leiden, dat de vaststelling van die beschikking wordt uitgesteld en daarmee de doeltreffendheid van de verificatiebeschikking wordt aangetast.

Het horen van de betrokken onderneming, dat een wezenlijk element van het recht op verweer vormt, en de raadpleging van het Adviescomité moeten echter plaatsvinden voor de definitieve vaststelling van de beschikking houdende oplegging van een dwangsom, zodat zowel de betrokken onderneming als het Adviescomité in staat zijn, hun opvatting met betrekking tot alle factoren die de Commissie bij de vaststelling van de dwangsom en van het uiteindelijk verschuldigde bedrag ervan heeft laten meewegen, naar behoren kenbaar te maken.

9. Op alle rechtssubjecten van de Gemeenschap rust de verplichting om de volle werking van de handelingen van de instellingen en erkennen, zolang de ongeldigheid ervan niet door het Hof is vastgesteld, en om de uitvoerbaarheid van deze handelingen te eerbiedigen, zolang het Hof niet de opschorting van de tenuitvoerlegging heeft gelast. Zo een onderneming elke vorm van medewerking aan de tenuitvoerlegging van een tot haar gerichte verificatiebeschikking weigert, dan is dit gedrag niet met genoemde verplichting verenigbaar en kan het niet worden gerechtvaardigd met een beroep op hogere rechtsbelangen, zodat er geen aanleiding bestaat tot verlaging van de dwangsom die met het oog op deze weigering is opgelegd.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in de gevoegde zaken 46/87 en 227/88 *

I — Overzicht van de feiten

Verzoekster is een chemisch bedrijf dat onder meer polyethyleen en PVC vervaardigt en in de handel brengt.

Op grond van inlichtingen over het vermoedelijke bestaan van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen bepaalde producenten en leveranciers van PVC en polyethyleen in de Gemeenschap betreffende de vaststelling van prijzen en leveringsquota van die stoffen, besloot de Commissie bij een aantal ondernemingen, waaronder verzoekster, tot verificatie over te gaan, en stelde zij de litigieuze beschikking van 15 januari 1987 vast.

Gewapend met deze beschikking en onder begeleiding van een ambtenaar van het Bundeskartellamt, meldden twee ambtenaren van de Commissie zich op 20 januari daaraanvolgend onaangekondigd bij verzoekster om de verificatie te verrichten. Verzoekster weigerde zich echter aan de verificatie te onderwerpen; haars inziens betrof het hier, althans bij gebreke van voorafgaande rechterlijke toestemming, een onwettige huiszoeking.

* Procestaal: Duits.

Twee dagen later deed de Commissie een tweede poging, waarbij nu behalve twee ambtenaren van het Bundeskartellamt ook twee politieambtenaren aanwezig waren. Dezen trokken zich echter terug, daar zij meenden dat de Commissie tot huiszoeking wilde overgaan.

Nadat op 23 januari 1987 ook een derde poging was mislukt, maande de Commissie verzoekster op 29 januari 1987 per telex aan, zich vóór 2 februari 1987 bereid te verklaren zich aan de verificatie te onderwerpen; anders zou zij haar een dwangsom opleggen van 1 000 ECU voor iedere dag vertraging. Verzoekster antwoordde daarop, dat zij bleef bij haar eerder ingenomen standpunt, dat het hier ging om een onwettige huiszoeking. Op 3 februari 1987 stelde de Commissie de bestreden beschikking vast, waarbij zij verzoekster een dwangsom oplegde.

Op 12 februari 1987 wees het Amtsgericht Frankfurt het verzoek van het Bundeskartellamt om uitvaardiging van een huiszoekingsbevel af, daar geen feiten naar voren waren gebracht op grond waarvan het bestaan van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen kon worden aangenomen.

Bij beschikking van 26 maart 1987 (zaak 46/87 R) wees de president van het Hof het verzoek van verzoekster om opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikkingen van 15 januari en 3 februari 1987 af.

Op 31 maart 1987 kreeg het Bundeskartellamt van het Amtsgericht Frankfurt een rechterlijk bevel tot huiszoeking rechtstreeks ten behoeve van de Commissie. Laatstgenoemde kon op 2 en 3 april daaraanvolgend tot verificatie overgaan, daar de vertegenwoordigers van verzoekster ditmaal wegens het bevel tot huiszoeking hadden toegegeven, ook al handhaafden zij hun bezwaren tegen de bevoegdheden van de Commissie.

Nadat verzoekster in de gelegenheid was gesteld haar standpunt kenbaar te maken en het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities was gehoord, legde de Commissie bij de bestreden beschikking van 26 mei 1988 een definitieve dwangsom op van 55 000 ECU, dus 1 000 ECU per dag voor de periode van 6 februari tot en met 1 april 1987.

II — Schriftelijke behandeling

Bij op respectievelijk 16 februari 1987 en 5 augustus 1988 ter griffie van het Hof neergelegde verzoekschriften heeft Hoechst AG krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikkingen van de Commissie van 15 januari en 3 februari 1987 (zaak 46/87) en van 26 mei 1988 (zaak 227/88).

De schriftelijke behandeling heeft een normaal verloop gehad. In zaak 227/88 heeft verzoekster afgezien van de indiening van een conclusie van repliek.

Bij beschikking van 23 november 1988 heeft het Hof besloten, de twee zaken voor de mondelinge behandeling en het arrest te voegen.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Partijen is evenwel verzocht, schriftelijk enige vragen te beantwoorden; aan dit verzoek is binnen de gestelde termijn voldaan.

III — Conclusies van partijen

Verzoekster concludeert dat het den Hove behage:

1) de volgende beschikkingen van de Commissie nietig te verklaren:

a) de verzoekster op 20 januari 1987 overhandigde beschikking van 15 januari 1987 betreffende een verificatie krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 (IV/31.865 — PVC en IV/31.866 — polyethyleen);

b) de verzoekster op 4 februari 1987 per telefax meegedeelde beschikking van 3 februari 1987 houdende oplegging van een dwangsom overeenkomstig artikel 16 van verordening nr. 17 (IV/31.865 — PVC en IV/31.866 — polyethyleen);

c) de verzoekster op 3 juni 1988 betekende beschikking van 26 mei 1988 houdende vaststelling van het uiteindelijk verschuldigde bedrag van de dwangsom krachtens artikel 16 van verordening nr. 17 (IV/31.865 — PVC en IV/31.866 — polyethyleen);

2) subsidiair,

a) de in het petitum 1 a bestreden beschikking nietig te verklaren, voor zover zij zich uitstrekt tot de bevoegdheid tot huiszoeking, in het bijzonder de bevoegdheid om lokaliteiten en opbergplaatsen te onderzoeken ten einde vast te stellen of deze bescheiden bevatten en zo ja welke;

b) de beschikking van 3 februari 1987 houdende oplegging van een dwangsom nietig te verklaren, voor zover deze ertoe strekt verzoekster ertoe te dwingen, zich aan de sub a genoemde maatregel te onderwerpen;

c) het uiteindelijk verschuldigde bedrag van de dwangsom te verlagen;

3) verweerster te verwijzen in de kosten van het geding.

De *Commissie* concludeert dat het den Hove behage:

1) het beroep te verwerpen;

2) verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding.

IV — Middelen en argumenten van partijen

A — *De beschikking betreffende de verificatie*

Verzoekster voert tegen de beschikking van 15 januari 1987 drie middelen aan, te weten dat de beschikking door een lid van de Commissie en niet door de Commissie als college is gegeven (hieronder sub 1), dat de beschikking onvoldoende met redenen is omkleed (hieronder sub 2) en dat de verificatiebevoegdheden van de Commissie beperkt zijn (hieronder sub 3).

1. *Vaststelling door een lid van de Commissie en niet door de Commissie als college*

a) *Verzoekster* twijfelt aan de verenigbaarheid van de machtigingsprocedure (volgens welke een lid van de Commissie gemachtigd is namens de Commissie te beslissen) met de communautaire rechtsorde, in het bijzonder met het nulla poena sine lege-beginsel. Bij niet-nakoming van een beschikking waarbij verificatie wordt gelast, kan op grond van artikel 15, lid 1, van verordening nr. 17 een geldboete worden opgelegd. De Commissie heeft bij een eenvoudige interne bestuursmaatregel, namelijk bij het machtigingsbesluit van 5 november 1980 voor mededingingsvragen, dus zonder wettelijke basis, de voorwaarden gewijzigd die in de bepaling betreffende de geldboete zijn gesteld. Sinds 5 november 1980 zijn de aan de tussenkomst van een collegiale instelling verbonden garanties ten nadele van de aan verificatie onderworpen onderneming verminderd.

b) De Commissie bestrijdt dit uitgangspunt met een beroep op het arrest van 23 september 1986 (zaak 5/85, AKZO, Jurispr. 1986, blz. 2585). Bovendien sanctioneert artikel 15, lid 1, sub c, van verordening nr. 17 de niet-nakoming van een verplichting die niet door een bestuurshandeling wordt opgelegd, maar door een wettelijke regeling, namelijk artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17.

2. *Gebrekkige motivering*

a) Volgens *verzoekster* schendt de beschikking van 15 januari 1987 artikel 190 EEG-Verdrag en artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17, daar zij onvoldoende bepaald is en een „blanco volmacht" voor de met de uitvoering ervan belaste ambtenaren vormt. De bestreden beschikking omschrijft het voorwerp en het doel van de verificatie niet op toereikende wijze. Het gedrag waarop de verificatie betrekking heeft, wordt niet meegedeeld. De Commissie had concrete feiten moeten vermelden op grond waarvan het mogelijk zou zijn geweest, de jegens verzoekster bestaande verdenkingen en de tot opheldering daarvan dienende verificatie tot een bepaalde naar tijd, plaats, voorwerp of type inbreuk begrensde handeling te beperken. De beschikking geeft zelfs niet bij benadering aan, op welk tijdstip en in welke periode verzoekster de vermeende inbreuk heeft begaan.

Bovendien zijn in de aangevochten beschikking de aan verzoekster opgelegde verplichtingen en de door haar over te leggen stukken onvoldoende bepaald. Zij bevat noch in haar dispositief noch in haar motivering een huiszoekingsbevel, maar uitsluitend een verificatiebevel. De in artikel 1 van de beschikking genoemde verplichtingen gaan verder dan het in de motivering vermelde voorwerp van de verificatie.

Door haar volledige onbepaaldheid schendt de beschikking tevens een aantal grond- en processuele rechten, waaronder artikel 8 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (vgl. het arrest van 23 september 1986, t. a. p.), alsmede het rechtszekerheidsbeginsel (vgl. het arrest van 9 juli 1981, zaak 169/80, Gondrand, Jurispr. 1981, blz. 1931).

b) De *Commissie* meent, dat de bevoegdheden van de uitvoeringsambtenaren en de grenzen van deze bevoegdheden in eerste instantie niet voortvloeien uit de verificatiebeschikking, maar uit de wet. De opsomming van deze bevoegdheden in de beschikking heeft slechts declaratoire betekenis.

richten, is het onrechtmatig daar het onverenigbaar is met de grondrechten.

Volgens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 moet de verificatiebeschikking ten minste vermelden het voorwerp van de verificatie, dat wil zeggen de vermoedelijke inbreuk, en het doel van de verificatie, dat wil zeggen de opheldering van de bijzondere omstandigheden waaronder de inbreuk plaats vond (vgl. het arrest van 26 juni 1980, zaak 136/79, National Panasonic, Jurispr. 1980, blz. 2033). Aan deze vereisten voldoet de bestreden beschikking.

De concretisering van de verdenking behoort daarentegen niet tot de inhoud van de verificatiebeschikking.

De Commissie betoogt verder, dat het tijdstip of het tijdvak van de vermoedelijke inbreuk haar in de regel niet bekend is. Bovendien gaat het meestal om voortdurende inbreuken of om voortgezette inbreuken en niet om handelingen op een bepaald tijdstip. Slechts wanneer een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging geheel bij uitzondering in één enkele handeling bestaat, wat in casu niet het geval is, kan men concrete aanwijzingen verlangen.

3. *De verificatiebevoegdheden van de Commissie*

a) Volgens *verzoekster* is de litigieuze beschikking onwettig, voor zover de personeelsleden van de Commissie hierbij worden gemachtigd om de door hen beoogde huiszoekingsmaatregelen te verrichten. Dergelijke maatregelen zijn in strijd met zowel artikel 14 van verordening nr. 17 als met de grondrechten.

Zo artikel 14 anders dan verzoekster meent aldus moet worden uitgelegd, dat het de Commissie toestaat huiszoekingen te ver-

Verzoekster beroept zich in de eerste plaats op de bewoordingen van artikel 14, leden 1 en 3, van verordening nr. 17. Het daar gebruikte begrip „verificatie" onderscheidt zich in alle taalversies van het begrip huiszoeking. Huiszoeking is in alle rechtsorden een van verificatie afwijkende categorie waarvoor steeds bijzondere wettelijke of grondwettelijke vereisten gelden.

Bovendien komt huiszoeking in de lijst maatregelen die volgens artikel 14 kunnen worden getroffen niet voor. Verordening nr. 17 geeft niet de bevoegdheid, „alle lokaliteiten te doorzoeken", maar machtigt slechts tot „het betreden van alle lokaliteiten".

Het begrip huiszoeking is ondubbelzinnig en gaat verder dan het eenvoudig betreden van lokaliteiten. Verzoekster citeert de definitie van het Bundesverfassungsgericht (BVerfG. 51, 97, 106 e. v.), volgens welke voor het begrip huiszoeking kenmerkend is „het doelgerichte zoeken van overheidsorganen naar personen of zaken of ter vaststelling van feiten, om iets op te sporen wat de rechthebbende op de woning niet uit eigen beweging wil openbaren of afgeven".

Blijkens de ontstaansgeschiedenis van verordening nr. 17 (Europees Parlement, documenten zitting 1961-1962, document 57, rapport Deringer, blz. 30), waren de opstel-

lers ervan zich bewust van het verschil tussen verificatie en huiszoeking en van de bijzondere grondwettelijke vereisten waaraan bij huiszoeking moet zijn voldaan. Daar hij de voor huiszoeking vereiste grondwettelijke waarborgen niet heeft gegeven, heeft de gemeenschapswetgever de Commissie dus geen verificatiebevoegdheden willen verlenen.

De in artikel 14, lid 1, genoemde maatregelen mogen niet extensief worden uitgelegd. Met name de aan de onderneming opgelegde verplichting mee te werken, strookt niet met huiszoeking, waarbij betrokkene juist een passieve rol speelt. Bovendien staat, gelet op de in artikel 15, lid 1, sub c, van verordening nr. 17 neergelegde boetebepaling, het in de grondwet neergelegde nulla poena sine lege-beginsel aan uitlegging bij analogie in de weg.

Volgens de heersende rechtsleer heeft de Commissie evenmin recht op huiszoeking. Tot dit resultaat komt men ook bij uitlegging van de ingevolge artikel 14, lid 6, vastgestelde nationale bepalingen ter uitvoering van verordening nr. 17. Geen van deze bepalingen bevat de maatregelen die nodig zouden zijn geweest voor een geldig recht op huiszoeking.

Dat verificaties zonder recht op huiszoeking doeltreffend kunnen zijn, blijkt in het bijzonder uit het anti-trustrecht van de Verenigde Staten (zie het advies van advocatenkantoor Sullivan en Cromwell, New York). Bovendien mag de bescherming van de grondrechten in het kader van artikel 14 van verordening nr. 17 niet afhangen van de doeltreffendheid van het optreden van de autoriteiten.

Met betrekking tot de grondrechten neemt verzoekster de volgende conclusies van een advies van professor J. A. Frowein te Heidelberg over:

— op basis van de gezamenlijke constitutionele regelingen van de Lid-Staten kan worden geconcludeerd tot het bestaan van een communautair grondrecht van bescherming van de woning;

— dit grondrecht geldt ook voor bedrijfslokalen;

— voor huiszoekingen in bedrijfslokalen, die moeten worden onderscheiden van inspecties, is op grond van genoemd grondrecht rechterlijke toestemming vereist;

— deze rechterlijke toestemming moet aan de huiszoeking voorafgaan en moet de grenzen hiervan nauwkeurig vastleggen;

— volgens het gemeenschapsrecht kan, behoudens bijzondere voorzieningen, alleen de gemeenschapsrechter (het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) toestemming tot huiszoeking geven.

Rechterlijke controle achteraf zou neerkomen op weigering van bescherming van een grondrecht, daar controle achteraf via de rechtsweg van de artikelen 173 en 186 EEG-Verdrag toch al wordt gewaarborgd.

b) De *Commissie* merkt om te beginnen op dat het betoog van verzoekster onlogisch is waar zij betoogt, dat huiszoekingsmaatregelen zowel volgens artikel 14, lid 3, als volgens de beschikking duidelijk zijn uitgesloten, maar tegelijkertijd verzoekt om nietigverklaring van de beschikking. Verzoeksters opmerkingen kunnen hooguit worden uitgelegd als kritiek op het gedrag van de personeelsleden van de Commissie, die volgens verzoekster de grenzen van hun bevoegdheden hebben overschreden. Aanvechting van de beschikking van 15 januari 1987 is in dat geval niet de juiste rechtsgang.

Deze conclusie wordt door de systematiek van artikel 14 van verordening nr. 17 bevestigd. Uit artikel 14, lid 6, blijkt dat personeelsleden van de Commmissie geen rechtstreekse dwangmiddelen mogen toepassen, dat wil zeggen dat het hun niet geoorloofd is, zelf tegen de wil van de betrokkene te handelen. Weigert deze, dan moeten de personeelsleden van de bevoegde nationale autoriteit bijstand verlenen, eventueel door toepassing van rechtstreekse dwang, bij voorbeeld door met geweld meubilair te openen en dossiers eruit te nemen, opdat de personeelsleden van de Commissie de gezochte bescheiden kunnen achterhalen.

Verzoekster betoogt ten onrechte, dat artikel 14 van verordening nr. 17 in strijd is met de grondrechten. De beschikking is in zoverre niet bezwarend voor verzoekster. Volgens verzoeksters eigen betoog was voldaan aan de voorwaarden voor een inbreuk op het grondrecht van onschendbaarheid van bedrijfslokalen (voldoende verdenking, rechterlijke toetsing), daar het Amtsgericht Frankfurt een huiszoekingsbevel had afgegeven omdat het meende dat er voldoende verdenking bestond.

In het kader van artikel 14 beschikken de Lid-Staten materieel slechts over de bevoegdheden die het gemeenschapsrecht hun verleent. Zou artikel 14, lid 3, dus geen huiszoekingsbevoegdheden omvatten, dan zouden de nationale personeelsleden niet de noodzakelijke bijstand kunnen verlenen.

Deze uitlegging strookt met de rechtssituatie in de Bondsrepubliek Duitsland, zoals deze blijkt uit de paragrafen 3 en 4 van de Duitse wet houdende uitvoering van verordening nr. 17 junctis de paragrafen 8 en 12 van het Verwaltungsvollstreckungsgesetz.

Ten gronde betoogt de Commissie, dat artikel 14 van verordening nr. 17 haar bevoegdheid tot huiszoeking verleent.

Het recht op huiszoeking volgt ook uit de in artikel 14, lid 1, van verordening nr. 17 voorziene betredingsrechten. Uit deze rechten blijkt duidelijk dat de personeelsleden van de Commissie zich er niet toe behoeven te beperken, bescheiden die de onderneming heeft uitgekozen en aangewezen in ontvangst te nemen, maar dat zij het recht hebben de gezochte bescheiden op de plaats waar zij worden bewaard te verifiëren, te schiften en uit te kiezen.

„Verificatie" is een algemeen begrip, dat huiszoeking omvat. Huiszoeking is een zwaardere vorm van verificatie. Dit geldt zowel voor artikel 14 van verordening nr. 17 als voor paragraaf 46 van het Duitse Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Iedere andere uitlegging van artikel 14 zou aan dit artikel zijn uitvoerbaarheid ontnemen en het de onderneming mogelijk maken, door passieve tegenwerking het onderzoek naar de vermeende inbreuk definitief te verhinderen. Een betredingsrecht van de personeelsleden van de Commissie zou dan overbodig zijn; een verzoek om inlichtingen volgens artikel 11 van de verordening zou dan volstaan.

De rechtssituatie in de Verenigde Staten kan niet als tegenargument dienen. De antitrustafdeling van het Amerikaanse Ministerie van Justitie beschikt met de mogelijkheid van de „subpoena" over een doeltreffend instrument, waarvan op het Europese vasteland geen tegenhanger bestaat; bovendien kan zij huiszoekingen verrichten met rechterlijke toestemming.

De Commissie verwijst naar het arrest van het Hof van Justitie van 21 februari 1973 (zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215), volgens hetwelk de bescherming van de mededinging een wezenlijke doelstelling van het Verdrag is, waaraan dwingende kracht toekomt. Deze bescherming kan niet worden verwezenlijkt zonder doeltreffende opsporingsbevoegdheid van de Commissie.

Voor de grondrechten moet van de in de rechtsorde van de Lid-Staten voorziene maximale bescherming worden uitgegaan.

De Commissie is het met verzoekster eens, dat er een communautair grondrecht van onschendbaarheid van de woning bestaat, dat dit in beginsel ook de bedrijfslokalen van rechtspersonen beschermt, dat inbreuken van de overheid op dit grondrecht in de wet moeten zijn voorzien en dat voor huiszoeking in beginsel rechterlijke toestemming vereist is.

De rechterlijke controle kan evenwel hetzij vóór de verificatie (op initiatief van de autoriteiten) of daarna (op initiatief van de onderneming) plaatsvinden. Voorbeelden van controle achteraf zijn neergelegd in paragraaf 55 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen en artikel 13, lid 2, van de Italiaanse grondwet.

Het gemeenschapsrecht bevat weliswaar geen bijzondere procedureregels betreffende de rechterlijke controle, maar het maakt een oplossing van het probleem mogelijk in de vorm van een kort geding voor het Hof van Justitie. Artikel 83, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering maakt het mogelijk, in kort geding een eventuele schending van de grondrechten te toetsen. Het initiatief hiertoe ligt bij de onderneming, die tegelijkertijd een beroep tot nietigverklaring tegen de verificatiebeschikking moet instellen; deze controle garandeert echter de eerbiediging van het grondrecht voordat de verificatie wordt verricht. De Commmissie verklaart zich bereid, niet alleen behulpzaam te zijn bij de opstelling van een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging, maar ook met de uitvoering van de verificatiebeschikking te wachten totdat het Hof over het verzoek heeft beslist. Voorwaarde hiervoor is echter, dat zij conserverende maatregelen (zoals verzegeling van bergplaatsen) kan treffen om het wegmaken van bewijsstukken te verhinderen.

Ten slotte weerspreekt de Commissie verzoeksters opvatting, dat het Hof van Justitie bevoegd is tot het geven van huiszoekingsbevelen. De rechtsgrondslag van een dergelijke bevoegdheid ontbreekt, daar het Hof alleen de rechtmatigheid van administratieve beschikkingen kan toetsen.

B — *De beschikking houdende oplegging van een dwangsom*

Ter verduidelijking van de argumentatie van partijen moet erop worden gewezen, dat zij verschillende opvattingen huldigen over de oplegging van dwangsommen op grond van artikel 16 van verordening nr. 17.

Volgens de Commissie geschiedt de oplegging van een dwangsom krachtens dit artikel in twee fasen: de voorlopige oplegging (bedreiging) en de definitieve vaststelling. De eerste fase zou uitdrukkelijk zijn geregeld in artikel 16, lid 1, de tweede in artikel 16, lid 2, doch uitsluitend voor het bijzondere geval van verlaging van het bij de eerste beschikking opgelegde bedrag. Alleen de tweede beschikking, waarbij het totale bedrag van de tot dan verbeurde dwangsom wordt vastgesteld, zou een executoriale titel in de zin van artikel 192 EEG-Verdrag zijn. De bestreden beschikking van 3 februari 1987 zou tot de eerste fase behoren. Het zou voldoende zijn dat het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities en de betrokken onderneming werden gehoord voordat de tweede beschikking werd vastgesteld.

Volgens verzoekster daarentegen moet voor de vaststelling van de eerste beschikking, in casu derhalve die van 3 februari 1987, aan deze processuele eisen zijn voldaan.

1. *Verzoekster* betoogt om te beginnen, dat aan de beschikking van 3 februari 1987 door een eventuele nietigverklaring van de verificatiebeschikking de grondslag komt te ontvallen. Voorts heeft de Commissie bij de beschikking houdende oplegging van de dwangsom wezenlijke vormvoorschriften geschonden.

Zoals duidelijk blijkt uit artikel 16, lid 3, juncto artikel 10, leden 3 tot 6, van verordening nr. 17, had de Commissie voordat zij de litigieuze beschikking vaststelde, het Adviescomité moeten horen. Verzoekster beroept zich hiervoor op de conclusie van de advocaat-generaal in de gevoegde zaken 228 en 229/82 (Ford, Jurispr. 1984, blz. 1129, 1173).

Het niet-horen van verzoekster vóór de vaststelling van de litigieuze beschikking is in strijd met artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, junctis de artikelen 2, 7, 10 en 11 van 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, L 127, blz. 2268).

Uit artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 blijkt, dat deze bepaling in de eerste plaats betrekking heeft op artikel 16, lid 1, de enige bepaling waarin sprake is van het bij beschikking opleggen van een dwangsom.

Zo de onderneming niet reeds in de eerste fase van de oplegging van een dwangsom (artikel 16, lid 1) moest worden gehoord, zou het stelsel van rechtsbescherming van het EEG-Verdrag op losse schroeven worden gezet. De betrokkene moet elke voor hem bezwarende administratieve handeling kunnen toetsen om binnen de gestelde termijn beroep te kunnen instellen, zonder het gevaar te lopen, zich niet meer op schending van het recht op verweer te kunnen beroepen.

Reeds de beschikking op grond van artikel 16, lid 1, waarin de verplichting tot betaling van een dwangsom materieel haar

grondslag vindt, is een zwaarwegende en gevaarlijke ingreep, te meer wanneer het gaat om een dwangsom die ertoe moet dienen een verificatiebeschikking uit te voeren die belangrijke rechtsvragen opwerpt. Derhalve zou het onbillijk zijn, indien de betrokkene vóór de oplegging van de dwangsom niet werd gehoord. In casu was verificatie niet dringend, daar de procedure reeds meer dan drie jaar aanhangig was.

Het horen van de onderneming voordat de beschikking houdende oplegging van een dwangsom wordt vastgesteld, tast de doeltreffendheid van de opsporingsregeling niet aan. Niet-nakoming van de verplichting zich aan verificatie te onderwerpen, wordt in artikel 15, lid 1, sub c, immers met een geldboete bedreigd; hierbij komen de sancties die in de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten ter uitvoering van het gemeenschapsrecht op dit gebied zijn voorzien.

2. Volgens de *Commissie* gaat verzoekster uit van een onjuiste uitlegging van de regeling betreffende de dwangsombeschikkingen.

Verzoeksters argumenten tegen de rechtmatigheid van de beschikking van 3 februari 1987 vormen een te laat ingediend nieuw middel, dat volgens artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering ontoelaatbaar is. Verzoekster heeft namelijk haar beroep tot nietigverklaring aanvankelijk gericht tegen de handeling die zij ten onrechte voor de definitieve oplegging van de dwangsom hield. In repliek heeft zij haar betoog een andere wending gegeven door haar grieven tegen de (naar zij meende) definitieve vaststelling van een dwangsom aan te voeren tegen de (in feite) als dreiging dienende beschikking.

Voor het overige zijn deze grieven ongegrond. De bij verordening nr. 17 geregelde rechtsbescherming wordt gegarandeerd, wanneer het Adviescomité en de betrokken onderneming in een van de twee fasen worden gehoord. Onverwachte verificaties zouden door het horen in de eerste fase onmogelijk worden gemaakt. Maar ook bij aangekondigde verificaties zou het horen in de eerste fase het opsporingsonderzoek aanmerkelijk vertragen, zo niet geheel van zijn doeltreffendheid beroven.

Bovendien doet een beschikking krachtens artikel 16, lid 1, naar haar aard geen belangrijke kwalificatievragen rijzen die het horen van de onderneming zouden rechtvaardigen. De dreiging met een dwangsom veronderstelt geen nalatig handelen van de onderneming, en de vraag of het dagelijkse rentepercentage passend is, is geen kwestie van procedurele waarborgen. Zelfs in een procedure op grond van artikel 15 van verordening nr. 17 kan de hoogte van de boete bij het horen niet aan de orde komen (vaste rechtspraak van het Hof). Derhalve geldt de waarborg van het recht op verweer in ieder geval alleen voor het bijzondere geval van artikel 16, lid 2, daar de vaststelling van een dwangsom nadat de onderneming aan haar plicht om te handelen heeft voldaan, geen overredingsmiddel, maar een sanctie is.

Tot slot verwijt de Commissie verzoekster, het horen in het kader van de dwangsomprocedure te willen uitbreiden tot bezwaren tegen de verificatieprocedure. Daarvoor is echter in artikel 17 terecht niet in het horen van de onderneming voorzien.

C — *De beschikking houdende vaststelling van het uiteindelijk verschuldigde bedrag van de dwangsom*

1. Volgens *verzoekster* komt aan de beschikking van 26 mei 1988 de grondslag te ontvallen, wanneer de verificatiebeschikking of de beschikking houdende oplegging van een dwangsom wordt nietig verklaard, daar de nietigverklaring terugwerkende kracht heeft.

Bovendien moet de beschikking om de hiervoor genoemde redenen nietig worden verklaard, dat wil zeggen omdat zij ertoe heeft gediend, verzoekster te dwingen zich te onderwerpen aan huiszoekingsmaatregelen waarvoor verordening nr. 17 geen rechtsgrondslag biedt en die bij gebreke van voorafgaande rechterlijke toestemming niet verenigbaar zijn met de beginselen van het constitutionele recht van de Gemeenschap.

Wat het bedrag van de opgelegde dwangsom betreft, heeft de Commissie om twee redenen in strijd met artikel 16 van verordening nr. 17 gehandeld.

In de eerste plaats had de Commissie het verzoek om opschorting van de uitvoering van de verificatiebschikking in aanmerking moeten nemen. Door de definitieve dwangsom ook voor de periode van het kort geding vast te stellen, heeft de Commissie gehandeld in strijd met haar eigen standpunt, dat zij bereid is in een dergelijk geval met de tenuitvoerlegging te wachten tot het Hof een beslissing heeft genomen.

In de tweede plaats is het totale bedrag van de dwangsom onevenredig hoog en het gevolg van een onjuiste beoordeling, daar verzoekster zich bij haar beslissingen uitsluitend heeft laten leiden door hogere belangen, te weten een opsporingsprocedure overeenkomstig de wet en de grondwet. Gelet op de unanieme opvatting in de literatuur mocht verzoekster ervan uitgaan, dat artikel 14 van verordening nr. 17 de Commissie geen recht op huiszoeking toekende. Verzoeksters weigering zich aan verificatie en huiszoeking te onderwerpen, kan haar derhalve noch objectief noch individueel worden verweten. Bovendien kan de Commissie zich niet beroepen op enig belang, van welke aard ook, bij versnelde uitvoering, daar haar inlichtingen over de vermeende inbreuken reeds van oktober 1983 dateren.

2. De *Commissie* acht het verzoek om nietigverklaring van de beschikking van 26 mei 1988 niet-ontvankelijk, voor zover het wordt gemotiveerd met de nietigheid van de beschikking houdende oplegging van de dwangsom van 3 februari 1987. In geval van nietigverklaring van deze beschikking raakt de beschikking van 26 mei 1988 immers automatisch zonder voorwerp. Nadat verzoekster beroep tot nietigverklaring van de eerste beschikking heeft ingesteld, heeft zij er geen belang meer bij dat ook de tweede wordt nietig verklaard.

Ten gronde betoogt de Commissie met betrekking tot de verhouding tussen de litigieuze beschikking en de verificatiebeschikking, dat nietigverklaring van deze laatste beschikking die van 26 mei 1988 niet haar grondslag zou ontnemen. Aangezien rechtshandelingen van de Gemeenschap worden geacht geldig te zijn totdat het Hof ze heeft nietig verklaard, was verzoekster gehouden zich aan de verificatie te onderwerpen, daar de tenuitvoerlegging van de verificatie niet was opgeschort. Dit rechtsgevolg is definitief en wordt niet aangetast door een eventuele latere nietigverklaring.

Voorts is het verzoek onlogisch en dus ongegrond, voor zover het strekt tot nietigverklaring van de beschikking van 26 mei 1988 om dezelfde redenen als tegen de verificatiebeschikking zijn aangevoerd, zelfs indien het Hof laatstgenoemde beschikking niet nietig zou verklaren. De veri-

ficatiebeschikking kan niet tegelijkertijd geldig en onwettig zijn.

Wat de hoogte van de opgelegde dwangsom betreft, heeft de Commissie niet in strijd met haar eigen standpunt in de onderhavige procedure gehandeld. Haar verklaring dat zij bereid was met het verrichten van de verificatie te wachten, totdat het Hof in kort geding zou hebben beslist, had uitsluitend betrekking op een mogelijke toekomstige toepassing van artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering als rechtsgrondslag van een aan huiszoeking voorafgaande gemeenschapsrechtelijke rechterlijke toetsing.

Wat het probleem betreft van de onevenredige hoogte van de dwangsom, verwijt de Commissie verzoekster, een beloning te verlangen voor een rechtsschending die zo zwaar weegt, dat deze naar Angelsaksisch recht als „contempt of court" zou moeten worden aangemerkt. Verzoekster heeft namelijk niet alleen het vermoeden van geldigheid van rechtshandelingen van de Gemeenschap miskend, maar is bovendien bij haar weigering gebleven, zelfs nadat de president van het Hof het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging had afgewezen.

G. C. Rodríguez Iglesias
rechter-rapporteur