ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer — uitgebreid)

4 maart 1999 *

In zaak T-87/96,

Assicurazioni Generali SpA en Unicredito SpA, vennootschappen naar Italiaans recht, respectievelijk gevestigd te Triëst en te Treviso (Italië), vertegenwoordigd door A. Pappalardo, advocaat te Trapani, en C. Tesauro, advocaat te Napels, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. Lorang, advocaat aldaar, Rue Albert 1er 51,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal en F. Mascardi, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

* Procestaal: Italiaans.

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door U. Leanza, hoofd van de dienst diplomatieke geschillen van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, bijgestaan door I. M. Braguglia, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Italiaanse ambassade, Rue Marie-Adélaïde 5,

interveniënte,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 25 maart 1996 in zaak nr. IV/M.711 — Generali/Unicredito, betreffende een procedure krachtens verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (gerectificeerde versie, PB 1990, L 257, blz. 14),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, C. W. Bellamy, R. M. Moura Ramos, J. Pirrung en P. Mengozzi, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 14 juli 1998,

het navolgende

Arrest

Feiten en procesverloop

1 Bij beschikking van 25 maart 1996 stelde de Commissie krachtens artikel 6, lid 1, sub a, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (gerectificeerde versie, PB 1990, L 257, blz. 13; hierna: «verordening nr. 4064/89») vast, dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming genaamd Casse e Generali Vita SpA (hierna: «CG Vita» of «gemeenschappelijke onderneming»), ter uitvoering van door Assicurazioni Generali SpA (hierna: «Generali») en Unicredito SpA (hierna: «Unicredito») op 9 februari 1996 bij haar aangemelde overeenkomsten, geen concentratie was in de zin van artikel 3 van verordening nr. 4064/89, zoals dit ten tijde van de vaststelling van deze beschikking luidde vóór de wijziging bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1; hierna: «verordening nr. 1310/97»), en dus niet binnen de werkingssfeer van deze verordening viel (zaak nr. IV/M.711 — Generali/Unicredito; hierna: «bestreden beschikking»). Voormelde overeenkomsten waren gesloten in de vorm van een intentiebrief van 10 januari 1996, aangevuld bij een brief van 9 februari 1996, en van op dezelfde datum ondertekende parasociale overeenkomsten.

2 Op verzoek van de aanmeldende partijen behandelde de Commissie de aanmelding derhalve als een verzoek (om een negatieve verklaring) in de zin van artikel 2, respectievelijk als een aanmelding in de zin van artikel 4 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204; hierna: «verordening nr. 17»), overeenkomstig artikel 5 van verordening (EG) nr. 3384/94 van de Commissie van 21 december 1994 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig de toentertijd geldende verordening nr. 4064/89 (PB L 377, blz. 1; hierna: «ver-

ordening nr. 3384/94»). Bij brief van 1 april 1996 deelde zij hen mee, dat de zaak werd geseponeerd omdat artikel 85 van het Verdrag niet toepasselijk was, aangezien de aangemelde overeenkomsten de handel tussen lidstaten niet merkbaar ongunstig konden beïnvloeden.

3 Ten tijde van de aanmelding van de voormelde overeenkomsten, die voorzagen in de gezamenlijke controle van de vennootschap CG Vita door Unicredito en Generali, heette deze vennootschap Quercia Vita SpA en werd zij uitsluitend gecontroleerd door Unicredito. Volgens de gegevens in voormelde intentiebrief en in het betrokken aanmeldingsformulier bedoeld in verordening nr. 4064/89 (hierna: «formulier CO»), oefende zij geen activiteiten uit en beschikte zij nog niet over een vergunning van het Istituto per la vigilanza sulle imprese di assicurazione private e di interesse collettivo (hierna: «ISVAP») (toezichthoudend orgaan voor particuliere verzekeringen en verzekeringen van collectief belang) als vereist volgens het Italiaanse decreto legislativo nr. 174 van 17 maart 1995, waarin de uitoefening van een activiteit in de verzekeringssector ter bescherming van de consument afhankelijk is gesteld van het bezit van een dergelijke vergunning.

4 CG Vita zal het verzekeringsbedrijf uitoefenen in de branches «leven», «kapitalisatie» en «pensioenfondsen» binnen de grenzen, wat deze laatste branche betreft, van de bij de Italiaanse regeling aan de verzekeringsmaatschappijen voorbehouden activiteiten (punt 1.1.1 van de intentiebrief). Volgens artikel 4 van haar statuten heeft zij meer bepaald tot doel, in Italië en in het buitenland het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf in de in de punten A en B van de tabel bij het decreto legislativo nr. 174 van 17 maart 1995 bedoelde branches uit te oefenen en deelnemingen te verwerven in vennootschappen met hetzelfde doel. Blijkens het eerste vijfjarenplan voor de bedrijfsvoering van CG Vita, dat krachtens voormelde Italiaanse regeling met het oog op het onderzoek door ISVAP is opgesteld, zal de gemeenschappelijke onderneming hoofdzakelijk, althans aanvankelijk, in de sector van de individuele verzekeringen met heel eenvoudige producten opereren (hierna: «bedrijfsplan»).

5 Volgens de artikelen 6 en 7 van de statuten bedraagt het maatschappelijk kapitaal van CG Vita 2 miljard LIT, dat tot 20 miljard kan worden verhoogd of tot een nog hoger niveau op basis van het industrieplan, aldus het formulier CO en de voormelde intentiebrief. Gezien de in de bestreden beschikking vermelde

opmerkingen van de Italiaanse regering was de financiële deelneming van Generali aanvankelijk beperkt tot 300 miljoen LIT. Het personeelsbestand van de gemeenschappelijke onderneming — aanvankelijk 15 personen, waaronder een directeur, een (leidinggevend) commercieel kaderlid en een technisch-administratief kaderlid — wordt volgens het organigram in het bedrijfsplan geleidelijk uitgebreid tot 23 personen in de loop van het vijfde boekjaar. Volgens artikel 5 van de statuten wordt de gemeenschappelijke onderneming opgericht voor bepaalde tijd, te weten tot en met 31 december 2050, met de mogelijkheid van verlenging.

6 Volgens de intentiebrief en het formulier CO is de vennootschap Generali een verzekeringsmaatschappij die zich bezighoudt met de uitoefening van het verzekerings- en herverzekeringsbedrijf in alle branches «schade» en in de branche «leven». Zij controleert de groep Generali die volgens de bestreden beschikking de grootste verzekeringsgroep in Italië is.

7 Unicredito is een financieringsmaatschappij die onder meer tot doel heeft, deelnemingen te verwerven en te beheren in ondernemingen van de bank-, verzekerings- en financiële sector. Zij staat aan het hoofd van de bankgroep Unicredito, bestaande uit de vennootschappen Cassa di Risparmio di Verona Vicenza Belluno e Ancona (hierna: «Cariverona») en Cassa di Risparmio della Marca Trivigiana (hierna: «Cassamarca»), alsmede van de door deze gecontroleerde vennootschappen.

8 In voormelde intentiebrief van 10 januari 1996 geven Generali en Unicredito in de eerste plaats te kennen, participatie- en samenwerkingsovereenkomsten in de financiële, bank-, verzekerings- en de parabancaire sector te willen sluiten met het oog op een onderlinge integratie van hun activiteiten. Zij wijzen erop, dat deze stap in de lijn ligt van de recentste ontwikkelingen in de bank- en verzekeringssector, die gaan in de richting van een versterkte intersectoriële integratie vanuit het perspectief van een verruiming van het aanbod van bank-, verzekerings-, financiële en parabancaire producten in het algemeen door een beter en omvangrijker gebruik van de respectieve distributienetten van de marktdeelnemers, met het accent op kostenbesparingen, efficiency en synergiën.

9 In dit kader en met het oogmerk «later hun samenwerkingsbanden te consolideren» preciseren zij, dat zij hun «participatie/samenwerkings»-banden willen ontwikkelen door enerzijds oprichting van de gemeenschappelijke onderneming CG Vita, en anderzijds door middel van «operationele activiteiten» (punt 1 van de intentiebrief).

10 De aanmelding betrof alleen de oprichting van de onderneming CG Vita. Deze operatie moest volgens de intentiebrief (punt 1.1.1) plaatsvinden door de overdracht aan Generali van 50 % van het kapitaal van CG Vita, dat tot dan volledig werd gehouden door Unicredito. Voormelde parasociale overeenkomsten preciseren, dat de raad van bestuur paritair is samengesteld uit leden die voor de helft door Cariverona en Cassamarca en voor de helft door Generali worden benoemd. Volgens artikel 14 van de statuten van CG Vita beraadslaagt en besluit de buitengewone algemene vergadering in handelszaken met volstrekte meerderheid van het maatschappelijk kapitaal.

11 Blijkens de intentiebrief zullen de door Cariverona en Cassamarca verkochte verzekeringen van Eurovita bij een tussen deze drie vennootschappen te sluiten overeenkomst door Eurovita worden overgedragen aan CG Vita (punt 1.1.2).

12 Voorts zal CG Vita volgens de intentiebrief (punt 1.1.1) haar eigen producten via het net van de bankkantoren van Unicredito verkopen. Ook kunnen overeenkomsten worden gesloten met andere al dan niet bancaire netwerken. Volgens de in het bedrijfsplan vervatte en door de moederondernemingen in hun antwoorden van 29 februari en 12 maart 1996 op inlichtingenverzoeken van de Commissie bevestigde gegevens zal de distributie van de producten van CG Vita worden verzorgd door het banknet van Unicredito op basis van agentuurcontracten en niet van distributieovereenkomsten.

13 De intentiebrief preciseert ook, dat de banken van de groep Unicredito alle dekkingen inzake levensverzekering, waaronder die voor hun personeel (punt 1.1.1), bij CG Vita zullen plaatsen. Voorts zullen de gelden van deze gemeenschappelijke onderneming worden gedeponeerd bij banken van de groep

Unicredito, die ook de voor de technische reserves geïnvesteerde roerende waarden zullen beheren (punt 1.1.3).

14 Wat de voormelde «operationele activiteiten» betreft, verbindt Generali zich er in wezen toe, geleidelijk gebruik te gaan maken van de bancaire en financiële diensten van de groep Unicredito, die haar tegen de beste marktvoorwaarden zullen worden verleend. Unicredito van haar kant verbindt zich ertoe, de door haar gecontroleerde banken opdracht te geven om alle nieuwe verzekeringen in de branche «schade» tegen de beste marktvoorwaarden bij Generali te sluiten. Bovendien zullen de banken van de groep Unicredito en Generali de mogelijkheden bestuderen voor gemeenschappelijke initiatieven om mede voor de klanten van de banken van Unicredito bestemde verzekeringsproducten van de branche «schade» te definiëren en te plaatsen, zonder de gezamenlijke oprichting van een nieuwe maatschappij in deze specifieke sector uit te sluiten (punt 1.2 van de intentiebrief).

15 Unicredito en Generali zullen een studiecommissie instellen, die wordt belast met de ontwikkeling van deze gemeenschappelijke initiatieven en ook van nieuwe initiatieven, zoals onder meer het installeren van betaalautomaten bij de kantoren van Generali, samenwerking inzake kredietkaarten en het elektronische geldverkeer in het algemeen, de bundeling van de door de banken van de groep Unicredito en door Generali aangeboden diensten in het segment van de bankdiensten aan ondernemingen, en onderzoek naar de opportuniteit van het totstandbrengen van een fysiek verband tussen de bankkantoren van Unicredito en de kantoren of agentschappen van Generali (punt 3 van de intentiebrief).

16 Op het gebied van de beroepsopleiding zal Generali volgens de intentiebrief nauw betrokken worden bij het opzetten van de structuren voor de opleiding van het met de bevordering en de verkoop van de verzekeringsproducten belaste personeel van Unicredito. Volgens het bedrijfsplan van CG Vita zullen op grond van overeenkomsten met haar moederondernemingen gecoördineerde cursussen door docenten («esperti docenti») van het opleidingscentrum van Generali («Scuola di formazione professionale delle Assicurazioni Generali») worden

georganiseerd. Volgens de gegevens in het bedrijfsplan zullen de kosten van deze opleiding voor de betrokken onderneming het eerste boekjaar 500 miljoen LIT bedragen en het vijfde boekjaar 243 miljoen LIT.

17 De intentiebrief bevat ook exclusiviteitsovereenkomsten. Volgens het antwoord van Generali en Unicredito op een formeel inlichtingenverzoek van de Commissie gelden deze enkel in geval van oprichting van de vennootschap CG Vita door de verwerving van 50 % van haar kapitaal door Generali en ten aanzien van de distributie van de producten van deze onderneming door het banknet van Unicredito. In de intentiebrief ziet Generali er uitdrukkelijk van af om zonder instemming van Unicredito soortgelijke samenwerkings- en/of participatieovereenkomsten te sluiten met andere banken in de Italiaanse regio's waar er voldoende bankkantoren van deze groep zijn.

18 Unicredito gaat een soortgelijke verbintenis aan jegens Generali. Meer bepaald ziet zij ervan af, direct of indirect zonder instemming van Generali participaties in andere verzekeringsmaatschappijen als permanente en functionele investering te verwerven. Eventuele participaties in bankvennootschappen en/of -holdings die op hun beurt over directe of indirecte participaties in verzekeringsmaatschappijen beschikken, zijn van deze verbintenis uitgesloten.

19 Aangaande meer bepaald de distributie van de producten van CG Vita wordt in voormelde aanvullende brief van 9 februari 1996 gepreciseerd, dat de duur van de voor deze distributie aan Unicredito opgelegde exclusiviteit is beperkt tot vijf jaar.

20 Ten slotte zullen de oprichtende vennootschappen volgens het bedrijfsplan de gemeenschappelijke onderneming op een aantal gebieden hulp verlenen tegen kostprijs. Voor het eerste boekjaar is ter zake een vergoeding voor de moederondernemingen ten belope van 800 miljoen LIT voorzien, met een jaarlijkse stijging van 5 %. CG Vita zal zoveel als mogelijk een beroep kunnen doen op de informaticadiensten van haar moederondernemingen. De technische en administratieve procedures inzake levensverzekeringen (opmaak van de polissen,

boekhouding, betalingen, berekening van de balansreserves, enz.) zullen die van Generali zijn. In ieder geval zolang de portefeuille niet groot genoeg is om een interne accountantsdienst te kunnen bekostigen, zal de interne accountantsdienst van Generali (Ufficio di Internal Auditing) de interne controle uitoefenen. Bovendien kan CG Vita voor de medische beoordeling van de aangeboden risico's «althans tijdens de eerste periode van haar bedrijfsuitoefening» een beroep doen op de desbetreffende dienst van Generali. Ten slotte zal ook de technisch-actuariële bijstand door Generali worden verzorgd, die een actuaris ter beschikking zal stellen. Volgens het bedrijfsplan is het evenwel «de bedoeling, het beheer van de onderneming mettertijd zelfstandig te laten verlopen, [wat] geleidelijk zal geschieden parallel met de groei van de omzet».

21 Na de aanmelding van de beschreven overeenkomsten verliep de procedure als volgt: op 23 februari 1996 stuurde de Commissie de partijen krachtens artikel 11 van verordening nr. 4064/89 een eerste formeel inlichtingenverzoek. Teneinde te kunnen beoordelen, of CG Vita een volwaardige gemeenschappelijke onderneming was, verzocht zij om a) «nadere preciseringen en toelichtingen ten aanzien van het zelfstandige en volwaardige karakter van [deze] onderneming, met name wat [haar] middelen betreft, en een indicatie over de 'timing' voor de daadwerkelijke start van haar activiteiten»; b) toezending van haar industrieel project; c) nadere inlichtingen over Eurovita, en d) specificatie van de aan CG Vita over te dragen portefeuille. Bij brief van 29 februari 1996 aan de Commissie hebben de moederondernemingen het bedrijfsplan overgelegd en het inlichtingenverzoek beantwoord, waarbij zij met name preciseerden dat de distributie van de producten van CG Vita zou worden verzorgd door de agentschappen van Unicredito, die als agent zouden optreden.

22 Op 4 maart 1996 verzocht de Autorità garante della concorrenza e del mercato (de Italiaanse mededingingsautoriteit) de Commissie om verwijzing van de zaak krachtens artikel 9 van verordening nr. 4064/89. Generali en Unicredito werden hiervan in kennis gesteld door de Commissie die hun op 6 maart 1996 een tweede formeel inlichtingenverzoek stuurde, dat hoofdzakelijk hun marktpositie betrof, het distributienet van Generali voor de levensverzekeringsproducten en de eventuele tussen Generali en andere banken geldende overeenkomsten. Zij

beantwoordden dit verzoek bij brief van 12 maart 1996. Na een informele vergadering op 13 maart 1996 met ambtenaren van de task force «controle van de concentraties tussen ondernemingen» van het directoraat-generaal Mededinging (DG IV) van de Commissie (hierna: «taskforce fusiecontrole») verstrekten zij de Commissie bij brief van 15 maart daaraanvolgend nadere inlichtingen over onder meer het bijkomende karakter van de exclusieve distributieovereenkomst voor de producten van de gemeenschappelijke onderneming.

23 Op 25 maart 1996 heeft de Commissie de bestreden beschikking vastgesteld. Haars inziens betrof de aangemelde operatie geen concentratie in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 4064/89, op grond dat CG Vita geen «daadwerkelijke functionele zelfstandigheid bezit en een aantal elementen van samenwerking vertoont die tot de slotsom leiden, dat de operatie als geheel beschouwd een samenwerkingskarakter bezit» (punten 21 en 22).

24 Wat in de eerste plaats de functionele zelfstandigheid betreft, verklaart de Commissie in de bestreden beschikking, dat «aan de hand van de beschikbare informatie niet met voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een daadwerkelijke en voldoende functionele zelfstandigheid van de gemeenschappelijke onderneming» (punt 13). Dit standpunt berust op twee vaststellingen. In de eerste plaats zullen «in ieder geval tot op het (uiteraard niet nader bepaalbare) tijdstip waarop de verzekeringsportefeuille zo ver ontwikkeld is dat de gemeenschappelijke onderneming de zelfstandige uitoefening van de betrokken activiteiten en diensten kan bekostigen, nagenoeg alle werkzaamheden die verband houden met de productie en het beheer van de verzekeringspolissen (polisopmaak, boekhouding, betalingen, berekening van de balansreserves, beoordeling van de risico's, technisch-actuariële bijstand, enz.), ondanks de expliciete wil van partijen om het beheer van de onderneming geleidelijk zelfstandig te laten verlopen, [worden] verzorgd door de organisatiestructuren van Generali» (punt 16). In de tweede plaats lijkt, anders dan in onder meer de zaak Zurigo/Banco di Napoli (IV/M.543), «het feit dat de verzekeringsproducten van CG Vita geen zodanige kenmerken [vertonen] dat zij naar aard en inhoud duidelijk kunnen worden onderscheiden van die welke al door Generali zijn ontwikkeld en via het bankstelsel worden aangeboden, de argumenten voor het zelfstandige karakter (...) van de gemeenschappelijke onderneming nog meer te verzwakken» (punt 17).

25 Vervolgens beziet de Commissie «voor de gehele operatie het economische belang van de elementen van samenwerking tussen de oprichtende ondernemingen wat de geprivilegieerde toegang tot de markt van de verzekeringsproducten van de branche 'leven' via het bancaire kanaal betreft» (punt 18). In de eerste plaats merkt zij op, dat de voorgenomen operatie in het verlengde ligt van de in de intentiebrief geschetste uitgebreidere samenwerking tussen Generali en Unicredito in de financiële, bank-, verzekerings- en parabancaire sector, waarbinnen de betrokken operatie slechts een etappe is. Bovendien lijkt het belang van partijen bij de verwezenlijking van ruime samenwerkingsvormen in de financiële en verzekeringssector nog te worden versterkt door de — in de intentiebrief voorziene — overeenkomsten van wederzijdse exclusiviteit, die volgens de Commissie alle sectoren van de samenwerking dekken (punt 19). In de tweede plaats stelt de Commissie, kort gezegd, dat de operatie «aansluit bij een marktontwikkeling op het stuk van de distributie van levensverzekeringsproducten in Italië», die enerzijds reeds wordt gekenmerkt door zeer vele exclusiviteitsovereenkomsten tussen kantoornetten als gevolmachtigde agenten en verschillende verzekeringsmaatschappijen, en anderzijds door de snelle groei van de bemiddelingsactiviteiten van de banken voor levensverzekeringsproducten. In deze context vormt het bancaire kanaal, gegeven de aan het opzetten van voldoende gespreide en gevarieerde distributienetwerken verbonden moeilijkheden en kosten, steeds meer een geprivilegieerd, in sommige gevallen zelfs een essentieel distributiesysteem om toegang tot de levensverzekeringsmarkt te krijgen (punt 20).

26 Bij op 5 juni 1996 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschrift hebben Generali en Unicredito nietigverklaring van de bestreden beschikking gevorderd.

27 Bij op 28 februari 1997 ter griffie van het Gerecht ingeschreven verzoekschrift heeft de Italiaanse Republiek verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. De president van de Derde kamer (uitgebreid) heeft deze interventie toegestaan bij beschikking van 21 april 1997.

28 Nadat een nieuw lid van het Gerecht in functie was getreden, is de zaak op 4 maart 1998 verwezen naar de Eerste kamer (uitgebreid) en is een nieuwe rechter-rapporteur aangewezen.

29 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering hebben partijen op verzoek van het Gerecht vóór de datum van de terechtzitting bepaalde documenten overgelegd. De terechtzitting vond plaats op 14 juli 1998.

Conclusies van partijen

30 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— verweerster in de kosten te verwijzen.

31 Verweerster en interveniënte concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeksters te verwijzen in de kosten.

De ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

32 De Commissie werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, stellende dat de bestreden beschikking geen rechtstreekse rechtsgevolgen heeft waardoor verzoeksters' belangen kunnen worden aangetast. De bestreden beschikking is een eenvoudige tussenhandeling, aangezien daarbij alleen de te volgen procedure en de toepasselijke materiële bepalingen voor het onderzoek van de betrokken operatie worden gedefinieerd. In de beschikking wordt namelijk alleen vastgesteld, dat de operatie niet binnen de werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 valt; voorts wordt gezegd, dat de aanmelding overeenkomstig het verzoek van de aanmeldende partijen zal worden beschouwd als een verzoek om een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17 of als een aanmelding in de zin van artikel 4 van deze verordening. Alleen in haar latere beschikking over de verenigbaarheid van de betrokken operatie met artikel 85 van het Verdrag bepaalt de Commissie haar definitief standpunt over de vraag, of de operatie volgens de door de aanmeldende partijen voorgestelde modaliteiten dan wel volgens andere modaliteiten kan worden uitgevoerd.

33 In dit opzicht maakt zij onderscheid tussen twee soorten beschikkingen krachtens artikel 6, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89. Met een beschikking als de onderhavige, waarbij wordt vastgesteld dat de aangemelde operatie geen concentratie is, behoudt de Commissie haar bevoegdheid. De regelmatigheid van deze intermediaire beschikking kan in het kader van een beroep tegen de definitieve beschikking van de Commissie na de procedure krachtens artikel 85 van het Verdrag worden getoetst, zonder dat de aanmeldende ondernemingen de bescherming van het gemeenschapsrecht verliezen. Slechts wanneer de Commissie van mening is dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet van toepassing is en er dus geen reden is voor een vrijstellingsbeschikking krachtens artikel 85, lid 3, van dit Verdrag, worden de nationale autoriteiten namelijk opnieuw bevoegd om de operatie te onderzoeken.

34 Omgekeerd, aangezien de Commissie uitsluitend bevoegd is voor het beoordelen van de concentraties met een communautaire dimensie, impliceert een beschikking van deze instelling krachtens artikel 6, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89, waarbij wordt vastgesteld dat een operatie een concentratie is, doch geen communautaire dimensie heeft, automatisch de onbevoegdheid van deze instelling en worden de nationale mededingingsregels toepasselijk. Deze beschikking is vatbaar voor beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173, vierde alinea, van het Verdrag, zoals het Gerecht in zijn arrest van 24 maart 1994, Air France/Commissie (T-3/93, Jurispr. blz. II-121) heeft verklaard.

35 De Italiaanse regering sluit zich aan bij de argumenten van de Commissie. De bestreden beschikking vormt geen handeling waardoor de procedure die met de bij artikel 4 van verordening nr. 4064/89 bedoelde aanmelding is ingeleid, wordt afgesloten. Deze procedure bestaat namelijk uit twee fasen. De eerste, die noodzakelijk is, strekt tot verificatie, of de aangemelde operatie een concentratie is en dus binnen de werkingssfeer van deze verordening valt. De tweede, die alleen na een negatieve beschikking na de eerste fase plaatsvindt, strekt tot toetsing van deze operatie aan artikel 85 van het Verdrag en leidt tot de definitieve beschikking.

36 Volgens verzoeksters is de bestreden beschikking een definitieve rechtshandeling die overeenkomstig vaste rechtspraak (arrest Air France/Commissie, reeds aangehaald) vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring.

Beoordeling door het Gerecht

37 Volgens vaste rechtspraak is een besluit vatbaar voor beroep, indien het de rechtspositie van de betrokken ondernemingen aanmerkelijk wijzigt doordat het definitieve rechtsgevolgen teweegbrengt (zie arrest Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, alsook arrest Gerecht van 10 juli 1990, Automec/Commissie, T-64/89, Jurispr. blz. II-367, en arrest Air France/Commissie, reeds aangehaald, punten 43 en 50).

38 De kwalificatie van een economische operatie in een na afloop van een bijzondere — in casu bij verordening nr. 4064/89 geregelde — procedure gegeven formele beschikking van de Commissie waarbij deze instelling kiest voor een controleprocedure, vormt niet een eenvoudige voorbereidende maatregel waartegen verzoeksters' rechten afdoende beschermd zouden zijn door een beroep tot nietigverklaring van de beschikking die het einde van de procedure markeert, wanneer deze beschikking of het beroep daartegen niet de onomkeerbare gevolgen van deze kwalificatie voor verzoeksters' rechtspositie kunnen wegnemen (zie in deze zin, arresten Hof van 30 juni 1992, Spanje/Commissie, C-312/90, Jurispr. blz. I-4117, punten 19-24, en Italië/Commissie, C-47/91, Jurispr. blz. I-4145, punten 26-30, waarin het Hof een besluit waarbij een steunmaatregel als nieuwe steun was gekwalificeerd, vatbaar voor beroep achtte, omdat het de keuze voor een bijzondere controleprocedure impliceerde, die werd gekenmerkt door opschorting van de uitbetaling van de steun krachtens artikel 93, lid 3, van het Verdrag, zolang de steun niet verenigbaar met het Verdrag was verklaard).

39 De bestreden beschikking nu maakt, zoals in artikel 6, lid 1, sub a, van verordening nr. 4064/89 uitdrukkelijk is bepaald, een einde aan de procedure krachtens deze verordening, die is begonnen met de aanmelding van de overeenkomsten die voorzien in de oprichting van de onderneming CG Vita. Er wordt immers vastgesteld, dat deze operatie geen concentratie is, maar het karakter van een samenwerkingsverband heeft.

40 Volgens artikel 22, leden 1 en 2, in de ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking geldende redactie, is verordening nr. 4064/89 evenwel alleen van toepassing op de in artikel 3 omschreven concentraties, die derhalve aan de werkingssfeer van verordening nr. 17 zijn onttrokken.

41 Waar de oprichting van CG Vita volgens de bestreden beschikking geen concentratie is en dus buiten de werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 valt, brengt zij dus onder meer mee, dat deze operatie onder het kartelverbod van artikel 85 van het Verdrag en aan de bij verordening nr. 17 ingestelde autonome en afzonderlijke procedure komt te vallen.

42 Zij bepaalt de criteria voor de beoordeling van de regelmatigheid van de betrokken operatie alsmede de ter zake toepasselijke procedure en de eventuele sancties. Daarmee wijzigt zij de rechtspositie van verzoeksters, die thans niet meer de mogelijkheid hebben om in het kader van de versnelde procedure van verordening nr. 4064/89 de regelmatigheid van de betrokken operatie alleen uit structureel oogpunt te laten onderzoeken voor een definitieve beschikking waarbij de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht wordt vastgesteld.

43 In deze omstandigheden is de bestreden beschikking, anders dan de Commissie stelt, geen eenvoudige voorbereidende maatregel tegen een onregelmatigheid waarvan de rechterlijke bescherming van verzoeksters afdoende zou zijn verzekerd door een beroep tegen de beschikking betreffende de toepassing van artikel 85 van het Verdrag. Zij is een definitieve beschikking die vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173 van het Verdrag, teneinde de rechterlijke bescherming van de voor verzoeksters uit verordening nr. 4064/89 voortvloeiende rechten te verzekeren.

44 Om al deze redenen moet de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

Ten gronde

45 De stellingen van verzoeksters kunnen tot drie middelen worden herleid, respectievelijk betrekking hebbend op het karakter van concentratie van de onderneming CG Vita, schending van hun recht om in de administratieve procedure te worden gehoord, en ontbrekende of ontoereikende motivering van de bestreden beschikking.

Het eerste middel: onjuiste beoordeling van de betrokken operatie

Argumenten van partijen

46 Volgens verzoeksters gaat het bij CG Vita om een concentratie. Deze gemeenschappelijke onderneming beschikt over een functionele zelfstandigheid en heeft niet tot doel of gevolg het concurrentiegedrag van de oprichtende ondernemingen te coördineren. Zij voldoet dus aan de twee voorwaarden van artikel 3, lid 2, tweede alinea, van verordening nr. 4064/89 zoals dit luidde ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking vóór de wijziging bij verordening nr. 1310/97; deze voorwaarden zijn door de Commissie nader toegelicht in haar mededeling van 1994 inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband in de zin van die verordening zoals die destijds luidde (PB C 385, blz. 1; hierna: «mededeling»).

— De voorwaarde inzake de functionele zelfstandigheid

47 Op dit punt beklemtonen verzoeksters om te beginnen, dat dit begrip moet worden beoordeeld met inachtneming van de kenmerken van de betrokken markt, in casu die van de levensverzekering, en van de omstandigheden waaronder de op deze markt werkzame kleine ondernemingen — zoals CG Vita — gewoonlijk functioneren.

48 In de eerste plaats beschikt CG Vita over voldoende middelen in termen van financiering, personeel en activa om haar activiteit in de levensverzekeringssector duurzaam te kunnen uitoefenen. Dat blijkt uit de vergunning voor de uitoefening van haar activiteit in de verzekeringssector, die ISVAP haar op 17 december 1996 heeft verleend na onder meer een verhoging van haar maatschappelijk kapitaal van 2 tot 15 miljard LIT krachtens een beslissing van haar raad van bestuur van 2 september 1996. Het personeelsbestand van de gemeenschappelijke onderne-

ming omvat aanvankelijk 15 personen. Dit aantal zal in de loop van de eerste vijf jaar stijgen naar 23 personen.

49 In de tweede plaats vervult CG Vita dezelfde functies als andere op de levensverzekeringsmarkt werkzame ondernemingen en kan zij haar eigen commercieel beleid zelfstandig uitstippelen. De technische en administratieve ondersteuning door de moederondernemingen doet geen afbreuk aan haar functionele zelfstandigheid. De door Generali tegen kostprijs verleende diensten zijn diensten waarvoor verzekeringsmaatschappijen van vergelijkbare omvang zich gewoonlijk wenden tot externe bedrijven. In het bijzonder is het gebruikelijk, dat levensverzekeringsmaatschappijen zelfs voor de niet over te dragen contracten een beroep doen op de medische keuringsdienst van de herverzekeraar. CG Vita nu zal zich voor het gedeelte van de risico's dat 100 miljoen LIT te boven gaat, herverzekeren bij Generali op basis van een excedentovereenkomst met risicopremie, wat een courante praktijk is. Het gebruik van de medische keuringsdienst van Generali heeft voorts geen enkele invloed op de beslissingsvrijheid van CG Vita ten aanzien van de acceptatie van risico's. In het bedrijfsplan (blz. 17) worden de aanvankelijke kosten van de ondersteuning op actuarieel gebied, bij de selectie van de risico's, de interne controle en de informaticaprocedures op in totaal 800 miljoen LIT geraamd. Volgens deze prognoses zullen deze kosten met 5 % per jaar stijgen en in de loop van het vijfde bedrijfsjaar 942 miljoen LIT bedragen. Ten slotte is deze ondersteuning zuiver tijdelijk. Volgens het bedrijfsplan zal zij niet langer duren dan de eerste drie bedrijfsjaren.

50 In dit opzicht verwijten verzoeksters de Commissie, de omvang en de duur van de ondersteuning door de moederondernemingen niet voldoende te hebben onderzocht. In het verzoekschrift wijzen zij erop, dat CG Vita vóór het einde van het eerste halfjaar een zelfstandige actuaris zal aanstellen die tijdens het eerste jaar door een adviseur van Generali zal worden bijgestaan. De ondersteuning door deze moederonderneming op het gebied van de interne controle eindigt «bij de balansafsluiting van het eerste/tweede bedrijfsjaar». Wat de informaticaprocedures betreft, voorziet het bedrijfsplan in de aanschaf van een eigen, op levensverzekeringsmaatschappijen toegesneden automatiseringssysteem, zodra dit systeem, dat door de vennootschappen van de groep Generali is aangekocht en thans wordt gepersonaliseerd, in de loop van 1997 beschikbaar zal zijn.

51 Wat de ondersteuning door Unicredito in de distributiesfeer betreft, bevat de bestreden beschikking geen enkele toelichting. Voor de afzet van haar eigen producten zal CG Vita gebruik maken van het verkoopnet van deze moederonderneming, die als agent van de gemeenschappelijke onderneming gaat optreden. Volgens vaste praktijk doet het gebruik van een dergelijk distributiesysteem geen afbreuk aan de functionele zelfstandigheid van een gemeenschappelijke onderneming (zie met name de beschikkingen van de Commissie van 15 juni 1995, zaak nr. IV/M.586 — Generali/Comit/Flemings, en 22 februari 1995, zaak nr. IV/M.543 — Zurigo/Banco di Napoli). Bovendien wordt in de brief van 9 februari 1996, die de intentiebrief aanvult, de duur van de door Unicredito aangegane exclusiviteitsverbintenis uitdrukkelijk beperkt tot vijf jaar.

52 In de derde plaats is het hoe dan ook onmogelijk op de levensverzekeringsmarkt innoverende producten te creëren. De via de banken aangeboden eenvoudige producten — met het enkele doel de taak van de verkoper te vergemakkelijken — zijn voor de verzekerde fundamenteel dezelfde als die welke door de traditionele distributienetten worden verkocht. In de sector levensverzekering zijn nieuwe producten dan ook die welke door een nieuwe onderneming voor het eerst op de markt worden gebracht, en hiervoor is de aan de moederondernemingen verleende exclusiviteit van distributie gerechtvaardigd, want onmisbaar om de markt te bereiken.

53 Zo moet ook het standpunt van de Commissie in eerdere beschikkingen worden uitgelegd. In het bijzonder in de beschikking Zurigo/Banco di Napoli is de «nieuwheid» van het product van de gemeenschappelijke onderneming ten opzichte van de producten van de moederonderneming naar de mening van verzoeksters betwistbaar, aangezien de «nieuwheid» huns inziens beperkt was tot de wijze van betaling van de verzekeringspremie. In dezelfde zin heeft de Commissie in de beschikking Toro Assicurazioni/Banca di Roma, zaak nr. IV/M.707, wel vermeld, dat «de gemeenschappelijke onderneming producten onder haar eigen merk in de handel zal brengen», zonder zich echter te bekommeren om het verschil in aard en inhoud tussen haar producten en die van Toro (punt 8 van de beschikking).

54 In ieder geval zal CG Vita haar producten onder een eigen label in de handel brengen. Na een normale en beperkte aanloopperiode zullen ze worden «gepersonaliseerd» om ze op bepaalde klantengroepen af te stemmen.

55 Bovendien bestrijden verzoeksters de bewering van de Commissie, dat CG Vita de reeds door Generali gedistribueerde producten in de handel zou brengen. Op de tijdelijke verzekeringen bij overlijden, tegen een vast kapitaal en een vaste jaarlijkse premie — het best verkochte product — na zijn de producten van CG Vita geënt op de polissen van de maatschappij Eurovita en volledig buiten de technische structuren van Generali om ontworpen en uitgewerkt. Bovendien is een nieuw product — de tijdelijke verzekering van het verschuldigde saldo van de jaarlijkse premie in geval van overlijden — zelfstandig door CG Vita gecreëerd en wordt door geen enkele andere groepsmaatschappij van Generali op individuele basis aangeboden.

56 Blijkens het voorgaande heeft de Commissie de voorwaarde inzake de functionele zelfstandigheid in casu strikt toegepast. Zonder enige rechtvaardiging heeft zij een situatie die in wezen identiek is aan die welke zij in eerdere beschikkingen had onderzocht, anders behandeld. Aldus heeft zij het rechtszekerheids- en het non-discriminatiebeginsel geschonden en misbruik van bevoegdheid gemaakt.

57 Verzoeksters refereren terzake aan een aantal beschikkingen waarin de Commissie de functionele zelfstandigheid van gemeenschappelijke ondernemingen zou hebben aanvaard met veel nauwere economische banden met de moederondernemingen dan CG Vita [beschikking 93/247/EEG van de Commissie van 12 november 1992 waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard (zaak nr. IV/M.222 — Mannesmann/Hoesch) (PB 1993, L 114, blz. 34); beschikkingen van 5 februari 1996, zaak nr. IV/M.686 — Nokia/Autoliv; 22 november 1992, zaak nr. IV/M.266 — Rhône Poulenc Chimie/SITA; 22 december 1993, zaak nr. IV/M.394 — Mannesmann/Rewe/Deutsche Bank, en 27 november 1995, zaak nr. IV/M.648 — McDermott/ETPM].

58 Volgens de Commissie, ondersteund door de Italiaanse Republiek, ontbreekt het CG Vita aan functionele zelfstandigheid wegens de omvang en de economische betekenis van de ondersteuning die Generali en Unicredito haar zullen blijven geven, alsmede omdat de beperking in de tijd van deze bijstand volstrekt onzeker is.

59 In het geval van een nog niet operationele gemeenschappelijke onderneming als CG Vita is bij de beoordeling van haar vermogen om op haar eigen markt zelfstandig te kunnen opereren, voorts van belang, of zij producten op deze markt kan brengen, die nog niet door een van de moederondernemingen worden aangeboden, of die na de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming geen deel meer zullen uitmaken van het productengamma van deze onderneming. In dit opzicht kan een product niet als nieuw gelden, alleen omdat het merk waaronder het door een van de moederondernemingen wordt aangeboden wijzigt.

— De voorwaarde inzake het ontbreken van coördinatie van het concurrentiegedrag

60 Verzoeksters betwisten, dat de oprichting van CG Vita een middel tot samenwerking tussen Generali en Unicredito vormt. Zij betogen om te beginnen, dat de andere in de intentiebrief voorgenomen samenwerkingsvormen volkomen losstaan van CG Vita. Deze liggen op het vlak van wederzijdse geprivilegieerde relaties in de voornaamste bedrijfssectoren van Generali en Unicredito. Bovendien zijn zij zuiver hypothetisch.

61 Aangezien van de twee moederondernemingen er slechts een actief is op de markt van CG Vita, kan er voorts geen sprake zijn van coördinatie van het concurrentiegedrag van de moederondernemingen. Generali en Unicredito opereren immers ieder op volledig verschillende markten en na de oprichting van CG Vita zal Unicredito alle belangen in op de levensverzekeringmarkten actieve ondernemingen afstoten.

62 Verzoeksters betwisten in dit verband met name de stelling van de Italiaanse regering, dat «de banken en verzekeraars in tal van segmenten producten en diensten aanbieden die elkaar in vergaande mate onderling kunnen vervangen». CG Vita zal hoe dan ook in geen van de sectoren (corporate banking en beheer van spaargelden) actief zijn, waarin banken en verzekeraars elkaar beconcurreren.

63 De Commissie stelt, dat de bestreden beschikking geenszins is gebaseerd op het feit dat de betrokken operatie in het verlengde ligt van plannen voor verder gaande samenwerking tussen de moederondernemingen. De in de intentiebrief geschetste plannen voor toekomstige samenwerking hebben slechts een marginale rol gespeeld ten opzichte van de hoofdargumenten betreffende de functionele zelfstandigheid van CG Vita. Zij heeft deze plannen alleen in aanmerking genomen, omdat er onvoldoende gegevens over de functionele zelfstandigheid van CG Vita waren. Aan de hand van de in de intentiebrief uiteengezette algemene verhoudingen tussen de moederondernemingen, in combinatie met andere elementen, kon namelijk een beter inzicht in de vraag worden verkregen, of er een functionele zelfstandigheid bestond. Hoe meer namelijk een gemeenschappelijke onderneming alleen maar een middel tot samenwerking tussen de op verticaal verbonden markten opererende moederondernemingen kan zijn, hoe meer haar zelfstandigheid moet worden betwijfeld.

64 Volgens de Italiaanse regering is de gemeenschappelijke onderneming blijkens de intentiebrief een middel om het concurrentiegedrag van de moederondernemingen te coördineren. Volgens de jongste marktontwikkelingen worden de banken enerzijds rechtstreekse concurrenten van de verzekeringsmaatschappijen, doordat zij tal van financiële producten en diensten aanbieden die de verzekeringsproducten in vergaande mate kunnen vervangen. Anderzijds vormen zij een geprivilegieerd net voor de distributie van deze producten. In casu is de coördinatie tussen de oprichtende ondernemingen dus van bijzonder strategisch belang, bezien vanuit het oogpunt van uitschakeling van de potentiële mededinging op deze aangrenzende markten en het creëren van een geprivilegieerd afzetkanaal voor deze producten.

Beoordeling door het Gerecht

65 Artikel 3 van verordening nr. 4064/89 definieert de concentraties waarop deze verordening van toepassing is. Het begrip «gemeenschappelijke onderneming» is omschreven in lid 2 van dit artikel, dat in de vóór 1 maart 1998 geldende redactie, die in casu toepasselijk is, luidde als volgt:

«2. Een handeling, met inbegrip van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, die een coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, vormt geen concentratie in de zin van lid 1, onder b.

De oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, en die er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun concurrentiegedrag coördineren of dat deze ondernemingen en de gemeenschappelijke onderneming hun concurrentiegedrag coördineren, vormt een concentratie in de zin van lid 1, onder b.»

66 Voormelde bepalingen van artikel 3 moeten worden uitgelegd in het licht van de drieëntwintigste overweging van de considerans van verordening nr. 4064/89, die luidt als volgt:

«(23) Overwegende dat het dienstig is het begrip concentratie zodanig te omschrijven dat alleen verrichtingen die een blijvende verandering in de structuur van de betrokken ondernemingen teweegbrengen, onder dat begrip worden gebracht; dat derhalve van het toepassingsgebied van deze verordening die verrichtingen moeten worden uitgesloten die tot doel of tot gevolg hebben het mededingingsgedrag van onafhankelijk blijvende ondernemingen te coördineren; dat laatstbedoelde verrichtingen moeten worden getoetst aan de relevante bepalingen van de verordeningen houdende toepassing van artikel 85 of 86 van het Verdrag; dat dit onderscheid met name bij het creëren van gemeenschappelijke ondernemingen moet worden gemaakt.»

67 Blijkens het bepaalde in artikel 3 valt de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming slechts onder verordening nr. 4064/89, indien de onderneming over een functionele zelfstandigheid beschikt en de oprichting ervan niet tot doel of tot gevolg heeft het concurrentiegedrag van de betrokken ondernemingen te coördineren. Indien aan een van deze voorwaarden niet is voldaan, is er sprake van een gemeenschappelijke onderneming met samenwerkingskarakter, die moet worden gelijkgesteld met een mededingingsregeling.

68 Verordening nr. 4064/89 geeft evenwel geen duidelijkheid over de criteria aan de hand waarvan moet worden bepaald, in hoeverre aan deze twee voorwaarden is voldaan.

69 Bij de uitlegging van deze voorwaarden moet in de eerste plaats rekening worden gehouden met hun doel, namelijk afbakening van de respectieve werkingssfeer van verordening nr. 4064/89 en verordening nr. 17, die elkaar onderling uitsluiten gezien het bepaalde in artikel 22, leden 1 en 2, van verordening nr. 4064/89. In het kader van de in casu toepasselijke oude versie van verordening nr. 4064/89 leidt dit ertoe, dat het economische belang van de elementen van samenwerking moeten worden afgewogen tegen de structurele aspecten.

70 Gelet op het betoog van partijen en de gegevens in het dossier moet het Gerecht in casu nagaan, of CG Vita in de context waarin zij is opgericht, al dan niet over een functionele zelfstandigheid beschikt. Deze vraag moet worden beoordeeld op basis van de gegevens waarover de Commissie beschikte ten tijde van de vaststelling van de beschikking.

71 De bestreden beschikking komt tot de slotsom, dat het CG Vita aan functionele zelfstandigheid ontbreekt, met name wegens de omvang en de bijzondere economische betekenis van de ondersteuning die haar moederondernemingen haar op het gebied van productie, beheer en distributie van de verzekeringen blijvend zullen verlenen (punten 15 en 16 van de bestreden beschikking).

72 Hierbij moet worden opgemerkt, dat sommige van de argumenten die verzoeksters tegen de beoordelingen in de bestreden beschikking hebben aangevoerd, berusten op gegevens die niet in de intentiebrief of het bedrijfsplan voorkomen en die niet aan de Commissie zijn verstrekt tijdens haar onderzoek van de betrokken operatie. Dat is in het bijzonder het geval met de argumenten betreffende de beperking in de tijd van de ondersteuning door de moederondernemingen op actuarieel gebied en inzake de interne controle (zie punt 50 supra). Deze elementen moeten derhalve buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling van de wettigheid van de bestreden beschikking, waartoe dient te worden uitgegaan van de gegevens waarover de Commissie beschikte ten tijde van de vaststelling ervan.

73 Bij de beoordeling van de invloed van de ondersteuning door de moederondernemingen op de functionele zelfstandigheid van CG Vita dient voorts rekening te worden gehouden met de kenmerken van de betrokken markt en dient te worden nagegaan, in hoeverre CG Vita de functies vervult die andere op deze markt actieve ondernemingen normaliter vervullen.

74 In casu is de betrokken markt in de bestreden beschikking gedefinieerd als die van de levensverzekering, zij het niet statisch, doch in zijn dynamische dimensie beschouwd, namelijk als een levensverzekeringsmarkt waarbij voor de distributie in ruime mate bankkantoren worden ingeschakeld. Deze ontwikkeling van de betrokken markt wordt overigens bevestigd door het feit dat het premie-inkomen uit door de banksector verkochte levensverzekeringen tussen 1991 en 1995 is gestegen van 4 naar 20 % van het nationale premie-inkomen uit levensverzekeringen (punt 20 van de bestreden beschikking).

75 Op grond van dit kenmerk van de betrokken markt betogen verzoeksters, dat een bestaande, doch nog niet operationele onderneming die, zoals CG Vita, voor de distributie van haar producten de hulp van een bankgroep inschakelt, niet kan worden geacht geen functionele zelfstandigheid te bezitten op de enkele grond dat aan de bankgroep voor een bepaalde tijd, in casu vijf jaar, een exclusiviteitsbeding is opgelegd. Voorts zou het in de betrokken sector gebruikelijk zijn, dat levensverzekeringsmaatschappijen van een omvang als CG Vita externe bedrijven

inschakelen, met name voor de distributie en de ondersteuning op actuarieel vlak, bij de interne controle, de medische keuring en de informaticaprocedures.

76 De stelling van verzoeksters moge juist zijn wat het gebruik betreft van elk van de voormelde diensten op zichzelf beschouwd, dit is evenwel niet het geval, wanneer de gemeenschappelijke onderneming voor al die diensten tezamen langer op haar moederondernemingen aangewezen is dan tijdens een eerste aanloopperiode, waarin deze ondersteuning gerechtvaardigd kan worden geacht om de gemeenschappelijke onderneming in staat te stellen op de markt voet aan de grond te krijgen.

77 Het Gerecht stelt evenwel vast, dat in casu de gemeenschappelijke onderneming alleen maar operationeel kon worden, omdat nagenoeg alle met de productie, het beheer en de afzet van de verzekeringen samenhangende werkzaamheden door de oprichtende ondernemingen werden verricht. Bovendien zal CG Vita volgens het bedrijfsplan gedurende zeker de eerste vijf bedrijfsjaren niet zelfstandig in de productie en het beheer van de verzekeringen kunnen voorzien. Generali zal helpen bij de boekhoudkundige procedures, de procedures voor de uitgifte, de betalingsprocedures, de berekening van de balansreserve, het technisch-administratieve beheer van de portefeuille en ten slotte bij de interne controle van de gemeenschappelijke onderneming. Unicredito van haar kant zal CG Vita de voor de afzet van de verzekeringsproducten nodige informatica ter beschikking stellen teneinde de kapitaalbewegingen te kanaliseren. Bovendien kan de gemeenschappelijke onderneming volgens de intentiebrief in theorie weliswaar andere distributiekanalen inschakelen, doch spreekt het bedrijfsplan enkel over het kantoornet van de groep Unicredito.

78 Volgens de — aan het dossier toegevoegde — stukken waarover de Commissie bij de vaststelling van de bestreden beschikking beschikte, stond er geen tijdslimiet op de hulp van de moederondernemingen. Alleen het aan Unicredito opgelegde exclusiviteitsbeding voor de distributie van de producten van CG Vita was beperkt tot vijf jaar. Verzoeksters hebben eerst voor het Gerecht (bij repliek) gesteld, dat deze door de moederondernemingen aan CG Vita geboden ondersteuning op productie- en beheersvlak beperkt zou blijven tot de eerste drie bedrijfsjaren.

79 Om al deze redenen heeft de Commissie zich terecht op het standpunt gesteld, dat aan de hand van de beschikbare gegevens niet met voldoende mate van waarschijnlijkheid kon worden geconcludeerd tot het bestaan van een daadwerkelijke functionele zelfstandigheid van de gemeenschappelijke onderneming.

80 In deze omstandigheden kan de grief, dat de Commissie verzoeksters discriminerend zou hebben behandeld, niet worden aanvaard. De onderhavige zaak verschilt namelijk van de door verzoeksters aangehaalde eerdere beschikkingen van de Commissie, met name wat betreft de omvang van de door de moederondernemingen aan CG Vita in al haar bedrijfsfasen verleende ondersteuning en de duur van die ondersteuning, die ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking niet was beperkt tot een normale eerste aanloopperiode.

81 Bovendien heeft de Commissie terecht vastgesteld, dat bij gebreke van aanwijzingen voor een voldoende functionele zelfstandigheid van CG Vita, de context waarin de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming plaatsvond, bevestigde dat de onderneming zelfstandigheid miste.

82 In zoverre volstaat het erop te wijzen, dat de intentiebrief duidelijk aangeeft, dat de oprichting van CG Vita in het verlengde ligt van een uitgebreidere samenwerking tussen de twee moederondernemingen, ook al wordt dit in dit document, zoals verzoeksters opmerken, niet nader gepreciseerd. Die samenwerking wordt echter wel uitdrukkelijk aan de orde gesteld in de intentiebrief (zie hiervóór, punten 9 en 14-18). Deze bevat onder meer de verbintenis van de twee moederondernemingen, bij voorrang een beroep te doen op elkaars diensten, de verbintenis van Unicredito, geen participaties in andere verzekeringsmaatschappijen te verwerven en de verbintenis van Generali, geen soortgelijke samenwerkings- en/of participatieovereenkomsten met andere bankinstellingen te sluiten. Meer in het algemeen blijkt daaruit de wil van partijen «te komen tot een onderlinge integratie van [hun] activiteiten in het kader van en met inbreng van ieders specifieke deskundigheid», zonder evenwel die integratie door middel van de concentratie van de twee moederondernemingen te overwegen.

83 Uit een ander volgt, dat CG Vita bij gebreke van functionele zelfstandigheid niet kan worden geacht het karakter van een concentratie te bezitten. Bijgevolg behoeven de aspecten van de samenwerking tussen de betrokken ondernemingen, bedoeld in artikel 3, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 als luidende vóór de wijziging bij verordening nr. 1310/97, niet te worden onderzocht.

84 Het eerste middel moet dus worden verworpen.

Het tweede middel: schending van het recht van verzoeksters om te worden gehoord

Argumenten van partijen

85 Verzoeksters verwijten de Commissie, hun na ontvangst van de antwoorden op het eerste inlichtingenverzoek niet op de hoogte te hebben gesteld van haar «ernstige twijfels» aan de functionele zelfstandigheid van CG Vita. Door niet om nadere toelichting te verzoeken, bijvoorbeeld in het tweede inlichtingenverzoek van 6 maart 1996 of op de informele vergadering op 13 maart daaraanvolgend, heeft de Commissie bij hen het vertrouwen gewekt, dat zij afdoende hadden geantwoord. Zij hebben derhalve niet de gelegenheid gehad, hun visie over de omvang en de duur van hun ondersteuning van CG Vita te geven en hun overeenkomst zo nodig te wijzigen.

86 De Commissie is van mening, dat zij verzoeksters in het eerste formele inlichtingenverzoek van 23 februari 1996 voldoende op de hoogte heeft gesteld van haar twijfels aan het concentratiekarakter van de operatie. Verzoeksters hadden hun standpunt kunnen verdedigen door haar alle nuttige gegevens te verstrekken in hun antwoord op dit eerste inlichtingenverzoek of op de

vergadering van 13 maart 1996, in de loop waarvan ambtenaren van de task force «fusiecontrole» hun meedeelden dat de Autorità garante della concorrenza e del mercato eveneens twijfelde aan het concentratiekarakter van de gemeenschappelijke onderneming.

Beoordeling door het Gerecht

87 Het recht van de betrokken ondernemingen — waaronder ook de aanmeldende ondernemingen — om vooraf te worden gehoord, is in artikel 18 van verordening nr. 4064/84 uitdrukkelijk erkend voor een aantal daarin nader genoemde beschikkingen. Daartoe behoren evenwel niet de beschikkingen waarbij krachtens artikel 6, lid 1, sub a, wordt vastgesteld dat de aangemelde operatie niet onder verordening nr. 4064/89 valt, zoals in casu.

88 De eerbiediging van de rechten van de verdediging is evenwel een grondbeginsel van gemeenschapsrecht (zie arrest Hof van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 7, alsook arrest Gerecht van 19 juni 1997, Air Inter/Commissie, T-260/94, Jurispr. blz. II-997, punt 59), dat derhalve bij de totstandkoming van elke, voor de betrokken ondernemingen mogelijk bezwarende beschikking in acht behoort te worden genomen. In overeenstemming met dit beginsel is overigens in artikel 11 van verordening nr. 4064/89 bepaald, dat de Commissie in een inlichtingenverzoek onder meer het doel van haar verzoek moet vermelden. Voorts dient de Commissie volgens de achtste overweging van de considerans van verordening nr. 3389/94 na de aanmelding van een concentratie «nauw contact met deze partijen [te] houden, teneinde met hen praktische of juridische problemen, waarop zij bij haar eerste onderzoek van het geval stuit, te bespreken en, indien mogelijk, in der minne op te lossen».

89 In casu heeft de Commissie in het eerste inlichtingenverzoek duidelijk aangegeven, dat zij nadere gegevens met betrekking tot de functionele zelfstandigheid van CG Vita nodig had om te kunnen beoordelen, of deze een volwaardige gemeenschappelijke onderneming was (zie hiervóór, punt 21).

90 Onder deze omstandigheden heeft de Commissie verzoeksters tijdens de administratieve procedure voldoende geattendeerd op de moeilijkheden die deze kwalificatie opleverde. Niet hoeft te worden nagegaan, of de Commissie, zoals zij suggereert en anders dan verzoeksters stellen, haar twijfels aan de zelfstandigheid van CG Vita op de informele vergadering van 13 maart 1996 heeft herhaald.

91 Bovendien is het volgens verordening nr. 3384/94 (artikel 3, derde overweging van de considerans) aan de aanmeldende partijen om de Commissie volledig en naar waarheid in te lichten over de feiten en omstandigheden die voor het geven van een beschikking over de aangemelde concentratie relevant zijn.

92 Gelet op deze verplichting is het voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging niet vereist, dat de Commissie in geval van een ontoereikend antwoord op een inlichtingenverzoek haar verzoek herhaalt.

93 Het tweede middel moet dus worden verworpen.

Het derde middel: geen of ontoereikende motivering

Argumenten van partijen

94 Verzoeksters verwijten de Commissie, de bestreden beschikking niet te hebben gemotiveerd door enkel maar te verklaren, dat «aan de hand van de beschikbare informatie niet met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een daadwerkelijke en voldoende functionele

zelfstandigheid van de gemeenschappelijke onderneming» (punt 13). Dit motiveringsgebrek zou het gevolg zijn van een gebrekkige instructie.

95 Volgens de Commissie voldoet de motivering van de bestreden beschikking aan artikel 190 van het Verdrag. De tijdens de administratieve procedure door verzoeksters verstrekte gegevens waren nu eenmaal niet van dien aard geweest, dat een functionele zelfstandigheid van de gemeenschappelijke onderneming als voldoende waarschijnlijk kon worden aangenomen.

96 Volgens de Italiaanse Republiek heeft de Commissie in de bestreden beschikking op basis van de overigens toereikende inlichtingen die zij had ingewonnen, een definitieve en voldoende gemotiveerde beoordeling van de betrokken operatie gegeven.

Beoordeling door het Gerecht

97 Aangezien het in casu gaat om het preventief toezicht op een operatie die per definitie nog niet was gerealiseerd, kon de Commissie slechts op basis van de haar door verzoeksters verstrekte gegevens nagaan, of CG Vita over een functionele zelfstandigheid beschikte. Of de beschikking voldoende is gemotiveerd, moet worden beoordeeld aan de hand van de inlichtingen en stukken waarover de Commissie ten tijde van de vaststelling ervan beschikte.

98 Dienaangaande blijkt uit punt 17 van de bestreden beschikking duidelijk, dat de Commissie ter beoordeling van de functionele zelfstandigheid van CG Vita de omvang en de duur van de ondersteuning van deze gemeenschappelijke onderneming door haar moederondernemingen heeft onderzocht op basis van de gegevens en stukken die verzoeksters haar hadden verstrekt (zie hiervóór, punt 24). Op basis van deze in de bestreden beschikking uiteengezette analyse was de Commissie van mening, dat niet met een voldoende mate van waarschijnlijkheid

kon worden geconcludeerd tot het bestaan van een toereikende functionele zelfstandigheid van de gemeenschappelijke onderneming. Gelet op een en ander moet de bestreden beschikking voldoende gemotiveerd worden geacht.

99 Het derde middel moet dus worden verworpen.

Kosten

100 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verweerster dit heeft gevorderd en verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij te worden verwezen in de kosten. Interveniënte zal haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) **Verwijst verzoeksters in de kosten.**

3) **Verstaat, dat interveniënte haar eigen kosten zal dragen.**

Vesterdorf Bellamy Moura Ramos

Pirrung Mengozzi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 maart 1999.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf