FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 15. december 1993 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. I denne sag har en nederlandsk producent af elektricitet appelleret en dom, hvorved Retten i Første Instans ikke gav producenten medhold i dennes påstand om annullation af en beslutning fra Kommissionen om at kræve, at producenten skulle fremlægge visse dokumenter for Kommissionen. Sagen rejser et vigtigt spørgsmål. Spørgsmålet i sig selv er ligetil, men er blevet stærkt kompliceret af sagens forløb.

Sagens baggrund

2. Appellanten er NV Samenwerkende Elektriciteits-produktiebedrijven (herefter benævnt »SEP«). Som navnet viser, har SEP form af et *naamloze vennootschap* (et offentligt aktieselskab efter nederlandsk ret). Ifølge den appellerede dom er SEP en sammenslutning af fire offentlige virksomheder, som producerer elektricitet i Nederlandene. Parterne er uenige om, hvorvidt SEP er privatejet eller en statsvirksomhed, men argumentationen er delvis forløbet på grundlag af, at det er privat. Det er ikke omtvistet, at SEP har en lovbestemt forpligtelse til at tilstræbe at producere elektricitet til den lavest mulige pris for forbrugeren under hensyntagen til forsyningssikkerheden.

3. I Nederlandene produceres 50% af elektriciteten ved hjælp af naturgas. SEP's vigtigste leverandør af naturgas er NV Nederlandse Gasunie (herefter benævnt »Gasunie«), som *de facto* har monopol på levering af naturgas i Nederlandene. Det fremgår, at al naturgas, der udvindes fra nederlandsk område, skal tilbydes Gasunie til salg. Gasunie er et blandet selskab i den forstand, at 50% af dets aktiekapital ejes af den nederlandske stat og 50% af olieselskaberne Shell og Esso. Dets større salgspolitiske beslutninger skal godkendes af det nederlandske Økonomiministerium.

4. Den 16. juni 1989 indgik SEP en kontrakt om levering af gas med en norsk virksomhed ved navn Statoil. Jeg vil kalde denne kontrakt »Statoil-kontrakten«. Statoil havde aldrig tidligere opnået adgang til det nederlandske gasmarked, og SEP havde aldrig tidligere indgået en sådan kontrakt med andre end Gasunie, som dog fortsat er SEP's vigtigste leverandør.

* Originalsprog: engelsk.

5. Indgåelsen af Statoil-kontrakten foranledigede Gasunie til at forhandle en »samarbejdsaftale« med SEP. Forhandlingerne begyndte i andet kvartal af 1989, og den endelige version af aftalen blev indgået den 9. april 1990. Henimod slutningen af 1989 fik Kommissionen kendskab til Statoil-kontrakten og til forhandlingerne mellem SEP og Gasunie. Kommissionen indledte en undersøgelse med henblik på at fastslå, om aftalerne mellem SEP og Gasunie var forenelige med EØF-traktatens konkurrenceregler.

6. Den 6. marts 1990 anmodede Kommissionen SEP om at forelægge den visse dokumenter, herunder samarbejdsaftalen og Statoil-kontrakten. Anmodningen blev fremsat i henhold til artikel 11, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 [1], som bemyndiger Kommissionen til at »indhente alle fornødne oplysninger fra medlemsstaternes regeringer og kompetente myndigheder samt fra virksomheder og sammenslutninger af virksomheder«. Som svar tilsendte SEP den 9. april 1990 Kommissionen den endelige version af den samarbejdsaftale, der var indgået mellem SEP og Gasunie, sammen med et tidligere udkast til aftalen, men det nægtede at sende Statoil-kontrakten. Det gjorde gældende, at kontrakten intet havde at gøre med samarbejdsaftalen, men det påberåbte sig ikke på dette trin, at den var fortrolig.

7. Efter yderligere brevveksling mellem SEP og Kommissionen udstedte sidstnævnte den 2. august 1990 den anfægtede beslutning i henhold til artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17. Beslutningen gik ud på, at SEP inden ti dage skulle tilsende Kommissionen Statoil-kontrakten og korrespondancen vedrørende denne. I en skrivelse af 16. august 1990 fastholdt SEP sit afslag på at fremlægge Statoil-kontrakten og påberåbte sig for første gang, at kontrakten var fortrolig. Det tilbød også at forklare sin holdning under et personligt møde med Kommissionens generaldirektør for konkurrence. Ved skrivelse af 30. august 1990 afslog Kommissionen dette tilbud og erklærede, at Statoil-kontraktens fortrolige karakter ikke kunne berettige SEP's nægtelse af at udlevere den til Kommissionen, som var forpligtet til at respektere forretningshemmeligheder i henhold til artikel 20 i forordning nr. 17. Artikel 20, stk. 1 og 2, har spillet en nøglerolle i denne tvist, og den bør her gengives i sin fulde ordlyd. Artiklen bestemmer følgende:

»1. De oplysninger, som er indhentet i medfør af bestemmelserne i artikel 11, 12, 13 eller 14, må kun bruges til det med undersøgelsen eller kontrollen tilsigtede formål.

2. Med forbehold af bestemmelserne i artikel 19 og 21 er Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder samt deres tjenestemænd og øvrige ansatte forpligtede til ikke at videregive oplysninger om forhold, som de i medfør af denne forordning får kendskab til, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt.«

8. I en skrivelse af 12. september 1990 gjorde SEP det klart, at det ville rejse spørgsmålet om fortrolighed, fordi det var selskabet

1 — EFT 1959-1962, s. 81.

magtpåliggende, at bestemmelserne i Statoil-kontrakten ikke skulle blive meddelt den nederlandske regering, som var Gasunie's største aktionær. Dette ville imidlertid sandsynligvis ske, hvis kontrakten blev sendt til Kommissionen, da Kommissionen ville have pligt til at sende en kopi af den til de nederlandske konkurrencemyndigheder i henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17, hvorefter Kommissionen »fremsender ... til medlemsstaternes kompetente myndigheder afskrift af ... de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen med henblik på konstatering af overtrædelser af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller 86«. I samme skrivelse tilbød SEP at forevise Statoil-kontrakten for Kommissionen på betingelse af, at der ikke blev taget en kopi af den; Kommissionen ville så indse, at det ikke var nødvendigt for den at undersøge Statoil-kontrakten for at vurdere den mellem SEP og Gasunie indgåede samarbejdsaftale.

9. I en skrivelse af 24. september 1990 afslog Kommissionen dette tilbud med den begrundelse, at det ikke opfyldte betingelserne i artikel 11 i forordning nr. 17. Kommissionen udtalte også i denne skrivelse, at samme forordnings artikel 10 gav den et tilstrækkeligt vidt skøn med hensyn til oversendelse af dokumenter til medlemsstaterne, og at den ikke ville have nogen grund til at sende dem Statoil-kontrakten, såfremt kontraktens opfyldelse, som SEP hævdede, ikke kunne blive påvirket af samarbejdsaftalen.

Retsforhandlingernes forløb

10. Den 26. september 1990 anlagde SEP sag ved Retten i Første Instans med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 2. august 1990. Dette søgsmål blev registreret som sag T-39/90. På samme dato fremsatte det også begæring om foreløbige forholdsregler i form af udsættelse af beslutningens gennemførelse. Præsidenten for Retten i Første Instans afsagde den 21. november 1990 kendelse om, at begæringen om foreløbige forholdsregler ikke toges til følge. Ved beslutning af 26. november 1990 pålagde Kommissionen i henhold til artikel 11, stk. 5, og artikel 16, stk. 1, litra c), i forordning nr. 17 en tvangsbøde på 1 000 ECU for hver dags forsinkelse med at efterkomme beslutningen af 2. august 1990. SEP sendte derpå Statoil-kontrakten til Kommissionen og forbeholdt sig udtrykkeligt alle rettigheder.

11. Den 14. december 1990 appellerede SEP præsidenten for Retten i Første Instans' kendelse til Domstolen. På samme dato fremsatte SEP også for Domstolen begæring om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning af 2. august 1990. Subsidiært nedlagde SEP påstand om, at Kommissionen pålagdes ikke at fremsende en kopi af Statoil-kontrakten til medlemsstaterne, før Retten havde truffet afgørelse i SEP's søgsmål vedrørende annullation af den anfægtede beslutning, eller indtil Domstolen havde afsagt dom i SEP's appelsag vedrørende den af Retten i Første Instans' præsident afsagte kendelse. Endelig indgav SEP den 23. januar 1991 endnu en appel mod den af Rettens præsident afsagte kendelse; under denne appel begærede det, at det pålagdes Kommissionen af returnere Statoil-kontrakten til selskabet.

12. Ved kendelse af 3. maj 1991 tog Domstolens præsident til efterretning, at SEP hævede appellen vedrørende begæringen om foreløbige forholdsregler, da Kommissionen havde forpligtet sig til ikke at meddele indholdet af Statoil-kontrakten til medlemsstaternes myndigheder, før Retten i Første Instans havde afsagt dom i SEP's annullationssøgsmål vedrørende den anfægtede beslutning. Retten frifandt sagsøgte i dette søgsmål ved dom af 12. december 1991 [2]. Denne dom er genstand for nærværende appel.

Den appellerede dom

13. For Retten i Første Instans påberåbte SEP sig tre anbringender: a) den anfægtede beslutning var i strid med artikel 11 i forordning nr. 17, b) den anfægtede beslutning indeholdt ikke en tilstrækkelig redegørelse for de grunde, den var baseret på, og c) den anfægtede beslutning var i strid med proportionalitetsprincippet.

14. Med hensyn til det første anbringende har SEP gjort gældende, at Statoil-kontrakten ikke var fornøden — i den i artikel 11 i forordning nr. 17 forudsatte betydning — for Kommissionens undersøgelse, hvis formål var at vurdere, om samarbejdsaftalen mellem SEP og Gasunie var forenelig med traktatens artikel 85. Ved at kræve at få kendskab til Statoil-kontrakten havde Kommissionen ændret formålet med sin undersøgelse. Ifølge SEP udførte Kommissionen en sektorundersøgelse af det nederlandske gasmarked; en sådan undersøgelse er omfattet af artikel 12 i forordning nr. 17.

15. SEP's andet anbringende var, at den anfægtede beslutning var utilstrækkeligt begrundet, fordi de grunde, som Kommissionen havde henvist til, ikke kunne berettige kravet om fremlæggelse af Statoil-kontrakten, for så vidt de ændrede undersøgelsens formål.

16. SEP's tredje anbringende var, at kravet om fremlæggelse af Statoil-kontrakten var i strid med proportionalitetsprincippet, fordi kontrakten var fortrolig. I henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17 ville Kommissionen være forpligtet til at sende en kopi af kontrakten til medlemsstaternes kompetente myndigheder. I Nederlandene var den kompetente myndighed Økonomiministeriets Generaldirektorat for Konkurrence. En anden afdeling i samme ministerium — Generaldirektoratet for Energi — var ansvarlig for fastlæggelsen af Gasunie's salgspolitik. SEP anførte, at deres forhandlingsposition som køber af naturgas ville blive forringet, hvis de personer, der var ansvarlige for at fastlægge deres hovedleverandørs (Gasunie) salgspolitik, var bekendt med de forretningsbetingelser, som deres alternative leverandør (Statoil) tilbød.

17. I sin dom af 12. december 1991 fastslog Retten i Første Instans, at ingen af SEP's tre anbringender kunne lægges til grund. Med hensyn til det første anbringende udtalte Retten, at genstanden for Kommissionens

2 — Sml. 1991 II, s. 1497.

undersøgelser hele tiden havde været forholdet mellem SEP og Gasunie, som var kulmineret i en aftale (samarbejdsaftalen), som blev mistænkt for at være i strid med traktatens artikel 85. Kommissionen var berettiget til at kræve ethvert dokument, som med rette kunne anses for at have forbindelse med den hævdede overtrædelse. Der var tilstrækkelig forbindelse mellem Statoil-kontrakten og samarbejdsaftalen, fordi de to aftaler var blevet indgået af SEP med to af dets leverandører af naturgas. Ud over det tidsmæssige sammenfald mellem de to aftaler havde SEP desuden erkendt, at Statoil-kontrakten havde foranlediget Gasunie til at forhandle samarbejdsaftalen. Statoil-kontrakten var »en fornøden oplysning« i den i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17 forudsatte betydning, da den udgjorde en del af den økonomiske sammenhæng, som samarbejdsaftalen indgik i.

18. Med hensyn til det andet anbringende bemærkede Retten i Første Instans, at der i Kommissionens anfægtede beslutning udtrykkeligt blev henvist til det nødvendige i at kende den økonomiske sammenhæng, hvori samarbejdsaftalen indgår, og at det var blevet anført, at et tidligere udkast til samarbejdsaftalen havde nævnt muligheden for, at Statoil's leverancer til SEP kunne være betinget af, at Gasunie godkendte disse. Retten fandt, at der var anført tilstrækkelig begrundelse for at formode, at der var en forbindelse mellem Statoil-kontrakten og samarbejdsaftalen.

19. Med hensyn til det tredje anbringende bemærkede Retten, at artikel 11 i forordning nr. 17 skal anvendes under iagttagelse af proportionalitetsprincippet; forpligtelsen til at fremkomme med oplysninger må derfor ikke udgøre en uforholdsmæssig byrde for den pågældende virksomhed i forhold til det, som undersøgelsen kræver. Retten fandt dog, at fremlæggelsen af Statoil-kontrakten ikke pålagde SEP en uforholdsmæssig byrde. Selv hvis Kommissionen sendte kontrakten til de nederlandske myndigheder i henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17, sikrede forordningens artikel 20, at kontrakten behandledes fortroligt, idet denne bestemmelse forpligter Kommissionen og de kompetente myndigheder i medlemsstaterne til ikke at videregive oplysninger om dokumenter, som er undergivet tavshedspligt.

SEP's appel

20. I sin appel har SEP anført otte særskilte anbringender fordelt i tre grupper svarende til de tre anbringender, som blev fremført for Retten i Første Instans. SEP's otte anbringender fremføres til støtte for to væsentlige postulater: For det første at fremlæggelsen af Statoil-kontrakten ikke var fornøden for Kommissionens undersøgelse af forholdet mellem SEP og Gasunie (anbringende 1-5); for det andet at fremlæggelsen af Statoil-kontrakten ville pålægge SEP en uforholdsmæssig byrde i betragtning af kontraktens fortrolige art og den åbenbare risiko for, at den ville falde i hænderne på dem, som bestemmer Gasunie's salgspolitik (anbringende 6-8).

Det første anbringende: Retten har fejlfortolket artikel 11 i forordning nr. 17 ved at antage, at kravet om »fornødenhed« blot indebærer en »forbindelse mellem begæringen om oplysninger og den formodede overtrædelse«

21. Jeg tror ikke, at dette anbringende kan tages til følge. Det er rigtigt, at der er visse passus i Rettens dom, som tyder på en for vid fortolkning af udtrykket »fornødne« i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17. Således henviser Retten f. eks. i præmis 29, sidste punktum, til »kravet om forbindelse mellem begæringen om oplysninger og den formodede overtrædelse« og udtaler, at dette krav er opfyldt, hvis begæringen »med føje kan anses for at stå i forbindelse med den formodede overtrædelse«. En blot forbindelse mellem et dokument og den formodede overtrædelse er ikke tilstrækkelig til at berettige en begæring om fremlæggelse af dokumentet; forbindelsen skal være således, at Kommissionen på tidspunktet for begæringen med rimelighed kunne formode, at dokumentet ville hjælpe den til at fastslå, om den formodede overtrædelse havde fundet sted.

22. I nærværende sag kan der imidlertid ikke være tvivl om, at forbindelsen mellem Statoil-kontrakten og samarbejdsaftalen er tilstrækkelig tæt til at berettige Kommissionens begæring. På dette punkt er de grunde, som Retten anfører i dommens præmis 31, overbevisende. Dér bemærkede Retten, at SEP var part i både Statoil-kontrakten og samarbejdsaftalen, og at den anden part i hvert tilfælde var en af dennes leverandører af naturgas. Retten bemærkede sig også det tidsmæssige sammenfald mellem kontrakten og aftalen, idet sidstnævnte var blevet indgået kort før førstnævnte. Retten fandt, at kontrakten derfor var fornøden for, at Kommissionen kunne bedømme den økonomiske sammenhæng, som aftalen indgik i.

23. Men det afgørende punkt er det, som Retten fremhæver i tredje afsnit af præmis 31: Nemlig at det — som SEP selv havde erkendt — var indgåelsen af Statoil-kontrakten, som fik Gasunie til at forhandle om samarbejdsaftalen med SEP. I betragtning af denne direkte forbindelse mellem kontrakten og aftalen kan jeg ikke se, hvordan det for alvor kan gøres gældende, at den ene ikke var relevant for en undersøgelse af den andens formodede ulovlighed.

Det andet anbringende: Rettens grunde for at antage, at artikel 11 i forordning nr. 17 ikke var blevet tilsidesat, er utilstrækkelige og ukorrekte

24. SEP har kritiseret Retten for at antage, at Kommissionen ikke var gået ud over genstanden for sin undersøgelse i den anfægtede beslutning. Ifølge SEP er Rettens ræsonnement mangelfuldt i adskillige henseender.

25. SEP har navnlig gjort gældende, at Retten så bort fra dets argument om, at Kommissionen i den anfægtede beslutning behandlede samarbejdsaftalen og Statoil-

kontrakten, som om de til sammen udgjorde genstanden for dens undersøgelse. Ifølge SEP havde Kommissionen erkendt dette i visse passus i dens indlæg for Retten.

26. SEP har henvist til præmis 27 i Rettens dom, hvori Retten bemærkede, at Kommissionen krævede Statoil-kontrakten fremlagt, fordi den var nødvendig for at vurdere samarbejdsaftalens lovlighed i betragtning af aftalens mulige virkning på kontrakten. Retten henviste herved til punkt 6 i den anfægtede beslutning. Ifølge SEP kan punkt 6 ikke give støtte for denne konstatering. SEP har navnlig gjort gældende, at Kommissionen heri anførte, at Statoil-kontrakten kunne være en aftale, der kunne påvirke konkurrencen inden for det fælles marked.

27. SEP har også gjort gældende, at Rettens dom var utilstrækkeligt begrundet, for så vidt Retten så bort fra, at Kommissionen skulle have godtgjort, at der var tale om fornødenhed, da den krævede Statoil-kontrakten forelagt. SEP har henvist til dommens præmis 28, hvori Retten antog, at den yderligere angivelse i den anfægtede beslutning af, at Statoil-kontrakten muligvis er ulovlig, på baggrund af den klare ordlyd af den indledende begæring om dokumenter og af den anfægtede beslutning »og Kommissionens forklaringer under retsmødet«, ikke kan indebære, at undersøgelsens genstand er ændret. Ifølge SEP kom Kommissionens forklaring under retsmødet for sent til at have nogen relevans som berettigelse for begæringen om fremlæggelse af Statoil-kontrakten.

28. Ifølge Kommissionen må dette anbringende forkastes, da den angår en vurdering af faktiske omstændigheder, som Retten i øvrigt gav fyldestgørende grunde for.

29. Dette anbringende er kompliceret og rejser adskillige spørgsmål, men de angår alle i det væsentlige definitionen af genstanden for Kommissionens undersøgelse. SEP's grundlæggende argument er, at Kommissionen har skabt uklarhed om genstanden for sin undersøgelse som følge af tvetydige erklæringer i sin oprindelige begæring om dokumenter (skrivelsen af 6.3.1990) og i den anfægtede beslutning.

30. Ifølge SEP er det ikke klart, om genstanden for undersøgelsen er samarbejdsaftalen alene eller både aftalen og Statoil-kontrakten, eller om Kommissionen er ved at udføre en sektorundersøgelse af det nederlandske gasmarked. Betydningen af dette punkt er, at når Kommissionen begærer oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, skal den i henhold til artikel 11, stk. 3, angive »formålet med begæringen«, hvilket naturligvis betyder, at den skal identificere den formodede overtrædelse af konkurrencereglerne. Oplysningernes fornødenhed må bedømmes i relation til det formål, der anføres i begæringen om oplysninger. Formålet må angives med rimelig præcision, ellers vil det være umuligt at afgøre, om oplysningerne er fornødne, og Retten vil blive forhindret i at udøve sin prøvelse. Med hensyn til det af SEP anførte om, at Kommissionen i virkeligheden udfører en sektorundersøgelse af det nederlandske gasmarked i henhold til artikel 12 i forordning nr. 17, er betydningen heraf, at Kommissionen som led i en sådan undersøgelse ikke er

nødsaget til at begrænse sin opmærksomhed til en speciel formodet overtrædelse.

31. Skønt Kommissionen nu hævder, at undersøgelsens genstand var samarbejdsaftalen mellem SEP og Gasunie, og at den kun begærede Statoil-kontrakten fremlagt på grund af det lys, som den kastede over den økonomiske sammenhæng, som samarbejdsaftalen indgik i, har den lejlighedsvis givet indtryk af, at Statoil-kontrakten, i stedet for at være af ren underordnet interesse, måske selv kunne være en tilsidesættelse af artikel 85.

32. I skrivelsen af 6. marts 1990, hvis genstand beskrives som »aftalen mellem SEP og Gasunie«, henviste Kommissionen således til denne aftale (samarbejdsaftalen) og til Statoil-kontrakten og anførte dernæst, at den ønskede oplysninger om begge aftaler, og at de begærede oplysninger skulle gøre det muligt for den at vurdere, om »aftalen (aftalerne)« [3] var forenelig med traktatens konkurrenceregler. Der blev skabt yderligere uklarhed ved punkt 6 i den anfægtede beslutning, hvori det udtrykkeligt hed, at Statoil-kontrakten kunne være en aftale, der kunne påvirke konkurrencen inden for det fælles marked.

3 — I dommens præmis 27 citerer Retten i Første Instans denne del af skrivelsen af 6.3.1990 og udtaler, at den fortolker ordet »aftalerne« som udelukkende en henvisning til aftalerne mellem SEP og Gasunie. Det synes dog klart, at Kommissionen henviste til samarbejdsaftalen og til Statoil-kontrakten.

33. I den appellerede doms præmis 27 og 28 erkendte Retten, at Kommissionen havde skabt en vis uklarhed om genstanden for sin undersøgelse, og bemærkede, at Kommissionen under retsmødet havde erkendt, at der var mulighed for misforståelse på grund af punkt 6 i den anfægtede beslutning. Retten fandt imidlertid, at Kommissionen havde gjort det tilstrækkelig klart, både i sin skrivelse af 6. marts 1990 og i den anfægtede beslutning, at hovedgenstanden for dens undersøgelse var samarbejdsaftalen mellem SEP og Gasunie, og at Statoil-kontrakten var af underordnet interesse, for så vidt den udgjorde en del af den økonomiske sammenhæng og kunne gøre det muligt for Kommissionen at vurdere samarbejdsaftalens virkninger på konkurrencen.

34. Jeg tror ikke, at det kan siges, at denne konklusion fra Retten i Første Instans var fejlagtig, eller at den ikke blev støttet af fyldestgørende grunde. Ganske vist er det tvivlsomt, om Retten med rette lod forstå (i tredje afsnit af præmis 28), at en afklaring af undersøgelsens genstand hensigtsmæssigt kunne gives af Kommissionen under retsmødet. Kommissionen skal gøre genstanden for sin undersøgelse klar i sin indledende begæring om dokumenter og i den formelle beslutning (hvis der foreligger en sådan) med begæring om fremlæggelse af dokumenter i henhold til artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17. Hvis undersøgelsens genstand ikke er klar på disse trin, vil den berørte virksomhed være ude af stand til at afgøre, om der er grundlag for at nægte at efterkomme den oprindelige begæring og for at anfægte den formelle beslutning for Retten i Første Instans. Det er ikke tilstrækkeligt at tilvejebringe en afklaring under retsmødet.

35. Men jeg tror ikke, at svagheden i Retten i Første Instans' ræsonnement er tilstrækkelig væsentlig til at berettige, at den appellerede dom ophæves. Selv uden den afklaring, som Kommissionen gav under retsforhandlingerne for Retten, var Retten berettiget til at anlægge det synspunkt, at det klart fremgik af ordlyden af skrivelsen af 6. marts 1990 og af den anfægtede beslutning, at Kommissionens undersøgelse hovedsagelig vedrørte samarbejdsaftalen mellem SEP og Gasunie, og at Statoil-kontrakten var af rent underordnet interesse.

Det tredje anbringende: Retten har med urette undladt at tage hensyn til SEP's argument om, at da Kommissionen havde erkendt, at den udførte en undersøgelse af det nederlandske gasmarked, skulle denne undersøgelse have været foretaget i henhold til artikel 12 — og ikke artikel 11 — i forordning nr. 17

36. SEP har gjort gældende, at Kommissionen i virkeligheden undersøger det nederlandske gasmarked generelt, snarere end forholdet mellem SEP og Gasunie. Den skulle derfor handle i henhold til artikel 12 i forordning nr. 17 og ikke artikel 11. Artikel 12, stk. 1, bemyndiger Kommissionen til »af virksomhederne i den pågældende erhvervssektor [at] kræve de oplysninger, som er fornødne til anvendelse af de i traktatens artikel 85 og 86 nedlagte principper samt til løsning af de opgaver, der er overladt Kommissionen«. Når den handler i henhold til artikel 12, skal Kommissionen stadig angive »retsgrundlaget for og formålet med« en begæring om oplysninger, fordi artikel 11, stk. 3, finder tilsvarende anvendelse i henhold til artikel 12, stk. 4. Den behøver dog ikke at henvise til en specifik formodet overtrædelse, men skal blot angive, at visse omstændigheder tyder på, at konkurrencen i den pågældende erhvervssektor er begrænset eller fordrejet (jf. artikel 12, stk. 1). Ved angiveligt at handle i henhold til artikel 11, når den i virkeligheden handler i henhold til artikel 12, handler Kommissionen — hvis jeg forstår SEP's argument korrekt — ulovligt.

37. Svagheden i dette argument er, at det er vanskeligt at se, hvilken fordel Kommissionen kunne få ved at skjule sin undersøgelses virkelige art på den hævdede måde. Tværtimod, dens undersøgelsesbeføjelser i henhold til artikel 12 i forordning nr. 17 er, om noget, mere vidtgående og mindre begrænsede end i henhold til artikel 11.

38. Det er naturligvis muligt, at Kommissionen kunne ønske at undersøge en specifik formodet overtrædelse i gasindustrien og samtidig foretage en generel undersøgelse af gasmarkedet. Hvis Kommissionen er i stand til at godtgøre, at den er berettiget til at have adgang til et dokument med det formål at undersøge den specifikke overtrædelse, kan jeg ikke se, hvordan den kan miste retten til at se dokumentet, fordi dokumentet også er relevant for den generelle undersøgelse. Jeg ville derfor forkaste dette anbringende.

Det fjerde anbringende: Retten har anvendt EØF-traktatens artikel 190 urigtigt ved at erklære, at Kommissionens beslutning var tilstrækkeligt begrundet

39. Dette anbringende behøver ikke at opholde os længe, da den ikke synes at rejse noget argument, som ikke blev fremført i forbindelse med det andet anbringende.

40. SEP har anført, at den anfægtede beslutning var baseret på en tvetydig begrundelse, for så vidt Kommissionen undlod at gøre det klart, om Statoil-kontrakten i sig selv var genstand for undersøgelsen, eller om den var af rent underordnet interesse som led i en undersøgelse af samarbejdsaftalens lovlighed. Følgelig er den anfægtede beslutning ifølge SEP i strid med traktatens artikel 190, da den ikke indeholder en fyldestgørende redegørelse for de grunde, som den er baseret på.

41. Det vil fremgå klart af, hvad jeg har sagt med hensyn til det andet anbringende, at mens jeg accepterer, at Kommissionen skabte en vis grad af uklarhed om undersøgelsens genstand, fremgik det klart af skrivelsen af 6. marts 1990 og af den anfægtede beslutning, at hovedgenstanden for Kommissionens undersøgelse var samarbejdsaftalen, og at Statoil-kontrakten var af underordnet interesse. Heraf følger, at den anfægtede beslutning ikke kan være utilstrækkeligt begrundet på den af SEP hævdede måde.

Det femte anbringende: Retten gav ikke tilstrækkelige grunde til at forkaste SEP's argument om, at den anfægtede beslutning ikke var tilstrækkeligt begrundet

42. Dette anbringende er blot en gentagelse af argumenter fremført under det fjerde anbringende, der — som jeg allerede har nævnt — er en gentagelse af argumenter fremført under det andet anbringende. Jeg anser det ikke for nødvendigt at fastslå for tredje gang, hvorfor jeg ikke er overbevist af disse argumenter.

Det sjette, syvende og ottende anbringende: Retten har tilsidesat eller misfortolket artikel 20 i forordning nr. 17 og har givet en ukorrekt begrundelse for den konklusion, at den anfægtede beslutning ikke var i strid med proportionalitetsprincippet

43. De sidste tre anbringender overlapper hinanden i væsentligt omfang, og jeg vil behandle dem under et. Deres fælles tema er, at den anfægtede beslutning var i strid med proportionalitetsprincippet, idet den pålagde SEP at fremlægge et fortroligt dokument for Kommissionen, som så ville blive videresendt til de kompetente nationale myndigheder, herunder det nederlandske Økonomiministeriums Generaldirektorat for Konkurrence; dokumentet ville således sandsynligvis falde i hænderne på tjenestemænd i Generaldirektoratet for Energi i samme ministerium, som er ansvarlige for at

fastlægge Gasunie's salgspolitik. SEP gør gældende, at de har en berettiget interesse i ikke at lade de personer, som bestemmer deres hovedleverandørs (Gasunie) salgspolitik, blive bekendt med ordlyden af en kontrakt, som SEP har indgået med en alternativ leverandør (Statoil).

44. Retten fandt, at risikoen for et sådant brud på tavshedspligten kunne udelukkes, fordi de nederlandske myndigheder, ligesom Kommissionen, ville være underlagt bestemmelserne i artikel 20 i forordning nr. 17. Ifølge Retten forbyder artikel 20 ikke blot de nederlandske myndigheder at videregive fortrolige dokumenter til personer uden for den pågældende tjenestegren, men også at lade dem cirkulere inden for den pågældende tjenestegren. Det ville således være forbudt tjenestemænd i Generaldirektoratet for Konkurrence at meddele indholdet af Statoil-kontrakten til tjenestemænd i Generaldirektoratet for Energi. Retten bemærkede også, at artikel 20 i forordning nr. 17 forbød de nationale myndigheder, som Statoil-kontrakten måtte blive tilsendt, at anvende oplysningerne i den til at fastlægge Gasunie's salgspolitik.

45. Med hensyn til den vægt, som SEP har lagt på den foreliggende sags særlige karakter, har Retten udtalt (i præmis 57), at det samme problem sandsynligvis ville opstå, hver gang Kommissionen indledte en undersøgelse af de forretningsmæssige forhold mellem en privat virksomhed og en offentlig virksomhed eller en halvoffentlig virksomhed; sådanne situationer, som meget ofte opstod i praksis, gav ikke Kommissionens undersøgelse en særlig karakter og kunne derfor ikke bevirke, at der skulle tages hensyn til særlige faktorer ved anvendelsen af forordning nr. 17.

46. Med hensyn til den hævdede mangel på administrative forskrifter til sikring af, at fortrolige oplysninger ikke cirkulerer mellem det nederlandske Økonomiministeriums forskellige direktorater, fandt Retten, at dette ikke berettigede den antagelse, at de nederlandske myndigheder ikke ville opfylde deres forpligtelser i henhold til artikel 20 i forordning nr. 17.

47. Retten konkluderede, at de begrænsninger, medlemsstaterne pålægges i medfør af artikel 20 vedrørende videregivelsen og anvendelsen af oplysninger, som er fremsendt i henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17, udgjorde en tilstrækkelig garanti for SEP. Heraf fulgte, at den anfægtede beslutning ikke, som hævdet af SEP, indebar en uforholdsmæssig risiko, hvorfor proportionalitetsprincippet ikke var tilsidesat (præmis 60).

48. SEP har på flere punkter kritiseret denne del af Rettens dom. For det første har det anført, at artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke indeholder det forbud, som Retten har indfortolket i bestemmelsen, hvad angår cirkulation af dokumenter inden for en national myndighed.

49. For det andet har SEP anført, at artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17, hvorefter de oplysninger, som er indhentet i medfør af bestemmelserne i artikel 11-14, kun må bruges til det med undersøgelsen eller kontrollen tilsigtede formål, simpelthen betyder, at de nationale myndigheder ikke må tage skridt mod den pågældende virksomhed på grundlag af de erhvervede oplysninger. Denne begrænsning kan ikke være til nytte for SEP, hvis anliggende ikke er, at de nederlandske myndigheder vil anvende oplysningerne til dette formål, men blot, at de vil have adgang til dem og uundgåeligt tage dem i betragtning, når de fastlægger Gasunie's salgspolitik.

50. For det tredje har SEP gjort gældende, at der er en selvmodsigelse i Rettens ræsonnement. I første del af dommens præmis 56 fortolker Retten artikel 20 i forordning nr. 17 således, at den forbyder én afdeling i en forvaltningsmyndighed at sende et dokument til en anden; i anden del af samme præmis antager Retten, at dokumentet lovligt kan komme til denne anden afdelings kundskab, men at dette ikke rejser noget problem, da det ville være forbudt den pågældende afdeling at gøre brug af dokumentet.

51. For det fjerde har SEP gjort gældende, at Retten med urette har fastslået, at det samme problem vil opstå, hver gang Kommissionens undersøgelse vedrører kommercielle forbindelser mellem en privat virksomhed og en offentlig virksomhed. Ifølge SEP vil problemet kun opstå, når den i forordning nr. 17 omhandlede kompetente myndighed er den samme som den myndighed, der fastlægger den offentlige virksomheds politik.

52. For det femte er Rettens dom utilstrækkeligt begrundet, fordi der ikke blev taget hensyn til SEP's argument om, at Kommissionen tilsidesatte proportionalitetsprincippet ved straks at kræve fremlæggelse af Statoil-kontrakten i stedet for først at stille spørgsmål til SEP.

53. For det sjette har SEP anført, at Rettens dom er utilstrækkeligt begrundet, fordi Retten med urette antog, at SEP's argument var baseret på en risiko for, at de nederlandske myndigheder ville bryde deres tavshedspligt. SEP har fremhævet, at dets argument var, at Statoil-kontrakten lovligt kunne falde i hænderne på tjenestemænd i Generaldirektoratet for Energi. I nederlandsk ret er der intet til hinder for, at tjenestemænd, som arbejder for den samme minister, frit kommunikerer med hinanden, såfremt ministeren ønsker dette.

54. Med hensyn til tavshedspligten, som fremstår som det centrale punkt i denne sag, opstår der en vanskelighed, som er fundamental for hele argumentationen, men som det er passende at nævne på dette tidspunkt. Efter min opfattelse kunne der rejses tvivl om, hvorvidt SEP overhovedet kunne påberåbe sig tavshedspligten, da den anfægtede Kommissionens beslutning, da SEP, som jeg tidligere har bemærket [4], først rejste spørgsmålet over for Kommissionen efter, at beslutningen var truffet. Følgelig havde Kommissionen ikke lejlighed til at

4 — Se punkt 6 og 7.

behandle spørgsmålet, da den redegjorde for grundene til sin beslutning. Imidlertid har Kommissionen ikke fremsat indvendinger mod, at spørgsmålet blev rejst for Retten i Første Instans, og den har heller intet indvendt imod, at spørgsmålet rejses under denne appelsag. Under disse omstændigheder mener jeg, at det bør behandles.

55. Der kan ikke være tvivl om, at SEP har en legitim interesse i at sikre, at Statoil-kontrakten ikke bliver set af tjenestemænd i det nederlandske Økonomiministerium, som er ansvarlige for at fastlægge Gasunie's salgspolitik. Gasunie er SEP's hovedleverandør. Statoil er dets vigtigste alternative leverandør. SEP's forhandlingsposition over for Gasunie ville naturligvis blive kompromitteret, hvis de personer, som fastlægger Gasunie's salgspolitik, var bekendt med de præcise forretningsbetingelser, som Statoil tilbyder SEP.

56. Den faktiske situation i denne sag er atypisk, for så vidt de to hovedleverandører til den virksomhed, som Kommissionen har anmodet om at fremlægge dokumenter, begge er statsvirksomheder, hvoraf den ene kontrolleres af en medlemstats regering. Ophavsmændene til forordning nr. 17 synes ikke at have tænkt på denne type situation, da de udarbejdede forordningen, hvis bestemmelser forudsætter, at de nationale myndigheder er berettiget til at modtage enhver oplysning, som fremlægges for Kommissionen af virksomheder, hvis forhold undersøges.

57. Efter min opfattelse bør forordningen ikke fortolkes således, at den giver en bestemt national myndighed adgang til fortrolige oplysninger, der af tvingende hensyn til forretningshemmeligheder ikke bør gøres bekendt for denne myndighed. Enhver anden fortolkning af forordning nr. 17 ville være uforenelig med traktatens artikel 214, hvorefter Fællesskabets institutioner og deres tjenestemænd og øvrige ansatte har forpligtelse til »ikke at videregive oplysninger om forhold, som efter deres natur er tjenestehemmeligheder, navnlig oplysninger om virksomheder og om deres forretningsforbindelser eller omkostningsforhold«.

58. Retten antog, at artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 giver en tilfredsstillende løsning på det ovennævnte problem. Ifølge denne bestemmelse, som er udstedt til gennemførelse af traktatens artikel 214 [5], er Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder forpligtet til »ikke at videregive oplysninger om forhold, som de i medfør af denne forordning får kendskab til, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt«. Retten fortolkede ikke denne bestemmelse således, at den forbød Kommissionen at gøre nationale myndigheder bekendt med fortrolige dokumenter; i stedet antog den, at da artikel 20, stk. 2, pålægger en forpligtelse til at overholde tavshedspligten, ikke blot for Kommissionen, men også for »medlemsstaternes kompetente myndigheder«, var denne bestemmelse til hinder for, at en afdeling i det nederlandske Økonomiministerium gjorde en anden afdeling i samme ministerium bekendt med Statoil-kontrakten.

5 — Sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. 1992 I, s. 4785.

59. Hvad dette betyder i praksis, er følgende: Økonomiministeriets Generaldirektorat for Konkurrence er den kompetente nederlandske myndighed med hensyn til forordning nr. 17 og er derfor i henhold til artikel 10, stk. 1, berettiget til at modtage dokumenter, som forelægges Kommissionen med henblik på konstatering af overtrædelser af traktatens konkurrenceregler. Det samme ministeriums Generaldirektorat for Energi er ikke den kompetente nederlandske myndighed med hensyn til forordning nr. 17 og er således ikke berettiget til at modtage sådanne dokumenter. Det ville i henhold til artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 være forbudt Generaldirektoratet for Konkurrence at gøre Generaldirektoratet for Energi bekendt med Statoil-kontrakten i betragtning af dens fortrolige art.

60. Jeg finder ikke Rettens ræsonnement helt overbevisende på dette punkt. For det første er det ikke klart, at Generaldirektoratet for Energi ikke er en del af den kompetente myndighed i Nederlandene med hensyn til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17. Det afgøres af hver medlemsstats nationale ret, hvilken af dens myndigheder der er berettiget til at modtage oplysninger fra Kommissionen i henhold til artikel 10, stk. 1. SEP har i replikken hævdet, at den kompetente myndighed for konkurrencesager i Nederlandene er Økonomiministeriet i samvirke med ethvert andet ministerium, der berøres af den pågældende sag. SEP har også hævdet i replikken, at såfremt der foretages en undersøgelse af konkurrencen i energisektoren, ville Økonomiministeriets Generaldirektorat for Energi blive inddraget. Disse argumenter, som der er nogen støtte for i en artikel af professor K. J. M. Mortelmans [6], blev ikke imødegået af Kommissionen i duplikken.

61. Men lad os for diskussionens skyld antage, at det noget tekniske argument vedrørende betydningen af udtrykket »kompetente myndigheder« i artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17 afgøres på en måde, der er den modsatte af den af SEP hævdede (nemlig således at det i det nederlandske ministerium kun er Generaldirektoratet for Konkurrence, der som »kompetent myndighed« er berettiget til at modtage dokumenter fra Kommissionen i henhold til artikel 10, stk. 1). Det er stadig vanskeligt at se, hvordan artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 *de facto* kan garantere, at tjenestemænd i Generaldirektoratet for Energi ikke bliver gjort bekendt med Statoil-kontraktens bestemmelser. Professor Mortelmans bemærker, at der ikke er »kinesiske mure« i det nederlandske Økonomiministerium [7]. Der sker intern udveksling af personale, og det er derfor muligt, at en tjenestemand, som havde adgang til fortrolige dokumenter, mens han var tilknyttet Generaldirektoratet for Konkurrence, placeres i Generaldirektoratet for Energi, hvor han kunne komme i den situation, at han skulle bistå ved fastlæggelsen af Gasunie's salgspolitik. Selv hvis vi således antager, at de pågældende tjenestemænd optræder til det yderste korrekt, og at der ikke sker noget brud på tavshedspligten, er det muligt, at Statoil-kontrakten kan komme i forkerte hænder af fuldt ud lovlige kanaler.

6 — K. J. M. Mortelmans, *Het Ministerie van Economische Zaken: gasbeleid en EEG-mededingingsrecht*, Ars Aequi 1992, s. 277, jf. s. 281 og 282.

7 — A. st.: (note 6), s. 281.

62. Retten ser en løsning på dette problem i artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17, som bestemmer, at »de oplysninger, som er indhentet i medfør af bestemmelserne i artikel 11,12,13 eller 14, må kun bruges til det med undersøgelsen eller kontrollen tilsigtede formål«. Men jeg kan ikke se, hvordan den bestemmelse kan give SEP den beskyttelse, som det er berettiget til i denne sag. At hævde, at tjenestemændene i Generaldirektoratet for Energi i henhold til artikel 20, stk. 1, ville være afskåret fra at »bruge« oplysninger i Statoil-kontrakten til at fastlægge Gasunie's salgspolitik, er formålsløst; det forudsætter, at disse tjenestemænd blot kan slette oplysningerne fra deres hukommelse. Men artikel 20, stk. 1, kræver ikke, og kunne ikke kræve, at tjenestemænd skal påføre sig selv hukommelsestab. Domstolen erkendte dette i dommen i sagen Asociación Española de Banca Privada [8].

63. I denne sag anerkendte Domstolen, at de nationale myndigheder kan tage oplysninger i betragtning, som de har erhvervet i henhold til artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17 med det formål at afgøre, om der skal rejses sag i henhold til national ret, men at disse myndigheder ikke som bevismidler kan anvende sådanne oplysninger som led i en indledende undersøgelse eller som berettigelse for en beslutning truffet i henhold til bestemmelser i konkurrenceretten. Det fremgår klart af denne dom, at forbuddet i artikel 20, stk. 1, først og fremmest er rettet mod benyttelse af de pågældende oplysninger som bevismidler i forvaltningssager eller retssager; artikel 20, stk. 1, forbyder ikke nationale myndigheder at tage oplysninger i betragtning, når de afgør, om de skal følge en bestemt handlemåde. Såfremt tjenestemænd i Generaldirektoratet for Energi således blev bekendt med bestemmelserne i Statoil-kontrakten, kunne artikel 20, stk. 1, ikke være til hinder for, at de tog sådanne oplysninger i betragtning, når de fastlagde Gasunie's politik.

64. Heraf følger, at Retten i Første Instans' dom efter min opfattelse må ophæves, fordi Retten begik en retsvildfarelse, da den antog, at artikel 20, stk. 1 og 2, under omstændighederne i den foreliggende sag gav tilstrækkelig garanti for, at Statoil-kontraktens fortrolige karakter ville blive respekteret.

65. I betragtning af dette resultat vil jeg ikke i detaljer behandle alle de yderligere argumenter, som SEP har fremført. Jeg vil dog gennemgå det argument, som SEP har fremført som en del af sin ottende og sidste anbringende, nemlig at Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet ved straks at kræve fremlæggelse af Statoil-kontrakten i stedet for først at tage skridt, der var mindre skadelige for SEP's interesser, som f. eks. at stille spørgsmål.

66. Kommissionen har anført, at dette argument i henhold til procesreglementets artikel 113, stk. 2, ikke kan realitetsbehandles,

8 — Jf. note 5 ovenfor, dommens præmis 39; se også punkt 26 i mit forslag til afgørelse i samme sag.

da det under appellen ændrer sagsgenstanden, som den har foreligget for Retten i Første Instans. Ifølge Kommissionen blev argumentet ikke fremført af SEP for Retten, hvilket forklarer, hvorfor Retten ikke henviste til det i sin dom. Efter SEP's opfattelse er argumentet blot en uddybning af det anførte vedrørende en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, som blev fremført under søgsmålet for Retten. SEP har anført, at en sådan uddybning under retsforhandlingerne er tilladt i henhold til Domstolens praksis [9].

67. Argumentet synes ikke udtrykkeligt at være blevet fremført i SEP's skriftlige indlæg for Retten. Under appellen har SEP anført, at det fremførte dette punkt under forhandlingerne for Retten, på hvilket trin der naturligvis ikke kunne fremsættes et nyt anbringende [10]. Efter min opfattelse kan det argument, at Kommissionen kunne have nået det ønskede mål med mindre drastiske midler end dem, der blev anvendt, med rette anses for en uddybning af argumentet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet snarere end et nyt anbringende. Da argumentet om Statoil-kontraktens fortrolighed blev fremført som et anbringende vedrørende proportionalitet, lå det implicit i dette argument, at det resultat, som Kommissionen tilsigtede, kunne opnås med andre midler, der mindre sandsynligt ville føre til et brud på fortroligheden. Rettens undladelse af at tage anbringendet om alternative midler i betragtning kan måske forklares med dens overbevisning om, at faren for et brud på fortroligheden under alle omstændigheder var minimal på grund af bestemmelserne i artikel 20 i forordning nr. 17.

68. Efter min opfattelse har SEP's argument materielt set megen vægt. På grund af Statoil-kontraktens fortrolige art og under hensyntagen til den usædvanlig vanskelige situation, som opstod i denne sag, burde Kommissionen — da først spørgsmålet om fortrolighed var blevet bragt til dens kundskab — have vist større villighed til at bortvejre SEP's frygt og overveje midler til at forhindre, at fortrolige oplysninger nåede tjenestemænd i Generaldirektoratet for Energi i det nederlandske Økonomiministerium. Da først SEP havde givet klart udtryk for sin berettigede interesse i kontraktens fortrolighed, burde Kommissionen have gjort det klart, at den ville anvende artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17 på en sådan måde, at denne interesse blev varetaget. Det var ikke tilstrækkeligt at antyde, at kontrakten måske kunne vise sig ikke at være blandt »de vigtigste dokumenter«, som i henhold til denne bestemmelse skal fremsendes til de nationale myndigheder, eller at Kommissionen havde et skøn med hensyn til dette spørgsmål.

69. Imidlertid tror jeg ikke, at SEP med rette kan hævde, at Kommissionen burde have afholdt sig fra at kræve fremlæggelse af kontrakten og i stedet for f.eks. burde have stillet spørgsmål om den. Denne tanke synes at

9 — Sag 306/81, Verros mod Parlamentet, Sml. 1983, s. 1755.
10 — Artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement.

være baseret på en ukorrekt opfattelse af virkningen af artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17. Min opfattelse er, at i de tilfælde (som sandsynligvis vil være sjældne), hvor behovet for at bevare forretningshemmeligheder er godtgjort over for de nationale myndigheder, må beskyttelsen af denne fortrolighed anses for at være, ikke en begrænsning af Kommissionens kompetence til at kræve fremlæggelse af dokumenter i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17, men for at være en begrænsning af Kommissionens forpligtelse i henhold til forordningens artikel 10, stk. 1, til at fremsende dokumenterne til de nationale myndigheder. Artikel 10, stk. 1, pålægger ikke en absolut forpligtelse til at fremsende »de vigtigste dokumenter« til de nationale myndigheder. Den må fortolkes på baggrund af den tavshedspligt, der er fastsat i traktatens artikel 214. Den kan derfor ikke fortolkes således, at den pålægger Kommissionen en forpligtelse til at bryde tavshedspligten.

70. Formålet med artikel 10, stk. 1, kræver heller ikke, at den skal fortolkes således. Formålet med bestemmelsen er forklaret i syvende betragtning til forordningen, hvorefter Kommissionen, når den anvender traktatens artikel 85 og 86, skal handle i nær og vedvarende kontakt med medlemsstaternes kompetente myndigheder. I Asociación Española de Banca Privada-sagen bemærkede Domstolen (i præmis 34), at det dobbelte formål med artikel 10, stk. 1, er at underrette medlemsstaterne om sager, som Fællesskabet har indledt mod virksomheder beliggende på deres område, og at sikre, at Kommissionen er bedre underrettet, ved at give den mulighed for at sammenligne oplysninger givet af virksomhederne med oplysninger og kommentarer fra den pågældende medlemsstat. Der er ingen grund til at tro, at forfølgningen af disse formål ikke kan forenes med beskyttelsen af tavshedspligten.

71. Efter min opfattelse er Kommissionen i de sjældne tilfælde, hvor der opstår et problem om tavshedspligt over for de nationale myndigheder, berettiget til at kræve fremlæggelse af dokumentet, men må så overveje, om det af hensyn til fortrolighed ville være passende at afstå fra at fremsende dokumentet til de nationale myndigheder eller at fremsende en redigeret version af dokumentet til dem, hvor de fortrolige oplysninger er slettet. Hvis alle andre midler slår fejl, og hvis fremsendelse af hele dokumentet synes væsentlig, så kunne Kommissionen træffe en beslutning, hvori den redegør for grundene til, at dokumentet trods den hævdede fortrolighed bør sendes til de nationale myndigheder; en sådan beslutning ville give de berørte parter mulighed for at anfægte beslutningen og om nødvendigt fremsætte begæring om foreløbige forholdsregler. Men beskyttelse af den type fortrolighed, som kræves i denne sag, kan ikke i princippet påberåbes som en begrænsning af Kommissionens kompetence til at kræve fremlæggelse af dokumenter. Det ville være at beskytte denne fortrolighed på det forkerte punkt. En virksomhed kunne måske berettige en nægtelse af at fremlægge et dokument for Kommissionen med den begrundelse, at det indeholder oplysninger, som er fortrolige i forhold til de nationale myndigheder, hvis Kommissionen på forhånd havde gjort det klart, at den ville fremsende dokumentet under alle omstændigheder; det ville vise, at Kommissionen havde til hensigt at handle ulovligt ved at undlade at anvende proportionalitetsprincippet. Dette princip kræver, at virksomhedens interesse i fortrolighed må tillægges behørig vægt over for den offentlige interesse i, at de nationale myndigheder ser dokumenterne i deres helhed.

72. SEP har ikke gjort gældende, at Kommissionen handlede ulovligt på en sådan måde, at det, som jeg har nævnt, kunne have berettiget SEP til at nægte at fremlægge kontrakten. Der er heller ikke under sagen blevet fremført argumenter på grundlag af artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17, som efter min mening giver løsningen på det rejste problem. Da Retten i Første Instans' dom efter min opfattelse må ophæves, at da den synsvinkel, som jeg gør mig til talsmand for, er forskellig fra den synsvinkel, som parterne har anlagt under hele sagen, forekommer det mig formelt uundgåeligt, at sagen må hjemvises til Retten i Første Instans til afsigelse af dom i henhold til statuttens artikel 54. Fra et praktisk synspunkt er yderligere retsforhandlinger dog måske unødvendige; ud fra det synspunkt, som jeg anlægger, vil Kommissionen have godtgjort sin ret til at kræve fremlæggelse af det pågældende dokument, mens SEP vil have godtgjort sin ret til beskyttelse mod de nationale myndigheder af forretningshemmeligheder, hvis afsløring ville være skadelig for selskabet. Yderligere retsforhandlinger er måske derfor spild af tid og ressourcer, både for parterne og for Retten og Domstolen.

Sagens omkostninger

73. Da sagen må hjemvises til Retten i Første Instans, må afgørelsen om sagens omkostninger udsættes. Hvis der skulle træffes afgørelse om sagens omkostninger på dette trin, ville jeg under alle omstændigheder anse det for passende at pålægge hver af parterne at betale deres egne omkostninger i henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, og artikel 122.

Forslag til afgørelse

74. Jeg er derfor af den opfattelse, at Domstolen bør:

1) ophæve Retten i Første Instans' dom af 12. december 1991 i sag T-39/90

2) hjemvise sagen til Retten i Første Instans

3) udsætte afgørelsen om sagens omkostninger.