



Jurisprudentie

BESCHIKKING VAN DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF

12 juni 2018*

„Hogere voorziening – Kort geding – Mededinging – Europese markt van stroomkabels – Besluit van de Europese Commissie houdende vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU – Bekendmaking – Gedeeltelijke afwijzing van het verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde informatie in het besluit – Opschorting van de tenuitvoerlegging – Verband tussen de voorwaarde van fumus boni juris en de voorwaarde van spoedeisendheid”

In zaak C-65/18 P(R),

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 57, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 31 januari 2018,

Nexans France SAS, gevestigd te Courbevoie (Frankrijk),

Nexans SA, gevestigd te Courbevoie,

vertegenwoordigd door M. Powell en A. Rogers, solicitors, en G. Forwood, avocate,

rekwirantes,

andere partij in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door I. Zaloguin, G. Meessen en H. van Vliet als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

geeft

DE VICEPRESIDENT VAN HET HOF,

advocaat-generaal M. Wathelet gehoord,

de navolgende

Beschikking

- 1 Met hun hogere voorziening verzoeken Nexans France SAS en Nexans SA om vernietiging van de beschikking van de president van het Gerecht van 23 november 2017, Nexans France en Nexans/Commissie (T-423/17 R, niet gepubliceerd, EU:T:2017:835; hierna: „bestreden beschikking”), waarbij hun verzoek is afgewezen dat ertoe strekte, ten eerste, dat de tenuitvoerlegging van besluit

* Procestaal: Engels.

C(2017) 3051 final van de Europese Commissie van 2 mei 2017 betreffende een verzoek om vertrouwelijke behandeling (zaak COMP/AT.39610 – Stroomkabels; hierna: „litigieus besluit”) werd opgeschort voor zover dat verzoek is afgewezen met betrekking tot de gegevens bedoeld in de punten 7 en 8 van het litigieuze besluit, die voortkomen uit een inbeslagneming bij rekwirantes en een andere marktdeelnemer (hierna: „litigieuze informatie”), en, ten tweede, dat de Europese Commissie werd gelast zich ervan te onthouden een versie van haar besluit C(2014) 2139 final van 2 april 2014 (zaak COMP/AT.39610 – Stroomkabels; hierna: „besluit stroomkabels”) met de litigieuze gegevens bekend te maken.

Voorgeschiedenis van het geding en procedure bij het Gerecht

- 2 De voorgeschiedenis van het geding en de procedure bij het Gerecht zijn in de punten 1 tot en met 16 van de bestreden beschikking als volgt samengevat:
 - „1 Op 28 januari 2009 heeft de Europese Commissie een inspectie verricht in de kantoren van een van [rekwirantes], Nexans France, in Parijs (Frankrijk).
 - 2 Volgens [rekwirantes], Nexans en Nexans France, hebben de inspecteurs van de Commissie besloten een groot aantal e-mailbestanden in de computers van twee werknemers van Nexans France volledig te kopiëren alsmede een kopie te maken van de gehele harde schijf van een van haar werknemers, en om deze voor verder onderzoek verzegeld mee te nemen naar hun kantoren te Brussel (België).
 - 3 Volgens [rekwirantes] heeft de Commissie tussen 3 en 11 maart 2009 de gekopieerde documenten, in bijzijn van hun advocaten, in haar kantoren te Brussel onderzocht, maar zonder aanwezigheid van een vertegenwoordiger van de bevoegde nationale mededingingsautoriteit. Pas in die fase hebben de inspecteurs van de Commissie de inhoud van de schijven systematisch onderzocht en daarbij de relevant beschouwde documenten geselecteerd en geprint. Aan de advocaten van [rekwirantes] werden kopieën van die documenten verstrekt en de inhoud van de schijven werd vervolgens gewist.
 - 4 In het op 7 april 2009 bij het Gerecht ingestelde beroep zijn [rekwirantes] met name opgekomen tegen deze werkwijze. In het arrest van 14 november 2012, Nexans France en Nexans/Commissie (T-135/09, EU:T:2012:596), heeft het Gerecht onder meer de verzoeken strekkende tot nietigverklaring van de inbeslagneming van de documenten niet-ontvankelijk verklaard. [...]
 - 5 In de hogere voorziening tegen het arrest van 14 november 2012, Nexans France en Nexans/Commissie (T-135/09, EU:T:2012:596), ingekomen ter griffie van het Hof op 24 januari 2013, hebben [rekwirantes] de niet-ontvankelijkverklaring van het in eerste aanleg aangevoerde middel met betrekking tot de vermeende onrechtmatigheid van de inbeslagneming, niet betwist. Hoe dan ook heeft het Hof de hogere voorziening van [rekwirantes] bij arrest van 25 juni 2014, Nexans en Nexans France/Commissie (C-37/13 P, EU:C:2014:2030), afgewezen.
 - 6 Op 2 april 2014 heeft de Commissie het [besluit stroomkabels] vastgesteld.
 - 7 Bij brief van 8 mei 2014 heeft het directoraat-generaal (DG) Concurrentie van de Commissie [rekwirantes] meegedeeld dat het voornemens was overeenkomstig artikel 30 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1), een niet-vertrouwelijke versie van het besluit stroomkabels bekend te maken op haar website. Voorts heeft het DG Concurrentie [rekwirantes] verzocht om aan te geven welke informatie volgens hen vertrouwelijk was of onder het zakelijke geheim viel, en waarom.

- 8 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 juni 2014, hebben [rekwirantes] beroep tot nietigverklaring van het besluit stroomkabels ingesteld, dat is ingeschreven onder nummer T-449/14. Met het eerste middel van dat beroep betoogden [rekwirantes] met name dat de Commissie haar bevoegdheden had overschreden door informatie op onrechtmatige wijze in beslag te nemen en door zonder voorafgaand onderzoek een grote hoeveelheid elektronische gegevens in hun geheel te kopiëren met het oog op een later onderzoek ervan in haar kantoren te Brussel.
- 9 Bij brief van 3 mei 2016, na verscheidene uitwisselingen over de verzoeken om vertrouwelijkheid, heeft het DG Concurrentie [rekwirantes] in kennis gesteld van zijn voornemen om het besluit stroomkabels in zijn geheel bekend te maken, met uitzondering van bepaalde gegevens waarvan het meende dat die vertrouwelijk dienden te blijven.
- 10 Bij brief van 18 mei 2016 hebben [rekwirantes] zich tot de raadadviseur-auditeur gewend met een verzoek om vertrouwelijke behandeling van bepaalde informatie uit hoofde van artikel 8 van besluit 2011/695/EU van de voorzitter van de Europese Commissie van 13 oktober 2011 betreffende de functie en het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB 2011, L 275, blz. 29).
- 11 In dit verzoek voerden [rekwirantes] met name aan dat de gegevens in het besluit stroomkabels, die zijn voortgekomen uit een inbeslagneming in de kantoren van Nexans France en van een andere marktdeelnemer, als vertrouwelijk moesten worden beschouwd.
- 12 Op 2 mei 2017 heeft de raadadviseur-auditeur, namens de Commissie, het [litigieuze besluit] vastgesteld.
- 13 In het [litigieuze besluit] heeft de Commissie het verzoek om vertrouwelijkheid voor bepaalde gegevens, zoals opgesomd in artikel 1 ervan, toegewezen en het verzoek van [rekwirantes] voor de [litigieuze informatie] afgewezen.
- 14 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 11 juli 2017, hebben [rekwirantes] het Gerecht verzocht het [litigieuze besluit] nietig te verklaren voor zover daarbij hun verzoek om vertrouwelijke behandeling van de litigieuze informatie was afgewezen.
- 15 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op diezelfde dag, hebben [rekwirantes] krachtens de artikelen 278 en 279 VWEU een kort geding ingesteld waarin zij de president van het Gerecht in wezen verzoeken:
 - de tenuitvoerlegging van het [litigieuze] besluit op te schorten voor zover daarbij het verzoek om vertrouwelijke behandeling van de litigieuze informatie is afgewezen;
 - de Commissie te gelasten geen versie van het besluit stroomkabels met de litigieuze informatie bekend te maken voordat het ‚Hof van Justitie van de Europese Unie’ zich zal hebben uitgesproken over het eerste middel van het beroep in zaak T-449/14;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 16 Na het verzoek van [rekwirantes] heeft de president van het Gerecht op 12 juli 2017, zonder eerst de Commissie te hebben gehoord, een beschikking gegeven krachtens van artikel 157, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, waarbij hij de Commissie heeft gelast de tenuitvoerlegging van het [litigieuze besluit] op te schorten tot de datum van de beschikking waarbij een einde wordt gemaakt aan de onderhavige kortgedingprocedure en geen versie van het

besluit stroomkabels met daarin de litigieuze informatie bekend te maken voordat het Gerecht uitspraak zal hebben gedaan op het eerste middel van het beroep van [rekwirantes] in zaak T-449/14.”

Bestreden beschikking

- 3 Na in de punten 18 tot en met 22 van de bestreden beschikking de rechtspraak van het Hof en het Gerecht over de voorwaarden voor de vaststelling van voorlopige maatregelen in herinnering te hebben gebracht, heeft de president van het Gerecht in punt 23 van die beschikking opgemerkt dat in casu eerst moest worden onderzocht of was voldaan aan de voorwaarde inzake de spoedeisendheid.
- 4 In dit verband heeft de president van het Gerecht in de punten 24 tot en met 31 van die beschikking de beginselen in herinnering gebracht die op dat gebied in de rechtspraak van het Hof en het Gerecht zijn ontwikkeld. In het licht van deze beginselen heeft hij in de punten 32 tot en met 48 van de bestreden beschikking het volgende overwogen:

„32 In casu moet vooraf worden opgemerkt dat [rekwirantes], daarbij steunend op punt 38 van de beschikking [van de vicepresident van het Hof] van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], stellen dat aangezien om voorlopige bescherming is verzocht voor de vermeend vertrouwelijke informatie, voor de beoordeling of er sprake is van ernstige en onherstelbare schade noodzakelijkerwijs moet worden uitgegaan van de premisse dat de informatie waarvan werd gesteld dat zij vertrouwelijk was, dat ook daadwerkelijk was.
- 33 Vastgesteld zij dat de omstandigheden van de zaak die heeft geleid tot de beschikking [van de vicepresident van het Hof] van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], evenals die van de zaak die heeft geleid tot de beschikking [van de vicepresident van het Hof] van 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie (C-162/15 P-R, EU:C:2016:142), duidelijk verschillen van die welke in de onderhavige zaak aan de orde zijn.
- 34 Zoals in het bijzonder blijkt uit de punten 18 en 38 van de beschikking [van de vicepresident van het Hof] van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], was Pilkington Group Ltd in haar beroep tot nietigverklaring opgekomen tegen de beoordeling van de Commissie volgens welke de informatie die deze instelling voornemens was overeenkomstig artikel 30, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bekend te maken geen zakengeheimen bevatte in de zin van met name artikel 339 VWEU en artikel 28, lid 1, en artikel 30, lid 2, van die verordening. De overwegingen die de kortgedingrechter in aanmerking had genomen om tot de slotsom te komen dat in die zaak aan de voorwaarde van spoedeisendheid was voldaan, waren dus gesteund op de – in punt 47 van die beschikking uitdrukkelijk vermelde – premisse dat de in die zaak aan de orde zijnde informatie onder de geheimhoudingsplicht viel.
- 35 Zo volgt ook uit punt 84 van de beschikking [van de vicepresident van het Hof] van 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie (C-162/15 P-R, EU:C:2016:142), dat Evonik Degussa GmbH was opgekomen tegen de beoordeling dat de betrokken informatie geen zakengeheimen betrof en evenmin onder de geheimhoudingsplicht viel.
- 36 Bovendien hadden de verzoekende partijen in de zaken die hebben geleid tot de beschikkingen [van de vicepresident van het Hof] van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], en 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie (C-162/15 P-R, EU:C:2016:142), gesteld, zoals blijkt uit respectievelijk de punten 47 en 83 van die beschikkingen, dat de openbaarmaking van de betrokken informatie hun schade kon berokkenen wegens de aard zelf van die informatie.

- 37 In de onderhavige zaak moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat [rekwirantes] niet betogen dat de litigieuze informatie onder het zakengeheim valt.
- 38 In de tweede plaats bevat het verzoek in kort geding, buiten de stelling dat de litigieuze informatie vertrouwelijk is, weinig specifieke gegevens over de aard en de inhoud van de gegevens waarvoor [rekwirantes] zich op vertrouwelijkheid beroepen.
- 39 In de derde plaats trachten [rekwirantes] niet te bewijzen dat de litigieuze informatie intrinsiek commercieel gevoelig is waardoor deze door hun concurrenten zou kunnen worden uitgebuit in het kader van de normale werking van de mededinging.
- 40 In de vierde plaats, voor zover [rekwirantes] betogen dat de litigieuze informatie ‚bewijzen bevat van de inbreuk [en] de inbreuk gedetailleerd onthult, met name de namen van klanten en van projecten waarop de handelwijze betrekking had alsmede de cijfers over de gefactureerde prijzen en over de door de deelnemers nagestreefde doelen, [...] alsook het oorzakelijk verband tussen deze schade en de inbreuk’, verwijzen zij naar de punten 284, 372, onder g), en 436 van het besluit stroomkabels, als ‚duidelijke voorbeelden van het soort informatie’ waarop [rekwirantes] doelen.
- 41 De punten 284, 372, onder g), en 436 van het besluit stroomkabels vermelden echter niet de ‚namen van [betrokken] klanten en van [betrokken] projecten’ en bevatten met name geen ‚cijfers over de gefactureerde prijzen’.
- 42 In de vijfde plaats volgt uit de rechtspraak dat informatie die geheim of vertrouwelijk is geweest, maar minstens vijf jaar oud is, door het verstrijken van die periode in beginsel als niet meer actueel moet worden aangemerkt en daardoor moet worden beschouwd niet langer geheim of vertrouwelijk te zijn, tenzij de partij die aanvoert dat de informatie nog steeds geheim of vertrouwelijk is, bij wijze van uitzondering aantoont dat deze informatie ondanks de ouderdom ervan nog steeds een wezenlijk onderdeel van haar commerciële positie of van die van een betrokken derde is. Deze overwegingen, die tot een weerlegbaar vermoeden leiden, gelden zowel in de context van verzoeken tot vertrouwelijke behandeling ten aanzien van interveniënten in het kader van beroepen bij de Unierechter, als in de context van verzoeken tot vertrouwelijke behandeling voor de bekendmaking door de Commissie van een beschikking houdende vaststelling van een inbreuk op het mededingingsrecht (arrest van 14 maart 2017, Evonik Degussa/Commissie, C-162/15 P, EU:C:2017:205, punt 64).
- 43 In casu is de litigieuze informatie verzameld tijdens de inspectie in 2009. [Rekwirantes] trachten echter niet te bewijzen waarom de litigieuze informatie, niettegenstaande het verstrijken van de tijd, naar haar aard nog steeds geheim of vertrouwelijk is.
- 44 In de zesde plaats trachten [rekwirantes] de vertrouwelijkheid van de litigieuze informatie niet aan te tonen op basis van de aard van deze informatie, maar door te betogen dat hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het beginsel van het vermoeden van onschuld vereisen dat deze informatie niet openbaar wordt gemaakt voordat de rechtmatigheid van de vergaring van deze informatie in het kader van zaak T-449/14 is komen vast te staan.
- 45 In de zevende plaats vindt volgens de rechtspraak het onderzoek van de vraag of informatie onder de geheimhoudingsplicht valt in de regel plaats middels een analyse in drie fasen, te weten, ten eerste dat slechts een beperkt aantal personen van deze informatie op de hoogte is, ten tweede, dat de openbaarmaking van deze informatie ernstige schade kan berokkenen aan de persoon die deze heeft verstrekt of aan derden, en ten derde, dat de belangen die door openbaarmaking van die informatie kunnen worden aangetast, objectief beschermwaardig zijn (zie in die zin arrest van 28 januari 2015, Evonik Degussa/Commissie, T-341/12, EU:T:2015:51, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 46 Er is dus een zekere mate van overlapping van het onderzoek van de voorwaarde in verband met de spoedeisendheid met het onderzoek van de vraag of de litigieuze informatie moet worden geacht te worden bestreken door de geheimhoudingsplicht, dat in het kader van een kortgedingprocedure tot het onderzoek van de *fumus boni juris* behoort.
- 47 In die omstandigheden kan de enkele stelling, die overigens geenszins is gestaafd, dat de informatie die openbaar zou worden gemaakt, onder de geheimhoudingsplicht valt, niet volstaan om de premisse aan te tonen dat deze informatie onder de geheimhoudingsplicht valt, omdat anders het risico bestaat dat tot een onjuiste analyse van de spoedeisendheid wordt gekomen.
- 48 Bijgevolg kan, anders dan in de zaken die hebben geleid tot de beschikkingen [van de vicepresident van het Hof] van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], en 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie (C-162/15 P-R, EU:C:2016:142), bij de analyse van de spoedeisendheid in de onderhavige zaak niet worden uitgegaan van de premisse dat de litigieuze informatie wordt bestreken door de geheimhoudingsplicht.”
- 5 In de punten 48 tot en met 81 van de bestreden beschikking heeft de president van het Gerecht aldus onderzocht of rekwirantes erin waren geslaagd de spoedeisendheid van hun verzoek aan te tonen, waardoor de toekenning van voorlopige maatregelen gerechtvaardigd zou zijn. Daartoe heeft hij de drie oorzaken van de schade onderzocht die rekwirantes stelden te zullen lijden indien de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit niet zou worden opgeschort, te weten de in de punten 54 tot en met 67 van die beschikking onderzochte schade als gevolg van de aantasting van hun reputatie en van het risico te worden geconfronteerd met schadevorderingen, alsmede de in de punten 68 tot en met 81 van die beschikking onderzochte schade als gevolg van het risico dat hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte wordt ondermijnd, daar de eventuele nietigverklaring van het besluit stroomkabels geen „volle werking” zou hebben.
- 6 In het kader van het onderzoek van deze derde schadeoorzaak heeft de president van het Gerecht in de punten 69 tot en met 78 van de bestreden beschikking het argument van rekwirantes onderzocht dat het voor de inachtneming van hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte noodzakelijk was dat opschorting van de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit werd gelast tot de rechtmatigheid van de inbeslagneming van de litigieuze informatie zou zijn getoetst. Vervolgens heeft hij, ten overvloede, in de punten 79 tot en met 81 van die beschikking het volgende overwogen:
- „79 Hoe dan ook dient in herinnering te worden gebracht dat blijkens de rechtspraak van het Hof de stelling dat schade per definitie ernstig en onherstelbaar is wanneer zij raakt aan de grondrechten, niet kan worden aanvaard aangezien het niet voldoende is om in abstracto een schending van grondrechten aan te voeren om aan te tonen dat de schade die hieruit zou kunnen voortvloeien, noodzakelijkerwijs ernstig en onherstelbaar is. Dat het Verdrag van Lissabon zou leiden tot een betere bescherming van de grondrechten, doet geen afbreuk aan deze rechtspraak, aangezien deze rechten, en met name het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, dat in casu wordt aangevoerd, reeds vóór de inwerkingtreding van dat Verdrag werden beschermd door het Unierecht [zie in die zin beschikking [van de vicepresident van het Hof] van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group, C-278/13 P(R), EU:C:2013:558, punt 40].
- 80 Weliswaar kan de schending van bepaalde grondrechten, zoals het in artikel 4 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen, wegens de aard zelf van het geschonden recht op zich ernstige en onherstelbare schade meebrengen, maar dat neemt niet weg dat de partij die om een voorlopige maatregel verzoekt, [...] nog steeds dient uiteen te zetten en aan te tonen dat in haar bijzondere geval waarschijnlijk een dergelijke schade zal ontstaan [beschikking [van de vicepresident van het Hof] van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group, C-278/13 P(R), EU:C:2013:558, punt 41].

81 In casu tonen [rekwirantes] niet aan dat de schade die voor hen concreet het gevolg zou zijn van de vermeende schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, is te onderscheiden van de schade die het gevolg zou zijn van het feit dat zij geconfronteerd worden met een aantasting van hun reputatie en met schadevorderingen, waarvan het onderzoek heeft geresulteerd in de slotsom in de punten 62 en 67 hierboven dat [rekwirantes] niet hadden aangetoond dat de schade die zij stellen te hebben geleden, ernstig was.”

7 Op basis van dit onderzoek heeft de president van het Gerecht het verzoek in kort geding van rekwirantes afgewezen en zijn beschikking van 12 juli 2017 ingetrokken.

Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

8 Met hun hogere voorziening verzoeken rekwirantes het Hof:

- de bestreden beschikking te vernietigen;
- opschorting van de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit toe te kennen met betrekking tot de litigieuze informatie;
- de Commissie te gelasten geen versie van het besluit stroomkabels met de litigieuze informatie bekend te maken zolang het Gerecht geen uitspraak heeft gedaan op het eerste middel van het door rekwirantes in zaak T-449/14 ingestelde beroep;
- subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
- de Commissie te verwijzen in de kosten van de hogere voorziening en van de kortgedingprocedure voor het Gerecht.

9 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 31 januari 2018, hebben rekwirantes een verzoek in kort geding ingediend.

10 Overeenkomstig artikel 160, lid 7, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof is bij beschikking van de vicepresident van het Hof van 2 februari 2018, Nexans France en Nexans/Commissie [C-65/18 P(R)-R, niet gepubliceerd, EU:C:2018:62], die is vastgesteld zonder dat andere partijen in de procedure waren gehoord, de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit opgeschort en de Commissie gelast geen niet-vertrouwelijke versie van het besluit stroomkabels met daarin de in de punten 7 en 8 van het litigieuze besluit genoemde gegevens bekend te maken, tot de vaststelling van de beschikking die het eerst van beide wordt gegeven, ofwel die waarbij de kortgedingprocedure wordt beëindigd ofwel die waarbij uitspraak wordt gedaan over de onderhavige hogere voorziening.

11 In haar memorie van antwoord, neergelegd ter griffie van het Hof op 6 maart 2018, verzoekt de Commissie:

- de hogere voorziening af te wijzen;
- subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht;
- meer subsidiair, het verzoek in kort geding af te wijzen, en
- rekwirantes te verwijzen in de kosten die in de onderhavige procedure voor het Gerecht en voor het Hof zijn gemaakt.

Hogere voorziening

- 12 De hogere voorziening steunt op twee middelen, elk gebaseerd op een onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht, doordat het, ten eerste, heeft geweigerd uit te gaan van de premisse dat de litigieuze informatie onder de geheimhoudingsplicht viel en, ten tweede, het recht van rekwirantes op een doeltreffende voorziening in rechte verkeerd heeft beoordeeld.

Eerste middel

- 13 Tot staving van hun eerste middel van de hogere voorziening betogen rekwirantes dat het Gerecht in de punten 33 tot en met 37 van de bestreden beschikking ten onrechte heeft vastgesteld dat de onderhavige procedure zich onderscheidt van de zaken die hebben geleid tot de beschikkingen van de vicepresident van het Hof van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], en 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie (C-162/15 P-R, EU:C:2016:142), waarin de kortgedingrechter zijn analyse had gebaseerd op de premisse dat de informatie die in die zaken aan de orde was, vertrouwelijk was. Net zoals de rekwirantes in die zaken, hebben rekwirantes in de onderhavige zaak in hun beroep tot nietigverklaring immers de beoordeling van de Commissie betwist dat de litigieuze informatie niet onder de geheimhoudingsplicht viel, en ook al hebben zij daartoe niet beweerd dat deze informatie zakengeheimen vormde, hebben zij niettemin omstandig gesteld dat deze informatie vertrouwelijk van aard was en derhalve ingevolge de in de rechtspraak van het Hof en het Gerecht geformuleerde criteria onder de geheimhoudingsplicht diende te vallen. Anders dan de president van het Gerecht in de punten 46 en 47 van de bestreden beschikking heeft geoordeeld, had bovendien de omstandigheid dat deze kwestie en het onderzoek van de voorwaarde van *fumus boni juris* elkaar overlappen, hem niet moeten beletten om uit te gaan van deze premisse.
- 14 Ter afdoening van dit middel moet eraan worden herinnerd dat artikel 156, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt dat verzoeken in kort geding een duidelijke omschrijving moeten bevatten van het voorwerp van het geschil en 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. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen de opschorting van de tenuitvoerlegging en de andere voorlopige maatregelen dus worden toegekend door de kortgedingrechter indien vaststaat dat zij op het eerste gezicht feitelijk en rechtens gerechtvaardigd voorkomen (*fumus boni juris*) en spoedeisend zijn in die zin dat het ter voorkoming van een ernstige en onherstelbare aantasting van de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing op het beroep ten gronde worden gelast en effect sorteren. Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat een verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen wanneer aan een van deze voorwaarden niet wordt voldaan. De kortgedingrechter kan eventueel ook de betrokken belangen afwegen [zie met name beschikkingen van de vicepresident van het Hof van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group, C-278/13 P(R), EU:C:2013:558, punt 35, en 4 oktober 2017, Wall Street Systems UK/ECB, C-576/17 P(R)-R, niet gepubliceerd, EU:C:2017:735, punten 22 en 23].
- 15 In dit verband heeft het Gerecht in punt 46 van de bestreden beschikking terecht overwogen, in essentie, dat wanneer moet worden beoordeeld of het spoedeisend is dat voorlopige maatregelen worden toegekend teneinde de openbaarmaking van vermeend vertrouwelijke informatie te beletten, deze beoordeling en het onderzoek van het bestaan van de *fumus boni juris* in verband met de vertrouwelijkheid van die gegevens, waarop de partij die deze maatregelen vraagt zich beroept, elkaar in een zekere mate overlappen.
- 16 Zoals rekwirantes overigens zelf aanvoeren, is in punt 38 van de beschikking van de vicepresident van het Hof van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], waarin de schade die Pilkington aanvoerde, teweeg zou zijn gebracht door de openbaarmaking van de vermeend vertrouwelijke informatie, immers geoordeeld dat de president van het Gerecht bij de

beoordeling van het bestaan van ernstige en onherstelbare schade, noodzakelijkerwijs, overeenkomstig hetgeen Pilkington daarover stelde, diende uit te gaan van de premisse dat de informatie waarvan werd gesteld dat zij vertrouwelijk was, dat ook daadwerkelijk was.

- 17 In datzelfde punt 38 heeft de vicepresident van het Hof echter tevens gepreciseerd dat het in aanmerking nemen van een dergelijke premisse niet vooruitliep op het onderzoek van de fumus boni juris, dat gekoppeld is aan de beoordeling van het bestaan van ernstige en onherstelbare schade, maar er tegelijkertijd van dient te worden onderscheiden.
- 18 In punt 45 van de beschikking van de president van het Gerecht van 11 maart 2013, Pilkington Group/Commissie (T-462/12 R, EU:T:2013:119), waartegen een hogere voorziening was ingesteld, die heeft geleid tot de beschikking van de vicepresident van het Hof van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], had de president van het Gerecht zelf uitdrukkelijk gepreciseerd dat het bestaan van ernstige en onherstelbare schade in die zaak was vastgesteld onder het voorbehoud van een onderzoek of was voldaan aan de voorwaarde inzake de fumus boni juris. Pas nadat de president van het Gerecht in de punten 67 tot en met 72 van die eerste beschikking had onderzocht of deze voorwaarde inzake de fumus boni juris was vervuld – welk onderzoek overigens niet in twijfel was getrokken in de hogere voorziening – had hij daadwerkelijk kunnen uitgaan van de premisse dat de betrokken informatie vertrouwelijk was, teneinde de gevraagde voorlopige maatregelen te kunnen toekennen.
- 19 Dit was ook het geval in de zaak die heeft geleid tot de beschikking van de vicepresident van het Hof van 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie (C-162/15 P-R, EU:C:2016:142), waarin de vicepresident van het Hof was aangezocht met een verzoek in kort geding dat samenhang met een hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht. In deze zaak had de kortgedingrechter – alvorens in punt 85 van die beschikking te beslissen dat ter beoordeling van de spoedeisendheid in de onderhavige zaak moest worden uitgegaan van de premisse dat de in die zaak aan de orde zijnde informatie onder de geheimhoudingsplicht viel – in punt 84 van die beschikking opgemerkt dat het niet alleen zo was dat de rekwirante in die zaak in het kader van haar hogere voorziening was opgekomen tegen de beoordeling van het Gerecht dat die informatie geen zakengeheimen betrof en evenmin onder de geheimhoudingsplicht viel, maar dat tevens uit een prima-facieonderzoek van de argumenten die ter onderbouwing van de ter zake dienende middelen in hogere voorziening waren aangevoerd, niet kon worden geconcludeerd dat die informatie kennelijk niet vertrouwelijk was.
- 20 In zijn beschikking van 14 januari 2016, AGC Glass Europe e.a./Commissie (C-517/15 P-R, EU:C:2016:21), kon de vicepresident van het Hof, eveneens aangezocht met een verzoek in kort geding dat samenhang met een hogere voorziening tegen het arrest van het Gerecht van 15 juli 2015, AGC Glass Europe e.a./Commissie (T-465/12, EU:T:2015:505), daarentegen niet uitgaan van diezelfde premisse, zoals volgt uit punt 33 van die beschikking, aangezien het Gerecht in de zaak die tot die beschikking had geleid, in de punten 22 tot en met 54 van dat arrest het zesde middel had onderzocht en afgewezen, dat de rekwirantes in die zaak ter ondersteuning van hun beroep tot nietigverklaring hadden aangevoerd, in het kader waarvan zij de beoordeling van de raadadviseur-auditeur betwistten dat de in die zaak aan de orde zijnde informatie geen zakengeheimen vormde en dat de door rekwirantes ingestelde hogere voorziening niet was gericht tegen dat deel van dat arrest, zodat moest worden aangenomen dat definitief was geoordeeld dat deze informatie geen zakengeheimen vormde.
- 21 Dus alleen wanneer, ten eerste, de verzoeker in kort geding stelt dat de informatie waarvan hij voorlopig de openbaarmaking wil beletten, een zakengeheim vormt of anderszins onder de geheimhoudingsplicht valt, en, ten tweede, deze stelling voldoet aan de voorwaarde van de fumus boni juris, is de kortgedingrechter in beginsel in het kader van zijn onderzoek van de voorwaarde inzake de spoedeisendheid gehouden om uit te gaan van de premisse dat deze informatie een zakengeheim is respectievelijk onder de geheimhoudingsplicht valt.

- 22 Anders dan rekwirantes lijken te betogen, volstaat het dus niet, om voorlopige maatregelen toegewezen te krijgen, dat zij hebben gesteld dat de informatie die openbaar zou worden gemaakt, vertrouwelijk is, wanneer een dergelijke stelling niet voldoet aan de voorwaarde van de *fumus boni juris*. In casu blijkt uit de punten 37 tot en met 46 van de bestreden beschikking dat de stelling van rekwirantes dat de litigieuze informatie vertrouwelijk is, niet voldeed aan de voorwaarde van de *fumus boni juris*.
- 23 In dit verband moet worden opgemerkt dat, zoals de president van het Gerecht in punt 21 van de bestreden beschikking in herinnering brengt, de kortgedingrechter in het kader van het algehele onderzoek van alle cumulatieve voorwaarden waaraan de toekenning van een opschorting van de tenuitvoerlegging en andere voorlopige maatregelen moet voldoen, over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt en hij, in het licht van de bijzonderheden van de zaak, vrij kan bepalen hoe en in welke volgorde deze verschillende voorwaarden moeten worden onderzocht, aangezien geen enkele rechtsregel hem voor de beoordeling van de noodzaak van voorlopige maatregelen een vooraf vastgesteld onderzoekschema voorschrijft [beschikking van 19 juli 2012, Akhras/Raad, C-110/12 P(R), niet gepubliceerd, EU:C:2012:507, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak].
- 24 In casu heeft de president van het Gerecht er in punt 23 van de bestreden beschikking op gewezen dat hij in de eerste plaats bedoelt te onderzoeken of is voldaan aan de voorwaarde inzake de spoedeisendheid. In het kader van zijn onderzoek heeft hij echter in de punten 37 tot en met 46 van die beschikking een analyse gemaakt van de gegrondheid van de stellingen van rekwirantes over de vraag of de litigieuze informatie onder de geheimhoudingsplicht viel, zonder daaruit expliciet conclusies te trekken over de vraag of deze stellingen al dan niet voldoen aan de voorwaarde van de *fumus boni juris*.
- 25 Ondanks een weinig coherente analysestructuur, blijkt niettemin met voldoende helderheid uit de bestreden beschikking dat de president van het Gerecht heeft vastgesteld dat in casu de stelling van rekwirantes dat die informatie vertrouwelijk was, niet voldeed aan de voorwaarde van de *fumus boni juris*.
- 26 In dit verband heeft de president van het Gerecht in punt 42 van de bestreden beschikking, ten eerste, met name de rechtspraak van het Hof in herinnering gebracht, volgens welke informatie die geheim of vertrouwelijk is geweest, maar minstens vijf jaar oud is, door het verstrijken van die periode in beginsel als niet meer actueel moet worden aangemerkt en daardoor wordt geacht niet langer geheim of vertrouwelijk te zijn, tenzij de partij die aanvoert dat de informatie nog steeds geheim of vertrouwelijk is, bij wijze van uitzondering aantoont dat deze informatie ondanks de ouderdom ervan nog steeds een wezenlijk onderdeel van haar commerciële positie of van die van een betrokken derde is. Deze overwegingen, die tot een weerlegbaar vermoeden leiden, gelden zowel in de context van verzoeken tot vertrouwelijke behandeling ten aanzien van interveniënten in het kader van beroepen bij de Unierechter, als in de context van verzoeken tot vertrouwelijke behandeling met het oog op de bekendmaking door de Commissie van een beschikking houdende vaststelling van een inbreuk op het mededingingsrecht (arrest van 14 maart 2017, Evonik Degussa/Commissie, C-162/15 P, EU:C:2017:205, punt 64).
- 27 Ten tweede heeft de president van het Gerecht in punt 43 van de bestreden beschikking overwogen dat in casu de litigieuze informatie was verzameld tijdens de inspectie in 2009 door de diensten van de Commissie en dat rekwirantes niet hadden getracht te bewijzen waarom de litigieuze informatie naar haar aard, niettegenstaande het tijdsverloop, nog steeds geheim of vertrouwelijk is.
- 28 Zelfs op enkel deze grondslag kon de president van het Gerecht terecht aannemen dat niet was voldaan aan de voorwaarde van de *fumus boni juris*. Bijgevolg zijn de andere gronden van de bestreden beschikking, die zijn vervat in de punten 37 tot en met 41 en 44 tot en met 46 ervan en ertoe strekken elke vertrouwelijkheid van die informatie uit te sluiten, ten overvloede geformuleerd.

- 29 In het kader van hun hogere voorziening hebben rekwirantes enkel bezwaar gemaakt tegen deze laatste punten van de bestreden beschikking, zonder de vaststelling in punt 43 ervan te betwisten, zodat de door rekwirantes tegen deze gronden aangevoerde argumenten moeten worden afgewezen als niet ter zake dienend.
- 30 Bijgevolg heeft de president van het Gerecht geen blijk gegeven van onjuiste rechtsopvattingen door vast te stellen dat de onderhavige zaak zich onderscheidt van de zaken die hebben geleid tot de beschikkingen van de vicepresident van het Hof van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group [C-278/13 P(R), EU:C:2013:558], en 2 maart 2016, Evonik Degussa/Commissie (C-162/15 P-R, EU:C:2016:142).
- 31 Om die redenen is het eerste middel van de hogere voorziening ongegrond.

Tweede middel

- 32 Met het tweede middel van hun hogere voorziening betwisten rekwirantes de beoordeling van president van het Gerecht in de punten 68 tot en met 81 van de bestreden beschikking, op grond waarvan hij hun argument heeft afgewezen dat het litigieuze besluit hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte schendt.
- 33 Daartoe heeft de president van het Gerecht, ten eerste, in de punten 69 tot en met 78 van die beschikking het argument van rekwirantes onderzocht en afgewezen dat het noodzakelijk was, teneinde hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte in acht te nemen, de opschorting van de tenuitvoerlegging van het litigieuze besluit te gelasten tot de rechtmatigheid van de inbeslagneming van de litigieuze informatie zou zijn getoetst. Ten tweede en ten overvloede heeft de president van het Gerecht in de punten 79 tot en met 81 van die beschikking overwogen dat rekwirantes hoe dan ook niet hadden aangetoond dat de schade die concreet voor hen zou voortvloeien uit de vermeende schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, kon worden onderscheiden van de schade die zou voortvloeien uit het feit dat zij werden geconfronteerd met een aantasting van hun reputatie en met schadevorderingen, terwijl het bestaan van deze tweede schade door hem in de punten 62 en 67 van die beschikking was afgewezen.
- 34 Rekening gehouden met de structuur van de redenering van de president van het Gerecht, moet derhalve allereerst worden nagegaan of rekwirantes er in hun hogere voorziening in zijn geslaagd aan te tonen dat hij blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in de punten die in zijn motivering ten overvloede zijn geformuleerd.
- 35 Dit is echter niet het geval.
- 36 Voor zover om te beginnen rekwirantes betogen dat de vermeende schending van hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte hun op zich ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen, kan immers worden volstaan met op te merken, zoals de Commissie heeft gedaan en zoals de president van het Gerecht in punt 79 van de bestreden beschikking in herinnering heeft gebracht – tegen welk punt rekwirantes niet zijn opgekomen in hun hogere voorziening –, dat de stelling dat schade per definitie ernstig en onherstelbaar is wanneer zij raakt aan de grondrechten, niet kan worden aanvaard, aangezien het niet voldoende is om in abstracto een schending van grondrechten aan te voeren om aan te tonen dat de schade die hieruit zou kunnen voortvloeien, noodzakelijkerwijs ernstig en onherstelbaar is [beschikking van de vicepresident van het Hof van 10 september 2013, Commissie/Pilkington Group, C-278/13 P(R), EU:C:2013:558, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

- 37 Wat vervolgens het argument van rekwirantes betreft dat de openbaarmaking van de litigieuze informatie aan rekwirantes ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen die voortvloeit uit schadevorderingen als gevolg van die openbaarmaking, moet worden opgemerkt dat deze schadeoorzaak is onderzocht door de president van het Gerecht, die in de punten 60 en 61 van de bestreden beschikking heeft geoordeeld dat, gesteld al dat het litigieuze besluit de beslissende oorzaak van de gestelde schade zou zijn en dat deze financiële schade onherstelbaar zou zijn, rekwirantes geen gegevens hadden verstrekt waarmee kon worden aangetoond dat de schade waarvan zij stellen dat deze reëel was, ernstig was.
- 38 Hetzelfde geldt met betrekking tot de schade die zou voortvloeien uit een aantasting van de reputatie van rekwirantes. In punt 67 van die beschikking was de president van het Gerecht immers tevens tot de slotsom gekomen dat rekwirantes geen enkel gegeven hadden aangedragen op basis waarvan kon worden vastgesteld of en in welke mate de bekendmaking van het besluit stroomkabels als gevolg van het litigieuze besluit de aantasting van hun reputatie zou kunnen verergeren.
- 39 Derhalve heeft de president van het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 81 van de bestreden beschikking te verwijzen naar de conclusies waartoe hij in de punten 62 en 67 van die beschikking was gekomen teneinde het argument van rekwirantes af te wijzen dat de schending van hun recht op een doeltreffende voorziening in rechte hun ernstige schade had berokkend als gevolg van de aantasting van hun reputatie en van het risico te worden geconfronteerd met schadevorderingen.
- 40 Wat ten slotte het argument van rekwirantes betreft dat punt 81 van de bestreden beschikking ten onrechte berust op de vaststelling dat de „beslissende oorzaak” van elk van de schadeoorzaken niet de openbaarmaking van de litigieuze informatie was, maar de onderliggende inbreuk die was vastgesteld in het besluit stroomkabels – aangezien, indien deze nietig zou worden verklaard, de beslissende schadeoorzaak niet dat besluit zou zijn maar de openbaarmaking van de litigieuze informatie op zich – kan worden volstaan met vast te stellen dat rekwirantes geen enkel gegeven hebben aangedragen op basis waarvan kan worden begrepen waarom, gesteld al dat hun argument gegrond is, dit zou afdoen aan de beslissing van de president van het Gerecht dat rekwirantes geen toereikende gegevens hadden verstrekt om aan te tonen dat de vermeende schade als gevolg van de aantasting van hun reputatie en van het risico te worden geconfronteerd met schadevorderingen, ernstig was.
- 41 Daaruit volgt dat aangezien de president van het Gerecht in punt 81 van de bestreden beschikking geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, de argumenten ter ondersteuning van het onderhavige middel die zijn gericht tegen de punten 68 tot en met 78 van die beschikking, gelet op de gronden in de punten 33 en 34 van de onderhavige beschikking, moeten worden beschouwd niet ter zake dienend te zijn.
- 42 Daar het tweede middel van de hogere voorziening evenmin gegrond is, dient de hogere voorziening in haar geheel te worden afgewezen.

Kosten

- 43 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat ingevolge artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.
- 44 Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten die zijn gemaakt in de onderhavige hogere voorziening en in de kortgedingprocedure in zaak C-65/18 P(R)-R.

De vicepresident van het Hof beschikt:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **Nexans France SAS en Nexans SA worden verwezen in de kosten van de onderhavige hogere voorziening en van de kortgedingprocedure in zaak C-65/18 P(R)-R.**

ondertekeningen