

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)
de 28 de septiembre de 2004*

En el asunto T-310/00,

MCI, Inc., anteriormente MCI WorldCom, Inc., más tarde WorldCom, Inc., con domicilio social en Ashburn, Virginia (Estados Unidos), representada inicialmente por el Sr. K. Lasok, QC, y los Sres. J.-Y. Art y B. Hartnett, abogados, y posteriormente por el Sr. Lasok, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

apoyada por

República Federal de Alemania, representada por Sr. W.-D. Plessing y la Sra. B. Muttelsee-Schön, en calidad de agentes,

parte coadyuvante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por los Sres. P. Oliver, P. Hellström y la Sra. L. Pignataro, y posteriormente por los Sres. Oliver y Hellström, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. N. Khan, Barrister, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: inglés.

apoyada por

República Francesa, representada por los Sres. G. de Bergues y F. Million, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto la anulación de la Decisión 2003/790/CE de la Comisión, de 28 de junio de 2000, por la que una operación de concentración se declara incompatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Asunto COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (DO 2003, L 300, p. 1),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Segunda),

integrado por los Sres. J. Pirrung, Presidente, A.W.H. Meij y N.J. Forwood, Jueces;

Secretario: Sr. J. Plingers, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 30 de marzo de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos que dieron lugar al litigio y procedimiento ante la Comisión

- 1 MCI, Inc., anteriormente MCI WorldCom, Inc., más tarde WorldCom, Inc. (en lo sucesivo, «WorldCom»), y Sprint Corp. (en lo sucesivo, «Sprint») son, ambas, empresas de telecomunicaciones a escala mundial, que tienen su domicilio social en Estados Unidos. En 1999 el volumen de negocios mundial de WorldCom ascendió a unos 37.000 millones de dólares estadounidenses (USD) y el de Sprint a unos 17.000 millones. Hasta fecha reciente, las actividades de Sprint en Europa se llevaban a cabo, en su totalidad o en gran medida, a través de Global One, filial común que había constituido en 1995 con Deutsche Telekom y France Télécom.

- 2 El 4 de octubre de 1999 WorldCom y Sprint suscribieron un acuerdo y un proyecto de fusión que responde a la definición de operación de concentración establecida en el artículo 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas [DO L 395, p. 1, rectificaciones en el DO 1990 L 257, p. 13, posteriormente derogado por el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1)]. Esta fusión debía realizarse mediante intercambio de acciones de Sprint contra acciones de WorldCom, por un importe calculado inicialmente en 127.000 millones de USD.

- 3 Mediante escritos de fecha 20, 26 y 28 de octubre de 1999, WorldCom y Sprint informaron a la Comisión de este acuerdo, comunicándole las razones por las que consideraban que la operación de que se trata no tenía una dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1 del Reglamento n° 4064/89 y que, por lo tanto, no debía serle notificada en virtud de dicho Reglamento. Señalaron en particular, que, en la medida en que Sprint se había comprometido contractualmente frente a WorldCom a desprenderse de su participación en Global One antes de la realización de fusión, el cálculo del volumen total de negocios realizado por Sprint en la Comunidad, según el artículo 5 del Reglamento n° 4064/89, no debía incluir su parte en el volumen de negocios de Global One.

- 4 El 29 de octubre de 1999 la Comisión refutó este punto de vista e informó a los interesados de que debía tomar en consideración la parte de Sprint en el volumen de negocios de Global One, de lo cual infería que la operación proyectada tenía una dimensión comunitaria. Indicó que el cálculo del volumen de negocios a efectos de determinar si una operación de concentración reviste dimensión comunitaria debe realizarse en la fecha de la firma del acuerdo de fusión y con respecto a la situación de hecho existente en esa fecha o, a más tardar, en la fecha en la que surge la obligación de notificación. A su juicio, el volumen de negocios imputable a determinadas actividades sólo puede detraerse cuando el acuerdo notificado contiene una condición suspensiva que prevé la cesión de esas actividades o si éstas han sido cedidas entre el cierre de cuentas y la firma del acuerdo de fusión definitivo. La Comisión consideró que no se daba esta situación en el caso de autos.

- 5 Mediante escrito de 10 de enero de 2000 (en lo sucesivo, «notificación»), recibido por la Comisión el 11 de enero, WorldCom y Sprint (en lo sucesivo, «partes notificantes») notificaron conjuntamente su proyecto de concentración, con arreglo al artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 4064/89, «sin perjuicio de la posición de las partes en lo que respecta a los problemas de competencia relacionados con la atribución a Sprint del volumen de negocios de Global One».

- 6 El 21 de enero de 2000, Sprint celebró un acuerdo formal con Deutsche Telekom y France Telecom en virtud del cual se retiraba de Global One.

- 7 El 2 de febrero de 2000, las partes notificantes informaron de dicho acuerdo a la Comisión y propusieron un compromiso, con arreglo al artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, a tenor del cual Sprint debía realizar todo lo necesario para llevar a buen término, sin retraso injustificado, su retirada de Global One y, mientras tanto, no debía participar en modo alguno en la gestión corriente de Global One. El 10 de febrero de 2000, las partes notificantes remitieron a la Comisión un memorandum en el que exponían sus puntos de vista sobre el impacto que tendría la retirada de Sprint de Global One en la estructura de la competencia en los mercados pertinentes, indicando las razones que, a su juicio, les permitían retirar la notificación.
- 8 Al considerar que el compromiso propuesto era insuficiente, que la operación de concentración de que se trata estaba claramente comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 4064/89 y que existían serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, el 21 de febrero de 2000 la Comisión decidió incoar el procedimiento, con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 4064/89. Identificó tres mercados con respecto a los cuales la operación planteaba problemas de competencia: el de la «conexión a Internet de máximo nivel o universal», el de los servicios de telecomunicaciones globales y el de la telefonía vocal internacional.
- 9 Tras obtener diversas informaciones en respuesta a unas solicitudes de información formuladas en virtud del artículo 11 del Reglamento n° 4064/89, el 3 de mayo de 2000 la Comisión remitió a las partes notificantes un pliego de cargos, con arreglo al artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) n° 4064/89 [DO L 61, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento de aplicación», derogado posteriormente por el Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 (DO L 133, p. 1), en el que exponía que la concentración proyectada supondría la creación de una posición dominante en beneficio de las partes notificantes, o el fortalecimiento de la posición dominante de WorldCom, en el mercado de la conexión a Internet de máximo nivel, así como en el de los servicios de telecomunicaciones globales para empresas multinacionales. Las partes notificantes respondieron a este pliego de cargos el 22 de mayo de 2000.

- 10 Tras varias reuniones dedicadas al examen de las posibles medidas correctoras, mediante escrito de 8 de junio de 2000 las partes notificantes presentaron a la Comisión un compromiso (las «medidas correctoras»), en virtud del artículo 8, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89 y del artículo 18, apartado 2, del Reglamento de aplicación, sobre la cesión de las actividades de Sprint relacionadas con Internet.

- 11 El 5 de junio de 2000, la Comisión convocó una reunión del comité consultivo en materia de concentraciones entre empresas creado por el artículo 19 del Reglamento n° 4064/89. Dicho comité se reunió el 22 de junio de 2000 y emitió su dictamen el mismo día.

- 12 El 26 de junio de 2000, el miembro de la Comisión encargado de los asuntos de competencia, Sr. Monti, se desplazó a Washington (Estados Unidos) para reunirse allí con representantes del Department of Justice (Ministerio de Justicia; en lo sucesivo, «DoJ»). En una conferencia de prensa celebrada allí manifestó que propondría a la Comisión que prohibiera la concentración proyectada.

- 13 El 27 de junio de 2000, las partes notificantes remitieron por fax dos escritos a la Comisión, que los recibió el mismo día, en los que declaraban formalmente que retiraban, por una parte, el compromiso presentado el 8 de junio de 2000 y, por otra, la notificación de 11 de enero de 2000. El segundo escrito contenía la siguiente manifestación:

«Las partes ya no se proponen ejecutar el proyecto de concentración en la forma presentada en la notificación. Siempre que las partes decidan fusionar sus actividades de otra forma en el futuro, presentarán las notificaciones apropiadas en virtud de las leyes aplicables en materia de concentraciones.»

14 El mismo día, el DoJ presentó oficialmente ante la District Court of Columbia (tribunal del distrito de Columbia) una demanda contra WorldCom y Sprint, con el objeto de que se declarara que su proyecto de fusión infringía la Clayton Antitrust Act de 1914 (Ley antitrust Clayton de 1914) y de que se dictara una orden conminatoria permanente prohibiendo a dichas empresas ejecutar el acuerdo de concentración de que se trata. Esta demanda se basaba en los efectos contrarios a la competencia que el acuerdo ocasionaría, a juicio del DoJ, en el mercado de la prestación de servicios de redes principales de Internet («internet backbone services»), así como en algunos otros mercados.

15 También el 27 de junio de 2000, Sprint publicó en su página web un comunicado de prensa relativo al procedimiento judicial instado por el DoJ, que terminaba con estas palabras:

«Sprint espera que se dé a esta operación de fusión una conclusión razonable. Las ventajas que para el público se derivarían de dicha operación son demasiado importantes para renunciar a ella.»

16 También el mismo día, la página web de ABC News publicó el comentario siguiente:

«[...] las declaraciones que han publicado las dos empresas parecen indicar que no han renunciado completamente a la megaconcentración proyectada, por un valor de 128.000 millones de dólares. El Sr. Peter Lucht, portavoz de WorldCom, no quiso decir si habían puesto fin a su OPA. “El asunto se halla todavía pendiente ante las autoridades norteamericanas”, señaló el Sr. Lucht.»

- 17 El 28 de junio de 2000, la Comisión adoptó la Decisión 2003/790/CE por la que una operación de concentración se declara incompatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (asunto COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint) (DO 2003, L 300, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), basada, en particular, en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89.
- 18 En el considerando 410 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló que la concentración proyectada «llevaría bien a la creación de una posición dominante en beneficio de la entidad resultante de la concentración, o al refuerzo de una posición dominante de MCI WorldCom en el mercado de prestación de conexión de máximo nivel o universal, a consecuencia de lo cual la competencia en el mercado común se vería considerablemente obstaculizada en el sentido del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones». En cambio, en el considerando 302 de la Decisión impugnada, la Comisión «decidió no proseguir con su objeción relacionada con el mercado de prestación de servicios de telecomunicaciones globales». En los considerandos 303 a 315 de la Decisión impugnada, la Comisión renunció por otra parte a sus críticas relativas al mercado de la telefonía vocal internacional.
- 19 Ese mismo día, la Decisión impugnada fue notificada a las partes notificantes.
- 20 El 13 de julio de 2000, las partes notificantes anunciaron, a través de un comunicado de prensa, que, en vista de la oposición del DoJ, ponían fin a su acuerdo de fusión.

Procedimiento

- 21 Mediante escrito registrado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 27 de septiembre de 2000, la demandante interpuso el presente recurso.

- 22 El Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) requirió a la demandante para que se pronunciara en su réplica sobre si, a la luz de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, Rec. p. II-753), y de 15 de diciembre de 1999, Kesko/Comisión (T-22/97, Rec. p. II-3775), seguía teniendo interés en ejercitar la acción, habida cuenta de que el proyecto de concentración se había abandonado definitivamente a raíz de la intervención del DoJ. La demandante respondió a este requerimiento y la Comisión definió asimismo su posición sobre esta cuestión en su réplica.
- 23 Mediante auto del Presidente de la Sala Primera del Tribunal de Primera Instancia de 16 de mayo de 2001 se admitió la intervención en el procedimiento de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, en apoyo de las pretensiones de la demandante y de la Comisión, respectivamente.
- 24 El 21 de julio de 2002, WorldCom y la mayor parte de sus filiales en Estados Unidos presentaron una solicitud de concurso de acreedores voluntario, con arreglo al capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code (Ley concursal norteamericana), ante la Bankruptcy Court for the Southern District of New York (tribunal de quiebras del distrito sur de Nueva York).
- 25 Mediante escrito de la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2002 se requirió a la demandante para que se pronunciara sobre la posible repercusión en la prosecución del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia de los hechos que estaban teniendo lugar, indicara si consideraba que aún tenía interés en solicitar la anulación de la Decisión impugnada, sobre la base de los criterios establecidos por el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias Gencor/Comisión y Kesko/Comisión, citadas en el apartado 22 *supra*, y, más concretamente, indicara si consideraba que aún existía alguna posibilidad de realizar en el futuro la operación de concentración declarada incompatible con el mercado común por la Decisión impugnada o cualquier otra operación similar, en el supuesto de que se anulara la Decisión impugnada de conformidad con las pretensiones del recurso, así como para que aportara lo antes posible, una vez aceptado por sus acreedores y aprobado por el tribunal norteamericano competente, el plan de pagos (business plan) exigido en virtud del capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code. La demandante se atuvo a los extremos de este requerimiento mediante escritos de 21 de octubre de 2002, 2 de mayo de 2003, 9 de julio de 2003, 17 de diciembre de 2003 y 11 de marzo de 2004.

- 26 Al modificarse la composición de las Salas del Tribunal de Primera Instancia a partir del nuevo año judicial, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Segunda, a la cual se atribuyó, por consiguiente, el presente asunto.
- 27 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda) decidió abrir la fase oral y celebrar, en un primer momento, una vista consagrada específicamente al examen de las cuestiones suscitadas por el presente recurso en lo relativo a la admisibilidad, al interés para ejercitar la acción y a la competencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada.
- 28 Los informes orales de las partes, así como sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia, se oyeron en la vista celebrada el 30 de marzo de 2004.

Pretensiones de las partes

- 29 La parte demandante, apoyada por la República Federal de Alemania, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

30 La Comisión, apoyada por la República Francesa, solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Sobre la admisibilidad del recurso

Alegaciones de las partes

31 En su réplica, la demandante señala en primer lugar que fueron las manifestaciones realizadas por el Sr. Monti en su conferencia de prensa de 26 de julio de 2000 (véase el apartado 12 *supra*) las que impulsaron a las partes notificantes a retirar al día siguiente su notificación y a informar oficialmente a la Comisión de que habían abandonado la concentración proyectada, tal como había sido notificada. En cuanto al procedimiento que el mismo 27 de junio instó el DoJ ante la District Court of Columbia (véase el apartado 14 *supra*), la demandante afirma que carece de efectos jurídicos vinculantes, a diferencia de la Decisión impugnada, adoptada el 28 de junio de 2000. A juicio de la demandante, es por lo tanto incorrecto afirmar que el proyecto de concentración fue abandonado «a raíz de la intervención» del DoJ.

32 En segundo lugar, la demandante sostiene que tiene un interés en solicitar la anulación de la Decisión impugnada, a la luz de los criterios establecidos por el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias Gencor/Comisión, citada en el

apartado 22 *supra* (apartados 41 a 45), y Kesko/Comisión, citada en el apartado 22 *supra* (apartados 57 a 64). A este respecto alega, más concretamente, que las partes notificantes abandonaron el proyecto de concentración cuando quedó patente que la Comisión declararí la operación incompatible con el mercado común. La demandante afirma que el hecho de que la apreciación realizada por la Comisión se hubiera hecho pública antes de que se adoptara la Decisión impugnada y el hecho de que las partes notificantes actuaran basándose en la Decisión antes de que ésta fuera adoptada formalmente no le privan de su interés en solicitar la anulación de dicha Decisión.

33 Remitiéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 1986, Los Verdes/Parlamento (294/83, Rec. p. 1339, apartado 23), la demandante invoca asimismo su derecho fundamental a la tutela judicial, proclamado tanto por el Tratado CE como por los artículos 16 y 21 del Reglamento nº 4064/89. Alega, en particular, que en una comunidad de Derecho la existencia de procedimientos judiciales ante otros órganos jurisdiccionales no puede en modo alguno afectar al control judicial efectivo de la facultad discrecional que el Reglamento nº 4064/89 confiere a la Comisión, máxime cuando, en el caso de autos, la Decisión impugnada constituye el único obstáculo jurídico a la concentración proyectada.

34 En sus observaciones de 21 de octubre de 2002 en respuesta a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia de 4 de octubre de 2002 (véase el apartado 25 *supra*), la demandante afirma, esencialmente, que el hecho de haberse acogido al capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code no tiene repercusión jurídica alguna en la prosecución del presente recurso, que tiene un interés aún mayor que antes en obtener la anulación de la Decisión impugnada, a la luz de los criterios establecidos por el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias Gencor/Comisión y Kesko/Comisión, citadas en el apartado 22 *supra*, y más concretamente que, debido a los problemas estructurales de exceso de capacidad, de disminución de la demanda y de otros tipos que han surgido desde el año 2000 en el sector de las telecomunicaciones, tiene más posibilidades que antes de realizar la operación de concentración declarada incompatible con el mercado común por la Decisión impugnada, u otra operación similar, si se anulara dicha Decisión de conformidad con lo solicitado en el recurso.

- 35 En sus observaciones complementarias de 2 de mayo de 2003, la demandante se refiere, en particular, a la próxima aprobación, por la U.S. Bankruptcy Court, de su plan de viabilidad definitivo y manifiesta que espera verse libre del procedimiento regulado en el capítulo 11 del U.S. Bankruptcy Code en el tercer trimestre de 2003. Confirma además que la conclusión del procedimiento concursal no tendrá repercusión alguna en su interés en una rápida resolución del presente litigio ni en los derechos que puedan derivarse de una sentencia estimatoria de su recurso.
- 36 Acompañando a sus observaciones adicionales de 9 de julio de 2003, 17 de diciembre de 2003 y 11 de marzo de 2004, la demandante presentó, respectivamente, una copia de la resolución de la U.S. Bankruptcy Court de 7 de julio de 2003 por la que se aprueba su propuesta de convenio definitivo con la U.S. Securities and Exchange Commission (Comisión del Mercado de Valores estadounidense), una copia de la resolución de este mismo órgano jurisdiccional de 31 de octubre de 2003 por la que se aprueba su plan de reorganización de 21 de octubre de 2003, y una copia de la resolución de dicho órgano jurisdiccional de 25 de febrero de 2004 por la que se amplía el plazo de que dispone la demandante para cumplir determinados requisitos previstos en su plan de reorganización.
- 37 En su dúplica, la Comisión señala que en las sentencias Gencor/Comisión y Kesko/Comisión, citadas en el apartado 22 *supra*, el Tribunal de Primera Instancia atribuyó especial importancia a las circunstancias de hecho en las que se había interpuesto el recurso y a las circunstancias en las que se había abandonado la operación de concentración proyectada.
- 38 La Comisión subraya que, en la sentencia Gencor/Comisión, citada en el apartado 22 *supra* (apartado 45), el Tribunal de Primera Instancia indicó que la desaparición del fundamento de la operación de concentración no constituye «en sí misma» un elemento que excluya el control de legalidad de la Decisión controvertida. Afirma que el Tribunal de Primera Instancia precisó el sentido de esta afirmación en la sentencia Kesko/Comisión, citada en el apartado 22 *supra* (apartados 61 a 64), llegando a la conclusión, tras examinar las razones por las que la demandante había renunciado a la operación proyectada, de que esta renuncia no era voluntaria, sino directamente imputable a la Decisión impugnada, y por lo tanto debía declararse la admisibilidad del recurso.

39 De ello deduce la Comisión que las razones por las que las partes notificantes hayan renunciado a su proyecto de concentración, unidas a otras circunstancias, pueden efectivamente llevar al Tribunal de Primera Instancia a declararse incompetente. Alega que, si las partes notificantes han tomado esta decisión por motivos ajenos a la Decisión impugnada, de ello puede deducirse razonablemente que la resolución que recaiga en el procedimiento no presenta suficiente interés para la demandante, por lo que debería declararse la inadmisibilidad de su recurso.

40 Pues bien, según la Comisión, en el caso de autos WorldCom y Sprint han afirmado claramente que renunciaban a su proyecto de concentración por razones ajenas a la Decisión impugnada. A su juicio, de las manifestaciones de éstas se desprende, en efecto, que abandonaron dicho proyecto únicamente a causa de la oposición del DoJ. La Comisión se remite, más concretamente, al siguiente extracto del comunicado de prensa publicado el 13 de julio de 2000, tanto por la demandante como por Sprint (véase el apartado 20 *supra*):

«Ambas sociedades [WorldCom y Sprint] coinciden en estimar que el conjunto de condiciones impuestas finalmente por el [DoJ] pondrían en peligro las ventajas económicas de la fusión y sus beneficios para la clientela. Como el [DoJ] ha indicado que no podría estar listo para defender en juicio sus tesis sobre la fusión antes del próximo año, ambas sociedades han decidido que mantener abierto un dilatado litigio no favorece los intereses de sus accionistas, clientes y trabajadores.»

41 La Comisión considera que, en estas circunstancias, la demandante difícilmente puede sostener que la demanda presentada por el DoJ ante la District Court of Columbia no podía haber sido la causa de su decisión de renunciar al proyecto de concentración por carecer de efecto vinculante.

42 La Comisión llega a la conclusión de que el abandono del proyecto de concentración no fue en modo alguno consecuencia directa de la Decisión impugnada, de que la sentencia Kesko/Comisión, citada en el apartado 22 *supra*, no es pertinente en el caso de autos y de que procede declarar la inadmisibilidad del recurso.

- 43 La Comisión señala, por lo demás, que, en la sentencia Kesko/Comisión, citada en el apartado 22 *supra* (apartado 55), el Tribunal de Primera Instancia se planteó, en particular, el interrogante de si el proyecto de concentración seguía siendo de actualidad en el momento en que se interpuso el recurso, con el fin de determinar si existía un interés preexistente y real en la anulación de la Decisión impugnada. Pues bien, según la Comisión, en el caso de autos el proyecto de concentración se abandonó en julio de 2000, es decir, mucho antes de que se interpusiera el recurso en septiembre de 2000.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 44 Según reiterada jurisprudencia, sólo cabe declarar la admisibilidad de un recurso de anulación promovido por una persona física o jurídica en la medida en que el demandante tenga interés en obtener la anulación del acto impugnado. Un interés de este tipo supone que la anulación de ese acto pueda tener, de por sí, consecuencias jurídicas (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie/Comisión, 53/85, Rec. p. 1965, apartado 21; las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de septiembre de 1995, Antillean Rice Mills y otros/Comisión, asuntos acumulados T-480/93 y T-483/93, Rec. p. II-2305, apartados 59 y 60, y la jurisprudencia citada, y de 20 de junio de 2001, Euroalliages/Comisión, T-188/99, Rec. p. II-1757, apartado 26) o, en otros términos, que el recurso pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2000, Parlamento/Richard, C-174/99 P, Rec. p. I-6189, apartado 33, y de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, apartado 21).
- 45 Tratándose de una excepción de inadmisibilidad de orden público (autos del Tribunal de Justicia de 28 de noviembre de 1985, Grégoire-Foulon/Parlamento, 19/85, Rec. p. 3771, y de 7 de octubre de 1987, D.M./Consejo y CES, 108/86, Rec. p. 3933; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de febrero de 1993, Mc Avoy/Parlamento, T-45/91, Rec. p. II-83, apartado 22), el juez comunitario puede plantearla de oficio (sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de octubre de 1995, Rendo y otros/Comisión, C-19/93 P, Rec. p. I-3319).

- 46 En el ámbito de aplicación del Reglamento nº 4064/89, el Tribunal de Primera Instancia declaró, en la sentencia Gencor/Comisión, citada en el apartado 22 *supra* (apartados 41 a 45), que una empresa participante en una operación de concentración proyectada conserva un interés en ejercitar la acción de anulación de la Decisión de la Comisión por la que se declara dicha operación incompatible con el mercado común aunque la operación ya no pueda realizarse, debido a la desaparición del fundamento contractual de la misma, ni siquiera en el caso de que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia fuera favorable a la demandante. El Tribunal de Primera Instancia tuvo en cuenta, en particular, las consecuencias jurídicas presentes y futuras de la anulación de tal decisión en virtud del artículo 233 CE, así como los imperativos del control jurisdiccional de la legalidad de los actos adoptados por la Comisión en virtud del Reglamento nº 4064/89.
- 47 Aplicando dichos principios a un supuesto de abandono de la operación de concentración proyectada, el Tribunal de Primera Instancia agregó, en la sentencia Kesko/Comisión, citada en el apartado 22 *supra* (apartados 61 a 65), que, cuando las circunstancias del caso de autos demuestren que tal abandono no ha sido voluntario, sino que es la «consecuencia directa» de una decisión de la Comisión, la empresa de que se trate conserva un interés en ejercitar la acción de anulación de esa decisión.
- 48 Contrariamente a lo que sostiene la Comisión (véase el apartado 43 *supra*), dicha jurisprudencia no puede circunscribirse únicamente a los casos en los que el abandono de la operación de concentración tiene lugar con posterioridad a la interposición de un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, la jurisprudencia citada se basa en la consideración de que una empresa que se limita a cumplir una decisión de la Comisión, como es su obligación, no pierde en absoluto su interés en pretender la anulación de esa decisión (sentencia Kesko/Comisión, citada en el apartado 22 *supra*, apartado 59). Pues bien, como se desprende del artículo 249 CE, párrafo cuarto, dicha obligación tiene la misma naturaleza que la decisión. Por lo tanto, existe antes de la interposición del recurso e independientemente de ésta, y la falta de efecto suspensivo de dicho recurso justifica, por lo demás, que la demandante conserve su interés en ejercitar la acción en caso de abandono de la operación durante el procedimiento (sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 1985, Hoogovens Groep/Comisión, asuntos acumulados 172/83 y 226/83, Rec. p. 2831, apartado 19).

- 49 En el caso de autos, por lo tanto, la desaparición del fundamento contractual de la operación de concentración, a raíz del abandono del proyecto de concentración por las partes notificantes, no es, en sí mismo, un elemento que pueda excluir el control de la legalidad de la Decisión impugnada.
- 50 El presente asunto podría, no obstante, distinguirse en dos aspectos de los asuntos en los que recayeron las sentencias *Gencor/Comisión* y *Kesko/Comisión*, citadas en el apartado 22 *supra*. Por una parte, aunque esta alegación sea parcialmente rebatida por la Comisión, la propia demandante sostiene que la operación de concentración de que se trata se abandonó el 27 de junio de 2000, es decir, antes incluso de que se adoptara la Decisión controvertida. Por otra parte, la Comisión sostiene que este abandono se debió a la oposición del DoJ, más que a su propia actuación. Con respecto a uno y otro aspecto se plantea, por lo tanto, la cuestión de en qué medida el abandono de la operación de concentración de que se trata puede calificarse de «consecuencia directa» de la Decisión impugnada, con arreglo a la sentencia *Kesko/Comisión*, citada en el apartado 22 *supra*, y cuáles son las posibles consecuencias de tal distinción en cuanto al interés de la demandante en ejercitar la acción en el presente asunto.
- 51 En relación con el primero de estos dos aspectos, procede recordar que, mediante escrito de 27 de junio de 2000, las partes notificantes manifestaron claramente a la Comisión que retiraban su notificación y que «ya no se proponían ejecutar el proyecto de concentración en la forma presentada en la notificación».
- 52 El Tribunal de Primera Instancia señala, en primer lugar, que dicha declaración fue inmediatamente posterior a los comentarios que el 26 de junio de 2000 efectuó el Sr. Monti a la prensa, de los que resulta que éste tenía previsto proponer a la Comisión que prohibiera la concentración proyectada, y, en segundo lugar, que el objeto de dicha declaración era evidentemente evitar la adopción de la Decisión impugnada, cuya discusión constaba en el orden del día de la reunión de la Comisión de 28 de junio de 2000.

- 53 Ahora bien, en el decimosegundo considerando de la Decisión impugnada, la Comisión no consideró que dicha declaración constituyera una retirada formal del acuerdo de fusión notificado. Por lo tanto, estimó que era competente para conocer de este acuerdo, a pesar del tenor de la declaración de que se trata.
- 54 El Tribunal de Primera Instancia estima que estas consideraciones bastan por sí solas para justificar el interés de la demandante en obtener la anulación de una decisión de la que es destinataria y cuya adopción ha intentado inútilmente evitar, declarando formalmente que renunciaba a la operación de concentración notificada que constituye su objeto. Debe señalarse, a este respecto, que uno de los principales motivos invocados por la demandante en apoyo de sus pretensiones de anulación es la incompetencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada, tras la retirada de la notificación realizada el 27 de junio de 2000.
- 55 Procede añadir que, todo el tiempo que subsista la Decisión impugnada, que debe presumirse válida hasta que la anule el juez comunitario (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 1982, Dürbeck/Comisión, 11/81, Rec. p. 1251, apartado 17), resulta legalmente imposible a la demandante fusionarse con Sprint, al menos en la forma y con las condiciones previstas en la notificación, en el caso de que nuevamente se proponga hacerlo en el futuro.
- 56 El hecho de que la demandante no tenga necesariamente esta intención, o de que quizá no la ejecute, constituye a este respecto una circunstancia meramente subjetiva que no puede tomarse en consideración al apreciar su interés en ejercitar la acción de anulación de un acto que, indiscutiblemente, produce efectos jurídicos obligatorios que pueden afectar a sus intereses, modificando de manera caracterizada su situación jurídica (sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9, y de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 62; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 4 de marzo de 1999, Assicurazioni Generali y Unicredito/Comisión, T-87/96, Rec. p. II-203, apartado 37, y de 22 de marzo de 2000, Coca-Cola/Comisión, asuntos acumulados T-125/97 y T-127/97, Rec. p. II-1733, apartado 77).

- 57 En consecuencia, procede concluir que la demandante justifica un interés suficiente para pretender que se anule la Decisión impugnada, incluso en el supuesto de que, como alega, hubiera abandonado realmente la operación de que se trata la víspera de la adopción de dicha Decisión.
- 58 Por lo que respecta al segundo de los dos aspectos mencionados en el apartado 50 *supra*, es cierto que la retirada formal de la notificación y el abandono del proyecto de concentración «en la forma presentada en la notificación», comunicados por fax de las partes notificantes a la Secretaría de la task-force «Control de las operaciones de concentración entre empresas» de la Comisión en Bruselas el 27 de junio de 2000, a las 17 horas 25 minutos (véase el anexo 3 de la demanda, p. 185), coinciden en fecha, e incluso prácticamente en hora, habida cuenta del desfase horario, con el anuncio de la presentación de la demanda del DoJ ante la District Court of Columbia, efectuada en Washington en la mañana del 27 de junio de 2000 (véanse los anexos 1 y 11 del escrito de contestación). Además, según las propias afirmaciones de las partes notificantes (véase su comunicado de prensa de 13 de julio de 2000, citado en el apartado 40 *supra*), el abandono definitivo de su proyecto de concentración es consecuencia del procedimiento iniciado por el DoJ ante la District Court of Columbia.
- 59 No obstante, aun suponiendo que la oposición del DoJ haya sido determinante en la decisión de las partes notificantes de abandonar la operación de concentración de que se trata, no es menos cierto que, como señala acertadamente la demandante, la Decisión impugnada constituye de momento el único obstáculo jurídico real y vigente para la realización de dicha operación, en el supuesto de que las partes notificantes quisieran nuevamente fusionarse en la forma y con las condiciones presentadas en la notificación, ya que en el procedimiento iniciado por el DoJ ante la District Court of Columbia no se llegó a pronunciar una orden conminatoria negativa, y el DoJ desistió incluso del mismo el 13 de julio de 2000.
- 60 Además, no puede descartarse la posibilidad de que las partes notificantes hubieran optado por defenderse ante la District Court of Columbia si la Comisión, por su parte, no hubiera adoptado la Decisión impugnada.

- 61 En estas circunstancias, y teniendo en cuenta el principio fundamental según el cual, en una comunidad de Derecho, el respeto de la legalidad debe estar debidamente garantizado (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 63), el Tribunal de Primera Instancia considera que el presente asunto no se diferencia de los asuntos que dieron lugar a las sentencias Gencor/Comisión y Kesko/Comisión, citadas en el apartado 22 *supra*, en medida suficiente para justificar una solución distinta en cuanto a la apreciación del interés de la demandante para ejercitar la acción, en el momento de interponer el recurso.
- 62 En cuanto a las circunstancias que pueden haber afectado al mantenimiento de dicho interés con posterioridad a la interposición del recurso, el Tribunal de Primera Instancia considera que las observaciones presentadas por la demandante los días 21 de octubre de 2002, 2 de mayo de 2003, 9 de julio de 2003, 17 de diciembre de 2003 y 11 de marzo de 2004 permiten considerar que el procedimiento concursal de que es objeto presenta buenas perspectivas.
- 63 Por otra parte, la demandante ha afirmado en sus observaciones y repetido en la vista, sin que la Comisión la contradijera, que el ámbito de sus actividades ha permanecido inalterado desde la interposición del recurso y que sigue siendo posible que realice una operación de la misma clase que la declarada incompatible con el mercado común por la Decisión impugnada.
- 64 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia estima que la demandante conserva un interés suficiente en la prosecución del presente procedimiento.

Sobre la competencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada

- 65 En apoyo de sus pretensiones la demandante invoca, esencialmente, dos motivos de anulación relativos a la incompetencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada.

- 66 En su primer motivo, que se subdivide en dos submotivos, la demandante alega que la Comisión no estaba facultada para adoptar la Decisión impugnada dado que el proyecto de concentración de que se trata no tenía una dimensión comunitaria, ni en la fecha de inicio del procedimiento (primer submotivo) ni, posteriormente, tras una considerable modificación de las circunstancias, en la fecha en que se adoptó la Decisión (segundo submotivo).
- 67 En su segundo motivo, la demandante sostiene que la Comisión no estaba facultada para adoptar la Decisión impugnada desde el momento en que las partes notificantes habían retirado oficialmente su notificación y le habían informado del abandono de la concentración en la forma prevista en la notificación.
- 68 El Tribunal de Primera Instancia estima oportuno comenzar examinando este segundo motivo, relativo a la incompetencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada una vez retirada la notificación y abandonada la concentración en la forma prevista en la notificación.

Alegaciones de las partes

- 69 La demandante, apoyada por el Gobierno alemán, alega que la Comisión ha sobrepasado sus facultades al adoptar la Decisión impugnada el 28 de junio de 2000, pese a que, el 27 de junio de 2000, las partes notificantes habían retirado oficialmente su notificación y le habían informado de que no pretendían realizar la operación de concentración proyectada tal como había sido notificada y de que, siempre que decidieran fusionar sus actividades de otra forma en el futuro, efectuarían las notificaciones exigidas por las disposiciones aplicables en materia de concentraciones.

- 70 Dado que la Comisión justificó su competencia, en particular en el considerando 12 de la Decisión impugnada, indicando que la comunicación de las partes notificantes de 27 de junio de 2000 no constituía una retirada formal del contrato de fusión de 4 de octubre de 1999 que había sido objeto de la notificación, la demandante sostiene que esta interpretación es artificiosa y contraria a la interpretación racional de los términos de dicha comunicación. En cuanto a los comunicados de prensa de las partes notificantes a los que se refiere la Comisión en su escrito de contestación, en apoyo de la tesis de que dichas partes no habían abandonado el proyecto de concentración tal como había sido notificado (véanse los apartados 15, 16 y 20 *supra*), la demandante alega que nada indica en la Decisión impugnada que la Comisión los tuviera en cuenta en su apreciación. Señala que, en cualquier caso, dichos comunicados en modo alguno se contradicen con la comunicación de las partes notificantes a la Comisión de 27 de junio de 2000.
- 71 Además, la demandante sostiene que la Comisión actuó injustificadamente, de manera desproporcionada y contraria a su propia práctica administrativa, y por lo tanto con infracción del principio de protección de la confianza legítima, al considerar que el proyecto de concentración sólo podía retirarse si las partes resolvían oficialmente el contrato de fusión (sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1987, Ferriere San Carlo/Comisión, 344/85, Rec. p. 4435; de 5 de octubre de 1988, Fingruth, 129/87, Rec. p. 6121, apartados 14 a 16, y de 14 de noviembre de 1989, Italia/Comisión, 14/88, Rec. p. 3677, apartados 28 a 31). La demandante estima en efecto que, con posterioridad a su comunicación de 27 de junio de 2000, las partes notificantes podían legítimamente esperar que la Comisión no adoptara ninguna decisión de fondo sobre la concentración notificada, de conformidad con la práctica administrativa anteriormente seguida por ella en unos veinte asuntos.
- 72 La Comisión sostiene que la mera retirada de la notificación no basta para privarla de su competencia en virtud del Reglamento nº 4064/89. A su juicio, sólo puede declinar su competencia si las partes notificantes abandonan asimismo su proyecto de concentración.
- 73 A su juicio, se deduce tanto del espíritu como de la letra del Reglamento nº 4064/89, y en particular de sus noveno y decimoséptimo considerandos, así como de su artículo 2, apartado 2, de su artículo 4, de su artículo 7, apartados 1 y 5, de su

artículo 8, apartado 4, y de su artículo 11, que la competencia de la Comisión no está limitada únicamente a las operaciones notificadas, dado que la notificación no es sino el instrumento que facilita el ejercicio de la competencia que la Comisión ostenta en todo caso y que no puede depender de la mera voluntad de las partes (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de marzo de 1994, *Air France/Comisión*, T-3/93, Rec. p. II-121, apartado 53). Por lo tanto, la Comisión considera que, como ella conserva el control de las operaciones de concentración independientemente de toda notificación previa, las partes de un proyecto de concentración no pueden, a la inversa, privarla de su competencia retirando la notificación, a menos que abandonen igualmente el proyecto. Desde este punto de vista, alega, la retirada de la notificación expondría además a las partes notificantes a las multas previstas en el artículo 14 del Reglamento n° 4064/89, excepto si abandonan el proyecto de concentración.

74 La Comisión señala que, en el caso de autos, resulta patente que el 28 de junio de 2000 las partes notificantes tenían aún mucha confianza en que la operación de concentración proyectada pudiera realizarse. Así se desprende claramente de los comunicados de prensa que se publicaron la víspera (véanse los apartados 15 y 16 *supra*). A este respecto, la Comisión destaca que, si efectivamente se hubiera tomado una decisión tan importante como el abandono del proyecto de concentración, las partes no habrían dejado pasar esta oportunidad de anunciarlo. Por lo tanto, su comunicación de 27 de junio de 2000 a la Comisión no era totalmente sincera y no debía tomarse al pie de la letra, máxime cuando las partes notificantes no anunciaron su intención de abandonar su proyecto de concentración a las autoridades de control norteamericanas hasta el 13 de julio de 2000 (véase el apartado 20 *supra*). La Comisión infiere de ello que, en la fecha en que se adoptó la Decisión impugnada, el proyecto de concentración aún se encontraba en vigor.

75 En cuanto a su práctica administrativa anterior, la Comisión puntualiza que, en todos los asuntos invocados por la demandante, se había puesto fin a la operación notificada antes de que ella archivara el expediente. Alega que en ninguno de dichos asuntos consideró suficiente la mera retirada de la notificación. Por el contrario, en dos asuntos requirió que se aportaran pruebas, que las partes no habían presentado espontáneamente, para acreditar que el proyecto de concentración se había abandonado. Pues bien, según la Comisión, las partes notificantes no han presentado el menor documento o prueba capaz de sustentar su afirmación de que ya no se proponían llevar a cabo su proyecto de concentración.

- 76 De cualquier modo, la Comisión refuta la idea de que su propia práctica administrativa, consistente en una serie de decisiones individuales, pueda crear una confianza legítima. A su juicio, tal confianza debe reposar, como mínimo, en una comunicación de alcance general. Considera asimismo que el sentido común impide considerar que el hecho de que ella se aparte de una práctica seguida en una serie de decisiones anteriores constituya, en sí, un comportamiento injustificado o desproporcionado.
- 77 En su dúplica, por último, la Comisión alega que las sentencias Ferriere San Carlo/ Comisión y Fingruth, citadas en el apartado 71 *supra*, no son pertinentes para el caso de autos. Estas dos sentencias establecieron que existía una laguna en la legislación comunitaria, que la institución comunitaria correspondiente había colmado con una práctica administrativa constante. A su juicio, en el caso de autos, el Reglamento nº 4064/89 no adolece de ninguna laguna y, en realidad, la demandante invoca una supuesta confianza legítima en que la Comisión no ejerza las facultades que le confiere dicho Reglamento.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 78 Ante todo, debe determinarse el alcance del escrito de 27 de junio de 2000, citado en el apartado 13 *supra*, a tenor del cual las partes notificantes retiraron formalmente su notificación de 11 de enero de 2000 y manifestaron a la Comisión que «ya no se proponían ejecutar el proyecto de concentración en la forma presentada en la notificación».
- 79 Como se desprende de sus propios términos y, contrariamente a lo que sostiene la demandante en el presente recurso, dicha comunicación no se refería al abandono de principio de toda idea o proyecto de concentración entre WorldCom y Sprint, sino únicamente al abandono del proyecto de concentración «en la forma presentada en la notificación». Por lo demás, se contempla expresamente en el

mismo escrito, aunque ciertamente de forma hipotética («insofar as» — «siempre que»), la posibilidad de una concentración «de otra forma en el futuro». El comunicado de prensa de Sprint y las declaraciones del portavoz de WorldCom del mismo día, citados en los apartados 15 y 16 *supra*, respectivamente, confirman también que las partes notificantes albergaban todavía, en esa fecha, ciertas expectativas de fusionar sus actividades de una u otra forma, a pesar de la oposición del Doj y de la Comisión a su proyecto. En realidad, las partes notificantes no anunciaron públicamente que renunciaban definitivamente a su proyecto de concentración hasta que difundieron el comunicado de prensa de 13 de julio de 2000, citado en el apartado 40 *supra*.

80 La cuestión que se plantea en el presente motivo es, por consiguiente, si, en las circunstancias del caso de autos, la Comisión era competente para adoptar una decisión en virtud del artículo 8, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, declarando la «concentración notificada» incompatible con el mercado común, pese a que, sin renunciar formalmente a su proyecto de concentración, las partes notificantes habían manifestado oficialmente que retiraban su notificación y que ya no pretendían ejecutar dicho proyecto en la forma presentada en la notificación, aunque se reservaban la posibilidad de fusionar sus actividades de otra forma en el futuro.

81 A este respecto, debe señalarse en primer lugar que, en la forma presentada en la notificación, el proyecto de concentración de que se trata era el identificado y plasmado concretamente en el acuerdo y en el proyecto de fusión firmados por WorldCom y Sprint el 4 de octubre de 1999, excluyendo cualquier otra operación de concentración teóricamente concebible por las partes.

82 Teniendo en cuenta la forma específica que así se dio a dicho proyecto en la notificación, la declaración de las partes notificantes de 27 de junio de 2000, firmada por los abogados con facultades suficientes para representar a estas partes ante la Comisión, sólo podía interpretarse en el sentido de que implicaba la caducidad del acuerdo y del proyecto de fusión tal como habían sido celebrados y notificados con arreglo al artículo 4 del Reglamento n° 4064/89.

- 83 En estas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia considera que la distinción que formula la Comisión, en el considerando 12 de la Decisión impugnada, entre la retirada de la notificación y la retirada del acuerdo de fusión firmado el 4 de octubre de 1999, es excesivamente formalista, e incluso artificiosa.
- 84 Por una parte, en efecto, esta distinción no tiene en cuenta que el escrito de las partes notificantes de 27 de junio de 2000 no se refería únicamente a la retirada de la notificación, sino también a la renuncia a la ejecución del proyecto de concentración «en la forma presentada en la notificación», es decir, en la forma del acuerdo de fusión de 4 de octubre de 1999.
- 85 Por otra parte, esta distinción no tiene en cuenta el alcance de tal renuncia, que afecta necesariamente a la eficacia, si no a la validez, del propio acuerdo de fusión. A este respecto, la conclusión de la Comisión, según la cual el escrito de las partes notificantes de 27 de junio de 2000 «no supuso una retirada formal del acuerdo de concentración», no se deduce lógicamente de la afirmación de las partes notificantes de que «ya no se proponían ejecutar dicho acuerdo».
- 86 Por lo demás, el hecho de que las partes notificantes se hubieran reservado la posibilidad de fusionar sus actividades de otra forma en el futuro, como indica la Comisión en el decimosegundo considerando de la Decisión impugnada, no es pertinente para apreciar si, en la fecha en que se adoptó la Decisión impugnada, existía un acuerdo de fusión debidamente adoptado, listo para ser ejecutado por las partes y susceptible de ser controlado por la Comisión.
- 87 Además, este hecho contribuye a desvirtuar, y no a confirmar, la tesis de la Comisión, ya que pone de relieve que las partes notificantes consideraban que para realizar en el futuro, en su caso, la concentración proyectada sería preciso adoptar una nueva decisión de fusión.

- 88 En sus escritos, la Comisión recrimina, no obstante, a las partes notificantes que «no fueron totalmente sinceras» en su comunicación de 27 de junio de 2000, de modo que ésta no debía «tomarse al pie de la letra».
- 89 En la medida en que la Comisión reprocha así a las partes notificantes no haber renunciado definitivamente en esa fecha a su proyecto de concentración, su imputación es fundada (véase el apartado 79 *supra*), pero inoperante. En efecto, no basta con que dos empresas proyecten fusionarse (o sigan proyectando fusionarse) para que exista (o siga existiendo) *ipso facto* entre ellas un acuerdo de concentración debidamente adoptado, a efectos del Reglamento n° 4064/89. La competencia de la Comisión no puede basarse en meras intenciones subjetivas de las partes, sino que depende, como establece el artículo 4 de dicho Reglamento, de «la conclusión del acuerdo» de concentración. Del mismo modo que la Comisión no es competente para adoptar una decisión en virtud del Reglamento n° 4064/89 antes de la conclusión del acuerdo, deja de ser competente tan pronto como ese acuerdo ha sido resuelto, aun cuando las empresas de que se trate prosigan sus negociaciones con miras a la celebración de un acuerdo «en otra forma».
- 90 En la medida en que la Comisión reprocha más concretamente a las partes notificantes que hayan mantenido secretamente en vigor su acuerdo de fusión de 4 de octubre de 1999, a pesar del tenor de su comunicación oficial de 27 de junio de 2000, procede observar que su imputación, que podría ser operante, no se basa en prueba alguna capaz de acreditarla con arreglo a Derecho. Concretamente, ni el comunicado de prensa de Sprint ni las declaraciones del portavoz de WorldCom de 27 de junio de 2000, antes citadas, apoyan dicha imputación, y esto suponiendo que la Comisión hubiera podido tener en cuenta dichos documentos, que no se mencionan en la Decisión impugnada.
- 91 De lo que precede se desprende que, considerando el escrito de las partes notificantes de 27 de junio de 2000, tal como ha sido resumido en el apartado 80 *supra* e interpretado en los apartados 82 a 86 *supra*, la Comisión debería haber constatado que, al faltar el «acuerdo» de concentración contemplado en el artículo 4 del Reglamento n° 4064/89, ya no era competente para adoptar una decisión, basada en el artículo 8, apartado 3, de dicho Reglamento, que declarase la «operación de concentración notificada» incompatible con el mercado común.

- 92 Ninguna de las demás alegaciones formuladas por la Comisión en el presente recurso permite cuestionar esta apreciación.
- 93 Ciertamente, como ha sostenido con razón la Comisión remitiéndose al apartado 53 de la sentencia *Air France/Comisión*, citada en el apartado 73 *supra*, su competencia no está limitada únicamente a las operaciones de concentración notificadas, dado que la notificación no es sino el instrumento que facilita el ejercicio de la competencia que la Comisión ostenta en todo caso y que no puede depender de la mera voluntad de las partes.
- 94 A este respecto, debe rechazarse la alegación del Gobierno alemán, según la cual sólo puede adoptarse una decisión de incompatibilidad en virtud del artículo 8, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89 cuando ya se haya ejecutado la concentración, que se supone no notificada, y resulten necesarias medidas de desconcentración en virtud del artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento. Tal interpretación es contraria tanto al espíritu como a la letra del Reglamento n° 4064/89, y en particular a su artículo 14, apartado 2, letra c).
- 95 No obstante, en su examen la Comisión está obligada a tener en cuenta el contexto jurídico y fáctico existente y, en particular, a basarse en las estipulaciones concretas del acuerdo, no notificado, de ejecución de la concentración (véase, por analogía, en lo que atañe al examen de oficio por la Comisión de un acuerdo restrictivo de la competencia no notificado, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2001, *Wirtschaftsvereinigung Stahl y otros/Comisión*, T-16/98, Rec. p. II-1217, apartados 32 y 33).
- 96 En consecuencia, si bien es cierto que las partes de un acuerdo de concentración no pueden privar a la Comisión de su competencia retirando su notificación, no es menos cierto que, en el ejercicio de esta competencia, la Comisión debe pronunciarse sobre una verdadera operación de concentración y no, tras la retirada de la notificación y el abandono de la operación en su forma inicialmente prevista, sobre unas vagas intenciones de las partes de fusionar sus actividades de otra forma en el futuro, tal como hizo en el caso de autos.

- 97 Por lo demás, la Comisión no puede centrar su valoración en las estipulaciones de un acuerdo que las partes han declarado formalmente renunciar a ejecutar sin exponerse a cometer errores de apreciación, que pueden tener una considerable repercusión en su apreciación de la operación de concentración de que realmente se trate.
- 98 En el caso de autos, la comunicación de las partes notificantes a la Comisión de 27 de junio de 2000 implicaba, como mínimo, que estas partes tenían previsto introducir ciertas modificaciones en el acuerdo de fusión notificado, antes de que la concentración proyectada pudiera realizarse eventualmente «en otra forma» en el futuro, y que dicho acuerdo ya no reflejaba por lo tanto su voluntad común. De ello se deduce que la apreciación de las estipulaciones del acuerdo notificado recogida en la Decisión impugnada pasa necesariamente por alto el alcance de la nueva operación eventualmente prevista para el futuro por las partes notificantes.
- 99 Pues bien, este error pudo tener una importante repercusión en la apreciación de la operación de concentración efectuada por la Comisión en la Decisión impugnada. En efecto, si la Comisión hubiera tenido en cuenta el alcance real de la operación de concentración prevista en otra forma por las partes interesadas, no puede descartarse que hubiera llegado a una valoración distinta y considerado que dicha operación no era incompatible con el mercado común (véase, por analogía, la sentencia *Wirtschaftsvereinigung Stahl* y otros/Comisión, citada en el apartado 95 *supra*, apartado 45).
- 100 En este contexto, procede señalar asimismo que los errores de apreciación a los que se expuso la Comisión al proceder como hizo en el caso de autos podían haberse evitado fácilmente. En particular, ningún imperativo en materia de plazos exigía que la Comisión adoptara precipitadamente una decisión tan aventurada como la Decisión impugnada.

- 101 En efecto, como se desprende del undécimo considerando de la Decisión impugnada, la Comisión consideraba que la fecha límite para adoptar dicha decisión, transcurrida la cual la operación se habría reputado compatible con el mercado común con arreglo al artículo 10, apartado 6, del Reglamento n° 4064/89, era el miércoles 12 de julio de 2000. En su escrito de contestación, la Comisión expuso, por lo demás, que las reuniones del Colegio de comisarios se celebran una vez por semana, generalmente los miércoles, que las decisiones basadas en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89 se adoptan casi sistemáticamente mediante el procedimiento oral, con el fin de garantizar una mayor transparencia, y que normalmente el proyecto se presenta en la penúltima reunión anterior a la fecha de expiración del plazo previsto en el artículo 10, apartado 3, del Reglamento n° 4064/89, a fin de permitir que el Colegio de comisarios se pronuncie sobre el texto modificado, en el caso de que la mayoría de sus miembros se oponga a la primera versión.
- 102 Por consiguiente, si albergaba dudas en cuanto al alcance o en cuanto a la sinceridad de la comunicación de las partes notificantes de 27 de junio de 2000, la Comisión tenía la posibilidad, en su reunión del miércoles 28 de junio de 2000, de aplazar la adopción formal de la Decisión impugnada hasta el miércoles 5 o el miércoles 12 de julio de 2000 y remitir mientras tanto a las partes notificantes una solicitud de información con arreglo al artículo 11, apartado 1, del Reglamento n° 4064/89, en su caso mediante la decisión a que se refiere el apartado 5 de esta misma disposición.
- 103 Además, a tenor del artículo 10, apartado 4, del Reglamento n° 4064/89, el plazo máximo de cuatro meses establecido en el apartado 3 de este mismo artículo para la adopción de una decisión de incompatibilidad basada en el artículo 8, apartado 3, debe suspenderse excepcionalmente si la Comisión, por circunstancias de las que sea responsable una de las empresas participantes en la concentración, se hubiese visto obligada a solicitar información mediante decisión en aplicación del artículo 11. A tenor del artículo 9, apartado 1, letras a) y d), del Reglamento de aplicación, forman parte de dichas circunstancias, en particular, el hecho de que la información solicitada por la Comisión, con arreglo al artículo 11, apartado 1, del Reglamento n° 4064/89, a una de las partes notificantes no le haya sido facilitada íntegramente dentro del plazo fijado por la Comisión, y el hecho de que las partes notificantes no hayan informado a la Comisión acerca de las modificaciones esenciales de los datos contenidos en la notificación.

- 104 Así pues, en el presente asunto, si no se estimaba suficientemente informada para cerrar el procedimiento a vista de la comunicación de las partes notificantes de 27 de junio de 2000, la Comisión estaba en condiciones de cerciorarse, mediante pruebas formales, de la realidad de la retirada o del abandono del acuerdo de fusión, como ella misma reconoce haber hecho en el pasado, con ocasión de otras dos operaciones de concentración, al menos (véase el apartado 111 *infra*).
- 105 La Comisión tampoco puede alegar haberse visto obligada a evitar una posible utilización indebida o abusiva de la comunicación de las partes notificantes de 27 de junio de 2000.
- 106 En particular, no existía ningún motivo para temer que las partes notificantes, desatendiendo deliberadamente la prohibición del artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 4064/89, procedieran a ejecutar su proyecto de concentración, ya fuera en la forma notificada o de cualquier otra forma, tras la retirada de la notificación. En efecto, como señalan la demandante y el Gobierno alemán, las partes notificantes sólo habrían podido proceder de este modo exponiéndose a las multas previstas en el artículo 14, apartado 2, letra b), del Reglamento nº 4064/89, que pueden llegar al 10 % de su volumen de negocios total. Estas multas son tan disuasorias como las previstas en el artículo 14, apartado 2, letra c), de este Reglamento para el caso de las empresas que lleven a cabo una operación declarada incompatible con el mercado común mediante decisión adoptada con arreglo al artículo 8, apartado 3.
- 107 Teniendo en cuenta todo cuanto antecede, procede concluir que, al adoptar la Decisión impugnada pese a que las partes notificantes habían retirado oficialmente su notificación y habían informado a la Comisión del abandono de la concentración en la forma presentada en la notificación, dicha Institución sobrepasó los límites de la competencia que le confiere el Reglamento nº 4064/89.

- 108 En todo caso, aun suponiendo que la Comisión no hubiera sido incompetente para adoptar la Decisión impugnada, tal como ella sostiene basándose en su distinción entre la retirada de la notificación y la retirada del acuerdo de fusión, procede señalar que, al adoptarla, la Comisión se apartó inopinadamente de la práctica administrativa seguida constantemente hasta entonces, tal como la conocía el público. A este respecto, la demandante ha mencionado una veintena de asuntos en los que la Comisión había dado a entender que le bastaba una mera retirada de la notificación por las partes interesadas para dar por terminado un procedimiento relativo a un asunto de concentración sin decidir sobre el fondo.
- 109 Así, a la vista de las comunicaciones de la Comisión tituladas «Retirada de la notificación de una operación de concentración», únicos documentos publicados en los asuntos nº IV/M.608, Ericsson/Ascom (DO 1995, C 292, p. 8), y nº IV/M.680, Kvaerner/Amec (DO 1996, C 8, p. 4), respectivamente, parece que dicha Institución decidió archivar el expediente, sin adoptar decisión alguna, el mismo día en que las partes notificantes le comunicaron que habían «suspendido la ejecución del proyecto de concentración notificada» y «decidido por tanto retirar la notificación».
- 110 Por otra parte, en muchos otros asuntos [nº IV/M.208, Scott/Mölnlycke; nº IV/M.238, Siemens/Philips Kabel; nº IV/M.388, Unilever France/Ortiz Miko; nº IV/M.418, Tractebel/Distrigaz; nº IV/M.494, Colonia/Lefac/KMK-CCI; nº IV/M.562, Swissair/Sabena; nº IV/M.592, RWE-DEA/Enichem Augusta; nº IV/M.805, Telecom-2; nº IV/M.852, BASF/Shell; nº IV/M.888, Metallgesellschaft/AG; nº IV/M.892, Hochtief/Deutsche Bank/Holzmann; nº IV/M.905, Schweizer Rück/SAFR; nº IV/M.948, Watt AG; nº IV/M.974, Bertelsmann/Burda-Host; nº IV/M.1010, Artémis/Worms & Cie; nº IV/M.1047, Wienerberger/Cremer & Breuer (DO 1998, C 93, p. 23); nº IV/M.1246, LHZ/Carl Zeiss (DO 1998, C 384, p. 9); nº IV/M.1277, BLG Container/Maersk/Sea-Land Service (DO 1998, C 290, p. 12); nº IV/M.1321, Verbund/Kelag/Porr/OMV Proterra/Siemens/KRV (DO 1998, C 382, p. 3); nº IV/M.1431, Ahlström/Kvaerner (DO 1999, C 263 p. 3); nº IV/M.1447, Deutsche Post/Trans-o-flex (DO 1999, C 130, p. 9); nº IV/M.1609, Elf/Saga; nº IV/M.1703, Phelps Dodge/Asarco (DO 1999, C 313, p. 7); COMP/M.2117, Aker Maritime/Kvaerner (DO 2001, C 9, p. 5), y COMP/M.1829, HMTF Nabisco Group Holdings/Burlington Biscuits/United Biscuits], la comunicación al Diario Oficial y/o el comunicado de

prensa por el que se anunciaba el cierre del procedimiento se limitan a indicar que «las partes notificantes han informado a la Comisión de que retiraban su notificación», sin referirse a la situación en que quedaba el proyecto o el propio acuerdo de concentración. Al redactar de este modo los documentos públicos de que se trata, la Comisión indujo necesariamente a los sectores interesados a creer que la retirada de la notificación equivalía para ella, en la práctica, al abandono del proyecto de concentración, aunque su verdadera práctica administrativa pueda haber sido distinta.

111 A este respecto, la Comisión se refirió, en su escrito de contestación, a dos asuntos [nº IV/1328, KLM/Martinair (DO 1999, C 162, p. 7), y nº IV/M.1412, Hutchison Whampoa/RMPM/ECT (DO 1999, C 256, p. 5)] en los que, según afirma, al no haber aportado espontáneamente las partes las pruebas del abandono de su proyecto de concentración, ella insistió en que se le presentaran tales pruebas antes de archivar el expediente. No obstante, la información sobre dichos asuntos hecha público mediante notificación al Diario Oficial y/o comunicado de prensa no menciona tal insistencia por su parte. En cualquier caso, la Comisión no explica por qué no procedió del mismo modo en el presente asunto, en lugar de apresurarse a adoptar una decisión negativa al día siguiente de la retirada de la notificación.

112 Por consiguiente, las partes notificantes podían esperar legítimamente que su comunicación de 27 de junio de 2000 bastara para provocar el cierre del expediente, de conformidad con la práctica administrativa anterior de la Comisión de la que el público tenía constancia y a falta de indicaciones en sentido contrario dadas por esta Institución. A este respecto, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma que una simple práctica o tolerancia administrativa, que no sea contraria a la normativa en vigor ni implique el ejercicio de una facultad de apreciación discrecional, puede suscitar la confianza legítima de los interesados, sin que ésta deba por tanto basarse necesariamente en una comunicación de alcance general (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de octubre de 1987, Reino Unido/Comisión, 84/85, Rec. p. 3765; sentencias Ferriere San Carlo/Comisión y Fingruth, citadas en el apartado 71 *supra*; auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 1988, Sofrimport/Comisión, C-152/88 R, Rec. p. 2931).

- 113 El Tribunal de Primera Instancia considera por tanto que, como mínimo, la Comisión violó la confianza legítima de las partes notificantes al adoptar la Decisión impugnada sin advertirles previamente de que su comunicación no le bastaba y de que se proponía adoptar una decisión basada en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89 a menos que dichas partes le presentaran inmediatamente la prueba formal de la retirada del acuerdo de fusión.
- 114 De lo que precede se deriva que el segundo motivo es fundado. Procede, en consecuencia, anular la Decisión impugnada, de conformidad con las pretensiones de la demandante, sin que sea necesario pronunciarse sobre los demás motivos y alegaciones articulados por ésta en apoyo de su recurso.

Costas

- 115 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la Comisión, procede condenarla al pago de las costas, conforme a lo solicitado por la parte demandante.
- 116 No obstante, a tenor del artículo 87, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que hayan intervenido como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Segunda)

decide:

- 1) **Anular la Decisión 2003/790/CE de la Comisión, de 28 de junio de 2000, por la que una operación de concentración se declara incompatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Asunto COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint).**
- 2) **Condenar a la Comisión al pago de las costas de MCI, Inc., además de las suyas propias.**
- 3) **La República Federal de Alemania y la República Francesa soportarán sus propias costas.**

Pirrung

Meij

Forwood

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 28 de septiembre de 2004.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

J. Pirrung