DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)
25. september 2003 *

I sag C-170/02 P,

Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH, Innsbruck (Østrig),

J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, Linz (Østrig),

Styria Medien AG, Graz (Østrig),

Zeitungs- und Verlags-Gesellschaft mbH, Bregenz (Østrig),

Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, Schwarzach (Østrig),

»Die Presse« Verlags-Gesellschaft mbH, Wien (Østrig)

og

»Salzburger Nachrichten« Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG, Salzburg (Østrig),

ved Rechtsanwalt M. Krüger,

appellanter,

* Processprog: tysk.

angående appel af kendelse afsagt den 11. marts 2002 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Tredje Afdeling) i sagen Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen (sag T-3/02, Sml. II, s. 1473), hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af denne kendelse,

den anden part i appelsagen:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt i første instans,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, J.-P. Puissochet (refererende dommer), og dommerne C. Gulmann, F. Macken, N. Colneric og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: L.A. Geelhoed
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 8. maj 2003,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 7. maj 2002 har Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH, J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, Styria Medien AG, Zeitungs- und Verlags-Gesellschaft mbH, Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, »Die Presse« Verlags-Gesellschaft mbH og »Salzburger Nachrichten« Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG i medfør af artikel 49 i EF-statutten for Domstolen iværksat appel til prøvelse af kendelse afsagt den 11. marts 2002 af Retten i Første Instans i sagen Schlüsselverlag J.S. Moser m.fl. mod Kommissionen (sag T-3/02, Sml. II, s. 1473, herefter »den appellerede kendelse«), hvori Retten har afvist en påstand om, at det fastslås, at Kommissionen har udvist retsstridig passivitet, idet den har undladt at vedtage en beslutning om en fusions forenelighed med fællesmarkedet.

De relevante retsregler

2 Artikel 232, stk. 2, EF bestemmer:

»En sådan klage [over passivitet] kan kun antages til behandling, hvis den pågældende institution har været opfordret til at handle. Hvis institutionen ikke

har taget stilling inden to måneder efter denne opfordring, kan klagen indbringes inden for en frist på yderligere to måneder.«

3 Artikel 1, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1), som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1, berigtiget i EFT 1990 L 257, s. 13, herefter »fusionskontrolforordningen«), har følgende ordlyd:

»Med henblik på denne forordning er en sammenslutning af fællesskabsdimension, når

a) alle berørte virksomheders samlede omsætning på verdensplan i alt overstiger 5 mia. [EUR],

og

b) mindst to af de berørte virksomheders samlede omsætning i Fællesskabet hver især overstiger 250 mio. [EUR],

medmindre hver af de berørte virksomheder har over to tredjedele af deres samlede omsætning på fællesskabsplan i én og samme medlemsstat.«

4 I forordningens artikel 4, stk. 1, fastsættes:

»Sammenslutninger af fællesskabsdimension, der er omfattet af denne forordning, skal anmeldes til Kommissionen senest en uge efter [...]«

5 Artikel 6, stk. 1, litra a) og b), har følgende ordlyd:

»Kommissionen behandler anmeldelsen straks ved modtagelsen.

a) Hvis Kommissionen når til den konklusion, at den samlede sammenslutning ikke er omfattet af denne forordning, fastslår den dette ved en beslutning.

b) Hvis Kommissionen fastslår, at den anmeldte sammenslutning ganske vist er omfattet af denne forordning, men ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den ikke at modsætte sig den, og erklærer den forenelig med fællesmarkedet.

[...]«

6 Forordningens artikel 21, stk. 1, bestemmer:

»Med forbehold af EF-Domstolens prøvelsesret har alene Kommissionen beføjelse til at vedtage de i denne forordning omhandlede beslutninger.«

Sagens faktiske omstændigheder

7 Ved en afgørelse af 26. januar 2001 godkendte Oberlandesgericht Wien (Østrig), som har kompetence til at anvende østrigsk konkurrencelovgivning, en fusion mellem selskabet Zeitschriften Verlagsbeteiligungs-Aktiengesellschaft (herefter »ZVB«) og selskabet Verlagsgruppe News Beteiligungsgesellschaft (herefter »VNB«).

8 Fusionen bestod i, at selskabet News Gesellschaft mbH (herefter »News Gesellschaft«), som er datterselskab til VNB, erhvervede Kurier-Magazine Verlags GmbH (herefter »Kurier-Magazine«), som er et selskab tilhørende ZVB. Dette skete som en modydelse for sidstnævntes erhvervelse af en ejerandel i News Gesellschaft.

9 Ved skrivelse af 25. maj 2001 indgav de appellerende selskaber, som er østrigske avisejere, en klage til Kommissionen over denne fusion, idet de gjorde gældende, at fusionen var af en fællesskabsdimension som omhandlet i fusionskontrolforordningen, og at fusionen derfor skulle have været anmeldt til Kommissionen, som har enekompetence til at vurdere foreneligheden med fællesmarkedet.

10 Ved skrivelse af 12. juli 2001 meddelte direktøren for den under Generaldirektoratet for Konkurrence henhørende tjenestegren, som har ansvar for kontrol med virksomhedsfusioner (herefter »Task Force for Kontrol med Fusioner«), appellanterne, at Kurier-Magazines omsætning inden for Fællesskabet ikke oversteg den tærskel på 250 mio. EUR, som er fastsat i fusionskontrolforordningens artikel 1, stk. 2, litra b), og at Kommissionen som følge heraf ikke havde kompetence til at efterprøve den pågældende fusion.

11 Ved skrivelse af 7. august 2001 anfægtede appellanterne denne vurdering, idet de bl.a. gjorde gældende, at det i henhold til fusionsaftalen fortsat var ZVB, der kunne udnævne udgiveren og chefredaktøren for de to tidsskrifter, som var henlagt til Kurier-Magazine. Appellanterne uddybede dette i en skrivelse af 9. august 2001, som ligeledes blev tilsendt direktøren for Task Force for Kontrol med Fusioner.

12 Direktøren besvarede de to skrivelser den 3. september 2001, idet han bemærkede, at han havde haft kendskab til disse forhold, da han skrev under på skrivelsen af 12. juli 2001, samt at de af ZVB udnævnte ansvarshavende ikke havde en vetoret, som kunne medføre en fælles kontrol med selskabet News Gesellschaft. Direktøren fastholdt som følge heraf sin vurdering af, at fusionen ikke var af en fællesskabsdimension.

13 Ved skrivelse af 11. september 2001 til kommissæren med ansvar for konkurrence anmodede appellanterne Kommissionen om i henhold til artikel 232, stk. 2, EF at tage formel stilling til, »hvorvidt den ville eller ikke ville iværksætte en undersøgelsesprocedure i henhold til forordning nr. 4064/89«.

14 Ved skrivelse af 7. november 2001 (herefter »skrivelsen af 7. november 2001«) svarede direktøren for Task Force for Kontrol med Fusioner, at han »[a]f de

grunde, der [var] fremsat i [hans] skrivelse af 12. juli 2001, bekræft[ede], at [hans] tjenestegrene ikke [havde] til hensigt at tage ovennævnte sag op til fornyet overvejelse«, og at »Kommissionen i fraværet af hjemmel i fusionskontrolforordningen ikke [kunne] vedtage en beslutning om dette retlige forhold«.

15 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 10. januar 2002 anlagde appellanterne passivitetssøgsmål mod Kommissionen.

Den appellerede kendelse

16 Retten, som fandt, at der forelå et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag, besluttede i den appellerede kendelse i henhold til Rettens procesreglements artikel 111, og uden at fortsætte sagens behandling, at afvise sagen.

17 Retten bemærkede indledningsvis, at skrivelsen af 7. november 2001, som udtrykkeligt henviste til skrivelsen af 11. september 2001, hvori Kommissionen blev anmodet om at gribe ind, udgjorde Kommissionens svar på denne anmodning.

18 Med henblik på at fastslå, at skrivelsen af 7. november 2001 udgjorde en stillingtagen i henhold til artikel 232, stk. 2, EF, konstaterede Retten herefter, at Kommissionen i denne skrivelse for det første forklarede, at den ikke havde til hensigt at tage den omhandlede fusion op til fornyet overvejelse, idet den henviste til de grunde, den havde fremsat i sin skrivelse af 12. juli 2001, og for det andet, at den i fraværet af en fællesskabsdimension ikke i henhold til fusionskontrolforordningen havde kompetence til at vedtage en beslutning i denne sag.

19 Endelig fandt Retten, at en sådan stillingtagen udgjorde en retsakt, hvis lovlighed kunne prøves i henhold til artikel 230 EF, og at appellanterne ikke kunne hævde, at skrivelsen af 7. november 2001 var udtryk for en holdning, der kun kunne tilskrives Taskforce for Kontrol med Fusioner og ikke Kommissionen. Retten bemærkede i den sammenhæng, at selv om skrivelserne af 12. juli og 3. september 2001 erklærede, at de »[gav] udtryk for holdningen i Direktoratet for Kontrol med Fusioner uden at være bindende for Kommissionen«, fremgik en sådan erklæring ikke af skrivelsen af 7. november 2001.

20 Under disse omstændigheder fandt Retten, at passiviteten ikke længere forelå, og at appellanterne ikke længere havde interesse i at få passiviteten fastslået, hvorfor passivitetssøgsmålet burde afvises.

Appellen

21 Appellanterne har nedlagt påstand om, at den appellerede kendelse ophæves, at Domstolen fastslår, at Kommissionen har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EF-traktaten, idet den ikke vedtog en beslutning vedrørende den omhandlede fusion, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

22 Kommissionen har nedlagt påstand om, at sagen afvises, og at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

23 Appellanterne har gjort gældende, at skrivelsen af 7. november 2001 alene hidrørte fra direktøren for Taskforce for Kontrol med Fusioner, og at skrivelsen ikke kunne være retligt bindende for Kommissionen som institution. Retten begik

herefter en retlig fejl, idet den fandt, at denne skrivelse udgjorde Kommissionens stillingtagen i henhold til artikel 232, stk. 2, EF, og at skrivelsen kunne bringe passiviteten til ophør.

24 Kommissionen har gjort gældende, at sagen for Retten skulle have været afvist, men af andre grunde end dem, der lå til grund for den appellerede kendelse, og som Retten burde have taget stilling til i første række. Ifølge Kommissionen er der intet, der forpligter den til at tage formel stilling til appellanternes klage, og opfordringen til Kommissionen om at handle, som var indgivet den 25. maj 2001, var under alle omstændigheder modtaget for sent.

Domstolens bemærkninger

25 For så vidt angår anbringendet om, at Retten fejlagtigt anså skrivelsen af 7. november 2001 for en stillingtagen, der bragte passiviteten til ophør, har Kommissionen svaret, at den i en sådan situation ikke var forpligtet til at tage formel stilling til appellanternes klage, og at den således ikke kunne beskyldes for passivitet.

26 Dette argument kan ikke tiltrædes.

27 For det første kan Kommissionen ikke undlade at tage højde for udenforstående virksomheders klager over en fusion, der kan være af fællesskabsdimension. Gennemførelsen af en sådan fusion til fordel for virksomheder, der er

konkurrenter til de klagende virksomheder, kan medføre en øjeblikkelig ændring af de sidstnævnte virksomheders stilling på det eller de berørte markeder. Af denne grund bestemmer fusionskontrolforordningens artikel 18, at Kommissionen kan høre berørte tredjeparter, såfremt disse anmoder herom. Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til Rådets forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1) fastsætter således i artikel 11, litra c), at »tredjeparter, dvs. fysiske eller juridiske personer, der kan godtgøre en tilstrækkelig interesse i at blive hørt, herunder kunder, leverandører og konkurrenter«, har ret til at blive hørt i medfør af fusionskontrolforordningens artikel 18.

28 Endvidere kan Kommissionen ikke med rette påstå, at den ikke har pligt til at tage stilling til selve princippet om dens kompetence som kontrolmyndighed, når den i medfør af fusionskontrolforordningens artikel 21, bortset fra Domstolens prøvelsesret, har enekompetence til at træffe afgørelser efter denne forordning. Hvis Kommissionen efter anmodning herom fra en udenforstående virksomhed kunne nægte at udtale sig formelt om spørgsmålet, hvorvidt en fusion, som ikke er blevet anmeldt, falder inden for forordningens anvendelsesområde, ville den gøre det umuligt for disse virksomheder at drage fordel af de processuelle garantier, som fællesskabslovgivningen giver dem adgang til. Samtidig ville Kommissionen berøve sig selv en mulighed for at efterprøve, om de virksomheder, der deltager i en fusion af fællesskabsdimension, faktisk overholder deres anmeldelsespligt. Endvidere ville de klagende virksomheder ikke igennem et annullationssøgsmål kunne anfægte en beslutning fra Kommissionen om ikke at handle, selv om denne som nævnt i foregående præmis kan påføre dem skade.

29 Endelig bemærkes, at der ikke er noget, som begrunder, at Kommissionen på dette område fritages fra pligten til af hensyn til god forvaltningsskik at gennemføre en omhyggelig og upartisk undersøgelse af de klager, den har modtaget. Det forhold, at klagerne ikke i medfør af fusionskontrolforordningen har krav på, at deres klage behandles på samme måde som klager, der falder inden for anvendelsesområdet for Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), medfører ikke, at Kommissionen er fritaget for at foretage en undersøgelse af sin kompetence og at drage konsekvenserne heraf, og undtager ikke

Kommissionen fra pligten til at give en begrundet besvarelse af en klage, som netop går ud på, at den har miskendt sin kompetence.

30 Under disse omstændigheder har Kommissionen ikke grundlag for at påstå, at den kunne afholde sig fra at tage stilling i den foreliggende sag, og at den følgelig under alle omstændigheder ikke kunne beskyldes for at have udvist passivitet.

31 Derimod er det med rette, at Kommissionen har gjort gældende, at opfordringen til at handle, som blev fremsendt den 25. maj 2001, under alle omstændigheder blev indgivet for sent.

32 Fusionskontrolforordningen bygger på et princip om nøjagtig kompetencefordeling mellem de nationale kontrolmyndigheder og Fællesskabets kontrolmyndigheder. I 29. betragtning til forordningen hedder det, at »sammenslutninger, der ikke er omfattet af denne forordning, [...] i princippet [henhører] under medlemsstaternes kompetence«. Omvendt har Kommissionen enekompetence til at træffe afgørelser vedrørende fusioner af fællesskabsdimension og til i medfør af forordningens artikel 9 at beslutte at henvise en fusion til de kompetente nationale myndigheder, navnlig når den påvirker »et marked på dens område, der besidder alle kendetegn for et specifikt marked«.

33 Fusionskontrolforordningen indeholder ligeledes bestemmelser, der har til formål af retssikkerhedsmæssige grunde og i de berørte virksomheders interesse at begrænse varigheden af de kontrolprocedurer, som Kommissionen skal gennemføre. Derfor skal anmeldelse til Kommissionen af en fusion med fællesskabsdimension i henhold til forordningens artikel 4 foretages inden for en tidsfrist på

en uge. Det fremgår af forordningens artikel 6 og artikel 10, stk. 1, at Kommissionen herefter som hovedregel har en frist på en måned til at afgøre, om den vil indlede den formelle procedure til undersøgelse af fusionens forenelighed med fællesmarkedet. I henhold til forordningens artikel 10, stk. 3, skal Kommissionen i princippet træffe beslutning i sagen senest efter fire måneder, som løber fra datoen for beslutningen om at indlede proceduren. Af stk. 6 i artikel 10 fremgår det, at »[h]vis Kommissionen ikke har truffet beslutning [...] inden for de frister, der er fastsat [...], anses fusionen for at være forenelig med fællesmarkedet«.

34 Det følger af de bestemmelser, som er anført i præmis 32 og 33 ovenfor, at fællesskabslovgiver tilsigtede en tydelig opdeling mellem indgreb foretaget af de nationale myndigheder og indgreb foretaget af Fællesskabets myndigheder for at undgå, at disse forskellige myndigheder tager stilling til den samme fusion, og ønskede at sikre, at fusionkontrollen gennemføres inden for tidsfrister, som både er forenelige med kravene til god forvaltningsskik og med erhvervslivets krav.

35 Sager, som de berørte virksomheder, hvad enten disse er parter i fusionen eller er tredjeparter i forhold til denne, anlægger til prøvelse af beslutninger truffet af Kommissionen, er underlagt den almindelige tidsfrist i artikel 230, stk. 5, EF og skal således være indgivet inden for to måneder.

36 Kravene om retssikkerhed og kontinuitet i Fællesskabets handlinger, som ligger til grund for alle disse bestemmelser, ville blive tilsidesat, såfremt Kommissionen i medfør af artikel 232, stk. 2, EF kunne opfordres til at udtale sig om en ikke anmeldt fusions forenelighed med fællesmarkedet efter udløbet af en rimelig frist

(jf. i denne retning dom af 6.7.1971, sag 59/70, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. 1971, s. 157, org.ref.: Rec. s. 639, præmis 15-24). Virksomhederne kunne således få Kommissionen til at rejse tvivl om en beslutning, som de kompetente nationale myndigheder havde truffet vedrørende en fusion, herunder i situationer, hvor retsmidlerne i den pågældende medlemsstat er udtømte.

37 I det foreliggende tilfælde blev den omtvistede fusion den 5. september 2000 anmeldt til Oberlandesgericht Wien, som godkendte fusionen den 26. januar 2001. Appellanterne havde i hele dette tidsrum mulighed for at indgive en anmodning til Kommissionen om at undersøge, om fusionen var af fællesskabsdimension. Den 25. maj 2001, hvor appellanterne indgav en klage til Kommissionen, var der forløbet næsten fire måneder efter den nationale myndigheds beslutning om at tillade gennemførelsen af fusionen, hvilket svarer til det tidsrum, som Kommissionen i medfør af fusionskontrolforordningens artikel 10, stk. 3, råder over til at undersøge en anmeldt fusion, når den formelle undersøgelsesprocedure er indledt.

38 Under disse omstændigheder kan appellanternes klage til Kommissionen og opfordring om at handle i det konkrete tilfælde ikke anses for at være indgivet inden for en rimelig frist, og appellanterne kan således ikke længere anlægge et passivitetssøgsmål herom.

39 Det af appellanterne anlagte passivitetssøgsmål skulle således under alle omstændigheder have været afvist.

40 Følgelig skal appellen forkastes.

Sagens omkostninger

41 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af artikel 118 finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger, og appellanterne har tabt sagen, bør de pålægges at betale appelsagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

1) Appellen forkastes.

2) **Schlüsselverlag J.S. Moser GmbH, J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, Styria Medien AG, Zeitungs- und Verlags-Gesellschaft mbH, Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, »Die Presse« Verlags-Gesellschaft mbH og »Salzburger Nachrichten« Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG betaler sagens omkostninger.**

Puissochet Gulmann Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 25. september 2003.

R. Grass

Justitssekretær

J.-P. Puissochet

Formand for Sjette Afdeling