

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
7 november 2003 *

In zaak T-198/03 R,

Bank Austria Creditanstalt AG, gevestigd te Wenen (Oostenrijk), vertegenwoordigd door C. Zschocke en J. Beninca, advocaten,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

betreffende een verzoek tot opschorting van de uitvoering van de beslissing van de raadadviseur-auditeur van de Commissie van 5 mei 2003 tot bekendmaking van de niet-vertrouwelijke versie van de beschikking van de Commissie van 11 juni 2002 in zaak COMP/36.571/D-1 — Oostenrijkse banken („Lombard Club”),

* Procestaal: Duits.

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

de navolgende

Beschikking

Rechtskader

1 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, 13, blz. 204), bepaalt dat, indien de Commissie een inbreuk op artikel 81 EG of artikel 82 EG vaststelt, „zij de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking [kan] verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken”.

2 Artikel 20 van verordening nr. 17 bepaalt met betrekking tot de geheimhoudingsplicht dat de krachtens de verschillende bepalingen van deze verordening ingewonnen inlichtingen „slechts [kunnen] worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd” (lid 1), dat de Commissie, haar personeelsleden en functionarissen „verplicht [zijn] de inlichtingen welke zij bij de toepassing van deze verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken” (lid 2), en ten slotte dat deze eerste twee bepalingen „geen beletsel [vormen] voor de openbaarmaking van overzichten of studies die geen gegevens met betrekking tot individuele ondernemingen of ondernemersverenigingen bevatten” (lid 3).

- 3 Volgens artikel 21, lid 1, van verordening nr. 17 is de Commissie gehouden „de beschikkingen die zij op grond van de artikelen 2, 3, 6, 7 en 8 geeft, bekend [te maken]”. Lid 2 van dit artikel preciseert dat deze bekendmaking „de betrokken partijen en de essentiële gedeelten van de beschikking [vermeldt]” en dat hierbij „rekening [wordt] gehouden met het rechtmatig belang van de ondernemingen, dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven”.
- 4 Artikel 9 van besluit 2001/462/EG, EGKS van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB L 162, blz. 21) bepaalt:

„Indien het voornemen bestaat inzage te verlenen in informatie die zakengeheimen van een onderneming kan bevatten, wordt de betrokken onderneming schriftelijk van dit voornemen en van de redenen daarvoor in kennis gesteld. Haar wordt een termijn gesteld om schriftelijk eventuele opmerkingen te maken.

Indien de betrokken onderneming bezwaar maakt tegen inzageverlening in de informatie, doch wordt bevonden dat de informatie niet beschermd is en bijgevolg inzage daarin mag worden verleend, wordt dit verklaard in een met redenen omklede beslissing die ter kennis van de betrokken onderneming wordt gebracht. In de beslissing wordt vermeld vanaf welke datum inzage in de informatie wordt verleend. Dit mag niet eerder geschieden dan één week na de datum van de kennisgeving.

De eerste en de tweede alinea zijn van overeenkomstige toepassing bij bekendmaking van informatie in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*.”

Feiten en procedure

- 5 Bij beschikking van 11 juni 2002, in zaak COMP/36.571.D-1 — Oostenrijkse Banken („Lombard Club”), heeft de Commissie vastgesteld dat verzoekster van 1 januari 1995 tot en met 24 juni 1998 met verscheidene andere banken heeft deelgenomen aan een mededingingsregeling (artikel 1), waarvoor zij heeft besloten aan verzoekster, evenals aan andere bij de procedure betrokken banken, een geldboete op te leggen (artikel 3) (hierna: „boetebeschikking”).
- 6 Bij brief van 12 augustus 2002 heeft de Commissie aan verzoekster een niet-vertrouwelijke ontwerpversie van de boetebeschikking doen toekomen en haar om toestemming voor openbaarmaking van deze versie verzocht.
- 7 Op 3 september 2002 heeft verzoekster (evenals het merendeel van de betrokken banken) beroep ingesteld tot nietigverklaring van de boetebeschikking, welk beroep is geregistreerd onder nummer T-260/02. Met dit beroep betwist verzoekster niet de feiten die de Commissie in de betrokken beschikking heeft vastgesteld, maar enkel de hoogte van de haar opgelegde geldboete.
- 8 Bij brief van 10 september 2002 heeft verzoekster, naar aanleiding van het verzoek om toestemming voor openbaarmaking van 12 augustus 2002, de Commissie verzocht de boetebeschikking openbaar te maken, doch daarbij de uiteenzetting van de feiten met betrekking tot het jaar 1994 in overweging 7 van de considerans van de beschikking te schrappen, en de overwegingen 8 tot en met 12 van deze considerans te vervangen door een door verzoekster voorgestelde tekst.
- 9 Op 7 oktober 2002 hebben de betrokken diensten van de Commissie een vergadering georganiseerd met de advocaten van alle adressaten van de boetebeschikking. Zij hebben echter geen overeenstemming bereikt aangaande

in het bijzonder het verzoek van 10 september 2002 van verzoekster. Onder verwijzing naar dit verzoek heeft de bevoegde directeur van het directoraat-generaal Mededinging van de Commissie op 22 oktober 2002 verzoekster een brief gestuurd waarbij hij haar het standpunt van de Commissie met betrekking tot de openbaarmaking van de boetebeschikking in herinnering heeft gebracht en haar een herziene niet-vertrouwelijke versie van deze beschikking heeft doen toekomen.

- 10 Verzoekster heeft op 6 november 2002 de raadadviseur-auditeur gevraagd, haar verzoek van 10 september 2002 in te willigen.
- 11 Hoewel de raadadviseur-auditeur van mening was dat dit verzoek ongegrond was, heeft hij bij schrijven van 20 februari 2003 aan verzoekster een nieuwe niet-vertrouwelijke versie van de boetebeschikking doen toekomen.
- 12 Bij schrijven van 28 februari 2003 heeft verzoekster verklaard dat zij haar bezwaar tegen de openbaarmaking van deze niet-vertrouwelijke versie handhaafde.
- 13 Bij schrijven van 5 mei 2003 heeft de raadadviseur-auditeur een herziene niet-vertrouwelijke versie van de boetebeschikking opgesteld en besloten verzoeksters bezwaar tegen openbaarmaking van deze beschikking af te wijzen (hierna: „bestreden beslissing”). Overeenkomstig artikel 9, derde alinea, van besluit 2001/462 heeft de raadadviseur-auditeur verklaard dat deze versie van de boetebeschikking (hierna: „bestreden versie”) geen informatie bevatte die onder de in het gemeenschapsrecht voorziene waarborg van vertrouwelijke behandeling viel.

- 14 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 6 juni 2003, heeft verzoekster uit hoofde van artikel 230, vierde alinea, EG beroep ingesteld tot nietigverklaring van de bestreden beslissing.
- 15 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft verzoekster primair gevorderd om de uitvoering van de bestreden beslissing tot en met de uitspraak in de hoofdzaak op te schorten, en subsidiair om de Commissie tot en met die datum te verbieden de bestreden versie openbaar te maken.
- 16 De Commissie heeft op 30 juni 2003 haar schriftelijke opmerkingen over de vordering in kort geding ingediend. De hoorzitting voor de rechter in kort geding heeft op 12 september 2003 plaatsgevonden.

In rechte

- 17 Ingevolge het bepaalde in de artikelen 242 EG en 243 EG, juncto artikel 225, lid 1, EG, kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden dat vereisen, opschorting van de uitvoering van de bestreden handeling of de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.
- 18 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt dat een verzoek in kort geding een duidelijke omschrijving moet 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*). Dit zijn cumulatieve voorwaarden, zodat het verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen, wanneer aan een van deze voorwaarden 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].

- 19 Er zij aan herinnerd dat de rechter in kort geding in het kader van zijn algemene onderzoek over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt en met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het geval vrij kan bepalen hoe en in welke volgorde moet worden onderzocht of aan deze verschillende voorwaarden is voldaan, wanneer geen enkele gemeenschapsrechtelijke regel hem voor de beoordeling van de noodzaak van voorlopige maatregelen een vooraf vastgesteld onderzoeksschema voorschrijft [beschikking president Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 22].

De ontvankelijkheid

- 20 De Commissie meent dat het beroep in de hoofdzaak in casu niet-ontvankelijk is. Volgens haar is de bestreden beslissing niet een voor beroep vatbare handeling.
- 21 De rechter in kort geding herinnert er dienaangaande aan dat volgens vaste rechtspraak de ontvankelijkheid van het beroep in de hoofdzaak in beginsel niet in kort geding mag worden onderzocht, teneinde de zaak ten gronde niet te prejudiciëren. Wanneer echter 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

[beschikking president Hof van 27 januari 1988, Distrivet/Raad, 376/87 R, Jurispr. blz. 209, punt 21; beschikkingen president Gerecht van 30 juni 1999, Pfizer Animal Health/Raad, T-13/99 R, Jurispr. blz. II-1961, punt 121, hierna „beschikking Pfizer” in hogere voorziening bevestigd bij beschikking president Hof van 18 november 1999, Pfizer Animal Health/Raad, C-329/99 P (R), Jurispr. blz. I-8343, en 11 april 2003, Solvay Pharmaceuticals/Raad, T-392/02 R, Jurispr. blz. II-1825, punt 53].

- 22 Er moet dus worden vastgesteld of er omstandigheden zijn op grond waarvan de ontvankelijkheid van dit beroep aannemelijk voorkomt.

Argumenten van partijen

- 23 In haar verzoek in kort geding benadrukt verzoekster, dat de bestreden beslissing een voor beroep vatbare handeling is. Daar zij een administratieve procedure beëindigt over de vraag of en hoe een boetebeschikking openbaar zal worden gemaakt, heeft deze beslissing een definitief karakter en is zij derhalve vatbaar voor beroep. Onder verwijzing naar artikel 20, leden 1 tot en met 3, van verordening nr. 17 betoogt verzoekster, dat zij er recht op heeft dat de boetebeschikking enkel met inachtneming van de voorwaarden van artikel 21, leden 1 en 2, van deze verordening openbaar wordt gemaakt. De gedetailleerde omschrijvingen van de feiten die de Commissie voorstelt openbaar te maken, zijn niet alleen ongebruikelijk, maar ook onnodig, aangezien verzoekster in 1998 van meet af aan de haar verweten mededingingsverstoringe handelingen heeft erkend. Openbaarmaking van deze handelingen brengt, aldus nog steeds verzoekster, schade toe aan haar goede naam en die van haar werknemers.
- 24 Ter betwisting van de ontvankelijkheid van het onderhavige verzoek in kort geding betoogt de Commissie, dat de bestreden beslissing niet bezwarend is voor verzoekster. Volgens haar bestaat het recht dat bepaalde delen van een dergelijke

beslissing niet openbaar worden gemaakt, slechts indien aan twee voorwaarden is voldaan: enerzijds moeten de betrokken passages zakengeheimen bevatten of informatie waarvoor een soortgelijke bescherming geldt, en anderzijds moet het belang van de onderneming bij bescherming van deze informatie zwaarder wegen dan het algemeen belang bij openbaarmaking ervan. Verzoekster heeft echter niet gesteld dat de bestreden versie een zakengeheim bevat of informatie waarvoor een soortgelijke bescherming geldt. Derhalve heeft verzoekster er geen belang bij, de bestreden beslissing te betwisten.

- 25 De Commissie stelt voorts, dat de betrokken openbaarmaking niet een gevolg is van de bestreden beslissing, maar rechtstreeks van artikel 21, lid 1, van verordening nr. 17. De openbaarmaking van een beslissing zoals de bestreden beslissing, of van bepaalde delen hiervan, kan niet worden belet met een beroep op artikel 21, lid 2, van deze verordening, dat enkel ten behoeve van derden omschrijft welke informatie de Commissie openbaar moet maken.
- 26 Met betrekking tot de vermelding van de gedragingen van verzoekster in 1994 betoogt de Commissie, dat deze grief vooral betrekking heeft op de rechtmatigheid (aan de orde in zaak T-260/02) van de boetebeschikking en derhalve in het kader van het beroep in deze hoofdzaak te laat is aangevoerd. In ieder geval heeft verzoekster ook bij deze grief geen belang, aangezien het niet gaat om openbaarmaking van enig zakengeheim of van informatie waarvoor een gelijksoortige bescherming geldt.
- 27 Tijdens de hoorzitting heeft verzoekster de analyse van de Commissie betwist. Onder verwijzing naar in het bijzonder artikel 9, derde alinea, van besluit 2001/462 heeft zij gesteld dat deze bepaling ook van toepassing is op de openbaarmaking door de Commissie van informatie die niet onder het zakengeheim valt. In geval van betwisting van één van de openbaar te maken gegevens dient de procedure te worden gevolgd van artikel 9, derde alinea, van dit

besluit. Deze procedure verplicht de Commissie in overeenstemming met artikel 21, lid 2, van verordening nr. 17, slechts de essentiële gedeelten van een met toepassing van artikel 3 van de verordening gegeven beschikking openbaar te maken. De essentiële gedeelten van een beschikking kunnen niet worden gelijkgesteld met de gehele beslissing. Bijgevolg meent verzoekster dat zij belang erbij heeft, op te komen tegen haars inziens niet essentiële onderdelen in de bestreden versie.

- 28 In antwoord op dit argument heeft de Commissie opgemerkt dat artikel 9, eerste en tweede alinea, van besluit 2001/462 uitdrukkelijk betrekking heeft op inzageverlening in informatie „die zakengeheimen kan bevatten”, terwijl artikel 9, derde alinea, de openbaarmaking van dergelijke informatie betreft. Hieruit volgt dat een beslissing van de raadadviseur-auditeur op basis van deze laatste bepaling slechts voor beroep vatbaar is, voorzover zij betrekking heeft op zakengeheimen.

Beoordeling door de rechter in kort geding

- 29 Volgens artikel 230, vierde alinea, EG kan „[i]edere natuurlijke of rechtspersoon [...] beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen”.
- 30 In casu wordt niet betwist dat de bestreden beslissing tot verzoekster is gericht. Onderzocht dient evenwel te worden of deze beslissing prima facie een voor beroep vatbare handeling is.
- 31 Volgens vaste rechtspraak zijn als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 230 EG, te beschouwen

maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen (arrest Hof van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9; arrest Gerecht van 18 december 1992, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-10/92—T-12/92 en T-15/92, Jurispr. blz. II-2667, punt 28; en beschikking Gerecht van 9 juli 2003, Commerzbank/Commissie, T-219/01, Jurispr. blz. II-2843, punt 53).

- 32 Uit de aan de rechter in kort geding voorgelegde argumenten blijkt dat de Commissie in wezen de ontvankelijkheid van het beroep in de hoofdzaak betwist, omdat verzoekster volgens haar op geen enkele wijze heeft aangetoond dat de bestreden versie zakengeheimen bevatte. Bijgevolg, aldus de Commissie, heeft verzoekster geen belang bij een actie, omdat de door haar geplande openbaarmaking van informatie de rechtssituatie van verzoekster niet aanmerkelijk kan wijzigen.
- 33 Dienaangaande zij er ten eerste aan herinnerd dat artikel 287 EG en artikel 20 van verordening nr. 17 enkel openbaarmaking verbieden van informatie die onder de „geheimhoudingsplicht” valt, waarvan de Commissie kennis krijgt tijdens een onderzoek uit hoofde van deze verordening. Uit artikel 21, lid 2, van verordening nr. 17 volgt dat de Commissie een overeenkomstige verplichting heeft met betrekking tot de beslissingen tot openbaarmaking van de in dat artikel bedoelde beschikkingen in het Publicatieblad. Hieruit volgt dat een beslissing waarbij de Commissie weigert om ten behoeve van een dergelijke openbaarmaking te erkennen dat bepaalde informatie, waarvan een betrokken persoon stelt dat deze vertrouwelijk is, onder het zakengeheim valt, voor deze persoon rechtsgevolgen heeft (zie, analoog, arrest Hof van 24 juni 1986, AKZO/Commissie, 53/85, Jurispr. 1965, punten 17 en 18; beschikkingen Gerecht van 2 mei 1997, Peugeot/Commissie, T-90/96, Jurispr. blz. II-663, punten 34 en 36; en Commerzbank/Commissie, reeds aangehaald, punten 69 en 70; alsmede beschikking president Gerecht van 20 december 2001, Österreichische Postsparkasse/Commissie, T-213/01 R, Jurispr. blz. II-3963, punt 49).

- 34 Dat een beslissing tot een dergelijke openbaarmaking, zoals in casu, in naam van de Commissie wordt genomen door de raadadviseur-auditeur op grond van artikel 9, derde alinea, van besluit 2001/462, doet niet ter zake (zie, analoog, beschikking Commerzbank/Commissie, reeds aangehaald, punten 69 en 70).
- 35 Voorzover de bestreden versie informatie bevat die voor verzoekster een zakengeheim kan zijn, zou openbaarmaking ervan door uitvoering van de bestreden beslissing bijgevolg tot onvermijdelijk en onherstelbaar gevolg hebben dat deze zakengeheimen openbaar worden voor derden. De betwisting van de rechtmatigheid ervan door verzoekster zou derhalve ontvankelijk zijn.
- 36 In casu stelt de Commissie echter juist, dat het bij de betrokken informatie kennelijk niet om zakengeheimen gaat. Hoewel het in het kader van de onderhavige procedure niet aan de rechter in kort geding staat om de gegrondheid van deze stelling te onderzoeken, blijkt in het bijzonder uit de mondelinge toelichtingen van verzoekster, dat zij deze stelling van de Commissie in feite niet betwist. Derhalve moet worden onderzocht of, niettegenstaande deze omstandigheid, de betwisting van de geldigheid van de bestreden beslissing door verzoekster nog steeds ontvankelijk is.
- 37 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, gelet op de in punt 33 hiervoor geciteerde rechtspraak, de door de Commissie aangevoerde uitlegging van artikel 21 van verordening 17, volgens welke zij verplicht zou zijn van iedere op grond van met name artikel 3 van de verordening vastgestelde beschikking ten minste de essentiële gedeelten openbaar te maken, op het eerste gezicht nogal overtuigend lijkt. Niet van belang ontbloomt is dat deze uitlegging overeenstemt met het al vele jaren door deze instelling gevoerde beleid inzake openbaar­makingen, terwijl de door verzoekster voorgestane uitlegging is gebaseerd op een a-contrario redenering volgens welke iedere openbaarmaking waartoe de Commissie niet uitdrukkelijk is gehouden, onrechtmatig is.

- 38 Er kan evenwel niet worden uitgesloten dat de verplichting van de Commissie om een beschikking overeenkomstig artikel 21, lid 2, van verordening nr. 17 openbaar te maken, enkel ziet op openbaarmaking van de „essentiële gedeelten” hiervan. Voorstelbaar is dat de communautaire wetgever, gelet op de algemene verplichting van de Commissie om enkel niet-vertrouwelijke versies van haar beschikkingen openbaar te maken, dat wil zeggen die versies die geen verwijzing naar zakengeheimen van de betrokken adressaten bevatten, aan de adressaten van de uit hoofde van de artikelen 2, 3, 6, 7 en 8 van verordening nr. 17 vastgestelde beschikkingen een specifiek recht heeft willen verlenen, op grond waarvan zij zich kunnen verzetten tegen openbaarmaking door de Commissie in het Publicatieblad (alsmede, in voorkomend geval, ook op de internet-site van deze instelling) van informatie die, hoewel niet-vertrouwelijk, niet „essentieel” is voor het begrip van het dispositief van deze beschikkingen.
- 39 Dat dit op het eerste gezicht een serieuze uitlegging van artikel 21 van verordening nr. 17 betreft, wordt in zekere mate bevestigd door de op het eerste gezicht onduidelijke tekst van artikel 9, derde lid, van besluit 2001/462 (aangehaald in punt 4 supra). Niet kan worden uitgesloten dat, zoals verzoekster stelt, deze bepaling van toepassing is op de openbaarmaking van informatie in het algemeen en niet enkel op zakengeheimen en dat zij zich derhalve mag verzetten tegen openbaarmaking van informatie die volgens haar gevoelig is en niet essentieel voor het begrip van de beschikking van de Commissie waarvan openbaarmaking aan de orde is.
- 40 Daar een dergelijke uitlegging van artikel 9, derde alinea, van besluit 2001/462, indien de rechter in de hoofdzaak deze zou overnemen, zou gelden voor de informatie in de overwegingen 8 tot en met 12 van de considerans van de bestreden versie, kan niet worden uitgesloten dat zij ook zou gelden voor alle informatie in overweging 7 van de considerans van deze versie. Aangezien deze laatste informatie betrekking heeft op het jaar 1994, kan moeilijk worden uitgesloten dat openbaarmaking ervan niet „essentieel” is om de motivering te begrijpen van een beschikking zoals de boetebeschikking, waarvan artikel 1 van het dispositief een inbreuk vaststelt voor de periode van 1 januari 1995 tot en met 24 juni 1998.

- 41 In dit geval zou de kennelijk onomkeerbare openbaarmaking van deze informatie, ingeval de rechter in de hoofdzaak het recht van verzoekster om zich tegen een dergelijke openbaarmaking te verzetten zou erkennen, haar rechtssituatie aanmerkelijk kunnen wijzigen.
- 42 Derhalve zijn er aanknopingspunten die prima facie de conclusie rechtvaardigen dat de bestreden beslissing een voor beroep vatbare handeling is en dat verzoekster derhalve ontvankelijk is in haar vordering tot nietigverklaring uit hoofde van artikel 230, vierde alinea, EG. Aangezien de ontvankelijkheid van de primaire vordering van verzoekster dus niet kan worden uitgesloten, moet de ontvankelijkheid van de subsidiaire vordering, strekkende tot opschorting van de openbaarmaking van de boetebeschikking, kort worden onderzocht. Aangezien deze laatste vordering in feite hetzelfde voorwerp heeft als de primaire, te weten het voorlopige verbod op openbaarmaking van de betrokken informatie, zijn er geen termen om deze afzonderlijk te behandelen.
- 43 In deze omstandigheden is de rechter in kort geding van oordeel dat met betrekking tot de primaire vordering, strekkende tot opschorting van de bestreden beslissing, moet worden onderzocht of aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan.

De spoedeisendheid

Argumenten van partijen

- 44 Verzoekster meent dat in casu aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan. Dienaangaande betoogt zij dat zij materiële en immateriële schade zal leiden die ook na nietigverklaring van de bestreden beslissing niet kan worden hersteld.

- 45 Met betrekking tot de materiële schade verwijst verzoekster naar een collectieve rechtsovereenkomst die reeds in de Verenigde Staten aanhangig is gemaakt. Tijdens de hoorzitting heeft zij gepreciseerd dat een terechtzitting in deze zaak zou plaatsvinden op 24 oktober 2003 te New York. Bovendien vreest zij dat in Oostenrijk vorderingen tot schadevergoeding aanhangig zullen worden gemaakt tegen haar en de andere Oostenrijkse banken die adressaat van de boetebeschikking zijn. Zij stelt dat de Amerikaanse en Oostenrijkse klagers waarschijnlijk de hun door openbaarmaking van deze beschikking ter beschikking gestelde gevoelige informatie zullen gebruiken. Het is eveneens mogelijk dat de Oostenrijkse strafvervolgingsinstanties door de openbaarmaking van de boetebeschikking de medewerkers van verzoekster en de andere betrokken banken zullen kunnen identificeren, en dat zij deze informatie kunnen gebruiken in het kader van reeds ingeleide strafvervolgingen.
- 46 Aangaande de immateriële schade stelt verzoekster dat de openbaarmaking van de identiteit van haar medewerkers hun persoonlijkheidsrechten ernstig zou kunnen schenden. Gelet op alle voorschriften op het gebied van databescherming, is zij namelijk gehouden de belangen van haar medewerkers te beschermen. De openbaarmaking van gevoelige informatie in de bestreden versie zou verzoeksters goede naam ernstig aantasten.
- 47 Deze schade is volgens haar onherstelbaar. De latere vernietiging van de bestreden beslissing kan de gevolgen van de openbaarmaking van de bestreden versie niet ongedaan maken, aangezien de gevoelige informatie zich dan in het publieke domein bevindt. Dat geldt te meer omdat noch het Oostenrijkse noch het Amerikaanse recht verbiedt dat onrechtmatig verkregen informatie als bewijs kan dienen.
- 48 De Commissie stelt dat de door verzoekster gestelde materiële schade slechts van zuiver financiële aard is. Ingeval genoemde schade zich voordoet, is deze niet onherstelbaar of zelfs moeilijk herstelbaar. In elk geval is deze schade zuiver hypothetisch, aangezien daarvoor onzekere gebeurtenissen moeten intreden.

- 49 Met betrekking tot de door verzoekster gestelde immateriële schade stelt de Commissie, dat verzoekster niets aanvoert waaruit voldoende aannemelijk wordt dat sprake is van een ernstige en onherstelbare aantasting van haar goede naam. De eventuele vorderingen die haar medewerkers tegen haar aanhangig zouden kunnen maken, zouden slechts tot financiële en derhalve herstelbare schade leiden. Wat de gestelde aantasting van de goede naam van enkele van haar medewerkers betreft, is bij ontstentenis van preciseringen dienaangaande geen causaal verband tussen deze aantasting en de eventuele schade aan haar goede naam aangetoond.

Beoordeling door de rechter in kort geding

- 50 Uit vaste rechtspraak blijkt dat het spoedeisende karakter van een verzoek in kort geding moet worden beoordeeld met inachtneming van de noodzaak van een voorlopige uitspraak, teneinde te voorkomen dat de partij die de voorlopige maatregel vordert, ernstige en onherstelbare schade lijdt [zie beschikking president Hof van 31 juli 2003, Le Pen/Parlement, C-208/03 P(R), Jurispr. blz. I-7939, punt 77]. Het is aan deze om aan te tonen dat zij niet de uitkomst van de hoofdzaak kan afwachten zonder dergelijke schade te lijden (zie beschikking president Hof van 12 oktober 2000, Griekenland/Commissie, C 278/00 R, Jurispr. blz. I 8787, punt 14; beschikkingen president Gerecht van 20 juli 2000, Esedra/Commissie, T-169/00 R, Jurispr. blz. II-2951, punt 43, en Oostenrijkse Postsparkasse/Commissie, reeds aangehaald, punt 66). Er hoeft niet met absolute zekerheid te worden aangetoond dat schade dreigt, doch het is, in het bijzonder wanneer het intreden van de schade afhangt van een geheel van factoren, voldoende dat de schade met een voldoende mate van waarschijnlijkheid valt te voorzien (beschikking Commissie/Atlantic Container Line e.a., reeds aangehaald, punt 38, en beschikking president Gerecht van 19 december 2001, Government of Gibraltar/Commissie, T-195/01 R en T-207/01 R, Jurispr. blz. II-3915, punt 96).
- 51 Om het bestaan van ernstige en onherstelbare schade aan te tonen, hoeft weliswaar niet met absolute zekerheid te worden aangetoond dat de schade is intreden en volstaat het dat die schade met een zekere mate van waarschijn-

lijkheid voorzienbaar is, doch dit neemt niet weg dat de verzoeker gehouden blijft de feiten te bewijzen waarop hij zijn verwachting van die ernstige en onherstelbare schade meent te baseren [beschikking president Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P (R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67, en beschikking Griekenland/Commissie, reeds aangehaald, punt 15].

- 52 De door verzoekster gestelde schade heeft in de eerste plaats betrekking op het eventuele gebruik van de bestreden versie in schadevorderingen die tegen haar aanhangig zijn gemaakt in de Verenigde Staten, Oostenrijk en, afgaande op een opmerking tijdens de hoorzitting, zelfs in Duitsland. Derhalve is in casu duidelijk dat, zoals de Commissie terecht stelt, de schade die hieruit voor verzoekster zou kunnen voortvloeien, slechts financieel zou zijn. Dit is ook het geval bij het door verzoekster aangevoerde risico van vorderingen die haar medewerkers tegen haar aanhangig zouden kunnen maken ingeval zij zouden menen dat zij haar verplichting om hun belangen te beschermen heeft geschonden.
- 53 Met betrekking tot deze schade zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak financiële schade, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, niet als onherstelbaar of zelfs moeilijk herstelbaar kan worden beschouwd, wanneer zij later financieel kan worden vergoed [beschikking president Hof van 11 april 2001, Commissie/Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R), Jurispr. blz. I-2865, punt 113, en beschikking Solvay Pharmaceuticals/Raad, reeds aangehaald, punt 106].
- 54 Overeenkomstig dat beginsel zal de gevraagde opschorting slechts gerechtvaardigd zijn, indien blijkt dat verzoekster zich zonder die maatregel in een situatie zal bevinden die haar bestaan in gevaar kan brengen of haar markt-aandelen onherstelbaar kan aantasten (beschikking Pfizer, punt 138, en beschikking Solvay Pharmaceuticals/Raad, reeds aangehaald, punt 107).

- 55 Verzoekster heeft in casu op geen enkel moment het gevaar aangetoond, noch werkelijk gesteld, dat de uitvoering van de bestreden beslissing voor haar bestaan zou inhouden. Evenmin heeft zij gesteld dat zij door de uitvoering van de bestreden beslissing enig marktaandeel zou verliezen.
- 56 Onder deze omstandigheden moet worden geconcludeerd dat deze schade van financiële aard de verzochte opschorting niet kan rechtvaardigen.
- 57 Overigens is de gestelde schade goeddeels zomet uitsluitend hypothetisch, daar zij uitgaat van toekomstige en onzekere gebeurtenissen. Een dergelijke schade kan de gevorderde voorlopige maatregelen niet rechtvaardigen (zie beschikking *Government of Gibraltar/Commissie*, reeds aangehaald, punt 101). In de huidige situatie is het onmogelijk te voorzien welke invloed of welk gevolg het eventuele gebruik van de in de litigieuze versie neergelegde informatie zal hebben voor de uitslag van huidige of toekomstige civiele vorderingen, waarnaar verzoekster verwijst. Hieruit volgt dat het instellen van een vordering tot schadevergoeding of van andere vorderingen op zichzelf voor verzoekster geen ernstige of onherstelbare schade veroorzaakt [zie beschikking president Hof van 17 juli 2001, *Commissie/NALOO*, C-180/01 P (R), *Jurispr.* blz. I-5737, punt 57].
- 58 Aangaande de strafvervolgingen die volgens verzoekster in Oostenrijk tegen haar en de andere betrokken banken zijn ingesteld, zij opgemerkt dat het niet aan de rechter in kort geding staat om te speculeren over de mogelijkheid dat genoemde vervolgingen een gevolg zijn van de boetebeschikking. De schade die verzoekster dienaangaande stelt, is duidelijk hypothetisch. Overigens heeft verzoekster tijdens de hoorzitting opgemerkt dat de tegen haar aanhangig gemaakte vorderingen

waarschijnlijk zullen worden bijgelegd zonder dat zij schuld hoeft te erkennen. In ieder geval zou de schade, zelfs indien de nationale autoriteiten deze procedures niet stopzetten en verzoekster eventueel zou worden veroordeeld, voornamelijk van financiële aard zijn.

- 59 Aangaande de gestelde immateriële schade draagt verzoekster in haar verzoek in kort geding nauwelijks omstandigheden aan waaruit, zoals in de in de voorgaande punten 50 en 51 aangehaalde rechtspraak vereist, voldoende aannemelijk wordt dat sprake is van ernstige en onherstelbare schade aan haar goede naam. In het bijzonder blijkt uit de tijdens de hoorzitting door verzoekster gegeven toelichtingen dat bepaalde in de bestreden versie vervatte informatie gevoelig is en zou kunnen worden gebruikt door zowel klagers die civiele vorderingen aanhangig zouden willen maken, als diegenen die reeds dergelijke vorderingen tegen haar hebben ingesteld.
- 60 Verzoekster stelt echter niet dat de betrokken informatie vertrouwelijk is en geeft niet aan in hoeverre het eventuele gebruik ervan in tegen haar ingestelde vorderingen haar goede naam ernstig zou kunnen aantasten. In het bijzonder wordt niet gepreciseerd welke invloed of welk effect het gebruik van deze informatie kan hebben voor het verloop van aanhangige of aanhangig te maken procedures. Er moet derhalve worden geconcludeerd dat de gestelde immateriële schade louter hypothetisch is.
- 61 Aangaande de gestelde aantasting van de goede naam van haar medewerkers zij om te beginnen vastgesteld dat de Commissie ontkent dat medewerkers door de betrokken openbaarmaking kunnen worden geïdentificeerd. Aangezien de rechter in kort geding zich niet over deze vraag kan uitspreken, kan worden volstaan met de opmerking dat, zelfs indien het risico van onthulling van de identiteit van bepaalde natuurlijke personen zou bestaan, verzoekster in het geheel niets heeft aangevoerd waaruit kan worden opgemaakt dat dergelijke onthullingen met een voldoende mate van waarschijnlijkheid haar goede naam ernstig kunnen aantasten.

- 62 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet heeft weten aan te tonen dat aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan.
- 63 Het onderhavige verzoek moet derhalve worden afgewezen, zonder dat hoeft te worden onderzocht of aan de voorwaarde van fumus boni juris is voldaan.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

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

Luxemburg, 7 november 2003.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf