

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
den 28 september 2004 *

I mål T-310/00,

MCI, Inc., tidigare MCI WorldCom, Inc., därefter WorldCom, Inc., Ashburn, Virginia (Förenta staterna), inledningsvis företrätt av K. Lasok, QC, advokaterna J.-Y. Art och B. Hartnett, därefter av K. Lasok, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företräd av W.-D. Plessing och B. Muttelsee-Schön, båda i egenskap av ombud,

intervenient,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företräd av P. Oliver, P. Hellström och L. Pignataro, därefter av P. Oliver och P. Hellström, båda i egenskap av ombud, biträdda av N. Khan, barrister, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångspråk: engelska.

med stöd av

Republiken Frankrike, företrädd av G. de Bergues och F. Million, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/790/EG av den 28 juni 2000, om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (Ärende COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (EUT L 300, 2003, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Pirrung samt domarna A.W.H. Meij och N. J. Forwood,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

med beaktande av det skriftliga förfarandet och efter att förhandling hållits den 30 mars 2004,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten och förfarandet vid kommissionen

- 1 MCI, Inc., tidigare MCI WorldCom, Inc., därefter WorldCom Inc. (nedan kallat WorldCom) och Sprint Corp. (nedan kallat Sprint) är världsomspännande telekommunikationsföretag med säte i Förenta staterna. År 1999 uppgick WorldComs och Sprints globala omsättning till omkring 37 miljarder amerikanska dollar (USD) respektive 17 miljarder USD. Fram till helt nyligen bedrevs Sprints verksamhet i Europa helt eller i stor utsträckning genom företaget Global One, som Sprint år 1995 hade bildat gemensamt med Deutsche Telekom och France Télécom.
- 2 Den 4 oktober 1999 undertecknade WorldCom och Sprint ett avtal och en fusionsplan som motsvarade definitionen på en koncentration enligt artikel 3.1 a i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, svensk specialutgåva, annex, s. 16, rättelse införd i EGT L 257, 1990, s. 13). (Denna förordning har sedermera upphävts och ersatts av rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, s. 1)). Fusionen innebar att aktier i Sprint skulle bytas mot aktier i WorldCom. Värdet av dessa aktier uppskattades ursprungligen till 127 miljarder USD.

- 3 Genom skrivelser av den 20, den 26 och den 28 oktober 1999 underrättade WorldCom och Sprint kommissionen om detta avtal och företagen redogjorde även för skälen till att de inte ansåg att transaktionen hade en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1 i förordning nr 4064/89. De hävdade att den därför inte behövde anmälas enligt denna förordning. Företagen gjorde bland annat gällande att Sprints andel i Global Ones omsättning inte skulle inräknas i Sprints sammanlagda omsättning i gemenskapen i den mening som avses i artikel 5 i förordning nr 4064/89, eftersom Sprint enligt avtal med WorldCom före fusionen skulle avyttra sin andel i Goba One.
- 4 Kommissionen ifrågasatte den 29 oktober 1999 denna uppfattning och upplyste de berörda företagen om att den skulle beakta Sprints andel i Global Ones omsättning. Den planerade transaktionen skulle därigenom anses ha en gemenskapsdimension. Kommissionen hävdade att den omsättning som är avgörande för huruvida en koncentration har gemenskapsdimension skall fastställas vid den tidpunkt då fusionsavtalet undertecknas med beaktande av den situation som föreligger då, eller senast vid den tidpunkt då anmälningsskyldigheten uppstår. Enligt kommissionen kan omsättning avseende viss verksamhet undantas endast om parterna i det anmälda avtalet oåterkalleligen förbinder sig att avyttra denna verksamhet eller om denna verksamhet har avyttrats mellan bokslutet och undertecknandet av det slutgiltiga fusionsavtalet. Kommissionen ansåg att så inte var fallet i förevarande ärende.
- 5 Genom skrivelse av den 10 januari 2000 (nedan kallad anmälan), som inkom till kommissionen den 11 januari, anmälde WorldCom och Sprint (nedan kallade de anmälande parterna) gemensamt den planerade koncentrationen i enlighet med artikel 4.1 i förordning nr 4064/89. Anmälan skedde "utan hinder av parternas ståndpunkt avseende de frågor om behörighet som gällde huruvida Global Ones omsättning skulle tillgodoräknas Sprint".
- 6 Sprint slöt den 21 januari 2000 ett formellt avtal med Deutsche Telekom och France Télécom om utträde ur Global One.

- 7 De anmälade parterna underrättade den 2 februari 2000 kommissionen om detta avtal och föreslog att de skulle göra ett åtagande enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89. Enligt detta åtagande skulle Sprint vidta alla nödvändiga åtgärder för att utan dröjsmål genomföra sitt utträde ur Global One. Under mellantiden skulle Sprint inte på något sätt ta del av den löpande förvaltningen av Global One. Den 10 februari 2000 sände de anmälade parterna en promemoria till kommissionen i vilken de redogjorde för den påverkan på konkurrensstrukturen på de ifrågakvarande marknaderna som de ansåg kunde följa av Sprints utträde ur Global One och uppgav skälen till att de ansåg sig kunna ta tillbaka anmälan.
- 8 Kommissionen ansåg att detta åtagande var otillräckligt, att den aktuella koncentrationen verkligen omfattades av förordning nr 4064/89 och att det förelåg allvarliga tvivel med avseende på huruvida den var förenlig med den gemensamma marknaden. Kommissionen beslutade därför den 21 februari 2000 att inleda det förfarande som föreskrivs i artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89. Enligt kommissionen gav transaktionen upphov till problem i konkurrenshänseende på tre marknader, nämligen marknaderna för "universella Internetförbindelser", globala teletjänster samt internationell rösttelefoni.
- 9 Efter att som svar på sin begäran om upplysningar enligt artikel 11 i förordning nr 4064/89 ha erhållit vissa upplysningar, tillställde kommissionen de anmälade parterna den 3 maj 2000 ett meddelande om anmärkningar med stöd av artikel 12.2 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt förordning nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1) (nedan kallad tillämpningsförordningen), vilken sedermera upphävdes genom kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 7 april 2004 om tillämpning av förordning nr 139/2004 (EUT L 133, s. 1). I detta meddelande om anmärkningar uppgav kommissionen att den planerade koncentrationen skulle få till följd att de anmälade parterna skulle få en dominerande ställning, eller leda till en förstärkning av WorldComs dominerande ställning på marknaden för Internetförbindelser liksom på marknaden för globala teletjänster till multinationella företag. De anmälade parterna besvarade detta meddelande om anmärkningar den 22 maj 2000.

- 10 Möjligheten att vidta ändringar behandlades vid flera möten och de anmälade parterna meddelade genom skrivelse av den 8 juni 2000 kommissionen att de gjorde ett åtagande (om "ändringar") enligt artikel 8.2 i förordning nr 4064/89 och artikel 18.2 i tillämpningsförordningen angående avyttringen av Sprints Internetverksamhet.

- 11 Kommissionen sammankallade den 5 juni 2000 ett möte med den rådgivande kommitté för koncentrationer som inrättats genom artikel 19 i förordning nr 4064/89. Den rådgivande kommittén sammanträdde den 22 juni 2000 och avgav sitt yttrande samma dag.

- 12 Den 26 juni 2000 reste kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor, Mario Monti, till Washington (Förenta staterna) för att sammanträffa med företrädare för Department of Justice (justitieministeriet) (nedan kallat DoJ). Mario Monti uppgav där vid en presskonferens att han ämnade föreslå att kommissionen förbjöd den planerade koncentrationen.

- 13 De anmälade parterna sände den 27 juni 2000 per telefax två skrivelser till kommissionen som mottog dem samma dag. Dessa skrivelser innehöll ett formellt återtagande av dels åtagandet av den 8 juni 2000, dels anmälan av den 11 januari 2000. I den andra skrivelsen gjordes följande uttalande:

"Parterna har inte längre för avsikt att genomföra den planerade koncentrationen i den form som beskrivits i anmälan. För det fall parterna i framtiden beslutar om en annan form av sammanslagning av sina verksamheter, kommer parterna på lämpligt sätt anmäla detta i enlighet med gällande bestämmelser om koncentrationer."

- 14 DoJ väckte samma dag talan vid District Court of Columbia (domstol i District of Columbia) mot WorldCom och Sprint och yrkade fastställelse av att företagens planerade sammanslagning stred mot Clayton Antitrust Act, 1914 (antitrustlag Clayton av år 1914). DoJ yrkade även att företagen för alltid skulle förbjudas att genomföra det aktuella koncentrationsavtalet. Som grund för denna talan anfördes den förväntade konkurrenshämmande verkan av avtalet på marknaden för grundläggande Internettjänster liksom på ett flertal andra marknader.
- 15 Sprint offentliggjorde, likaså den 27 juni 2000, på företagets webbplats ett pressmeddelande angående det rättsliga förfarande som inletts av DoJ. Detta pressmeddelande avslutades med följande uttalande:

”Sprint hoppas på en förnuftig lösning vad gäller denna sammanslagning. Den skulle medföra alltför stora fördelar för allmänheten för att företaget skall avstå ifrån den.”

- 16 Följande kommentar offentliggjordes samma dag på ABC News webbplats:

”... de båda företagens uttalanden antyder att de inte helt har övergivit planerna på den enorma fusionen till ett värde av 128 miljarder dollar. Talesmannen för WorldCom, Peter Lucht, har inte velat uppge om deras anbud upphört. Enligt Peter Lucht är ’ärendet fortfarande under behandling av de amerikanska myndigheterna.’”

- 17 Kommissionen antog den 28 juni 2000 beslut 2003/790/EG om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (Ärende COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (EUT L 300, 2003, s. 1) (nedan kallat det ifrågasatta beslutet). Beslutet är bland annat grundat på artikel 8.3 i förordning nr 4064/89.
- 18 Kommissionen konstaterade i skäl 410 i det ifrågasatta beslutet att den planerade koncentrationen ”antingen skulle leda till att det skapas en dominerande ställning [för den enhet som bildas genom sammanslagningen] eller till att [WorldComs] dominerande ställning ... förstärks på marknaden för tillhandahållande av universella förbindelser, vilket skulle få följderna att konkurrensen på den gemensamma marknaden skulle försämrats avsevärt i den mening som avses i artikel 2.3 i koncentrationsförordningen”. Det anges däremot i skäl 302 i det ifrågasatta beslutet att kommissionen ”beslutade ... sig för att inte driva vidare sina invändningar i fråga om marknaden för globala teletjänster”. Kommissionen uppgav vidare i skälen 303–315 i det ifrågasatta beslutet att den inte vidhöll sina anmärkningar avseende marknaden för internationell rösttelefoni.
- 19 Det ifrågasatta beslutet delgavs de anmälade parterna samma dag.
- 20 Den 13 juli 2000 tillkännagav de anmälade parterna genom pressmeddelanden att de, på grund av DoJs invändningar, avstod från fusionsavtalet.

Förfarandet

- 21 Sökanden har, genom talan som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 september 2000, väckt förevarande talan.

- 22 Förstainstansrätten (första avdelningen) anmodade sökanden att i repliken uttala sig i frågan huruvida den, mot bakgrund av förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen (REG 1999, s. II-753), och av den 15 december 1999 i mål T-22/97, Kesko mot kommissionen (REG 1999, s. II-3775) fortfarande hade ett berättigat intresse av att få saken prövad, eftersom planerna på en koncentration på grund av DoJs ingripande slutgiltigt övergivits. Sökanden efterkom denna begäran och även kommissionen redogjorde i dupliken för sin ståndpunkt härvidlag.
- 23 Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning tillät genom beslut av den 16 maj 2001 Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Frankrike att intervensera till stöd för sökandens respektive kommissionens yrkanden.
- 24 WorldCom och merparten av företagets amerikanska dotterbolag ingav den 21 juli 2002 en ansökan om frivillig omstrukturering i den mening som avses i kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code (den amerikanska konkurslagen) vid Bankruptcy Court for the Southern District of New York (konkursdomstolen i New Yorks södra distrikt).
- 25 Sökanden anmodades, genom skrivelse från förstainstansrättens kansli av den 4 oktober 2002, att uttala sig över den aktuella händelseutvecklingens eventuella påverkan på det fortsatta förfarandet vid förstainstansrätten. Sökanden anmodades vidare att uppge huruvida den på grundval av de kriterier som förstainstansrätten slagit fast i de ovan i punkt 22 nämnda domarna Gencor mot kommissionen och Kesko mot kommissionen fortfarande ansåg sig ha ett berättigat intresse av att yrka ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet, och i synnerhet huruvida den fortfarande ansåg sig ha någon möjlighet att, för det fall det ifrågasatta beslutet skulle ogiltigförklaras i enlighet med vad sökanden yrkat, i framtiden genomföra den koncentration som i det ifrågasatta beslutet förklarats oförenlig med den gemensamma marknaden, eller varje liknande transaktion. Sökanden anmodades även att inkomma med den affärsplan (business plan) som krävs enligt kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code så snart som denna godtagits av företagets borgenärer och godkänts av behörig amerikansk domstol. Sökanden efterkom denna begäran genom skrivelser av den 21 oktober 2002, den 2 maj 2003, den 9 juli 2003, den 17 december 2003 och av den 11 mars 2004.

- 26 På grund av ändringen i sammansättningen av förstainstansrättens avdelningar från och med det nya rättsåret, tjänstgör referenten på andra avdelningen, och målet tilldelades följaktligen denna avdelning.
- 27 Förstainstansrätten (andra avdelningen) beslutade på grundval av referentens rapport att inleda det muntliga förfarandet och att inledningsvis ägna en särskild förhandling åt de frågor i förevarande mål som rör upptagande till sakprövning, sökandens berättigade intresse av att få saken prövad samt kommissionens behörighet att fatta det ifrågasatta beslutet.
- 28 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 30 mars 2004.

Parternas yrkanden

- 29 Sökanden har, med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland, yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Kommissionen har, med stöd av Republiken Frankrike, yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

31 Sökanden har i sin replik inledningsvis framhållit att de anmälade parterna som svar på Mario Montis uttalanden vid den presskonferens som hölls den 26 juni 2000 (se ovan punkt 12) dagen därpå återkallade sin anmälan och officiellt underrättade kommissionen om att de inte avsåg fullfölja planerna på koncentrationen såsom denna beskrivits i anmälan. Sökanden har vidare understrukt att det förfarande som DoJ inledde, likaledes den 27 juni, vid District Court of Columbia (se ovan punkt 14) saknade tvingande rättsverkningar till skillnad från det ifrågasatta beslutet som antogs den 28 juni 2000. Enligt sökandens uppfattning är det därför oriktigt att påstå att planerna på koncentrationen övergivits ”på grund av [DoJs] ingripande”.

32 Sökanden har därefter gjort gällande att den mot bakgrund av de kriterier som förstainstansrätten slagit fast i domarna i de ovan i punkt 22 nämnda målen Gencor mot kommissionen (punkterna 41–45) och Kesko mot kommissionen (punkterna 57–64) har ett berättigat intresse av att yrka ogiltigförklaring av det ifrågasatta

beslutet. Sökanden har härvidlag särskilt gjort gällande att de anmälade parterna beslutade att inte fullfölja den planerade koncentrationen när det blev uppenbart att kommissionen skulle förklara transaktionen oförenlig med den gemensamma marknaden. De omständigheterna att kommissionens ståndpunkt offentliggjordes innan det ifrågasatta beslutet antogs och att de anmälade parterna handlade i förlitan på det ifrågasatta beslutet innan detta formellt antogs medför inte att sökanden saknar ett berättigat intresse av att yrka ogiltigförklaring av detsamma.

- 33 Sökanden har med hänvisning till domstolens dom av den 23 april 1986 i mål 294/83, *Les Verts mot parlamentet* (REG 1986, s. 1339, punkt 23; svensk specialutgåva, volym 8, s. 529), likaså åberopat den grundläggande rätten till rättsligt skydd som stadgas i såväl EG-fördraget som artiklarna 16 och 21 i förordning nr 4064/89. Sökanden har särskilt hävdad att möjligheten till en effektiv rättslig prövning av det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har enligt förordning nr 4064/89 i en rättslig gemenskap inte på något sätt kan påverkas av att rättsliga förfaranden pågår vid andra domstolar. Detta gäller i synnerhet som det ifrågasatta beslutet i förevarande fall är det enda rättsliga hindret mot den planerade koncentrationen.
- 34 Sökanden har i det yttrande som den avgav den 21 oktober 2002 som svar på förstainstansrättens frågor av den 4 oktober 2002 (se ovan punkt 25) i huvudsak hävdad att den omständigheten att företaget åtnjuter skydd enligt kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code inte har någon rättslig betydelse för förevarande förfarande och att sökanden med beaktande av de kriterier som förstainstansrätten slagit fast i de ovan i punkt 22 nämnda domarna *Gencor mot kommissionen* och *Kesko mot kommissionen* har ett ännu större intresse än tidigare av att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras. Sökanden har särskilt hävdad att den, för det fall det ifrågasatta beslutet skulle ogiltigförklaras i enlighet med dess yrkanden, med hänsyn till de strukturella problem hänförliga till överkapacitet, minskad efterfrågan och dylikt som uppstått från år 2000 inom telekommunikationssektorn, skulle ha ännu större möjligheter än tidigare att genomföra den koncentration som i det ifrågasatta beslutet förklarats oförenlig med den gemensamma marknaden, eller någon liknande transaktion.

- 35 Sökanden har i ett kompletterande yttrande av den 2 maj 2003 bland annat uppgivit att U.S. Bankruptcy Court inom kort skulle godkänna en slutgiltig omstruktureringsplan för företaget och att det förfarande som avses i kapitel 11 i U.S. Bankruptcy Code skulle avslutas under tredje kvartalet 2003. Enligt sökanden saknar den omständigheten att omstruktureringsförfarandet avslutas helt betydelse, både för sökandens intresse av att förevarande tvist finner en snabb lösning och för de rättigheter som kan följa av en dom varigenom sökandens talan bifalls.
- 36 Sökanden har till sina kompletterande yttranden av den 9 juli 2003, den 17 december 2003 och den 11 mars 2004 bifogat en kopia av beslutet av den 7 juli 2003 varigenom U.S. Bankruptcy Court godkände sökandens förslag till slutgiltig uppgörelse med U.S. Securities and Exchange Commission (amerikanska finansinspektionen), en kopia av det beslut av den 31 oktober 2003 varigenom denna domstol godkände sökandens omstruktureringsplan av den 21 oktober 2003 och en kopia av det beslut av den 25 februari 2004 varigenom denna domstol beviljade sökanden en förlängd frist för att uppfylla vissa av de villkor som föreskrevs i omstruktureringsplanen.
- 37 Kommissionen har i sin duplik uppgivit att förstainstansrätten i domarna i de ovan i punkt 22 nämnda målen Gencor mot kommissionen och Kesko mot kommissionen fäste stor vikt vid de faktiska omständigheterna i samband med att talan väcktes och det beslutades att inte genomföra den planerade koncentrationen.
- 38 Kommissionen har framhållit att förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Gencor mot kommissionen (punkt 45) angav att den omständigheten att grunden för transaktionen har försvunnit inte ”i sig” kan utesluta en kontroll av lagenligheten av det aktuella beslutet. Förstainstansrätten klargjorde innebörden av detta uttalande i domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Kesko mot kommissionen (punkterna 61–64) och fann, efter att ha gjort en bedömning av skälen till att sökandeföretaget avstod från den planerade transaktionen, att detta avstående inte var frivilligt utan en direkt följd av det ifrågasatta beslutet och att talan således skulle tas upp till sakprövning.

39 Kommissionen anser att de omständigheter som föranlett de anmälade parterna att avstå från den planerade koncentrationen tillsammans med andra omständigheter faktiskt skulle kunna utgöra skäl för förstainstansrätten att avvisa talan. Om de anmälade parterna har fattat detta beslut av skäl som inte är hänförliga till det ifrågasatta beslutet, anser kommissionen att utgången av förfarandet inte är tillräckligt intressant för sökanden, varför talan skall avvisas.

40 Enligt kommissionen har WorldCom och Sprint själva klart angivit att de avstod från den planerade koncentrationen av skäl som inte är hänförliga till det ifrågasatta beslutet. Det framgår nämligen av deras uttalanden att det endast är på grund av DoJs invändningar som de avstod från den planerade transaktionen. Kommissionen har särskilt hänvisat till följande avsnitt i det pressmeddelande som både sökanden och Sprint tillkännagav den 13 juli 2000 (se ovan punkt 20):

”Företagen [WorldCom och Sprint] är överens om att de olika villkor som DoJ slutligen har uppställt skulle äventyra de ekonomiska fördelarna av fusionen och kundernas fördelar av denna. Eftersom [DoJ] har uppgett att det inte skulle kunna väcka talan på grundval av sin ståndpunkt i fråga om fusionen förrän nästa år, har företagen beslutat att det inte skulle vara i aktieägarnas, kundernas eller de anställdas intresse att inlåta sig i en ändlös tvist.”

41 Sökanden kan under dessa omständigheter svårligen finna grund för påståendet att dess beslut att inte fullfölja den planerade koncentrationen inte hade sin grund i den talan som DoJ väckt vid District Court of Columbia, eftersom denna talan inte hade tvingande verkningar.

42 Kommissionen har sammanfattningsvis anfört att beslutet att inte fullfölja den planerade koncentrationen inte alls var en direkt följd av det ifrågasatta beslutet, att domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Kesko mot kommissionen inte är relevant i förevarande fall och att talan skall avvisas.

- 43 Kommissionen har dessutom påpekat att förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Kesko mot kommissionen (punkt 55), i syfte att avgöra huruvida företaget hade ett faktiskt intresse av att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklarades, beaktade huruvida det fortfarande var aktuellt att genomföra den planerade koncentrationen när talan väcktes. Beslutet att inte fullfölja den planerade koncentrationen fattades i juli 2000, det vill säga långt innan talan väcktes den 27 september 2000.

Förstainstansrättens bedömning

- 44 En talan om ogiltigförklaring som har väckts av en enskild kan enligt fast rättspraxis endast upptas till prövning om sökanden har ett intresse av att få rättsakten i fråga ogiltigförklarad. Ett sådant intresse föreligger endast om ogiltigförklaringen av denna rättsakt i sig kan få rättsliga följder (se domstolens dom av den 24 juni 1986 i mål 53/85, AKZO Chemie mot kommissionen, REG 1986, s. 1965, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 8, s. 649, förstainstansrättens dom av den 14 september 1995 i de förenade målen T-480/93–T-483/93, Antillean Rice Mills m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II- 2305, punkterna 59 och 60, och där angiven rättspraxis, och av den 20 juni 2001 i mål T-188/99, Euroalliages mot kommissionen, REG 2001, s II-1757, punkt 26), eller uttryckt på ett annat sätt, om talan kan medföra en fördel för sökanden (domstolens dom av 13 juli 2000 i mål C-174/99 P, parlamentet mot Richard, REG 2000, s. I-6189, punkt 33, och av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet, REG 2002, s I-6677, punkt 21).
- 45 När det gäller rättegångshinder som inte kan avhjälpas (domstolens beslut av den 28 november 1985 i mål 19/85, Grégoire-Foulon mot parlamentet, REG 1985, s. 3771, och av den 7 oktober 1987 i mål 108/86, D.M. mot rådet och ekonomiska och sociala kommittén, REG 1987, s. 3933, förstainstansrättens dom av den 18 februari 1993 i mål T-45/91, Mc Avoy mot parlamentet, REG 1993, s. II-83, punkt 22), kan gemenskapsdomstolarna på eget initiativ pröva om talan skall avvisas (domstolens dom av den 19 oktober 1995 i mål C-19/93 P, Rendo m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. I-3319).

- 46 Inom tillämpningsområdet för förordning nr 4064/89 slog förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Gencor mot kommissionen (punkterna 41–45) fast att ett företag som är part i en planerad koncentration fortfarande har ett intresse av att väcka talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut att förklara en transaktion oförenlig med den gemensamma marknaden, trots att transaktionen på grund av att dess avtalsenliga grund försvunnit inte längre kan genomföras även om förstainstansrätten bifaller sökandens talan. Förstainstansrätten beaktade särskilt de nuvarande och framtida rättsliga följderna enligt artikel 233 EG av att ett sådant beslut ogiltigförklaras samt kraven på en domstolskontroll av lagenligheten av rättsakter som kommissionen antar med stöd av förordning nr 4064/89.
- 47 Förstainstansrätten tillämpade dessa principer på en situation då planerna på en koncentration hade övergivits och uttalade i domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Kesko mot kommissionen (punkterna 61–65) att det berörda företaget fortfarande har ett intresse av att väcka talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut när det av omständigheterna i det enskilda fallet framgår att detta avstående inte varit frivilligt utan en "direkt följd" av kommissionens beslut.
- 48 Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande (se ovan punkt 43) skall inte denna rättspraxis begränsas till att omfatta de fall då beslutet att inte fullfölja koncentrationen har fattats efter det att talan har väckts vid förstainstansrätten. Denna rättspraxis är nämligen grundad på uppfattningen att ett företag som endast rättar sig efter ett beslut av kommissionen, vilket det är skyldigt att göra, inte på något vis förlorar intresset av att väcka talan om ogiltigförklaring av detta beslut (domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Kesko mot kommissionen, punkt 59). Såsom framgår av artikel 249 fjärde stycket EG ligger denna skyldighet i beslutets karaktär. Denna skyldighet föreligger således innan talan väcks och oberoende av om så sker. Den omständigheten att talan inte har någon suspensiv verkan motiverar dessutom att intresset av att väcka talan kvarstår även om parterna under förfarandet beslutar att inte genomföra transaktionen (domstolens dom av den 19 september 1985 i de förenade målen 172/83 och 226/83, Hoogovens Groep mot kommissionen, REG 1985, s. 2831, punkt 19).

- 49 Att den avtalsenliga grunden för koncentrationen försvunnit på grund av att de anmälande parterna beslutat att inte fullfölja denna är följaktligen inte i sig en omständighet som utesluter en kontroll av lagenligheten av det ifrågasatta beslutet.
- 50 Förevarande fall skulle emellertid kunna skilja sig från domarna i de ovan i punkt 22 nämnda målen Gencor mot kommissionen och Kesko mot kommissionen i två avseenden. Även om det delvis har bestritts av kommissionen, har för det första sökanden själv hävdad att beslutet att inte fullfölja den planerade koncentrationen fattades redan den 27 juni 2000, det vill säga innan det ifrågasatta beslutet antogs. Kommissionen har för det andra gjort gällande att parternas beslut i detta hänseende i större utsträckning beror på DoJs åtgärder än på kommissionens handlande. I båda avseendena uppstår frågorna i vilken utsträckning parternas beslut att inte fullfölja koncentrationen kan anses vara en "direkt följd" av det ifrågasatta beslutet i den mening som avses i domen i det ovan i punkt 22 nämnda målet Kesko mot kommissionen och vilka följder den ovannämnda skillnaden eventuellt kan få med avseende på sökandens intresse av att väcka talan i förevarande fall.
- 51 Vad gäller det första av de ovannämnda avseendena erinrar förstainstansrätten om att de anmälande parterna i skrivelse av den 27 juni 2000 formellt underrättade kommissionen om att de återkallade sin anmälan och att de "inte längre [hade] för avsikt att genomföra den planerade koncentrationen i den form som beskrivits i anmälan".
- 52 Förstainstansrätten konstaterar för det första att denna underrättelse gjordes omedelbart efter Mario Montis uttalanden till pressen den 26 juni 2000, av vilka det framgår att han ämnade föreslå kommissionen att förbjuda den planerade koncentrationen. Det är för det andra uppenbart att denna underrättelse syftade till att hindra antagandet av det ifrågasatta beslutet, vilket skulle diskuteras vid kommissionens sammanträde den 28 juni 2000.

- 53 Enligt skäl 12 i det ifrågasatta beslutet ansåg kommissionen emellertid inte att denna underrättelse utgjort en formell återkallelse av det anmälda fusionsavtalet. Kommissionen ansåg sig därför behörig att trots denna underrättelse granska avtalet.
- 54 Förstainstansrätten anser att dessa omständigheter i sig är tillräckliga för att sökanden skall ha ett befogat intresse av att ett beslut ogiltigförklaras som är riktat till sökanden och vars antagande sökanden utan framgång sökt förhindra genom att formellt uppge att den avstod från den anmälda koncentration som avses i det ifrågasatta beslutet. Förstainstansrätten påpekar härvidlag att en av de huvudsakliga grunder som sökanden anfört till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring avser kommissionens bristande behörighet att fatta det ifrågasatta beslutet efter det att anmälan återkallades den 27 juni 2000.
- 55 Det skall tilläggas att så länge som det ifrågasatta beslutet är giltigt, vilket presumeras vara fallet fram till dess att det ogiltigförklaras av förstainstansrätten (domstolens dom av den 1 april 1982 i mål 11/82, Dürbeck mot kommissionen, REG 1982, s. 1251, punkt 17), är sökanden, åtminstone i den form och på de villkor som angivits i anmälan, rättsligt förhindrad att genomföra samgåendet med Sprint, om den i framtiden skulle ha för avsikt att göra detta.
- 56 Att sökanden inte nödvändigtvis har denna avsikt, eller att den kanske inte genomför den, är en rent subjektiv omständighet som inte kan beaktas vid bedömningen av huruvida sökanden har ett berättigat intresse av att väcka talan mot en rättsakt som ovedersägligen har tvingande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligt förändra dennes rättsliga ställning (domstolens dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen, REG 1981, s. 2639, punkt 9, och av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, REG 1998, s. I-1375, punkt 62, förstainstansrättens dom av den 4 mars 1999 i mål T-87/96, Assicurazioni Generali et Unicredito mot kommissionen, REG 1999, s. II-203, punkt 37, och av den 22 mars 2000 i de förenade målen T-125/97 och T-127/97, Coca-Cola mot kommissionen, REG 2000, s. II-1733, punkt 77).

- 57 Förstainstansrätten finner således att sökanden har ett berättigat intresse av att väcka talan om ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet även om sökanden, såsom denne har påstått, dagen innan detta beslut antogs verkligen beslutade att inte fullfölja den aktuella transaktionen.
- 58 Vad gäller den andra av de två skillnader som nämnts ovan i punkt 50, är det riktigt att den formella återkallelsen av anmälan och beslutet att inte fullfölja den planerade koncentrationen "i den form som beskrivits i anmälan", vilka de anmälade parterna genom telefax meddelade sekretariatet för kommissionens arbetsgrupp "kontroll av företagskoncentrationer" i Bryssel den 27 juni 2000 klockan 17.25 (se bilaga 3 till ansökan, s. 185), skedde på samma dag och, med hänsyn till tidsskillnaden, till och med vid praktiskt taget samma klockslag som tillkännagivandet att DoJ väckte talan vid District Court of Columbia, vilket ägde rum under förmiddagen den 27 juni 2000 (se bilagorna 1 och 11 till svaromålet). Såsom de anmälade parterna själva har medgivit (se deras ovan i punkt 40 nämnda pressmeddelande av den 13 juli 2000) var deras slutgiltiga beslut att inte fullfölja den planerade koncentrationen en följd av att DoJ väckte talan vid District Court of Columbia.
- 59 Det skall emellertid påpekas att även om DoJ:s invändning haft avgörande betydelse för de anmälade parternas beslut att inte fullfölja den aktuella koncentrationen, är ändå, såsom sökanden med rätta har påpekat, det ifrågasatta beslutet för tillfället det enda faktiska och säkra rättsliga hindret mot att koncentrationen genomförs för det fall de anmälade parterna på nytt skulle vilja samgå i den form och på de villkor som angivits i anmälan, eftersom District Court of Columbia inte meddelade något förbuds föreläggande och DoJ till och med frivilligt återkallade sin talan den 13 juli 2000.
- 60 Det kan heller inte uteslutas att de anmälade parterna skulle ha valt att försvara sig vid District Court of Columbia om kommissionen inte hade fattat det ifrågasatta beslutet.

- 61 Under dessa omständigheter och med hänsyn till den grundläggande principen att legaliteten måste respekteras i vederbörlig ordning i en rättslig gemenskap (domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Frutta (REG 2004, s. I-3801, punkt 63), finner förstainstansrätten att förevarande fall inte skiljer sig tillräckligt från domarna i de ovan i punkt 22 nämnda målen Gencor mot kommissionen och Kesco mot kommissionen, för att det skall vara motiverat att nå en annan slutsats vid bedömningen av huruvida sökanden vid tidpunkten för talans väckande hade ett berättigat intresse av att inleda ett förfarande.
- 62 Vad gäller de övriga omständigheter som efter det att talan väckts kan ha inverkat på detta intresse finner förstainstansrätten att det av sökandens yttranden av den 21 oktober 2002, den 2 maj 2003, den 9 juli 2003, den 17 december 2003 och den 11 mars 2004 framgår att den sökandens rättsliga omstrukturering fortlöper väl.
- 63 Utan att kommissionen bestridit detta har sökanden, såväl i sina yttranden som vid förhandlingen vidare uppgivit att företagets verksamhetsområde inte har förändrats sedan talan väcktes och att det fortfarande är möjligt att sökanden genomför en sådan transaktion som den som i det ifrågasatta beslutet förklarats oförenlig med den gemensamma marknaden.
- 64 Förstainstansrätten finner därför att sökanden fortfarande har ett berättigat intresse av att fullfölja förevarande förfarande.

Huruvida kommissionen var behörig att fatta det ifrågasatta beslutet

- 65 Sökanden har till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring i huvudsak anfört två grunder avseende kommissionens bristande behörighet att fatta det ifrågasatta beslutet.

- 66 Genom den första grunden, som består av två delar, har sökanden gjort gällande att kommissionen inte var behörig att fatta det ifrågasatta beslutet, eftersom den planerade koncentrationen inte hade en gemenskapsdimension, vare sig när förfarandet inleddes (första delgrunden) eller till följd av att omständigheterna ändrats väsentligt när det ifrågasatta beslutet antogs (andra delgrunden).
- 67 Genom den andra grunden har sökanden gjort gällande att kommissionen inte var behörig att fatta det ifrågasatta beslutet, eftersom de anmälade parterna officiellt hade återkallat sin anmälan och underrättat kommissionen om att de inte hade för avsikt att genomföra koncentrationen i den form som angivits i anmälan.
- 68 Förstainstansrätten skall inledningsvis pröva den andra grunden avseende kommissionens bristande behörighet att fatta det ifrågasatta beslutet efter det att anmälan återkallats och efter det att de anmälade parterna beslutat att inte genomföra koncentrationen i den form som angivits i anmälan.

Parternas argument

- 69 Sökanden har, med stöd av den tyska regeringen, gjort gällande att kommissionen överskred sina befogenheter då den fattade det ifrågasatta beslutet den 28 juni 2000, trots att de anmälade parterna den 27 juni 2000 officiellt hade återkallat sin anmälan och underrättat kommissionen om att de inte avsåg att genomföra koncentrationen såsom denna beskrivits i anmälan samt att de, för det fall de i framtiden skulle besluta om ett annat slags samgående av sina verksamheter, skulle göra den anmälan som krävs enligt bestämmelserna om koncentrationer.

- 70 Kommissionen motiverade i skäl 12 i det ifrågasatta beslutet sin behörighet i synnerhet med att den inte ansåg att de anmälade parternas underrättelse av den 27 juni 2000 utgjorde en formell återkallelse av det fusionsavtal som undertecknades den 4 oktober 1999, och som var föremål för anmälan. Sökanden har hävdade att detta är en konstlad tolkning som strider mot en förnuftig tolkning av denna underrättelse. Kommissionen hänvisade i svaromålet till pressmeddelanden från de anmälade parterna som stöd för uppfattningen att de inte hade övergivit planerna på koncentrationen såsom denna beskrivits i anmälan (se ovan punkterna 15, 16 och 20). Enligt sökanden tyder inte något i det ifrågasatta beslutet på att kommissionen beaktade dessa vid sin bedömning. Innehållet i dessa pressmeddelanden strider i vart fall inte på något vis mot de anmälade parternas underrättelse till kommissionen av den 27 juni 2000.
- 71 Sökanden har dessutom gjort gällande att kommissionen, i den mån den ansåg att förslaget om en koncentration kunde återkallas endast om parterna officiellt hävde fusionsavtalet, handlade på ett oskäligt och oproportionerligt sätt som stred mot dess egen administrativa praxis och att den därigenom åsidosatte principen om skydd för berättigade förväntningar (domstolens dom av den 12 november 1987 i mål 344/85, Ferriere San Carlo mot kommissionen, REG 1987, s. 4435, av den 5 oktober 1988 i mål 129/87, Fingruth, REG 1988, s. 6121, punkterna 14–16, och av den 14 november 1989 i mål 14/88, Italien mot kommissionen, REG 1989, s. 3677, punkterna 28–31). Sökanden anser nämligen att de anmälade parterna, efter underrättelsen av den 27 juni 2000, hade fog för att förvänta sig att kommissionen, i enlighet med den tidigare beslutspraxis som blivit allmänt känd i ett tjugotal ärenden, inte skulle fatta något beslut i sak avseende den anmälda koncentrationen.
- 72 Kommissionen har gjort gällande att endast en återkallelse av anmälan inte räcker för att den skall mista sin behörighet enligt förordning nr 4064/89. Detta kan enligt kommissionen endast ske om de anmälade parterna även avstår från den planerade koncentrationen.
- 73 Det följer såväl av andemeningen som av lydelsen av förordning nr 4064/89 och särskilt skälen 9 och 17 samt artiklarna 2.2, 4, 7.1 och 7.5, 8.4 och 11 att kommissionen inte endast är behörig vad gäller anmälda transaktioner. Anmälan är nämligen enbart ett verktyg som underlättar utövandet av en befogenhet som

kommissionen under alla omständigheter har och som inte är beroende av parternas vilja (förstainstansrättens dom av den 24 mars 1994 i mål T-3/93, Air France mot kommissionen, REG 1994, s. II-121, punkt 53; svensk specialutgåva, volym 15, s. II-1). Eftersom kommissionen således skall kontrollera koncentrationer oberoende av om de anmäls, anser den omvänt att parterna i en planerad koncentration inte kan beröva den dess behörighet genom att återkalla sin anmälan om de inte också överger planerna på koncentrationen. Kommissionen kan dessutom ålägga de anmälande parterna böter enligt artikel 14 i förordning nr 4064/89 om de återkallar anmälan utan att överge planerna på koncentrationen.

- 74 Det är enligt kommissionen uppenbart att de anmälande parterna den 28 juni 2000 fortfarande hyste stora förhoppningar om att kunna genomföra den planerade koncentrationen. Detta framgår klart av de pressmeddelanden som de offentliggjorde dagen före (se ovan punkterna 15 och 16). Kommissionen har framhållit att de anmälande parterna, om de verkligen hade fattat ett så viktigt beslut som att överge planerna på koncentrationen, inte skulle ha missat detta tillfälle att tillkännage det. Deras underrättelse till kommissionen av den 27 juni 2000 var således inte helt uppriktig och kunde inte tolkas bokstavligen, särskilt som de anmälande parterna först den 13 juli 2000 underrättade de amerikanska kontrollmyndigheterna om sin avsikt att inte fullfölja koncentrationen (se ovan punkt 20). Kommissionen har härav dragit den slutsatsen att den planerade koncentrationen fortfarande var aktuell då det ifrågasatta beslutet antogs.
- 75 Kommissionen har med avseende på sin tidigare administrativa praxis anfört att den anmälda transaktionen, i samtliga ärenden som sökanden hänvisat till, avbrutits innan kommissionen lade ned ärendet. Kommissionen skulle inte i något av dessa ärenden ha ansett det tillräckligt att anmälan återkallades. Tvärtom hade kommissionen i två ärenden krävt bevis, som parterna inte spontant förebringat, för att planerna på en koncentration övergivits. I förevarande fall har de anmälande parterna emellertid inte inkommit med några handlingar eller något bevismaterial till stöd för sitt påstående att de inte längre hade för avsikt att genomföra den planerade koncentrationen.

- 76 Kommissionen har under alla omständigheter tillbakavisat påståendet att dess egen administrativa praxis, bestående av en rad individuella beslut, skulle kunna ge upphov till berättigade förväntningar. Sådana förväntningar skall enligt kommissionen grundas på åtminstone ett meddelande med allmän giltighet. Kommissionen anser likaså att det följer av vanligt sunt förnuft att den omständigheten att kommissionen avviker från en praxis som följts i en rad tidigare beslut inte i sig kan anses utgöra ett oskäligt eller oproportionerligt handlande.
- 77 Kommissionen har slutligen i sin duplik gjort gällande att domarna i de ovan i punkt 71 nämnda målen Ferriere San Carlo mot kommissionen och Fingruth saknar relevans i förevarande mål. I dessa båda domar hade domstolen konstaterat en lucka i gemenskapslagstiftningen vilken den berörda gemenskapsinstitutionen hade fyllt genom fast administrativ praxis. Det finns inte några luckor i förordning nr 4064/89, och sökanden har i själva verket åberopat påstått berättigade förväntningar på att kommissionen inte skall utöva de befogenheter den har med stöd av denna förordning.

Förstainstansrättens bedömning

- 78 Förstainstansrätten skall inledningsvis fastställa omfattningen av den ovan i punkt 13 nämnda skrivelsen av den 27 juni 2000 enligt vilken de anmälade parterna formellt återkallade sin anmälan av den 11 januari 2000 och underrättade kommissionen om att de "inte längre [hade] för avsikt att genomföra den planerade koncentrationen i den form som beskrivits i anmälan".
- 79 Såsom framgår av själva ordalydelsen av denna underrättelse och till skillnad från vad sökanden har anfört i förevarande förfarande, avsåg denna underrättelse inte ett principiellt avståndstagande från alla planer på ett samgående mellan WorldCom och Sprint, utan endast ett beslut att inte genomföra den planerade koncentrationen "i den form som beskrivits i anmälan". Möjligheten att de anmälade parterna "i

framtiden skulle besluta om ett annat slags” koncentration anges uttryckligen i denna skrivelse, om än på ett hypotetiskt sätt (“[i]nsofar as” — ”för det fall”). Även genom Sprints pressmeddelande och de uttalanden som WorldComs talesman gjorde samma dag, vilka omnämns ovan i punkterna 15 respektive 16, bekräftas att de anmälade parterna vid denna tidpunkt fortfarande hyste vissa förhoppningar om en sammanslagning av deras verksamheter i en eller annan form trots de invändningar som DoJ och kommissionen riktade mot deras planer. I själva verket var det först genom det ovan i punkt 40 nämnda pressmeddelandet av den 13 juli 2000 som de anmälade parterna offentliggjorde att de slutgiltigt avstod från den planerade koncentrationen.

- 80 Genom föreliggande grund uppkommer följaktligen frågan huruvida kommissionen, under förevarande omständigheter, var behörig att med stöd av artikel 8.3 i förordning nr 4064/89 fatta ett beslut varigenom den ”anmälda koncentrationen” förklarades oförenlig med den gemensamma marknaden, trots att de anmälade parterna, utan att formellt avstå från sina planer på ett samgående, officiellt hade tillkännagivit att de återkallade sin anmälan och att de inte längre hade för avsikt att fullfölja denna transaktion i den form som beskrivits i anmälan samtidigt som de förbehöll sig möjligheten av en framtida sammanslagning av deras verksamheter i en annan form.
- 81 Det skall i detta hänseende inledningsvis framhållas att den planerade koncentrationen i den form som beskrivits i anmälan var identisk med den som angivits och beskrivits i det avtal och i den fusionsplan som WorldCom och Sprint undertecknade den 4 oktober 1999, med undantag för varje annat samgående som var teoretiskt möjligt mellan dessa parter.
- 82 Med hänsyn till den särskilda form som detta förslag till samgående givits i anmälan, kunde de anmälade parternas underrättelse av den 27 juni 2000 som undertecknats av de advokater som i vederbörlig ordning utsetts att företräda parterna vid kommissionen, endast tolkas så att det avtal och den fusionsplan som hade beslutats och anmälts enligt artikel 4 i förordning nr 4064/89 blev ogiltiga.

- 83 Förstainstansrätten anser under dessa omständigheter att den åtskillnad som kommissionen i skäl 12 i det ifrågasatta beslutet gjorde mellan återkallelsen av anmälan och återkallelsen av det fusionsavtal som undertecknats den 4 oktober 1999 är överdrivet formalistisk och till och med konstlad.
- 84 När kommissionen gjorde denna åtskillnad beaktade den nämligen inte att de anmälade parterna genom skrivelsen av den 27 juni 2000 inte enbart återkallade anmälan utan också meddelade att de inte ämnade genomföra den planerade koncentrationen ”i den form som beskrivits i anmälan”, det vill säga i den form som angivits i fusionsavtalet av den 4 oktober 1999.
- 85 Genom att göra denna åtskillnad bortsåg kommissionen vidare från innebörden av ett sådant avstående, vilket nödvändigtvis påverkar verkningarna, om inte giltigheten, av själva fusionsavtalet. Kommissionens påstående att de anmälade parternas skrivelse av den 27 juni 2000 “[inte] utgjorde ... något formellt tillbakadragande av ... fusionsavtal[et]” är inte en logisk slutsats av de anmälade parternas uttalande att de ”inte längre [hade] för avsikt att genomföra” nämnda avtal.
- 86 Den omständigheten att parterna förbehöll sig möjligheten att i framtiden besluta om en annan slags sammanslagning av sina verksamheter, till vilken kommissionen hänvisade i skäl 12 i beslutet, är inte relevant vid bedömningen av huruvida det vid tidpunkten för det ifrågasatta beslutets antagande förelåg ett giltigt fusionsavtal som dessa parter kunde genomföra och som kunde bli föremål för kommissionens kontroll.
- 87 Denna omständighet innebär för övrigt snarare att kommissionens argument försvagas än att det förstärks. Det framgår nämligen därav att de anmälade parterna ansåg att det krävdes att de fattade ett nytt beslut om samgående för att de eventuellt i framtiden skulle kunna genomföra den planerade koncentrationen.

- 88 Kommissionen har emellertid i sina yttranden kritiserat de anmälade parterna för att deras underrättelse av den 27 juni 2000 inte var "helt uppriktig" och att den därför inte kunde tolkas "bokstavligen".
- 89 Det finns grund för kommissionens påstående att de anmälade parterna vid denna tidpunkt inte slutgiltigt hade avstått från den planerade koncentrationen (se ovan punkt 79). Detta påstående saknar emellertid betydelse. Det räcker nämligen inte att två företag planerar ett samgående (eller fortsätter att hysa sådana planer) för att det dem emellan i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*) skall föreligga (eller fortsätta att föreligga) ett giltigt avtal om en koncentration i den mening som avses i förordning nr 4064/89. Kommissionens behörighet kan inte grundas enbart på parternas subjektiva avsikter. Kommissionens behörighet grundas enligt artikel 4 i denna förordning på "[koncentrations]avtalets ingående". På samma sätt som kommissionen inte är behörig att fatta ett beslut med stöd av förordning nr 4064/89 innan ett sådant avtal träffas, förlorar den sin behörighet i och med att detta avtal upphör att gälla och detta även om de berörda företagen fortsätter förhandlingarna i syfte att sluta "ett annat slags avtal".
- 90 Kommissionen har mer specifikt gjort gällande att de anmälade parterna, trots den officiella underrättelsen av den 27 juni 2000, i hemlighet vidmakthöll fusionsavtalet av den 4 oktober 1999. Förstainstansrätten finner härvidlag att detta påstående, som kunde ha varit av betydelse, inte styrkts av någon bevisning. Även om kommissionen hade kunnat beakta Sprints pressmeddelande eller uttalandena av WorldComs talesman av den 27 juni, vilka omnämns ovan, konstaterar förstainstansrätten att det inte finns något stöd för detta påstående i dessa handlingar vilka inte nämns i det ifrågasatta beslutet.
- 91 Av det ovan anförda följer att kommissionen, mot bakgrund av de anmälade parternas skrivelse av den 27 juni 2000, som sammanfattats ovan i punkt 80 och tolkats ovan i punkterna 82–86, borde ha funnit att den i avsaknad av ett "avtal" om en koncentration i den mening som avses i artikel 4 i förordning nr 4064/89 inte längre var behörig att med stöd av artikel 8.3 i denna förordning i ett beslut förklara den "anmälda koncentrationen" oförenlig med den gemensamma marknaden.

- 92 Denna bedömning påverkas inte av något av de övriga argument som kommissionen framfört i förevarande förfarande.
- 93 Kommissionen har visserligen med hänvisning till punkt 53 i domen i det ovan i punkt 73 nämnda målet *Air France mot kommissionen* korrekt hävdad att dess behörighet inte begränsas till att gälla enbart anmälda koncentrationer, eftersom anmälan endast är ett verktyg som underlättar utövandet av en befogenhet som kommissionen under alla omständigheter har och som inte är beroende av parternas vilja.
- 94 Förstainstansrätten bortser härvidlag från den tyska regeringens argument att ett beslut om oförenlighet enligt artikel 8.3 i förordning nr 4064/89 avseende en icke anmäld koncentration inte kan fattas förrän denna koncentration har genomförts och det visar sig nödvändigt att vidta åtgärder för att upplösa denna. En sådan tolkning strider såväl mot andemeningen som ordalydelsen i förordning nr 4064/89, särskilt dess artikel 14.2 c.
- 95 Kommissionen är vid sin bedömning emellertid skyldig att beakta tillämpliga bestämmelser och de faktiska omständigheterna och särskilt att stödja sig på de uttryckliga bestämmelserna i det icke anmälda avtal genom vilket koncentrationen genomförs (se, analogt, beträffande den bedömning av ett konkurrensbegränsande avtal som kommissionen vidtar på eget initiativ, förstainstansrättens dom av den 5 april 2001 i mål T-16/98, *Wirtschaftsvereinigung Stahl m.fl. mot kommissionen*, REG 2001, s. II-1217, punkterna 32 och 33).
- 96 Även om det är riktigt att parterna i ett avtal om en koncentration inte kan frånta kommissionen dess behörighet genom att återkalla sin anmälan, krävs det ändå att kommissionen, vid utövandet av denna behörighet, uttalar sig över en verklig koncentration och inte över vad som efter det att anmälan återkallats och transaktionen i sin ursprungliga form övergivits endast är parternas vaga avsikter angående en framtida sammanslagning av verksamheterna i en annan form, vilket den gjorde i förevarande fall.

- 97 Kommissionen kan inte heller uttala sig om bestämmelserna i ett avtal vars genomförande parterna formellt har förklarat sig ta avstånd ifrån, utan att den därigenom riskerar att göra sådana felbedömningar som kan ha en väsentlig inverkan på dess bedömning av den koncentration som faktiskt föreligger.
- 98 De anmälade parternas underrättelse till kommissionen av den 27 juni 2000 innebar åtminstone att de avsåg att göra vissa ändringar i det anmälda fusionsavtalet innan de i framtiden eventuellt kunde genomföra den planerade koncentrationen ”i en annan form”. Detta avtal var därför inte längre uttryck för deras gemensamma vilja. Av detta följer att kommissionen vid den bedömning av bestämmelserna i det anmälda avtalet som gjordes i det ifrågasatta beslutet med nödvändighet bortsåg från verkningarna av den nya transaktion som de anmälade parterna eventuellt avsåg att genomföra i framtiden.
- 99 Denna underlåtenhet kan ha haft en väsentlig inverkan på kommissionens bedömning av koncentrationen i det ifrågasatta beslutet. Om kommissionen hade beaktat de faktiska verkningarna av den koncentration i en annan form som de anmälade parterna planerade, är det inte uteslutet att den hade gjort en annan bedömning och funnit att denna transaktion inte var oförenlig med den gemensamma marknaden (se, analogt, domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet *Wirtschaftsvereinigung Stahl m.fl. mot kommissionen*, punkt 45).
- 100 Förstainstansrätten påpekar även att de felbedömningar som kommissionen har gjort i förevarande fall utan svårighet kunde ha undvikits. Det fanns i synnerhet inte någon tvingande tidsfrist som krävde att kommissionen i hast fattade ett så riskabelt beslut som det ifrågasatta beslutet.

- 101 Såsom framgår av skäl 11 i det ifrågasatta beslutet ansåg kommissionen nämligen att detta beslut måste fattas senast onsdagen den 12 juli 2000 och att transaktionen efter detta datum skulle ha ansetts förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 10.6 i förordning nr 4064/89. Kommissionen har i svaromålet dessutom klargjort att kommissionens kollegium sammanträffar en gång i veckan, i allmänhet på onsdagar, att beslut enligt artikel 8.3 i förordning nr 4064/89 i syfte att öka öppenheten nästan alltid fattas genom ett muntligt förfarande, och att förslag till sådana beslut som regel läggs fram vid det näst sista mötet före utgången av den frist som föreskrivs i artikel 10.3 i förordning nr 4064/89, så att kollegiet kan uttala sig om en ändrad version om en majoritet av dess medlemmar skulle ha invändningar mot den första versionen.
- 102 Om kommissionen sålunda hyste tvivel beträffande innebörden eller uppriktigheten av innehållet i de anmälade parternas underrättelse av den 27 juni 2000 hade den möjlighet att vid sitt möte den 28 juni 2000 skjuta upp det ifrågasatta beslutets formella antagande till onsdagen den 5 eller onsdagen den 12 juli 2000 och att i mellantiden sända en begäran om upplysningar enligt artikel 11.1 i förordning nr 4064/89 till de anmälade parterna, vid behov genom beslut enligt artikel 11.5 i denna förordning.
- 103 Det föreskrivs dessutom i artikel 10.4 i förordning nr 4064/89 att den längsta tidsfrist på fyra månader som fastställs i artikel 10.3 för att fatta beslut om oförenlighet enligt artikel 8.3 i undantagsfall tillfälligt skall avbrytas om kommissionen, på grund av omständigheter för vilka ett av de företag som deltar i koncentrationen är ansvarigt, har varit tvungen att begära upplysningar genom beslut enligt artikel 11. Sådana omständigheter utgörs enligt artikel 9.1 a och d i tillämpningsförordningen bland annat av att de uppgifter som kommissionen har begärt enligt artikel 11.1 i förordning nr 4064/89 från en av de anmälade parterna inte har lämnats i sin helhet inom den tidsfrist som fastställts av kommissionen eller att de anmälade parterna har underlåtit att underrätta kommissionen om väsentliga förändringar av de uppgifter som lämnats i anmälan.

- 104 Om kommissionen ansåg att den inte hade fått tillräckliga upplysningar i de anmälade parternas underrättelse av den 27 juni 2000 för att avsluta förfarandet hade den därför möjlighet att, med stöd av formell bevisning, kontrollera huruvida de anmälade parterna verkligen hade återkallat eller avstått från att genomföra fusionsavtalet såsom kommissionen själv har medgivit att den har gjort tidigare avseende åtminstone två koncentrationer (se nedan punkt 111).
- 105 Kommissionen kan inte heller åberopa att den såg sig nödsakad att förhindra att de anmälade parternas underrättelse av den 27 juni 2000 kringgicks eller missbrukades.
- 106 Det fanns i synnerhet inte någon risk för att de anmälade parterna efter det att de återkallat anmälan medvetet skulle bortse från förbudet i artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 och genomföra den planerade koncentrationen antingen i den form som anmälts eller i en annan form. Såsom sökanden och den tyska regeringen har anfört skulle de anmälade parterna därigenom nämligen ha riskerat att kommissionen med stöd av artikel 14.2 b i förordning nr 4064/89 ålade dem böter med upp till tio procent av deras sammanlagda omsättning. Dessa böter är minst lika avskräckande som de böter som föreskrivs i artikel 14.2 c i denna förordning för det fall företagen genomför en koncentration som genom ett beslut enligt artikel 8.3 i förordning nr 4064/89 har förklarats oförenlig med den gemensamma marknaden.
- 107 Förstainstansrätten finner mot bakgrund av det ovan anförda att kommissionen har överskridit sina befogenheter enligt förordning nr 4064/89, genom att fatta det ifrågasatta beslutet trots att de anmälade parterna officiellt hade återkallat sin anmälan och underrättat kommissionen om att de inte avsåg att genomföra koncentrationen i den form som beskrivits i anmälan.

- 108 Även om kommissionen, såsom den har gjort gällande med hänvisning till den åtskillnad som den gjorde mellan återkallelsen av anmälan och återkallelsen av fusionsavtalet, inte var obehörig att fatta det ifrågasatta beslutet, skall det under alla omständigheter konstateras att kommissionen därigenom oväntat avvek från den fasta administrativa praxis som har kommit till allmänhetens kännedom. Sökanden har i detta avseende hänvisat till ett tjugotal ärenden i vilka det föreföll som om kommissionen nöjde sig med en återkallelse av de berörda parternas anmälan för att utan att fatta ett beslut i sak avsluta ett förfarande rörande en koncentration.
- 109 Med beaktande av kommissionens tillkännagivanden med rubriken Återkallelse av en föreslagen koncentration, vilka är de enda handlingar som offentliggjorts i ärende nr IV/M.608, Ericsson/Ascom (EGT C 292, 1995, s. 8) respektive ärende nr IV/M.680, Kvaerner/Amec (EGT C 8, 1996, s. 4), förefaller det som om institutionen avslutat ärendet, utan att fatta ett beslut, samma dag som de anmälade parterna underrättat denna om att de "ställ[t] in implementeringen av den ... anmälda koncentrationen" och "därför beslutat att återkalla ... anmälan".
- 110 I en mängd andra ärenden (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 (EGT C 93, 1998, s. 23); nr IV/M.1246, LHZ/Carl Zeiss (EGT C 384, 1998, s. 9); nr IV/M.1277, BLG Container/Maersk/Sea-Land Service (EGT C 290, 1998, s. 12); nr IV/M.1321, Verbund/Kelag/Porr/OMV Proterra/Siemens/KRV (EGT C 382, 1998, s. 3); nr IV/M.1431, Ahlström/Kvaerner (EGT C 263, 1999, s. 3); nr IV/M.1447, Deutsche Post/Transo-flex (EGT C 130, 1999, s. 9); nr IV/M.1609, Elf/Saga; nr IV/M.1703, Phelps Dodge/Asarco (EGT C 313, 1999, s. 7); COMP/M.2117, Aker Maritime/Kvaerner (EGT C 9, 2001, p. 5), och COMP/M.1829, HMTF Nabisco Group Holdings/Burlington Biscuits/United Biscuits) angavs i den officiella tidningen, eller i pressmeddelandet

med tillkännagivande om att förfarandet avslutats, endast att "de anmälade parterna har underrättat kommissionen om att de återkallade sin anmälan" utan att det därvid nämndes vad som skulle ske med förslaget till koncentration eller med själva koncentrationsavtalet. I och med att kommissionen utformade ifrågavarande offentliga handlingar på detta sätt gav den nödvändigtvis de berörda kretsarna intrycket att den i praktiken uppfattade en återkallelse av anmälan på så sätt att planerna på en koncentration övergavs även om dess administrativa praxis i själva verket var annorlunda.

- 111 Kommissionen har i svaromålet hänvisat till två ärenden (nr IV/1328, KLM/Martinair (EGT C 162, 1999, s. 7) och nr IV/M. 1412, Hutchison Whampoa/RMPM/ECT (EGT C 256, 1999, s. 5), i vilka parterna inte spontant inkommit med bevisning för att de övergivit planerna på den planerade koncentrationen, varför kommissionen krävde sådan bevisning för att avsluta ärendet. Det framgår emellertid inte av de uppgifter rörande dessa ärenden som offentliggjorts genom meddelande i den officiella tidningen eller pressmeddelande att kommissionen ställt några sådana krav. Kommissionen har under alla omständigheter inte klargjort varför den inte handlade på samma sätt i förevarande ärende i stället för att snabbt fatta ett negativt beslut dagen efter det att anmälan återkallats.
- 112 De anmälade parterna kunde under dessa omständigheter med rätta förvänta sig att deras underrättelse av den 27 juni 2000 räckte för att kommissionen skulle avsluta ärendet i enlighet med dess tidigare administrativa praxis som kommit till allmänhetens kännedom och i avsaknad av uppgifter av motsatt slag från kommissionen själv. Till skillnad från vad kommissionen har gjort gällande bekräftas, av domstolens rättspraxis, att enbart en administrativ praxis som inte strider mot gällande lagstiftning och som inte innebär att det görs en skönmässig bedömning kan ge upphov till berättigade förväntningar hos de berörda utan att det krävs att dessa förväntningar grundas på ett meddelande med allmän giltighet (domstolens dom av den 1 oktober 1987 i mål 84/85, Förenade kungariket mot kommissionen, REG 1987, s. 3765, domarna i de ovan i punkt 71 nämnda målen Ferriere San Carlo mot kommissionen och Fingruth, beslut av domstolens ordförande av den 10 juni 1988 i mål C-152/88 R, Sofrimport mot kommissionen, REG 1988, s. 2931).

- 113 Förstainstansrätten finner således att kommissionen åtminstone har åsidosatt de anmälande parternas berättigade förväntningar genom att fatta det ifrågasatta beslutet utan att i förväg upplysa dem om att deras underrättelse inte uppfyllde kommissionens krav och att den, om nämnda parter inte omedelbart inkom med formell bevisning för att fusionsavtalet återkallats, ämnade fatta ett beslut enligt artikel 8.3 i förordning nr 4064/89.
- 114 Av vad anförts följer att den andra grunden är befogad. Det ifrågasatta beslutet skall följaktligen ogiltigförklaras i enlighet med sökandens yrkanden utan att de övriga grunder och argument som denne anför till stöd för sin talan behöver prövas.

Rättegångskostnader

- 115 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Sökanden har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, skall sökandens yrkande bifallas.
- 116 I artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna föreskrivs emellertid att medlemsstater som intervenerat skall bära sina egna rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

följande dom:

- 1) **Kommissionens beslut 2003/790/EG av den 28 juni 2000 om att en koncentration är oförenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (Ärende COMP/M.1741 - MCI WorldCom/Sprint) ogiltigförklaras.**
- 2) **Kommissionen skall bära sin rättegångskostnad och ersätta MCI, Inc.:s rättegångskostnad.**
- 3) **Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Frankrike skall bära sina rättegångskostnader.**

Pirrung

Meij

Forwood

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 september 2004.

H. Jung

J. Pirrung

Justitiesekreterare

Ordförande