CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 10 juni 1986 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

A — De feiten

1. De procedure waarin ik vandaag conclusie neem, betreft het vervolg van een mededingingsprocedure die de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens verdenking van misbruik van een machtspositie heeft ingeleid tegen het AKZO-concern en mogelijkerwijze nog voortzet.

2. Ofschoon de onderhavige procedure enkel de vraag van de rechtmatigheid van de beschikking van de Commissie van 6 november 1984 betreft, waarbij verzoeksters krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 [1] werden verplicht, zich aan een verificatie in het kader van een mededingingsprocedure te onderwerpen, lijkt het mij nodig eerst in het kort in te gaan op de gehele procedure waarbinnen de bestreden beschikking is gegeven.

3. Verzoeksters, AKZO Chemie BV en AKZO Chemie UK Ltd, behoren tot het AKZO-concern, de grootste producent van benzoylperoxyde (een chemisch produkt dat bij de vervaardiging van plastic en als bleekmiddel voor meel in het Verenigd Koninkrijk en in Ierland wordt gebruikt) in de EEG.

4. Engineering and Chemical Supplies („ECS") is een kleine onderneming, die na haar oprichting in 1969 aanvankelijk bij AKZO Chemie UK Ltd aangekochte benzoylperoxyde aan de Britse meelindustrie leverde en later deze stof ook zelf produceerde. In 1979 breidde ECS haar activiteiten ook uit tot de sector kunststoffen, en wel eerst in het Verenigd Koninkrijk en daarna in Duitsland.

5. In 1982 diende ECS bij de Commissie een verzoek tot inleiding van een procedure in en betoogde zij dat verzoeksters inbreuk maakten op artikel 86 EEG-Verdrag doordat zij met het oogmerk om ECS als concurrent uit te schakelen, een beleid van prijsonderbieding voerden, hetgeen als misbruik zou zijn aan te merken. Naar de Commissie onweersproken heeft verklaard, betrof de klacht van ECS het prijsgedrag van verzoeksters met betrekking tot organische peroxyden, en wel zowel in de plastics- als in de meeladditievensector.

6. In december 1982 verrichtten ambtenaren van de Commissie in de lokaliteiten van beide verzoeksters zonder voorafgaande aankondiging verificaties als bedoeld in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17.

7. Op 8 juni 1983 besloot de Commissie, de procedure (VI/30.698 — ECS/AKZO) in de zaak in te leiden. De procedure betrof het mogelijke misbruik van een machtspositie van verzoeksters en het prijsgedrag met betrekking voor organische peroxyden in zowel de meeladditievensector als in andere sectoren [2].

* Vertaald uit het Duits.

1 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, PB 1962, blz. 204.

2 — *Bulletin van de Europese Gemeenschappen*, 1983, nr. 7/8, punt 2.1.38.

8. Op 29 juni 1983 nam de Commissie een voorlopige maatregel[3], waarbij zij AKZO Chemie UK Ltd bepaalde verplichtingen oplegde voor haar prijsgedrag met betrekking tot meeladditieven.

9. In mei en juli 1984 werden tussen medewerkers van verzoeksters en de Commissie gesprekken gevoerd, waarbij de mogelijkheid van een snellere afwikkeling van de mededingingsprocedure ter sprake werd gebracht. Daarbij gaf de Commissie te kennen dat zij in verband met de klacht van ECS verzoeksters' wens om de gehele procedure zonder formele beschikking te laten eindigen, niet kon inwilligen. In de sector meeladditieven zou er in elk geval een eindbeschikking komen; indien verzoeksters de punten van bezwaar in wezen zouden aanvaarden en er bovendien een bevredigende schadevergoedingsregeling voor ECS tot stand zou komen, zou dit bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete in aanmerking worden genomen. Verder werd in het vooruitzicht gesteld, dat wanneer verzoeksters voor hun toekomstige prijsgedrag in de plasticssector bepaalde garanties zouden geven, de verificaties in de plasticssector niet zouden worden voortgezet.

10. Daarvoor reeds had de Commissie haar verificaties, die aanvankelijk alle gebruiksmogelijkheden van organische peroxyden betroffen, toegespitst op de meeladditieven; in de plasticssector werden de verificaties voorlopig gestaakt.

11. Op 3 september 1984 stelde de Commissie verzoeksters op de hoogte van punten van bezwaar die zich tot verzoeksters prijsgedrag met betrekking tot organische peroxyden in de sector meeladditieven beperkten. In de inleidende, samenvattende opmerkingen op de punten van bezwaar werd evenwel uitdrukkelijk opgemerkt, dat de Commissie verzoeksters' marktgedrag met betrekking tot organische peroxyden voor de vervaardigiging van plastics nader zou onderzoeken en zich het recht voorbehield met betrekking tot dit onderdeel van de procedure nieuwe punten van bezwaar mee te delen.

12. Op 1 oktober 1984 werd tussen de met de verificatie belaste ambtenaren van de Commissie en het hoofd van de afdeling Juridische zaken van AKZO Chemie BV een telefoongesprek gevoerd waarin werd gesproken over het verband tussen verzoeksters' reactie op de meegedeelde punten van bezwaar betreffende de meeladditievensector en het verdere optreden van de Commissie in de plasticssector. Op de details van dit gesprek, waarover partijen het niet eens zijn en ter zake waarvan het Hof instructiemaatregelen heeft genomen, zal ik nader ingaan in mijn juridische uiteenzetting (punten 83 e. v.).

13. Op 22 oktober 1984 zond AKZO Chemie BV de Commissie het eerste deel van haar opmerkingen omtrent de punten van bezwaar toe, waarin zij als haar mening gaf, dat haar in het geheel geen misbruik ten laste kan worden gelegd.

14. Op 26 oktober 1984 kondigde de Commissie aan, dat opnieuw verificaties zouden worden verricht in de plasticssector, en wel op 7 en 8 november in Nederland en op 12 en 13 november in Groot-Brittannië. De medewerker van de afdeling Juridische zaken van AKZO Chemie BV, aan wie dit werd meegedeeld, nam deze aankondiging — zonder protest — in ontvangst.

15. In de loop van de middag van 6 november 1984 deelde AKZO Chemie BV de Commissie telefonisch mee, dat zij niet vrijwillig aan de aangekondigde verificaties zou

3 — PB 1983, L 252, blz. 13.

meewerken. Daarbij kondigde zij aan, dat de motieven voor deze weigering waren uiteengezet in een brief die de Commissie nog dezelfde dag zou ontvangen.

16. Op dezelfde dag, 6 november 1984, stelde de Commissie de beschikking vast waartegen het onderhavige beroep is ingesteld. Op 7 november 1984 dienden twee ambtenaren van de Commissie, vergezeld van een vertegenwoordiger van de Nederlandse regering, zich bij AKZO Chemie BV aan om tot verificatie over te gaan. Bij AKZO Chemie BV vonden de verificaties plaats op 7 en 8 november 1984 en bij AKZO Chemie UK Ltd op 20 en 21 november 1984.

17. Verzoeksters achten de genoemde beschikking onwettig, en wel om verschillende redenen.

18. Schending van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, misbruik van bevoegdheidsdelegatie, en ten slotte onregelmatig horen van de bevoegde nationale autoriteiten.

19. In hun verweerschrift voeren verzoeksters nog twee extra middelen aan: schending van het recht van verweer en misbruik van bevoegdheid.

20. Mitsdien *concluderen verzoeksters* dat het den Hove behage:

— de beschikking van de Commissie van 6 november 1984 nietig te verklaren,

— de Commissie te gelasten, de documenten en de gegevens die in haar bezit zijn gekomen ingevolge de verificaties verricht op grond van de bestreden beschikking, aan verzoeksters terug te bezorgen en verder in de toekomst op geen enkele manier te gebruiken;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

21. De *Commissie concludeert* dat het den Hove behage:

— het beroep ongegrond te verklaren;

— verzoeksters te veroordelen in de kosten.

22. De Commissie acht de middelen van verzoeksters ongegrond; bovendien heeft zij tijdens de mondelinge behandeling in twijfel getrokken, of de in verzoeksters' repliek vervatte middelen (schending van het recht van verweer, misbruik van bevoegdheid) op geoorloofde wijze in de loop van het geding zijn voorgedragen.

23. Op de juridische argumenten van partijen zal ik gedetailleerd ingaan in het kader van mijn juridische beoordeling.

B — Juridische beoordeling

24. De door verzoeksters tegen de bestreden beschikking aangevoerde middelen, die elkaar qua inhoud gedeeltelijk overlappen, kunnen in twee groepen worden onderverdeeld:

— middelen die de gevolgde procedure betreffen: schending van het collegialiteitsbeginsel van de Commissie, ontoereikende motivering van de beschikking, onregelmatig „horen" van de autoriteiten van de Lid-Staten en schending van artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens door het niet naleven van de procedurevoorschriften;

— materiële middelen: schending van het recht van verweer, misbruik van bevoegdheid.

I — *De formele middelen*

a) *Het ontbreken van een geldige beschikking van de Commissie*

25. *Verzoeksters* zijn van mening dat de bestreden beschikking van de Commissie niet rechtsgeldig is tot stand gekomen, daar zij niet door de Commissie als college is vastgesteld, maar door haar lid, dat bevoegd is voor zaken betreffende de mededinging. Dit zou indruisen tegen artikel 17 van het Fusieverdrag van 8 april 1965, volgens hetwelk de besluiten van de Commissie bij meerderheid van stemmen van het aantal leden worden genomen.

26. Verzoeksters betwisten niet dat de Commissie in beginsel bevoegd is, bepaalde besluiten door enige van haar leden te laten nemen, zoals is voorzien in artikel 27 van het Voorlopig reglement van orde van de Commissie [4]. Een desbetreffende machtiging zou evenwel enkel geoorloofd zijn, wanneer zij een duidelijk omschreven maatregel van beheer of bestuur betreft en het beginsel van de collegiale verantwoordelijkheid van de Commissie volstrekt geëerbiedigd blijft.

27. Daar het gelasten van een verificatie, als bedoeld in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17, een zeer ingrijpende maatregel is, is het niet louter een maatregel van beheer of bestuur. Waar verzoeksters hadden geweigerd de aangekondigde verificaties te laten verrichten, had in elk geval het collegialiteitsbeginsel opnieuw volledig dienen te gelden.

28. Ook het interne delegatiebesluit van de Commissie van 5 november 1980, waarbij het lid van de Commissie, belast met zaken betreffende de mededinging, wordt gemachtigd verificatiebeschikkingen vast te stellen, ontsloeg de Commissie niet van haar verplichting om het in het Verdrag verankerde collegialiteitsbeginsel te eerbiedigen.

29. Daarentegen betoogde de *Commissie*, dat de bestreden beschikking geldig kon worden gegeven volgens de in artikel 27 van haar Voorlopig reglement van orde vervatte machtigingsprocedure. De beschikking waarbij een verificatie wordt gelast, is een maatregel ter voorbereiding van de beschikking waarbij de Commissie een eventuele inbreuk op de mededingingsregels vaststelt. De voorbereidende beschikking is dus een normale maatregel van beheer of bestuur.

30. Artikel 27 van haar Voorlopig reglement van orde is volgens de Commissie verenigbaar met artikel 17 van het Fusieverdrag. In haar besluitvormingsprocedure dient de verplichting ex artikel 17 van het Fusieverdrag — collegialiteitsbeginsel — te worden afgestemd op de omstandigheid dat een groot aantal beslissingen moet worden genomen. Derhalve heeft zij het nodig geacht, enkele van haar leden te machtigen, bepaalde duidelijk omschreven maatregelen in haar naam en onder haar verantwoordelijkheid te nemen. Op grond van interne bepalingen is zowel a priori als a posteriori toezicht gewaarborgd.

31. Ten slotte verwijst de Commissie naar een aantal uitspraken van het Hof, waarin het geen bezwaar heeft gemaakt tegen het feit dat in mededingingsprocedures de mededelingen van de punten van bezwaar was ondertekend door de directeur-generaal Concurrentie van de Commissie.

32. Verzoeksters moet worden toegegeven, dat artikel 17 van het Fusieverdrag [5], waarin

4 — Besluit van 6 juli 1967, zoals gewijzigd bij besluit van 23 juli 1975, PB 1975, L 199, blz. 43.

5 — Verdrag van 8 april 1965 tot instelling van één Raad en één Commissie welke de Europese Gemeenschappen gemeen hebben, PB 1967, nr. 152, blz. 2.

wordt bepaald dat de besluiten van de Commissie worden genomen bij meerderheid van stemmen van het aantal leden, voor de besluitvormingsprocedure van de Commissie het collegialiteitsbeginsel voorschrijft. Dit beginsel wordt opgevat in artikel 1 van het Voorlopig reglement van orde van de Commissie van 6 juli 1967 [6], dat luidt als volgt:

„De Commissie treedt overeenkomstig de bepalingen van dit reglement als college op."

33. Zoals de Commissie terecht opmerkt dient dit beginsel overigens in overeenstemming te worden gebracht met het behoorlijk functioneren van de Commissie, in het bijzonder gelet op de omstandigheid dat een groot aantal afzonderlijke beslissingen [7] moet worden genomen. Dit is reeds erkend in het Fusieverdrag, waarin met betrekking tot het Reglement van orde van de Commissie in artikel 16 wordt verklaard:

„De Commissie stelt haar Reglement van orde vast, ten einde te verzekeren dat zij en haar diensten overeenkomstig de bepalingen van de Verdragen... werkzaam zullen zijn."

34. Mitsdien moet worden geconstateerd, dat het Fusieverdrag zowel het collegialiteitsbeginsel in de besluitvormingsprocedure van de Commissie, als een behoorlijk functioneren van de Commissie erkent en voorschrijft. Mitsdien kan er geen bezwaar tegen worden gemaakt, dat de Commissie op grond van artikel 27 van haar Voorlopig reglement van orde de mogelijkheid heeft, om haar leden te machtigen in haar naam en onder haar verantwoordelijkheid nauwkeurig omschreven maatregelen van bestuur of beheer te nemen.

35. Verder dient te worden onderzocht, of de machtiging om verificaties als bedoeld in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 te gelasten, die op 5 november 1980 is verleend aan het met zaken betreffende de mededinging belaste lid van de Commissie, wordt gedekt door artikel 27 van het Voorlopig reglement van orde. Het zou verdedigbaar kunnen zijn, dat onder maatregelen van beheer of bestuur enkel interne administratieve maatregelen moeten worden verstaan. Maatregelen die effect zouden hebben buiten de administratie of tot derden zouden zijn gericht, zouden dan niet onder artikel 27 van het Voorlopig reglement van orde vallen.

36. Tegen deze opvatting kan stellig niet worden aangevoerd, dat het gelasten van een verificatie slechts een voorbereidende maatregel zou zijn, die het de Commissie eerst mogelijk zou maken definitief te beslissen of er sprake is van een inbreuk op de mededinging. In tegenstelling tot het openen van de mededingingsprocedure, als bedoeld in artikel 3 van verordening nr. 17, of de mededeling van de punten van bezwaar, in de zin van artikel 2 van verordening nr. 99/63 [8] — volgens de rechtspraak van het Hof voorbereidende maatregelen die voor de belanghebbende nog geen verplichtingen in het leven roepen en waartegen mitsdien niet zelfstandig in rechte kan worden opgekomen [9] —, is het gelasten van een verificatie een maatregel die rechtstreeks in de rechtssfeer van de betrokken onderneming ingrijpt. Met een dergelijke maatregel wordt de betrokken onderneming verplicht, de ambtenaren van de Commissie toegang

6 — PB 1967, nr. 147, blz. 1, dat verwijst naar het Voorlopig reglement van orde van de Commissie van de EEG, PB 1963, blz. 183.

7 — De door de Commissie genoemde getallen lopen overigens uiteen: tijdens de schriftelijke behandeling werd voor 1984 nog een getal van meer dan 35 000 beslissingen genoemd, terwijl dit getal tijdens de mondelinge behandeling tot 21 000 terugviel. Zelfs indien men uitgaat van de in de Algemene Verslagen van de Commissie over de jaren 1984 en 1985 vermelde gegevens — 5190 rechtshandelingen, 555 voorstellen en 242 mededelingen in 1984 (1985: 7 422, 694, 224) —, blijkt het aantal beslissingen nog steeds aanzienlijk (vgl. 18e Algemeen Verslag, punt 23, 19e Algemeen Verslag, punt 26).

8 — Verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268).

9 — Arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM/Commissie, Jurispr. 1981, blz. 2639.

te verlenen tot haar bedrijfslokaliteiten, hun inzage te geven in de boeken en andere bedrijfsbescheiden en hen ter plaatse andere handelingen te laten verrichten. De naleving van deze juridische verplichting door de betrokken onderneming kan worden afgedwongen door het opleggen van geldboeten en dwangsommen.

37. Het betreft hier dus ingrepen in de rechtssfeer van de betrokken onderneming, die de communautaire wetgever dusdanig belangrijk heeft geacht, dat hij in artikel 14, lid 3, tweede volzin, de Commissie uitdrukkelijk de verplichting heeft opgelegd, in haar beschikking aan te geven, welke rechtsmiddelen tegen de beschikking open staan.

38. De structuur van het Voorlopig reglement van orde van de Commissie pleit evenwel tegen een restrictieve uitlegging van artikel 27. Artikel 27 maakt deel uit van hoofdstuk III van het Reglement van orde („plaatsvervanging en delegatie"). De interne betrekkingen tussen de Commissie, respectievelijk haar leden enerzijds en de directoraten-generaal anderzijds zijn geregeld in de tweede afdeling van het eerste hoofdstuk; in het bijzonder wordt daarin in artikel 13 de instructiebevoegdheid geregeld, die het bevoegde lid van de Commissie heeft tegenover een directoraat-generaal, waarvan het arbeidsterrein speciaal aan hem is toegewezen.

39. Hoofdstuk III en in het bijzonder artikel 27 daarvan hebben een zelfstandige betekenis, zodat de daarin genoemde maatregelen van beheer of bestuur dus zowel de maatregelen kunnen omvatten die het interne arbeidsterrein van de Commissie betreffen, alsook de maatregelen die een externe werking jegens derden hebben.

40. De machtiging van het lid van de Commissie, belast met zaken betreffende de mededinging, om verificaties als bedoeld in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 te gelasten, wordt mitsdien gedekt door artikel 27 van het Voorlopig reglement van orde van de Commissie.

41. De geldigheid van deze machtiging wordt ook niet aangetast, — gelijk verzoeksters menen — wanneer de betrokken onderneming het niet ermee eens is dat verificaties worden verricht en zulks aan de Commissie meedeelt. Dit is nu juist het normale geval, dat in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 is bedoeld. Gaat de betrokken onderneming namelijk akkoord met de verificatie, dan volstaat reeds de opdracht tot verificatie, als bedoeld in artikel 14, lid 2, eerste volzin. Eerst wanneer de onderneming niet akkoord gaat met de verificatie, wordt de verbindende verificatiebeschikking van artikel 14, lid 3, geëist.

b) *Ontbreken van een verificatiebeschikking van het bevoegde lid van de Commissie*

42. *Verzoeksters* betogen — zij het niet in de vorm van een zelfstandig middel —, dat het niet zeker is dat het bevoegde lid van de Commissie zijn toestemming heeft gegeven voor de bestreden beschikking. Het eensluidend verklaarde afschrift van de beschikking, dat hen betekend is, draagt niet de handtekening van het gemachtigde lid van de Commissie. Het stuk dat de Commissie heeft overgelegd ten bewijze van het feit dat het lid van de Commissie de bestreden beschikking heeft ondertekend, bewijst evenmin dat het betrokken lid zijn goedkeuring aan de beschikking heeft gehecht, daar zijn handtekening niet vergezeld gaat van een datum en evenmin is aangegeven, welke stukken als bijlage zijn bijgevoegd. Het is dan ook niet uit te sluiten, dat het bevoegde lid van de Commissie vooraf — op een niet nader te bepalen datum — het betrokken stuk blanco heeft ondertekend.

43. De *Commissie* betoogt, dat de betrokken onderneming op de gebruikelijke wijze van de beschikking op de hoogte is gesteld. Dit volstaat om het bestaan van een beschikking te bewijzen. Zij heeft de interne

notitie voor het secretariaat-generaal van de Commissie van 6 november 1984 enkel overgelegd om te bewijzen dat de gebruikelijke interne procedure is gevolgd.

44. Ofschoon verzoeksters in dit verband geen uitdrukkelijk middel hebben geformuleerd, kan hun opmerking toch aldus worden opgevat dat zij er op aandringen, dat het Hof van ambtswege onderzoekt, of de bestreden beschikking inderdaad door het bevoegde lid van de Commissie is gegeven.

45. Bij dit onderzoek dient om te beginnen te worden vastgesteld dat de beschikking die is gegeven door het lid van de Commissie, belast met zaken betreffende de mededinging, geen datum bevat en evenmin aangeeft, op welke rechtshandeling zij betrekking heeft. Met behulp van het aan het Hof voorgelegde origineel van de beschikking kon evenwel worden vastgesteld, dat zij zich aan de achterkant van de notitie voor het secretariaat-generaal van 6 november 1984 bevindt en dat deze notitie de desbetreffende gegevens bevat.

46. Van doorslaggevend belang is evenwel de omstandigheid dat verzoeksters een voor copie conform gewaarmerkt afschrift van de volledige uitgewerkte beschikking van het bevoegde lid van de Commissie werd overhandigd. Deze waarmerking is door verzoeksters evenwel niet in twijfel getrokken. Voorts zijn in de onderhavige procedure geen aanknopingspunten te vinden op grond waarvan kan worden aangenomen dat niet was voldaan aan de voorwaarden voor een behoorlijke waarmerking van het originele stuk.

47. In casu is dus sprake van een beschikking die het lid van de Commissie, belast met zaken betreffende de mededinging, in haar naam heeft gegeven.

c) *Onvoldoende motivering van de beschikking*

48. *Verzoeksters* zijn van mening dat de bestreden beschikking in strijd is met de motiveringsverplichting van artikel 190 EEG-Verdrag, omdat in deze beschikking noch haar brief van 6 november 1984 wordt vermeld, noch op de inhoud ervan wordt ingegaan. In deze brief heeft zij de redenen uiteengezet, waarom zij niet bereid was, zich vrijwillig aan de verificatie te onderwerpen.

49. De *Commissie* antwoordt hierop, dat zij de door verzoekster AKZO Chemie BV in haar brief van 6 november 1984 uiteengezette argumenten niet behoefde te weerleggen. Overigens voldoet de beschikking aan de eisen die in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 ter zake van de motivering van een verificatiebeschikking worden gesteld.

50. In artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 worden de essentiële bestanddelen van de motivering van een verificatiebeschikking omschreven: zij „maakt melding van voorwerp en doel van verificatie, geeft de datum aan waarop de verificatie een aanvang neemt en wijst op de in artikel 15, lid 1, onder c, en in artikel 16, lid 1, onder d, voorziene sancties alsmede op het recht om tegen de beschikking in beroep te gaan bij het Hof van Justitie".

51. In de considerans van de bestreden beschikking wordt melding gemaakt van het nagestreefde doel, te weten te onderzoeken of er omstandigheden zijn waaruit zou kunnen blijken van misbruik van een machtspositie op de markt voor benzoylperoxyde. Bovendien wordt op de in artikel 15, lid 1, sub c, en artikel 16, lid 1, sub d, van de verordening voorziene sancties gewezen. In de artikelen 1 en 2 worden de elementen vermeld waarop de verificaties waartoe was besloten, betrekking hebben, alsmede het

tijdstip waarop zij zou worden verricht. Ten slotte wordt in de derde alinea van artikel 3 van de beschikking gewezen op de door artikel 173 EEG-Verdrag geboden mogelijkheid om bij het Hof van Justitie tegen een dergelijke beschikking in beroep te gaan.

52. Door artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 in acht te nemen, is de Commissie haar motiveringsplicht, als bedoeld in artikel 190 EEG-Verdrag, nagekomen [10]. Bovendien heeft de Commissie in de motivering van haar beschikking erop gewezen, dat verzoeksters hadden geweigerd om zich vrijwillig aan de verificatie te onderwerpen, zodat een beschikking moest worden gegeven, waarbij verzoeksters werd gelast zich aan de verificaties te onderwerpen.

53. De Commissie was niet verplicht in te gaan op de redenen waarom verzoeksters hadden geweigerd zich aan de verificatie te onderwerpen. Zoals ik reeds heb vermeld, is een dergelijke weigering het normale geval dat in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 wordt bedoeld, en niet de uitzonderingssituatie die eventueel een bijzondere, afzonderlijke motivering nodig zou maken, die meer bevat dan de in artikel 14, lid 3, voorgeschreven bestanddelen.

54. Het middel dat de beschikking onvoldoende zou zijn gemotiveerd, is derhalve ongegrond.

d) *Onregelmatig horen van de bevoegde nationale autoriteiten*

55. *Verzoeksters* beroepen zich op de praktijk die is gegroeid met betrekking tot het horen van de autoriteiten van de Lid-Staten, voordat een beschikking wordt gegeven waarbij een verificatie wordt gelast. Deze houdt in, dat het ontwerp van de verificatiebeschikking aan de nationale autoriteiten wordt overgelegd en daarbij uitleg wordt verschaft; het onderwerp en het resultaat van dit horen worden schriftelijk vastgelegd. De nationale autoriteit wordt ten minste twee weken van tevoren op de hoogte gesteld. Aan deze voorwaarden kon onmogelijk zijn voldaan in de zeer korte tijdsspanne, waarbinnen de bestreden beschikking is vastgesteld.

56. Tijdens de mondelinge behandeling hebben verzoeksters een kopie van de instructie van het Nederlands ministerie van Economische zaken overgelegd, waarin een medewerker van genoemd ministerie de opdracht kreeg om bij de verificaties aanwezig te zijn. In deze instructie is sprake van een verificatie, als bedoeld in artikel 14, lid 1, van verordening nr. 17, van een brief van de Commissie van 29 oktober 1984 en van telefoongesprekken op 26 oktober en 5 november 1984.

57. De *Commissie* betoogt, dat uit het protocol betreffende het horen van de bevoegde Nederlandse autoriteit blijkt, dat deze inderdaad op 6 november 1984 is gehoord. Wegens de urgentie van het besluit zijn de bevoegde Britse autoriteiten telefonisch gehoord; dit blijkt uit een brief van het Office of Fair Trading van 20 december 1984. De opstelling van een schriftelijk protocol is geen wezenlijk bestanddeel van het horen van de bevoegde autoriteit.

58. In verordening nr. 17, noch in de later vastgestelde uitvoeringsverordeningen is de procedure voor het horen van de Lid-Staten, als bedoeld in artikel 14, lid 4, van verordening nr. 17, nader geregeld. Enkel uit de bepaling van artikel 14, lid 2, laatste zin, van verordening nr. 17, waarin met betrekking tot eenvoudige verificaties wordt voorgeschreven dat de bevoegde autoriteit van de Lid-Staat op het grondgebied waarvan een verificatie moet worden verricht tijdig in kennis moet worden gesteld, kan worden opgemaakt dat ook bij een verplichte verificatie de bevoegde autoriteit van de Lid-Staat tijdig moet worden gehoord.

10 — Vgl. arrest van 26 juni 1980, zaak 136/79, National Panasonic (UK) Limited/Commissie, Jurispr. 1980, blz. 2033.

Overigens is „tijdig" een uiterst relatief begrip, dat naar gelang van de urgentie van het desbetreffende besluit verschillend kan uitvallen. De autoriteiten van de Lid-Staten zouden evenwel tijdig zijn gehoord, wanneer zij hun opvatting of hun eventuele bezwaren aan de Commissie konden kenbaar maken, voordat de verificatie werd verricht.

59. Daar in de onderzoeksprocedure van de Commissie tegen verzoeksters reeds eerder verificaties waren verricht, werden de betrokken autoriteiten niet gehoord met betrekking tot een nieuwe, hun nog niet bekende procedure. De ambtenaar van de bevoegde Nederlandse autoriteit werd in de marge van een vergadering van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities gehoord. Het is niet bekend — en verzoeksters hebben zulks ook niet beweerd —, dat de nationale autoriteiten tegen deze wijze van horen bezwaar zouden hebben gemaakt. Er is geen aanleiding om te concluderen dat zij niet regelmatig zijn gehoord. Dit geldt eveneens voor het argument, dat over het horen van de Britse autoriteit geen protocol is opgesteld, daar dit laatste niet nodig is.

60. Ook de omstandigheid dat de Nederlandse ambtenaar die de personeelsleden van de Commissie bij de verificatie begeleidde, over een instructie beschikte die op een eenvoudige verificatie wees, is niet van belang voor de rechtsgeldigheid van de verificatiebeschikking. Ofschoon deze instructie niet van een datum is voorzien, is uit de daarin genoemde data op te maken, dat zij is vastgesteld, nadat de Commissie de Nederlandse autoriteit op de hoogte had gesteld van de aanvankelijk geplande eenvoudige verificatie.

61. Dat de betrokken Nederlandse ambtenaar, nadat de Nederlandse autoriteit op 6 november 1984 was gehoord, bij het verrichten van de verificaties op de volgende dag niet over een nieuwe instructie beschikte, waarin uitdrukkelijk de in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 bedoelde, verplichte verificatie werd genoemd, is niet van invloed op de rechtmatigheid van de verificatiebeschikking van de Commissie.

62. Het op een beweerd gebrekkig horen van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten gebaseerde middel kan derhalve evenmin slagen.

e) *Schending van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*

63. *Verzoeksters* wijzen om te beginnen met nadruk op het bijzondere karakter van de bij artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 ingevoerde verificatieprocedure, aangezien de Commissie deze procedure kan inleiden zonder dat zij een voorafgaande machtiging behoeft van een ander orgaan.

64. Zij erkennen evenwel, dat de Commissie bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet over een door een onafhankelijk orgaan verstrekte verificatiemachtiging behoeft te beschikken om de desbetreffende verificaties te kunnen verrichten. Het ontbreken van een dergelijke waarborg kan evenwel slechts worden gecompenseerd, wanneer andere gelijkwaardige procedurele waarborgen een billijk en fair verloop van de procedure garanderen.

65. Uit de hiervoor behandelde formele middelen (misbruik van delegatiebevoegdheid, onvoldoende motivering van de beschikking en onregelmatig horen van de bevoegde nationale autoriteiten) blijkt — aldus nog steeds verzoeksters — dat de procedurele waarborgen van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 met zekerheid niet werden nageleefd, zulks gelet met name op

de zeer korte tijdsspanne waarbinnen deze beschikking werd gegeven.

66. Bij het vasttellen van de bestreden beschikking is dus artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden geschonden, daar de wettelijk voorgeschreven procedure niet is geëerbiedigd.

67. De *Commissie* verklaart, dat dit middel geen zelfstandige betekenis heeft en dat alle in artikel 14 van verordening nr. 17 vervatte waarborgen en voorwaarden zijn nageleefd.

68. Volgens artikel 8, lid 1, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden van 4 november 1950 heeft eenieder recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. Dit recht komt niet alleen toe aan natuurlijke personen doch ook aan rechtspersonen, in zoverre het naar zijn aard ook op deze laatste kan worden toegepast.

69. Volgens het tweede lid van dit artikel is inmenging van enig openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van dit recht slechts toegestaan, „voorzover zij bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming en vrijheden van anderen".

70. Dat artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 in overeenstemming is met deze, zoals wordt toegegeven, zeer vergaande inperkingsmogelijkheden, heeft het Hof in zijn reeds genoemde arrest van 27 juni 1980 in zaak 136/79 vastgesteld. Hieraan dient overigens nog te worden toegevoegd, dat artikel 8 van het genoemde Verdrag niet verlangt dat door een onafhankelijk ander orgaan van tevoren toestemming moet worden verleend voor de inmenging van het openbaar gezag in het genoemde fundamentele recht.

71. Artikel 8 van het Verdrag zou mitsdien slechts kunnen zijn geschonden, wanneer de in artikel 14 van verordening nr. 17 gegarandeerde procedurele waarborgen niet zouden zijn geëerbiedigd; dat zulks evenwel niet het geval is, blijkt reeds uit de behandeling van de drie andere formele middelen van verzoeksters.

72. Het op een beweerde schending van artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gebaseerde middel kan derhalve evenmin slagen.

II — *De materiële middelen*

73. In hun repliek voeren *verzoeksters* twee nieuwe middelen aan, die nog niet uitdrukkelijk voorkwamen in hun beroepschrift: schending van het recht van verweer en misbruik van bevoegdheid.

74. De omstandigheid dat zij deze middelen eerst tijdens de procedure hebben aangevoerd, rechtvaardigen verzoeksters als volgt.

75. Ten tijde van de indiening van het beroep waren zij ervan overtuigd, dat de dreigementen van de ambtenaar van de Commissie die de verificatie leidde, dat wanneer verzoeksters zouden opkomen tegen de meegedeelde punten van bezwaar in de meeladditievensector, nieuwe verificaties zouden worden verricht in de plasticssector, een persoonlijk initiatief van deze ambtenaar waren. Zij hadden evenwel niet gedacht, dat deze drieste aanpak door de Commissie zou worden goedgekeurd. Door het verweerschrift was evenwel duidelijk geworden, dat de Commissie de wijze waarop de betrokken ambtenaar deze zaak behartigde, volledig billijkte. Voor verzoeksters was dit een nieuw feit, waarvan hun eerst in de loop van de schriftelijke behandeling was gebleken.

76. In haar dupliek is de *Commissie* inhoudelijk ingegaan op deze beide nieuwe middelen. Eerst tijdens de mondelinge behandeling heeft zij enige twijfels geuit met betrekking tot de vraag of deze middelen op geoorloofde wijze in de loop van het geding waren voorgedragen.

77. Ik ben van mening dat het Hof de beide nieuwe middelen in deze procedure om de door verzoeksters genoemde redenen overeenkomstig artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering dient te onderzoeken.

a) *Schending van het recht van verweer*

78. *Verzoeksters* beroepen zich op artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, volgens hetwelk de Commissie de betrokken ondernemingen in de gelegenheid moet stellen, hun standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen. Dit recht wordt miskend, wanneer — zoals in casu — aan de beslissing van de onderneming om zich te verweren tegen de aan haar meegedeelde punten van bezwaar in de ene sector, ertoe kan leiden dat als sanctie bij haar verificaties in een andere sector worden verricht.

79. De *Commissie* betwist dat zij de uitoefening van het recht van verweer van verzoeksters heeft belemmerd. Weliswaar kon de omstandigheid dat verzoeksters opgekomen waren tegen de meegedeelde punten van bezwaar in de meeladditievensector, aanleiding zijn om nadere verificaties te verrichten in de plasticssector; wanneer dit geschiedde was dit evenwel niet als sanctie, doch louter omdat het duidelijk was geworden, dat verzoeksters de zaak niet op de door de Commissie voorgestelde wijze wilden afwikkelen.

80. Welk belang de koppeling van verzoeksters' reactie op de mededeling van de punten van bezwaar enerzijds en de voortzetting van de procedure in de plasticssector anderzijds kan hebben wat de schending van het recht om te worden gehoord, respectievelijk het recht van verweer betreft, vermag ik niet te zien. Had een dergelijk dreigement van de zijde van de Commissie — vooropgesteld dat het is geuit — geen resultaat, dan zou dit voor de wettigheid van de hier bestreden beschikking van geen enkel belang zijn, aangezien de genoemde rechten dan niet zouden zijn geschonden. Had een dergelijk dreigement daarentegen wel succes, dan zouden de genoemde rechten eventueel kunnen zijn geschonden bij de opstelling van de opmerkingen op de punten van bezwaar. Of er sprake is van een dergelijke schending van het recht en of deze invloed heeft gehad, zou moeten worden onderzocht in de procedure betreffende de eindbeschikking van de Commissie inzake verzoeksters' mededingingsgedrag: de procedure in zaak 62/86. Voor de onderhavige procedure is dit middel evenwel niet van belang.

b) *Misbruik van bevoegdheid*

81. *Verzoeksters* zijn van mening dat de Commissie haar verificatiebevoegdheden voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor zij in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 zijn verleend, zodat zij haar bevoegdheid heeft misbruikt. Het was de Commissie niet erom te doen, nieuwe gegevens betreffende de plasticssector te verkrijgen, doch om het tijdens het telefoongesprek van 1 oktober 1984 geuite dreigement tot uitvoer te brengen, dat de verificaties in de plasticssector zouden worden voortgezet indien tegen de meegedeelde punten van bezwaar voor de meeladditievensector zou worden opgekomen.

82. De *Commissie* brengt daartegen in, dat de nieuwe verificaties zijn verricht om zekerheid te verkrijgen over het mogelijke misbruik van een machtspositie van verzoeksters op de markt van benzoylperoxyde in de plasticssector. Ten slotte was er een klacht van de onderneming ECS en betrof de procedure verzoeksters' marktgedrag in beide sectoren; aangezien geen overeenstemming kon worden bereikt omtrent de door de Commissie voorgestelde afwikkeling van de zaak in de plasticssector, moest de procedure op correcte wijze worden voortgezet, respectievelijk afgewikkeld.

83. Omtrent de inhoud van het telefoongesprek van 1 oktober 1984 heeft het Hof van Justitie een aantal getuigen gehoord. Op grond van deze getuigenverhoren ben ik van mening dat zich het volgende heeft afgespeeld:

84. De met de mededingingsprocedure belaste ambtenaar van de Commissie heeft het hoofd van de afdeling Juridische zaken van verzoekster AKZO Chemie BV om te beginnen gevraagd, hoe zij zou reageren op de mededeling van de punten van bezwaar. Nadat hem was geantwoord, dat de inhoud van de punten van bezwaar waarschijnlijk zoveel mogelijk zou worden bestreden, heeft de ambtenaar vervolgens — zakelijk weergegeven — verklaard dat hij dus aannam dat het wederzijds „agreement" niet meer bestond.

85. Dit „agreement" (van juli 1984) werd door de ambtenaar meer als een persoonlijke afspraak tussen hem en het hoofd van de afdeling Juridische zaken van verzoekster AKZO Chemie BV beschouwd, inhoudende dat om te beginnen het onderzoek betreffende de meeladditieven zou worden afgesloten en waarna de punten van bezwaar zouden worden meegedeeld. Zou tegen de inhoud van deze punten van bezwaar (meeladditievensector) niet worden opgekomen en zouden toezeggingen worden gedaan met betrekking tot het toekomstige gedrag van verzoeksters in de plasticssector, dan zou de procedure op bevredigende wijze kunnen worden afgewikkeld.

86. Volgens het hoofd van de afdeling Juridische zaken van verzoekster AKZO Chemie BV ging het bij deze in juli 1984 gemaakte afspraken niet om een echt „agreement" doch om een gesprek over de wijze waarop de tegen verzoeksters ingeleide procedure zou worden beëindigd.

87. Kan er nu sprake zijn van een dreigement en dus eventueel van misbruik van bevoegdheid, wanneer wordt vastgesteld dat een door beide zijden niet als verbindend beschouwd „agreement" als vervallen wordt aangemerkt en vervolgens wordt aangekondigd dat de onderzoeksprocedure betreffende de sector waarin het onderzoek aanvankelijk was gestaakt, wordt voortgezet ?

88. Het kan zijn dat verzoeksters het optreden van de Commissie subjectief als een dreigement hebben opgevat. Evenwel dient te worden bedacht, dat zelfs wanneer er sprake zou zijn van een dreigement, niet een onrechtmatig doch een rechtmatig optreden van de Commissie werd aangekondigd: ten slotte was door de firma ECS een klacht ingediend wegens misbruik van een machtspositie voor alle toepassingsmogelijkheden van benzoylperoxyde en de andere organische peroxyden, was de procedure voor alle gebruiksectoren geopend en was enkel in een bepaalde sector de procedure enige tijd in de praktijk geschorst.

89. Aangezien het onderzoek in de meeladditievensector was afgesloten, was het logisch om de verificaties in de andere sector, te weten die van de plastics, te bespoedigen. Daartoe was de Commissie niet alleen bevoegd, doch zelfs verplicht, daar de firma ECS ter zake een verzoek had ingediend en

de Commissie ook over aanknopingspunten beschikte op grond waarvan een verdenking van misbruik van een machtspositie niet volledig ongegrond leek. Bovendien had ECS voor het Hof van Justitie kunnen opkomen tegen een eventueel besluit van de Commissie om de procedure in de plasticssector te staken [11].

90. In de aankondiging van de correcte voortzetting van de aanhangige procedure kan ik derhalve geen chantage of dreigement en dus ook geen misbruik van bevoegdheid door de Commissie zien. Men zou zich eerder kunnen afvragen of het zonder meer beëindigen van een deel van de procedure, zoals in het oorspronkelijk „agreement" werd nagestreefd, zou zijn te rijmen met de plicht van de Commissie om een werkzame mededinging binnen de Gemeenschap te waarborgen. Deze vraag zou in zoverre ontkennend moeten worden beantwoord, dat volgens de op dit punt overeenstemmende verklaringen van de getuigen Schuddeboom en Joshua was voorzien dat de belangen van ECS zouden worden geëerbiedigd (schadevergoeding, instemming met de regeling).

91. Het aan misbruik van bevoegdheid ontleende middel van verzoeksters kan derhalve evenmin slagen.

92. Waar mitsdien het beroep tot nietigverklaring moet worden verworpen, behoeft niet meer te worden ingegaan op de nadere vordering van verzoeksters, dat de Commissie de documenten en stukken die in haar bezit zijn gekomen ingevolge de verificaties die zijn verricht op grond van de bestreden beschikking, aan verzoeksters moet teruggeven en in de toekomst op geen enkele manier mag gebruiken. Deze vordering kan enkel zin hebben wanneer het beroep tot nietigverklaring gegrond zou worden verklaard; bij verwerping van dit beroep is zij zinledig.

93. Overigens dient erop te worden gewezen, dat ook indien het beroep tot nietigverklaring met succes zou zijn ingesteld, een dergelijke vordering niet-ontvankelijk zou zijn geweest, omdat ingevolge artikel 176 EEG-Verdrag de instelling welke de vernietigde handeling heeft verricht, de nodige consequenties uit het arrest van het Hof dient te trekken. Het staat in elk geval niet aan het Hof om deze gevolgen in het dictum van zijn beslissing concreet aan te geven.

C — Conclusie

94. Mitsdien geef ik in overweging, het beroep te verwerpen en verzoeksters in de kosten te verwijzen.

11 — Vergelijk de arresten van het Hof van 25 oktober 1977 in zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, en van 11 oktober 1983 in zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt, Jurispr. 1983, blz. 3045.