

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

28 september 2004\*

In zaak T-310/00,

**MCI, Inc.**, voorheen MCI WorldCom, Inc., vervolgens WorldCom, Inc., gevestigd te Ashburn, Virginia (Verenigde Staten), aanvankelijk vertegenwoordigd door K. Lasok, QC, J.-Y. Art en B. Hartnett, advocaten, vervolgens door K. Lasok, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

ondersteund door

**Bondsrepubliek Duitsland**, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing en B. Muttelsee-Schön als gemachtigden,

interveniënte,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, aanvankelijk vertegenwoordigd door P. Oliver, P. Hellström en L. Pignataro, vervolgens door P. Oliver en P. Hellström als gemachtigden, bijgestaan door N. Khan, barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

\* Procestaal: Engels.

ondersteund door

**Frans Republiek**, vertegenwoordigd door G. de Bergues en F. Million als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënte,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van beschikking 2003/790/EG van de Commissie van 28 juni 2000 waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (PB 2003, L 300, blz. 1),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. Pirrung, kamerpresident, A. W. H. Meij en N. J. Forwood, rechters,

griffier: J. Plingers, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 30 maart 2004,

het navolgende

## Arrest

### Feiten van het geding en procedure bij de Commissie

- 1 MCI, Inc., voorheen MCI WorldCom, Inc., vervolgens WorldCom, Inc. (hierna: „WorldCom”), en Sprint Corp. (hierna: „Sprint”) zijn beide wereldwijd opererende telecommunicatiebedrijven, die in de Verenigde Staten zijn gevestigd. In 1999 bedroeg de mondiale omzet van WorldCom ongeveer 37 miljard Amerikaanse dollar (USD) en die van Sprint ongeveer 17 miljard USD. Tot voor kort werden de activiteiten van Sprint in Europa geheel of grotendeels uitgevoerd via Global One, de joint venture die zij in 1995 had opgericht met Deutsche Telekom et France Télécom.
  
- 2 Op 4 oktober 1999 sloten WorldCom en Sprint een fusieovereenkomst en -plan, waarmee was voldaan aan de omschrijving van concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, sub a, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [PB L 395, blz. 1, rectificaties in PB 1990, L 257, blz. 13, inmiddels ingetrokken bij verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 24, blz. 1)]. Deze fusie moest tot stand komen door een ruil van aandelen van Sprint tegen aandelen van WorldCom, voor een bedrag dat aanvankelijk op 127 miljard USD werd geraamd.

- 3 Bij brieven van 20, 26 en 28 oktober 1999 lichtten WorldCom en Sprint de Commissie in over deze overeenkomst en deelden zij haar mee om welke redenen de betrokken concentratie volgens hen geen communautaire dimensie in de zin van artikel 1 van verordening nr. 4064/89 had en dus niet hoefde te worden aangemeld overeenkomstig deze verordening. Zij stelden met name dat Sprint zich ten aanzien van Global One contractueel had verbonden om haar deelneming in Global One vóór de totstandbrenging van de fusie op te geven, zodat haar aandeel in de omzet van Global One niet moest worden meegenomen bij de berekening van de totale omzet van Sprint in de Gemeenschap, in de zin van artikel 5 van verordening nr. 4064/89.
  
- 4 Op 29 oktober 1999 betwistte de Commissie dit standpunt en deelde zij de betrokken ondernemingen mee, dat zij het aandeel van Sprint in de omzet van Global One mede in aanmerking moest nemen, waaruit zij concludeerde dat de voorgenomen concentratie een communautaire dimensie had. Voor de berekening van de omzet om te bepalen of de concentratie een communautaire dimensie heeft, moet volgens haar worden uitgegaan van de datum waarop de fusieovereenkomst is ondertekend en van de feitelijke situatie op die datum, of uiterlijk van de datum waarop de aanmeldingsverplichting ontstaat. De omzet uit bepaalde activiteiten mag slechts worden uitgesloten indien de aangemelde overeenkomst de opschortende voorwaarde van afstoting van deze activiteiten bevat of indien deze activiteiten zijn afgestoten tussen de sluiting van de rekeningen en de ondertekening van de definitieve fusieovereenkomst. Volgens de Commissie was dit in casu niet het geval.
  
- 5 Bij akte van 10 januari 2000 (hierna: „aanmelding”), ontvangen door de Commissie op 11 januari, hebben WorldCom en Sprint (hierna: „aanmeldende partijen”) gezamenlijk hun concentratieproject aangemeld overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening nr. 4064/89, „onverminderd het standpunt van de partijen ten aanzien van bevoegdheidskwesties betreffende de toerekening van de omzet van Global One aan die van Sprint”.
  
- 6 Op 21 januari 2000 heeft Sprint met Deutsche Telekom en France Télécom een formele overeenkomst gesloten krachtens welke zij zich terugtrok uit Global One.

- 7 Op 2 februari 2000 hebben de aanmeldende partijen deze overeenkomst aan de Commissie meegedeeld met de bereidverklaring, in de zin van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89, dat Sprint al het mogelijke zou doen om haar terugtrekking uit Global One onverwijld te voltooien en in de tussentijd op geen enkele wijze zou participeren in het dagelijks beheer van Global One. Op 10 februari 2000 zonden de aanmeldende partijen de Commissie een memorie waarin zij uiteenzetten welke invloed de terugtrekking van Sprint uit Global One volgens hen zou hebben op de mededingingsstructuur op de betrokken markten en om welke redenen zij de aanmelding meenden te kunnen intrekken.
- 8 Van mening dat de voorgestelde verbintenis ontoereikend was, dat de betrokken concentratie wel degelijk binnen de werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 viel en dat er grote twijfel bestond over de verenigbaarheid daarvan met de gemeenschappelijke markt, heeft de Commissie op 21 februari 2000 besloten de procedure overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 in te leiden. Zij onderscheidde drie markten waarop de concentratie problemen met betrekking tot de mededinging veroorzaakte: de markt van de „top-level of universele internet-connectiviteit”, die van de mondiale telecommunicatiediensten en die van de internationale spraaktelefonie.
- 9 Nadat zij in antwoord op verzoeken krachtens artikel 11 van verordening nr. 4064/89 diverse inlichtingen had verkregen, heeft de Commissie de aanmeldende partijen op 3 mei 2000 haar punten van bezwaar meegedeeld in de zin van artikel 12, lid 2, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89 [PB L 61, blz. 1; hierna: „uitvoeringsverordening”, inmiddels ingetrokken bij verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van verordening nr. 139/2004 (PB L 133, blz. 1)]. Hierin verklaarde zij dat de voorgenomen concentratie aanleiding zou geven tot een machtspositie ten gunste van de aanmeldende partijen of tot een versterking van de machtspositie van WorldCom op de markt van de top-level of universele internetconnectiviteit en op die van de mondiale telecommunicatiediensten voor multinationale ondernemingen. De aanmeldende partijen hebben op deze mededeling van bezwaren geantwoord op 22 mei 2000.

- 10 Na een aantal vergaderingen waarop mogelijke corrigerende maatregelen werden onderzocht, hebben de aanmeldende partijen de Commissie bij brief van 8 juni 2000 een verbintenis („corrigerende maatregelen”) voorgelegd overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 4064/89 en artikel 18, lid 2, van de uitvoeringsverordening, die betrekking had op de afstoting van de internetactiviteiten van Sprint.
  
- 11 Op 5 juni 2000 heeft de Commissie een vergadering belegd met het bij artikel 19 van verordening nr. 4064/89 ingestelde Raadgevend Comité voor concentraties. Dit comité kwam samen op 22 juni 2000 en verstreekte nog dezelfde dag zijn advies.
  
- 12 Op 26 juni 2000 reisde het lid van de Commissie belast met mededingingszaken, M. Monti, naar Washington (Verenigde Staten) voor een ontmoeting met afgevaardigden van het Department of Justice (hierna: „DoJ”). Tijdens een persconferentie verklaarde hij aldaar dat hij de Commissie zou voorstellen de voorgenomen concentratie te verbieden.
  
- 13 Op 27 juni 2000 hebben de aanmeldende partijen twee faxberichten gezonden naar de Commissie, die deze dezelfde dag heeft ontvangen, waarin zij formeel verklaarden hun op 8 juni 2000 voorgelegde verbintenis alsook de aanmelding van 11 januari 2000 in te trekken. De tweede brief bevatte de volgende verklaring:

„De partijen zijn niet langer voornemens het concentratieproject uit te voeren in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding. Voorzover de partijen besluiten hun activiteiten in de toekomst in een andere vorm te fuseren, zullen zij de passende aanmeldingen doen overeenkomstig de toepasselijke concentratiewetgeving.”

14 Op dezelfde dag heeft het DoJ bij de District Court of Columbia tegen WorldCom en Sprint een klacht ingediend om te doen vaststellen dat hun concentratieproject de Clayton Antitrust Act, 1914 (antitrustwet-Clayton van 1914) schond, en deze ondernemingen een definitief verbod tot uitvoering van de betrokken concentratie-overeenkomst op te leggen. Deze klacht was gebaseerd op de concurrentieverstorende gevolgen die de overeenkomst leek te hebben op de markt van de internettoegangsdiensten en op een reeks andere markten.

15 Eveneens op 27 juni 2000 publiceerde Sprint op haar webpagina een persbericht over de door het DoJ ingeleide gerechtelijke procedure. Dit bericht eindigde als volgt:

„Sprint hoopt dat deze fusie een redelijke afloop krijgt. De voordelen die het publiek ervan zal ondervinden, zijn te groot om het plan op te geven.”

16 Op dezelfde dag verscheen op de website van ABC News het volgende commentaar:

„[...] de door beide ondernemingen gepubliceerde verklaringen lijken erop te wijzen dat zij de voorgenomen megaconcentratie ten belope van 128 miljard dollar niet helemaal hebben opgegeven. Peter Lucht, woordvoerder van WorldCom, heeft niet willen zeggen of zij een einde hadden gemaakt aan het openbaar aanbod. „De zaak is nog aanhangig bij de Amerikaanse autoriteiten’, heeft Lucht verklaard.”

- 17 Op 28 juni 2000 heeft de Commissie beschikking 2003/790/EG vastgesteld waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (PB 2003, L 300, blz. 1; hierna: „bestreden beschikking”), op basis van met name artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89.
- 18 In punt 410 van de considerans van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat de voorgenomen concentratie „zou leiden tot de totstandkoming van een machtspositie [...] of de versterking van een machtspositie [...] op de markt voor het verstrekken van ‚top-level’- of universele connectiviteit, waardoor de concurrentie op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk zou worden belemmerd in de zin van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening”. In punt 302 van de considerans van de bestreden beschikking besluit de Commissie evenwel „haar bezwaar met betrekking tot de markt voor het verstrekken van mondiale telecommunicatiediensten niet verder voort te zetten”. In de punten 303 tot en met 315 van de bestreden beschikking laat de Commissie voorts haar bezwaren met betrekking tot de markt van de internationale spraaktelefonie vallen.
- 19 De bestreden beschikking is op dezelfde dag ter kennis gebracht van de aanmeldende partijen.
- 20 Op 13 juli 2000 kondigden de aanmeldende partijen via persberichten aan dat zij wegens het verzet van het DoJ een einde maakten aan hun fusieovereenkomst.

## Procesverloop

- 21 Bij op 27 september 2000 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschrift heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.



- 22 Het Gerecht (Eerste kamer) heeft verzoekster uitgenodigd zich in repliek uit te spreken over de vraag of zij, gelet op de arresten van het Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, Jurispr. blz. II-753), en 15 december 1999, Kesko/Commissie (T-22/97, Jurispr. blz. II-3775), nog steeds procesbelang heeft nu zij het concentratieproject na de interventie van het DoJ definitief heeft opgegeven. Verzoekster heeft aan dit verzoek voldaan en ook de Commissie heeft haar standpunt daarover in dupliek bepaald.
- 23 Bij beschikking van de president van de Eerste kamer van het Gerecht van 16 mei 2001 zijn de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van respectievelijk verzoekster en de Commissie.
- 24 Op 21 juli 2002 hebben WorldCom en het merendeel van haar dochtermaatschappijen in de Verenigde Staten bij de Bankruptcy Court for the Southern District of New York (faillissementsrechtbank van het district zuiden van New York) een verzoek om reorganisatie („voluntary petition for reorganisation”) in de zin van Chapter 11 van de US Bankruptcy Code ingediend.
- 25 Bij brief van de griffie van het Gerecht van 4 oktober 2002 is verzoekster gevraagd zich uit te spreken over de eventuele gevolgen van de lopende gebeurtenissen voor de voortzetting van de procedure voor het Gerecht, over de vraag of zij op basis van de criteria die het Gerecht heeft vastgesteld in de arresten Gencor/Commissie en Kesko/Commissie, punt 22 supra, haars inziens nog belang heeft bij de vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, en over de vraag of er volgens haar nog enige kans bestond om in de toekomst de bij de bestreden beschikking met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde concentratie of enige andere vergelijkbare concentratie tot stand te brengen ingeval de bestreden beschikking overeenkomstig de in dit beroep ingediende vorderingen nietig zou worden verklaard. Voorts is haar verzocht, het in Chapter 11 van de US Bankruptcy Code vereiste ondernemingsplan (business plan) over te leggen, zodra dit door de schuldeisers zou zijn aanvaard en door de bevoegde Amerikaanse rechter goedgekeurd. Verzoekster heeft aan deze verzoeken voldaan bij brieven van 21 oktober 2002, 2 mei 2003, 9 juli 2003, 17 december 2003 en 11 maart 2004.

- 26 Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht bij het begin van het nieuwe gerechtelijk jaar is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Tweede kamer, naar welke kamer de zaak dan ook is verwezen.
- 27 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer) besloten de mondelinge behandeling te openen en eerst een terechtzitting in het bijzonder te wijden aan het onderzoek van de vragen die het onderhavige beroep oproept met betrekking tot de ontvankelijkheid, het procesbelang en de bevoegdheid van de Commissie om de bestreden beschikking vast te stellen.
- 28 Partijen zijn ter terechtzitting van 30 maart 2004 in hun pleidooien en antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord.

### **Conclusies van partijen**

- 29 Verzoekster, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, concludeert dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
  
  - de Commissie te verwijzen in de kosten.

30 De Commissie, ondersteund door de Franse Republiek, concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep te verwerpen;
  
- verzoekster te verwijzen in de kosten.

### **De ontvankelijkheid van het beroep**

#### *Argumenten van partijen*

31 In repliek merkt verzoekster om te beginnen op dat de aanmeldende partijen, daarmee antwoordend op de verklaringen van Monti op diens persconferentie van 26 juni 2000 (zie punt 12 supra), hun aanmelding de dag nadien hebben ingetrokken en de Commissie officieel hebben meegedeeld dat zij afzagen van de voorgenomen concentratie zoals aangemeld. De procedure die het DoJ nog op 27 juni bij de District Court of Columbia had ingeleid (zie punt 14 supra) heeft, anders dan de op 28 juni 2000 vastgestelde bestreden beschikking, geen dwingende rechtsgevolgen gehad. Volgens verzoekster kan dan ook niet worden gesteld dat het concentratieproject is opgegeven „na de interventie van het DoJ”.

32 Vervolgens stelt verzoekster dat zij gelet op de criteria die het Gerecht in de arresten Gencor/Commissie, punt 22 supra (punten 41-45), en Kesko/Commissie, punt 22 supra (punten 57-64), heeft vastgesteld, belang heeft bij nietigverklaring van de

bestreden beschikking. Dienaangaande betoogt zij meer in het bijzonder dat het concentratieproject door de aanmeldende partijen is opgegeven toen duidelijk werd dat de Commissie de concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou verklaren. De omstandigheid dat de beoordeling door de Commissie openbaar is gemaakt voordat zij de bestreden beschikking heeft gegeven, en dat de aanmeldende partijen nog vóór de formele vaststelling ervan vertrouwend op de beschikking hebben gehandeld, doet verzoekster niet haar belang verliezen om de nietigverklaring daarvan te vorderen.

33 Verwijzend naar het arrest van het Hof van 23 april 1986, *Les Verts/Parlement* (294/83, Jurispr. blz. 1339, punt 23), beroept verzoekster zich eveneens op haar fundamentele recht op rechtsbescherming, dat zowel in het EG-Verdrag als in de artikelen 16 en 21 van verordening nr. 4064/89 is neergelegd. Zij betoogt met name dat de daadwerkelijke rechterlijke toetsing van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie op basis van verordening nr. 4064/89 in een rechtsgemeenschap niet kan worden aangetast door het bestaan van gerechtelijke procedures bij andere rechterlijke instanties, temeer omdat de bestreden beschikking in casu het enige juridische beletsel vormt voor de voorgenomen concentratie.

34 In haar opmerkingen van 21 oktober 2002 in antwoord op de vragen van het Gerecht van 4 oktober 2002 (zie punt 25 supra) verklaart verzoekster in wezen dat het feit dat zij onder de protectie van Chapter 11 van de US Bankruptcy Code is geplaatst, geen rechtsgevolgen heeft voor de voortzetting van de procedure, dat zij gelet op de door het Gerecht in de arresten *Gencor/Commissie* en *Kesko/Commissie*, punt 22 supra, vastgestelde criteria meer dan tevoren belang heeft bij nietigverklaring van de bestreden beschikking en, meer in het bijzonder, dat zij wegens de structurele problemen van overcapaciteit, inkrumping van de vraag en andere problemen die zich sinds 2000 in de telecommunicatiesector hebben voorgedaan, nog betere kansen dan tevoren heeft om de bij de bestreden beschikking met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde concentratie of een andere vergelijkbare operatie tot stand te brengen indien deze beschikking overeenkomstig het petitum van het beroep nietig zou worden verklaard.

- 35 In haar aanvullende opmerkingen van 2 mei 2003 maakt verzoekster met name melding van de spoedige goedkeuring door de US Bankruptcy Court van haar definitieve reorganisatieplan en verklaart zij te verwachten dat de in Chapter 11 van de US Bankruptcy Code bedoelde procedure in het derde kwartaal van 2003 zal worden afgesloten. Afsluiting van de reorganisatieprocedures zal geen invloed hebben op haar belang bij snelle beslechting van het onderhavige geding, noch op de rechten die kunnen voortvloeien uit een arrest waarin haar vordering wordt toegewezen.
- 36 Bij haar aanvullende opmerkingen van 9 juli 2003, 17 december 2003 en 11 maart 2004 heeft verzoekster respectievelijk gevoegd een kopie van de beschikking van de US Bankruptcy Court van 7 juli 2003, waarbij haar voorstel voor een definitief akkoord met de US Securities and Exchange Commission is goedgekeurd, een kopie van de beschikking van dezelfde rechterlijke instantie van 31 oktober 2003 waarbij haar reorganisatieplan van 21 oktober 2003 wordt goedgekeurd, en een kopie van de beschikking van deze instantie van 25 februari 2004 waarbij verzoeksters termijn om te voldoen aan een aantal voorwaarden van haar reorganisatieplan wordt verlengd.
- 37 In dupliek merkt de Commissie op dat het Gerecht in de arresten Gencor/Commissie en Kesko/Commissie, punt 22 supra, veel belang heeft gehecht aan de feitelijke omstandigheden waarin het beroep was ingesteld en aan die waarin de voorgenomen concentratie was opgegeven.
- 38 Het Gerecht heeft in het arrest Gencor/Commissie, punt 22 supra (punt 45), verklaard dat het wegvallen van de grondslag van de concentratie „op zichzelf” geen omstandigheid was die toetsing van de wettigheid van de betrokken beschikking uitsloot. Het Gerecht heeft de betekenis van deze verklaring nader toegelicht in het arrest Kesko/Commissie, punt 22 supra (punten 61-64), en na een onderzoek van de redenen waarom verzoekster had afgezien van de voorgenomen concentratie, geconcludeerd dat deze beslissing niet vrijwillig was, maar rechtstreeks te wijten aan de bestreden beschikking, zodat het beroep ontvankelijk moest worden verklaard.

39 De Commissie leidt daaruit af dat de redenen waarom de aanmeldende partijen hebben afgezien van hun concentratieproject, samen met andere omstandigheden, het Gerecht er daadwerkelijk toe kunnen brengen zich onbevoegd te verklaren. Indien de aanmeldende partijen deze beslissing hebben genomen om redenen die niets te maken hebben met de bestreden beschikking, kan daaruit redelijkerwijze worden afgeleid dat verzoekster onvoldoende belang heeft bij de afloop van de procedure, zodat haar beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

40 In casu hebben WorldCom en Sprint evenwel zelf duidelijk verklaard dat zij afzagen van hun concentratieproject om redenen die geen verband houden met de bestreden beschikking. Uit hun verklaringen blijkt immers dat dit project enkel is opgegeven wegens het verzet van het DoJ. De Commissie verwijst meer in het bijzonder naar het volgende uittreksel uit het persbericht dat verzoekster en Sprint op 13 juli 2000 hebben bekendgemaakt (zie punt 20 supra):

„De ondernemingen [WorldCom et Sprint] zijn het erover eens dat de diverse voorwaarden die hun uiteindelijk door het [DoJ] zijn opgelegd, de financiële voordelen van de fusie en de voordelen die de klanten ervan zouden kunnen ondervinden, zouden aantasten. Aangezien het [DoJ] heeft verklaard niet vóór volgend jaar klaar te zijn om zijn zaak op basis van zijn theorieën over de fusie te bepleiten, hebben de ondernemingen besloten dat het niet in het belang van de aandeelhouders, de klanten en de werknemers is een eindeloze procedure aan te vatten.”

41 In die omstandigheden kan verzoekster niet stellen dat de klacht van het DoJ bij de District Court of Columbia, wegens het feit dat zij geen dwingende gevolgen had, niet aan de oorsprong kon liggen van haar beslissing om af te zien van het concentratieproject.

42 De Commissie concludeert dat de beslissing om af te zien van het concentratieproject geen rechtstreekse consequentie was van de bestreden beschikking, dat het arrest Kesko/Commissie, punt 22 supra, in casu niet relevant is en dat het beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

- 43 Voorts merkt de Commissie op dat het Gerecht zich in het arrest Kesko/Commissie, punt 22 supra (punt 55), met name heeft afgevraagd of het concentratieproject nog steeds actueel was op het tijdstip waarop het beroep werd ingesteld, om uit te maken of er sprake was van een bestaand en daadwerkelijk belang bij nietigverklaring van de bestreden beschikking. In casu was het concentratieproject evenwel opgegeven in juli 2000, dus ruime tijd vóór de instelling van het beroep op 27 september 2000.

*Beoordeling door het Gerecht*

- 44 Volgens vaste rechtspraak is een door een natuurlijke of rechtspersoon ingesteld beroep tot nietigverklaring slechts ontvankelijk indien de verzoeker belang heeft bij nietigverklaring van de betrokken handeling. Een dergelijk belang veronderstelt dat de nietigverklaring van die handeling op zich rechtsgevolgen kan hebben (zie arrest Hof van 24 juni 1986, AKZO Chemie/Commissie, 53/85, Jurispr. blz. 1965, punt 21; arresten Gerecht van 14 september 1995, Antillean Rice Mills e.a./Commissie, T-480/93 en T-483/93, Jurispr. blz. II-2305, punten 59 en 60, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 20 juni 2001, Euroalliages/Commissie, T-188/99, Jurispr. blz. II-1757, punt 26), of, volgens een andere formule, dat de uitslag van een beroep in het voordeel kan zijn van de partij die het heeft ingesteld (arresten Hof van 13 juli 2000, Parlement/Richard, C-174/99 P, Jurispr. blz. I-6189, punt 33, en 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 21).
- 45 In geval van een exceptie van niet-ontvankelijkheid om redenen van openbare orde (beschikkingen Hof van 28 november 1985, Grégoire-Foulon/Parlement, 19/85, Jurispr. blz. 3771, en 7 oktober 1987, D.M./Raad en ESC, 108/86, Jurispr. blz. 3933; arrest Gerecht van 18 februari 1993, Mc Avoy/Parlement, T-45/91, Jurispr. blz. II-83, punt 22) kan deze door de gemeenschapsrechter ambtshalve worden opgeworpen (arrest Hof van 19 oktober 1995, Rendo e.a./Commissie, C-19/93 P, Jurispr. blz. I-3319).

- 46 Met betrekking tot verordening nr. 4064/89 heeft het Gerecht in het arrest Gencor/Commissie, punt 22 supra (punten 41-45), geoordeeld dat een onderneming die partij is bij een voorgenomen concentratie, een belang behoudt bij nietigverklaring van de beschikking van de Commissie waarbij deze concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard, ook wanneer deze concentratie, zelfs ingeval het arrest van het Gerecht voor verzoekster gunstig uitvalt, wegens het wegvallen van de contractuele grondslag daarvan niet meer tot stand kan worden gebracht. Het Gerecht heeft daarbij met name rekening gehouden met de bestaande en toekomstige rechtsgevolgen van nietigverklaring van een dergelijke beschikking krachtens artikel 233 EG alsmede met de vereisten van rechterlijke toetsing van de wettigheid van handelingen van de Commissie krachtens verordening nr. 4064/89.
- 47 Bij de toepassing van deze beginselen op een geval waarin werd afgezien van de voorgenomen concentratie, heeft het Gerecht in het arrest Kesko/Commissie, punt 22 supra (punten 61-65), verder geoordeeld dat, wanneer uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat niet vrijwillig van de concentratie is afgezien, maar dat deze beslissing de „rechtstreekse consequentie” is van een beschikking van de Commissie, de betrokken onderneming haar belang bij nietigverklaring van deze beschikking behoudt.
- 48 Anders dan de Commissie stelt (zie punt 43 supra), mag de toepassing van deze rechtspraak niet worden beperkt tot de gevallen waarin van de concentratie wordt afgezien nadat beroep bij het Gerecht is ingesteld. Deze rechtspraak is immers gebaseerd op de overweging dat een onderneming die enkel voldoet aan haar verplichting een beschikking van de Commissie na te komen, haar belang bij nietigverklaring van die beschikking daardoor niet verliest (arrest Kesko/Commissie, punt 22 supra, punt 59). Die verplichting spruit voort uit de aard van de beschikking, zoals uit artikel 249, vierde alinea, EG blijkt. Zij bestaat dus voordat en ongeacht of beroep wordt ingesteld, en de niet-opschortende werking daarvan rechtvaardigt voor het overige dat het procesbelang behouden blijft ingeval in de loop van het geding wordt afgezien van de concentratie (arrest Hof van 19 september 1985, Hoogovens Groep/Commissie, 172/83 en 226/83, Jurispr. blz. 2831, punt 19).



- 49 In het onderhavige geval is het wegvallen van de contractuele grondslag van de concentratie doordat de anmeldende partijen van het concentratieproject hebben afgezien, op zich dus geen omstandigheid die toetsing van de wettigheid van de bestreden beschikking uitsluit.
- 50 Het onderhavige geval zou echter in twee opzichten kunnen verschillen van de zaken die tot de arresten Gencor/Commissie en Kesko/Commissie, punt 22 supra, hebben geleid. Hoewel deze bewering door de Commissie gedeeltelijk wordt betwist, betoogt verzoekster zelf ten eerste dat zij van de betrokken concentratie heeft afgezien op 27 juni 2000, dus nog voordat de bestreden beschikking is vastgesteld. Ten tweede is de stopzetting van de concentratie volgens de Commissie veeleer te wijten aan het verzet van het DoJ dan aan haar eigen optreden. Zowel in het ene als in het andere geval rijst derhalve de vraag in welke mate de stopzetting van de betrokken concentratie kan worden aangemerkt als „rechtstreekse consequentie” van de bestreden beschikking, in de zin van het arrest Kesko/Commissie, punt 22 supra, en welke eventuele gevolgen een dergelijk onderscheid heeft met betrekking tot het procesbelang van verzoekster in deze zaak.
- 51 Wat het eerste van deze twee gevallen betreft, zij eraan herinnerd dat de anmeldende partijen de Commissie bij brief van 27 juni 2000 formeel hebben meegedeeld dat zij hun aanmelding introkken en dat zij „niet langer voornemens waren het concentratieproject uit te voeren in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding”.
- 52 Het Gerecht stelt vast, in de eerste plaats dat deze verklaring onmiddellijk volgde op de commentaren van Monti aan de pers op 26 juni 2000, blijkens welke deze van plan was de Commissie voor te stellen de voorgenomen concentratie te verbieden, en in de tweede plaats dat deze verklaring kennelijk tot doel had de vaststelling te voorkomen van de bestreden beschikking, die op 28 juni 2000 op de vergadering van de Commissie zou worden besproken.

- 53 In punt 12 van de considerans van de bestreden beschikking weigert de Commissie evenwel deze verklaring te beschouwen als een formele intrekking van de aangemelde fusieovereenkomst. Zij heeft zich dan ook bevoegd geacht om ondanks de bewoordingen van de betrokken verklaring kennis te nemen van deze overeenkomst.
- 54 Het Gerecht meent dat deze overwegingen op zich volstaan om verzoeksters belang te rechtvaardigen bij nietigverklaring van een beschikking die tot haar is gericht en waarvan zij vergeefs heeft getracht de vaststelling te voorkomen door haar formele verklaring dat zij zou afzien van de desbetreffende aangemelde concentratie. Dienaangaande zij vastgesteld dat een van de voornaamste middelen die verzoekster heeft aangevoerd tot staving van haar vordering tot nietigverklaring, betrekking heeft op onbevoegdheid van de Commissie om na de intrekking van de aanmelding op 27 juni 2000 de bestreden beschikking vast te stellen.
- 55 Zolang de bestreden beschikking, die een vermoeden van geldigheid geniet totdat zij door de gemeenschapsrechter nietig wordt verklaard, bestaat (arrest Hof van 1 april 1982, Dürbeck/Commissie, 11/81, Jurispr. blz. 1251, punt 17), kan verzoekster voorts wettelijk gezien niet met Sprint fuseren, althans in de vorm en onder de voorwaarden die in de aanmelding zijn opgegeven, ingeval zij dat in de toekomst opnieuw voornemens zou zijn.
- 56 Dat verzoekster niet noodzakelijkerwijs dit voornemen heeft of het misschien niet tot uitvoering zal brengen, vormt in dat opzicht een louter subjectieve omstandigheid die niet in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van haar belang bij een beroep tot nietigverklaring van een handeling die onbetwistbaar bindende rechtsgevolgen in het leven roept welke haar belangen aantasten doordat zij haar rechtspositie aanmerkelijk wijzigen (arresten Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9, en 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punt 62; arresten Gerecht van 4 maart 1999, Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie, T-87/96, Jurispr. blz. II-203, punt 37, en 22 maart 2000, Coca-Cola/Commissie, T-125/97 en T-127/97, Jurispr. blz. II-1733, punt 77).

- 57 Derhalve moet worden geconcludeerd dat verzoekster voldoende belang heeft bij haar vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, zelfs ingeval zij, zoals zij beweert, inderdaad daags vóór de vaststelling van die beschikking van de betrokken concentratie heeft afgezien.
- 58 Wat het tweede van de twee in punt 50 supra vermelde gevallen betreft, is het juist dat de formele intrekking van de aanmelding en de stopzetting van het concentratieproject „in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding”, waarvan de aanmeldende partijen op 27 juni 2000 om 17.25 uur per fax kennis hebben gegeven aan het secretariaat van de task-force „Controle van de concentraties tussen ondernemingen” van de Commissie te Brussel (zie bijlage 3 bij het verzoekschrift, blz. 185), op dezelfde dag en, rekening houdend met het tijdsverschil, zelfs bijna op hetzelfde uur vallen als de aankondiging, te Washington in de ochtend van 27 juni 2000, dat het DoJ bij de District Court of Columbia een rechtszaak zou inleiden (zie bijlagen 1 en 11 van het verzoekschrift). Naar eigen zeggen van de aanmeldende partijen (zie hun persbericht van 13 juli 2000, aangehaald in punt 40 supra) is de definitieve stopzetting van hun concentratieproject bovendien een gevolg van de door het DoJ bij de District Court of Columbia aanhangig gemaakte rechtszaak.
- 59 Vervolgens moet echter worden opgemerkt dat, zo het verzet van het DoJ al doorslaggevend is geweest voor de beslissing van de aanmeldende partijen om af te zien van de betrokken concentratie, zulks niet wegneemt dat, zoals verzoekster terecht opmerkt, de bestreden beschikking thans het enige bestaande en zekere juridische beletsel vormt voor de totstandbrenging van deze concentratie ingeval de aanmeldende partijen opnieuw zouden willen fuseren in de vorm en onder de voorwaarden zoals voorgesteld in de aanmelding, aangezien de door het DoJ bij de District Court of Columbia ingeleide rechtszaak niet heeft geleid tot de uitspraak van een verbod en door het DoJ zelfs vrijwillig is stopgezet op 13 juli 2000.
- 60 Bovendien kan niet worden uitgesloten dat de aanmeldende partijen ervoor zouden hebben gekozen zich voor de District Court of Columbia te verweren indien de Commissie van haar kant niet de bestreden beschikking had gegeven.

- 61 In deze omstandigheden en gelet op het fundamentele beginsel dat in een rechtsgemeenschap de eerbiediging van de legaliteit naar behoren dient te worden verzekerd (arrest Hof van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 63), is het Gerecht van oordeel dat het onderhavige geval onvoldoende verschilt van de zaken die tot de arresten Gencor/Commissie en Kesko/Commissie, punt 22 supra, hebben geleid, om met betrekking tot het procesbelang van verzoekster ten tijde van de instelling van het beroep een andere oplossing te rechtvaardigen.
- 62 Aangaande de omstandigheden die invloed kunnen hebben gehad op het behoud van dit belang na de instelling van het beroep, is het Gerecht van oordeel dat uit verzoeksters opmerkingen van 21 oktober 2002, 2 mei 2003, 9 juli 2003, 17 december 2003 en 11 maart 2004 kan worden opgemaakt dat haar reorganisatie op de goede weg is.
- 63 Voorts heeft verzoekster in haar opmerkingen verklaard en ter terechtzitting herhaald, zonder daarin te zijn tegengesproken door de Commissie, dat het domein van haar activiteiten sinds de instelling van het beroep ongewijzigd is gebleven en dat zij het nog altijd mogelijk acht een concentratie tot stand te brengen als die welke bij de bestreden beschikking onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.
- 64 Het Gerecht meent derhalve dat verzoekster voldoende belang behoudt bij de voortzetting van de onderhavige procedure.

### **De bevoegdheid van de Commissie om de bestreden beschikking vast te stellen**

- 65 Tot staving van haar conclusies beroept verzoekster zich in wezen op twee gronden voor nietigverklaring, die betrekking hebben op de onbevoegdheid van de Commissie om de bestreden beschikking vast te stellen.

- 66 Met een eerste middel, dat uit twee onderdelen bestaat, stelt verzoekster dat de Commissie de bestreden beschikking niet kon vaststellen omdat het betrokken concentratieproject geen communautaire dimensie had, zowel op de datum waarop de procedure is ingeleid (eerste onderdeel) als op de datum van de vaststelling van de beschikking, na een grondige wijziging van de omstandigheden (tweede onderdeel).
- 67 Met een tweede middel betoogt verzoekster dat de Commissie de bestreden beschikking niet kon vaststellen omdat de aanmeldende partijen hun aanmelding officieel hadden ingetrokken en zij de Commissie hadden meegedeeld dat zij afzagen van de concentratie in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding.
- 68 Het Gerecht zal bij voorrang dit tweede middel onderzoeken, dat betrekking heeft op de onbevoegdheid van de Commissie om de bestreden beschikking vast te stellen na de intrekking van de aanmelding en de stopzetting van de concentratie in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding.

### *Argumenten van partijen*

- 69 Verzoekster, ondersteund door de Duitse regering, stelt dat de Commissie haar bevoegdheden te buiten is gegaan door op 28 juni 2000 de bestreden beschikking vast te stellen, nadat de aanmeldende partijen hun aanmelding op 27 juni 2000 officieel hadden ingetrokken en haar hadden meegedeeld dat zij niet zouden trachten de voorgenomen concentratie zoals aangemeld tot stand te brengen en dat zij, voor zover zij zouden besluiten hun activiteiten in de toekomst in een andere vorm te fuseren, de passende aanmeldingen zouden doen overeenkomstig de toepasselijke concentratiewetgeving.

- 70 Waar de Commissie in punt 12 van de considerans van de bestreden beschikking haar bevoegdheid met name heeft gerechtvaardigd door verwijzing naar de omstandigheid dat de mededeling van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000 geen formele intrekking vormde van de fusieovereenkomst van 4 oktober 1999 waarop de aanmelding betrekking had, stelt verzoekster dat deze interpretatie kunstmatig is en in strijd met een rationele lezing van de bewoordingen waarin deze mededeling is gesteld. Aangaande de persberichten van de aanmeldende partijen die de Commissie in haar verweerschrift vermeldt tot staving van de stelling dat deze partijen niet hadden afgezien van het concentratieproject zoals aangemeld (zie punten 15, 16 en 20 supra), blijkt niet uit de bestreden beschikking dat de Commissie in haar beoordeling daarmee rekening heeft gehouden. Deze persberichten zijn hoe dan ook niet in tegenspraak met de mededeling die de aanmeldende partijen op 27 juni 2000 aan de Commissie hebben gedaan.
- 71 Voorts stelt verzoekster dat de Commissie, voor zover zij ervan is uitgegaan dat het concentratieproject slechts kon worden ingetrokken indien de partijen de fusieovereenkomst officieel opzegden, onredelijk, onevenredig en in strijd met haar eigen administratieve praktijk en derhalve in strijd met het vertrouwensbeginsel heeft gehandeld (arresten Hof van 12 november 1987, Ferriere San Carlo/Commissie, 344/85, Jurispr. blz. 4435; 5 oktober 1988, Fingruth, 129/87, Jurispr. blz. 6121, punten 14-16, en 14 november 1989, Italië/Commissie, 14/88, Jurispr. blz. 3677, punten 28-31). Volgens verzoekster mochten de aanmeldende partijen er na hun mededeling van 27 juni 2000 immers op vertrouwen dat de Commissie in overeenstemming met haar vroegere administratieve praktijk die zij in een twintigtal andere zaken had bekendgemaakt, geen beschikking ten gronde over de aangemelde concentratie zou geven.
- 72 De Commissie stelt dat de loutere intrekking van de aanmelding niet volstaat om haar haar bevoegdheid op basis van verordening nr. 4064/89 te ontnemen. Daarvan kan pas sprake zijn indien de aanmeldende partijen eveneens afzien van hun concentratieproject.
- 73 Zowel uit de geest als uit de letter van verordening nr. 4064/89 en met name de punten 9 en 17 van de considerans daarvan en uit artikel 2, lid 2; artikel 4, artikel 7, leden 1 en 5, artikel 8, lid 4, en artikel 11, vloeit voort dat de bevoegdheid van de

Commissie zich niet slechts uitstrekt tot de aangemelde concentraties, aangezien de aanmelding niet meer is dan het instrument dat het de Commissie gemakkelijker maakt om een bevoegdheid uit te oefenen die zij hoe dan ook bezit en die niet enkel kan afhangen van de wil van de partijen (arrest Gerecht van 24 maart 1994, *Air France/Commissie*, T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punt 53). Aangezien de Commissie toezicht blijft houden op de concentraties ongeacht of deze vooraf worden aangemeld, kunnen de partijen bij een concentratieproject haar anderzijds haar bevoegdheid niet ontnemen door hun aanmelding in te trekken, tenzij zij eveneens afzien van hun project. In dat opzicht kunnen de aanmeldende partijen ook boeten overeenkomstig artikel 14 van verordening nr. 4064/89 opgelegd krijgen, tenzij zij afzien van het concentratieproject.

74 In casu is het duidelijk dat de aanmeldende partijen op 28 juni 2000 nog sterke hoop hadden dat de voorgenomen concentratie tot stand kon worden gebracht. Dat blijkt duidelijk uit de daags voordien door hen vrijgegeven persberichten (zie punten 15 en 16 supra). De Commissie merkt dienaangaande op dat indien de partijen daadwerkelijk een zo belangrijk besluit als het stopzetten van een concentratieproject hadden genomen, zij de gelegenheid niet voorbij hadden laten gaan om dit aan te kondigen. Hun mededeling van 27 juni 2000 aan de Commissie was dus niet echt gemeend en hoefde niet letterlijk te worden opgevat, temeer omdat de aanmeldende partijen hun voornemen om van hun concentratieproject af te zien eerst op 13 juli 2000 hebben gemeld aan de Amerikaanse toezichthoudende autoriteiten (zie punt 20 supra). De Commissie concludeert hieruit dat het concentratieproject op de datum van de vaststelling van de bestreden beschikking nog bestond.

75 Aangaande haar vroegere administratieve praktijk merkt de Commissie op dat, in alle door verzoekster aangehaalde zaken, een einde was gemaakt aan de aangemelde concentratie voordat de Commissie het dossier afsloot. In geen van deze zaken achtte de Commissie de loutere intrekking van de aanmelding voldoende. In twee zaken heeft zij zelfs gevraagd om overlegging van bewijzen, die de partijen niet spontaan hadden geleverd, blijkens welke zij wel degelijk van het concentratieproject hadden afgezien. In casu hebben de aanmeldende partijen evenwel niet het minste document of bewijs verschaft tot staving van hun verklaring dat zij niet langer voornemens waren hun concentratieproject uit te voeren.

- 76 De Commissie weerlegt in elk geval de opvatting dat haar eigen administratieve praktijk, die uit een reeds individuele beschikkingen bestaat, een gewettigd vertrouwen kan wekken. Een dergelijk vertrouwen moet volgens haar op zijn minst berusten op een mededeling van algemene strekking. Verder verbiedt het gezond verstand dat, wanneer zij afwijkt van een praktijk die zij in een reeks vroegere beschikkingen heeft gevolgd, dit op zich als een onredelijke of onevenredige handelwijze wordt bestempeld.
- 77 In dupliek stelt de Commissie ten slotte dat de arresten Ferriere San Carlo/ Commissie en Fingruth, punt 71 supra, in het onderhavige geval irrelevant zijn. In deze twee arresten is vastgesteld dat het gemeenschapsrecht een lacune bevat, die de betrokken gemeenschapsinstelling heeft verholpen met een vaste administratieve praktijk. In casu bevat verordening nr. 4064/89 geen enkele lacune en beroept verzoekster zich in werkelijkheid op een zogenoemd gewettigd vertrouwen dat de Commissie de bevoegdheden waarmee zij krachtens deze verordening is belast, niet zal uitoefenen.

### *Beoordeling door het Gerecht*

- 78 Om te beginnen moet worden uitgemaakt wat de strekking is van de brief van 27 juni 2000, aangehaald in punt 13 supra, volgens welke de aanmeldende partijen hun aanmelding van 11 januari 2000 formeel hebben ingetrokken en de Commissie hebben meegedeeld dat zij „niet langer voornemens [waren] het concentratieproject uit te voeren in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding”.
- 79 Zoals reeds blijkt uit de bewoordingen van deze mededeling, had deze, anders dan verzoekster in het kader van het onderhavige beroep verklaart, geen betrekking op de principiële afstand van elke gedachte of elk project voor een concentratie tussen WorldCom en Sprint, maar enkel op het stopzetten van het concentratieproject „in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding”. De mogelijkheid om de concentratie



„in de toekomst in een andere vorm” tot stand te brengen wordt in deze brief trouwens, zij het hypothetisch („[i]nsofar as” — „[p]our autant que”), uitdrukkelijk vermeld. Ook uit het persbericht van Sprint en de verklaringen van de woordvoerder van WorldCom van dezelfde dag, respectievelijk aangehaald in de punten 15 en 16 supra, blijkt dat de aanmeldende partijen op die datum nog enige hoop hadden dat zij, ondanks het verzet van het DoJ en de Commissie tegen hun project, hun activiteiten op een of andere manier konden fuseren. In werkelijkheid hebben de aanmeldende partijen eerst in hun persbericht van 13 juli 2000, aangehaald in punt 40 supra, in het openbaar aangekondigd dat zij definitief afzagen van hun concentratieproject.

- 80 Het onderhavige middel heeft derhalve betrekking op de vraag of de Commissie in de omstandigheden van de zaak bevoegd was om een beschikking krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 te geven waarbij de „aangemelde concentratie” onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard, hoewel de aanmeldende partijen, zonder formeel af te zien van hun concentratieproject, officieel hadden verklaard dat zij hun aanmelding zouden intrekken en dat zij niet meer voornemens waren dit project uit te voeren in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding, ook al lieten zij daarbij de mogelijkheid open om hun activiteiten in de toekomst in een andere vorm te fuseren.
- 81 Dienaangaande zij meteen opgemerkt dat het betrokken concentratieproject, in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding, het project was dat in de fusieovereenkomst en het fusieplan die op 4 oktober 1999 door WorldCom en Sprint zijn ondertekend, concreet was aangewezen en omschreven, met uitsluiting van enige andere theoretisch denkbare concentratie tussen deze partijen.
- 82 Gelet op de specifieke vorm die dit project aldus in de aanmelding had gekregen, kon de verklaring van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000, ondertekend door de advocaten die door deze partijen waren gevolmachtigd om hen bij de Commissie te vertegenwoordigen, niet anders worden uitgelegd dan dat hierdoor de fusieovereenkomst en het fusieplan, zoals gesloten en aangemeld krachtens artikel 4 van verordening nr. 4064/89, vervielen.

- 83 In deze omstandigheden is het Gerecht van oordeel dat het onderscheid dat de Commissie in punt 12 van de considerans van de bestreden beschikking heeft gemaakt tussen de intrekking van de aanmelding en de intrekking van de op 4 oktober 1999 gesloten fusieovereenkomst, uiterst formalistisch en zelfs kunstmatig is.
- 84 Dit onderscheid houdt immers geen rekening met het feit dat in de brief van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000 niet alleen sprake was van de intrekking van de aanmelding, maar ook van de stopzetting van de uitvoering van het concentratieproject „in de vorm zoals voorgesteld in de aanmelding”, en dus in de vorm van de fusieovereenkomst van 4 oktober 1999.
- 85 Dit onderscheid miskent bovendien de strekking van deze verklaring van stopzetting, die noodzakelijkerwijs gevolgen heeft voor de werking zo niet de geldigheid van de fusieovereenkomst zelf. In dat opzicht spruit de conclusie van de Commissie dat de brief van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000 „geen formele intrekking van de fusieovereenkomst vormde”, niet logisch voort uit de verklaring van de aanmeldende partijen dat zij „niet langer voornemens [waren dit] concentratieproject uit te voeren”.
- 86 Voorts is de door de Commissie in punt 12 van de considerans van de bestreden beschikking aangehaalde omstandigheid dat de aanmeldende partijen de mogelijkheid openlieten dat zij hun activiteiten in de toekomst in een andere vorm zouden fuseren, niet relevant om te beoordelen of er op de datum van de vaststelling van de bestreden beschikking een naar behoren gesloten fusieovereenkomst bestond, die door deze partijen kon worden uitgevoerd en waarop het toezicht van de Commissie betrekking kon hebben.
- 87 Overigens vormt deze omstandigheid veeleer een weerlegging dan een bevestiging van het standpunt van de Commissie, aangezien daaruit duidelijk blijkt dat de aanmeldende partijen ervan uitgingen dat zij een nieuw fusiebesluit zouden moeten nemen om in de toekomst in voorkomend geval de voorgenomen concentratie tot stand te brengen.

- 88 In haar stukken verwijt de Commissie de aanmeldende partijen evenwel dat hun mededeling van 27 juni 2000 „niet echt gemeend was”, zodat zij „niet letterlijk” moest worden opgevat.
- 89 Voorzover de Commissie de aanmeldende partijen aldus verwijt op die datum niet definitief te hebben afgezien van hun concentratieproject, is haar grief gegrond (zie punt 79 supra), maar treft zij geen doel. Het is immers niet voldoende dat twee ondernemingen een fusieplan opvatten (of deze mogelijkheid blijven overwegen) om te concluderen dat tussen hen ipso facto een naar behoren gesloten concentratie-overeenkomst in de zin van verordening nr. 4064/89 is ontstaan (of blijft bestaan). De bevoegdheid van de Commissie kan niet berusten op loutere subjectieve bedoelingen van de partijen. Zoals artikel 4 van deze verordening bepaalt, hangt deze bevoegdheid af van „de sluiting van de [concentratie]overeenkomst”. Zoals de Commissie niet bevoegd is om vóór de sluiting van een dergelijke overeenkomst een beschikking krachtens verordening nr. 4064/89 vast te stellen, houdt haar bevoegdheid ook op zodra deze overeenkomst is opgezegd, zelfs indien de betrokken ondernemingen hun onderhandelingen zouden voortzetten met het oog op de sluiting van een overeenkomst „in een andere vorm”.
- 90 Voorzover de Commissie de aanmeldende partijen specifiek verwijt dat zij ondanks de bewoordingen van hun officiële mededeling van 27 juni 2000 hun fusieovereenkomst van 4 oktober 1999 in het geheim hebben gehandhaafd, dient te worden vastgesteld dat haar grief, die doeltreffend zou kunnen zijn, op geen enkel element is gebaseerd dat dit rechtens genoegzaam kan bewijzen. In het bijzonder staven noch het persbericht van Sprint noch de verklaringen van de woordvoerder van WorldCom van 27 juni 2000 deze grief, ook indien men aanneemt dat de Commissie deze documenten, die niet in de bestreden beschikking zijn vermeld, in aanmerking heeft genomen.
- 91 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie, gelet op de brief van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000, zoals samengevat in punt 80 supra en uitgelegd in de punten 82 tot en met 86 supra, had moeten vaststellen dat zij bij gebreke van een „[concentratie]overeenkomst” in de zin van artikel 4 van verordening nr. 4064/89 niet meer bevoegd was tot het geven van een beschikking krachtens artikel 8, lid 3, van deze verordening, waarbij de „aangemelde concentratie” onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt werd verklaard.

- 92 Geen van de andere argumenten die de Commissie in het kader van het onderhavige beroep heeft aangevoerd, kan afdoen aan deze beoordeling.
- 93 Zoals de Commissie terecht heeft betoogd onder verwijzing naar punt 53 van het arrest *Air France/Commissie*, punt 73 *supra*, blijft haar bevoegdheid uiteraard niet beperkt tot de aangemelde concentraties, aangezien de aanmelding niet meer is dan het instrument dat het de Commissie gemakkelijker maakt om een bevoegdheid uit te oefenen die zij hoe dan ook bezit en die niet enkel kan afhangen van de wil van de partijen.
- 94 Dienaangaande moet het argument van de Duitse regering worden afgewezen dat een onverenigbaarheidsbeschikking krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 enkel kan worden gegeven wanneer de concentratie, in de veronderstelling dat deze niet is aangemeld, reeds is uitgevoerd en maatregelen in de zin van artikel 8, lid 4, van deze verordening nodig zijn om de concentratie ongedaan te maken. Een dergelijke uitlegging is in strijd met de geest en de letter van verordening nr. 4064/89, met name artikel 14, lid 2, sub c, daarvan.
- 95 De Commissie moet in haar onderzoek evenwel rekening houden met de bestaande juridische en feitelijke context en zich in het bijzonder baseren op de precieze bepalingen van de niet aangemelde overeenkomst waarmee de concentratie tot stand wordt gebracht (zie, naar analogie, wat het ambtshalve onderzoek door de Commissie van een niet aangemelde overeenkomst tot beperking van de mededinging betreft, arrest *Gerecht van 5 april 2001, Wirtschaftsvereinigung Stahl e.a./Commissie, T-16/98, Jurispr. blz. II-1217, punten 32 en 33*).
- 96 Zo kunnen de partijen bij een overeenkomst de Commissie weliswaar niet haar bevoegdheid ontnemen door hun aanmelding in te trekken, maar deze moet zich wel, in de uitoefening van deze bevoegdheid, uitspreken over een echte concentratie en niet, zoals zij in casu heeft gedaan, na de intrekking van de aanmelding en de stopzetting van de concentratie in haar aanvankelijk beoogde vorm, over vage intenties van de partijen om hun activiteiten in de toekomst in een andere vorm te fuseren.

- 97 Voor het overige kan de Commissie niet, zonder gevaar voor beoordelingsfouten die aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor haar beoordeling van de werkelijk in geding zijnde concentratie, haar oordeel baseren op de bepalingen van een overeenkomst waarvan de partijen formeel hebben verklaard dat zij van de uitvoering daarvan afzien.
- 98 In casu hield de mededeling van 27 juni 2000 van de aanmeldende partijen aan de Commissie minstens in dat deze partijen van plan waren een aantal wijzigingen aan te brengen in de aangemelde fusieovereenkomst vooraleer de voorgenomen concentratie in de toekomst eventueel „in een andere vorm” tot stand kon worden gebracht, en dat deze overeenkomst dus niet langer hun gemeenschappelijke wil weergaf. Hieruit volgt dat de beoordeling die in de bestreden beschikking van de bepalingen van de aangemelde overeenkomst is gegeven, de strekking van de nieuwe concentratie die de aanmeldende partijen eventueel voor de toekomst in het vooruitzicht stellen, noodzakelijkerwijs miskent.
- 99 Deze fout kan echter aanzienlijke invloed hebben gehad op de wijze waarop de Commissie de concentratie in de bestreden beschikking heeft beoordeeld. Indien de Commissie rekening had gehouden met de werkelijke draagwijdte van de door de betrokken partijen in een andere vorm voorgenomen concentratie, is het niet uitgesloten dat zij zich anders zou hebben uitgesproken en dat zij zou hebben geoordeeld dat deze concentratie niet onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt (zie naar analogie, arrest Wirtschaftsvereinigung Stahl e.a./Commissie, punt 95 supra, punt 45).
- 100 In dit verband moet ook worden opgemerkt dat de beoordelingsfouten die de Commissie mogelijk heeft gemaakt door te handelen zoals zij in casu heeft gedaan, gemakkelijk te vermijden waren. In het bijzonder was er geen enkele termijn die haar dwong, overhaast een zo riskante beschikking als de bestreden beschikking vast te stellen.

- 101 Zoals uit punt 11 van de considerans van de bestreden beschikking blijkt, ging de Commissie er immers van uit dat de uiterste datum voor het geven van deze beschikking, na afloop waarvan de concentratie overeenkomstig artikel 10, lid 6, van verordening nr. 4064/89 zou worden geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard, 12 juli 2000 was. In haar verweerschrift heeft de Commissie voorts uiteengezet dat zij eenmaal per week in college vergadert, meestal op woensdag, dat beschikkingen krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 bijna stelselmatig volgens een mondelinge procedure worden vastgesteld om een grotere doorzichtigheid te waarborgen, en dat het ontwerp in de regel op de voorlaatste vergadering vóór de datum waarop de in artikel 10, lid 3, van verordening nr. 4064/89 bedoelde termijn verstrijkt, wordt voorgelegd, zodat het college zich over een gewijzigde tekst kan uitspreken voor het geval de meerderheid van zijn leden zich tegen de eerste versie zou verzetten.
- 102 Indien de Commissie aldus twijfels had over de draagwijdte of de welgemeendheid van de mededeling van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000, stond het haar volledig vrij, op haar vergadering van woensdag 28 juni 2000 de formele vaststelling van de bestreden beschikking te verdagen tot woensdag 5 of woensdag 12 juli 2000 en in de tussentijd bij de aanmeldende partijen inlichtingen in te winnen overeenkomstig artikel 11, lid 1, van verordening nr. 4064/89, in voorkomend geval bij beschikking overeenkomstig lid 5 van hetzelfde artikel.
- 103 Bovendien wordt krachtens artikel 10, lid 4, van verordening nr. 4064/89 de in lid 3 van dit artikel gestelde maximumtermijn van vier maanden waarbinnen een onverenigbaarheidsbeschikking uit hoofde van artikel 8, lid 3, moet worden gegeven, bij uitzondering geschorst wanneer de Commissie zich door omstandigheden die aan een van de bij de concentratie betrokken ondernemingen kunnen worden toegerekend, genoopt ziet bij beschikking overeenkomstig artikel 11 te verzoeken om inlichtingen. Tot deze omstandigheden behoren overeenkomstig artikel 9, lid 1, sub a en d, van de uitvoeringsverordening met name de omstandigheid dat de inlichtingen die de Commissie overeenkomstig artikel 11, lid 1, van verordening nr. 4064/89 aan een van de aanmeldende partijen heeft gevraagd, haar niet volledig binnen de door haar gestelde termijn worden verstrekt, en de omstandigheid dat de aanmeldende partijen hebben verzuimd de Commissie in kennis te stellen van belangrijke wijzigingen in de in de aanmelding vermelde feiten.

- 104 Aldus had de Commissie er zich in casu aan de hand van formele bewijzen van kunnen vergewissen dat de fusieovereenkomst inderdaad was ingetrokken of beëindigd — hetgeen zij naar eigen zeggen in het verleden heeft gedaan bij ten minste twee andere concentraties (zie punt 111 infra) — indien zij gelet op de mededeling van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000 meende niet voldoende te zijn ingelicht om de procedure te sluiten.
- 105 De Commissie kan evenmin betogen, dat zij een eventueel oneigenlijk of onrechtmatig gebruik van de mededeling van de aanmeldende partijen van 27 juni 2000 moest voorkomen.
- 106 In het bijzonder hoefde niet te worden gevreesd dat de aanmeldende partijen het verbod van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 4064/89 opzettelijk zouden overtreden en de uitvoering van hun concentratieproject, in de aangemelde dan wel in enige andere vorm, na de intrekking van de aanmelding zouden voortzetten. Zoals verzoekster en de Duitse regering opmerken, hadden de aanmeldende partijen zich daarmee alleen maar blootgesteld aan de in artikel 14, lid 2, sub b, van verordening nr. 4064/89 bedoelde geldboeten, die 10 % van hun totale omzet kunnen belopen. Deze geldboeten zijn even dissuasief als die van artikel 14, lid 2, sub c, van deze verordening, ingeval ondernemingen een concentratie tot stand brengen die bij beschikking krachtens artikel 8, lid 3, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.
- 107 Gelet op het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de Commissie, door de bestreden beschikking vast te stellen terwijl de aanmeldende partijen officieel hun aanmelding hadden ingetrokken en de Commissie hadden meegedeeld dan zij afzagen van de concentratie in de vorm zoals bedoeld in de aanmelding, de grenzen van haar bevoegdheid krachtens verordening nr. 4064/89 heeft overschreden.

- 108 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat de Commissie, ook indien zij niet onbevoegd zou zijn geweest om de bestreden beschikking te geven, zoals zij betoogt op basis van het door haar gemaakte onderscheid tussen de intrekking van de aanmelding en de intrekking van de fusieovereenkomst, daardoor onverwacht is afgeweken van haar vaste administratieve praktijk, zoals deze ter kennis is gebracht van het publiek. Verzoekster vermeldt dienaangaande een twintigtal zaken waarin de Commissie kennelijk genoeg had genomen met de loutere intrekking van de aanmelding door de aanmeldende partijen, om een procedure betreffende een concentratiezaak zonder beschikking ten gronde te sluiten.
- 109 Zo lijkt de Commissie, gezien haar mededelingen onder de titel „Intrekking van de aanmelding van een beoogde concentratie”, de enige documenten die respectievelijk in de zaken nr. IV/M.608, Ericsson/Ascom (PB 1995, C 292, blz. 8), en nr. IV/M.680, Kvaerner/Amec (PB 1996, C 8, blz. 4), zijn gepubliceerd, in die zaken te hebben besloten het dossier zonder beschikking ad acta te leggen op de dag waarop de aanmeldende partijen haar hebben meegedeeld dat zij „de uitvoering van het aangemelde concentratieproject [hadden] opgeschort” en „derhalve besloten de aanmelding in te trekken”.
- 110 Bovendien wordt in een groot aantal andere zaken [nr. IV/M.208, Scott/Mölnlycke; nr. IV/M.238, Siemens/Philips Kabel; nr. IV/M.388, Unilever Frankrijk/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 (PB 1998, C 93, blz. 23); nr. IV/M.1246, LHZ/Carl Zeiss (PB 1998, C 384, blz. 9); nr. IV/M.1277, BLG Container/Maersk/Sea-Land Service (PB 1998, C 290, blz. 12); nr. IV/M.1321, Verbund/Kelag/Porr/OMV Proterra/Siemens/KRV (PB 1998, C 382, blz. 3); nr. IV/M.1431, Ahlström/Kvaerner (PB 1999, C 263, blz. 3); nr. IV/M.1447, Deutsche Post/Trans-o-flex (PB 1999, C 130, blz. 9); nr. IV/M.1609, Elf/Saga; nr. IV/M.1703, Phelps Dodge/Asarco (PB 1999, C 313, blz. 7); COMP/M.2117, Aker Maritime/Kvaerner (PB 2001, C 9, blz. 5), en COMP/M.1829, HMTF Nabisco Group Holdings/Burlington Biscuits/United Biscuits], in de mededeling in het Publicatie-



blad en/of het persbericht waarmee de sluiting van de procedure wordt aangekondigd, enkel verklaard dat „de aanmeldende partijen de Commissie ervan in kennis [hebben] gesteld dat zij deze aanmelding introkken”, zonder te vermelden wat er met het concentratieproject of de concentratieovereenkomst zelf gebeurt. Door deze openbare documenten aldus te formuleren, heeft de Commissie de betrokken kringen noodzakelijkerwijs doen geloven dat de intrekking van de aanmelding voor haar in de praktijk neerkwam op de stopzetting van het concentratieproject, ook al was haar werkelijke administratieve praktijk anders geweest.

- 111 Dienaangaande heeft de Commissie in haar verweerschrift verwezen naar twee zaken [nr. IV/M.1328, KLM/Martinair (PB 1999, C 162, blz. 7), en nr. IV/M.1412, Hutchison Whampoa/RMPM/ECT (PB 1999, C 256, blz. 5)], waarin naar haar zeggen de partijen niet spontaan met bewijzen hadden aangetoond dat zij hun concentratieproject hadden opgegeven en zij derhalve heeft verzocht om overlegging van die bewijzen alvorens het dossier ad acta te leggen. Uit de gegevens van deze zaken, die door kennisgeving in het Publicatieblad en/of door een persbericht openbaar zijn gemaakt, blijkt evenwel niet dat de Commissie op die overlegging had aangedrongen. Hoe dan ook verklaart de Commissie niet waarom zij in de onderhavige zaak niet op dezelfde wijze heeft gehandeld in plaats van overhaast, daags na de intrekking van de aanmelding, een negatieve beschikking vast te stellen.
- 112 In deze omstandigheden mochten de aanmeldende partijen bij gebreke van andersluidende aanwijzingen van de Commissie erop vertrouwen dat hun mededeling van 27 juni 2000 overeenkomstig de aan het publiek meegeedeelde vroegere administratieve praktijk van de Commissie, volstond om te leiden tot sluiting van het dossier. Anders dan de Commissie betoogt, blijkt dienaangaande uit de rechtspraak van het Hof dat een loutere praktijk of een tolerante houding van de administratie, die niet in strijd is met de geldende reglementering en niet gepaard gaat met de uitoefening van een beoordelingsvrijheid, het gewettigde vertrouwen van de betrokkenen kan wekken, zonder dat dit vertrouwen noodzakelijkerwijs hoeft te berusten op een mededeling die algemeen geldt (arrest Hof van 1 oktober 1987, Verenigd Koninkrijk/Commissie, 84/85, Jurispr. blz. 3765; arresten Ferriere San Carlo/Commissie en Fingruth, punt 71 supra; beschikking van de president van het Hof van 10 juni 1988, Sofrimport/Commissie, C-152/88 R, Jurispr. blz. 2931).

- 113 Het Gerecht is dan ook van oordeel dat de Commissie op zijn minst het gewettigd vertrouwen van de aanmeldende partijen heeft geschonden door de bestreden beschikking vast te stellen zonder hen vooraf te waarschuwen dat hun mededeling haar geen voldoening schonk en dat zij voornemens was een beschikking krachtens artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89 te geven, tenzij deze partijen haar onmiddellijk het formele bewijs van de intrekking van de fusieovereenkomst zouden verstrekken.
- 114 Uit het voorgaande volgt dat het tweede middel gegrond is. Derhalve moet de bestreden beschikking overeenkomstig verzoeksters vordering nietig worden verklaard zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de andere middelen en argumenten die verzoekster tot staving van haar beroep heeft aangevoerd.

## **Kosten**

- 115 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van verzoekster in de kosten te worden verwezen.
- 116 Ingevolge artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende:

- 1) **Beschikking 2003/790/EG van de Commissie van 28 juni 2000 waarbij een concentratie onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst (Zaak nr. COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) wordt nietigverklaard.**
  
- 2) **De Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten alsmede in die van MCI, Inc.**
  
- 3) **De Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek zullen hun eigen kosten dragen.**

Pirrung

Meij

Forwood

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 september 2004.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

J. Pirrung