CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 12 september 1995 *

A — Inleiding

1. Met de onderhavige zaak krijgt het Hof voor het eerst de gelegenheid, zich — in het kader van het onderzoek van een hogere voorziening — uit te spreken over vragen met betrekking tot verordening (EEG) nr. 4604/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [1] (hierna: „de concentratieverordening").

2. Aan deze zaak liggen de volgende feiten ten grondslag. Op 27 november 1991 ontving de Commissie een aanmelding krachtens de concentratieverordening, waaruit bleek dat Mediobanca-Banca di Credito Finanziario SpA (hierna: „Mediobanca") haar aandeel in het kapitaal van Assicurazioni Generali SpA (hierna: „Generali") van 5,98 op 12,84 % had gebracht. Mediobanca is een van de grootste investeringsbanken van Italië, terwijl Generali een van de belangrijkste verzekeringsmaatschappijen van Italië is. Reeds voordat zij deze extra aandelen verwierf, was Mediobanca Generali's grootste aandeelhoudster.

3. Op 19 december 1991 stelde de Commissie in een beschikking krachtens artikel 6, lid 1, sub a, van de concentratieverordening vast, dat de aangemelde concentratie niet onder de verordening viel. De Commissie motiveerde haar beschikking met de overweging, dat Mediobanca niet in staat zou zijn, afzonderlijk of gezamenlijk met anderen een „beslissende invloed" op de werkzaamheden van Generali uit te oefenen. [2] In dit verband wees zij op een overeenkomst die haar door Mediobanca was medegedeeld. In de niet-vertrouwelijke versie van de beschikking wordt deze overeenkomst omschreven als een contract tussen Mediobanca en een onderneming genaamd Euralux — met een aandeel van 4,77 % de op één na grootste aandeelhouder van Generali —, volgens hetwelk noch Mediobanca noch Generali hun aandelen aan derden mochten verkopen. Volgens de Commissie omvatte de overeenkomst geen afspraken over de gezamenlijke uitoefening van het stemrecht noch enig

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — PB 1989, L 359, blz. 1; gerectificeerde versie: PB 1990, L 257, blz. 13.

2 — Luidens artikel 1, lid 1, is de concentratieverordening van toepassing op „concentraties die een communautaire dimensie hebben". Een dergelijke concentratie komt volgens artikel 3, lid 1, van de verordening tot stand, wanneer twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren of één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten of één of meer ondernemingen „zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen". Onder „zeggenschap" moet volgens artikel 3, lid 3, worden verstaan, de mogelijkheid een „beslissende invloed" uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming.

mechanisme ter verzekering van het resultaat van voorstellen betreffende de samenstelling van de organen van Generali.

4. Op 19 maart 1992 publiceerde een Italiaanse krant de volledige tekst van deze tot dan geheim gebleven overeenkomst. Het gaat hierbij om een overeenkomst tussen Mediobanca, een onderneming genaamd Lazard Frères de Paris (hierna: „Lazard"; de moedermaatschappij van Euralux), en Generali, die op 26 juni 1985 was ondertekend. Volgens de vaststellingen van het Gerecht van eerste aanleg in zijn arrest van 28 oktober 1993 [3], waartegen deze hogere voorziening is gericht, voorzag die overeenkomst onder meer in de oprichting van een stuurgroep samengesteld uit vertegenwoordigers van Generali en van haar twee grootste aandeelhoudsters, die de problemen van Generali van gemeenschappelijk belang zou onderzoeken en zou interveniëren bij de benoeming van bepaalde leden van de organen van Generali. [4]

5. Zunis Holding SA, Finan Srl en Massinvest SA (hierna: de „requiranten"), allen aandeelhoudster van Generali, kregen naar eigen zeggen eind maart of begin april 1992 kennis van dat kranteartikel. Op 6 mei 1992 namen zij informeel contact op met de Commissie. Bij brief van 26 juni 1992 verzochten zij formeel om heropening van de procedure. Zij betoogden, dat de beschikking van de Commissie van 19 december 1991 berustte op een ernstige onjuiste beoordeling van de feiten, inzonderheid van de mogelijkheid van Mediobanca om alleen of gezamenlijk met Lazard/Euralux zeggenschap uit te oefenen over Generali. In de visie van requiranten kon deze onjuiste beoordeling enkel het gevolg zijn van het feit, dat aan de Commissie onvolledige of onjuiste inlichtingen waren verstrekt over de inhoud van de overeenkomst tussen Mediobanca, Lazard en Generali.

6. Bij brief van 31 juli 1992 wees de directeur-generaal Concurrentie van de Commissie dit verzoek af. In deze brief verklaarde hij onder meer, dat de beschikking van de Commissie van 19 december 1991 geenszins op onjuiste inlichtingen was gebaseerd en dat integendeel de Commissie van de overeenkomst van 1985 op de hoogte was en daarmee rekening had gehouden toen zij haar beschikking vaststelde.

7. Daarop stelden requiranten krachtens artikel 173 EG-Verdrag bij het Gerecht van eerste aanleg beroep in, strekkende tot nietigverklaring van de volgens hen in de brief van 31 juli 1992 vervatte beschikking van de Commissie. De Commissie stelde zich op het standpunt, dat het beroep niet-ontvankelijk was en verzocht het Gerecht eerst hierover uitspraak te doen. De Commissie staafde haar exceptie van niet-ontvankelijkheid met

3 — Arrest van 28 oktober 1993 (zaak T-83/92, Zunis Holding e. a., Jurispr. 1993, blz. II-1169).

4 — T. a. p. (voetnoot 3), r. o. 3.

drie argumenten. [5] In de eerste plaats vormt de brief van 31 juli 1992 geenszins een beschikking in de zin van artikel 173 EG-Verdrag. Integendeel, de Commissie heeft de geadresseerden daarmee enkel op de hoogte gebracht van de feitelijke en juridische situatie. Het ging daarbij slechts om een eerste, voorlopige standpuntbepaling inzake het verzoek van de betrokken ondernemingen. Verder voerde de Commissie aan, dat de brief van 31 juli 1992 requiranten niet rechtstreeks en individueel raakte, zodat zij niet over de door artikel 173, lid 2, EEG-Verdrag [6] vereiste procesbevoegdheid beschikten. Ten slotte voerde de Commissie subsidiair aan, dat de brief van 31 juli 1992 niet voor beroep krachtens artikel 173 vatbaar was, omdat deze brief hooguit een beschikking was die enkel de beschikking van 19 december 1991 bevestigde.

8. In zijn arrest van 28 oktober 1993 besliste het Gerecht van eerste aanleg dat het beroep niet-ontvankelijk was. De motivering voor deze beslissing is opgenomen in de rechtsoverwegingen 29 tot en met 40 van het arrest.

9. Om te beginnen merkte het Gerecht op dat het loutere feit, dat een gemeenschapsinstelling een persoon in antwoord op diens verzoek een brief zendt, niet volstaat om die brief aan te merken als een beschikking in de zin van artikel 173 (r. o. 30). Bovendien moet een afwijzende handeling steeds worden beoordeeld in het licht van het verzoek waarop het een antwoord vormt. In het bijzonder is de weigering van een gemeenschapsinstelling om een handeling in te trekken of te wijzigen alleen dan een voor wettigheidstoetsing in de zin van artikel 173 vatbare handeling, wanneer de handeling die de instelling weigert in te trekken of te wijzigen, zelf op grond van deze bepaling had kunnen worden aangevochten (r. o. 31). In het onderhavige geval was het er requiranten om te doen, dat de Commissie haar beschikking van 19 december 1991 introk en een nieuwe beschikking vaststeldè in de procedure die aan die beschikking was voorafgegaan. Wat *deze* procedure betreft, konden requiranten ten aanzien van de rechtstreeks bij de concentratie betrokken ondernemingen slechts als derden worden aangemerkt. Bijgevolg hadden zij slechts intrekking van de beschikking van 19 december 1991 kunnen vorderen, voor zover zij door deze beschikking rechtstreeks en individueel werden geraakt (r. o. 32-34).

In dat verband merkt het Gerecht vooraf op dat een handeling die van invloed kan zijn voor de relaties tussen de verschillende aandeelhouders van een vennootschap op zichzelf niet betekent, dat een van die aandeelhouders kan worden geacht door die handeling rechtstreeks en individueel te worden geraakt (r. o. 34). In casu stelde het vast, dat een beschikking van de Commissie volgens welke een bepaalde concentratie niet

5 — Zie r. o. 14-18 van het in voetnoot 3 aangehaalde arrest Zunis.

6 — Bij de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie op 1 november 1993 werd artikel 173, lid 2, EEG-Verdrag artikel 173, lid 4, EG-Verdrag, zonder inhoudelijk wijziging van de bepaling. Eenvoudigheidshalve zal ik hierna de thans geldende bepaling citeren.

onder de concentratieverordening valt, niet van dien aard is dat zij op zichzelf de inhoud of de omvang van de rechten van de aandeelhouders van de betrokken ondernemingen kan wijzigen. Dit geldt zowel voor hun vermogensrechten als voor de voor hen daaruit voortvloeiende mogelijkheid om deel te nemen in het beheer van de vennootschap (r. o. 35).

In de tweede plaats wordt opgemerkt dat de beschikking van de Commissie van 19 december 1991 requiranten raakt als aandeelhoudsters en daarmee op dezelfde wijze als elke andere van de circa 140 000 aandeelhouders van deze vennootschap. Aangezien het aandeel in het maatschappelijk kapitaal van elk van de requiranten kleiner is dan 5 %, en zij niet hebben aangetoond dat zij door de beschikking van de Commissie in een andere situatie verkeren dan de overige aandeelhouders, stelt het Gerecht vast dat de beschikking van 19 december 1991 requiranten niet individueel raakt (r. o. 36).

Ten slotte betogen requiranten volgens het Gerecht ten onrechte, dat zij volgens vaste rechtspraak op het gebied van de mededinging, steunmaatregelen en dumping over een beroepsgang hadden beschikt om hun legitieme belangen te beschermen, indien zij hadden verzocht om in de aan deze beschikking voorafgaande procedure te mogen interveniëren (r. o. 37). Gesteld al dat deze rechtspraak op geschillen betreffende concentraties kan worden toegepast, dan nog zouden verzoeken om heropening van de procedure binnen een redelijke termijn moeten worden ingediend (r. o. 38). Dat is hier echter niet gebeurd, daar het informele contact van 6 mei 1992 niet als een verzoek kan worden aangemerkt en het verzoek van 26 juni 1992 als laattijdig moet worden beschouwd, nu requiranten — die eind maart of begin april van de beweerde nieuwe feiten kennis hadden gekregen — dit verzoek niet binnen een redelijke termijn hebben ingediend (r. o. 39).

10. Requiranten hebben tegen dit arrest hogere voorziening ingesteld. Zij verzoeken het Hof, het bestreden arrest te vernietigen, de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid af te wijzen, de zaak voor afdoening naar het Gerecht van eerste aanleg te verwijzen en de Commissie te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening en van de voor het Gerecht van eerste aanleg opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid. De Commissie verzoekt het Hof, de hogere voorziening af te wijzen en requiranten in de kosten te verwijzen.

B — Juridische beoordeling

Inleidende opmerking

11. Alvorens de hier op te lossen problemen te bespreken, lijkt het mij raadzaam eerst te onderzoeken, of de Commissie het verzoek van requiranten tot heropening van de procedure en intrekking van de beschikking van

19 december 1991 wel had kunnen inwilligen. Daarom moeten we kort de procedure van de concentratieverordening bezien.

12. Wanneer de Commissie een aanmelding op grond van de concentratieverordening ontvangt, kan zij volgens artikel 6, lid 1, van deze verordening in feite drie besluiten nemen. [7] Komt de Commissie tot de conclusie, dat de aangemelde concentratie niet binnen het toepassingsgebied van de verordening valt, dan stelt zij dat overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub a, van de verordening vast. Constateert zij daarentegen dat de aangemelde concentratie weliswaar onder de concentratieverordening valt, maar dat er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, dan neemt zij overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub b, van de verordening het besluit „zich er niet tegen te verzetten en verklaart zij haar verenigbaar met de gemeenschappelijke markt". Doet ten slotte de aangemelde concentratie wel ernstige twijfel hierover rijzen, dan neemt zij overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van de verordening het besluit, de procedure in te leiden. In deze gevallen wordt volgens artikel 8, lid 1, van de verordening de procedure met een beschikking overeenkomstig de leden 2 tot en met 5 van dat artikel afgesloten. De Commissie kan in het bijzonder de concentratie verenigbaar (artikel 8, lid 2, van de verordening) of onverenigbaar (artikel 8, lid 3) met de gemeenschappelijke markt verklaren.

13. Ingevolge artikel 8, lid 5, sub a, kan de Commissie beschikkingen „uit hoofde van lid 2" intrekken, indien zij op „onjuiste gegevens" berusten, waarvoor één van de betrokken ondernemingen verantwoordelijk is, of wanneer zij met bedrog zijn verkregen. [8] Daar het bij de in artikel 8, lid 2, bedoelde beschikkingen gaat om gevallen, als bedoeld in artikel 6, lid 1, *sub c*, dat wil zeggen gevallen waarin de Commissie ernstige twijfel heeft over de verenigbaarheid van een onder de concentratieverordening vallende concentratie met de gemeenschappelijke markt, zou volgens een letterlijke uitlegging van artikel 8, lid 5, geen mogelijkheid tot intrekking bestaan, wanneer het een beschikking ingevolge artikel 6, lid 1, *sub b*, betreft of (zoals hier) een beschikking ingevolge artikel 6, lid 1, *sub a*.

14. De Commissie heeft evenwel te kennen gegeven, dat zij het standpunt van requiranten deelt, volgens hetwelk intrekking in dergelijke gevallen mogelijk is. Ik sluit mij hierbij aan. Het bepaalde in artikel 8, lid 5, van de verordening moet niet worden gezien als een uitputtende regeling van de mogelijkheid tot intrekking van beschikkingen van de Commissie in de concentratieprocedure. Ik zie namelijk niet in, waarom de Commissie bij voorbeeld in geval van opzettelijke mis-

7 — Op de mogelijkheid van verwijzing van een geval naar de bevoegde autoriteiten van een Lid-Staat (artikel 9 van de verordening) en de gevolgen van het verstrijken van de in de concentratieverordening vastgestelde termijnen (artikel 10, lid 6, van de verordening) behoeft hier niet nader te worden ingegaan.

8 — Een dergelijke intrekking is ook mogelijk, indien de betrokken ondernemingen in strijd met een bij de beschikking opgelegde verplichting handelen (artikel 8, lid 5, sub b). Inhoudelijk omvat artikel 8, lid 5, dus zowel gevallen van herroeping als van intrekking. Eenvoudigheidshalve zal ik hierna de terminologie van de verordening volgen en van „intrekking" spreken.

leiding een krachtens artikel 8, lid 2, gegeven beschikking wel zou moeten kunnen intrekken, terwijl zij dat voor beschikkingen krachtens artikel 6, lid 1, sub a en b, niet zou mogen kunnen. De Commissie heeft evenwel terecht benadrukt, dat de intrekking in deze laatste gevallen naar analogie van artikel 8, lid 5, van de concentratieverordening slechts onder de daarin vastgestelde voorwaarden geoorloofd is en dat daarbij telkens het vereiste van de bescherming van het gewettigd vertrouwen in acht moet worden genomen.

15. Vanzelfsprekend kan de Commissie zelf het initiatief nemen, wanneer zij kennis krijgt van feiten die de intrekking van een van haar krachtens de concentratieverordening gegeven beschikkingen rechtvaardigen. Dat volgt reeds impliciet uit het genoemde artikel 8, lid 5, van de verordening. Maar onder bepaalde voorwaarden moet ook derden het recht worden toegekend om de Commissie te verzoeken een procedure te heropenen, wanneer zich dergelijke nieuwe feiten voordoen, en om de weigering van de Commissie door de rechter te laten toetsen. De vraag onder welke voorwaarden zulks mogelijk is, is het onderwerp van de onderhavige procedure.

16. Laten we nu overgaan tot de grieven van requiranten tegen het bestreden arrest. Deze hebben enerzijds betrekking op hetgeen het Gerecht van eerste aanleg heeft verklaard inzake de procesbevoegdheid ingevolge artikel 173, en anderzijds op de overwegingen van het Gerecht, volgens welke requiranten hun verzoek te laat bij de Commissie hebben ingediend.

De te late indiening van het verzoek om heropening van de procedure

17. Zoals ik reeds heb uiteengezet, was het Gerecht in het bestreden arrest van oordeel, dat requiranten hun verzoek om heropening van de procedure niet binnen een redelijke termijn hadden ingediend. De bewoordingen van de desbetreffende passage van het arrest wekken de indruk, dat het Gerecht daarin een (extra) grond heeft gezien om het verzoek van requiranten als niet-ontvankelijk aan te merken. Dit wordt evenwel niet uitdrukkelijk gezegd. Bovendien is onduidelijk, in welk opzicht volgens het Gerecht de eventuele te late indiening van het verzoek tot de niet-ontvankelijkheid van het beroep moet leiden. De rechtsoverwegingen 38 en 39, waarom het hier gaat, sluiten aan bij de voorgaande rechtsoverwegingen, waarin het Gerecht de vraag behandelde, of requiranten over de door artikel 173, lid 4, EG-Verdrag vereiste procesbevoegdheid beschikten. Rechtsoverweging 40 begint met de vaststelling, dat het Gerecht *derhalve* („accordingly") van oordeel is, dat requiranten door de beschikking van 19 december 1991 niet rechtstreeks en individueel worden geraakt. Dat zou erop kunnen duiden, dat ook de daaraan voorafgaande overwegingen in de rechtsoverwegingen 38 en 39 de procesbevoegdheid betroffen. Een dergelijke uitlegging zou echter weinig zinvol zijn, daar niet valt in te zien, hoe uit een eventuele „te late" indiening van het verzoek om heropening

van de procedure zou kunnen worden opgemaakt dat requiranten door de oorspronkelijke beschikking niet rechtstreeks en individueel werden geraakt.

18. De ware betekenis van de onderhavige passage blijkt mijns inziens uit het slot van rechtsoverweging 40. Daar verklaart het Gerecht in aansluiting op de vaststelling, dat requiranten niet de vereiste procesbevoegdheid hebben, dat bijgevolg geen uitspraak behoeft te worden gedaan over de vraag, of in andere omstandigheden het beroep op een nieuw feit verzoeksters in staat zou hebben gesteld om aan het in het Verdrag verankerde stelsel van beroepstermijnen te ontkomen. Het Gerecht lijkt er dus van uit te gaan, dat de niet-ontvankelijkheid van het beroep kan voortvloeien uit het feit, dat anders de in artikel 173 vastgestelde beroepstermijn van twee maanden zou kunnen worden omzeild.

19. In deze overweging — als ik ze althans juist begrepen heb — steekt een kern van waarheid. Ingeval de termijn om tegen een beschikking op te komen verstreken is, kan een partij dit beletsel voor een beroep niet omzeilen door de Commissie te verzoeken haar beschikking te heroverwegen om vervolgens tegen de eventuele afwijzing van dat verzoek binnen twee maanden beroep in te stellen. Zou dit geoorloofd zijn, dan zou de bepaling in artikel 173 betreffende de beroepstermijn volstrekt zinloos zijn. Dit resultaat kan evenwel vermeden worden, indien de afwijzing van de Commissie — gesteld dat het daarbij gaat om een beschikking in de zin van artikel 173 [9] — wordt gezien als een handeling waarvan de inhoud zich beperkt tot een bevestiging van de oorspronkelijke beschikking. Een dergelijke uitlegging is mogelijk en geboden, wanneer het verzoek om heropening niet berust op nieuwe feiten die een intrekking van de betrokken beschikking mogelijk zouden maken. Ik merk thans reeds op dat mijns inziens in casu sprake is van een dergelijke situatie: requiranten hebben immers geen *nieuw feit* aangevoerd waaruit eventueel zou blijken dat de Commissie bij de vaststelling van haar beschikking van 19 december 1991 van onjuiste veronderstellingen is uitgegaan, maar zij betogen integendeel dat de Commissie de betrokken overeenkomst van 1985 verkeerd heeft uitgelegd. [10]

20. Het Gerecht heeft in zijn arrest evenwel niet onderzocht of requiranten zich tegenover de Commissie op nieuwe feiten hebben beroepen, die eventueel tot een heropening van de procedure hadden kunnen leiden. Het komt mij dan ook voor, dat het Gerecht het beroep, ongeacht of al dan niet aan deze voorwaarde was voldaan, reeds op grond van de genoemde „te late indiening" niet-ontvankelijk heeft geoordeeld. Dat is evenwel niet correct. Het zal zonder meer duidelijk zijn, dat het in dit verband niet erop aankomt, of het verzoek om heropening van de procedure is ingediend vóór het verstrijken van de termijn waarbinnen tegen de oorspronkelijke beschikking beroep kon worden ingesteld. Indien na de vaststelling van een

9 — Zie hierna punt 50.
10 — Zie hierna punt 51.

beschikking een voor de Commissie tot dan onbekend feit aan het licht komt, waardoor de gegeven beschikking ter discussie kan worden gesteld, kan het tijdstip van ontdekking van dat feit geen rol spelen. Of een dergelijk feit meteen na de vaststelling van de beschikking of eerst maanden later aan het licht komt, zal hoe dan ook meestal van het toeval afhangen. Indien de Commissie naar aanleiding van dit nieuwe feit om heropening van de procedure wordt verzocht en zij dat verzoek afwijst, op grond dat de aangevoerde omstandigheden haar inziens geen heropening rechtvaardigen, heeft deze beschikking een zelfstandige inhoud en is zij — mits aan de overige voorwaarden voor het instellen van een beroep is voldaan — dan ook voor beroep vatbaar. Een omzeiling van de beroepstermijnen van artikel 173 behoeft hier uiteraard niet te worden gevreesd, daar de beschikking van de Commissie dan betrekking heeft op een nieuw feit, waarmee bij de vaststelling van de oorspronkelijke beschikking helemaal geen rekening kon worden gehouden, en die beschikking materieel enkel kan worden aangevochten met het argument, dat de Commissie het nieuwe feit onjuist heeft beoordeeld.

21. Bij de opvatting van het Gerecht die uit genoemde passage naar voren komt, lijkt mij bovendien sprake te zijn van een dwaling die waarschijnlijk een gevolg is van het feit dat verschillende begrippen door elkaar worden gehaald. Het Gerecht lijkt de termijn van drie maanden tussen het tijdstip waarop requiranten van het beweerde nieuwe feit kennis hebben gekregen en de indiening van het formele verzoek om heropening van de procedure bij de Commissie te willen toetsen aan de termijn van twee maanden van artikel 173. Naar de opvatting van het Gerecht moeten verzoeken om heropening van de procedure volgens dit artikel binnen twee maanden na de ontdekking van het nieuwe feit bij de Commissie worden ingediend. Dat lijkt mij niet juist. Zoals requiranten terecht hebben betoogd, verwart het Gerecht de termijnen voor de instelling van een beroep met de voor de bescherming van het gewettigd vertrouwen relevante vraag van de gevolgen van te late acties. De in artikel 173, lid 5, voorgeschreven termijn geldt voor de instelling van een *beroep*. Het is niet duidelijk, waarom *deze* termijn ook zou moeten gelden voor de indiening van een verzoek om heropening van een procedure bij de Commissie. Een analoge toepassing van deze vervaltermijn op laatstgenoemd geval ware hooguit denkbaar, indien rechtens dwingende redenen dat noodzakelijk zouden maken.

22. Dergelijke redenen zie ik echter niet. De verwijzing van het Gerecht naar het gebod van rechtszekerheid en naar de korte procedure-termijnen die kenmerkend zijn voor de concentratieverordening [11], die ook de Commissie zich in haar opmerkingen eigen heeft gemaakt, overtuigt mij in dit verband niet. Wat het eerste punt betreft, moet erop worden gewezen, dat een intrekking krachtens artikel 8, lid 5, van de concentratieverordening mogelijk is, wanneer de beschikking op onjuiste gegevens berust, waarvoor een van de betrokken ondernemingen „verantwoordelijk" is of wanneer deze beschikking „met bedrog" is verkregen. Bescherming verdienen in dat geval enkel diegenen, aan wie op dit punt niets kan worden verweten. Of die bescherming vereist, dat een algemene vervaltermijn van twee maanden vanaf het bekend worden van het nieuwe feit wordt

11 — T. a. p. (voetnoot 3), r. o. 38.

toegepast, is twijfelachtig. Het tweede punt dat het Gerecht onder de aandacht brengt, overtuigt mij evenmin. Het is weliswaar juist, dat de concentratieverordening door bijzonder strikte termijnen gekenmerkt is. Doch deze variëren afhankelijk van het geval van een tot vier maanden. [12] Een termijn van twee maanden, zoals die van artikel 173, lid 5, komt naar mijn weten evenwel niet in de verordening voor. Het belangrijkste lijkt mij echter, dat volgens artikel 8, lid 6, van de verordening de maximumtermijn van vier maanden geen toepassing vindt in de „in lid 5 genoemde gevallen", dat wil zeggen juist in de gevallen van intrekking van een beschikking. Deze bepaling regelt weliswaar rechtstreeks enkel de vaststelling van de beschikking die op de intrekking volgt en waarbij een concentratie onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard. [13] Zij laat echter duidelijk zien, dat de Commissie in geval van intrekking van een beschikking over meer tijd beschikt dan gewoonlijk. Het is dan ook niet duidelijk waarom derden, wanneer zij nieuwe feiten ontdekken die een intrekking rechtvaardigen en op grond daarvan een heropening van de procedure wensen, dit enkel binnen een termijn van twee maanden zouden kunnen doen.

23. Dit betekent evenwel niet, dat de betrokkenen na de ontdekking van dergelijke nieuwe feiten naar believen kunnen wachten met hun verzoek aan de Commissie om heropening van de procedure. Ik ben het met het Gerecht van eerste aanleg eens, dat in zo'n geval de Commissie binnen een *redelijke termijn* moet worden aangezocht. Gebeurt dat niet, dan kan zij mijns inziens alleen al om die reden weigeren een dergelijk verzoek te behandelen. Een beroep tegen deze weigering zou ongegrond zijn. De grondslag hiervan is evenwel niet gelegen in een of andere naar analogie toegepaste termijn, maar in het algemene rechtsbeginsel dat de uitoefening van rechten onrechtmatig is wanneer zij misbruik inhoudt. Van misbruik is volgens mij bij voorbeeld sprake, wanneer iemand die een dergelijk nieuw feit heeft ontdekt, niet binnen een redelijke termijn in actie komt. De belangen van de rechtszekerheid krijgen namelijk des te meer gewicht, naarmate de betrokkenen in zo'n situatie met hun verzoek aan de Commissie talmen. Zolang de wetgever op dit gebied geen regeling heeft getroffen, zal de vraag of de betrokkenen binnen een redelijke termijn hebben gehandeld, evenwel niet aan de hand van een *abstracte, algemene termijn* maar enkel met inachtneming van de *omstandigheden van het concrete geval* moeten worden beantwoord.

24. Vanuit deze opvatting zou requiranten op dit punt niets verweten kunnen worden. Zo zij eerst eind maart of begin april 1992 van de beweerde nieuwe feiten kennis hadden gekregen, waren hooguit circa zes weken verlopen toen zij op 6 mei 1992 met de Commissie contact opnamen. Die termijn kan niet onredelijk lang worden genoemd, wanneer men bedenkt dat het requiranten stellig enige tijd zal hebben gekost om de in de krant bekendgemaakte feiten na te trek-

12 — Vgl. artikel 10, leden 1 en 3, van de verordening. Zie ook de bijzondere termijnen in artikel 9.

13 — Zie artikel 8, lid 6, juncto artikel 8, lid 3.

ken en om juridisch advies in te winnen. Voorts kan ik mij niet aansluiten bij het standpunt van het Gerecht, dat requiranten meteen een formeel verzoek tot heropening van de procedure hadden moeten indienen. Het lijkt integendeel juist zinvol om in een dergelijk geval eerst informeel contact met de Commissie op te nemen, teneinde haar de gelegenheid te geven eventueel uit eigener beweging iets te ondernemen. Daar requiranten ervan mochten uitgaan, dat ook de Commissie enige tijd nodig zou hebben om de aangevoerde feiten te onderzoeken, lijkt het mij geenszins ongewoon of ergerlijk, dat zij pas op 26 juni 1992 op hun informeel contact van 6 mei 1992 een formeel verzoek tot heropening van de procedure lieten volgen. Zelfs indien men evenals het Gerecht de termijn tussen de kennisneming van het beweerde nieuwe feit en de indiening van het formele verzoek beslissend mocht achten, dan nog zou men gelet op bovenstaande overwegingen moeilijk kunnen beweren, dat die termijn onredelijk was.

25. In dit verband lijken mij enkele arresten van het Gerecht van 29 juli 1995 betreffende de ondernemingen Solvay en ICI het vermelden waard. [14] Daarin ging het onder meer om de uitlegging van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, volgens hetwelk nieuwe middelen in de loop van het geding niet meer mogen worden voorgedragen, „tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken".

De onderneming Solvay droeg bij aanvullend verzoekschrift van 10 april 1992 aan het Gerecht een nieuw middel voor, ontleend aan een nieuw feit dat op 10 december 1991 tijdens de mondelinge behandeling in een andere zaak voor het Gerecht aan het licht was gekomen. Dat feit betrof de vraag, of de Commissie de in deze zaak aangevochten beschikking volgens de voorschriften had vastgesteld. Het Gerecht wees erop, dat artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering „geen termijn of bijzondere vorm" voor de voordracht van een nieuw middel voorschrijft. Aangezien de onderneming Solvay niet aan de mondelinge behandeling van 10 december 1991 had deelgenomen, kon volgens het Gerecht niet worden aangenomen, dat zij van het nieuwe feit kennis zou hebben gehad voordat daarover eind februari/begin maart 1992 in de pers was geschreven. Het tijdsverloop tussen het verschijnen van de betrokken kranteartikelen en de indiening van het aanvullend verzoekschrift van 10 april 1992 was naar het oordeel van het Gerecht „redelijk, daar het objectief gezien noodzakelijk was" om verzoekster een nauwgezet onderzoek te kunnen laten uitvoeren. [15]

Nog interessanter is het arrest betreffende de onderneming ICI, waarin het om datzelfde nieuwe feit ging. ICI had dit feit voorgedragen in een op 2 april 1992 bij het Gerecht

14 — Arresten van 29 juni 1995 (zaak T-31/91, Solvay; zaak T-32/91, Solvay, en zaak T-37/91, Imperial Chemical Industries, Jurispr. 1995, blz. II-1825, resp. II-1901).

15 — Arrest in zaak T-31/91, reeds aangehaald, r. o. 34 en 35; arrest in zaak T-32/91, reeds aangehaald, r. o. 40 en 41.

ingediende memorie. Anders dan Solvay had ICI wel aan genoemde mondelinge behandeling van 10 december 1991 deelgenomen. Op grond dat het hier „om een zeer omstreden rechtsvraag" ging, besloot het Gerecht, dat ICI op zijn minst de uitspraak van het arrest van 27 februari 1992 in die zaak mocht afwachten. Het tijdsverloop tussen de uitspraak van dat arrest en de indiening van de memorie op 2 april 1992 was volgens het Gerecht „redelijk, daar het noodzakelijk was" om een nauwgezet onderzoek van de opgeworpen vragen mogelijk te maken. [16]

Ook al stond bij deze uitspraken een andere problematiek ter discussie dan in onderhavige zaak, zij laten niettemin zien, dat bij de beoordeling van de vraag of een handeling binnen een redelijke tijd is gesteld, de omstandigheden van het concrete geval doorslaggevend zijn.

26. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht heeft gedwaald, toen het op grond van de vermeende te late indiening van het verzoek om heropening van de procedure bij de Commissie heeft geconcludeerd, dat het beroep niet-ontvankelijk was. Daarom behoeft mijns inziens niet meer te worden ingegaan op de verdere grief van requiranten, dat het Gerecht tevens een procedurefout heeft gemaakt, doordat het deze vraag niet genoegzaam met de partijen — die haar overigens niet hadden opgeworpen — had behandeld. Materieel zou dit middel evenwel gegrond kunnen zijn — voor zover dat uit de beschikbare inlichtingen kan worden opgemaakt —, daar uit het bestreden arrest niet blijkt of partijen opmerkingen hebben gemaakt met betrekking tot de vraag, of deze eventuele „te late" indiening tot de niet-ontvankelijkheid van het beroep kon leiden.

27. Deze schending van het recht zou echter alleen dan tot vernietiging van het bestreden arrest kunnen leiden, indien de overwegingen van het Gerecht omtrent de niet-ontvankelijkheid van het beroep wegens ontbrekende procesbevoegdheid in de zin van artikel 173 eveneens onjuist bleken. Maar dat is — zoals ik hierna zal aantonen — niet het geval. Bijgevolg behoef ik ook niet nader in te gaan op het argument van de Commissie, dat de overwegingen van het Gerecht betreffende de vermeende „te late indiening" hoe dan ook slechts subsidiaire overwegingen zijn.

De ontbrekende procesbevoegdheid

28. Requiranten bestrijden de overwegingen van het Gerecht betreffende de procesbevoegdheid op drie punten. In de eerste plaats heeft het Gerecht de rechtspraak inzake de afwijzing van verzoeken verkeerd begrepen. Het was ten onrechte van mening, dat onderhavig beroep enkel ontvankelijk kon zijn, indien requiranten ook hadden kunnen opkomen tegen de oorspronkelijke beschikking van 19 december 1991. Het Gerecht had

16 — Arrest in zaak T-37/91, reeds aangehaald, r. o. 84 en 85.

zich veeleer moeten afvragen, of de bestreden handeling — de brief van 31 juli 1992 — krachtens artikel 173 kon worden aangevochten. In de tweede plaats heeft het Gerecht de vraag, of requiranten rechtstreeks en individueel door de handeling werden geraakt, verkeerd beoordeeld. Het door het Gerecht aangehaalde arrest van het Hof in de zaak Eridania [17] doet niet ter zake en is bovendien achterhaald. De beschikking heeft requiranten wel rechtstreeks geraakt. Met betrekking tot de vraag of zij individueel werden geraakt, heeft het Gerecht zonder grondslag in het recht een willekeurige drempelwaarde vastgesteld voor het aandeel waarover een aandeelhouder die beroep instelt, moet beschikken. Bovendien beschikten requiranten over een groot percentage Generali-aandelen. Ten derde heeft het Gerecht ten slotte ten onrechte buiten beschouwing gelaten, dat requiranten gerechtigd waren om, na de heropening, aan de procedure deel te nemen en om tegen een in deze procedure gegeven beschikking op te komen. In dit verband verwijzen zij in het bijzonder naar artikel 18, lid 4, van de concentratieverordening volgens hetwelk natuurlijke en rechtspersonen „die aantonen daarbij voldoende belang te hebben", door de Commissie moeten worden gehoord. Huns inziens voldoen zij aan dit vereiste, daar zij grote aandeelhouders van Generali zijn en zij bovendien de Commissie van het betrokken nieuwe feit in kennis hadden gesteld.

29. Deze argumenten overtuigen mij niet. Wat om te beginnen de vraag betreft, of het Gerecht de rechtspraak inzake beroepen tegen beschikkingen waarbij verzoeken worden afgewezen, verkeerd heeft begrepen, hebben requiranten weliswaar gelijk, dat de door het Gerecht aangehaalde arresten gevallen betroffen waarin de te wijzigen handelingen verordeningen waren, zodat ook de wijzigingsmaatregel enkel in de vorm van een verordening kon worden gegeven. [18] Voor de vraag die hier aan de orde is, zijn die uitspraken dan ook niet meteen relevant. Zoals de Commissie evenwel terecht uiteenzet, is de visie van het Gerecht niettemin juist. Immers, indien men uitsluitend rekening zou houden met de handeling waardoor de Commissie een verzoek om intrekking of wijziging van een beschikking afwijst, dan zou het in artikel 173, lid 4, gestelde procesbevoegdheidsvereiste gemakkelijk zijn te omzeilen. Volgens het door requiranten verdedigde standpunt zou bij voorbeeld eenieder die niet bij het geding betrokken is, bij de Commissie een verzoek om heropening van de procedure kunnen indienen om vervolgens tegen de afwijzende beschikking van de Commissie beroep in te stellen en zo indirect de oorspronkelijke beschikking ter discussie kunnen stellen. Dit kan niet juist zijn.

30. Zoals het Hof in het door het Gerecht aangehaalde arrest Buckl heeft vastgesteld, moet een afwijzende beschikking van de Commissie „worden beoordeeld met inacht-

17 — Arrest van 10 december 1969 (gevoegde zaken 10/68 en 18/68, Eridania, Jurispr. 1969, blz. 459).

18 — Zie arresten van 8 maart 1972 (zaak 42/71, Nordgetreide, Jurispr. 1972, blz. 105, r. o. 5), 26 april 1988 (gevoegde zaken 97/86, 193/86, 99/86 en 215/86, Asteris, Jurispr. 1988, blz. 2181, r. o. 17) en 17 mei 1990 (zaak C-87/89, Sonito, Jurispr. 1990, blz. I-1981, r. o. 8).

neming van de aard van het verzoek waarop het een antwoord vormt". [19] In zijn conclusie in deze zaak heeft advocaat-generaal Gulmann in de passage waarnaar het Gerecht verwijst, deze rechtspraak aldus uitgelegd, dat in een dergelijk geval een beroep volgens artikel 173 kan worden ingesteld, „indien de *handeling die de Raad of de Commissie weigert te nemen,* op grond van deze bepaling had kunnen worden aangevochten". [20] Dienovereenkomstig zou in casu moeten worden uitgemaakt, of voor requiranten beroep openstond tegen de door hen verzochte handeling — de intrekking van de oorspronkelijke beschikking —, en niet, of zij tegen de beschikking van 19 december 1991 hadden kunnen opkomen. Dit is evenwel enkel op het eerste gezicht in tegenspraak met de opvatting van het Gerecht. De Commissie heeft namelijk terecht opgemerkt, dat het logisch is dat iemand alleen dan kan worden geraakt door een handeling die een vroegere handeling intrekt of wijzigt, wanneer hij reeds door de oorspronkelijke handeling werd geraakt (of wanneer — wat hier zeker niet het geval is — de wijzigingshandeling de eerste handeling dermate uitbreidt, dat zij thans eveneens op deze persoon van toepassing is). Indien requiranten niet rechtstreeks en individueel werden geraakt door de beschikking van 19 december 1991, dan geldt dat ook voor een beschikking waarbij deze beschikking wordt ingetrokken of gewijzigd of waardoor — zoals hier — een intrekking wordt geweigerd.

Zoals de Commissie heeft uiteengezet, betekent dit natuurlijk niet, dat zij een dergelijk verzoek niet zou kunnen inwilligen indien zij het gegrond zou achten. Dit betekent enkel, dat degenen die het verzoek hebben ingediend, in een dergelijk geval niet over de door artikel 173 vereiste procesbevoegdheid beschikken om tegen een afwijzende beschikking van de Commissie op te komen.

31. Dan kom ik thans tot de vraag, of requiranten rechtstreeks en individueel werden geraakt, zoals in artikel 173, lid 4, wordt verlangd. Zoals gezegd, verwijst het Gerecht in dit verband naar het arrest van het Hof in de zaak Eridania. Dat betrof drie beschikkingen van de Commissie, waarbij aan bepaalde suikerfabrieken in Italië steun werd verleend. De verzoeksters waren concurrenten van de begunstigde ondernemingen in Italië. Het Hof besliste dat „de enkele omstandigheid, dat een besluit invloed kan uitoefenen op de mededingingsverhoudingen zoals die zich op de betrokken markt voordoen" niet volstaat om „elke ondernemer die op enigerlei wijze in een concurrentieverhouding staat tot de adressaat van het besluit, als rechtstreeks en individueel door hetzelve geraakt te beschouwen". Beroep krachtens artikel 173 kan in dergelijke gevallen enkel in „specifieke omstandigheden" worden ingesteld. [21] Omdat naar het oordeel van het Hof de verzoeksters dergelijke specifieke omstandigheden niet aannemelijk hadden gemaakt, werd het beroep niet-ontvankelijk verklaard. [22]

19 — Arrest van 24 november 1992 (gevoegde zaken C-15/91 en C-108/91, Buckl e. a., Jurispr. 1992, blz. I-6061, r. o. 22).

20 — Conclusie van 8 juli 1992 (gevoegde zaken C-15/91 en C-108/91, Jurispr. 1992, blz. I-6074, I-6079, cursivering van mij).

21 — T. a. p. (voetnoot 17), r. o. 7 en 8.

22 — T. a. p. (voetnoot 17), r. o. 14.

32. In de zaak Eridania ging het dus niet om de vraag, of een maatregel van de Commissie die op een bepaalde onderneming betrekking had, haar aandeelhouders rechtstreeks en individueel raakte. Alleen al daarom kan men zich afvragen, in hoeverre het arrest relevant kan zijn voor dit geval. Of daarenboven deze uitspraak — zoals requiranten betogen — door de latere rechtspraak is achterhaald, is evenwel een vraag die in het midden kan worden gelaten. Zoals de Commissie terecht heeft aangevoerd, is in elk geval de rechtsopvatting van het Gerecht in de betrokken passage volkomen juist. De enkele omstandigheid, dat een maatregel de verhouding tussen de aandeelhouders van een onderneming (of de verhouding tussen deze onderneming en haar aandeelhouders) kan beïnvloeden, betekent nog niet, dat elke willekeurige aandeelhouder van deze onderneming door deze maatregel rechtstreeks en individueel wordt geraakt. Daarbij is het niet van belang of, zoals het Gerecht doet, wordt uitgegaan van de beschikking van 19 december 1991, dan wel (zoals requiranten verlangen) van de beschikking die de Commissie na een eventuele heropening van de procedure zou vaststellen.

33. Met betrekking tot de vraag, of requiranten *rechtstreeks* werden geraakt, heeft het Gerecht — zoals ik reeds vermeld heb — uiteengezet, dat de beschikking van de Commissie van 19 december 1991 op zichzelf de aard of de omvang van de rechten van de aandeelhouders van de betrokken onderneming niet kon wijzigen. [23] Nu is het zeker zo, dat de beslissing van de Commissie dat de verkrijging van de extra-aandelen van Generali door Mediobanca niet onder de concentratieverordening valt, als zodanig aan de *aard* van de rechten die requiranten uit hun deelneming in Generali afleiden, niets heeft veranderd. Requiranten kunnen bij voorbeeld de met de aandelen verbonden stemrechten blijven uitoefenen en de dividenden blijven genieten. Mocht de bewering van requiranten, dat Mediobanca door de betrokken concentratie (alleen of met anderen) de zeggenschap over Generali heeft verworven, toch juist zijn, dan zou de *omvang* van die rechten aanzienlijk zijn gewijzigd. Zoals requiranten terecht betogen, bestaat er een wezenlijk verschil tussen de positie van een aandeelhouder in een onafhankelijke onderneming en die van een aandeelhouder in een onderneming die door anderen wordt gecontroleerd. Daar dit in de aard der zaak besloten ligt, behoeft het — in tegenstelling tot hetgeen het Gerecht meent — door requiranten niet nader te worden bewezen. De vraag, of deze bewering van requiranten gegrond is, werd door het Gerecht niet onderzocht en had hoe dan ook in het kader van het onderzoek van de gegrondheid van het beroep moeten worden onderzocht. In het kader van het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep, waar het hier om gaat, moet volgens mij dan ook worden aangenomen, dat deze bewering juist is. In het licht van het voorgaande had de vraag of requiranten *rechtstreeks* werden geraakt dus eventueel bevestigend moeten worden beantwoord.

34. Het Gerecht heeft evenwel terecht beslist, dat requiranten niet *individueel* werden geraakt. Volgens de vaststellingen van het Gerecht bedroeg het aantal aandeelhou-

23 — T. a. p. (voetnoot 3), r. o. 35; zie hierboven punt 9.

ders van Generali circa 140 000 en bezat geen van requiranten een aandeel in het kapitaal van Generali van 0,5 % of hoger. [24] Partijen hebben in deze zaak uitvoerig uiteengezet, hoe groot het aandeel van requiranten in Generali feitelijk was en hoe zich dit aandeel tot dat van de overige aandeelhouders verhield. Omdat dit voor de onderhavige zaak niet relevant is, zal ik hierop niet nader ingaan. Vaststaat, dat requiranten minderheidsaandeelhouders waren en zich aldus principieel in dezelfde positie bevonden als alle andere minderheidsaandeelhouders van deze vennootschap. Requiranten hebben niet aannemelijk weten te maken, hoe zij door de beschikking van de Commissie werden geraakt „uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortelijke wijze als de adressaat". [25]

35. In dit verband heeft het Gerecht geenszins een willekeurige drempelwaarde vastgesteld met betrekking tot het aandeel waarover een aandeelhouder moet beschikken om als individueel geraakt te kunnen worden aangemerkt. Het heeft verklaard dat requiranten geen omstandigheden hebben aangevoerd waaruit kan worden geconcludeerd dat hun positie zich van die van andere minderheidsaandeelhouders van Generali onderscheidt. Het argument van requiranten, dat zij steeds een bijzondere belangstelling voor de werkzaamheden van Generali's bestuursorganen aan de dag hebben gelegd, is in dit verband niet toereikend. Bovendien heeft de Commissie — zonder daarin door requiranten te zijn weersproken — opgemerkt, dat de notulen van de algemene vergaderingen van Generali van 1991 en 1992 niet vermelden dat vertegenwoordigers van requiranten het woord hebben genomen. Deze omstandigheid zet het argument van requiranten zeker geen kracht bij. Zonder betekenis lijkt mij daarentegen het door de Commissie opgeworpen feit, dat requiranten in de aan de beschikking van 19 december 1991 voorafgaande procedure geen standpunt hebben ingenomen. De bezwaren van requiranten betroffen de in 1985 tussen Mediobanca, Lazard en Generali gesloten overeenkomst. Daar requiranten naar eigen zeggen eerst in januari 1992 van die overeenkomst kennis kregen, bestond voor hen geen aanleiding om in die procedure tussen te komen. Anderzijds kunnen requiranten zich in dit verband ook niet beroepen op de omstandigheid, dat zij het waren die de Commissie van het (beweerde) nieuwe feit op de hoogte hebben gebracht. Zou dit volstaan om hen als individueel geraakt te beschouwen, dan zou ook de reeds vermelde buitenstaander die toevallig van deze omstandigheid kennis krijgt en vervolgens de Commissie op de hoogte brengt, als individueel geraakt moeten worden aangemerkt. Dit kan niet juist zijn.

36. Omdat anders dan requiranten menen, hun procesbevoegdheid evenmin kan worden afgeleid uit hun mogelijke hoedanigheid van partij bij de procedure, zoals ik nog zal aantonen [26], werden zij dus niet individueel

24 — T. a. p. (voetnoot 3), r. o. 36.

25 — Arrest van 15 juli 1963 (zaak 25/62, Plaumann, Jurispr. 1963, blz. 207, 232).

26 — Punt 41 e. v.

geraakt, zoals artikel 173, lid 4, vereist, zodat hun beroep niet-ontvankelijk was en de aangevochten uitspraak van het Gerecht bijgevolg correct was. De bespreking van de vraag van de procesbevoegdheid zou hiermee dan ook als afgehandeld kunnen worden beschouwd. Omdat de onderhavige zaak evenwel de eerste in haar soort is, wil ik hier nog enkele opmerkingen van principiële aard aan toevoegen. Ik betwijfel namelijk, of voor aandeelhouders van een vennootschap waarvan de zeggenschap (eventueel) in andere handen overgaat, wel beroep openstaat tegen beschikkingen krachtens de concentratieverordening, waarbij de Commissie een concentratie goedkeurt of waarbij zij vaststelt, dat de verordening niet daarop van toepassing is.

37. De concentratieverordening bevat geen bijzondere bepalingen over het beroep tegen beschikkingen die krachtens deze verordening worden gegeven. Zij gaat er evenwel impliciet van uit, dat al deze beschikkingen aan het toezicht van het Hof van Justitie zijn onderworpen. [27] Artikel 10, lid 5, van de verordening verbindt daaraan consequenties voor de procedure: „Wanneer het Hof van Justitie een arrest wijst waarbij een beschikking van de Commissie uit hoofde van deze verordening of geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, zijn de in deze verordening gestelde termijnen opnieuw van toepassing vanaf de dag waarop het arrest is gewezen."

38. Bij het onderzoek van de procesbevoegdheid in de zin van artikel 173, lid 4, moet evenwel rekening worden gehouden met het doel van de concentratieverordening. Zoals uit de considerans van de verordening blijkt, heeft zij de bescherming van de mededinging tot doel en is zij een onderdeel van het bij artikel 3, sub g, EG-Verdrag voorgeschreven „regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst". [28] Requiranten brengen hiertegen in, dat het feit dat de verordening tevens op grond van artikel 235 is vastgesteld, erop wijst dat zij ook andere doelstellingen dient, doch dit argument overtuigt mij niet. Zoals de vertegenwoordiger van de Commissie tijdens de mondelinge behandeling terecht heeft uiteengezet, werd de verordening enkel op artikel 235 gebaseerd en alleen omdat een nieuw rechtsinstrument moest worden gecreëerd, dat tevens de enige op dergelijke concentraties toepasselijke regeling zou zijn. [29] Ook de in artikel 2 van de verordening neergelegde maatstaven voor de beoordeling van concentraties tonen aan, dat met de concentratieverordening de bescherming van de mededinging wordt beoogd.

Zoals de Commissie treffend heeft gesteld, maakt de verordening haar daarentegen niet tot hoedster van de belangen van de minderheidsaandeelhouders. Ik zie niet, hoe een

27 — Zie inzonderheid artikel 21, lid 1, van de verordening.

28 — Zie met name de eerste zeven overwegingen van de considerans van de verordening.

29 — De zevende en de achtste overweging van de considerans van de verordening bevestigen dit.

aandeelhouder van een bij een concentratieprocedure betrokken onderneming een *voor de mededinging relevant belang* zou kunnen hebben bij een beschikking van de Commissie krachtens de concentratieverordening. Het onderhavige geval is daarvan een sprekend voorbeeld. De rechten waarin requiranten zich door de onderhavige concentratie getroffen achten, zijn hun rechten als aandeelhoudster van Generali. Requiranten lijken in het bijzonder te vrezen, dat de door hen vermoede verkrijging van de zeggenschap door Mediobanca zal leiden tot een aanzienlijke vermindering of een algehele uitschakeling van de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de directie van Generali. De regeling van de geschillen die voortvloeien uit de afbakening van de rechten van de aandeelhouders onderling en van hun rechten ten aanzien van de vennootschap waarin zij participeren, is een probleem van vennootschapsrecht. [30] De concentratieverordening is niet met dat doel opgesteld. Ik neig dan ook tot de opvatting, dat de bevoegdheid om tegen beschikkingen van de Commissie op het gebied van concentraties op te komen aan de aandeelhouders van een onderneming moet worden ontzegd. [31]

39. Een vergelijking met het Amerikaans recht lijkt mij in dit verband nuttig. De regeringen van de staten van de federatie en andere verzoekers die door een schending van het mededingingsrecht („by reason of anything forbidden in het antitrust laws") schade hebben geleden, hebben volgens artikel 4 van de Clayton Act [32] recht op een vergoeding ten bedrage van driemaal de schade. [33] Volgens artikel 16 van de Clayton Act [34] kunnen gerechtelijke maatregelen („injunctive relief") worden gevorderd, wanneer een dergelijke schade dreigt. Particuliere verzoekers moeten in dat geval telkens hun procesbevoegdheid aantonen. Luidens de rechtspraak houdt dat in het bijzonder in, dat de verzoeker een „antitrust injury" geleden heeft (of dreigt te lijden). In zijn arrest Brunswick [35] omschreef de Supreme Court dit als „injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful". [36] Het betrof in die zaak een door verscheidene bowlingcentra ingestelde schadevergoedingsactie ex artikel 4 van de Clayton Act wegens de overname van bepaalde bowlingcentra door een concurrent. De verzoekers voerden aan, dat de overgenomen bowlingcentra zonder de overname failliet waren gegaan, zodat zij dan minstens een deel van de cliëntèle van de centra hadden kunnen overnemen. De Supreme Court oor-

30 — In dezelfde zin A. Brown: „Judicial Review of Commission Decisions under the Merger Regulation: The First Cases", *ECLR* 1994, blz. 296, 305.

31 — Omtrent een mogelijke uitzondering ter bescherming van de procedurele rechten, zie hieronder punt 47.

32 — 15 USC, paragraaf 15. De tekst van de Clayton Act is opgenomen in S. Chesterfield Oppenheim, Glen E. Weston, J. Thomas McCarthy: *Federal Antitrust Laws*, 4e editie, St. Paul, 1981, blz. 1119 e. v.

33 — Zie hierover en over het volgende Barry E. Hawk: „Public and Private Enforcement of Merger Law in the United States" in: *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) Luxemburg, 1994, blz. 79 e. v.

34 — 15 USC, paragraaf 26.

35 — Brunswick Corp. v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc., 429 US 477 (1977).

36 — T. a. p. (voetnoot 35), blz. 489. Zie ook Associated General Contractors of California, Inc. v California State Council of Carpenters, 459 US 1983, blz. 519, met name blz. 540.

deelde, dat de „schade" van de verzoekers niet onder het soort schade viel dat de mededingingsregeling beoogde te voorkomen. [37] In zijn arrest Cargill [38] heeft de Supreme Court deze rechtspraak toegepast op verzoeken krachtens artikel 16 van de Clayton Act. [39]

De Amerikaanse rechtbanken hebben zich reeds herhaaldelijk moeten uitspreken over verzoeken van aandeelhouders van een onderneming, die gebaseerd waren op een inbreuk op het mededingingsrecht ten nadele van deze onderneming. De Circuit Court of Appeals, Third Circuit, wees een dergelijk verzoek reeds in 1910 af in de zaak Loeb. [40] Deze uitspraak werd door de Supreme Court in het arrest Associated General Contractors aangehaald en onderschreven. [41] Een beroepsinstantie heeft in een recenter arrest daaruit geconcludeerd, dat aandeelhouders van een betrokken onderneming geen procesbevoegdheid hebben:

„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. Een beroep van requiranten, gebaseerd op de mogelijke overname van de zeggenschap over Generali door Mediobanca, zou dus naar Amerikaans recht hoogstwaarschijnlijk niet-ontvankelijk zijn. In het onderhavige geval, dat met inachtneming van het gemeenschapsrecht moet worden beoordeeld, zou niet anders moeten worden beslist. Aandeelhouders van een bij een concentratieprocedure betrokken onderneming hebben geen procesbevoegdheid in de zin van artikel 173, lid 4, ten aanzien van door de Commissie op grond van de concentratieverordening gegeven beschikkingen. Mijns inziens worden zij niet individueel geraakt. Gelet op laatstgenoemd arrest zou men echter ook kunnen overwegen, dat requiranten niet rechtstreeks worden geraakt, omdat het bij hen slechts om een afgeleide rechtspositie gaat.

41. Ten slotte moet nog het argument van requiranten worden onderzocht, dat hun procesbevoegdheid volgde uit het feit, dat zij na de door hen gevraagde heropening van de procedure wél bevoegd zouden zijn geweest aan deze procedure deel te nemen. Zij beroe-

37 — T. a. p. (voetnoot 35), blz. 488 e. v.

38 — Cargill, Inc. v Monfort of Colorado, Inc., 479 US 104 (1986).

39 — Reeds aangehaald (voetnoot 38), blz. 109 e. v., met name blz. 113.

40 — Loeb v Eastman Kodak Co., 183 F [Federal Reporter], blz. 704, met name blz. 709.

41 — Reeds aangehaald (voetnoot 36), blz. 533.

42 — Aldus de Court of Appeals, Seventh Circuit in Southwest Suburban Board of Realtors, Inc. v Beverly Area Planning Association, 830 F 2d, blz. 1374, met name blz. 1378.

pen zich daarbij met name op artikel 18, lid 4, van de concentratieverordening, dat luidt:

„Indien de Commissie of de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten zulks noodzakelijk achten, kunnen zij ook andere natuurlijke of rechtspersonen horen. Indien natuurlijke of rechtspersonen die aantonen daarbij voldoende belang te hebben, en met name leden van de bestuurs- of directie-organen van de betrokken ondernemingen of erkende vertegenwoordigers van de werknemers van deze ondernemingen verzoeken gehoord te worden, wordt aan hun verzoek voldaan."

42. Volgens requiranten had de Commissie hen op grond van deze bepaling moeten horen, indien zij de procedure heropend had. Deze deelneming aan de procedure zou hun dan het recht hebben gegeven om de na afloop daarvan vastgestelde beschikking aan te vechten. Daarom zouden zij ook in de onderhavige procedure als procesbevoegd moeten worden aangemerkt.

43. In eerste instantie lijkt het alsof requiranten — zo ik mij deze vergelijking veroorloven mag — zich met dit betoog evenals Münchhausen aan hun eigen haren uit het moeras willen trekken. Het argument van de Commissie, dat requiranten niet bij de aan de beschikking van 19 december 1991 voorafgaande procedure betrokken waren en bijgevolg in het onderhavige geval geen beroep kunnen instellen, lijkt op het eerste gezicht zeer plausibel. Maar zoals ik reeds zei, hadden requiranten geen grond om in die procedure tussen te komen, daar zij destijds nog geen weet hadden van het hier aan de orde zijnde nieuwe feit. De omstandigheid dat zij niet aan die procedure hadden deelgenomen, is voor de onderhavige situatie dan ook niet relevant.

44. Vaststaat dat artikel 18, lid 4, tweede zin, van de verordening niet uitputtend opsomt, welke personen de Commissie op verzoek moet horen. Dat blijkt alleen al uit de bewoordingen van de bepaling („met name"). In het verlengde van mijn — hierboven reeds uiteengezette — visie [43] betwijfel ik evenwel, of een aandeelhouder van een bij een concentratie betrokken onderneming „voldoende belang" heeft om door de Commissie in het kader van een concentratieprocedure te worden gehoord. Ik ben geneigd mij aan te sluiten bij de Commissie, die deze vraag in elk geval voor de onderhavige zaak ontkennend beantwoordt, daar requiranten niet over voldoende aandelen van Generali beschikten. Overigens erkennen ook requiranten zelf, dat de Commissie niet verplicht is alle aandeelhouders van een dergelijke vennootschap te horen, maar ter zake over een beoordelingsbevoegdheid beschikt. Verder heeft de Commissie ook gelijk, dat het feit dat het requiranten waren die het vermeende nieuwe feit ter ken-

43 — Zie punt 36 e. v.

nis van de Commissie hebben gebracht, voor de vraag van het voldoende belang irrelevant is, omdat eenieder de Commissie op dat feit had kunnen wijzen. Ten slotte heeft het Gerecht deze vraag ook in het midden gelaten en niet — zoals requiranten beweren — impliciet in hun voordeel beantwoord.

45. Zelfs in de veronderstelling dat requiranten op grond van artikel 18, lid 4, van de verordening hadden moeten worden gehoord, dan nog zou dit niet betekenen, dat zij in het onderhavige geval als procesbevoegd moeten worden aangemerkt. Het enkele feit dat een persoon in een administratieve procedure is gehoord, verleent hem nog niet de bevoegdheid om de nadien vastgestelde beschikking aan te vechten. Immers, uit vaste rechtspraak van het Hof en het Gerecht inzake de procesbevoegdheid van derden op het gebied van de mededinging, dumping, subsidies en steunmaatregelen volgt weliswaar dat personen die krachtens een verordening of het EG-Verdrag zelf het recht hebben om deel te nemen aan een administratieve procedure, over een beroepsmogelijkheid „ter bescherming van hun wettige belangen beschikken". [44] In al deze zaken ging het erom dat — zoals ik reeds heb uiteengezet — „andere ondernemingen ongerechtvaardigde voordelen verkrijgen of zich verschaffen dan wel behouden die ingevolge de mededingingsregels niet gerechtvaardigd zijn, waardoor de klagende ondernemingen worden benadeeld". [45] Wanneer het Hof en het Gerecht in die arresten in het bijzonder erop wijzen dat de beroepsmogelijkheid ter bescherming van de „wettige" belangen dient, dan wordt daarmee „duidelijk gemaakt dat zuiver uiterlijke omstandigheden, zoals met name deelneming aan de procedure, niet voldoende zijn om de verzoeker gelijk te kunnen stellen met de adressaat: de verzoeker moet bovendien als te beschermen persoon binnen het toepassingsgebied van de betrokken mededingingsregel vallen". [46] Dat is hier niet het geval. Zoals ik reeds heb uiteengezet, heeft de concentratieverordening niet tot doel de belangen van aandeelhouders van een bij een concentratie betrokken onderneming te beschermen.

46. Tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof hebben requiranten gesteld, dat de positie van requiranten vergelijkbaar is met die van de in artikel 18, lid 4, van de verordening genoemde vertegenwoordigers van de werknemers. Deze opmerking is waarschijnlijk ingegeven door de arresten van het Gerecht van 27 april 1995 op het beroep van dergelijke werknemersvertegenwoordigers. [47] In beide zaken werd het beroep verworpen. Het Gerecht stelde zich evenwel op het standpunt, dat de verzoekers individueel werden geraakt, daar de vertegenwoordigers van de werknemers in artikel 18, lid 4, uitdrukkelijk worden vermeld. [48] Of dit stand-

44 — Arresten van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, r. o. 13), 4 oktober 1983 (zaak 191/82, Fediol, Jurispr. 1983, blz. 2913, r. o. 28 e. v.) en 28 januari 1986 (zaak 169/84, COFAZ, Jurispr. 1986, blz. 391, r. o. 23). Recentelijk, arresten van 18 mei 1994 (zaak T-37/92, BEUC en NCC, Jurispr. 1994, blz. II-285, r. o. 36) en 24 januari 1995 (zaak T-114/92, BEMIM, Jurispr. 1995, blz. II-147, r. o. 26).

45 — Zie mijn conclusie van 17 september 1992 in zaak C-313/90 (CIRFS e. a., Jurispr. 1993, blz. I-1125, I-1148, met name blz. I-1164 e. v.).

46 — T. a. p. (voetnoot 45), blz. I-1165.

47 — Arresten van 27 april 1995 in zaak T-96/92 (CCE de la Société générale des grandes sources e. a., Jurispr. 1995, blz. II-1213) en in zaak T-12/93 (CCE de la Société générale de la société anonyme Vittel e. a., Jurispr. 1995, blz. II-1247).

48 — Arrest in zaak T-96/92, r. o. 31 en 32; arrest in zaak T-12/93, r. o. 41 en 42.

punt moet worden gevolgd, behoeft hier niet te worden uitgemaakt. Hoe dan ook moet worden vastgesteld, dat de aandeelhouders in artikel 18, lid 4, van de verordening niet uitdrukkelijk worden vermeld en er geen andere gronden te bekennen zijn waarop requiranten als individueel geraakt kunnen worden aangemerkt.

47. Het Gerecht heeft in beide vorengenoemde arresten beslist, dat de vertegenwoordigers van de werknemers evenwel tenminste het recht zouden moeten hebben om door de rechter te laten onderzoeken, of hun recht om door de Commissie te worden gehoord, werd geëerbiedigd.[49] Voor het onderhavige geval is dit evenwel niet relevant, alleen al omdat de Commissie van de argumenten van requiranten kennis heeft genomen en deze bij brief van 31 juli 1992 heeft afgewezen. Van schending van het recht om door de rechter te worden gehoord, kan hier dan ook geen sprake zijn.

48. Daarom hadden requiranten niet de vereiste procesbevoegdheid en moet bijgevolg de hogere voorziening worden afgewezen.

De beide andere argumenten van de Commissie betreffende de niet-ontvankelijkheid van het beroep

49. Volledigheidshalve ga ik ter afronding nog even in op de beide andere argumenten waarmee de Commissie wil aantonen, dat het beroep niet-ontvankelijk is. Zij heeft deze reeds tijdens de behandeling voor het Gerecht aangevoerde argumenten gehandhaafd voor het geval het Hof het bestreden arrest van het Gerecht zou vernietigen.

50. Anders dan de Commissie ben ik niet van mening, dat de brief van 31 juli 1992 een louter informatief schrijven is. Veeleer heeft de Commissie daarin te kennen gegeven, dat zij het verzoek van requiranten niet wilde inwilligen. Dit houdt mijns inziens een beschikking in de zin van het EG-Verdrag in.

51. Terecht brengt de Commissie evenwel onder de aandacht, dat deze beschikking geen zelfstandige inhoud heeft, doch enkel de beschikking van 19 december 1991 bevestigt. Dat de Commissie bij de vaststelling van laatstgenoemde beschikking op de hoogte was van de overeenkomst van 1985, wordt door partijen niet betwist. Het verzoek van requiranten om heropening van de procedure was dan ook niet gebaseerd op een — voor de Commissie — nieuw feit, doch op de bewering, dat de Commissie deze overeenkomst verkeerd zou hebben begrepen. In de brief van 31 juli 1992 wordt meegedeeld dat

49 — Arrest in zaak T-96/92, r. o. 46; arrest in zaak T-12/93, r. o. 59.

de Commissie de betrokken overeenkomst kende, deze reeds vóór de vaststelling van de beschikking van 19 december 1991 had onderzocht en het niet nodig had geoordeeld, van het resultaat van dat onderzoek af te wijken. Blijkens vaste rechtspraak evenwel „biedt een handeling die zich beperkt tot de bevestiging van een vroegere handeling, de belanghebbenden niet de mogelijkheid, opnieuw de discussie te openen over de rechtsgeldigheid van die vroegere handeling". [50] Alleen al daarom had het beroep van requiranten niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

52. Mitsdien moet de hogere voorziening worden afgewezen. De beslissing over de proceskosten volgt uit de artikelen 122, 118 en 69 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

C — Conclusie

53. Derhalve geef ik in overweging, de hogere voorziening af te wijzen en requiranten in de kosten te verwijzen.

50 — Arrest van 22 maart 1961 (gevoegde zaken 42/59 en 59/59, SNUPAT, Jurispr. 1961, blz. 103) en laatstelijk het arrest van 14 juli 1995 (zaak T-275/94, Groupement des cartes bancaires „CB", Jurispr. 1995, blz. II-2169, r. o. 27).