

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
20 december 2001 *

In zaak T-214/01 R,

Bank für Arbeit und Wirtschaft AG, te Wenen (Oostenrijk), vertegenwoordigd door H. J. Niemeyer, advocaat,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

betreffende een verzoek, primair, om opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking COMP/D-1/36.571 van 25 juli 2001 en, subsidiair, om de Commissie te gelasten de mededeling van punten van bezwaar van 10 september 1999 en

* Procestaal: Duits.

de aanvullende mededeling van punten van bezwaar van 21 november 2000 in zaak COMP/36.571 niet aan de Freiheitliche Partei Österreichs te zenden,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

De feiten en het procesverloop

- 1 Verzoekster is een Oostenrijkse kredietinstelling.

- 2 Nadat de Commissie op 6 mei 1997 kennis had gekregen van een document met de titel „Lombard 8.5”, leidde zij ambtshalve een procedure wegens inbreuk op artikel 81 EG in tegen verzoekster en zeven andere Oostenrijkse banken, overeenkomstig artikel 3, lid 1, 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, blz. 204).

- 3 Bij schrijven van 24 juni 1997 zond de Freiheitliche Partei Österreichs (hierna: „FPÖ“) de Commissie het document „Lombard 8.5“, met het verzoek een procedure wegens inbreuk op artikel 81 EG in te leiden tegen acht banken, waaronder verzoekster.
- 4 In het kader van procedure COMP/36.571 en overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG 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 (PB 1963, 127, blz. 2268) deelde de Commissie de FPÖ bij brief van 26 februari 1998 mee, dat zij voornemens was haar verzoek af te wijzen. Als reden hiervoor gaf zij op, dat enkel personen of verenigingen van personen die een redelijk belang hebben in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 kunnen verzoeken om een einde te maken aan een inbreuk.
- 5 Bij brief van 2 juni 1998 antwoordde de FPÖ, dat zijzelf en haar leden aan het economisch leven deelnemen en derhalve financieel worden geschaad. Zij wees erop, dat zij elke dag ontelbare banktransacties verricht. Zij verzocht daarom opnieuw, aan de procedure te mogen deelnemen en aldus inzage te krijgen van de punten van bezwaar.
- 6 Op 16 december 1998 zonden de betrokken banken de Commissie in het kader van procedure COMP/36.571 een gemeenschappelijke memorie met een uiteenzetting van de feiten, vergezeld van 40 000 bladzijden bewijsstukken. In een inleidende nota verzochten zij de Commissie om vertrouwelijke behandeling van die memorie. In die nota schreven zij:

„Bijgaande feitelijke uiteenzetting kan worden geraadpleegd door alle banken die bij procedure IV/36.571 zijn betrokken. Overeenkomstig artikel 20 van verordening nr. 17/62 wordt de Commissie verzocht, ze niet onder derden te verbreiden.”

- 7 Bij brief van 13 september 1999 zond de Commissie verzoekster de mededeling van punten van bezwaar van 10 september 1999. Hierin werd verzoekster ervan beschuldigd, met andere Oostenrijkse banken mededingingsbeperkende overeenkomsten te hebben gesloten over de kosten en voorwaarden op de particuliere en de zakelijke markt en daarmee inbreuk te hebben gemaakt op artikel 81 EG.
- 8 Begin oktober 1999 deelde de Commissie verzoekster mondeling mee, dat zij voornemens was de in het kader van de procedure geformuleerde punten van bezwaar aan de FPÖ te zenden, overeenkomstig artikel 7 van verordening (EG) nr. 2842/98 van de Commissie van 22 december 1998 betreffende het horen van belanghebbenden en derden in bepaalde procedures op grond van de artikelen [81] en [82] van het EG-Verdrag (PB L 354, blz. 18).
- 9 Verzoekster reageerde daarop met twee brieven, van 6 en 12 oktober 1999, waarin zij stelde, dat de FPÖ geen redelijk belang in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 had en dus niet als verzoekster in de zin van die bepaling kon worden beschouwd.
- 10 Bij brief van 5 november 1999 antwoordde de Commissie, dat de FPÖ als bankcliënte een redelijk belang had bij mededeling van de punten van bezwaar overeenkomstig artikel 7 van verordening nr. 2842/98. Tevens deed zij verzoekster een lijst toekomen van de passages die in de mededeling aan de FPÖ zouden worden geschrapt.
- 11 Op 18 en 19 januari 2000 vond een hoorzitting plaats over de in de mededeling van punten van bezwaar van 10 september 1999 gewraakte gedragingen. De FPÖ nam niet aan die hoorzitting deel.
- 12 Op 21 november 2000 zond de Commissie verzoekster een aanvullende mededeling van punten van bezwaar, waarin verzoekster ervan werd beschuldigd, met

andere Oostenrijkse banken mededingingsbeperkende overeenkomsten te hebben gesloten over de bankkosten voor het wisselen van deviezen in euro's.

- 13 Een tweede hoorzitting vond plaats op 27 februari 2001, waarop de FPÖ evenmin was vertegenwoordigd.
- 14 Bij brief van 27 maart 2001 liet de raadadviseur-auditeur verzoekster weten, dat de FPÖ opnieuw had verzocht om toezending van een niet-vertrouwelijk afschrift van de mededelingen van punten van bezwaar en dat hij voornemens was aan dat verzoek te voldoen. Bij zijn brief voegde hij een lijst van namen en functieomschrijvingen van verschillende personen, die geschrapt zouden worden, waaruit zijns inziens bleek dat het zakengeheim beschermd was. Verder deelde hij mee, dat enkel bijlage A bij de mededeling van punten van bezwaar van 10 september 1999, die een lijst met verwijzingen naar alle bij die mededeling gevoegde stukken bevatte, aan de FPÖ zou worden gezonden en niet die stukken zelf.
- 15 Bij brief van 18 april 2001 tekende verzoekster opnieuw protest aan tegen de toezending van de punten van bezwaar aan de FPÖ.
- 16 In een brief van 5 juni 2001 bevestigde de raadadviseur-auditeur zijn standpunt en wees hij erop, dat tegen de erkenning van de FPÖ als verzoekster geen afzonderlijk beroep mogelijk was.
- 17 Verzoekster bracht bij brief van 25 juni 2001 nogmaals haar opvatting ter kennis van de raadadviseur-auditeur en verzocht hem haar over het vervolg van de procedure te informeren.

- 18 Ten slotte werd verzoekster bij op 25 juli 2001 aan haar betekende brief van de raadadviseur-auditeur in kennis gesteld van de beschikking waarbij in zaak COMP/36.571 de procedure over de toezending aan de FPÖ van de mededeling van punten van bezwaar van 10 september 1999 en de aanvullende mededeling van punten van bezwaar van 21 november 2000 te haren aanzien werd beëindigd (hierna: „bestreden beschikking”).
- 19 Bij verzoekschrift, op 19 september 2001 neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft verzoekster beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ingesteld.
- 20 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster de rechter in kort geding verzocht, primair, om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking en, subsidiair, om de Commissie te gelasten de mededeling van punten van bezwaar van 10 september 1999 en de aanvullende mededeling van punten van bezwaar van 21 november 2000 in zaak COMP/36.571 niet aan de FPÖ te zenden.
- 21 De Commissie heeft op 5 oktober 2001 opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend.
- 22 Partijen hebben op 8 november 2001 hun standpunten mondeling toegelicht. Aan het eind van de hoorzitting heeft de kortgedingrechter de Commissie gevraagd, of zij bereid was een minnelijke oplossing te accepteren, inhoudende dat de mededelingen van punten van bezwaar niet vóór de uitspraak in de hoofdzaak aan de FPÖ worden gezonden, op voorwaarde dat verzoekster er harerzijds in toestemt, de procedure te versnellen door af te zien van repliek en het Gerecht te vragen de zaak bij voorrang te behandelen. De kortgedingrechter heeft de Commissie tot 15 november 2001 tijd gelaten om haar standpunt te bepalen.

- 23 Bij brief van 15 november 2001 heeft de Commissie laten weten, dat zij de voorgestelde minnelijke regeling niet kon aanvaarden.
- 24 Bij faxbericht van 28 november 2001 heeft verzoekster op de brief van de Commissie van 15 november 2001 gereageerd.

In rechte

- 25 Ingevolge het bepaalde in de artikelen 242 EG en 243 EG juncto artikel 4 van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden dat vereisen, opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling of de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.
- 26 Ingevolge het bepaalde in artikel 104, lid 1, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling slechts ontvankelijk, indien de verzoeker bij het Gerecht beroep tegen die handeling heeft ingesteld. Het gaat bij deze bepaling niet om een simpele formaliteit; zij onderstelt integendeel, dat het beroep ten gronde, waarop het verzoek in kort geding is gebaseerd, daadwerkelijk door het Gerecht kan worden onderzocht.
- 27 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moeten verzoeken tot verkrijging van een voorlopige maatregel een duidelijke omschrijving bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens; op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (fumus boni juris). Deze voorwaarden zijn cumulatief,

zodat het verzoek tot opschorting van tenuitvoerlegging moet worden afgewezen, wanneer aan een ervan niet wordt voldaan [beschikking president Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30]. In voorkomend geval gaat de kortgedingrechter voorts over tot afweging van de betrokken belangen (beschikking president Hof van 29 juni 1999, Italië/Commissie, C-107/99 R, Jurispr. blz. I-4011, punt 59).

Ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

- 28 De Commissie stelt, dat de kortgedingrechter moet vaststellen of er in het beroep in de hoofdzaak elementen zijn die het voorshands aannemelijk maken dat dat beroep ontvankelijk is. In casu evenwel is het beroep in de hoofdzaak kennelijk niet ontvankelijk.
- 29 Het petitum in de hoofdzaak, aldus de Commissie, strekt tot nietigverklaring van de bestreden beschikking. De enige beslissing die deze beschikking bevat, is de afwijzing van het verzoek van verzoekster om een nieuwe beslissing om de FPÖ ook geen niet-vertrouwelijke versie van de mededelingen van punten van bezwaar te zenden. Voor het overige heeft de raadadviseur-auditeur in de bestreden beschikking slechts zijn eerdere beslissingen bevestigd.
- 30 Verzoeksters primaire vordering strekt dus tot verkrijging van een maatregel die kennelijk geen effect kan hebben, namelijk opschorting van de tenuitvoerlegging van een beschikking waarbij de ontvankelijkheid van een verzoek wordt ontkend, wat de Commissie niet zou verplichten verzoekster te geven wat zij in werkelijkheid verlangt, te weten een beschikking waarbij de gegrondheid van het verzoek wordt erkend. In het kader van een kort geding kan de gevraagde maatregel dus niet worden gelast (beschikking president Gerecht van 2 oktober 1997, Eurocoton e.a./Commissie, T-213/97 R, Jurispr. blz. II-1609, punt 41). Het verzoek in kort geding is dus niet-ontvankelijk.

- 31 Het beroep is eveneens niet-ontvankelijk in zoverre verzoekster iedere toezending van de mededelingen van punten van bezwaar aan de FPÖ vóór de beslissing ten gronde tracht te beletten, ofschoon zij erkent, dat de versies van de mededelingen die de Commissie beoogt te verzenden, geen zakengeheimen bevatten. De toezending van een niet-vertrouwelijke versie van de mededelingen van punten van bezwaar aan de „verzoekers” wordt echter dwingend voorgeschreven door artikel 7 van verordening nr. 2842/98. Daarvoor is geen beschikking nodig en er kan dus geen beroep tegen worden ingesteld.
- 32 Bovendien heeft de Commissie verzoekster al bij brief van 5 november 1999 gewaarschuwd, dat zij overeenkomstig die bepaling te werk zou gaan. Het onderhavige verzoek strekt echter niet tot nietigverklaring van een toenmaals gegeven beschikking.
- 33 En ten slotte, zo de Commissie al een beslissing had genomen over de „toelating” van de FPÖ als „verzoekster”, dan zou het uitsluitend gaan om een proceduremaatregel die geen zodanig rechtsgevolg had dat, als gevolg van een aanvaankelijke wijziging van verzoeksters rechtspositie, haar belangen konden worden aangetast; derhalve kon er geen afzonderlijk beroep tegen worden ingesteld. In zijn brief van 27 maart 2001 aan verzoekster heeft de raadadviseur-auditeur enkel bevestigd, dat het belang van de FPÖ om een verzoek in te dienen, was erkend, en heeft hij dat nogmaals toegelicht. Voorzover het om de erkenning van het belang van de FPÖ gaat, is die brief geen nieuwe beschikking, maar een simpele, niet voor beroep vatbare bevestiging.
- 34 Verzoekster betoogt, dat de bestreden beschikking vatbaar is voor beroep. Door de aankondiging in de bestreden handeling, dat de mededelingen van punten van bezwaar aan de FPÖ zullen worden gezonden, is het standpunt van de raadadviseur-auditeur definitief vastgelegd. Verzoeksters rechtspositie wordt daardoor dus onherroepelijk aangetast.
- 35 Het gaat niet eenvoudig om een tussenmaatregel ter voorbereiding van een eindbeschikking. In de arresten van 24 juni 1986, AKZO Chemie/Commissie

(53/85, Jurispr. blz. 1965, punt 17) en 18 september 1996, Postbank/Commissie (T-353/94. Jurispr. blz. II-921, punt 35) heeft het Hof respectievelijk het Gerecht erkend, dat een brief van de Commissie, waarin mededeling wordt gedaan van de toezending van documenten aan een verzoekster, beschikkingskarakter heeft.

- 36 Verzoekster heeft er recht op, dat de in de mededelingen van punten van bezwaar voorkomende gegevens niet worden verbreed, en haar procesbelang vloeit voort uit de mogelijke schending van dat recht ingeval de Commissie die mededelingen nog vóór afloop van de hoofdzaak aan de FPÖ zendt. In zijn brief van 2 augustus 2001 heeft de raadadviseur-auditeur verklaard, dat hij de verzending van de mededelingen van punten van bezwaar aan de FPÖ slechts zou uitstellen, indien verzoekster een kort geding aanhangig maakte. Dit laatste is dus noodzakelijk om verzoeksters rechten te waarborgen.
- 37 Hetzelfde geldt voor het — enkel subsidiaire — verzoek om de Commissie te gelasten de mededelingen van punten van bezwaar niet vóór de uitspraak van het arrest in de hoofdzaak aan de FPÖ te zenden.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 38 Volgens vaste rechtspraak wordt de ontvankelijkheid van het beroep in de hoofdzaak in principe niet in kort geding onderzocht, teneinde de zaak ten gronde niet te prejudiciëren. Wanneer echter, zoals in casu, wordt gesteld dat het beroep in de hoofdzaak waarmee het verzoek in kort geding verband houdt, kennelijk niet-ontvankelijk is, kan het noodzakelijk zijn om na te gaan of er bepaalde omstandigheden zijn op grond waarvan de ontvankelijkheid van dat beroep aannemelijk voorkomt [beschikkingen president Hof van 27 januari 1988, Distrivet/Raad, 376/87 R, Jurispr. blz. 209, punt 21, en 12 oktober 2000, Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa e.a./Raad, C-300/00 P(R). Jurispr. blz. I-8797, punt 34; beschikking president Gerecht van 30 juni 1999, Pfizer Animal Health/Raad, T-13/99 R, Jurispr. blz. II-1961, punt 121].

- 39 In casu is de kortgedingrechter van oordeel dat, gelet op de argumenten van de Commissie, moet worden nagegaan of het beroep tot nietigverklaring als kennelijk niet-ontvankelijk kan worden bestempeld.
- 40 Nagegaan moet worden of, zoals het Hof overwoog in zijn arrest van 11 november 1981 (IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9), de bestreden beschikking een maatregel is die bindende rechtsgevolgen in het leven roept, die de belangen van verzoekster kunnen aantasten doordat zij haar rechtspositie aanmerkelijk wijzigen, dan wel of het gaat om een eenvoudige voorbereidende maatregel, tegen welke eventuele onwettigheid een beroep tegen de beschikking die een einde aan de procedure maakt, voldoende bescherming biedt.
- 41 De beslissing om de mededelingen van punten van bezwaar aan de FPÖ te zenden, is formeel een handeling. Zij onderstelt een eerdere beslissing van de Commissie om de FPÖ te beschouwen als verzoekster in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, die als zodanig overeenkomstig artikel 7 van verordening nr. 2842/98 recht heeft op een afschrift van de niet-vertrouwelijke versie van de mededelingen van punten van bezwaar.
- 42 Met betrekking tot de beslissing over de procedurele positie van de FPÖ weet de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen niet meer te vermelden dan dat zij in 1999 is genomen. In zijn brief van 27 maart 2001 zegt de raadadviseur-auditeur echter, dat nieuwe ontwikkelingen in de zaak hem aanleiding hebben gegeven terug te komen op een probleem waarover in de tweede helft van 1999 was gediscuteerd, maar dat toen niet was opgelost. Het betrof het verzoek van de FPÖ om als verzoekster in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 te worden aangemerkt, dus om aan de procedure te mogen deelnemen en niet-vertrouwelijke versies van de mededelingen van punten van bezwaar te krijgen. Op het eerste gezicht volgt daaruit, dat een concrete beslissing over de procedurele positie van de FPÖ pas op het moment van de bestreden beschikking is genomen.

- 43 In geen van de brieven die de Commissie en de raadadviseur-auditeur vóór de bestreden beschikking aan verzoekster hebben geschreven, is er sprake van, dat de Commissie de niet-vertrouwelijke versies van de mededelingen van punten van bezwaar automatisch aan de FPÖ zal zenden. Integendeel, in al die brieven wordt verzoekster de mogelijkheid geboden opmerkingen te maken over de eventueel aan de FPÖ te zenden versies van die mededelingen. Die brieven lijken derhalve voorbereidende handelingen te zijn, terwijl de bestreden beschikking op het eerste gezicht het definitieve standpunt van de Commissie bevat over de toezending van de niet-vertrouwelijke versies van de mededelingen van punten van bezwaar aan de FPÖ (in die zin, beschikking Gerecht van 2 mei 1997, Peugeot/Commissie, T-90/96, Jurispr. blz. II-663, punten 34 en 36).
- 44 Deze omstandigheden bevestigen de aanvankelijke conclusie, dat pas door de vaststelling van de bestreden beschikking de rechtssituatie van verzoekster aanmerkelijk kan zijn gewijzigd en haar belangen kunnen zijn aangetast.
- 45 Het is stellig juist, dat de eventuele toezending van de stukken bedoeld is om de instructie van de zaak te vergemakkelijken. Doch behalve dat niet valt uit te sluiten dat de bestreden beschikking een definitief karakter heeft, moet worden bedacht, dat zij los staat van de beslissing die over het bestaan van een inbreuk op artikel 81 EG moet worden genomen. Verzoekster zal weliswaar beroep kunnen instellen tegen een eindbeschikking waarbij een inbreuk op de mededingingsregels wordt vastgesteld, maar dat geeft haar geen passende bescherming van haar rechten op dat punt (zie, in die zin, arrest AKZO Chemie/Commissie, reeds aangehaald, punt 20). In de eerste plaats is het mogelijk, dat de administratieve procedure niet eindigt met een beschikking waarbij een inbreuk wordt vastgesteld. In de tweede plaats, wanneer het wel tot een dergelijke beschikking komt, zal verzoekster met het beroep dat ertegen openstaat, hoe dan ook niet de gevolgen kunnen voorkomen van een onregelmatige toezending aan een derde van de hierbedoeldè mededelingen van punten van bezwaar.
- 46 In deze omstandigheden is het niet uitgesloten, dat de bestreden beschikking een voor beroep vatbare handeling is en dat verzoekster derhalve ontvankelijk is in haar verzoek om nietigverklaring ervan krachtens artikel 230, vierde alinea, EG. De ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek in kort geding kan mitsdien niet worden uitgesloten.

- 47 Naar het oordeel van de kortgedingrechter zijn er derhalve termen aanwezig om te onderzoeken of voldaan is aan de voorwaarde van spoedeisendheid, en over te gaan tot afweging van de in het geding zijnde belangen.

Spoedeisendheid en belangenafweging

Argumenten van partijen

- 48 Verzoekster stelt, dat zij door de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking ernstige en onherstelbare schade zal lijden.
- 49 Onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking houdt het risico in, dat de FPÖ de in de punten van bezwaar vervatte beschuldigingen gericht voor politieke doeleinden gaat verbreiden. Om haar tegenstanders de mond te snoeren, is het de strategie van de FPÖ en haar leiders om systematisch gerechtelijke procedures tegen hen te voeren. Verzoekster heeft dus alle redenen om te vrezen, dat de FPÖ en haar leiders de aan de mededelingen van punten van bezwaar ontleende informatie gebruiken om druk uit te oefenen op de banken of hun bestuurders.
- 50 Door de gerichte verbreiding van bepaalde details uit de punten van bezwaar zal het publiek ertoe worden gebracht, verzoekster en haar bestuurders bij voorbaat te veroordelen, wat grote schade voor haar imago en, bijgevolg, onherstelbare economische schade door het verlies van cliënten tot gevolg zal hebben.

- 51 De verwachting van ernstige en onherstelbare schade is ook gebaseerd op het feit, dat er bij de District Court van het Southern District van New York een collectieve rechtsvordering aanhangig is van een groot aantal Amerikaanse particulieren die van diverse Europese banken, waaronder verzoekster en haar dochteronderneming (Österreichische Postsparkasse), schadevergoeding eisen wegens het innen van beweerdelijk veel te hoge commissies voor het wisselen van contant geld. Die collectieve rechtszaak heeft al voor veel gedetailleerde artikelen in de Oostenrijkse pers gezorgd. Verzoekster kan dus met recht vrezen, dat leden van de FPÖ of de pers de mededelingen van punten van bezwaar aan de verzoekers in die zaak zullen toespelen.
- 52 Daar de namen van de banken in de niet-vertrouwelijke versie van de mededelingen van punten van bezwaar worden genoemd en de onderstelde afspraken er omstandig in worden beschreven, zal het gebruik van de punten van bezwaar zeer negatieve gevolgen voor de Oostenrijkse banken hebben. In het bijzonder de aanvullende punten van bezwaar bevatten tal van insinuaties die een verkeerde indruk kunnen wekken, en ongegronde beschuldigingen aan het adres van verzoekster. Indien die punten van bezwaar formeel in de procedure voor de Amerikaanse rechter worden ingebracht, zal de eerbiediging van het beginsel van de gelijkheid van partijen voor een nationale rechterlijke instantie niet meer verzekerd zijn (beschikking president Gerecht van 1 december 1994, Postbank/Commissie, T-353/94 R, Jurispr. blz. II-1141, punt 31).
- 53 De procedure voor de Amerikaanse rechter is bovendien openbaar. Bij een ruime verbreiding van de punten van bezwaar dreigt het gevaar, dat andere personen op basis daarvan nieuwe beroepen gaan instellen.
- 54 Ten slotte, indien de Commissie de mededelingen van punten van bezwaar onmiddellijk aan de FPÖ mocht toezenden, zou een latere nietigverklaring van de bestreden beschikking geen nut meer hebben.

- 55 Op het punt van de belangenafweging betoogt verzoekster, dat wanneer men haar argumenten inzake de spoedeisendheid in aanmerking neemt, haar belang bij opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking voorrang moet hebben boven eventuele belangen van de Commissie of de FPÖ. Het eventuele belang van de Commissie bij een snelle beëindiging van de procedure verdient geen bescherming. De Commissie had de definitieve beslissing over de toezending van de mededelingen van punten van bezwaar aan de FPÖ in oktober 1999 kunnen nemen, nadat verzoekster was gehoord. Het geschil over de wettigheid van die beslissing had dan al twee jaar geleden voor het Gerecht gebracht en beslist kunnen worden. De inwilliging van het onderhavige verzoek in kort geding zou bovendien voor de Commissie behalve de vertraging geen enkel probleem opleveren.
- 56 Verzoekster kan geen enkel beschermingswaardig belang ontdekken dat de FPÖ tegen opschorting van de tenuitvoerlegging zou kunnen aanvoeren. Tussen haar aanvankelijk verzoek van juni 1998 en haar tweede verzoek van maart 2001 heeft de FPÖ bijna drie jaar laten verstrijken. Opschorting van de tenuitvoerlegging zal de FPÖ derhalve niet ernstig of onevenredig in de uitoefening van haar rechten belemmeren.
- 57 Voor de Commissie is verzoeksters betoog inzake de spoedeisendheid van het verzoek in kort geding onbegrijpelijk. Verzoekster kan zich slechts tegen toezending van de mededelingen van punten van bezwaar aan de FPÖ verzetten, indien die toezending de door verzoekster gestelde „ernstige en onherstelbare schade” zou veroorzaken. Naar verzoekster zelf zegt, kan dat maar op twee manieren gebeuren: ofwel door gerichte verbreiding van bepaalde bijzonderheden voor politieke doeleinden, ofwel door die mededelingen in de collectieve actie in de Verenigde Staten als bewijsstuk te gebruiken.
- 58 De manier waarop een derde de mededelingen van punten van bezwaar kan gebruiken, is voor de beoordeling van de wettigheid van de toezending ervan aan die derde slechts relevant wanneer die mededelingen gegevens bevatten waarvoor de door het gemeenschapsrecht gewaarborgde vertrouwelijke behandeling geldt (arrest AKZO Chemie/Commissie, reeds aangehaald, punt 17). Verzoekster heeft die vraag in haar brief van 18 april 2001 ontkennend beantwoord. In haar

verzoek in kort geding maakt zij niet duidelijk, wat de versies van de mededelingen van punten van bezwaar, waarvan de raadadviseur-auditeur in zijn brief van 5 juni 2001 aankondigde dat hij ze aan de FPÖ zou zenden, vertrouwelijk maakt.

- 59 Het Gerecht heeft het begrip zakengeheim in zijn arrest Postbank/Commissie (reeds aangehaald, punt 87) omschreven. Dat begrip is doorslaggevend bij de beoordeling van een toezending van documenten. Anders dan het Gerecht heeft gezegd, beweert verzoekster niet, dat de enkele toezending van de mededelingen van punten van bezwaar haar rechtstreeks zou schaden. Het risico van misbruik van die mededelingen na hun verzending houdt dus geen enkel verband met het feit dat zij vertrouwelijke gegevens zouden bevatten.
- 60 In elk geval kan verzoekster een eventueel risico van misbruik door passende maatregelen en nadere informatie tegengaan. Bijgevolg moet voorrang worden gegeven aan het door verordening nr. 2842/98 beschermde belang van de FPÖ om te vernemen, hoe de Commissie heeft gereageerd op haar verzoek om tegen de inbreuken op te treden, en haar opmerkingen daarover te kunnen maken.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 61 Volgens vaste rechtspraak geldt bij de beoordeling van de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding als maatstaf, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt. Het is deze partij die moet bewijzen, dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder een dergelijke schade te lijden (beschikking president Hof van 12 oktober 2000, Griekenland/Commissie, C-278/00 R, Jurispr. blz. I-8787, punt 14; beschikkingen president Gerecht van 15 juli 1998, Prayon-Rupel/Commissie, T-73/98 R, Jurispr. blz. II-2769, punt 36, en 20 juli 2000, Esedra/Commissie, T-169/00 R, Jurispr. blz. II-2951, punt 43).

- 62 Om het bestaan van ernstige en onherstelbare schade aan te tonen, is het weliswaar niet nodig dat het bewijs absolute zekerheid verschaft omtrent het intreden van de gestelde schade, en volstaat het dus dat die schade met een zekere mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar is, doch dit neemt niet weg, dat verzoekster gehouden blijft de feiten te bewijzen waarop zij haar verwachting van die ernstige en onherstelbare schade baseert [beschikkingen president Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P (R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67, en Griekenland/Commissie, reeds aangehaald, punt 15].
- 63 De door verzoekster gestelde ernstige en onherstelbare schade zou bestaan in, enerzijds, materiële schade, te weten verlies van cliënten, en anderzijds, immateriële schade, te weten aantasting van haar goede naam. Die schade zou het gevolg zijn van de voorveroordeling door derden welke verzoekster vreest, en van het feit dat de mededelingen, naar verzoekster verwacht, in de in de Verenigde Staten aanhangige collectieve actie als bewijsstuk zullen worden gebruikt.
- 64 De gestelde materiële schade, en meer bepaald het verwachte verlies van cliënteel, is van financiële aard, aangezien zij bestaat in gederfde winst. Het is echter vaste rechtspraak dat, uitzonderingen daargelaten, financiële schade niet als onherstelbaar of zelfs maar moeilijk herstelbaar kan worden beschouwd, aangezien er later steeds een geldelijke vergoeding kan worden geboden (beschikking president Hof van 18 oktober 1991, Abertal e.a./Commissie, C-213/91 R, Jurispr. blz. I-5109, punt 24, en beschikking president Gerecht van 7 november 1995, Eridania e.a./ Raad, T-168/95 R, Jurispr. blz. II-2871, punt 42).
- 65 Overeenkomstig deze beginselen zou de gevorderde opschorting van tenuitvoerlegging in de omstandigheden van deze zaak slechts gerechtvaardigd zijn, indien verzoekster zonder een dergelijke maatregel in een situatie zou geraken waarin haar voortbestaan zelf in gevaar kwam of waarin zij voorgoed marktaandeel verloor. Verzoekster heeft echter niets aangevoerd wat aannemelijk kan maken, dat zij, ingeval de opschorting van tenuitvoerlegging niet wordt toegestaan, in die situatie zou komen te verkeren.

- 66 In elk geval moet worden vastgesteld, dat het door verzoekster gevreesde verlies van cliënteel een zuiver hypothetische schade is, in zoverre het toekomstige onzekere gebeurtenissen onderstelt, te weten dat de FPÖ de mededelingen van punten van bezwaar publiek zal maken om verzoekster in een kwaad daglicht te stellen (zie, in die zin, beschikkingen president Gerecht van 15 juli 1994, EISA/Commissie, T-239/94 R, Jurispr. blz. II-703, punt 20; 2 december 1994, Union Carbide/Commissie, T-322/94 R, Jurispr. blz. II-1159, punt 31, en 15 januari 2001, Le Canne/Commissie, T-241/00 R, Jurispr. blz. II-37, punt 37).
- 67 Ook van de ernstige en onherstelbare schade die volgens verzoekster zou voortvloeien uit de productie van de mededelingen van punten van bezwaar in de collectieve actie in de Verenigde Staten en uit de instelling van nieuwe beroepen door andere personen met behulp van die mededelingen, moet worden vastgesteld dat zij zuiver hypothetisch is, in zoverre zij op twee onderstellingen berust: in de eerste plaats, dat de FPÖ de mededelingen van punten van bezwaar aan de verzoekende partijen in die collectieve actie toespeelt en dat de Amerikaanse rechterlijke instanties die stukken als bewijsmiddel toelaten, en in de tweede plaats, dat op basis van die stukken nieuwe beroepen worden ingesteld.
- 68 Met betrekking tot de door verzoekster gestelde immateriële schade, die onder meer het gevolg zou zijn van misbruik van de mededelingen van punten van bezwaar door de FPÖ voor politieke doeleinden, zij er in de eerste plaats aan herinnerd, dat het in casu gaat om door de Commissie geredigeerde niet-vertrouwelijke versies van die mededelingen.
- 69 In de tweede plaats is het vaste rechtspraak, dat enkel schade die aan de verzoekende partij zelf kan worden berokkend, bij het onderzoek van de spoedeisendheid in aanmerking kan worden genomen (beschikking Pfizer Animal Health/Raad, reeds aangehaald, punt 136). Bij dat onderzoek dienen eventuele schadelijke gevolgen voor de persoonlijke reputatie van bepaalde functionarissen en bestuurders van verzoekster, of de omstandigheid dat de FPÖ die personen onder druk zou kunnen zetten, dus buiten beschouwing te blijven, tenzij

verzoekster zou aantonen, dat dat reputatieverlies ook haar eigen goede naam ernstig kan aantasten. In casu heeft zij dit echter niet gedaan.

- 70 Verzoekster heeft immers niets aangevoerd wat met een voldoende mate van waarschijnlijkheid ernstige en onherstelbare schade voor haar goede naam kan doen verwachten. De enkele, overigens hypothetische, mogelijkheid, dat de FPÖ de mededelingen van punten van bezwaar voor politieke doeleinden gebruikt of de niet-vertrouwelijke gegevens verzoekster betreffende publiek maakt, kan de kortgedingrechter niet tot een andere conclusie brengen. Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat openbaarmaking door de FPÖ van de niet-vertrouwelijke gegevens betreffende verzoekster haar op het eerste gezicht geen onherstelbare schade lijkt te kunnen berokkenen. Hoe dan ook, zoals de raadadviseur-auditeur in zijn brief aan verzoekster van 27 maart 2001 al te kennen gaf, de toezending van de mededeling van punten van bezwaar aan de klager vindt uitsluitend in het kader en ten behoeve van de door de Commissie gevoerde procedure plaats. Van de klager wordt dus verwacht, dat hij de in die mededeling voorkomende gegevens uitsluitend in verband met die procedure gebruikt. Tegen ongepast of bedrieglijk gebruik van die gegevens kan in voorkomend geval bij de nationale rechter worden opgekomen.
- 71 Zelfs indien de gestelde schade ernstig en onherstelbaar kon zijn, moet de afweging tussen, enerzijds, het belang van verzoekster bij opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking en, anderzijds, het openbaar belang bij de uitvoering van in het kader van de verordeningen nrs. 17 en 2842/98 gegeven beschikkingen, alsmede de belangen van derden die rechtstreeks door die opschorting van de tenuitvoerlegging zouden worden geraakt, tot afwijzing van het onderhavige verzoek leiden.
- 72 In casu immers moet het belang dat de Gemeenschap erbij heeft, dat derden wier redelijk belang bij een verzoek in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 door de Commissie is erkend, opmerkingen over de door de Commissie geformuleerde bezwaren kunnen indienen, voorrang krijgen boven het belang van verzoekster bij uitstel van de toezending van de mededelingen van punten van bezwaar.

73 Daar aan de voorwaarde van spoedeisendheid niet is voldaan en bij de belangenafweging de schaal niet ten gunste van opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking doorslaat, dient het onderhavige verzoek te worden afgewezen, zonder dat hoeft te worden ingegaan op de andere argumenten van verzoekster, betreffende de fumus boni juris van haar verzoek.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

- 1) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.
- 2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 20 december 2001.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf