Zaak 85/87 R

Dow Chemical Nederland BV
tegen
Commissie van de Europese Gemeenschappen

„Mededinging — verificatie door de Commissie"

Beschikking van de President van het Hof van 28 oktober 1987 4367

Samenvatting van de beschikking

Kort geding — Voorlopige maatregelen — Voorwaarden — Ernstige en onherstelbare schade (EEG-Verdrag, artikel 186; Reglement voor de procesvoering, artikel 83, paragraaf 2)

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET HOF
28 oktober 1987 *

In zaak 85/87 R,

Dow Chemical Nederland BV, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te 3012 CA Rotterdam, Aert van Nesstraat 45, vertegenwoordigd door P. V. F. Bos, advocaat te Rotterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Loesch & Wolters, advocaten aldaar, 81, rue Zithe,

verzoekster,

* Procestaal: Nederlands.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Barents en N. Koch, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

betreffende, primair, een verzoek om bij wege van voorlopige maatregel de Commissie te gelasten om tot de uitspraak van het Hof op het beroep in de hoofdzaak geen gebruik te maken van de stukken en informatie die zij tijdens de verificatie op 20 en 21 januari 1987 ten kantore van verzoekster heeft verkregen, en het onderzoek in de zaken IV/31.865 en IV/31.866 ten aanzien van verzoekster te schorsen en geen andere onderzoeken met hetzelfde voorwerp te openen, alvorens, in de eerste plaats, een rechtmatige en redelijke definitie te hebben gegeven van de in het onderzoek betrokken relevante produktmarkten en de onderstelde verdragsinbreuk, en, in de tweede plaats, bewijs te hebben geleverd dat de voortzetting van het onderzoek kan rechtvaardigen,

geeft

DE PRESIDENT VAN DE VIJFDE KAMER,

waarnemend voor de president van het Hof krachtens de artikelen 85, tweede alinea, en 11 van het Reglement voor de procesvoering,

de navolgende

Beschikking

1 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 23 maart 1987, heeft de vennootschap Dow Chemical Nederland BV (hierna: DCN) krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 15 januari 1987 (zaken IV/31.865 — PVC en IV/ 31.866 — LdPE), waarbij een verificatie wordt gelast in de zin van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204).

2 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 5 oktober 1987, heeft DCN krachtens artikel 186 EEG-Verdrag en artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering een verzoek in kort geding ingediend, strekkende tot verkrijging van een voorlopige maatregel inhoudende dat de Commissie wordt gelast om, tot 's Hofs uitspraak op het beroep in de hoofdzaak:

— geen gebruik te maken van de diverse stukken en informatie die zij tijdens de verificatie op 20 en 21 januari 1987 ten kantore van verzoekster heeft verkregen;

— subsidiair, geen gebruik te maken van de bij die verificatie verkregen informatie die geen betrekking heeft op PVC en LdPE;

— het onderzoek in de zaken IV/31.865 en IV/31.866 althans ten aanzien van verzoekster te schorsen en geen nieuwe onderzoeken met hetzelfde voorwerp te openen alvorens, in de eerste plaats, een rechtmatige en redelijke definitie te hebben gegeven van de in het onderzoek betrokken produktmarkten en/of de onderstelde verdragsinbreuk, en, in de tweede plaats, bewijs te hebben geleverd dat de voortzetting van het onderzoek kan rechtvaardigen;

— in voornoemde gevallen, binnen tien dagen na de uitspraak van de beschikking in kort geding alle bij de verificatie vergaarde stukken en informatie te deponeren ter griffie van het Hof.

Verweerster heeft op 21 oktober 1987 schriftelijke opmerkingen ingediend; de partijen zijn gehoord ter terechtzitting van 23 oktober 1987.

Alvorens de gegrondheid van het verzoek in kort geding te onderzoeken, lijkt het nuttig een beknopte samenvatting te geven van de achtergrond van de zaak en met name van de verschillende feitelijke elementen die aanleiding zijn geweest voor de beschikking van de Commissie.

De Commissie zou in het bezit zijn gekomen van informatie waaruit het bestaan kon worden afgeleid van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen een aantal fabrikanten van en handelaren in PVC en polyethyleen (waaronder begrepen LdPE) in de Gemeenschap. Deze overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die niet bij de Commissie zijn aangemeld, zouden betrekking hebben op vaststelling van prijzen, quota en „targets" (verkoopdoelstellingen) voor die produkten binnen de EEG.

6 Op grond van de informatie waarover zij beschikte, meende de Commissie te moeten aannemen, dat verzoekster behoorde tot de ondernemingen die deelnemen aan die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die, zo zij inderdaad zouden bestaan, een ernstige inbreuk zouden vormen op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. De Commissie besloot derhalve op grond van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62 van de Raad tot een verificatie over te gaan, en stelde daartoe voornoemde beschikking van 15 januari 1987 vast.

7 Op 20 en 21 januari 1987 stelden twee door de Commissie gemachtigde ambtenaren de beschikking van de Commissie van 15 januari 1987, houdende last tot een verificatie in de zin van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62, ter hand aan de vertegenwoordigers van DCN. Zij waren vergezeld van een ambtenaar van de directie Mededinging en Fusies van het Nederlandse Ministerie van Economische Zaken, die tegelijkertijd een schriftelijke verificatieopdracht van het directoraat-generaal Concurrentie toonde.

8 Tijdens die verificatie, waartegen DCN zich niet heeft verzet, brachten de vertegenwoordigers van de onderneming drie bezwaren naar voren tegen de beschikking en de uitvoering ervan. De eerste twee bezwaren betreffen de gebrekkige motivering van de beschikking met betrekking tot de voor het onderzoek gekozen produktmarkt en het feit dat er zelfs niet bij benadering een tijdskader was aangegeven waarin de beweerde inbreuken zouden zijn begaan. De derde grief betreft de onrechtmatige wijze waarop de ambtenaren van de Commissie de verificatie zouden hebben verricht.

9 Luidens artikel 186 EEG-Verdrag kan het Hof in zaken welke bij hem aanhangig zijn gemaakt, de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.

10 Wil een voorlopige maatregel als die waarom is gevraagd, mogelijk zijn, dan dient volgens artikel 83, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering het verzoek in kort geding de omstandigheden te vermelden waaruit blijkt van het spoedeisend karakter van het verzoek, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt.

11 Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat de door artikel 83, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering verlangde spoedeisendheid van het verzoek in kort geding moet worden beoordeeld aan de hand van de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt.

12 Dienaangaande heeft verzoekster verklaard, dat het voornaamste doel van haar verzoek in kort geding erin bestaat, een einde te maken aan de pogingen van de Commissie om een beslissing van het Hof in de hoofdzaak, die in het voordeel van DCN zou kunnen zijn, te frustreren. Op grond van de omstandigheid, dat de Commissie na de verificatie in de kantoren van verzoekster nieuwe verificaties bij andere ondernemingen zou hebben verricht en zou besloten hebben het onderzoek in de zaken IV/31.865 en IV/31.866 voort te zetten, stelt zij dat een dergelijke frustrering het gevolg zou kunnen zijn van drie factoren:

— ofwel verkrijgt de Commissie nieuwe informatie op basis van die welke zij — volgens DCN onrechtmatig — in haar kantoren heeft vergaard;

— ofwel verkrijgt de Commissie bij haar onderzoek in de zaken IV/31.865 en IV/31.866 informatie over DCN op een in alle redelijkheid onrechtmatige basis, aangezien de relevante produktmarkt vaag is gedefinieerd, en op basis van een onrechtmatig, want vaag omschreven vermoeden van verdragsinbreuk;

— ofwel verkrijgt de Commissie bij haar onderzoek in de zaken IV/31.865 en IV/31.866 nieuwe informatie over DCN op basis van haar onrechtmatig of onredelijk bewijs ter rechtvaardiging van de bestreden verificatie bij DCN.

13 Verzoekster meent dat de Commissie, door aldus te handelen, een situatie schept waarin het naderhand onmogelijk zal zijn om rechtmatig en onrechtmatig verkregen informatie te ontwarren. Een dergelijke situatie zou erop neerkomen, dat aan DCN het mogelijk voor haar gunstige resultaat van 's Hofs beslissing wordt onthouden en dat zij onvermijdelijk in haar recht van verweer wordt geschaad en daardoor ernstige en onherstelbare schade lijdt; deze schade zou echter kunnen worden voorkomen indien de gevraagde voorlopige maatregelen werden toegestaan.

14 Verder betoogt zij, dat de noodzaak en spoedeisendheid van de gevraagde voorlopige maatregelen wordt aangetoond door het feit dat de Commissie thans haar onderzoek in de zaken IV/31.865 en IV/31.866 verhevigt en niet bereid is voor de duur van DCN's beroep in de hoofdzaak geen gebruik te maken van de tijdens de betwiste verificatie vergaarde informatie en deze informatie te deponeren ter griffie van het Hof.

15 In haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen in het kader van deze kort-gedingprocedure heeft de Commissie enkele voorbehouden geformuleerd met betrekking tot de ontvankelijkheid van het verzoek in kort geding. Haars inziens moet dit verzoek niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover het ertoe strekt, de Commissie te dwingen haar onderzoek in de zaken IV/31.865 en IV/31.866 te staken. Dit onderzoek zou immers niet enkel DCN, maar ook een aantal andere ondernemingen in de chemische sector betreffen, en voor zover het verzoek strekt tot het doen staken van het onderzoek ten aanzien van deze ondernemingen, zou er geen verband bestaan met het voorwerp van de hoofdzaak, die uitsluitend betrekking heeft op de ten aanzien van DCN gegeven verificatiebeschikking van de Commissie van 15 januari 1987 en de tenuitvoerlegging daarvan op 20 en 21 januari van dat jaar.

16 De president van het Hof is van oordeel, dat DCN in casu geen enkel concludent bewijs heeft aangevoerd voor haar bewering dat zij ernstige en onherstelbare schade zou lijden indien de gevraagde voorlopige maatregelen niet werden toegestaan.

17 Herinnerd zij hier aan 's Hofs rechtspraak, inhoudende dat ingeval het Hof in het kader van zijn rechterlijk toezicht een verificatiebeschikking nietig verklaart, dit de Commissie belet voor de procedure ter zake van inbreuk op artikel 85 EEG-Verdrag gebruik te maken van de stukken of bewijzen die zij tijdens die verificatie mocht hebben verkregen, daar zij zich anders zou blootstellen aan het risico dat de beschikking houdende vaststelling van de inbreuk, voor zover op die bewijsmiddelen gebaseerd, wordt nietig verklaard (in deze zin met name de beschikking van de president van het Hof van 26 maart 1987, zaak 46/87 R, Hoechst, Jurispr. 1987, blz. 1549).

18 Naar het oordeel van de president van het Hof zou de verplichting die daaruit voor de Commissie voortvloeit, en de eventuele sanctie voor het geval zij deze verplichting niet zou naleven, het althans op het eerste gezicht mogelijk maken een schade als door DCN gesteld te herstellen, zodat deze niet als een ernstige en onherstelbare schade kan worden beschouwd.

19 In deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat, waar er geen sprake is van ernstige en onherstelbare schade, verzoekster de spoedeisendheid van haar verzoek niet heeft waar weten te maken.

20 Bijgevolg lijkt het niet noodzakelijk te onderzoeken of voldaan is aan de andere voorwaarden voor voorlopige maatregelen, of de door de Commissie opgeworpen ontvankelijkheidsvraag te behandelen.

21 Uit het voorgaande volgt, dat het verzoek in kort geding moet worden afgewezen.

DE PRESIDENT VAN DE VIJFDE KAMER,

waarnemend voor de president van het Hof krachtens de artikelen 85, tweede alinea, en 11 van het Reglement voor de procesvoering,

beschikt:

1) **Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.**

2) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

Luxemburg, 28 oktober 1987.

De griffier

P. Heim

De waarnemend president

G. Bosco

president van de Vijfde kamer