ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

25 september 2003 *

In zaak C-170/02 P,

Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH, gevestigd te Innsbruck (Oostenrijk),

J. Wimmer Medien GmbH & Co. KG, gevestigd te Linz (Oostenrijk),

Styria Medien AG, gevestigd te Graz (Oostenrijk),

Zeitungs-und Verlags-Gesellschaft mbH, gevestigd te Bregenz (Oostenrijk),

Eugen Ruß Vorarlberger Zeitungsverlag und Druckerei GmbH, gevestigd te Schwarzach (Oostenrijk),

„Die Presse" Verlags-Gesellschaft mbH, gevestigd te Wenen (Oostenrijk),

en

„Salzburger Nachrichten" Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG, gevestigd te Salzburg (Oostenrijk),

vertegenwoordigd door M. Krüger, Rechtsanwalt,

rekwirantes,

* Procestaal: Duits.

betreffende hogere voorziening tegen de beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Derde kamer) van 11 maart 2002, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie (T-3/02, Jurispr. blz. II-1473), strekkende tot vernietiging van deze beschikking,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: J.-P. Puissochet (rapporteur), kamerpresident, C. Gulmann, F. Macken, N. Colneric en J. N. Cunha Rodrigues, rechters,

advocaat-generaal: L. A. Geelhoed,
griffier: R. Grass,

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 mei 2003,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 7 mei 2002, hebben 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 en „Salzburger Nachrichten" Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG krachtens artikel 49 van het Statuut-EG van het Hof van Justitie hogere voorziening ingesteld tegen de beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van 11 maart 2002, Schlüsselverlag J. S. Moser e.a./Commissie (T-3/02, Jurispr. blz. II-1473; hierna: „bestreden beschikking"), waarbij het Gerecht hun beroep strekkende tot vaststelling dat de Commissie heeft nagelaten te beslissen over de verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt, kennelijk niet-ontvankelijk heeft verklaard.

Het rechtskader

2 Artikel 232, tweede alinea, EG bepaalt:

„[He]t beroep [wegens nalaten] is slechts ontvankelijk indien de betrokken instelling vooraf tot handelen is uitgenodigd. Indien deze instelling na twee

maanden, te rekenen vanaf de uitnodiging, haar standpunt nog niet heeft bepaald, kan het beroep worden ingesteld binnen een nieuwe termijn van twee maanden."

3 Artikel 1, lid 2, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1), en na rectificatie in PB 1990, L 257, blz. 13 (hierna: „concentratieverordening"), luidt:

„Een concentratie heeft voor de toepassing van deze verordening een communautaire dimensie wanneer

a) de totale omzet die over de gehele wereld door alle betrokken ondernemingen tezamen is behaald, meer dan vijf miljard [euro]

en

b) de totale omzet die, elk afzonderlijk, in de Gemeenschap door ten minste twee der betrokken ondernemingen is behaald, meer dan 250 miljoen [euro] bedraagt,

tenzij elk van de betrokken ondernemingen meer dan twee derde van haar totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde lidstaat behaalt."

4 Artikel 4, lid 1, van deze verordening bepaalt:

„Concentraties van communautaire dimensie in de zin van deze verordening moeten bij de Commissie worden aangemeld binnen een week [...]"

5 Artikel 6, lid 1, sub a en b, van deze verordening luidt:

„De Commissie onderzoekt de aanmelding meteen na ontvangst.

a) Indien zij tot de conclusie komt dat de aangemelde concentratie niet binnen het toepassingsgebied van deze verordening valt, stelt zij dat bij beschikking vast.

b) Indien zij constateert dat de aangemelde concentratie weliswaar binnen het toepassingsgebied van de verordening valt, maar er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, besluit zij zich er niet tegen te verzetten en verklaart zij haar verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

[...]"

6 Artikel 21, lid 1, van de verordening luidt:

„Onder voorbehoud van het toezicht door het Hof van Justitie is uitsluitend de Commissie bevoegd de in deze verordening bedoelde beschikkingen te geven."

De feiten van het geding

7 Bij arrest van 26 januari 2001 heeft het Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk), dat bevoegd is ter zake van de toepassing van het Oostenrijkse mededingingsrecht, een concentratie goedgekeurd van de vennootschap Zeitschriften Verlagsbeteiligungs-Aktiengesellschaft (hierna: „ZVB") en de vennootschap Verlagsgruppe News Beteiligungsgesellschaft (hierna: „VNB").

8 Deze concentratie hield in dat de vennootschap News Gesellschaft mbH (hierna: „News Gesellschaft"), dochtermaatschappij van VNB, Kurier-Magazine Verlags GmbH (hierna: „Kurier-Magazine") verkreeg, een aan ZVB toebehorende vennootschap, in ruil voor een deelneming van laatstgenoemde in het kapitaal van News Gesellschaft.

9 Bij brief van 25 mei 2001 hebben rekwirantes, die eigenaar zijn van Oostenrijkse dagbladen, bij de Commissie een klacht ingediend over deze concentratie, op grond dat deze een communautaire dimensie had in de zin van de concentratieverordening en derhalve had moeten worden aangemeld bij de Commissie, de enige autoriteit die bevoegd is om de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt te beoordelen.

10 Bij brief van 12 juli 2001 heeft de directeur van de dienst van de Commissie die binnen het directoraat-generaal Concurrentie belast is met de controle op concentraties van ondernemingen (hierna: „Task Force Concentratiecontrole") rekwirantes geantwoord dat de omzet van Kurier-Magazine binnen de Gemeenschap niet de in artikel 1, lid 2, sub b, van de concentratieverordening vastgestelde drempel van 250 miljoen euro had bereikt en dat de Commissie derhalve niet bevoegd was zich over de betrokken concentratie uit te spreken.

11 Bij brief van 7 augustus 2001 hebben rekwirantes dit standpunt betwist, met name op grond dat ZVB volgens de voorwaarden van de fusieovereenkomst nog steeds de uitgever en de hoofdredacteur van twee binnen Kurier-Magazine ondergebrachte tijdschriften mocht aanwijzen. Zij hebben deze stelling gepreciseerd in een brief van 9 augustus 2001, eveneens gericht aan de directeur van de Task Force Concentratiecontrole.

12 In antwoord op deze twee brieven heeft de directeur bij schrijven van 3 september 2001 meegedeeld dat hij op het moment waarop hij zijn brief van 12 juli 2001 had ondertekend, reeds van deze gegevens op de hoogte was geweest en dat de door ZVB aangewezen managers niet over vetorechten beschikten waardoor zij uiteindelijk samen de vennootschap News Gesellschaft konden controleren. Vervolgens heeft hij zijn standpunt dat de concentratie geen communautaire dimensie had, bevestigd.

13 Bij brief van 11 september 2001, gericht aan het lid van de Commissie dat met de mededinging is belast, hebben rekwirantes de Commissie overeenkomstig artikel 232, tweede alinea, EG uitgenodigd om formeel haar standpunt te bepalen over „het al dan niet inleiden van een verificatieprocedure op grond van verordening nr. 4064/89".

14 Bij brief van 7 november 2001 (hierna: „brief van 7 november 2001") heeft de directeur van de task force Concentratiecontrole rekwirantes geantwoord dat hij

bevestigde dat „[zijn] diensten, om redenen [...] genoemd in [zijn] brief van 12 juli 2001, niet voornemens [waren] in bovengenoemde zaak een nieuw onderzoek in te stellen" en dat „de Commissie, bij gebreke van een bevoegdheid op grond van de verordening inzake concentratiecontrole, ter zake geen besluit [kon] nemen".

15 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 10 januari 2002, hebben rekwirantes een beroep wegens nalaten tegen de Commissie ingesteld.

De bestreden beschikking

16 Het Gerecht achtte zich voldoende geïnformeerd en heeft het beroep zonder verdere behandeling kennelijk niet-ontvankelijk verklaard bij de bestreden beschikking, die is gegeven krachtens artikel 111 van zijn Reglement voor de procesvoering.

17 Om te beginnen heeft het Gerecht overwogen dat de brief van 7 november 2001, die expliciet verwees naar de brief van 11 september 2001 waarin de Commissie tot handelen werd uitgenodigd, het antwoord van de Commissie op deze ingebrekestelling vormde.

18 Vervolgens heeft het Gerecht, voor zijn conclusie dat de brief van 7 november 2001 een standpuntbepaling in de zin van artikel 232, tweede alinea, EG vormde, vastgesteld dat de Commissie in deze brief in de eerste plaats uiteenzette dat zij niet voornemens was de litigieuze concentratie opnieuw te onderzoeken, waarbij zij verwees naar de in haar brief van 12 juli 2001 aangevoerde gronden, en in de tweede plaats bevestigde dat zij bij gebreke van een communautaire dimensie niet bevoegd was om krachtens de concentratieverordening een besluit in deze zaak te nemen.

19 Ten slotte heeft het Gerecht geoordeeld dat een dergelijke standpuntbepaling een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 230 EG vormde en dat rekwirantes niet staande konden houden dat de brief van 7 november 2001 enkel het standpunt van de task force Concentratiecontrole weergaf en niet dat van de Commissie. Het Gerecht heeft in dit verband opgemerkt dat de brieven van 12 juli en 3 september 2001 weliswaar aangaven dat zij „het standpunt van het directoraat-generaal Concurrentie [weergaven] en de Commissie niet [konden] binden", doch dat in de brief van 7 november 2001 een dergelijke verklaring niet meer voorkwam.

20 In deze omstandigheden heeft het Gerecht geoordeeld dat het nalaten niet meer bestond en dat rekwirantes geen belang meer hadden bij de vaststelling ervan, zodat het beroep kennelijk niet-ontvankelijk was.

De hogere voorziening

21 Rekwirantes concluderen tot vernietiging van de bestreden beschikking, tot vaststelling door het Hof dat de Commissie de krachtens het EG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen door geen beslissing over de litigieuze concentratie te nemen en tot verwijzing van de Commissie in de kosten.

22 De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van rekwirantes in de kosten.

23 Rekwirantes stellen dat de brief van 7 november 2001 slechts afkomstig was van de directeur van de task force Concentratiecontrole en dat deze de Commissie als instelling juridisch niet kon binden. Het Gerecht is derhalve van een verkeerde

rechtsopvatting uitgegaan door te oordelen dat deze brief een standpuntbepaling van de Commissie in de zin van artikel 232, tweede alinea, EG vormde en dat deze het nalaten kon beëindigen.

24 De Commissie betoogt dat het beroep voor het Gerecht kennelijk niet-ontvankelijk was, maar op andere gronden dan die waarop de bestreden beschikking is gebaseerd en waarover het Gerecht zich in de eerste plaats had moeten uitspreken. Zij stelt dat geen enkel voorschrift haar verplicht om formeel een standpunt in te nemen over de door rekwirantes bij haar ingediende klacht en dat de uitnodiging tot handelen die haar op 25 mei 2001 werd gezonden, in elk geval te laat was.

Beoordeling door het Hof

25 Op het in hogere voorziening aangevoerde middel dat het Gerecht de brief van 7 november 2001 ten onrechte heeft aangemerkt als een standpuntbepaling waardoor het nalaten werd beëindigd, antwoordt de Commissie dat zij in een dergelijk geval niet verplicht was, formeel een standpunt in te nemen over rekwirantes' klacht en dat haar dus geen nalaten kon worden verweten.

26 Dit betoog van de Commissie kan niet worden aanvaard.

27 Om te beginnen kan de Commissie er niet van afzien, in te gaan op klachten van ondernemingen die niet betrokken zijn bij een concentratie welke een communautaire dimensie kan hebben. De totstandkoming van een dergelijke

concentratie ten gunste van ondernemingen die met de klagers concurreren, kan immers een onmiddellijke wijziging van de situatie van laatstgenoemden op de betrokken markt(en) tot gevolg hebben. Om die reden bepaalt artikel 18 van de concentratieverordening dat derden, indien zij daarom verzoeken, door de Commissie kunnen worden gehoord. Verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1) bepaalt daarom in artikel 11, sub c, dat „derden, zijnde natuurlijke of rechtspersonen die van een voldoende belang doen blijken, zoals afnemers, leveranciers of concurrenten" het recht hebben om overeenkomstig voormeld artikel 18 te worden gehoord.

28 Voorts kan de Commissie niet met succes stellen dat zij niet gehouden is, zich erover uit te spreken of zij in beginsel de bevoegde controlerende autoriteit is, terwijl zij er krachtens artikel 21 van de concentratieverordening bij uitsluiting mee belast is om, onder toezicht van het Hof, de in deze verordening bedoelde beschikkingen te geven. Indien de Commissie zou weigeren om zich op verzoek van derde ondernemingen formeel uit te spreken over de vraag of een niet bij haar aangemelde concentratie al dan niet binnen de werkingssfeer van deze verordening valt, zou zij het deze ondernemingen onmogelijk maken om de procedurele waarborgen te benutten die de communautaire wetgeving hun biedt. Tegelijkertijd zou zij zichzelf een middel ontnemen om na te gaan of de ondernemingen die partij zijn bij een concentratie met een communautaire dimensie, daadwerkelijk hun aanmeldingsplicht nakomen. Bovendien zouden klagende ondernemingen niet door middel van een beroep tot nietigverklaring kunnen opkomen tegen een weigering van de Commissie tot handelen die, zoals in het voorgaande punt reeds gezegd, voor hen nadelig kan zijn.

29 Ten slotte is er geen grond die rechtvaardigt dat de Commissie zich op dit punt onttrekt aan de verplichting om in het belang van een behoorlijk bestuur, bij haar ingediende klachten diepgaand en onpartijdig te onderzoeken. Dat de klagers krachtens de concentratieverordening niet het recht hebben dat hun klacht onder vergelijkbare voorwaarden wordt onderzocht als klachten welke vallen binnen de werkingssfeer van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81] en [82] van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), betekent niet dat de Commissie is vrijgesteld van de

verplichting om haar bevoegdheid te onderzoeken en daaruit de noodzakelijke consequenties te trekken. Een en ander stelt de Commissie niet vrij van de verplichting, een met redenen omkleed antwoord te geven op een klacht dat zij niet in overeenstemming met juist deze bevoegdheid heeft gehandeld.

30 De Commissie kan dan ook niet stellen dat zij in casu geen standpunt behoefde in te nemen en dat haar daarom in geen geval nalatigheid kon worden verweten.

31 Terecht evenwel stelt de Commissie dat de uitnodiging tot handelen die haar op 25 mei 2001 werd gezonden, in elk geval te laat was.

32 De concentratieverordening berust op het beginsel van een precieze verdeling van bevoegdheden tussen de nationale en de communautaire controlerende autoriteiten. In de negenentwintigste overweging van de considerans van deze verordening is bepaald dat „concentraties waarop deze verordening niet van toepassing is, in beginsel tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren". Omgekeerd is de Commissie als enige bevoegd om alle beschikkingen te geven betreffende concentraties met een communautaire dimensie en, krachtens artikel 9 van deze verordening, om te beslissen het dossier van bepaalde concentraties die zich met name afspelen op een „markt binnen deze lidstaat die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt", naar de bevoegde autoriteiten van een lidstaat te verwijzen.

33 De concentratieverordening bevat tevens bepalingen die tot doel hebben, ter wille van de rechtszekerheid en in het belang van de betrokken ondernemingen de duur te beperken van de verificatieprocedures van concentraties die tot de verantwoordelijkheid van de Commissie behoren. Daarom moeten concentraties met een communautaire dimensie volgens artikel 4 van deze verordening binnen een

week worden aangemeld. De artikelen 6 en 10, lid 1, van deze verordening bepalen dat de Commissie daarna over een termijn van in de regel één maand beschikt om te beslissen of zij al dan niet de formele procedure inleidt om te onderzoeken of de concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Volgens artikel 10, lid 3, van de verordening moet de Commissie binnen een termijn van in beginsel vier maanden na de dag waarop de beschikking tot inleiding van de procedure werd gegeven, een beslissing nemen over het dossier. Artikel 10, lid 6, bepaalt dat „indien de Commissie [niet] binnen de [...] termijnen een beschikking heeft gegeven, [...] de concentratie [wordt] geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard".

34 Uit de in de punten 32 en 33 van dit arrest genoemde bepalingen blijkt dat de gemeenschapswetgever een duidelijke afbakening tussen het optreden van de nationale en dat van de communautaire autoriteiten heeft willen aanbrengen, teneinde te vermijden dat deze verschillende autoriteiten zich achtereenvolgens over een en dezelfde concentratie uitspreken, en dat hij een controle van concentraties heeft willen verzekeren binnen termijnen die zowel verenigbaar zijn met de vereisten van behoorlijk bestuur als met die van het zakenleven.

35 Overigens geldt voor beroepen die de ondernemingen, of zij nu partij bij een concentratie of derden zijn, kunnen instellen tegen beschikkingen van de Commissie de algemene termijn van artikel 230, vijfde alinea, EG, zodat zij binnen twee maanden moeten worden ingesteld.

36 De vereisten van rechtszekerheid en van de continuïteit van het gemeenschapsoptreden die aan al deze bepalingen ten grondslag liggen, zouden worden miskend, indien de Commissie krachtens artikel 232, tweede alinea, EG kon worden uitgenodigd om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een niet

bij haar aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt, nadat een redelijke termijn is verstreken (zie in die zin arrest van 6 juli 1971, Nederland/Commissie, 59/70, Jurispr. blz. 639, punten 15-24). Aldus zouden ondernemingen de Commissie kunnen noodzaken een beslissing van de nationale bevoegde autoriteiten over een concentratie opnieuw te bezien, ook nadat de in de rechtsorde van de betrokken lidstaat tegen die beslissing openstaande rechtsmiddelen zijn uitgeput.

37 In casu is de litigieuze concentratie op 5 september 2000 aangemeld bij het Oberlandesgericht Wien, dat deze op 26 januari 2001 heeft goedgekeurd. Rekwirantes hebben gedurende deze periode op elk moment de mogelijkheid gehad de Commissie te benaderen met een verzoek om te onderzoeken of deze concentratie een communautaire dimensie had. Op 25 mei 2001, de datum waarop zij bij de Commissie een klacht hebben ingediend, waren bijna vier maanden verstreken sinds de nationale autoriteit de concentratie had goedgekeurd, een duur die vergelijkbaar is met de termijn waarover de Commissie krachtens artikel 10, lid 3, van de concentratieverordening beschikt om een aangemelde concentratie te onderzoeken wanneer de daartoe voorziene formele procedure is ingeleid.

38 In deze omstandigheden kon de termijn waarna rekwirantes bij de Commissie een klacht hebben ingediend en zij vervolgens door hen tot handelen is uitgenodigd, in casu niet als redelijk worden aangemerkt en konden zij dus uit dien hoofde geen beroep wegens nalaten meer instellen.

39 Het door rekwirantes ingestelde beroep wegens nalaten was dus in elk geval kennelijk niet-ontvankelijk.

40 Uit het voorgaande volgt dat de hogere voorziening moet worden afgewezen.

Kosten

41 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

1) **Wijst de hogere voorziening af.**

2) **Verwijst 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 en „Salzburger Nachrichten" Verlags-Gesellschaft mbH & Co. KG in de kosten.**

Puissochet Gulmann Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 25 september 2003.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

J.-P. Puissochet