles i fuld udstrækning inden for den af Kommissionen fastsatte frist, samt den omstændighed, at de anmeldende parter har undladt at underrette Kommissionen om væsentlige ændringer i oplysningerne i anmeldelsen.

104 I den foreliggende sag var Kommissionen således i stand til at sikre sig formelle beviser for, at der faktisk var tale om en ophævelse eller opgivelse af fusionsaftalen, hvilket den selv har indrømmet, at den tidligere har gjort i forbindelse med i hvert fald to andre fusioner (jf. præmis 111 nedenfor), hvis den ikke mente at have modtaget tilstrækkelige oplysninger til at kunne afslutte proceduren på grundlag af de anmeldende parters skrivelse af 27. juni 2000.

105 Kommissionen kan heller ikke påberåbe sig, at den var nødt til at forhindre et eventuelt misbrug af de anmeldende parters meddelelse af 27. juni 2000.

106 Navnlig bemærkes, at der ikke var grundlag for at frygte, at de anmeldende parter fortsat ville søge at gennemføre den påtænkte fusion, enten i den anmeldte form eller i en anden form, efter tilbagetrækningen af anmeldelsen, hvilket ville udgøre en forsætlig overtrædelse af forbuddet i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 4064/89. Som anført af sagsøgeren og den tyske regering ville de anmeldende parter nemlig udsætte sig for at blive pålagt bøder i henhold til artikel 14, stk. 2, litra b), i forordning nr. 4064/89, bøder, som kunne udgøre op til 10% af deres samlede omsætning. Disse bøder har en lige så afskrækkende virkning som de bøder, der er fastsat i forordningens artikel 14, stk. 2, litra c), for de tilfælde, hvor virksomheder gennemfører en fusion, som er erklæret uforenelig med fællesmarkedet ved en beslutning truffet i medfør af artikel 8, stk. 3.

107 På baggrund af det ovenfor anførte må det fastslås, at Kommisionen, ved at vedtage den anfægtede beslutning, selv om de anmeldende parter formelt havde trukket deres anmeldelse tilbage og underrettet Kommissionen om, at de havde opgivet fusionen i den form, som fremgik af anmeldelsen, har overskredet grænserne for sin kompetence i medfør af forordning nr. 4064/89.

108 Under alle omstændigheder bemærkes, at selv om det antages, at Kommissionen ikke havde kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning, således som den har hævdet på grundlag af den sondring, som den har anlagt mellem tilbagetrækningen af anmeldelsen og ophævelsen af fusionsaftalen, har Kommissionen herved uventet fraveget sin faste administrative, offentligt bekendtgjorte praksis. I denne forbindelse bemærkes, at sagsøgeren har henvist til omkring tyve sager, hvori Kommissionen havde givet udtryk for, at det var tilstrækkeligt til, at den kunne afslutte en fusionssag uden at vedtage en materiel beslutning, at de involverede parter havde trukket anmeldelsen tilbage.

109 På baggrund af de meddelelser fra Kommissionen med overskriften »Tilbagetrækning af anmeldelse af en planlagt fusion«, som er de eneste dokumenter, der er offentliggjort i sag nr. IV/M.608, Ericsson/Ascom (EFT 1995 C 292, s. 8), og sag nr. IV/M.680, Kvaerner/Amec (EFT 1996 C 8, s. 4), synes Kommissionen således at have besluttet at henlægge sagen uden at træffe en beslutning samme dag, som de anmeldende parter havde meddelt den, at de havde »udsat gennemførelsen af den anmeldte fusion« og » derfor besluttet at trække anmeldelsen tilbage«.

110 Desuden bemærkes, at i et stort antal andre sager (nr. IV/M.208, Scott/Mölnlycke; nr. IV/M.238, Siemens/Philips Kabel; nr. IV/M.388, Unilever France/Ortiz Miko; nr. IV/M.418, Tractebel/Distrigaz; nr. IV/M.494, Colonia/Lefac/KMK-CCI; nr. IV/M.562, Swissair/Sabena; nr. IV/M.592, RWE-DEA/Enichem Augusta; nr. IV/M.805, Telecom-2; nr. IV/M.852, BASF/Shell; nr. IV/M.888, Metallgesellschaft/AG; nr. IV/M.892, Hochtief/Deutsche Bank/Holzmann; nr. IV/M.905, Schweizer Rück/SAFR; nr. IV/M.948, Watt AG; nr. IV/M.974, Bertelsmann/Burda-Host; nr. IV/M.1010, Artémis/Worms & Cie; nr. IV/M.1047, Wienerberger/Cremer & Breuer (EFT 1998 C 93, s. 23); nr. IV/M.1246, LHZ/Carl Zeiss (EFT 1998 C 384, s. 9); nr. IV/M.1277, BLG Container/Maersk/Sea-Land Service (EFT 1998 C 290, s. 12); nr. IV/M.1321, Verbund/Kelag/Porr/OMV Proterra/Siemens/KRV (EFT 1998 C 382, s. 3); nr. IV/M.1431, Ahlström/Kvaerner (EFT 1999 C 263, s. 3); nr. IV/M.1447, Deutsche Post/Trans-o-flex (EFT 1999 C 130, s. 9); nr. IV/M.1609, Elf/Saga; nr. IV/M.1703, Phelps Dodge/Asarco (EFT 1999 C 313, s. 7); COMP/M.2117, Aker Maritime/Kvaerner (EFT 2001 C 9, s. 5), og COMP/M.1829, HMTF Nabisco Group Holdings/Burlington Biscuits/United Biscuits), er det i meddelelsen i EF-Tidende og/eller i den pressemeddelelse, hvorved afslutningen af proceduren blev bekendtgjort, blot

anført, at »de anmeldende parter har meddelt Kommissionen, at de har trukket anmeldelsen tilbage«, uden angivelse af den videre skæbne for fusionsplanen eller selve fusionsaftalen. Ved at give de omhandlede offentlige dokumenter en sådan ordlyd har Kommissionen nødvendigvis givet de interesserede miljøer anledning til at tro, at den i praksis sidestillede tilbagetrækningen af anmeldelsen med en opgivelse af fusionsplanerne, selv om dens faktiske administrative praksis kunne afvige herfra.

111 I denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen i svarskriftet har henvist til to sager (nr. IV/1328, KLM/Martinair (EFT 1999 C 162, s. 7), og nr. IV/M.1412, Hutchison Whampoa/RMPM/ECT (EFT 1999 C 256, s. 5)), hvori Kommissionen angiveligt har forlangt, at parterne, som ikke af sig selv havde fremlagt beviser for, at fusionen faktisk var blevet opgivet, fremlagde sådanne beviser, før den henlagde sagen. Imidlertid fremgår det ikke af de dele af disse sager, som er offentliggjort ved en meddelelse i EF-Tidende og/eller ved en pressemeddelelse, at Kommissionen skulle have stillet et sådant krav. Kommissionen har under alle omstændigheder ikke redegjort for, hvorfor den ikke har fulgt samme fremgangsmåde i den foreliggende sag, i stedet for i al hast at vedtage en negativ beslutning dagen efter, at anmeldelsen var blevet trukket tilbage.

112 Under disse omstændigheder kunne de anmeldende parter med føje nære en forventning om, at deres meddelelse af 27. juni 2000 var tilstrækkelig til at medføre sagens henlæggelse, i overensstemmelse med Kommissionens tidligere offentliggjorte praksis, og idet Kommissionen ikke havde givet udtryk for andet. I denne forbindelse bemærkes, at i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, bekræfter Domstolens praksis, at den blotte omstændighed, at der foreligger en administrativ praksis eller lempelse, som ikke er i strid med gældende lovgivning og ikke indebærer en skønsudøvelse, kan vække en berettiget forventning hos de berørte parter, uden at denne nødvendigvis bygger på en almengyldig meddelelse (Domstolens dom af 1.10.1987, sag 84/85, Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 3765; dommen i sagen Ferriere San Carlo mod Kommissionen og Fingruth-dommen, nævnt i præmis 71 ovenfor; kendelse afsagt af Domstolens præsident den 10.6.1988, sag C-152/88 R, Sofrimport mod Kommissionen, Sml. s. 2931).

113 Retten finder derfor, at Kommissionen i hvert fald har krænket de anmeldende parters berettigede forventning ved at vedtage den anfægtede beslutning uden forudgående at underrette dem om, at deres meddelelse var utilstrækkelig, og at den havde til hensigt at vedtage en beslutning i medfør af artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, medmindre parterne straks fremsendte et formelt bevis for, at fusionsaftalen var blevet ophævet.

114 Det følger af det ovenfor anførte, at det andet anbringende skal tages til følge. Den anfægtede beslutning skal derfor annulleres i overensstemmelse med sagsøgerens påstand, uden at det er nødvendigt at tage stilling til de øvrige anbringender og argumenter, som er fremsat af sagsøgeren til støtte for selskabets påstande.

Sagens omkostninger

115 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

116 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) **Kommissionens beslutning 2003/790/EF af 28. juni 2000 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) annulleres.**

2) **Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler de omkostninger, som er afholdt af MCI, Inc.**

3) **Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik bærer deres egne omkostninger.**

Pirrung Meij Forwood

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. september 2004.

H. Jung J. Pirrung

Justitssekretær Afdelingsformand