FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 12. september 1995 *

A — Indledning

1. Denne sag er den første af sin art, hvor Domstolen under en appelsag får lejlighed til at udtale sig om spørgsmål vedrørende Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [1] (herefter »fusionsforordningen«).

2. De faktiske omstændigheder i sagen er følgende. Den 27. november 1991 modtog Kommissionen en anmeldelse i henhold til fusionsforordningen, hvoraf fremgik, at Mediobanca — Banca di Credito Finanziario SpA (herefter »Mediobanca«) havde forhøjet sin andel i den Assicurazioni Generali SpA (herefter »Generali«) tilhørende kapital, nemlig fra 5,98% til 12,84%. Mediobanca er en af Italiens største investeringsbanker, mens Generali er en af Italiens største forsikringsselskaber. Allerede før Mediobanca erhvervede de supplerende andele, var virksomheden hovedaktionær i Generali.

3. Den 19. december 1991 fastslog Kommissionen i en beslutning, som var truffet i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra a), at den anmeldte transaktion faldt uden for fusionsforordningen. Dette begrundede Kommissionen med, at Mediobanca ikke var i stand til alene eller sammen med andre at opnå »afgørende indflydelse« på Generali's drift [2]. Kommissionen henviste i den forbindelse til en aftale, som den havde modtaget meddelelse om fra Mediobanca. I den ikke-fortrolige version af beslutningen beskrives denne aftale som en kontrakt mellem Mediobanca og en virksomhed benævnt Euralux, som er den næststørste aktionær i Generali med en aktieandel på 4,77%, hvori det var angivet, at hverken Mediobanca eller Euralux måtte sælge deres andele til tredjemand. Ifølge Kommissionens angivelser indeholdt aftalen ingen bestemmelser om fælles udøvelse af stemmerettigheder eller

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT L 395, s. 1; en berigtiget version er offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13.

2 — Ifølge artikel 1, stk. 1, finder fusionsforordningen anvendelse på »fusioner af fællesskabsdimension«. Ifølge forordningens artikel 3, stk. 1, foreligger der en sådan fusion, når to eller flere hidtil uafhængige virksomheder sammensmeltes til én virksomhed, eller når en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst én virksomhed eller en eller flere virksomheder, opnår »kontrol over det hele eller dele af en eller flere andre virksomheder«. Ved »kontrol« forstås efter artikel 3, stk. 3, muligheden for at få »afgørende indflydelse« på virksomhedens drift.

om nogen ordning til at sikre vedtagelsen af forslag vedrørende sammensætningen af Generali's ledende organer.

4. Den 19. marts 1992 offentliggjorde en italiensk avis den fuldstændige ordlyd af denne aftale, som hidtil havde været hemmelig. Det var en aftale mellem Mediobanca, en virksomhed benævnt Lazard Frères de Paris (Euralux' moderselskab; herefter »Lazard«) samt Generali, som var blevet underskrevet den 26. juni 1985. Ifølge de konstateringer, som Retten i Første Instans har foretaget i sin dom af 28. oktober 1993 [3], der er indanket for Domstolen, skulle der ved denne aftale bl.a. oprettes en »steering committee« (direktionskomité) bestående af repræsentanter for Generali og dette selskabs to hovedaktionærer, som skulle undersøge de af Generali's problemer, der havde fælles interesse, og medvirke ved udpegelsen af et vist antal medlemmer af Generali's bestyrelse og direktion [4].

5. Zunis Holding SA, Finan Srl og Massinvest SA (herefter »appellanterne«), som alle ejer andele af Generali, blev ifølge deres egne oplysninger opmærksom på denne offentliggørelse i slutningen af marts eller i begyndelsen af april 1992. Den 6. maj 1992 tog de uformelt kontakt til Kommissionen, før de ved skrivelse af 26. juni 1992 indgav en formel ansøgning om genoptagelse af proceduren i sagen. De gjorde gældende, at Kommissionen i sin beslutning af 19. december 1991 havde foretaget en grov fejlvurdering af de faktiske omstændigheder hvad angår Mediobanca's mulighed for at opnå kontrol over Generali alene eller sammen med Lazard/Euralux. Efter appellanternes opfattelse kunne denne fejlvurdering kun bero på, at Kommissionen var blevet ufuldstændigt eller fejlagtigt informeret om ordlyden og navnlig virkningerne af den aftale, som var indgået mellem Mediobanca, Lazard og Generali.

6. Ved skrivelse af 31. juli 1992 afslog generaldirektøren for Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence den nævnte ansøgning. Han anførte i sin skrivelse bl.a., at Kommissionens beslutning af 19. december 1991 ikke var baseret på fejlagtige oplysninger, men at Kommissionen havde været bekendt med aftalen, som var indgået i 1985, og havde taget hensyn til den, da den traf sin beslutning.

7. Herefter anlagde appellanterne sag ved Retten i Første Instans i medfør af EF-traktatens artikel 173 med påstand om annullation af den afgørelse, som var indeholdt i Kommissionens skrivelse af 31. juli 1992. Kommissionen nedlagde påstand om sagens afvisning og anmodede Retten i Første Instans om først at træffe afgørelse om disse spørgsmål. Kommissionen støttede sin

3 — Sag T-83/92, Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1169.

4 — Se samme dom (fodnote 3), præmis 3.

formalitetsindsigelse på tre anbringender [5]. For det første gjorde den gældende, at skrivelsen af 31. juli 1992 ikke var nogen beslutning i EF-traktatens artikel 173's forstand. Kommissionen havde i skrivelsen blot underrettet modtagerne af skrivelsen om den faktiske og retlige situation. Skrivelsen var kun en første, foreløbig stillingtagen fra Kommissionens side til de pågældende virksomheders ansøgning. For det andet anførte Kommissionen, at skrivelsen af 31. juli 1992 ikke berørte appellanterne umiddelbart og individuelt, og at appellanterne derfor ikke havde nogen søgsmålskompetence i henhold til EF-traktatens artikel 173, stk. 2 [6]. For det tredje gjorde Kommissionen subsidiært gældende, at skrivelsen af 31. juli 1992 ikke kunne anfægtes ved et søgsmål i medfør af artikel 173, da den højst indeholdt en beslutning, som begrænsede sig til at bekræfte den beslutning, som var truffet den 19. december 1991.

8. Ved dom af 28. oktober 1993 afviste Retten i Første Instans sagen. Dens behandling af formaliteten findes i dommens præmis 29-40.

9. Retten bemærkede for det første, at den omstændighed, at en fællesskabsinstitution som svar på en ansøgning fra en person tilsender denne en skrivelse, ikke i sig selv gør denne skrivelse til en beslutning i traktatens artikel 173's forstand (præmis 30). Desuden skal en afgørelse, der har karakter af et afslag, bedømmes efter karakteren af den ansøgning, som den er et svar på. En fællesskabsinstitutions afslag på at tilbagekalde eller ændre en bestemt foranstaltning kan således navnlig kun anses for en retsakt, hvis lovlighed kan efterprøves i henhold til traktatens artikel 173, såfremt den foranstaltning, hvis tilbagekaldelse eller ændring afslås, selv kan anfægtes efter artikel 173 (præmis 31). I den foreliggende sag ønskede appellanterne at opnå, at Kommissionen tilbagekaldte sin beslutning af 19. december 1991 og traf en ny beslutning i den procedure, hvorunder den oprindelige beslutning blev truffet. Hvad angår denne procedure havde appellanterne imidlertid i forhold til de virksomheder, som deltog direkte i transaktionen, udelukkende stilling som tredjemand. De kunne derfor kun rejse krav om tilbagekaldelse af beslutningen af 19. december 1991, såfremt de var umiddelbart og individuelt berørt heraf (præmis 32, 33 og 34).

I den forbindelse fastslog Retten for det første, at den omstændighed, at en retsakt er egnet til at øve indflydelse på forbindelserne mellem aktionærerne i et selskab, ikke er tilstrækkeligt til at antage, at en af disse aktionærer kan anses for at være umiddelbart og individuelt berørt af retsakten (præmis 34). Hvad angår den foreliggende sag måtte det fastslås, at en beslutning, hvorved Kommissionen angiver, at en bestemt transaktion ikke

5 — Se præmis 14-18 i dommen i sagen Zunis Holding m.fl. mod Kommissionen, a.st. (fodnote 3).

6 — Med ikrafttrædelsen af traktaten om Den Europæiske Union af 1.11.1993 blev EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, erstattet af artikel 173, stk. 4, uden at bestemmelsens indhold undergik nogen ændringer. For nemheds skyld citerer jeg i det følgende fra den nugældende bestemmelse.

falder ind under fusionsforordningen, ikke i sig selv er egnet til ændre beskaffenheden eller omfanget af aktionærernes rettigheder i det pågældende selskab, det være sig deres rettigheder som andelshavere eller deres mulighed for at deltage i den ledelse af virksomheden, som er forbundet med disse andelsrettigheder (præmis 35).

For det andet måtte der tages hensyn til, at Kommissionens beslutning af 19. december 1991 berørte appellanterne i deres egenskab af aktionærer og dermed berørte dem på samme måde som enhver anden aktionær i dette selskab, som omfatter omkring 140 000. I betragtning af, at appellanternes andel i selskabskapitalen udgjorde mindre end 0,5%, og at appellanterne ikke havde påvist, at Kommissionens beslutning havde ændret deres situation i forhold til, hvad der gjaldt for enhver anden aktionær, fandt Retten, at det måtte fastslås, at beslutningen af 19. december 1991 ikke berørte appellanterne individuelt (præmis 36).

Endelig fandt Retten, at appellanterne med urette havde påberåbt sig, at de efter fast retspraksis såvel på konkurrenceområdet som vedrørende statsstøtte og antidumping kunne anlægge sag til beskyttelse af deres berettigede interesser, såfremt de havde anmodet om at deltage i proceduren forud for vedtagelsen af Kommissionens beslutning (præmis 37). Selv om det antoges, at denne del af retspraksis kunne overføres til fusionsområdet skulle der nemlig i hvert fald have været indgivet ansøgninger om genoptagelse af proceduren inden for en rimelig frist (præmis 38). Dette var imidlertid ikke sket i denne sag, da en uformel henvendelse til Kommissionen ikke kan betragtes som en anmodning om genoptagelse af proceduren, og da ansøgningen af 26. juni 1992 ikke kunne anses for rettidigt indgivet, idet appellanterne, som allerede i slutningen af marts eller i begyndelsen af april havde fået kendskab til de angiveligt nye omstændigheder, ikke havde indgivet ansøgningen inden for en rimelig frist (præmis 39).

10. Appellanterne har iværksat appel af denne dom. Under appelsagen har de nedlagt påstand om, at den anfægtede dom ophæves, at Kommissionens formalitetsindsigelse forkastes, at sagen hjemvises til Retten med henblik på, at den træffer endelig afgørelse om realiteten, og at Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne såvel i forbindelse med appelsagen som omkostningerne i forbindelse med, at Kommissionen fremsatte formalitetsindsigelse ved Retten. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

B — Stillingtagen

Indledende bemærkninger

11. Før jeg behandler problemerne i denne sag, finder jeg det hensigtsmæssigt først at overveje, om Kommissionen overhovedet ville have været i stand til at imødekomme anmodningen om genoptagelse af procedu-

ren og at tilbagekalde sin beslutning af 19. december 1991. For at tage stilling hertil er det nødvendigt at opholde sig et øjeblik ved den i fusionsforordningen foreskrevne procedure.

12. Når Kommissionen modtager en anmeldelse, der er foretaget i henhold til fusionsforordningen, har den efter forordningens artikel 6, stk. 1, i det væsentlige tre muligheder for at træffe afgørelse [7]. Hvis Kommissionen når til den konklusion, at den anmeldte transaktion ikke er omfattet af forordningen, fastslår den dette i overensstemmelse med forordningens artikel 6, stk. 1, litra a). Såfremt den derimod fastslår, at den anmeldte fusion er omfattet af fusionsforordningen, men ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, træffer den i henhold til forordningens artikel 6, stk. 1, litra b), beslutning om »ikke at modsætte sig den, og erklærer den forenelig med fællesmarkedet«. Endelig gælder for det tilfælde, at den anmeldte fusion rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, at Kommissionen i så fald ifølge forordningens artikel 6, stk. 1, litra c), træffer beslutning om at indlede proceduren. I disse tilfælde afsluttes proceduren ifølge forordningens artikel 8, stk. 1, ved en beslutning i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2-5. Kommissionen kan ifølge disse bestemmelser navnlig erklære fusionen for enten at være forenelig med fællesmarkedet (forordningens artikel 8, stk. 2) eller for uforenelig med fællesmarkedet (artikel 8, stk. 3).

13. Ifølge artikel 8, stk. 5, litra a), kan Kommissionen tilbagekalde en beslutning, som den har truffet »i henhold til stk. 2«, såfremt den bygger på »urigtige oplysninger«, som kan tilskrives en af de deltagende virksomheder, eller såfremt den er udvirket ved en svigagtig adfærd [8]. Da beslutningerne i henhold til artikel 8, stk. 2, vedrører de i artikel 6, stk. 1, *litra c)*, omhandlede tilfælde — dvs. tilfælde, hvor Kommissionen nærer alvorlig tvivl om, hvorvidt en fusion, som er omfattet af forordningen, er forenelig med fællesmarkedet, er der, såfremt artikel 8, stk. 5, fortolkes bogstaveligt, ikke mulighed for at tilbagekalde beslutningen, når den er truffet i henhold til artikel 6, stk. 1, *litra b)*, eller (som i denne sag) i henhold til artikel 6, stk. 1, *litra a)*.

14. Kommissionen har imidlertid givet udtryk for, at den er enig i appellanternes opfattelse, hvorefter en tilbagekaldelse af beslutningen også er mulig i sådanne tilfælde. Dette må jeg give Kommissionen ret i. Bestemmelsen i forordningens artikel 8, stk. 5, kan ikke betragtes som en udtømmende regel om Kommissionens mulighed for at tilbagekalde beslutninger under en procedure om fusionskontrol. Jeg kan nemlig ikke indse, hvorfor Kommissionen f.eks. i et

7 — Jeg behøver ikke her at gå nærmere ind på muligheden for at henvise en sag til en medlemsstats kompetente myndigheder (forordningens artikel 9) eller virkningerne af, at fristerne i henhold til fusionsforordningen er overskredet (forordningens artikel 10, stk. 6).

8 — Det er også muligt at tilbagekalde beslutningen, såfremt de deltagende virksomheder undlader at efterkomme et til beslutningen knyttet påbud [artikel 8, stk. 5, litra b)]. Indholdsmæssigt omfatter artikel 8, stk. 5, såvel en ophævelse som en tilbagekaldelse. Jeg skal i dette forslag for forenklingens skyld følge forordningens sprogbrug og anvende udtrykket »tilbagekaldelse«.

tilfælde af bevidst bedrageri skulle have mulighed for at tilbagekalde en beslutning, der er truffet i henhold til artikel 8, stk. 2, men ikke skulle have denne mulighed for beslutninger, som er truffet i henhold til artikel 6, stk. 1, litra a) og b). Kommissionen har dog med rette fremhævet, at en tilbagekaldelse i de sidstnævnte tilfælde ud fra en analogi fra forordningens artikel 8, stk. 5, kun er muligt på de betingelser, der er fastsat i forordningen, og at der i hvert enkelt tilfælde skal tages hensyn til kravene til beskyttelse af den berettigede forventning.

15. Det siger sig selv, at Kommissionen selv kan tage initiativ, når den bliver bekendt med omstændigheder, som gør det berettiget at tilbagekalde en beslutning, som den har truffet på grundlag af fusionsforordningen. Dette fremgår allerede forudsætningsvis af forordningens førnævnte artikel 8, stk. 5. Man må dog under visse betingelser også kunne give tredjemand adgang til at opfordre Kommissionen til at genoptage en procedure, når der foreligger sådanne nye omstændigheder, og til at indbringe et afslag fra Kommissionen herpå til prøvelse for Fællesskabets retsinstanser. Denne sag drejer sig om, under hvilke betingelser dette kan ske.

16. Jeg skal herefter behandle de anbringender, appellanterne har gjort gældende til støtte for at ophæve den indankede dom. De vedrører for det første Rettens betragtninger om søgsmålsadgangen i henhold til artikel 173 og for det andet dens betragtninger om, at appellanterne ikke rettidigt indgav deres ansøgning til Kommissionen om genoptagelse af proceduren.

Spørgsmålet om, hvorvidt ansøgningen om genoptagelse af proceduren blev indgivet for sent

17. Som tidligere anført har Retten i den anfægtede dom lagt til grund, at appellanterne ikke havde indgivet deres ansøgning om genoptagelse af proceduren inden for en rimelig frist. Efter ordlyden af den pågældende passage herom i dommen synes det nærliggende at antage, at Retten fandt, at denne forsinkelse var (yderligere) en grund til at afvise sagen. Dette siges dog ikke udtrykkeligt. Det fremgår endvidere ikke klart af dommen, i hvilket omfang en mulig forsinkelse af ansøgningen efter Rettens opfattelse bør føre til, at sagen afvises. De her omhandlede betragtninger i dommens præmis 38 og 39 har sammenhæng med betragtningerne i de foregående præmisser, hvori Retten tog stilling til spørgsmålene, om appellanterne havde den fornødne søgsmålskompetence efter EF-traktatens 173, stk. 4. Den herefter følgende præmis 40 begynder med konstateringen af, at Retten *derfor* (»accordingly«) er nået frem til den opfattelse, at appellanterne ikke er umiddelbart og individuelt berørt af Kommissionens beslutning af 19. december 1991. Dette kunne tyde på, at også de foregående betragtninger i præmis 38 og 39 vedrører spørgsmålet om søgsmålskompetencen. En sådan fortolkning giver imidlertid ikke meget mening, da det ikke ses, hvorledes en eventuel »forsinkelse« ved indgivelse af ansøgningen om procedu-

rens genoptagelse skulle kunne føre til den opfattelse, at appellanterne ikke var umiddelbart og individuelt berørt af den oprindelige beslutning.

18. Hvorledes den her omhandlede passage retteligt bør forstås, fremgår efter min opfattelse af slutningen af præmis 40. Heri fastslår Retten, at appellanterne ikke har den fornødne søgsmålskompetence, hvorfor det ikke er nødvendigt at træffe afgørelse om, hvorvidt påberåbelsen af en ny omstændighed under andre omstændigheder ville have givet appellanterne mulighed for at omgå de søgsmålsfrister, som er fastsat i traktaten. Retten synes derfor at være af den opfattelse, at sagens afvisning kan bero på, at søgsmålsfristen på to måneder i traktatens artikel 173 i modsat fald kunne blive omgået.

19. Der er en kerne af sandhed i denne betragtning — hvis jeg ellers har forstået den rigtigt. Hvis fristen for at anfægte en beslutning er sprunget, kan en part ikke omgå denne proceshindring ved at opfordre Kommissionen til på ny at overveje sin beslutning og derpå anlægge sag inden for to måneder til prøvelse af den beslutning fra Kommissionen, hvorved den afviser at efterkomme denne opfordring. Hvis dette var muligt, ville fristreglen i artikel 173 for indgivelse af søgsmål nemlig helt miste sin betydning. Man kan imidlertid undgå dette resultat, såfremt man opfatter Kommissionens afslag — forudsat der overhovedet foreligger en beslutning i artikel 173's forstand [9] — som en retsakt, hvis indhold alene består i en bekræftelse af den oprindelige beslutning. En sådan fortolkning er mulig, og den bør lægges til grund, når ansøgningen om genoptagelsesproceduren ikke er støttet på nye omstændigheder, som giver grundlag for at tilbagekalde beslutningen. Jeg skal i den forbindelse allerede her bemærke, at der efter min opfattelse ikke foreligger en sådan situation i denne sag, da appellanterne ikke har påberåbt sig *nye omstændigheder*, som viser, at Kommissionen ved udstedelsen af sin beslutning af 19. december 1991 har baseret sig på urigtige antagelser. Appellanterne har derimod i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen anlagde en urigtig fortolkning af den omtvistede aftale fra 1985 [10].

20. Retten har dog ikke i sin dom efterprøvet, om appellanterne over for Kommissionen havde påberåbt sig nye omstændigheder, som muligvis kunne have ført til en genoptagelse af proceduren. Retten har derfor tilsyneladende afvist sagen alene på grund af den nævnte »forsinkelse«, uanset om den anførte betingelse var opfyldt eller ej. En sådan fremgangsmåde kan dog ikke være korrekt. Det må her uden videre være klart, at det afgørende i denne forbindelse ikke er, hvorvidt ansøgningen om genoptagelse af proceduren blev indgivet, før fristen for anfægtelse af den oprindelige omtvistede beslutning udløb. Såfremt Kommissionen efter at have vedtaget en beslutning får kendskab til omstændigheder, som den ikke hidtil har

9 — Vedrørende dette spørgsmål, se nedenfor under forslagets punkt 50.

10 — Se herom nedenfor under forslagets punkt 51.

været bekendt med, og som er egnet til at bringe tvivl om den vedtagne beslutning, kan tidspunktet for erhvervelsen af kendskabet til disse nye omstændigheder ikke spille nogen rolle. Om Kommissionen får kendskab til sådanne omstændigheder umiddelbart efter beslutningens vedtagelse eller først måneder senere, vil i mange tilfælde være helt tilfældigt. Såfremt Kommissionen på grund af disse nye omstændigheder får forelagt en ansøgning om genoptagelse af proceduren og afslår denne med den begrundelse, at de påberåbte omstændigheder ikke efter Kommissionens opfattelse giver grundlag herfor, har denne beslutning et selvstændigt indhold og kan derfor anfægtes, forudsat de øvrige søgsmålsbetingelser er opfyldt. Der er her i sagens natur ingen grund til at frygte en omgåelse af søgsmålsfristerne i artikel 173, da Kommissionens beslutning jo netop vedrører en ny omstændighed, som den ikke kunne tage hensyn til ved udstedelsen af den oprindelige beslutning, og da anfægtelsen af denne beslutnings indhold alene kan støttes på det anbringende, at Kommissionen har anlagt en urigtig vurdering af den nye omstændighed.

21. Rettens opfattelse, som den kommer til udtryk på det anførte sted i dommen, forekommer mig i øvrigt at være behæftet med en fejltagelse, der vel beror på en sammenblanding af forskellige begreber. Retten vurderer nemlig tilsyneladende den periode på knap tre måneder, som ligger mellem det tidspunkt, da appellanterne fik kendskab til de angiveligt nye omstændigheder, og indgivelsen af den formelle ansøgning til Kommissionen om genoptagelse af proceduren, i forhold til tomånedersfristen i artikel 173. Efter Rettens opfattelse skal ansøgninger om genoptagelse af proceduren indgives til Kommissionen inden to måneder efter erhvervelse af kendskabet til de nye omstændigheder. Dette kan efter min opfattelse ikke være rigtigt. Her forveksler Retten, som appellanterne med føje har anført, fristerne for indgivelse af søgsmål med spørgsmålet om følgerne af, at der ikke er indledt rettidigt retsforfølgning, hvilket spørgsmål har relevans for beskyttelsen af den berettigede forventning. Fristen i artikel 173, stk. 5, gælder for indgivelse af *søgsmål*. Det ses ikke, hvorledes denne frist også skulle have betydning, når der er tale om indgivelse af en ansøgning om genoptagelse af en procedure ved Kommissionen. En analog anvendelse af denne præklusionsfrist på det sidstnævnte tilfælde er højst mulig, når der er tvingende retlige grunde hertil.

22. Det finder jeg ikke er tilfældet i denne sag. Rettens henvisning til retssikkerhedshensynet og til de korte frister, som er kendetegnende for fusionsforordningen [11] — hvilken betragtning også Kommissionen har tilsluttet sig i sit indlæg — virker ikke overbevisende på mig i denne sammenhæng. Hvad det første punkt angår, skal jeg henvise til, at en tilbagekaldelse er mulig i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 5, når beslutningen bygger på urigtige oplysninger, som kan *tilskrives* en af de deltagende virksomheder, eller der ligger en »svigagtig adfærd« til grund for beslutningen. De eneste virksomheder, som er beskyttelsesværdige i sådanne tilfælde, er dem, der ikke kan rettes nogen bebrejdelser mod. Jeg finder det tvivlsomt, om det er påkrævet undtagelsesfrit at anvende en præklusionsfrist på to måneder på disse virksomheder, regnet fra det tids-

11 — Jf. den indankede dom (fodnote 3), præmis 38.

punkt, da de blev bekendt med de nye omstændigheder. Heller ikke den anden betragtning, som Retten fremfører, virker overbevisende på mig. Fusionsforordningen er kendetegnet ved meget strenge frister, som efter omstændighederne varierer mellem en og fire måneder [12]. Men mig bekendt er der derimod intetsteds i forordningen fastsat nogen frist på to måneder svarende til fristen i artikel 173, stk. 5. Det vigtigste i denne forbindelse er dog efter min opfattelse den omstændighed, at det i forordningens artikel 8, stk. 6, er fastsat, at den maksimale frist på fire måneder ikke skal finde anvendelse »i de i stk. 5 nævnte tilfælde«, dvs. netop i de tilfælde, hvor en beslutning tilbagekaldes. Ganske vist finder bestemmelsen kun direkte anvendelse på den beslutning, som træffes efter tilbagekaldelsen af den foregående beslutning, og hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet [13]. Dette viser imidlertid klart, at Kommissionen ved tilbagekaldelsen af en beslutning har længere tid til rådighed end normalt. Det ses derfor ikke, hvorfor tredjemand, som bliver opmærksom på nye omstændigheder, der kan begrunde en tilbagekaldelse, og som på dette grundlag ønsker at udvirke en genoptagelse af proceduren, i denne forbindelse skulle være bundet af den strenge frist på to måneder.

23. Det betyder dog ikke, at de berørte parter efter at være blevet bekendt med de nye omstændigheder kan vente, så længe de ønsker, før de henvender sig til Kommissionen for at udvirke en genoptagelse af proceduren. Jeg er her enig med Retten i Første Instans i, at Kommissionen i et sådant tilfælde skal forelægges spørgsmålet inden for en *rimelig frist*. Såfremt det ikke sker, kan Kommissionen efter min opfattelse allerede af den grund afvise at behandle en ansøgning herom. Et søgsmål til prøvelse af Kommissionens afslag herpå må forkastes som ubegrundet. Det beror dog ikke på en analog anvendelse af en frist, men på den almindelige retsgrundsætning om, at det er ulovligt at gøre rettigheder gældende, såfremt der foreligger en mislig udnyttelse heraf. Dette er efter min opfattelse tilfældet, når den person, som er blevet bekendt med en ny omstændighed, ikke handler inden for en rimelig frist. Hensynet til retssikkerheden bliver nemlig vigtigere, jo længere de pågældende venter i et sådant tilfælde, før de henvender sig til Kommissionen. Så længe lovgiver ikke har truffet nogen bestemmelser inden for dette område, skal spørgsmålet, om de pågældende berørte har handlet inden for en vis rimelig frist, ikke afgøres på grundlag af en *abstrakt, en gang for alle fastsat frist*, men kun under hensyn til *omstændighederne i det konkrete tilfælde*.

24. Såfremt dette lægges til grund, kan man ikke rette nogen bebrejdelse mod appellanterne. Såfremt de først havde fået kendskab til de angiveligt nye omstændigheder i slutningen af marts eller begyndelsen af april 1992, var der i hvert fald højst forløbet seks uger, før de den 6. maj 1992 henvendte sig til Kommissionen. Dette tidsrum er på ingen måde urimeligt, når man tager hensyn til, at appellanterne sikkert havde brug for til at kontrollere de oplysninger, som var frem-

12 — Se forordningens artikel 10, stk. 1 og 3. Se også de særlige frister i artikel 9.

13 — Se forordningens artikel 8, stk. 6, jf. stk. 3.

kommet i pressen, og til at rådspørge en advokat. Jeg er heller ikke enig i Rettens opfattelse om, at appellanterne straks burde have indgivet en formel ansøgning om genoptagelse af proceduren. Det forekommer mig tværtimod helt igennem fornuftigt, at man i et sådant tilfælde først tager uformel kontakt til Kommissionen for at give den mulighed for i givet fald selv at tage initiativ. Da appellanterne måtte formode, at også Kommissionen havde brug for tid til at efterprøve de forelagte omstændigheder, finder jeg det heller ikke på nogen måde usædvanligt eller anstødeligt, at de først den 26. juni 1992 lod den uformelle kontakt, som de have taget til Kommissionen den 6. maj 1992, følge op af en formel ansøgning om genoptagelse af proceduren. Selv om man imidlertid ligesom Retten tager det tidsrum i betragtning, der forløb mellem, at appellanterne fik kendskab til de angiveligt nye omstændigheder, og tidspunktet for indgivelsen af den formelle ansøgning, kan man imidlertid, henset til mine førnævnte betragtninger, næppe med føje antage, at dette tidsrum var urimeligt langt.

25. I den forbindelse finder jeg, at der er grund til at nævne nogle af de domme, som Retten i Første Instans har afsagt den 29. juni 1995 i sagerne vedrørende selskaberne Solvay og ICI [14]. Disse sager vedrørte bl.a. fortolkningen af artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement, hvorefter der ikke må fremsættes nye anbringender under sagens behandling, »medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne«.

Selskabet Solvay havde fremført et nyt anbringende i et supplerende processkrift, som indgik til Retten den 10. april 1992. Dette nye anbringende var støttet på en ny omstændighed, som kom frem den 10. december 1991 under den mundtlige forhandling i en anden sag for Retten. Den pågældende omstændighed vedrørte spørgsmålet, om Kommissionen havde truffet den beslutning, der var anfægtet under sagen, på retmæssig vis. Retten henviste til, at procesreglementets artikel 48, stk. 2, »hverken fastlægger en frist eller opstiller et specielt formkrav« for fremsættelsen af et nyt anbringende. Da selskabet Solvay ikke var procesdeltager i den sag, hvori den mundtlige forhandling fandt sted den 10. december 1991, kunne det efter Rettens opfattelse ikke antages, at selskabet havde fået kendskab til de nye omstændigheder, før pressen berettede derom i slutningen af februar/begyndelsen af marts 1992. Efter Rettens opfattelse var det tidsrum, der forløb mellem de pågældende avisartiklers offentliggørelse og indleveringen af det supplerende processkrift »rimeligt, eftersom det var sagligt set nødvendigt« for at give sagsøgeren mulighed for at foretage en omhyggelig gennemgang af de pågældende spørgsmål [15].

Dommen vedrørende selskabet ICI, som drejede sig om de samme nye omstændigheder, er dog af større betydning. Selskabet ICI har påberåbt sig disse nye omstændigheder i

14 — Sag T-31/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1821, sag T-32/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1827, og sag T-37/91, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Sml. II, s. 1901.

15 — Jf. dommen i sagen Solvay mod Kommissionen (sag T-31/91, præmis 34 og 35) og i sagen Solvay mod Kommissionen (sag T-32/91, præmis 40 og 41).

et processkrift, som blev indleveret til Retten den 2. april 1992. I modsætning til Solvay havde ICI deltaget i den førnævnte mundtlige forhandling i den anden sag, som fandt sted den 10. december 1991. Retten fastslog i denne sag, at ICI i det mindste burde have afventet afsigelsen af dommen i den anden sag af 27. februar 1992, hvilket Retten begrundede med, at nævnte sag drejede sig om »et meget diskutabelt juridisk spørgsmål«. Efter Rettens opfattelse var det tidsrum, der forløb mellem afsigelsen af den anden dom og indleveringen af processkriftet den 2. april 1992, »rimeligt, eftersom det var sagligt set nødvendigt« for at muliggøre en omhyggelig gennemgang af de omhandlede spørgsmål [16].

Selv om disse afgørelser vedrørte en anden problematik end den foreliggende sag, viser de, at de konkrete omstændigheder er afgørende for bedømmelsen af, om en handling må antages at være iværksat inden for en vis rimelig frist.

26. Jeg mener derfor, at Retten har begået en fejltagelse, da den på grundlag af sin formodning om, at ansøgningen om genoptagelse af proceduren ved Kommissionen var indgivet for sent, fastslog, at sagen måtte afvises. Jeg finder det derfor ikke nødvendigt at behandle det andet anbringende, som appellanterne har fremført, og hvorefter Retten har begået en procedurefejl ved ikke at drøfte dette spørgsmål tilstrækkeligt med parterne, hvilket spørgsmål de i øvrigt slet ikke selv havde bragt på bane. For så vidt angår realiteten synes dette anbringende dog, så vidt jeg kan se på grundlag af de foreliggende oplysninger, at være velbegrundet, da det ikke kan udledes af den indankede dom, at parterne har taget stilling til spørgsmålet, om denne eventuelle »forsinkelse« kunne føre til sagens afvisning.

27. Denne retlige fejltagelse kan dog kun føre til ophævelse af den anfægtede dom, såfremt de af Rettens betragtninger, hvorpå den har baseret sin konklusion om sagens afvisning på grund af appellanternes manglende søgsmålskompetence i henhold til artikel 173 skulle vise sig at være urigtige. Dette er imidlertid ikke tilfældet, hvilket jeg skal påvise i det følgende. Jeg behøver derfor ikke gå ind på Kommissionens påstand om, at Rettens betragtninger vedrørende spørgsmålet om den formodede »forsinkelse« under alle omstændigheder blot er en subsidiær betragtning.

Spørgsmålet om appellanternes manglende søgsmålskompetence

28. Appellanterne har anfægtet Rettens betragtninger vedrørende spørgsmålet om søgsmålskompetencen i tre henseender. For det første anfører de, at Retten har misforstået gældende retspraksis om afslag på ansøgninger. Retten har fejlagtigt antaget, at søgsmålet kun kunne antages til realitetsbehandling, såfremt appellanterne også kunne have anfægtet den oprindelige beslutning af 19. december 1991. Det korrekte udgangs-

16 — Dommen i sagen Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (sag T-37/91, præmis 84 og 85).

punkt havde været, om den anfægtede retsakt, dvs. skrivelsen af 31. juli 1992, også kunne anfægtes i henhold til artikel 173. For det andet har Retten ifølge appellanterne anlagt en fejlagtig vurdering af, om de var umiddelbart og individuelt berørt. De anfører, at Domstolens dom i sagen Eridania m.fl. mod Kommissionen [17], som Retten har henvist til, ikke er relevant og desuden ikke længere er gældende retspraksis. Appellanterne er umiddelbart berørt. Hvad angår spørgsmålet, om de er individuelt berørt, har Retten uden retsgrundlag fastsat en vilkårlig grænse for de andele, som en aktionær skal råde over for at have søgsmålskompetence. Appellanterne rådede også over en væsentlig andel af aktierne i Generali. For det tredje har Retten endelig fejlagtigt undladt at tage hensyn til, at appellanterne var berettiget til at deltage i proceduren, efter at denne var blevet genoptaget, og at anlægge sag til prøvelse af en beslutning, som var truffet under den procedure. Appellanterne henviser i den forbindelse navnlig til fusionsforordningens artikel 18, stk. 4, hvorefter fysiske eller juridiske personer, »der godtgør, at de har en berettiget interesse deri«, efter anmodning skal have lejlighed til at afgive udtalelse. Appellanterne er af den opfattelse, at de opfylder den betingelse, da de er vigtige aktionærer i Generali, og da de endvidere havde underrettet Kommissionen om de pågældende nye omstændigheder.

29. Disse anbringender virker ikke overbevisende på mig. Hvad for det første angår spørgsmålet, om Retten har misforstået gældende retspraksis om anfægtelse af afgørelser, hvorved der gives afslag på en ansøgning, må det medgives appellanterne, at de retsafgørelser, som Retten har henvist til, alle vedrørte sager, hvori den foranstaltning, som de ønskede ændret, var en forordning, hvorfor den retsakt, som skulle træde i stedet for denne, alene kunne udstedes i form af en forordning [18]. Disse afgørelser har derfor ikke direkte relevans for de spørgsmål, som skal besvares i denne sag. Som Kommissionen imidlertid med rette har gjort gældende, er Rettens betragtning alligevel rigtig. Såfremt man nemlig udelukkende tog udgangspunkt i den retsakt, hvormed Kommissionen afslår en anmodning om tilbagekaldelse eller ændring af en beslutning, vil det være let at omgå søgsmålsbetingelserne i artikel 173, stk. 3. Hvis man lagde den af appellanterne fremførte opfattelse til grund, ville eksempelvis enhver, som overhovedet ikke er berørt af de omhandlede forhold, men som har læst den pågældende avisartikel, kunne anmode Kommissionen om procedurens genoptagelse og dernæst anfægte Kommissionens afslag, hvorved vedkommende indirekte vil kunne anfægte den oprindelige beslutning. Dette kan ikke være rigtigt.

30. Som Domstolen har fastslået i dommen i Buckl-sagen, hvortil Retten har henvist, skal en afgørelse fra Kommissionen, der har karakter af et afslag »bedømmes efter arten

17 — Dom af 10.12.1969, forenede sager 10/68 og 18/68, Eridania m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1969, s. 117.

18 — Se dom af 18.3.1972, sag 42/71, Nordgetreide mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 41, org. ref.: Rec. s. 105, præmis 5, af 26.4.1988, forenede sager 97/86, 193/86, 99/86 og 215/86, Asteris m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2181, præmis 17, og af 17.5.1990, sag C-87/89, Sonito m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1981, præmis 8.

af den henvendelse, den er svar på« [19]. I sit forslag til afgørelse i denne sag har generaladvokat Gulmann fortolket den passage i Domstolens tidligere praksis, hvortil Retten henviser i sin dom, på den måde, at der i et sådant tilfælde kan rejses søgsmål i henhold til artikel 173, »*såfremt den retsakt, som Rådet eller Kommissionen afslår at udstede*, ville kunne anfægtes efter denne bestemmelse« [20]. Efter denne opfattelse skal man i denne sag se på, om appellanterne havde været i stand til at anfægte den retsakt, som de har begæret truffet — dvs. tilbagekaldelsen af den oprindelige beslutning — men ikke se på, om de havde været i stand til at anfægte beslutningen af 19. december 1991. Det er imidlertid kun ved en umiddelbar betragtning, at denne opfattelse er i modstrid med den opfattelse, Retten har indtaget. Kommissionen har nemlig med rette gjort opmærksom på, at en person ud fra en logisk betragtning alene kan være berørt af en retsakt, hvorved en tidligere retsakt ophæves eller ændres, såfremt den pågældende allerede var berørt af den første retsakt (eller hvis den retsakt, som ændrer den første retsakt, udvider denne på en sådan måde, at den pågældende person nu er omfattet af den, hvilket med sikkerhed ikke er tilfældet i denne sag). Såfremt appellanterne derfor ikke var umiddelbart og individuelt berørt af beslutningen af 19. december 1991, kan de heller ikke være det af en beslutning, hvorved denne beslutning tilbagekaldes eller ændres, eller hvorved der gives afslag på at tilbagekalde en beslutning, således som det er tilfældet i denne sag.

Som Kommissionen har anført, betyder dette naturligvis ikke, at Kommissionen dermed er forhindret i at imødekomme en sådan ansøgning, såfremt den anser den for begrundet. Det betyder derimod blot, at ansøgeren i et sådant tilfælde ikke har den fornødne søgsmålskompetence i henhold til artikel 173 til at kunne anfægte Kommissionens afslag.

31. Jeg skal herefter behandle spørgsmålet, om appellanterne var umiddelbart og individuelt berørt, således som det kræves efter artikel 173, stk. 4. Som tidligere nævnt har Retten i denne forbindelse henvist til Domstolens dom i Eridania-sagen. Den drejer sig om tre beslutninger fra Kommissionen, hvorved der blev ydet støtte til visse sukkerfabrikker i Italien. Sagsøgerne var konkurrenter til de støttemodtagende virksomheder i Italien. Domstolen fastslog i denne sag, at »den omstændighed alene, at en retsakt er egnet til at øve indflydelse på de på det pågældende marked herskende konkurrenceforhold«, ikke er tilstrækkelig til, »at enhver part på markedet, som på en eller anden måde konkurrerer med adressaten for retsakten, kan anses for umiddelbart og individuelt berørt af denne«. I sådanne tilfælde kan der derimod kun indgives søgsmål i henhold til artikel 173, såfremt der foreligger »særlige omstændigheder« [21]. Da sagsøgerne efter Domstolens opfattelse ikke havde godtgjort, at der forelå sådanne særlige omstændigheder, blev sagen afvist [22].

19 — Dom af 24.11.1992, forenede sager C-15/91 og C-108/91, Buckl m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 6061, præmis 22.

20 — Forslag til afgørelse af 8.7.1992, Sml. 1992 I, s. 6074, se på s. 6079 (min fremhævelse).

21 — Se nævnte dom (fodnote 17), præmis 7 og 8.

22 — Se nævnte dom (fodnote 17), præmis 14.

32. Spørgsmålet i nævnte dom var altså ikke, om en foranstaltning fra Kommissionen, som vedrørte en bestemt virksomhed, berørte virksomhedens aktionærer umiddelbart og individuelt. Alene af denne grund er det derfor tvivlsomt, om dommen kan have betydning for den foreliggende sag. Det er endvidere ikke nødvendigt at gå ind på spørgsmålet, om dommen, som anført af appellanterne, som følge af Domstolens senere praksis må anses for ikke længere at være gældende retspraksis. Som Kommissionen med rette har anført, er den retsopfattelse, som Retten har givet udtryk for på det pågældende sted i dommen, under alle omstændigheder fuldstændig rigtig. Den omstændighed alene, at en foranstaltning kan påvirke forholdet mellem aktionærerne i en virksomhed (eller forholdet mellem virksomheden og dens aktionærer), er ikke ensbetydende med, at enhver aktionær i den pågældende virksomhed er umiddelbart og individuelt berørt af foranstaltningen. Det er her uden betydning, om man, som Retten har gjort, tager udgangspunkt i beslutningen af 19. december 1991 eller om man (som appellanterne har fremført) tager udgangspunkt i den beslutning, som Kommissionen ville have taget, såfremt den havde genoptaget proceduren.

33. Hvad angår spørgsmålet, om appellanterne var *umiddelbart* berørt, har Retten, som nævnt i det foregående, anført, at Kommissionens beslutning af 19. december 1991 ikke i sig selv var egnet til at ændre beskaffenheden eller omfanget af de rettigheder, som tilkom den pågældende virksomheds aktionærer [23]. Det er sikkert rigtigt, at Kommissionens beslutning, hvorefter Mediobanca's erhvervelse af supplerende andele i Generali ikke var et forhold, som faldt ind under fusionsforordningen, ikke i sig selv har ændret *karakteren* af de rettigheder, som tilkom appellanterne som følge af deres andel i Generali. Appellanterne kan således f.eks. fortsat udøve de stemmerettigheder, som er knyttet til deres aktier, og få udbetalt den uddelte dividende. Hvis appellanternes påstande om, at Mediobanca i kraft af den pågældende transaktion opnåede kontrol over Generali (alene eller sammen med andre), imidlertid skulle være korrekte, ville disse rettigheders *omfang* have ændret sig betydeligt. Som appellanterne med rette har gjort gældende, er der væsentlig forskel på en aktionærs stilling i en uafhængig virksomhed og en aktionærs stilling i en virksomhed, som kontrolleres af andre. Da dette ligger i forholdets natur, er det ikke nødvendigt, at appellanterne fremfører yderligere bevis herfor i modsætning til, hvad Retten har antaget. Hvorvidt den af appellanterne fremførte påstand er velbegrundet, har Retten ikke taget stilling til, hvilket den burde have gjort i forbindelse med behandlingen af sagens realitet. I forbindelse med behandlingen af sagens formalitet, som det drejer sig om her, må det derfor efter min opfattelse lægges til grund, at denne påstand er korrekt. I betragtning af det tidligere anførte må spørgsmålet, om appellanterne er *umiddelbart* berørt, måske besvares fuldt ud bekræftende.

34. Retten har imidlertid bestemt, at appellanterne ikke var *individuelt* berørt. Ifølge Rettens konstateringer udgjorde antallet af Generali's aktionærer omkring 140 000, og

23 — Jf. den indankede dom (fodnote 3), præmis 35; se endvidere ovenfor, punkt 9.

ingen af appellanterne rådede over mere end 0,5% af Generali's kapital [24]. Parterne har i denne sag udførligt redegjort for, hvor store andele appellanterne faktisk havde i Generali og for disse andeles størrelse i forhold til de øvrige aktionærers andele. Jeg skal ikke komme nærmere ind herpå, da det er uden betydning for denne sag. Det er ubestridt, at appellanterne i Generali var i mindretal som aktionærer og derfor principielt var i samme situation som alle de øvrige aktionærer i dette selskab, som var i mindretal. Appellanterne har ikke godtgjort, i hvilket omfang Kommissionens beslutning »rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten« [25].

35. Retten har i den forbindelse ingenlunde fastsat en vilkårlig grænse for den andel, som en aktionær skal råde over, for at kunne anses for individuelt berørt. Den har derimod blot fastslået, at appellanterne ikke havde fremført nogen omstændigheder til godtgørelse af, at deres situation var anderledes end de øvrige mindretalsaktionærer i Generali. Appellanternes påstand om, at de altid havde haft en særlig interesse for aktiviteten i Generali's ledende organer, er næppe et argument, der kan tillægges nogen vægt. Kommissionen har desuden anført, uden at være blevet modsagt på dette punkt af appellanterne, at det ikke fremgår af referaterne fra de årlige generalforsamlinger i Generali i 1991 og 1992, at appellanternes repræsentanter skulle have taget ordet. Denne omstændighed støtter naturligvis ikke appellanternes påstand. Derimod bør man efter min opfattelse ikke tillægge det nogen betydning, som anført af Kommissionen, at appellanterne ikke har afgivet nogen udtalelse under proceduren forud for beslutningen af 19. december 1991. De omstændigheder, som gav appellanterne grund til betænkeligheder, var den aftale, som var indgået i 1985 med Mediobanca, Lazard og Generali. Da appellanterne ifølge det af dem oplyste først fik kendskab til denne aftale i 1992, fandt de sig ikke foranlediget til at deltage i denne procedure. På den anden side kan appellanterne i den forbindelse heller ikke påberåbe sig den omstændighed, at det var dem, som underrettede Kommissionen om de (angiveligt) nye omstændigheder. Såfremt dette var tilstrækkeligt til at opfylde betingelsen om, at den pågældende skal være individuelt berørt, ville som tidligere nævnt enhver person, der tilfældigt får kendskab til en sådan omstændighed og derefter underretter Kommissionen, kunne anses for individuelt berørt. Dette kan ikke være rigtigt.

36. Da appellanternes søgsmålskompetence heller ikke, i modsætning til det af dem anførte, kan udledes af den omstændighed, at de muligvis kunne have deltaget i procedu-

24 — Jf. den indankede dom (fodnote 3), præmis 36.

25 — Jf. dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann, Sml. 1954-1964, s. 411, org. ref.: Rec. s. 197, se s. 223.

ren, hvilket jeg skal påvise i det følgende [26], opfyldte appellanterne ikke betingelsen efter artikel 173, stk. 4, om, at de skal være individuelt berørt, hvorfor sagen måtte afvises, og den af Retten trufne afgørelse, som anfægtes under denne sag, var følgelig korrekt. Spørgsmålet om appellanternes søgsmålskompetence kan hermed betragtes som afgjort. Da den foreliggende sag imidlertid er den første af sin art, skal jeg gøre nogle supplerende bemærkninger af principiel karakter. Jeg tvivler nemlig på, om aktionærerne i en virksomhed, som en anden virksomhed (muligvis) opnår kontrol med, overhovedet kan antages at have søgsmålskompetence over for beslutninger, som er truffet på grundlag af fusionsforordningen, og hvorved Kommissionen godkender en fusion eller fastslår, at forordningen ikke finder anvendelse på fusionen.

37. Fusionsforordningen indeholder ingen særregler om anfægtelse af de beslutninger, der træffes i medfør af forordningen. Den går blot forudsætningsvis ud fra, at alle sådanne beslutninger er underlagt Domstolens prøvelsesret [27]. Forordningens artikel 10, stk. 5, drager de processuelle konsekvenser heraf. Det hedder således i bestemmelsen: »Hvis Domstolen afsiger en dom, som annullerer det hele eller dele af en beslutning vedtaget af Kommissionen i henhold til denne forordning, løber forordningens frister på ny fra datoen for domsafsigelsen.«

38. Ved undersøgelsen af appellanternes søgsmålskompetence i henhold til artikel 173, stk. 4, skal der imidlertid tages hensyn til fusionsforordningens formål. Som det fremgår af betragtningerne til forordningen, har forordningen til formål at beskytte konkurrencen og er oprettet som led i den i EF-traktatens artikel 3, litra g), foreskrevne »ordning, der (skal) sikre, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes« [28]. Appellanternes indsigelse om, at den omstændighed, at forordningen også er udstedt på grundlag af artikel 235, viser, at forordningen også har andre formål, virker ikke overbevisende. Som Kommissionens repræsentant med rette har anført under den mundtlige forhandling, blev forordningen kun udstedt under henvisning til artikel 235, fordi den var et nyt retsinstrument, som samtidig skulle være den eneste forordning, der finder anvendelse på sådanne fusioner [29]. Også de kriterier, som er fastsat i forordningens artikel 2 for bedømmelsen af fusioner, godtgør, at fusionsforordningen har til formål at beskytte konkurrencen.

Som Kommissionen med føje har anført, er den ikke ved forordningen tildelt nogen opgave med henblik på at beskytte mindretalsaktionærers interesser. Det ses ikke, hvor-

26 — Se punkt 41 ff.

27 — Se navnlig forordningens artikel 21, stk. 1.

28 — Se navnlig de første syv af forordningens betragtninger.

29 — Dette bekræftes af syvende og ottende betragtning til forordningen.

ledes en aktionær i en virksomhed, som deltager i en procedure for fusionskontrol, kan have nogen *for konkurrencen relevant interesse* i den beslutning, som Kommissionen træffer på grundlag af fusionsforordningen. Dette godtgøres tydeligt af den foreliggende sag. De rettigheder, som appellanterne mener er blevet krænket ved den anfægtede transaktion, er deres rettigheder som aktionærer i Generali. Appellanterne synes navnlig at frygte, at den kontrol, som appellanterne mener, Mediobanca har opnået over Generali, har ført til, at appellanternes mulighed for at få indflydelse på ledelsen af Generali er blevet væsentligt indskrænket eller helt udelukket. Afgørelsen af tvister, som vedrører den indbyrdes afgrænsning af aktionærers rettigheder samt deres rettigheder i forhold til de virksomheder, hvori de har aktieandel, er imidlertid et spørgsmål, der henhører under selskabsretten [30]. Fusionsforordningen er ikke blevet indført til afklaring af sådanne spørgsmål. Jeg hælder følgelig til den opfattelse, at aktionærer i en virksomhed generelt ikke kan antages at have nogen beføjelse til at indgive søgsmål til prøvelse af Kommissionens beslutninger på området for fusionskontrol [31].

39. Jeg finder det her nyttigt at foretage en sammenligning med amerikansk ret. Regeringerne i forbundsstaterne og andre sagsøgere, som har lidt skade ved overtrædelse af konkurrencelovgivningen (»by reason of anything forbidden in the antitrust laws«), har efter § 4 i Clayton Act [32] krav på betaling af et beløb, der er tre gange så stort som tabet [33]. Ifølge § 16 i Clayton Act [34] kan parterne anmode domstolene om at anordne forholdsregler (»injunctive relief«), når der består en trussel om en sådan skade. Når sagsøgerne er private, skal de i et sådant tilfælde godtgøre, at de har søgsmålskompetence. Dette forudsætter efter retspraksis navnlig, at sagsøgeren har lidt en skade som følge af en overtrædelse af antitrust-lovgivningen (»antitrust injury«) (eller at der består en trussel om indtræden af en sådan skade). I sin afgørelse i Brunswick-sagen [35] definerede Supreme Court denne skade som »injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful« [36]. Det drejede sig her om et erstatningssøgsmål, som forskellige bowlingcentre havde indgivet i henhold til § 4 i Clayton Act, fordi en konkurrent havde overtaget bestemte bowlingcentre. Sagsøgerne gjorde gældende, at de overtagne bowlingcentre ville være gået konkurs, såfremt der ikke var sket nogen overtagelse, og at sagsøgerne i så fald havde været i stand til at overtage i hvert fald en del af disse centres kunder. Supreme Court fandt, at sagsøgernes »skade« ikke var en skade af den art, som det er formålet med konkurren-

30 — Se herom Adrian Brown: »Judicial Review of Commissions Decisions under the Merger Regulation: The First Cases«, ECLR 1994, s. 296, på s. 305.

31 — Vedrørende spørgsmålet om mulighed for at gøre undtagelse til beskyttelse af parternes processuelle rettigheder, se nedenfor under punkt 47.

32 — 15 USC, § 15. Clayton Act er aftrykt i S. Chesterfield Oppenheim, Glen E. Weston og J. Thomas McCarthy: *Federal Antitrust Laws*, 4. oplag, St. Paul 1981, s. 1119 ff.

33 — Se herom og vedrørende det følgende Barry E. Hawk: »Public and Private Enforcement of Merger Law in the United States«, i: *Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations* (Actes du séminaire organisé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes les 22 et 23 novembre 1993), Luxembourg 1994, s. 79 ff.

34 — 15 USC, § 26.

35 — Brunswick Corp. mod Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 US 1977, s. 477.

36 — Se nævnte dom (fodnote 35), s. 489. Se endvidere dom i sagen Associated General Contractors of California, Inc. mod California State Council of Carpenters, 459 US 1983, s. 519, navnlig på s. 540.

cereglerne at forhindre [37]. I dommen i Cargill-sagen [38] anvendte Supreme Court den samme praksis på søgsmål i henhold til § 16 i Clayton Act [39].

De amerikanske domstole har flere gange skullet tage stilling i søgsmål fra aktionærer i en virksomhed, som er indgivet med henvisning til, at der foreligger en tilsidesættelse af konkurrencelovgivningen til skade for den pågældende virksomhed. Circuit Court of Appeals, Third Circuit, frifandt allerede i 1910 sagsøgte i et sådant søgsmål i Loebsagen [40]. Denne dom citerede Supreme Court senere i sin dom i sagen Associated General Contractors og tilsluttede sig den [41]. En appelret har i en nyere dom draget den slutning af nævnte dom, at aktionærer i en berørt virksomhed ikke har søgsmålskompetence:

»Merely derivative injuries sustained by employees, officers, stockholders, and creditors of an injured company do not constitute' 'antitrust injury' sufficient to confer antitrust standing« [42].

40. En sag fra appellanterne, som støttes på, at Mediobanca har overtaget kontrollen med Generali, ville derfor efter al sandsynlighed blive afvist efter amerikansk ret. Den foreliggende sag bør efter min opfattelse ikke falde anderledes ud ved en afgørelse på grundlag af fællesskabsrettens bestemmelser. Aktionærer i en virksomhed, som har deltaget i en procedure om fusionskontrol, har ingen søgsmålskompetence efter artikel 173, stk. 4, vedrørende de beslutninger, som Kommissionen træffer på grundlag af fusionsforordningen. De er nemlig efter min opfattelse ikke individuelt berørt. Under hensyn til den sidstnævnte afgørelse kan det dog endvidere overvejes, om appellanterne ikke også må benægtes at være umiddelbart berørt, fordi deres rettigheder udelukkende er afledte.

41. Endelig skal jeg gennemgå appellanternes anbringender om, at de har søgsmålskompetence, fordi de ville have været berettiget til at deltage i proceduren, efter at denne var blevet genoptaget på deres foranledning. Appellanterne påberåber sig i den forbin-

37 — Se nævnte dom (fodnote 35), s. 488 ff.

38 — Cargill, Inc. mod Monfort of Colorado, Inc., 479 US 1986, s. 104.

39 — Se sidstnævnte dom (fodnote 38), s. 109 ff. (navnlig på s. 113).

40 — Loeb mod Eastmann Kodak Co., 183 F (Federal Reporter), s. 704, navnlig på s. 709.

41 — Se den tidligere nævnte dom (fodnote 36), s. 533.

42 — Court of Appeals, Seventh Circuit i sagen Southwest Suburban Board of Realtors, Inc. mod Beverly Area Planning Association, 830 F 2d, s. 1374, navnlig på s. 1378.

delse fusionsforordningens artikel 18, stk. 4, som lyder således:

»I den udtrækning Kommissionen eller de kompetente myndigheder i medlemsstaterne anser det for påkrævet, kan der endvidere indhentes udtalelser fra andre fysiske eller juridiske personer. Hvis fysiske eller juridiske personer, der godtgør, at de har en berettiget interesse deri, og særlig de deltagende virksomheders administrative organer eller ledelsesorganger eller anerkendte repræsentanter for disse virksomheders arbejdstagere, anmoder om at måtte afgive udtalelser, skal deres anmodning efterkommes.«

42. Efter appellanternes opfattelse burde Kommissionen ifølge denne bestemmelse have indhentet udtalelse fra dem, hvis den havde genoptaget proceduren. I kraft af deres deltagelse i proceduren ville de da have været berettiget til at anfægte den beslutning, som blev truffet som afslutning på proceduren. Derfor må de også anses for søgsmålsberettigede i den foreliggende sag.

43. Det virker først på mig, som om appellanterne med denne argumentation — om jeg må tillade mig en sådan sammenligning — forsøger at trække sig op af sumpen ved deres eget hår, således som baron von Münchhausen hævdes at have gjort. Kommissionens argument om, at appellanterne ikke deltog i proceduren forud for beslutningen af 19. december 1991, og derfor ikke har nogen søgsmålskompetence i denne sag, synes ved første øjekast meget bestikkende. Som jeg imidlertid allerede tidligere har anført, havde appellanterne ingen anledning til at deltage i denne procedure, da de endnu ikke på daværende tidspunkt havde kendskab til de nye omstændigheder, som det drejer sig om i sagen. Den omstændighed, at de ikke deltog i proceduren, er derfor irrelevant i denne sammenhæng.

44. Det er ubestridt, at forordningens artikel 18, stk. 4, andet punktum, ikke indeholder nogen udtømmende opregning af de personer, som Kommissionen efter anmodning skal indhente udtalelse fra. Dette fremgår allerede af bestemmelsens ordlyd (»særlig«). Efter denne opfattelse, som jeg allerede har fremført og redegjort for i det foregående [43], tvivler jeg imidlertid på, at en aktionær i en virksomhed, som er berørt af en fusion, har en »tilstrækkelig interesse« i at blive hørt af Kommissionen inden for rammerne af en procedure om fusionskontrol. Jeg er derfor tilbøjelig til at give Kommissionen ret i sin opfattelse, hvorefter der i hvert fald ikke i denne sag består en sådan interesse, da appellanterne ikke rådede over nogen betydelig andel af aktierne i Generali. Også appellanterne selv har i øvrigt erkendt, at Kommissionen ikke er forpligtet til at indhente udtalelse fra samtlige aktionærer i et sådant selskab, men råder over et skøn på dette punkt. Kommissionen må også gives medhold i, at den omstændighed, at det var appellanterne, som underrettede Kommissionen om de angiveligt nye omstændigheder, er irrelevante for spørgsmålet, om der forelå en

43 — Se ovenfor, punkt 36 ff.

tilstrækkelig interesse, da enhver kunne have gjort Kommissionen opmærksom på disse nye omstændigheder. Endelig har Retten heller ikke taget stilling til dette spørgsmål, og den har ikke, som hævdet af appellanterne, stiltiende truffet afgørelse herom til deres fordel.

45. Selv om man imidlertid måtte antage, at der i medfør af forordningens artikel 18, stk. 4, skulle være indhentet udtalelse fra appellanterne, er dette ikke uden videre ensbetydende med, at de anses for søgsmålsberettigede i den foreliggende sag. Den omstændighed alene, at en person skal høres under en administrativ procedure, giver ikke vedkommende beføjelse til at anfægte den beslutning, der træffes ved afslutningen heraf. Det fremgår ganske vist af Domstolens og Rettens faste praksis vedrørende tredjemands søgsmålskompetence i sager om konkurrence, antidumping, subventioner og statsstøtte, at personer, som ved en forordning eller ved selve EF-traktaten er tillagt ret til at deltage i en administrativ procedure, har søgsmålsadgang »til beskyttelse af deres berettigede interesser« [44]. Alle disse sager vedrørte imidlertid, som jeg allerede andetsteds har anført, den situation, at nogle virksomheder forsøger at »forhindre, at andre virksomheder som følge af konkurrencereglerne modtager, skaffer eller tilsikrer sig uberettigede fordele, der modsvares af tilsvarende ulemper for de sagsøgende virksomheder« [45]. Når Domstolen og Retten i disse domme særlig henviser til det forhold, at søgsmålsadgangen skal tjene til beskyttelse af de pågældendes »berettigede« interesser, bliver det hermed klart, at »rent ydre forhold, sådan som især deltagelsen i proceduren, ikke er tilstrækkelige til at kunne ligestille en sagsøger med en adressat: Det må yderligere kræves, at sagsøgeren omfattes af den konkurrenceretlige bestemmelses anvendelsesområde som en person, der skal beskyttes« [46]. Denne betingelse er ikke opfyldt i denne sag. Som tidligere anført har fusionsforordningen ikke til formål at beskytte interesserne hos aktionærer i en virksomhed, som er berørt af fusionen.

46. Under den mundtlige forhandling ved Domstolen har appellanternes repræsentant gjort gældende, at appellanternes situation kan sammenlignes med situationen for de repræsentanter for arbejdstagere, som er nævnt i forordningens artikel 18, stk. 4. Dette synspunkt var formentlig inspireret af to domme, Retten afsagde den 27. april 1995, og som drejede sig om søgsmål indgivet af sådanne arbejdstagerrepræsentanter [47]. Begge sager blev afvist. Retten antog imidlertid, at sagsøgerne var individuelt berørt, da arbejdstagerrepræsentanter udtrykkeligt er nævnt i

44 — Dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, præmis 13, af 4.10.1983, sag 191/82, Fediol mod Kommissionen, Sml. s. 2913, præmis 28 ff., og af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz m.fl., Sml. s. 391, præmis 23. Vedrørende retspraksis i nyere tid se Rettens dom af 18.5.1994, sag T-37/92, BEUC og NCC mod Kommissionen, Sml. II, s. 285, præmis 36, og af 24.1.1995, sag T-114/92, BEMIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 147, præmis 26.

45 — Se mit forslag til afgørelse af 17.9.1992 forud for dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen Sml. I, s. 1125, på s. 1148, og navnlig s. 1164 ff.

46 — Se samme forslag (fodnote 45), Sml. I, s. 1165.

47 — Sag T-96/92, Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources m.fl. mod Kommissionen, og sag T-12/93, Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel m.fl. mod Kommissionen, henholdsvis Sml. 1995 II, s. 1213 og s. 1247.

artikel 18, stk. 4, [48]. Det er ikke i denne forbindelse nødvendigt at tage stilling til, om Rettens opfattelse på dette punkt bør følges. Det kan dog i hvert fald fastslås, at aktionærer ikke er udtrykkeligt nævnt i forordningens artikel 18, stk. 4, og at der heller ikke ses at være andre grunde, som gør det berettiget at anse appellanterne for at være individuelt berørt.

47. Retten har i begge de to nævnte domme fastslået, at arbejdstagerrepræsentanter i det mindste bør have ret til at opnå en retlig efterprøvelse af, om Kommissionen har respekteret deres høringsret [49]. Dette er imidlertid uden betydning for denne sag allerede af den grund, at Kommissionen behandlede appellanternes argumenter og afviste dem ved sin skrivelse af 31. juli 1992. Kravet på høring er derfor under alle forhold ikke tilsidesat.

48. Følgelig havde appellanterne ikke den fornødne søgsmålskompetence. Appellen må derfor forkastes.

48 — Dom i førnævnte sag T-96/92, præmis 31 og 32, og i førnævnte sag T-12/93, præmis 41 og 42.

49 — Se førnævnte dom i sag T-96/92, præmis 46, og i sag T-12/93, præmis 59.

Kommissionens to øvrige argumenter vedrørende sagens afvisning

49. Endelig skal jeg for fuldstændighedens skyld kort behandle de to øvrige argumenter, som Kommissionen har fremført til støtte for sin påstand om, at sagen må afvises. For det tilfælde, at Domstolen skulle ophæve den anfægtede dom fra Retten, har Kommissionen opretholdt de argumenter, som den allerede har fremført under sagen ved Retten.

50. I modsætning til Kommissionen er jeg ikke af den opfattelse, at skrivelsen af 31. juli 1992 blot var en skrivelse af informativ karakter. I skrivelsen tilkendegav Kommissionen nemlig, at den ikke efterkom sagsøgernes ansøgning. Den må derfor efter min opfattelse anses for at udgøre en beslutning i EF-traktatens forstand.

51. Kommissionen har imidlertid med rette gjort gældende, at denne beslutning ikke har noget selvstændigt indhold, men blot bekræftede beslutningen af 19. december 1991. Det er uomtvistet mellem parterne, at Kommissionen var bekendt med aftalen fra 1985, da den vedtog den sidstnævnte beslutning. Appellanternes anmodning om en genoptagelse af proceduren var derfor ikke baseret på en række — for Kommissionen — nye omstændigheder, men påstanden om, at Kommissionen havde misfortolket denne af-

tale. Det anføres i skrivelsen af 31. juli 1992, at Kommissionen var bekendt med den pågældende aftale, og at den allerede havde gennemgået den, før den traf beslutningen af 19. december 1991, men ikke fandt det nødvendigt at afvige fra resultatet af sin tidligere undersøgelse. Det fremgår imidlertid af fast retspraksis, at »en retsakt, som blot bekræfter en tidligere retsakt, ikke giver de berørte nogen mulighed for på ny at rejse spørgsmålet om den bekræftede retsakts lovlighed« [50]. Allerede af denne grund måtte appellanternes søgsmål afvises.

52. Følgelig må appellen forkastes. Afgørelsen om sagens omkostninger bør træffes i henhold til artikel 122, 118 og 69 i Domstolens procesreglement.

C — Forslag til afgørelse

53. Jeg skal som følge af det anførte foreslå, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

50 — Dom af 22.3.1961, forenede sager 42/59 og 59/59, SNUPAT mod Den Høje Myndighed for EKSF, Sml. 1954-1964, s. 247, org. ref.: Rec. s. 99, navnlig på s. 146 (i den tyske version tales der med urette om den »bekræftende« (bestätigenden) retsakt); se herom senest Rettens dom af 14.7.1995, sag T-275/94, Groupement des Cartes Bancaires »CB« mod Kommissionen, Sml. II, s. 2169, præmis 27.