FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

föredraget den 12 september 1995 *

A — Inledning

1. Genom detta överklagande har domstolen för första gången möjlighet att yttra sig i frågor som rör rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer [1] (nedan kallad fusionskontrollförordningen).

2. Bakgrunden till detta mål är följande. Den 27 november 1991 anmälde Mediobanca — Banca di Credito Finanziario SpA (nedan kallad Mediobanca) — enligt bestämmelserna i fusionskontrollförordningen till kommissionen att dess andel av kapitalet i Assicurazioni Generali SpA (nedan kallat Generali) hade ökat från 5,98 procent till 12,84 procent. Mediobanca är en av Italiens största investeringsbanker och Generali är ett av Italiens viktigaste försäkringsbolag. Redan innan detta förvärv av ytterligare aktier innehade Mediobanca den största aktieposten i Generali.

3. Med stöd av artikel 6.1 a i fusionskontrollförordningen beslöt kommissionen den 19 december 1991 att vad som sålunda anmälts inte omfattades av förordningens tillämpningsområde. Kommissionen angav som skäl härför att Mediobanca inte skulle vara i stånd att ensamt eller tillsammans med andra utöva ett avgörande inflytande på Generali. [2] Den hänvisade därvid till en av Mediobanca anmäld överenskommelse. I beslutet i den lydelse som inte belades med sekretess beskrivs denna överenskommelse som ett avtal mellan Mediobanca och ett bolag vid namn Euralux — ett bolag som med 4, 77 procent av aktiekapitalet ägde den näst största posten i Generali — av innebörd att varken Mediobanca eller Euralux fick sälja sina andelar till tredje man. Enligt kommissionens uppgifter omfattade avtalet inte bestämmelser om att gemensamt nyttja rösträttigheterna eller bestämmelser i syfte

* Originalspråk: tyska.

1 — EGT nr L 395, s. 1 med rättelse i EGT nr L 257, 1990, s. 13.

2 — Enligt artikel 1.1 gäller förordningen alla "koncentrationer med en gemenskapsdimension". En koncentration skall enligt artikel 3.1 anses föreligga om två eller flera tidigare självständiga företag slås samman eller om en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag får "kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag". Med "kontroll" förstås enligt artikel 3.3 möjligheten att utöva ett "avgörande inflytande" på ett företag.

att genomdriva förslag om ändringar i sammansättningen av de ledande organen inom Generali.

4. Den 19 mars 1992 publicerade en italiensk tidning en artikel där det dittills hemliga avtalet återgavs i sin helhet. Avtalet hade slutits mellan Mediobanca, ett företag vid namn Lazard Frères de Paris (Euralux moderbolag) och Generali, och hade undertecknats den 26 juni 1985. Enligt vad förstainstansrätten funnit i sin dom av den 28 oktober 1993 [3], mot vilken talan nu förs, innebar avtalet bland annat att en ledningsgrupp skulle upprättas som, i syfte att undersöka de av Generalis problem som var av gemensamt intresse och att påverka tillsättningen av vissa poster i Generalis förvaltning och styrelse, skulle bestå av företrädare för Generali och dess två största aktieägare. [4]

5. Zunis Holding SA, Finan Srl och Massinvest SA (nedan kallade klagandena), som alla äger aktier i Generali, har uppgivit att de uppmärksammade tidningsartikeln i slutet av mars eller början av april 1992. Den 6 maj 1992 satte de sig informellt i förbindelse med kommissionen. I skrivelse av den 26 juni 1992 begärde de formellt att förfarandet skulle återupptas. I begäran gjorde de gällande att kommissionen i sitt beslut av den 19 december 1991 på ett allvarligt sätt missbedömt Mediobancas förmåga att, ensamt eller tillsammans med Lazard, kontrollera Generali. Enligt klagandena kunde denna felaktiga bedömning endast bero på kommissionens ofullständiga eller oriktiga uppgifter om innehållet och särskilt verkningarna av det avtal som slutits mellan Mediobanca, Lazard och Generali.

6. Kommissionen avslog denna begäran i en skrivelse av den 31 juli 1992 som undertecknats av den för konkurrensärenden ansvarige generaldirektören. Som skäl anfördes därvid särskilt att beslutet av den 19 december 1991 inte vilade på oriktiga uppgifter enligt vad som påståtts, eftersom kommissionen ägde kännedom om 1985 års avtal och beaktat detta då den meddelat beslutet.

7. Klagandena väckte därefter med stöd av artikel 173 i EG-fördraget talan vid förstainstansrätten och yrkade att det beslut som de ansåg föreligga genom kommissionens skrivelse av den 31 juli 1992 skulle förklaras ogiltigt. Kommissionen invände att talan inte kunde prövas i sak och yrkade att rätten först skulle avgöra denna fråga. Till stöd för sin invändning om rättegångshinder fram-

3 — Dom av den 28 oktober 1993, Zunis Holding m. fl. mot kommissionen (T-83/92, Rec. 1993, s. II-1169).

4 — A. st. 3, punkt 3.

-förde kommissionen tre påståenden. [5] För det första var skrivelsen av den 31 juli 1992 inte alls ett beslut i den mening som avses i artikel 173 i fördraget. Kommissionen hade i denna skrivelse endast informerat mottagarna om de faktiska och rättsliga förhållandena. Det var enbart fråga om ett första preliminärt ställningstagande från kommissionens sida till de berörda företagens ansökan. Kommissionen gjorde för det andra gällande att skrivelsen av den 31 juli 1992 inte direkt och personligen berörde klagandena, varför dessa inte har talerätt enligt artikel 173 andra stycket i EEG-fördraget. [6] I sista hand gjorde kommissionen gällande att talan inte kunde föras om skrivelsen av den 31 juli 1992 med stöd av artikel 173, eftersom beslutet endast var en bekräftelse på beslutet av den 19 december 1991.

8. Förstainstansrätten avvisade talan i dom av den 28 oktober 1993. Skälen för avvisningsbeslutet anges i punkt 29—40 i domen.

9. Rätten förklarade för det första att blotta omständigheten att en av gemenskapens institutioner lämnar ett skriftligt svar till en person som ingivit en ansökan inte är tillräcklig för att skrivelsen skall anses utgöra ett beslut i den mening som avses i artikel 173 i fördraget (punkt 30). Ett avslagsbesked skall dessutom alltid bedömas mot bakgrund av den ansökan som har föranlett detta besked. Om en av gemenskapens institutioner vägrar att upphäva eller ändra en viss åtgärd, kan dess vägran endast betraktas som en rättsakt vars rättsenlighet kan prövas enligt artikel 173 under förutsättning att talan med stöd av samma bestämmelse kan föras om åtgärden i sig, dvs. om den åtgärd som är föremål för begäran om upphävande eller ändring (punkt 31). I förevarande mål har klagandena önskat förmå kommissionen att upphäva beslutet av den 19 december 1991 och utfärda ett nytt beslut i det förfarande som låg till grund för det ursprungliga beslutet. I *det* förfarandet hade klagandena, i förhållande till de företag som direkt deltog i transaktionen, emellertid endast ställning av tredje man. De hade följaktligen endast rätt att begära upphävande av beslutet av den 19 december 1991 under förutsättning att detta beslut berörde dem direkt och personligen (punkt 32—34).

Rätten fastslog för det första därvid att den omständigheten att en åtgärd kan påverka förbindelserna mellan aktieägarna i ett bolag i sig inte är tillräcklig för att åtgärden skall anses beröra vem som helst av dessa direkt och personligen (punkt 34). I föreliggande fall fanns anledning fastställa att ett beslut av kommissionen med uppgift om att en viss transaktion inte omfattas av fusionskontrollförordningen inte i sig är ägnat att förändra

5 — Se punkt 14— 18 i domen i målet Zunis Holding m. fl. mot kommissionen, a. st. fotnot 3.

6 — Sedan Fördraget om Europeiska unionen trätt i kraft den 1 november 1993 har artikel 173 andra stycket i EEG-fördraget ersatts av artikel 173 fjärde stycket i EG-fördraget, dock utan att bestämmelsens innehåll ändrats. För enkelhetens skull citerar jag i det följande den nu gällande bestämmelsen.

beskaffenheten eller omfånget av bolagsmännens rättigheter i det berörda bolaget, vare sig det är fråga om rättigheterna som andelsinnehavare eller de rättigheter att delta i ledningen av bolaget som är förbundna med andelsrätten (punkt 35).

För det andra beaktades att kommissionens beslut av den 19 december 1991 berörde klagandena i egenskap av aktieägare och därmed på samma sätt som alla andra aktieägare, vilkas antal uppgår till omkring 140 000. Med hänsyn till det faktum att var och en av klagandena ägde en andel av bolagskapitalet understigande 0,5 procent och att klagandena inte visat på vilket sätt kommissionens beslut skulle påverka deras situation annorlunda än vad som var fallet för varje annan aktieägare, fastställde rätten att beslutet av den 19 december 1991 inte kunde anses beröra klagandena personligen (punkt 36).

Rätten fann slutligen att klagandena felaktigt gjort gällande att de enligt fast rättspraxis i fråga om såväl konkurrensreglerna som reglerna om statligt stöd och antidumpning skulle ha haft rätt att föra talan för att skydda sina legitima intressen, om de hade begärt att få delta i det ursprungliga förfarandet (punkt 37). Även om man antar att denna rättspraxis är tillämplig på kontroll av företagskoncentrationer, hade det varit nödvändigt att inom en rimlig frist ansöka om återupptagande av förfarandet (punkt 38). Så skedde dock inte, då den informella kontakt som togs den 6 maj 1992 inte kan betraktas som en ansökan om återupptagande av förfarandet och ansökan av den 26 juni 1992 måste anses ha inkommit försent och då klagandena, som redan i slutet av mars eller i början av april hade känt till den påstått nya omständigheten, inte ingivit ansökan inom en rimlig frist (punkt 39).

10. Klagandena har överklagat domen. De har yrkat att domstolen skall upphäva domen, ogilla kommissionens invändning om rättegångshinder, återförvisa målet till rätten för förnyad handläggning och förplikta kommissionen att ersätta såväl de rättegångskostnader som orsakats av överklagandet som dem som orsakats av invändningen i målet vid rätten. Kommissionen har yrkat att domstolen skall ogilla överklagandet och förplikta klagandena att ersätta de rättegångskostnader som orsakats av överklagandet.

B — Bedömning

Inledning

11. Innan jag behandlar problemen i förevarande mål förefaller det lämpligt att först överväga om kommissionen alls hade möjlighet att bifalla klagandenas ansökan om återupptagande av förfarandet och att upphäva

beslutet av den 19 december 1991. För detta ändamål är det nödvändigt att dröja något vid det i fusionskontrollförordningen föreskrivna förfarandet.

12. Då kommissionen tar emot en anmälan enligt fusionskontrollförordningen, har den enligt artikel 6.1 i samma förordning huvudsakligen tre beslutsmöjligheter. [7] Om den finner att den anmälda transaktionen inte omfattas av fusionskontrollförordningen, skall den fastslå detta i enlighet med artikel 6.1 a i nämnda förordning. Finner den däremot att den anmälda koncentrationen omfattas av fusionskontrollförordningen, men inte ger anledning till allvarliga tvivel om dess förenlighet med den gemensamma marknaden, skall den enligt artikel 6.1 i förordningen besluta att inte göra invändning mot den och ... förklara att den är förenlig med den gemensamma marknaden. För det fall att den anmälda koncentrationen ger anledning till allvarliga tvivel om dess förenlighet med den gemensamma marknaden, skall den enligt artikel 6.1 c i förordningen besluta att inleda ett förfarande. I dessa fall gäller enligt artikel 8.1 att förfarandet skall avslutas genom beslut i enlighet med punkt 2—5 i samma artikel. Kommissionen kan i synnerhet förklara att koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden (artikel 8.2, i förordningen) eller att den är oförenlig med den gemensamma marknaden (artikel 8.3).

13. Enligt artikel 8.5 a kan kommissionen återkalla beslut som den har fattat enligt punkt 2, om förklaringen om förenlighet med den gemensamma marknaden grundar sig på "oriktiga uppgifter" för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller om den har utverkats på bedrägligt sätt. [8] Då beslut enligt artikel 8.2 avser fall enligt artikel 6.1 *c*, dvs. de fall i vilka kommissionen hyser allvarliga tvivel om huruvida en åtgärd som faller under fusionskontrollförordningen är förenlig med den gemensamma marknaden, skulle det vid en bokstavlig tolkning av artikel 8.5 inte vara möjligt att återkalla ett beslut som meddelats med stöd av artikel 6.1 *b* eller (vilket är fallet här) ett beslut med stöd av artikel 6.1 *a*.

14. Kommissionen har emellertid uppgivit att den delar klagandenas uppfattning att en återkallelse är möjlig även i sådana fall. Jag ansluter mig till denna ståndpunkt. Bestämmelsen i artikel 8.5 i fusionskontrollförordningen kan inte betraktas som en uttömmande regel om kommissionens möjlighet att upphäva beslut i ett förfarande enligt fusionskontrollförordningen. Jag kan inte inse varför kommissionen vid t. ex. bedrägeri skulle ha möjlighet att upphäva ett beslut

7 — Möjligheten att hänvisa ett ärende till behöriga myndigheter i en medlemsstat (artikel 9 i förordningen) eller följderna av att de frister som fastställs i fusionskontrollförordningen har löpt ut (artikel 10.6 i förordningen) behöver inte behandlas närmare här.

8 — Beslutet kan även återkallas om de berörda företagen åsidosätter ett åläggande som var förenat med beslutet (artikel 8.5 b). Till sitt innehåll omfattar artikel 8.5 därmed såväl återkallelse som upphävande. För att förenkla skall jag i detta förslag hålla mig till förordningens språkbruk och tala om "återkallelse".

som meddelats med stöd av artikel 8.2, men inte ha denna möjlighet i fråga om beslut som meddelats med stöd av artikel 6.1 a och b. Kommissionen har dock med rätta framhållit att ett upphävande i sistnämnda fall, medelst analogisk tillämpning av artikel 8.5 i förordningen, endast är möjligt under där angivna förutsättningar och med beaktande av kravet på skydd för berättigade förväntningar i varje enskilt fall.

15. Det är självklart att kommissionen själv kan vidta åtgärder när den får kännedom om omständigheter som gör det befogat att återkalla ett beslut som meddelats med stöd av fusionskontrollförordningen. Implicit följer detta redan av artikel 8.5 i förordningen. Då sådana nya omständigheter föreligger, måste man dock under vissa förutsättningar även tillerkänna tredje man rätt att såväl begära att kommissionen återupptar ett förfarande som att begära rättslig prövning av kommissionens beslut att avslå denna begäran. Frågan om vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda i ett sådant fall är föremål för prövning i detta mål.

16. Jag övergår nu till att behandla grunderna för överklagandet. Dessa avser dels förstainstansrättens slutsatser i fråga om talerätten enligt artikel 173, dels slutsatsen att klagandenas ansökan om återupptagande av förfarandet inte inkommit till kommissionen i rätt tid.

Frågan huruvida ansökan om återupptagande av förfarandet inkommit för sent

17. Såsom jag tidigare anfört har rätten i den överklagade domen slagit fast att klagandena inte har givit in sin ansökan om återupptagande av förfarandet i rimlig tid. Domens ordalydelse på detta ställe låter anta att rätten fann förseningen utgöra en (ytterligare) avvisningsgrund. Detta sägs emellertid inte uttryckligen. Klart framgår inte heller varför rätten ansåg att en eventuell försening medförde att talan inte kunde prövas i sak. Domskälen i punkterna 38 och 39, varom här är fråga, sammanhänger med domskälen i föregående punkter, i vilka rätten tar ställning till frågan om klagandena hade talerätt enligt artikel 173 fjärde stycket i fördraget. Punkt 40 i domen inleds med påpekandet att rätten *därför* (accordingly) funnit att beslutet av den 19 december 1991 inte berör klagandena direkt och personligen. Detta kan tyda på att även domskälen i punkterna 38 och 39 rör talerätten. Dock vore en sådan tolkning knappast meningsfull, eftersom det inte går att utläsa hur en eventuell försening av ansökan om återupptagande av förfarandet skulle

kunna leda till slutsatsen att det ursprungliga beslutet inte berör klagandena direkt och personligen.

18. Hur detta ställe rätteligen bör förstås framgår enligt mitt förmenande av slutet i punkt 40. Däri förklarar rätten att klagandena saknar talerätt, varför det inte är nödvändigt att pröva om klagandena med åberopande av en ny omständighet i annat fall hade kunnat kringgå de frister för att väcka talan som anges i fördraget. Rätten förefaller därför vara av den uppfattningen att det kan föreligga rättegångshinder av det skälet att det i motsatt fall skulle vara möjligt att kringgå tvåmånadersfristen i artikel 173 i fördraget.

19. Det finns en kärna av sanning i denna slutsats — om jag nu har förstått den rätt. Har fristen för att väcka talan mot ett beslut försuttits, kan en part inte kringgå detta rättegångshinder genom att uppfordra kommissionen att ompröva sitt beslut och inom två månader därefter väcka talan mot kommissionens beslut att avslå ansökan. Om ett dylikt förfaringssätt vore möjligt, skulle bestämmelsen i artikel 173 angående tidsfristen för att väcka talan verkligen mista all betydelse. Detta kan dock undvikas genom att tolka kommissionens avslag — under förutsättning att det alls är fråga om ett beslut i den mening som avses i artikel 173 [9] — såsom en rättsakt vars beslutsinnehåll är begränsat till att utgöra en bekräftelse på det ursprungliga beslutet. En sådan tolkning är möjlig och påkallad då en ansökan om återupptagande inte har grundats på nya omständigheter som skulle kunna föranleda beslutets upphävande. Redan här tillåter jag mig påpeka att det enligt min mening förhåller sig på detta sätt i förevarande mål, då klagandena ju inte har åberopat någon *ny omständighet* som möjligen kunde ge vid handen att kommissionen lagt falska antaganden till grund för beslutet av den 19 december 1991. Tvärtom har klagandena i huvudsak endast gjort gällande att kommissionen gjort en oriktig tolkning av 1985 års tvistiga överenskommelse. [10]

20. Rätten har i domen emellertid inte prövat om klagandena gentemot kommissionen åberopat nya omständigheter, vilka möjligen hade kunnat leda till att förfarandet återupptogs. Det förefaller således som om rätten ansåg att talan inte kunde prövas i sak redan på grund av den tidigare nämnda försening en, dvs. oberoende av om nyssnämnda förutsättning var uppfylld eller ej. Detta är dock inte riktigt. Det torde utan vidare stå klart att det i detta sammanhang saknar betydelse om ansökan om återupptagande av förfarandet inkommit inom den tidsfrist som gäller för att kunna väcka talan mot det ursprungliga beslutet. Får kommissionen, sedan den utfärdat ett beslut, kännedom om en ny omständighet som den dittills inte

9 — Se punkt 50 nedan.

10 — Se punkt 51 nedan.

varit medveten om och som är ägnad att kasta tvivel över det utfärdade beslutets riktighet, kan tidpunkten för denna upptäckt inte spela någon roll. Om sådana omständigheter blir kända omedelbart efter det att kommissionen utfärdat sitt beslut eller flera månader efteråt, kommer ändå i många fall att bero på tillfälligheter. När en ansökan om återupptagande av förfarandet på grund av en ny omständighet anhängiggörs vid kommissionen, och denna därefter lämnas utan bifall med hänvisning till att de åberopade omständigheterna inte innefattar tillräckliga skäl, är detta ett beslut som har ett självständigt innehåll och som därför kan angripas i de fall då övriga förutsättningar för att kunna väcka talan är uppfyllda. Det ligger i sakens natur att man i dessa fall inte behöver befara att fristerna i artikel 173 kringgås, då kommissionens beslut ju rör en ny omständighet som inte kunde beaktas när det ursprungliga beslutet utfärdades och då talan mot detta beslut endast kan grundas på påståendet att kommissionen felaktigt bedömt den nya omständigheten.

21. Rättens uppfattning, såsom den kommer till uttryck på det anförda stället i domen, förefaller mig dessutom behäftad med ett fel som torde bero på en sammanblandning av olika begrepp. Rätten jämför till synes den tidsrymd om knappt tre månader som förflöt mellan den dag då klagandena fick kännedom om den påstått nya omständigheten och den dag då ansökan om återupptagande av förfarandet inkom till kommissionen med tvåmånadersfristen i artikel 173. Enligt rätten skulle således en ansökan om återupptagande av förfarandet behöva inges till kommissionen inom två månader från upptäckten av den nya omständigheten. Denna uppfattning tycks mig inte riktig. Rätten förväxlar — såsom klagandena med rätta påpekat — här fristerna för talans väckande med den för skyddet för berättigade förväntningar betydelsefulla frågan om de rättsliga följderna av en persons försummelse att i rätt tid tillvarata sina rättigheter. Fristen i artikel 173 femte stycket gäller då *talan* väcks. Jag förstår inte hur *denna* frist skulle kunna vara tillämplig i fall då en ansökan om återupptagande av förfarandet inges till kommissionen. Att analogiskt tillämpa denna frist i dylika fall är endast möjligt om det finns tvingande rättsliga skäl för detta.

22. Jag kan inte finna att sådana skäl föreligger. Rättens hänvisning till rättssäkerhetskravet och de korta frister som kännetecknar fusionskontrollförordningen [11], vilken upprepats av kommissionen i dess yttrande, övertygar inte i detta sammanhang. Vad den första punkten beträffar, bör det påpekas att en återkallelse med stöd av artikel 8.5 i fusionskontrollförordningen är möjlig när förklaringen om förenlighet med den gemensamma marknaden grundar sig på oriktiga uppgifter för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller om den har utverkats på bedrägligt sätt. Skyddsvärda är i sådana fall endast företag som inte kan lastas för något i detta avseende. Det är tveksamt om skyddet för dessa företag gör det nödvändigt att tillämpa en tvåmånadersfrist som gäller oberoende av den tidpunkt vid vilken en ny omständighet har upptäckts. Inte heller

11 — A. st. 3, punkt 38.

finner jag rättens andra förklaring övertygande. Det är visserligen riktigt att fusionskontrollförordningen präglas av särskilt stränga frister. Alltefter omständigheterna skiftar dessa emellertid mellan en och fyra månader. [12] Såvitt jag vet finns det emellertid inte någon tvåmånadersfrist i förordningen motsvarande den i artikel 173 femte stycket i fördraget. Viktigast i detta avseende är dock enligt min mening att det i artikel 8.6 i fusionskontrollförordningen föreskrivs att maximifristen om fyra månader inte skall gälla i de fall som avses i punkt 5 — dvs. återkallelse av beslut. Denna bestämmelse äger visserligen endast direkt tillämpning på det beslut varigenom en koncentration förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden. [13] Den ger dock klart vid handen att kommissionen vid återkallelse av beslut har längre tid till sitt förfogande än vad som annars är fallet. Följaktligen kan jag inte inse varför tredje man, som får kännedom om nya omständigheter som gör det befogat att återkalla beslutet och på denna grund söker återuppta förfarandet, skulle vara bunden av en sträng frist på två månader.

23. Detta betyder inte att parter som har fått kännedom om sådana omständigheter kan vänta så länge de önskar innan de vänder sig till kommissionen för att få denna att återuppta förfarandet. Jag delar rättens uppfattning att saken skall anhängiggöras vid kommissionen i *rimlig tid*. Sker inte detta, kan kommissionen enligt min mening välja att redan på denna grund avvisa en sådan ansökan. Väcks därefter talan till prövning av kommissionens beslut, skall talan ogillas. Grunden härför är emellertid inte någon analogisk tillämpning av frister, utan den allmänna rättsprincip enligt vilken rättigheter inte kan göras gällande i fall av missbruk. Det är enligt min mening fråga om missbruk, om en person som fått kännedom om en ny omständighet av beskaffenhet att återuppta förfarandet inte handlar inom en rimlig frist. Rättssäkerhetens krav får nämligen allt större vikt ju längre det dröjer innan de berörda parterna vänder sig till kommissionen. Så länge som lagstiftaren inte har utfärdat föreskrifter på detta område skall svaret på frågan om huruvida berörda parter har handlat i rimlig tid inte besvaras med tillgripande av en *abstrakt och standardiserad frist* utan med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

24. Med detta betraktelsesätt är det inte möjligt att lasta klagandena för något i detta avseende. Om de inte hade kännedom om den påstått nya omständigheten förrän i slutet av mars eller i början av april 1992, förflöt högst sex veckor före det att de den 6 maj 1996 vände sig till kommissionen. Denna tidsrymd är ingalunda orimligt lång, om man tar hänsyn till att klagandena säkerligen behövt någon tid för att kontrollera uppgifterna i pressen och att anlita juridisk hjälp.

12 — Se artikel 10 punkterna 1 och 3 i fusionskontrollförordningen. Se även de särskilda fristerna i artikel 9.

13 — Se artikel 8.6 jämförd med artikel 8.3.

Jag kan inte dela rättens uppfattning att klagandena omedelbart borde ha ingivit en ansökan om återupptagande av förfarandet. Fastmera förefaller det mig i ett sådant fall alltigenom förnuftigt att träda i informell förbindelse med kommissionen för att, i förekommande fall, ge denna möjlighet att själv vidta åtgärder. Då klagandena ägt anta att även kommissionen behövde ta viss tid i anspråk för att pröva de åberopade omständigheterna, förefaller det mig vara på intet sätt ovanligt eller stötande att det dröjde till den 26 juni 1992 innan den formella ansökan om återupptagande av förfarandet följde på klagandenas informella ställningstagande av den 6 maj 1992. Även om man i likhet med rätten beaktar den tidsrymd som förflutit mellan den tidpunkt vid vilken klagandena fick kännedom om den påstått nya omständigheten och den tidpunkt vid vilken den formella ansökan ingavs, är det med hänsyn till vad jag nyss anfört svårt att hävda att denna tidsrymd har varit orimligt lång.

25. I detta sammanhang synes några av de domar som rätten avkunnade den 29 juni 1995 i mål rörande bolagen Solvay och ICI förtjäna ett omnämnande. [14] Dessa mål rörde bland annat tolkningen av artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler, där det stadgas att nya grunder inte får åberopas under rättegången, om det inte är fråga om grunder som avser rättsliga och faktiska omständigheter som uppkommit under rättegången.

Med åberopande av en ny omständighet som den 10 december 1991 framkommit under det muntliga förfarandet i ett annat mål vid rätten framställde Solvay den 10 april 1992 en ny grund i en komplettering till sin ansökan. Denna nya omständighet rörde frågan huruvida kommissionen hade utfärdat det i det målet omtvistade beslutet i vederbörlig ordning. Rätten konstaterade att det i artikel 48.2 i rättegångsreglerna varken föreskrivs någon frist eller någon specifik form för åberopandet av nya grunder. Eftersom Solvay inte hade haft ställning som part i det mål i vilket muntligt förfarande ägde rum den 10 december 1991, fann rätten att bolaget inte kunde antas ha känt till den nya omständigheten före månadsskiftet februari/mars 1992, då uppgifter om densamma förekom i pressen. Rätten förklarade därvid att den tid som gått från det att de båda artiklarna publicerats och det att kompletteringen till ansökan ingavs den 10 april 1992 var rimlig, eftersom den var objektivt nödvändig för en noggrann förnyad undersökning. [15]

Än intressantare är den i fråga om bolaget ICI meddelade domen rörande samma nya omständighet. Bolaget ICI hade åberopat detta faktum i en inlaga som inkom till rätten

14 — Domen i målet Solvay mot kommissionen (T-31/91, REG s. II-1821), i målet Solvay mot kommissionen (T-32/91, REG s. II-1825) och i målet Imperial Chemical Industries mot kommissionen (T-37/91, REG s. II-1847).

15 — Domen i målet Solvay mot kommissionen (T-31/91, punkterna 34 och 35) och i målet Solvay mot kommissionen (T-32/91, punkterna 40 och 41).

den 2 april 1992. Till skillnad från Solvay hade ICI deltagit i nyssnämnda muntliga förfarande av den 10 december 1991. Med hänvisning till att det rörde sig om en mycket omstridd rättsfråga, fastslog rätten att ICI kunde ha väntat åtminstone till det att rätten meddelat sin dom av den 27 februari 1992. Den tid som gått från det att den nämnda domen meddelats och det att kompletteringen till repliken sänts in den 2 april 1992 ansåg rätten vara rimlig, genom att den var objektivt nödvändig för en noggrann undersökning av de frågor som uppkommit. [16]

Även om dessa domar avsåg en annan problematik än den i förevarande mål, visar de att omständigheterna i det enskilda fallet är avgörande för bedömningen av huruvida en åtgärd vidtagits inom rimlig tid.

26. Jag menar därför att rätten misstog sig när den med hänvisning till att ansökan om återupptagande av förfarandet inte inkommit till kommissionen i rätt tid fastslog att talan inte kunde prövas i sak. Av detta skäl anser jag det inte vara nödvändigt att behandla klagandenas andra påstående, dvs. att det även föreligger ett rättegångsfel, eftersom rätten inte tillräckligt ingående skulle ha dryftat detta spörsmål med parterna, trots att de inte själva hade berört detsamma. Såvitt framkommit torde påståendet dock vara riktigt i sak, eftersom det av den överklagade domen inte kan utläsas att parterna yttrat sig över huruvida förseningen kunde betraktas som rättegångshinder.

27. Denna oriktiga rättstillämpning kan dock endast leda till att den överklagade domen upphävs för det fall att de domskäl som rätten anfört när den avvisade talan på grund av att klagandena skulle ha saknat talerätt i den mening som avses artikel 173 visar sig vara oriktiga. Såsom jag strax skall visa är detta inte fallet. Jag behöver därför inte närmare gå in på kommissionens påstående att rättens domskäl i fråga om den påstådda förseningen under alla omständigheter endast är att betrakta som en subsidiär förklaring.

Frågan om klagandenas talerätt

28. Klagandena för talan mot rättens bedömning av frågan om klagandenas talerätt i tre avseenden. Rätten skulle för det första ha missförstått gällande rättspraxis om avvisning av yrkanden. Den skulle oriktigt ha ansett att talan inte kunde prövas i sak med mindre klagandena kunnat föra talan om det ursprungliga beslutet av den 19 december 1991. Den riktiga utgångspunkten skulle ha varit att pröva om talan om den omtvistade rättsakten — dvs. skrivelsen av den 31 juli

16 — Domen i målet Imperial Chemical Industries mot kommissionen (T-37/91, punkterna 84 och 85).

1992 — hade kunnat föras med stöd av artikel 173. För det andra skulle rättens bedömning av huruvida klagandena berördes direkt och personligen ha varit oriktig. Klagandena har gjort gällande att domstolens dom i målet Eridania m. fl. mot kommissionen [17], som rätten hänvisat till, saknade relevans och att den inte längre var gällande rättspraxis. Klagandena skulle således ha varit direkt berörda. Beträffande frågan om huruvida de var personligen berörda har de hävdat att rätten utan laga grund fastställt en godtycklig gräns för storleken av den andel över vilken en aktieägare måste förfoga för att kunna väcka talan. Klagandena förfogade även över en betydande andel i Generali. För det tredje skulle rätten felaktigt ha underlåtit att beakta att klagandena var berättigade att delta i förfarandet sedan detta återupptagits och att väcka talan mot härunder utfärdade beslut. Klagandena har i detta avseende särskilt hänvisat till artikel 18.4 i fusionskontrollförordningen, vari föreskrivs att fysiska eller juridiska personer som kan påvisa ett berättigat intresse i saken skall ha rätt att yttra sig på begäran. Klagandena anser att de uppfyller detta villkor, eftersom de är betydelsefulla aktieägare i Generali och dessutom har underrättat kommissionen om den nya omständigheten i fråga.

29. Vad sålunda anförts övertygar inte. Vad först gäller bedömningen av huruvida rätten missförstått gällande rättspraxis om avvisning av yrkanden, har klagandena rätt i att samtliga mål som rätten hänvisat till rörde fall i vilka yrkats ändring av en förordning, vilket medförde att den rättsakt som skulle träda i dennas ställe endast kunde utfärdas i form av en förordning. [18] Dessa avgöranden är därmed inte direkt relevanta för bedömningen av de frågor som skall besvaras i förevarande mål. Såsom kommissionen med rätta har påpekat, är rättens ståndpunkt inte desto mindre riktig. Om man endast utgår från den rättsakt genom vilken kommissionen avslår en ansökan om återkallelse eller ändring av ett beslut, skulle det nämligen vara enkelt att kringgå kravet på talerätt enligt artikel 173 fjärde stycket. Enligt klagandenas uppfattning skulle varje medborgare, som utan att beröras av händelserna läser en tidningsartikel i ämnet, ha rätt att begära att kommissionen skall återuppta förfarandet och väcka talan mot kommissionens avslagsbesked, varigenom han indirekt även skulle kunna föra talan om det ursprungliga beslutet. Detta kan inte vara riktigt.

30. Såsom domstolen har förklarat i den av rätten åberopade domen i målet Buckl m. fl. mot kommissionen, skall kommissionens avslagsbeslut bedömas mot bakgrund av

17 — Dom av den 10 december 1969, Eridania m. fl. mot kommissionen (10/68 och 18/68, Rec. s. 459).

18 — Se dom av den 8 mars 1972, Nordgetreide mot kommissionen (42/91, Rec. s. 105, punkt 5), av den 26 april 1988, Asteris m. fl. mot kommissionen (97/86, 193/86, 99/86 och 215/86, Rec. s. 2181, punkt 17), och av den 17 maj 1990, Sonito m. fl. mot kommissionen (C-87/89, Rec. s. I-1981, punkt 8).

karaktären av den ansökan som föranlett beslutet. [19] I förslaget till avgörande i samma mål, närmare bestämt på det ställe som rätten hänvisat till i sin dom, tolkade generaladvokaten Gulmann tidigare rättspraxis så, att talan i ett sådant fall får väckas med stöd av artikel 173, om *den rättsakt som rådet eller kommissionen vägrar att antaga* hade kunnat angripas med stöd av samma bestämmelse. [20] I förevarande mål skulle prövningen följaktligen avse huruvida klagandena kunnat föra talan om den av dem begärda åtgärden, dvs. återkallelsen av det ursprungliga beslutet. Den skulle däremot inte avse huruvida klagandena kunnat föra talan om beslutet av den 19 december 1991. Det är dock endast vid första anblicken som denna uppfattning motsäger de uppfattning som rätten har givit uttryck för. Kommissionen har nämligen med rätta fäst uppmärksamheten på det faktum att en person logiskt sett bara kan beröras av en rättsakt som upphäver eller ändrar en tidigare rättsakt då denna person också berördes av den ursprungliga rättsakten (eller, vilket tydligen inte är fallet här, då ändringsakten utvidgar den ursprungliga på ett sådant sätt att den därefter omfattar även denna person). Om beslutet av den 19 december 1991 inte direkt och personligen berörde klagandena, berörs dessa följaktligen inte heller av ett beslut som upphäver eller ändrar detta beslut eller — såsom i detta fall — ett avslag på en ansökan om återkallelse.

Såsom kommissionen har anfört betyder detta naturligtvis inte att den skulle vara förhindrad att bifalla en sådan ansökan i fall då den finner att ansökan är välgrundad. Det betyder endast att en sökande i ett sådant fall inte kan åberopa artikel 173 för att väcka talan mot kommissionens avslagsbeslut.

31. Låt oss härnäst undersöka om klagandena berördes direkt och personligen på sätt som avses i artikel 173 fjärde stycket. Såsom jag redan har nämnt har rätten i detta avseende hänvisat till domstolens dom i målet Eridania m. fl. mot kommissionen. Det målet rörde tre beslut varigenom kommissionen beviljade stöd till vissa sockerfabriker i Italien. Sökandena i målet var konkurrenter till de italienska företag som mottog stödet. Domstolen fastslog att den omständigheten att en åtgärd kan påverka rådande konkurrensförhållanden på en viss marknad inte i sig är tillräcklig för att varje marknadsaktör som på ett eller annat sätt konkurrerar med den till vilken rättsakten är riktad skall anses vara direkt och personligen berörd av denna. I sådana fall skulle tvärtom en talan med stöd av artikel 173 endast kunna väckas under särskilda omständigheter. [21] Domstolen avvisade talan, eftersom den fann att klagandena inte hade visat att det förelåg sådana särskilda omständigheter. [22]

19 — Dom av den 24 november 1992, Buckl m. fl. mot kommissionen (C-15/91 och C-108/91, Rec. s. I-6061, punkt 22).

20 — Förslag till avgörande av den 8 juli 1992 i de förenade målen C-15/91 och C-108/91 (Rec. s. I-6074 resp. s. I-6079) (min kursivering).

21 — A. st. 17, punkterna 7 och 8.

22 — A. st. 17, punkt 14.

32. Frågan i det målet var således inte om kommissionen beträffande ett visst företag hade vidtagit en åtgärd som direkt och personligen berörde företagets aktieägare. Det är redan av detta skäl tveksamt om domen i det målet kan vara av betydelse för föreliggande fall. Anledning saknas dock att undersöka om senare rättspraxis har medfört att domen i det målet måste anses vara obsolet, såsom klagandena har hävdat. Kommissionen har med rätta gjort gällande att den rättsuppfattning som rätten på ifrågavarande ställe givit uttryck i alla händelser är fullständigt riktig. Att en åtgärd kan påverka förhållandet mellan bolagsmännen i ett företag (eller förhållandet mellan bolagsmännen och företaget) är inte en omständighet som är liktydig med att åtgärden direkt och personligen berör varje bolagsman i företaget. Därvid saknar det betydelse om man i likhet med rätten utgår från beslutet av den 19 december 1991 eller (i överensstämmelse med klagandenas ståndpunkt) från det beslut som kommissionen skulle ha utfärdat om den hade återupptagit förfarandet.

33. Såsom jag redan nämnt har rätten vid bedömningen av huruvida klagandena berördes *direkt* förklarat att kommissionens beslut av den 19 december 1991 inte i sig varit ägnat att påverka beskaffenheten eller omfånget av de rättigheter som bolagsmännen hade i det berörda företaget. [23] Det är förvisso riktigt att kommissionens förklaring att Mediobancas förvärv av ytterligare andelar i Generali inte omfattas av fusionskontrollförordningen inte i sig påverkar *beskaffenheten* av klagandenas rättigheter på grund av andelarna i Generali. Klagandena kunde till exempel fortfarande utöva de rösträttigheter som var förenade med andelarna och uppbära utdelning. Om klagandenas påstående att Mediobanca genom ifrågavarande transaktion (ensamt eller med andra) tagit kontrollen över Generali var riktigt, skulle emellertid rättigheternas *omfång* ha ändrats i betydande mån. Såsom klagandena med rätta har gjort gällande finns det viktig skillnad mellan bolagsmännens ställning i ett oavhängigt företag och bolagsmännens ställning i ett företag som kontrolleras av andra. Eftersom denna skillnad ligger i sakens natur, är det — i motsats till vad rätten funnit — inte nödvändigt att klagandena förebringar ytterligare bevisning i detta avseende. Rätten har inte tagit ställning till om klagandenas påstående var välgrundat, vilket den borde ha gjort då den prövade talan i sak. Vid prövningen av huruvida talan kan tas upp till sakprövning, vilken fråga jag nu behandlar, måste utgångspunkten enligt min uppfattning därför vara att påståendet är riktigt. Mot bakgrund av vad jag tidigare sagt är det därmed fullt möjligt att det bort anses att klagandena var *direkt* berörda.

34. Rätten har emellertid med rätta fastslagit att klagandena inte berördes *personligen*. Enligt vad rätten förklarat uppgick antalet aktieägare i Generali till omkring 140 000,

23 — A. st. 3, punkt 35; se ovan punkt 9.

varvid ingen av klagandena förfogade över en andel av kapitalet i Generali som uppgick till 0,5 procent eller mer. [24] Parterna har i förevarande mål avgivit utförliga yttranden om den verkliga betydelsen av klagandenas andelar i Generali och hur dessa andelar storleksmässigt förhöll sig till andra bolagsmäns andelar. Då dessa uppgifter saknar betydelse för målets avgörande, skall jag inte gå in på dem närmare. Det är utrett att klagandena i egenskap av aktieägare i Generali befann sig i minoritet och att de i princip således befann sig i samma situation som Generalis övriga aktieägare i minoritet. Klagandena har inte förmått visa hur kommissionens beslut skulle angå dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem i förhållande till andra personer och individualiserar dem på samma sätt som den som beslutet är riktat till. [25]

35. Rätten har därvid på intet sätt fastställt en godtycklig gräns för hur stor andel en aktieägare måste förfoga över för att kunna anses vara personligen berörd. Den har tvärtom förklarat att klagandena inte åberopat några omständigheter varav det vore möjligt att sluta sig till att deras ställning var annorlunda än den som Generalis övriga aktieägare i minoritet befann sig i. Klagandenas påstående att de alltid visat särskilt intresse för verksamheten i Generalis ledande organ kan knappast tillmätas någon större vikt. Kommissionens uppgift att protokollen från Generalis årliga bolagsstämmor för åren 1991 och 1992 inte visar att klagandenas företrädare skulle ha yttrat sig är dessutom ostridig. Denna omständighet är naturligtvis inte ägnad att underbygga klagandenas påstående. Däremot anser jag inte att någon vikt bör tillmätas den av kommissionen åberopade omständigheten att klagandena inte yttrade sig under det förfarande som utmynnade i beslutet av den 19 december 1991. Klagandenas betänkligheter följde av 1985 års överenskommelse mellan Mediobanca, Lazard och Generali. Eftersom klagandena enligt egen uppgift inte fick kännedom om överenskommelsen förrän år 1992, saknade de anledning att ta del i det förfarandet. Å andra sidan kan klagandena i detta sammanhang inte åberopa den omständigheten att den (påstått) nya omständigheten bragtes till kommissionens kännedom genom deras försorg. Om detta vore tillräckligt för att anse att någon berörs personligen, skulle såsom tidigare nämnts vem som helst som får kännedom om omständigheten och därefter lämnar kommissionen upplysning därom uppfylla detta krav. Så kan det inte förhålla sig.

36. Då klagandena i motsats till vad som hävdats inte heller kan anses ha talerätt i egenskap av möjlig part i förfarandet, vilket

24 — A. st. 3, punkt 36.

25 — Dom av den 15 juli 1963, Plaumann (25/62, Rec. s. 211, s. 238).

skall visas nedan [26], har de inte berörts personligen på sätt som krävs enligt artikel 173 fjärde stycket. Talan skulle därför avvisas, varför den överklagade domen är riktig. Frågan huruvida klagandena haft talerätt kan därmed anses avgjord. Eftersom detta mål är det första i sitt slag, vill jag emellertid tillfoga några anmärkningar av principiell karaktär. Jag tvivlar nämligen på att bolagsmän i ett företag som (möjligen) hamnar under ett annat företags kontroll alls har rätt att väcka talan mot beslut som kommissionen meddelar med stöd av fusionskontrollförordningen och genom vilka den antingen tillåter en viss koncentration eller förklarar att förordningen inte är tillämplig i ett sådant fall.

37. Fusionskontrollförordningen innehåller inga särskilda bestämmelser om möjligheten att föra talan om beslut som meddelats med stöd av förordningen. Implicit är dess utgångspunkt dock att alla beslut kan överprövas av domstolen [27]. De processrättsliga konsekvenserna kommer till uttryck i artikel 10.5 i förordningen. Den bestämmelsen har följande lydelse: Om domstolen avkunnar en dom som helt eller delvis upphäver ett beslut av kommissionen enligt denna förordning, skall de tidsfrister som anges i förordningen börja löpa på nytt från dagen när domen avkunnades.

38. Vid prövningen av klagandenas talerätt enligt artikel 173 fjärde stycket skall dock ändamålet med fusionskontrollförordningen beaktas. Såsom framgår av övervägandena är förordningen avsedd att skydda konkurrensen och är därigenom en del av den ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids [28] och som ingår bland gemenskapens uppgifter enligt artikel 3 g i EG-fördraget. Klagandenas invändning att denna förordning också utfärdats med stöd av artikel 235 i EG-fördraget och följaktligen är tänkt att fylla ytterligare syften övertygar inte. Under det muntliga förfarandet har kommissionens företrädare gjort det riktiga påpekandet att förordningen inte grundats på artikel 235 av annan anledning än att det var fråga om att skapa ett nytt rättsligt instrument som skulle bli det enda instrument som var tillämpligt på sådana koncentrationer. [29] Även bedömningskriterierna för sådana koncentrationer i artikel 2 i förordningen visar att fusionskontrollförordningens mål är att skydda konkurrensen.

Såsom kommissionen träffande har uttryckt saken innebär fusionskontrollförordningen däremot inte att kommissionen har givits i uppgift att slå vakt om de intressen som

26 — Punkt 41 f.

27 — Jfr särskilt artikel 21.1 i fusionskontrollförordningen.

28 — Se särskilt de sju första övervägandena i förordningens ingress.

29 — Det sjunde och åttonde övervägandet i förordningens ingress bekräftar detta.

aktieägare i minoritet kan tänkas ha. Jag ser inte att en bolagsman i ett företag som berörs av ett förfarande enligt fusionskontrollförordningen kan ha *ett ur konkurrenssynpunkt relevant intresse* av kommissionens beslut med stöd av fusionskontrollförordningen. Förevarande mål vittnar tydligt om detta. De rättigheter som den omtvistade transaktionen skulle påverka är klagandenas rättigheter i egenskap av aktieägare i Generali. Klagandena tycks särskilt befara att Mediobancas förmodade övertagande av kontrollen kan medföra en kraftig minskning av deras inflytande över Generalis ledning eller att detta inflytande helt försvinner. Lösning av tvister som uppkommer till följd av avgränsningen av bolagsmännens rättigheter sinsemellan eller i förhållande till det företag i vilket de innehar andelar är emellertid en bolagsrättslig fråga. [30] Fusionskontrollförordningen har inte tillkommit i det syftet. Jag lutar således åt uppfattningen att aktieägare i ett företag generellt bör sakna rätt att väcka talan mot beslut av kommissionen i fråga om fusionskontroll. [31]

39. I detta hänseende synes en jämförelse med amerikansk rätt vara nyttig. Delstatsregeringarna och andra sökande som väcker skadeståndstalan med anledning av överträdelser av den konkurrensrättsliga lagstiftningen (by reason of anything forbidden in the antitrust laws) har med stöd av 4 § i Clayton Act [32] rätt till ersättning med ett belopp uppgående till tre gånger den lidna skadan. [33] Enligt artikel 16 i Clayton Act [34] kan parterna begära att domstolarna vidtar interimistiska åtgärder (injunctive relief) i fall då det föreligger risk för att sådan skada kan uppkomma. Är sökanden en privatperson skall han visa att han har rätt att väcka talan. En förutsättning för detta är enligt rättspraxis bland annat att sökanden har lidit en antitrust injury (eller att sådan skada hotar uppstå). I rättsfallet Brunswick [35] definierade Supreme Court sådan skada såsom "injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants' acts unlawful." [36] I det målet förde ett antal bowlinghallar skadeståndstalan med stöd av artikel 4 i Clayton Act till följd av att vissa bowlinghallar hade övertagits av en konkurrent. Kärandena gjorde gällande att de övertagna bowlinghallarna egentligen skulle ha försatts i konkurs, varvid kärandena hade kunnat ta över en del av den kundkrets som dessa bowlinghallar hade. Supreme Court fann att den skada som åsamkats kärandena inte var en typ av skada som konkurrensreglerna var avsedda att

30 — Se härom Brown, Adrian: "Judicial Review of Commission Decisions under the Merger Regulation: The First Cases", *ECLR* 1994, s. 296, s. 305.

31 — Om ett möjligt undantag till skydd för parternas processuella rättigheter se punkt 47 nedan.

32 — 15 USC 15 §. Clayton Act återges i Chesterfield Oppenheim, S., Weston, Glen E. och McCarthy, J. Thomas: *Federal Antitrust Laws*, 4: e uppl., S: t Paul, 1981, s. 1119 f.

33 — Jfr härom och i det följande Hawk, Barry E: "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), Luxemburg, 1994, s. 79 f.

34 — 15 USC 26 §.

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

36 — A. st. 35, s. 489. Se även Associated General Contractors of California, Inc. v California State Council of Carpenters, 459 US 1983, s. 519 och, i synnerhet, s. 540.

förhindra. [37] I rättsfallet Cargill [38] förklarade Supreme Court att denna rättspraxis är tillämplig även i fall då talan väcks med stöd av artikel 16 i Clayton Act. [39]

De amerikanska domstolarna har vid åtskilliga tillfällen avgjort mål i vilka aktieägare i ett företag har väckt talan under åberopande av att företaget har skadats genom överträdelser av konkurrensreglerna. Redan år 1910 avvisade Circuit Court of Appeals, Third Circuit, en sådan talan i rättsfallet Loeb. [40] Avgörandet citerades gillande av Supreme Court i rättsfallet Associated General Contractors. [41] I en nyare dom har en överinstans dragit slutsatsen att aktieägare i ett berört företag saknar talerätt:

"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. Enligt amerikansk rätt skulle således klagandenas talan med all sannolikhet ha avvisats i den del den grundats på att Mediobanca kunde överta kontrollen över Generali. Med tillämpning av gemenskapsrättsliga bestämmelser bör utgången i förevarande mål inte bli en annan. Aktieägare i ett företag som har deltagit i ett fusionskontrollförfarande har inte talerätt i den mening som avses i artikel 173 fjärde stycket i fråga om beslut som kommissionen meddelar med stöd av fusionskontrollförordningen. Jag menar att dessa aktieägare inte berörs personligen. Mot bakgrund av sistnämnda beslut vore det emellertid också möjligt att säga att de inte berörs personligen av det skälet att de endast åtnjuter härledda rättigheter.

41. Slutligen skall jag undersöka klagandenas påstående att de skulle ha rätt att väcka talan till följd av att de skulle ha varit berättigade att delta i det förfarande som de begärt återupptagande av. De har i detta hänseende

37 — A. st. 35, s. 488 f.

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

39 — A. st. 38, s. 109 f. (särskilt s. 113).

40 — Loeb v Eastman Kodak Co., 183 F [Federal Reporter], s. 704 och, i synnerhet, s. 709.

41 — A. st. 36, s. 533.

42 — Court of Appeals, Seventh Circuit in Southwest Suburban Board of Realtors, Inc v Beverly Area Planning Association, 830 F 2d, s. 1374 och, i synnerhet, s. 1378.

framförallt åberopat artikel 18.4, i fusionskontrollförordningen, som har följande lydelse:

"I den mån kommissionen och medlemsstaternas behöriga myndigheter anser det nödvändigt kan de inhämta yttranden även från andra fysiska eller juridiska personer. Fysiska eller juridiska personer som kan påvisa ett berättigat intresse i saken ... skall efter ansökan ha rätt att yttra sig."

42. Enligt klagandenas uppfattning innebär denna bestämmelse att kommissionen hade måst höra klagandena för det fall att den hade återupptagit förfarandet. Sedan de på detta vis deltagit i förfarandet skulle de i ett sådant fall ha varit berättigade att väcka talan mot det beslut varigenom förfarandet avslutades. Följaktligen borde de även anses ha talerätt i förevarande mål.

43. Första intrycket av denna argumentation är — om jag får tillåta mig liknelsen — att klagandena försöker ta sig upp ur träsket genom att på baron von Münchhausens manér lyfta sig i håret. Kommissionens argument att klagandena inte deltog i det förfarande som ledde till beslutet av den 10 december 1991 och därför inte kunde väcka talan i föreliggande fall, verkar bestickande vid första anblicken. Såsom jag emellertid redan har sagt, fanns det inget skäl för klagandena att ta del i förfarandet, eftersom de vid denna tidpunkt ännu inte hade kännedom om den nya omständigheten i fråga. Att de inte tog del i det förfarandet är således en omständighet som i målet saknar betydelse.

44. Det är ostridigt att artikel 18.4 andra meningen i fusionskontrollförordningen inte innehåller en uttömmande uppräkning av de personer som på begäran har rätt att yttra sig inför kommissionen. Detta framgår redan av bestämmelsens ordalydelse (särskilt). På grund av den av mig företrädda och tidigare nämnda uppfattningen [43] tvivlar jag dock på att en bolagsman i ett företag som berörs av en fusion skulle ha ett berättigat intresse av att yttra sig inför kommissionen i ett förfarande enligt förordningen. Jag är benägen att hålla med kommissionen, som åtminstone vad detta mål beträffar har besvarat denna fråga nekande, eftersom klagandena inte förfogade över en betydande andel av aktierna i Generali. Klagandena har för övrigt vidgått att kommissionen inte är skyldig att höra samtliga aktieägare i ett bolag som Generali, utan förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning i det avseendet. Jag ger vidare kommissionen rätt i att det faktum att just klagandena bragte den påstått nya omständigheten till kommissionens kännedom saknar betydelse för bedömningen av

43 — Se punkt 36 f. ovan.

huruvida det förelåg ett berättigat intresse, eftersom vem som helst hade kunnat fästa kommissionens uppmärksamhet på denna omständighet. Rätten har i slutändan lämnat frågan öppen och inte, vilket klagandena hävdat, lämnat sitt tysta bifall åt klagandenas tolkning.

45. Även om man antar att klagandena bort höras enligt artikel 18.4 i fusionskontrollförordningen, kan man inte av detta dra slutsatsen att de måste anses ha talerätt i detta mål. Blotta omständigheten att en person har yttrat sig under det administrativa förfarandet ger inte denne rätt att väcka talan mot det påföljande beslutet. Domstolen och förstainstansrätten har beträffande tredje mans talerätt i mål om konkurrens, antidumpning, subventioner och statsstöd i fast rättspraxis visserligen funnit att personer som genom en förordning eller själva EG-fördraget har rätt att ta del i ett administrativt förfarandet får föra talan för att skydda befogade intressen. [44] I alla dessa mål rörde det sig dock — såsom jag för övrigt redan nämnt — om en situation där några företag försöker förhindra att andra företag på grund av konkurrensreglerna får, förskaffar sig eller säkrar obefogade fördelar som är förknippade med motsvarande nackdelar för de företag som väckt talan. [45] När domstolen och förstainstansrätten i dessa domar särskilt hänvisar till att möjligheten att väcka talan är avsedd att skydda befogade intressen, vill detta säga att rent yttre omständigheter, särskilt deltagandet i förfarandet, inte är tillräckliga för att sökanden skall kunna jämställas med den person till vilken ett beslut är riktat: Det krävs härutöver att sökanden, i egenskap av skyddsvärd person, omfattas av den konkurrensrättsliga föreskriftens tillämpningsområde. [46] Detta krav är inte uppfyllt i föreliggande fall. Såsom jag redan nämnt är fusionskontrollförordningen inte avsedd att skydda bolagsmännens intressen i ett företag som berörs av en fusion.

46. Under det muntliga förfarandet inför domstolen har klagandenas ombud anfört att klagandenas situation är jämförbar med den situation i vilken de företrädare för arbetstagare som avses i artikel 18.4 befinner sig. Detta yttrande torde vara inspirerat av förstainstansrättens domar av den 27 april 1995 i mål som rörde just en talan som väckts av arbetstagarrepresentanter [47]. Talan avvisades i båda målen. Rätten fann emellertid att sökandena berördes personligen, eftersom arbetstagarrepresentanter uttryckligen

44 — Domarna av den 25 oktober 1977, Metro mot kommissionen (26/76, Rec. s. 1875, punkt 13), av den 4 oktober 1983, Fediol mot kommissionen (191/82, Rec. s. 2913, punkt 28 f.) och av den 28 januari 1986, Colz Ofaz m. fl. (169/84, Rec. s. 391, punkt 23). Jfr domar under senare tid av den 18 maj 1994, BEUC och NCC mot kommissionen (T-37/92, Rec. s. II-285, punkt 36), och av den 24 januari 1995, BEMIM mot kommissionen (T-114/92, Rec. s. II-147, punkt 26).

45 — Se mitt förslag till avgörande av den 17 september 1992 i målet CIRFS m. fl. mot kommissionen (dom av den 24 mars 1993, C-313/90, Rec. s. I-1125, s. I-1148 och, i synnerhet, s. I-1164).

46 — A. st. 45, Rec. s. I-1165.

47 — Dom i målet Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources m. fl. mot kommissionen (T-96/92, REG s. II-1213) och i målet Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel m. fl. mot kommissionen (T-12/93, REG s. II-1247).

omnämndes i artikel 18.4 [48]. Det är i detta sammanhang inte nödvändigt att ta ställning till om denna ståndpunkt bör vinna anslutning. Det kan i varje fall fastställas att bolagsmän inte fått något uttryckligt omnämnande i artikel 18.4 i förordningen och att det inte synes föreligga några andra skäl för att anse att klagandena har berörts personligen.

47. Rätten fann i de båda nyssnämnda domarna att arbetstagarrepresentanterna åtminstone bör ha rätt till rättslig prövning av huruvida kommissionen respekterat deras rätt att yttra sig. [49] I förevarande mål är detta dock betydelselöst redan av det skälet att kommissionen undersökte klagandenas argument och tillbakavisade dem i skrivelse av den 31 juli 1992. Det kan därför under inga omständigheter vara fråga om ett åsidosättande av klagandenas rätt att yttra sig.

48. Klagandena har följaktligen inte haft rätt att väcka talan. Överklagandet skall därmed ogillas.

48 — Dom i målet Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources m. fl. mot kommissionen, punkterna 31 och 32, och i målet Comité central d'entreprise de la Société anonyme Vittel m. fl. mot kommissionen, punkterna 41 och 42.

49 — Dom i målet Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources m. fl. mot kommissionen, punkt 46, och i målet Comité central d'entreprise de la Société anonyme Vittel m. fl. mot kommissionen, punkt 59.

Kommissionens två övriga argument till stöd för yrkandet om avvisning

49. För fullständighetens skull skall jag, i all korthet, slutligen behandla kommissionens två övriga argument till stöd för yrkandet att talan skall avvisas. Kommissionen framförde dessa argument redan i målet vid förstainstansrätten för det fall att domstolen skulle upphäva den överklagade domen.

50. Till skillnad från kommissionen anser jag inte att skrivelsen av den 31 juli 1992 endast var informativ. Kommissionen tillkännagav i denna fastmera att den inte avsåg bifalla klagandenas ansökan. Enligt min mening är detta ett beslut i den mening som avses i fördraget.

51. Kommissionen har emellertid med rätta påpekat att detta beslut inte hade något självständigt innehåll, utan endast var en bekräftelse på beslutet av den 19 december 1991. Det är ostridigt mellan parterna att kommissionen kände till 1985 års överenskommelse då den fattade sistnämnda beslut. Klagandenas ansökan om återupptagande av förfarandet grundade sig därmed inte på en — för kommissionen — ny omständighet, utan på påståendet att kommissionen feltolkat överenskommelsen. Av skrivelsen av den 31 juli 1992 kan utläsas att kommissionen kände till den tvistiga överenskommelsen och att

den hade undersökt denna innan den fattade beslutet av den 19 december 1991, men inte ansåg det nödvändigt att frångå resultatet av sin tidigare undersökning. Av fast rättspraxis följer emellertid att en rättsakt som inskränker sig till att bekräfta en tidigare rättsakt inte ger de berörda möjlighet att på nytt ta upp frågan om den bekräftade rättsaktens lagenlighet. [50] Klagandenas talan skulle således ha avvisats redan på denna grund.

52. Överklagandet skall därmed ogillas. Beslutet om fördelningen av rättegångskostnaderna följer av artiklarna 122, 118 och 69 i domstolens rättegångsregler.

C — Förslag till avgörande

53. Jag föreslår följaktligen att domstolen ogillar överklagandet och förpliktar klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

50 — Dom av den 22 mars 1961, SNUPAT mot Europeiska kol och stålgemenskapens höga myndighet, Rec. s. 99, s. 146 (i den tyska versionen talas felaktigt om "bestätigenden Akt" [bekräftande rättsakt]); se senast dom av den 14 juli 1995, Groupement des cartes bancaires "CB" mot kommissionen (T-275/94, REG s. II-2169, punkt 27).