CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 15 december 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In deze zaak stelt een Nederlandse elektriciteitsproducent hogere voorziening in tegen een arrest van het Gerecht van eerste aanleg houdende verwerping van zijn beroep tot nietigverklaring van een beschikking waarbij de Commissie hem had verzocht om openbaarmaking van bepaalde documenten. De zaak stelt een belangrijk probleem aan de orde. Het probleem op zichzelf is duidelijk, maar door het procesverloop is het erg ingewikkeld gemaakt.

De voorgeschiedenis van het geding

2. Requirante is NV Samenwerkende Elektriciteits-produktiebedrijven (hierna: „SEP"). Zoals uit haar naam blijkt, is SEP een naamloze vennootschap. Volgens het bestreden arrest wordt zij gevormd door de vier produktiebedrijven die in Nederland de openbare elektriciteitsvoorziening verzorgen. Partijen zijn het er niet over eens, of SEP een particulier dan wel een overheidsbedrijf is; hun argumenten zijn echter gedeeltelijk gebaseerd op de veronderstelling, dat het hier een particulier bedrijf betreft. Tussen partijen is niet in geding, dat SEP volgens haar statuten verplicht is te streven naar een zo laag mogelijke elektriciteitsprijs voor de verbruiker, onder handhaving van de zekerheid van levering.

3. In Nederland wordt 50 % van de elektriciteit met behulp van aardgas opgewekt. De belangrijkste aardgasleverancier van SEP is NV Nederlandse Gasunie (hierna: „Gasunie"), die in Nederland een feitelijke monopoliepositie voor de levering van aardgas geniet. Blijkens de processtukken moet al het aardgas dat op Nederlands grondgebied wordt gewonnen, aan Gasunie te koop worden aangeboden. Gasunie is een gemengd bedrijf: zij is voor 50 % in handen van de Nederlandse Staat en voor 50 % in handen van de oliemaatschappijen Shell en Esso. De kernpunten van haar commerciële beleid zijn onderworpen aan de goedkeuring van het Nederlandse Ministerie van Economische zaken.

4. Op 16 juni 1989 sloot SEP een gasleveringscontract met de Noorse onderneming Statoil. Ik zal dat contract hierna aanduiden als het „Statoil-contract". Statoil had nooit eerder toegang gekregen tot de Nederlandse gasmarkt en SEP had nooit eerder een dergelijke overeenkomst gesloten met een andere onderneming dan Gasunie. Gasunie blijft voor SEP niettemin de belangrijkste gasleverancier.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

5. Het sluiten van het Statoil-contract vormde voor Gasunie aanleiding om met SEP te onderhandelen over de opstelling van gedragsregels. Die onderhandelingen begonnen in het tweede kwartaal van 1989 en de definitieve versie van de gedragsregels werd vastgelegd op 9 april 1990. Eind 1989 vernam de Commissie van het bestaan van het Statoil-contract en van de onderhandelingen tussen SEP en Gasunie. Zij stelde een onderzoek in naar de verenigbaarheid van de tussen SEP en Gasunie gemaakte afspraken met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag.

6. Op 6 maart 1990 verzocht de Commissie SEP om openbaarmaking van bepaalde documenten, waaronder de gedragsregels en het Statoil-contract. Dat verzoek was gebaseerd op artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad [1], dat de Commissie machtigt tot het inwinnen van „alle noodzakelijke inlichtingen (...) bij de Regeringen en de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten, alsmede bij ondernemingen en ondernemersverenigingen". In antwoord daarop zond SEP op 9 april 1990 de Commissie een afschrift van de met Gasunie overeengekomen en inmiddels definitief vastgelegde gedragsregels, alsook een eerder concept ervan, maar zij weigerde het Statoil-contract toe te zenden. Zij betoogde dat dat contract niets van doen had met de gedragsregels, doch beriep zich toen nog niet op het vertrouwelijke karakter van het contract.

7. Na nog een briefwisseling tussen SEP en de Commissie stelde deze laatste op 2 augustus 1990 overeenkomstig artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 de bestreden beschikking vast. Bij die beschikking werd SEP gelast, binnen tien dagen het Statoil-contract en de daarmee verband houdende correspondentie aan de Commissie te doen toekomen. In een brief van 16 augustus 1990 bleef SEP bij haar weigering en beriep zij zich voor het eerst op het vertrouwelijke karakter van het Statoil-contract. Zij bood tevens aan, de redenen van haar houding in een persoonlijk onderhoud met de directeur-generaal Concurrentie van de Commissie uiteen te zetten. Bij brief van 30 augustus 1990 wees de Commissie dat aanbod van de hand en stelde zij, dat het vertrouwelijke karakter van het Statoil-contract geen reden kon zijn om inzage ervan te weigeren, gelet op de ingevolge artikel 20 van verordening nr. 17 op haar rustende geheimhoudingsplicht. De leden 1 en 2 van artikel 20 hebben in dit geding een sleutelrol gespeeld en het lijkt mij zinvol, ze hier volledig aan te halen. Die bepalingen luiden als volgt:

„1. De krachtens de artikelen 11, 12, 13 en 14 ingewonnen inlichtingen mogen slechts worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd.

2. Onverminderd hetgeen in de artikelen 19 en 21 is bepaald, zijn de Commissie en de bevoegde autoriteiten der Lid-Staten, alsmede hun personeelsleden en functionarissen verplicht de inlichtingen welke zij bij de toepassing van deze verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken."

8. Bij brief van 12 september 1990 verklaarde SEP, dat zij zich op de vertrouwelijk-

1 — PB 1962, blz. 204.

heid van het Statoil-contract beriep omdat zij wilde voorkomen, dat dat contract ter kennis zou komen van de Nederlandse regering, de belangrijkste aandeelhoudster van Gasunie. Dit zou echter naar alle waarschijnlijkheid gebeuren in geval van toezending van het contract aan de Commissie, daar deze dan ingevolge artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 een afschrift van het contract zou moeten toezenden aan de Nederlandse mededingingsautoriteiten. Volgens die bepaling immers doet de Commissie „de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten (...) een afschrift toekomen van (...) de belangrijkste documenten welke haar hebben bereikt met het oog op de vaststelling van inbreuken op de bepalingen van artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag". In dezelfde brief bood SEP de Commissie inzage van het Statoil-contract aan, op voorwaarde dat er geen kopie van zou worden gemaakt; de Commissie zou dan zelf kunnen vaststellen, dat het contract niet noodzakelijk was voor de beoordeling van de tussen SEP en Gasunie overeengekomen gedragsregels.

9. Bij brief van 24 september 1990 wees de Commissie dat aanbod van de hand op grond dat het niet voldeed aan de vereisten van artikel 11 van verordening nr. 17. Zij stelde tevens, dat artikel 10 van die verordening haar voldoende beleidsvrijheid gaf om bepaalde documenten niet aan de Lid-Staten toe te zenden, en dat wanneer — zoals SEP beweerde — het Statoil-contract niet door de gedragsregels kon worden beïnvloed, zij geen enkele reden zou hebben om het aan de Lid-Staten door te zenden.

Het procesverloop

10. Op 26 september 1990 stelde SEP bij het Gerecht van eerste aanleg beroep in tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 2 augustus 1990. Dat beroep werd ingeschreven als zaak T-39/90. Op dezelfde dag diende zij een verzoek in kort geding in, strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking. Dat verzoek werd op 21 november 1990 door de president van het Gerecht afgewezen. Bij beschikking van 26 november 1990 legde de Commissie SEP krachtens de artikelen 11, lid 5, en 16, lid 1, sub c, van verordening nr. 17 een dwangsom van 1 000 ECU op voor elke dag dat zij in gebreke zou blijven te voldoen aan de beschikking van 2 augustus 1990. Daarop overhandigde SEP het Statoil-contract aan de Commissie, onder uitdrukkelijk voorbehoud van al haar rechten.

11. Op 14 december 1990 stelde SEP bij het Hof hogere voorziening in tegen de beschikking van de president van het Gerecht. Op dezelfde dag verzocht zij het Hof tevens om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie van 2 augustus 1990. Zij verzocht het Hof subsidiair, aan de Commissie het verbod op te leggen een afschrift van het Statoil-contract toe te zenden aan de Lid-Staten, totdat het Gerecht uitspraak zou hebben gedaan op het door SEP ingestelde beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, dan wel het Hof uitspraak zou hebben gedaan op de door haar tegen de beschikking van de president van het Gerecht ingestelde hogere voorziening. Op 23 januari 1991 ten slotte stelde SEP een tweede hogere voorziening in tegen de beschikking van de president van het Gerecht, waarin zij vorderde dat het Hof de Commissie zou gelasten, het Statoil-contract aan haar terug te geven.

12. Bij beschikking van 3 mei 1991 nam de president van het Hof akte van de afstand van instantie door SEP als gevolg van de door de Commissie gedane toezegging, dat zij de inhoud van het Statoil-contract niet aan de autoriteiten van de Lid-Staten zou meedelen vóórdat het Gerecht een beslissing zou hebben genomen op het door SEP ingestelde beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking. Het Gerecht heeft dat beroep bij arrest van 12 december 1991 verworpen. [2] Tegen dat arrest stelt SEP thans hogere voorziening in.

Het bestreden arrest

13. Voor het Gerecht van eerste aanleg voerde SEP tot staving van haar vordering tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie drie middelen aan, te weten schending van artikel 11 van verordening nr. 17, onvoldoende motivering en schending van het evenredigheidsbeginsel.

14. In het kader van het eerste middel stelde zij, dat overlegging van het Statoil-contract niet noodzakelijk was — in de zin van artikel 11 van verordening nr. 17 — voor het onderzoek van de Commissie, dat bedoeld was om na te gaan, of de tussen SEP en Gasunie overeengekomen gedragsregels in overeenstemming waren met artikel 85 EEG-Verdrag. Met haar verzoek om openbaarmaking van het Statoil-contract zou de Commissie het voorwerp van haar onderzoek hebben gewijzigd. Volgens SEP voerde de Commissie een sectoronderzoek naar de Nederlandse gasmarkt uit; een dergelijk onderzoek zou worden beheerst door artikel 12 van verordening nr. 17.

15. Met haar tweede middel stelde SEP, dat de bestreden beschikking onvoldoende was gemotiveerd omdat de door de Commissie aangevoerde redenen het verzoek om openbaarmaking van het Statoil-contract niet konden rechtvaardigen, nu die redenen wijziging brachten in het voorwerp van het onderzoek.

16. Met haar derde middel stelde SEP, dat de Commissie met haar verzoek om openbaarmaking van het Statoil-contract inbreuk maakte op het evenredigheidsbeginsel, gezien het vertrouwelijke karakter van dat contract. Ingevolge artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 zou de Commissie de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten een afschrift van het contract moeten doen toekomen. In Nederland was de bevoegde autoriteit de directie Mededinging van het Ministerie van Economische zaken. Een andere dienst van dat ministerie — het directoraat-generaal voor Energie — was verantwoordelijk voor de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie. SEP betoogde, dat haar onderhandelingspositie als afnemer van aardgas zou worden ondergraven, indien de personen die verantwoordelijk waren voor de bepaling van het commerciële beleid van haar voornaamste leverancier (Gasunie), op de hoogte waren van de door haar andere leverancier (Statoil) geboden voorwaarden.

17. In zijn arrest van 12 december 1991 wees het Gerecht van eerste aanleg de drie middelen van SEP als ongefundeerd van de hand. Met betrekking tot het eerste middel overwoog het, dat het voorwerp van het onderzoek van de Commissie steeds de relatie tus-

2 — Jurispr. 1991, blz. II-1497.

sen SEP en Gasunie was geweest, die had geculmineerd in een overeenkomst (de gedragsregels) welke werd vermoed in strijd te zijn met artikel 85 EEG-Verdrag. Volgens het Gerecht mocht de Commissie overlegging verlangen van elk document dat op goede gronden kon worden beschouwd als verband houdende met de vermoede inbreuk. Het Statoil-contract hield volgens het Gerecht voldoende verband met de gedragsregels, omdat beide overeenkomsten waren afgesloten door SEP met twee van haar aardgasleveranciers. Bovendien, aldus het Gerecht, waren de twee overeenkomsten kort na elkaar tot stand gekomen en had SEP erkend, dat de afsluiting van het Statoil-contract Gasunie ertoe had gebracht, te onderhandelen over de gedragsregels. Het Statoil-contract vormde volgens het Gerecht een „noodzakelijke inlichting" in de zin van artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17, daar het deel uitmaakte van de economische context van de gedragsregels.

18. Aangaande het tweede middel merkte het Gerecht op, dat de Commissie in de bestreden beschikking uitdrukkelijk had gewezen op de noodzaak van inzicht in de economische context van de gedragsregels. Ook zou zij hebben verklaard, dat volgens een eerder concept van de gedragsregels de leveranties van Statoil aan SEP eventueel onderworpen zouden zijn aan de toestemming van Gasunie. Volgens het Gerecht had de Commissie hiermee haar conclusie, dat er tussen het Statoil-contract en de gedragsregels een verband bestond, genoegzaam gemotiveerd.

19. Met betrekking tot het derde middel merkte het Gerecht op, dat bij de toepassing van artikel 11 van verordening nr. 17 inderdaad het evenredigheidsbeginsel moet worden geëerbiedigd: de verplichting om inlichtingen te verstrekken, mag de betrokken onderneming niet belasten in een mate die onevenredig is met wat het onderzoek verlangt. Het Gerecht was evenwel van oordeel, dat de openbaarmaking van het Statoil-contract SEP niet onevenredig belastte. Ook wanneer de Commissie het contract overeenkomstig artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 zou doen toekomen aan de Nederlandse autoriteiten, zou de vertrouwelijke behandeling van dat document gegarandeerd zijn door artikel 20 van de verordening, dat de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten verbiedt om documenten die zakengeheimen bevatten, openbaar te maken.

De door SEP ingestelde hogere voorziening

20. Tot staving van haar hogere voorziening voert SEP acht afzonderlijke middelen aan, die zijn onderverdeeld in drie categorieën welke overeenstemmen met de drie voor het Gerecht van eerste aanleg voorgedragen middelen. Het betoog van SEP bestaat uit twee hoofdstellingen: in de eerste plaats stelt zij, dat de openbaarmaking van het Statoil-contract niet noodzakelijk was voor het onderzoek van de Commissie naar de relatie tussen SEP en Gasunie (middelen 1 tot en met 5); in de tweede plaats voert zij aan, dat de openbaarmaking van het Statoil-contract haar onevenredig zou belasten, gelet op het vertrouwelijke karakter van dat contract en gezien het kennelijke risico, dat het in handen zou vallen van degenen die het commerciële beleid van Gasunie bepalen (middelen 6 tot en met 8).

Het eerste middel: het Gerecht heeft artikel 11 van verordening nr. 17 verkeerd uitgelegd door ervan uit te gaan, dat het in dit artikel geformuleerde vereiste van „noodzakelijkheid" niet meer betekent dan „een verband tussen de verzochte inlichting en de vermoede inbreuk"

21. Ik geloof niet, dat dit middel kan slagen. Het is waar, dat sommige passages van het arrest van het Gerecht wijzen op een te ruime definitie van het in artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17 gebezigde begrip „noodzakelijk". Zo spreekt het Gerecht in de laatste zin van rechtsoverweging 29 over „het vereiste van een verband tussen een verzoek om inlichtingen en de vermoede inbreuk", waaraan zou zijn voldaan indien het verzoek „op goede gronden kan worden beschouwd als verband houdende met de vermoede inbreuk". Het enkele bestaan van een verband tussen een document en de vermoede inbreuk is echter niet voldoende om een verzoek om inzage van dat document te rechtvaardigen; er moet sprake zijn van een zodanig verband, dat de Commissie ten tijde van haar verzoek in redelijkheid kon aannemen, dat het document voor haar van nut zou zijn bij de verificatie van het vermoeden van inbreuk.

22. In casu kan er echter niet aan worden getwijfeld, dat het verband tussen het Statoil-contract en de gedragsregels voldoende nauw is om het verzoek van de Commissie te rechtvaardigen. Wat dit aangaat, zijn de door het Gerecht in rechtsoverweging 31 van zijn arrest aangevoerde redenen overtuigend. Het Gerecht merkte daar op, dat SEP partij was bij zowel het Statoil-contract als de gedragsregels en dat in beide gevallen de wederpartij een van haar aardgasleveranciers was. Het Gerecht wees tevens op de coïncidentie in de tijd, in zover de gedragsregels kort na de totstandkoming van het contract waren overeengekomen. Het was dan ook van mening, dat inzage van het contract voor de Commissie noodzakelijk was ter beoordeling van de economische context waarin de gedragsregels moesten worden geplaatst.

23. Het beslissende punt is echter dat waarop het Gerecht in de derde alinea van rechtsoverweging 31 wees: zoals SEP zelf had erkend, had de afsluiting van het Statoil-contract Gasunie ertoe gebracht, met SEP te onderhandelen over de gedragsregels. Gezien dat rechtstreekse causaal verband tussen het contract en de gedragsregels kan mijns inziens niet worden staande gehouden, dat dat contract niet relevant was voor een onderzoek naar de rechtmatigheid van de gedragsregels.

Het tweede middel: de conclusie van het Gerecht, dat artikel 11 van verordening nr. 17 niet is geschonden, is onjuist en ontoereikend gemotiveerd

24. SEP komt op tegen de conclusie van het Gerecht, dat de Commissie met de bestreden beschikking geen wijziging had gebracht in het voorwerp van haar onderzoek. De door het Gerecht gegeven motivering zou in een aantal opzichten tekortschieten.

25. SEP betoogt in het bijzonder, dat het Gerecht is voorbijgegaan aan haar argument, dat de Commissie in de bestreden beschikking zelf had aangegeven, dat haar onderzoek betrekking had op zowel de gedragsre-

gels als het Statoil-contract. De Commissie zou dit in bepaalde passages van de door haar bij het Gerecht ingediende memories hebben erkend.

26. SEP verwijst naar rechtsoverweging 27 van het arrest van het Gerecht, volgens welke de Commissie als reden voor het verzoek om overlegging van het Statoil-contract had aangevoerd, dat dit noodzakelijk was voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de gedragsregels, gelet op de mogelijke invloed van de gedragsregels op het contract. Het Gerecht baseerde zich daarbij op de zesde overweging van de considerans van de bestreden beschikking. Volgens SEP biedt die overweging echter geen steun aan de conclusie van het Gerecht. Zij wijst er met name op, dat in die zesde overweging staat te lezen, dat het Statoil-contract een overeenkomst kan zijn die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt beïnvloedt.

27. Volgens SEP is het arrest van het Gerecht ook ontoereikend gemotiveerd voor zover het Gerecht eraan is voorbijgegaan, dat de Commissie ten tijde van het opvragen van het contract de noodzaak daarvan had moeten aantonen. SEP verwijst in dit verband naar rechtsoverweging 28 van het arrest, waarin het Gerecht overwoog dat, gelet op de duidelijke bewoordingen van het eerste verzoek om inlichtingen en van de bestreden beschikking, en op „de toelichting van de Commissie ter terechtzitting", de terloopse verwijzing in de bestreden beschikking naar de mogelijke onrechtmatigheid van het Statoil-contract niet betekende, dat het voorwerp van de onderzoeksprocedure was gewijzigd. Volgens SEP kwam de door de Commissie ter terechtzitting gegeven toelichting te laat om van enig belang te zijn voor de rechtvaardiging van het verzoek om openbaarmaking van het Statoil-contract.

28. Volgens de Commissie faalt dit tweede middel, daar het opkomt tegen een oordeel van feitelijke aard, dat bovendien door het Gerecht genoegzaam is gemotiveerd.

29. Dit middel is complex en stelt verscheidene problemen aan de orde, die echter in wezen alle verband houden met de omschrijving van het voorwerp van het onderzoek van de Commissie. Het hoofdargument van SEP komt hierop neer, dat de Commissie verwarring heeft gezaaid omtrent het voorwerp van haar onderzoek als gevolg van dubbelzinnige uitlatingen in haar oorspronkelijke verzoek om inlichtingen (de brief van 6 maart 1990) en in de bestreden beschikking.

30. Volgens SEP is het niet duidelijk, of het onderzoek van de Commissie betrekking heeft op de gedragsregels alleen of op zowel die gedragsregels als het Statoil-contract, dan wel of de Commissie een sectoronderzoek naar de Nederlandse gasmarkt uitvoert. Dit verwijt is in zoverre relevant, dat wanneer de Commissie krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 om inlichtingen verzoekt, zij ingevolge het derde lid van dit artikel op „het doel van dit verzoek" moet wijzen, hetgeen uiteraard betekent, dat zij de vermoede inbreuk op de mededingingsregels moet identificeren. De noodzakelijkheid van de gevraagde inlichtingen moet worden beoordeeld in verband met het in het verzoek om inlichtingen vermelde doel. Dat doel moet met een redelijke mate van nauwkeurigheid worden aangegeven, omdat anders onmogelijk kan worden bepaald, of de gevraagde informatie noodzakelijk is, en omdat anders de gemeenschapsrechter zijn rechterlijke controle niet kan uitoefenen. De bewering van SEP, dat de Commissie in feite een in artikel 12 van verordening nr. 17 bedoeld sectoronderzoek naar de Nederlandse gasmarkt uitvoert, is in zoverre relevant, dat de

Commissie bij een dergelijk onderzoek haar aandacht niet behoeft te beperken tot een specifieke, door haar vermoede inbreuk.

31. Ofschoon de Commissie thans met klem beweert, dat haar onderzoek gericht was op de gedragsregels tussen SEP en Gasunie en dat de openbaarmaking van het Statoil-contract enkel werd verlangd omdat hierdoor de economische context van de gedragsregels werd verduidelijkt, heeft zij af en toe de indruk gewekt, dat dat contract niet van zuiver ondergeschikt belang was, maar ook als zodanig een inbreuk op artikel 85 kon opleveren.

32. Zo verwees de Commissie in haar brief van 6 maart 1990, waarvan het voorwerp werd omschreven als de „Overeenkomst tussen SEP en Gasunie", zowel naar die overeenkomst (de gedragsregels) als naar het Statoil-contract, en stelde zij vervolgens, dat zij over beide overeenkomsten informatie wenste te ontvangen, welke informatie haar in staat moest stellen de verenigbaarheid te beoordelen van „deze overeenkomst(en)" [3] met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag. Nog meer verwarring veroorzaakte zij met de zesde overweging van de considerans van de bestreden beschikking, waarin zij met zoveel woorden stelde, dat het Statoil-contract een overeenkomst kon zijn die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt beïnvloedde.

3 — In rechtsoverweging 27 van zijn arrest haalt het Gerecht deze passage van de brief van 6 maart 1990 aan. Volgens het Gerecht wordt met de woorden „deze overeenkomsten" uitsluitend gedoeld op overeenkomsten tussen SEP en Gasunie. Er lijkt echter geen twijfel over te bestaan, dat de Commissie zowel de gedragsregels als het Statoil-contract op het oog had.

33. In de rechtsoverwegingen 27 en 28 van zijn arrest erkende het Gerecht, dat de Commissie een zekere mate van verwarring had gezaaid omtrent het voorwerp van haar onderzoek. Zo zou zij ter terechtzitting hebben toegegeven, dat de zesde overweging van de considerans van de bestreden beschikking de lezer op een dwaalspoor had kunnen brengen. Het Gerecht was echter toch van mening, dat de Commissie zowel in haar brief van 6 maart 1990 als in de bestreden beschikking voldoende duidelijk had gemaakt, dat haar onderzoek primair betrekking had op de tussen SEP en Gasunie overeengekomen gedragsregels en dat het Statoil-contract slechts een — ondergeschikte — rol speelde omdat het deel uitmaakte van de economische context en de Commissie van nut zou kunnen zijn bij de beoordeling van de invloed van de gedragsregels op de mededinging.

34. Naar mijn mening kan niet worden gezegd, dat die conclusie van het Gerecht onjuist of ontoereikend gemotiveerd was. Men kan zich uiteraard afvragen, of het Gerecht wel mocht suggereren (in de derde alinea van r. o. 28), dat de Commissie het voorwerp van haar onderzoek nog tijdens de terechtzitting voor het Gerecht kon verduidelijken. De Commissie dient het voorwerp van haar onderzoek aan te geven in haar eerste verzoek om inlichtingen en (in voorkomend geval) in de beschikking waarbij overeenkomstig artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 wordt verzocht om openbaarmaking van documenten. Wanneer in die fasen van de procedure het voorwerp van het onderzoek niet duidelijk is, kan de betrokken onderneming niet uitmaken, of er redenen zijn om te weigeren aan het eerste verzoek te voldoen, respectievelijk om de beschikking voor het Gerecht van eerste aanleg aan te vechten. Het is niet voldoende, dat het voorwerp van het onderzoek ter terechtzitting wordt verduidelijkt.

35. Deze zwakke plek in de motivering van het arrest van het Gerecht lijkt mij echter niet ernstig genoeg om vernietiging van dat arrest door het Hof te rechtvaardigen. Ook zonder de door de Commissie in de loop van de procedure voor het Gerecht gegeven toelichting mocht het Gerecht ervan uitgaan, dat de bewoordingen van de brief van 6 maart 1990 en van de bestreden beschikking er geen twijfel over lieten bestaan, dat het onderzoek van de Commissie primair betrekking had op de tussen SEP en Gasunie overeengekomen gedragsregels en dat het Statoil-contract van zuiver ondergeschikt belang was.

Het derde middel: het Gerecht heeft ten onrechte geen aandacht besteed aan het door SEP aangevoerde argument, dat waar de Commissie had toegegeven dat zij bezig was met een onderzoek naar de Nederlandse gasmarkt, zij dat onderzoek niet op artikel 11, maar op artikel 12 van verordening nr. 17 had moeten baseren

36. Volgens SEP is de Commissie in werkelijkheid bezig met een onderzoek naar de Nederlandse gasmarkt in het algemeen, en niet met een onderzoek naar de relatie tussen SEP en Gasunie. Zij dient zich derhalve niet te baseren op artikel 11, maar op artikel 12 van verordening nr. 17. Ingevolge artikel 12, lid 1, kan de Commissie aan de tot de betrokken bedrijfstak behorende ondernemingen „de inlichtingen verzoeken, die noodzakelijk zijn voor de toepassing van de in artikel 85 en in artikel 86 van het Verdrag neergelegde beginselen en voor de vervulling van de aan de Commissie opgedragen taken". Ook in geval van een onderzoek krachtens artikel 12 dient de Commissie „de rechtsgrond en het doel" van een verzoek om inlichtingen aan te geven, daar artikel 11, lid 3, door artikel 12, lid 4, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Zij behoeft dan echter geen melding te maken van een specifieke inbreuk waarvan zij het bestaan vermoedt, doch kan volstaan met erop te wijzen, dat bepaalde omstandigheden aanleiding geven te vermoeden, dat de mededinging in de betrokken bedrijfstak wordt beperkt of vervalst (zie artikel 12, lid 1). Door voor te geven dat zij bezig is met een onderzoek als bedoeld in artikel 11, terwijl zij in werkelijkheid een onderzoek in de zin van artikel 12 verricht, handelt de Commissie — als ik het betoog van SEP goed begrijp — onrechtmatig.

37. Het zwakke punt van dit betoog zit hem hierin, dat moeilijk valt in te zien wat voor voordeel de Commissie erbij zou hebben, de ware aard van haar onderzoek aldus te verheimelijken. De haar krachtens artikel 12 van verordening nr. 17 toekomende onderzoeksbevoegdheden zijn juist eerder ruimer en aan minder beperkingen onderhevig dan die waarover zij ingevolge artikel 11 beschikt.

38. Het is uiteraard mogelijk, dat de Commissie een onderzoek wil instellen naar een specifieke inbreuk in de gasindustrie, terwijl zij tegelijkertijd een algemeen onderzoek naar de gasmarkt wenst uit te voeren. Indien zij kan aantonen, dat zij recht heeft op inzage van een document ter verificatie van haar vermoeden van de specifieke inbreuk, zie ik niet in, hoe zij dat recht zou kunnen kwijtraken op grond dat het document ook voor het algemene onderzoek van belang is. Ik acht dit derde middel dan ook ongegrond.

Het vierde middel: het Gerecht heeft artikel 190 EEG-Verdrag geschonden door te verklaren dat de bestreden beschikking genoegzaam was gemotiveerd

39. Bij dit vierde middel hoef ik niet lang stil te staan, daar SEP met dit middel niets lijkt toe te voegen aan hetgeen zij reeds in het kader van haar tweede middel heeft betoogd.

40. Volgens SEP was de bestreden beschikking dubbelzinnig gemotiveerd voor zover daarin niet duidelijk naar voren kwam, of het Statoil-contract zelf voorwerp van het onderzoek was, dan wel of het bij het onderzoek naar de rechtmatigheid van de gedragsregels een zuiver ondergeschikte rol speelde. SEP acht de bestreden beschikking dan ook ontoereikend gemotiveerd en derhalve in strijd met artikel 190 EEG-Verdrag.

41. Gezien mijn opmerkingen in verband met het tweede middel moge duidelijk zijn, dat ofschoon ik erken dat de Commissie een zekere mate van verwarring heeft gezaaid omtrent het voorwerp van haar onderzoek, de brief van 6 maart 1990 en de bestreden beschikking er geen twijfel over lieten bestaan, dat haar onderzoek primair betrekking had op de gedragsregels en dat het Statoil-contract slechts van ondergeschikt belang was. Ik ben dan ook van mening, dat de bestreden beschikking niet het door SEP gestelde motiveringsgebrek vertoont.

Het vijfde middel: het Gerecht heeft zijn beslissing om het argument van SEP, dat de bestreden beschikking niet genoegzaam was gemotiveerd, te verwerpen, onvoldoende met redenen omkleed

42. De argumenten die SEP in het kader van dit middel aanvoert, vormen niet meer dan een herhaling van de argumenten die zij in het kader van haar vierde middel naar voren heeft gebracht, welke argumenten, zoals ik al zei, op hun beurt een herhaling waren van de in het kader van het tweede middel aangevoerde argumenten. Het lijkt mij niet nodig om voor de derde maal uiteen te zetten, waarom die argumenten mij niet overtuigen.

Het zesde, zevende en achtste middel: het Gerecht heeft artikel 20 van verordening nr. 17 geschonden of verkeerd uitgelegd en het heeft zijn conclusie, dat de bestreden beschikking niet in strijd was met het evenredigheidsbeginsel, ondeugdelijk gemotiveerd

43. Daar de laatste drie middelen elkaar voor een groot deel overlappen, zal ik ze gezamenlijk behandelen. In al die middelen betoogt SEP, dat de bestreden beschikking het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door van haar te verlangen, dat zij een vertrouwelijk document zou overleggen aan de Commissie, welk document vervolgens zou worden doorgezonden naar de bevoegde nationale autoriteiten, waaronder de directie Mededinging van het Nederlandse Ministerie van Economische zaken. Volgens SEP was hierdoor het risico aanwezig, dat het document in handen zou vallen van de op hetzelfde ministerie werkzame ambtenaren van het directoraat-generaal voor Energie, die

verantwoordelijk zijn voor de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie. SEP betoogt, dat zij er een gerechtvaardigd belang bij heeft om te verlangen, dat personen die zich bezighouden met de bepaling van het commerciële beleid van haar voornaamste leverancier (Gasunie), geen kennis krijgen van de inhoud van een door haar met een andere leverancier (Statoil) gesloten contract.

44. Volgens het Gerecht behoefde voor het door SEP gesignaleerde risico niet te worden gevreesd, daar de Nederlandse autoriteiten evenals de Commissie gebonden zouden zijn aan het bepaalde in artikel 20 van verordening nr. 17. Volgens het Gerecht verbiedt die bepaling de Nederlandse autoriteiten niet alleen, vertrouwelijke documenten openbaar te maken aan personen buiten de betrokken overheidsdienst, maar belet zij hun ook, die documenten binnen die dienst zelf te laten circuleren. Het zou de ambtenaren van de directie Mededinging dan ook verboden zijn, de inhoud van het Statoil-contract bekend te maken aan hun bij het directoraat-generaal voor Energie werkzame collega's. Het Gerecht merkte tevens op, dat ingevolge artikel 20 van verordening nr. 17 de nationale autoriteiten die inzage zouden krijgen van het Statoil-contract, de daarin vervatte informatie niet mochten gebruiken bij de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie.

45. Met betrekking tot het door SEP beklemtoonde bijzondere karakter van het onderhavige geding overwoog het Gerecht (in r. o. 57 van zijn arrest), dat het probleem waarom het in deze zaak gaat, telkens zal rijzen wanneer de Commissie de commerciële verhoudingen tussen een particuliere onderneming en een overheidsbedrijf of een semi-overheidsbedrijf aan een onderzoek onderwerpt. Dit zal zich in de praktijk niet zelden voordoen en men kan volgens het Gerecht dan ook niet zeggen, dat het onderzoek van de Commissie daardoor een karakter krijgt waarmee bij de toepassing van verordening nr. 17 specifiek rekening zou moeten worden gehouden.

46. Aangaande het gestelde ontbreken van administratieve voorschriften die zouden moeten waarborgen, dat vertrouwelijke gegevens niet de ronde doen bij de diverse directies van het Nederlandse Ministerie van Economische zaken, overwoog het Gerecht, dat dit geen reden was om a priori aan te nemen, dat de Nederlandse autoriteiten hun verplichtingen krachtens artikel 20 van verordening nr. 17 niet zouden naleven.

47. Gelet op een en ander was het Gerecht van oordeel, dat de beperkingen die artikel 20 aan de Lid-Staten stelt ten aanzien van het bekendmaken en het gebruik van inlichtingen die hun krachtens artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 worden verstrekt, SEP in casu voldoende garantie boden. Het concludeerde dan ook, dat de bestreden beschikking niet het door SEP gestelde buitensporig risico inhield en derhalve geen schending van het evenredigheidsbeginsel opleverde (r. o. 60).

48. SEP voert tegen dat onderdeel van het arrest van het Gerecht een aantal grieven aan. In de eerste plaats stelt zij, dat artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 niet het door het Gerecht daarin gelezen verbod van circulatie van documenten binnen één en dezelfde nationale autoriteit bevat.

49. In de tweede plaats voert zij aan, dat artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17, volgens hetwelk de krachtens de artikelen 11 tot en met 14 ingewonnen inlichtingen slechts mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd, enkel betekent, dat het de nationale autoriteiten verboden is, op basis van de verkregen inlichtingen een procedure tegen de betrokken onderneming te beginnen. Die beperking is voor SEP irrelevant; zij is er immers niet bang voor, dat de Nederlandse autoriteiten de ingewonnen inlichtingen voor dat doel zullen gebruiken, doch vreest enkel, dat zij toegang zullen krijgen tot die inlichtingen en deze in aanmerking zullen nemen bij de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie.

50. In de derde plaats leest SEP een tegenstrijdigheid in de motivering van het arrest. In de eerste alinea van rechtsoverweging 56 legt het Gerecht artikel 20 van verordening nr. 17 aldus uit, dat binnen één en dezelfde overheidsdienst de ene afdeling een document niet mag doorgeven aan de andere; in de tweede alinea van die rechtsoverweging gaat het ervan uit, dat het document wel degelijk bij die andere afdeling terecht kan komen, doch dat dit geen probleem is, omdat die afdeling er geen gebruik van mag maken.

51. In de vierde plaats acht SEP de overweging van het Gerecht, dat het probleem waarom het in deze zaak gaat, telkens zal rijzen wanneer de Commissie de commerciële verhoudingen tussen een particuliere onderneming en een overheidsbedrijf aan een onderzoek onderwerpt, onjuist. Volgens SEP zal het probleem enkel ontstaan wanneer de bevoegde autoriteit in de zin van verordening nr. 17 dezelfde is als de autoriteit die het beleid van het betrokken overheidsbedrijf bepaalt.

52. In de vijfde plaats acht SEP het arrest van het Gerecht ondeugdelijk gemotiveerd omdat het Gerecht geen acht heeft geslagen op het door haar aangevoerde argument, dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door onmiddellijk het Statoil-contract op te vragen in plaats van haar eerst vragen te stellen.

53. In de zesde plaats, zo besluit SEP, is het arrest van het Gerecht ondeugdelijk gemotiveerd omdat het Gerecht ten onrechte ervan is uitgegaan, dat het betoog van SEP gebaseerd was op een risico van schending van het zakengeheim door de Nederlandse overheid. SEP wijst er met klem op, dat zij nu juist betoogde, dat ambtenaren van het directoraat-generaal voor Energie het Statoil-contract op volstrekt legale wijze in handen zouden kunnen krijgen. Er is volgens SEP naar Nederlands recht niets dat eraan in de weg staat, dat ambtenaren die voor dezelfde minister werkzaam zijn, vrij met elkaar communiceren indien die minister zulks verlangt.

54. In verband met de in deze zaak centraal staande kwestie van de vertrouwelijke behandeling rijst een probleem dat voor de gehele discussie van fundamenteel van belang is, maar dat ik thans aan de orde wil stellen. Naar mijn mening kan men zich afvragen, of SEP zich ter betwisting van de geldigheid van de beschikking van de Commissie überhaupt op het vertrouwelijke karakter van het Statoil-contract kon beroepen, daar zij, zoals ik eerder al opmerkte [4], dat argument pas tegen de Commissie in stelling bracht nadat deze de beschikking had vastgesteld. In de

4 — Zie de punten 6 en 7 van deze conclusie.

motivering van haar beschikking kon de Commissie dus niet op dat argument ingaan. De Commissie heeft echter noch in de procedure voor het Gerecht, noch in het kader van deze hogere voorziening bezwaar gemaakt tegen het aan de orde stellen van die vertrouwelijkheidskwestie. Ik acht het dan ook juist, op deze kwestie in te gaan.

55. Het staat buiten kijf, dat SEP er een gerechtvaardigd belang bij heeft om ervoor te zorgen, dat het Statoil-contract niet in handen valt van de op het Nederlandse Ministerie van Economische zaken werkzame ambtenaren die belast zijn met de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie. Gasunie is de voornaamste leverancier van SEP. Statoil neemt wat dit betreft een goede tweede plaats in. Het lijdt geen twijfel, dat de onderhandelingspositie van SEP tegenover Gasunie zou worden ondergraven wanneer degenen die het commerciële beleid van Gasunie bepalen, bekend zouden zijn met de precieze inhoud van de door Statoil jegens SEP toegepaste voorwaarden.

56. De feitelijke situatie in de onderhavige zaak is in zoverre atypisch, dat de twee belangrijkste leveranciers van de onderneming die door de Commissie om inzage van documenten is verzocht, beide overheidsbedrijven zijn, waarvan er één wordt gecontroleerd door de regering van een Lid-Staat. De opstellers van verordening nr. 17 lijken een dergelijke situatie destijds niet voor ogen te hebben gehad; aan de bepalingen van die verordening ligt namelijk de veronderstelling ten grondslag, dat de nationale autoriteiten kennis mogen nemen van alle inlichtingen die aan de Commissie zijn verstrekt door ondernemingen waartegen een onderzoek loopt.

57. Naar mijn mening mag verordening nr. 17 niet aldus worden uitgelegd, dat een bepaalde nationale autoriteit op basis daarvan toegang kan krijgen tot vertrouwelijke informatie die, om dwingende redenen die verband houden met bescherming van het zakengeheim, voor die autoriteit geheim zou moeten blijven. De verordening zou anders onverenigbaar zijn met artikel 214 EEG-Verdrag, volgens hetwelk de instellingen en hun ambtenaren gehouden zijn, „de inlichtingen die naar hun aard vallen onder de geheimhoudingsplicht en met name de inlichtingen betreffende de ondernemingen en hun handelsbetrekkingen of de bestanddelen van hun kostprijzen, niet openbaar te maken".

58. Volgens het Gerecht van eerste aanleg biedt artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 een bevredigende oplossing voor het hierboven gesignaleerde probleem. Volgens die bepaling, die uitvoering geeft aan artikel 214 EEG-Verdrag2 [5], zijn de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten verplicht, „de inlichtingen welke zij bij de toepassing van de verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken". Het Gerecht las in die bepaling geen verbod voor de Commissie om vertrouwelijke documenten openbaar te maken aan nationale autoriteiten. Het was echter van oordeel, dat artikel 20, lid 2, daar het niet alleen de Commissie, maar ook de „bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten" een geheimhoudingsplicht oplegde, eraan in de weg stond, dat het Statoil-contract binnen het Nederlandse Ministerie van Economische zaken zou gaan circuleren.

5 — Arrest van 16 juli 1992, zaak C-67/91, Asociación Española de Banca Privada e. a., Jurispr. 1992, blz. I-4785.

59. In de praktijk betekent dit het volgende: De directie Mededinging van het Ministerie van Economische zaken is de bevoegde Nederlandse autoriteit in de zin van verordening nr. 17 en derhalve ingevolge artikel 10, lid 1, bevoegd tot het in ontvangst nemen van documenten die de Commissie hebben bereikt met het oog op de vaststelling van inbreuken op de mededingingsregels van het Verdrag. Het directoraat-generaal voor Energie van hetzelfde ministerie is niet de bevoegde Nederlandse autoriteit in de zin van verordening nr. 17 en derhalve niet bevoegd tot het in ontvangst nemen van die documenten. Gelet op het vertrouwelijke karakter van het Statoil-contract zou het de directie Mededinging ingevolge artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 verboden zijn, dat contract openbaar te maken aan het directoraat-generaal voor Energie.

60. De redenering die het Gerecht op dit punt volgt, kan mij niet helemaal overtuigen. In de eerste plaats staat niet vast, dat het directoraat-generaal voor Energie geen onderdeel vormt van de bevoegde Nederlandse autoriteit in de zin van artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17. Het is een zaak van het interne recht van de Lid-Staten om te bepalen, welke nationale autoriteit bevoegd is tot het ontvangen van inlichtingen van de Commissie overeenkomstig artikel 10, lid 1. SEP merkt in repliek op, dat in Nederland de voor mededingingsaangelegenheden bevoegde autoriteit het Ministerie van Economische zaken is, te zamen met elk ander ministerie dat de zaak mede aangaat. Zij wijst er ook op, dat in het geval van een onderzoek naar de mededinging in de energiesector het directoraat-generaal voor Energie van het Ministerie van Economische zaken een rol zou spelen. Deze beweringen, waarvoor enige steun is te vinden in een artikel van de hand van professor K. J. M. Mortelmans [6], heeft de Commissie in dupliek niet weersproken.

61. Laten wij er echter voor onze redenering van uitgaan, dat in de nogal technische discussie omtrent de betekenis van het in artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 gebezigde begrip „bevoegde autoriteit" SEP ongelijk blijkt te hebben (en dat dus in het Nederlandse Ministerie van Economische zaken enkel de directie Mededinging, als „bevoegde autoriteit", gerechtigd is tot het in ontvangst nemen van documenten van de Commissie overeenkomstig artikel 10, lid 1). Het valt dan nog steeds moeilijk in te zien, hoe artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 *de facto* kan garanderen, dat ambtenaren van het directoraat-generaal voor Energie de inhoud van het Statoil-contract niet te weten komen. Volgens professor Mortelmans zijn er bij het Nederlandse Ministerie van Economische zaken geen „Chinese walls". [7] Er vinden interne roulaties van ambtenaren plaats en het is derhalve denkbaar, dat een ambtenaar die tijdens zijn tewerkstelling bij de directie Mededinging toegang had tot vertrouwelijke documenten, wordt overgeplaatst naar het directoraat-generaal voor Energie, waar hij wellicht wordt ingeschakeld bij de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie. Zelfs wanneer wij er van uitgaan, dat de betrokken ambtenaren uiterst correct te werk gaan en dat de geheimhoudingsplicht niet wordt geschonden, is het dus mogelijk, dat het Statoil-contract op volstrekt legale wijze in verkeerde handen valt.

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

7 — Zie het in de vorige voetnoot aangehaalde werk, blz. 281.

62. Het Gerecht ziet een oplossing voor dat probleem in artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17, dat bepaalt: „De krachtens de artikelen 11,12,13 en 14 ingewonnen inlichtingen mogen slechts worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd." Ik zie echter niet in, hoe die bepaling SEP de bescherming kan verlenen die haar in casu toekomt. De opmerking, dat het de bij het directoraat-generaal voor Energie werkzame ambtenaren ingevolge artikel 20, lid 1, verboden zou zijn, de in het Statoil-contract vervatte informatie te „gebruiken" bij de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie, is zinloos, daar zij ervan uitgaat dat die ambtenaren de betrokken informatie gewoon kunnen vergeten. Artikel 20, lid 1, verlangt echter niet van ambtenaren — en kan dit ook niet verlangen —, dat zij uit eigen beweging aan geheugenverlies gaan leiden. Dit is door het Hof erkend in zijn arrest in de zaak Asociación Española de Banca Privada e. a. [8]

63. In dat arrest erkende het Hof, dat de nationale autoriteiten bij hun besluit om al dan niet een nationaalrechtelijke procedure te beginnen, rekening mogen houden met de door hen krachtens artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 verkregen inlichtingen, maar dat zij die inlichtingen niet mogen gebruiken in de context van een voorafgaand onderzoek of ter rechtvaardiging van een op basis van mededingingsvoorschriften genomen besluit. Blijkens genoemd arrest betekent het verbod van artikel 20, lid 1, primair, dat de betrokken informatie niet mag worden gebruikt als bewijs in administratieve of rechterlijke procedures; die bepaling verbiedt de nationale autoriteiten echter niet, de verkregen informatie in aanmerking te nemen bij het maken van bepaalde beleidskeuzen. Indien ambtenaren van het directoraat-generaal voor Energie kennis zouden krijgen van de inhoud van het Statoil-contract, zou artikel 20, lid 1, hen dus niet ervan kunnen weerhouden, die informatie te gebruiken bij de bepaling van het beleid van Gasunie.

64. Ik ben dan ook van mening, dat het bestreden arrest moet worden vernietigd op grond dat het Gerecht, door te overwegen dat de leden 1 en 2 van artikel 20 in de omstandigheden van het onderhavige geval voldoende garantie bieden voor de vertrouwelijke behandeling van het Statoil-contract, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

65. Nu ik tot die conclusie ben geraakt, zal ik alle overige argumenten van SEP niet meer in detail onderzoeken. Ik zal echter nog wel ingaan op het door SEP in het kader van haar achtste en laatste middel aangevoerde argument, dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door onverwijld openbaarmaking van het Statoil-contract te verlangen en niet eerst stappen te ondernemen waardoor de belangen van SEP minder zouden worden geschaad, zoals het stellen van vragen.

66. De Commissie betoogt, dat dit onderdeel van het achtste middel ingevolge artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk is, daar het in hogere voorziening wijziging brengt in het voorwerp van het geding voor het Gerecht. Volgens de Commissie heeft SEP het betrokken argument niet naar voren gebracht voor

8 — Zoals aangehaald in voetnoot 5 van deze conclusie (r. o. 39 van het arrest); zie ook punt 26 van mijn conclusie in die zaak.

het Gerecht, hetgeen verklaart waarom het Gerecht er in zijn arrest geen aandacht aan heeft besteed. SEP is van mening, dat het argument slechts een uitwerking is van het door haar voor het Gerecht aangevoerde middel betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel. Volgens de rechtspraak van het Hof, aldus SEP, is een dergelijke uitwerking van een middel in de loop van het geding toelaatbaar. [9]

67. Het betrokken argument lijkt door SEP tijdens de schriftelijke behandeling voor het Gerecht niet met zoveel woorden naar voren te zijn gebracht. In haar verzoekschrift in hogere voorziening stelt SEP, dat zij het argument heeft aangevoerd tijdens de mondelinge behandeling voor het Gerecht, in welke fase van de procedure uiteraard geen nieuw middel kon worden voorgedragen. [10] Van het argument, dat de Commissie haar doel ook met minder drastische middelen had kunnen bereiken, kan naar mijn mening op goede gronden worden gezegd, dat het hier geen nieuw middel betreft, doch veeleer een uitwerking van het middel betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel. Daar SEP zich in verband met de vertrouwelijke behandeling van het Statoil-contract op het evenredigheidsbeginsel beriep, gaf zij daarmee stilzwijgend te kennen, dat het door de Commissie beoogde resultaat haars inziens ook kon worden bereikt met andere middelen, waarbij het risico van schending van de geheimhoudingsplicht minder groot zou zijn. Dat het Gerecht is voorbijgegaan aan de vraag, of er ook andere middelen voorhanden waren, vindt wellicht zijn verklaring in het feit, dat het het risico van schending van de geheimhoudingsplicht hoe dan ook minimaal achtte gezien het bepaalde in artikel 20 van verordening nr. 17.

68. Naar mijn mening is er veel te zeggen voor het standpunt van SEP. Gezien het vertrouwelijke karakter van het Statoil-contract en gezien de ongewoon delicate situatie die in casu ontstond, had de Commissie — toen zij eenmaal van het vertrouwelijke karakter van het contract op de hoogte was gesteld — meer bereidheid aan de dag moeten leggen om SEP gerust te stellen en om te zinnen op middelen ter voorkoming dat vertrouwelijke informatie in handen zou vallen van ambtenaren van het directoraat-generaal voor Energie van het Nederlandse Ministerie van Economische zaken. Toen SEP eenmaal — terecht — kenbaar had gemaakt, dat zij vertrouwelijke behandeling van het contract gewenst achtte, had de Commissie te kennen moeten geven, dat zij artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 aldus zou toepassen, dat aan die wens zou worden tegemoetgekomen. Zij kon niet volstaan met de opmerking, dat het contract wellicht niet zou zijn te rekenen tot „de belangrijkste documenten" die ingevolge die bepaling aan de bevoegde autoriteiten moeten worden toegezonden, of dat zij dienaangaande over een zekere beleidsvrijheid beschikte.

69. SEP kan naar mijn mening echter niet staande houden, dat de Commissie haar verzoek om overlegging van het contract achterwege had moeten laten en in plaats daarvan, bij voorbeeld, vragen over dat contract had moeten stellen. Die bewering lijkt gebaseerd te zijn op een onjuiste opvatting over de werking van artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17. In de — vermoedelijk zeldzame — gevallen waarin de noodzaakvan bescherming van het zakengeheim jegens de nationale autoriteiten is aangetoond, moet

9 — Arrest van 19 mei 1983, zaak 306/81, Verros, Jurispr. 1983, blz. 1755.

10 — Artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg.

die bescherming naar mijn mening niet worden beschouwd als een beperking van de krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 aan de Commissie toekomende bevoegdheid om overlegging van documenten te verlangen, doch als een beperking van de krachtens artikel 10, lid 1, van die verordening op haar rustende verplichting om documenten toe te zenden aan de nationale autoriteiten. Artikel 10, lid 1, behelst geen absolute verplichting om „de belangrijkste documenten" te doen toekomen aan de nationale autoriteiten. Deze bepaling moet worden uitgelegd met inachtneming van de in artikel 214 EEG-Verdrag geformuleerde geheimhoudingsplicht. Zij kan daarom niet aldus worden uitgelegd, dat zij de Commissie verplicht tot schending van die geheimhoudingsplicht.

70. Een dergelijke uitlegging vloeit evenmin voort uit het doel van artikel 10, lid 1. Dat doel is uiteengezet in de zevende overweging van de considerans van de verordening, volgens welke de Commissie bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag nauw moet samenwerken met de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten. In rechtsoverweging 34 van zijn arrest Asociación Española de Banca Privada merkte het Hof op, dat artikel 10, lid 1, een tweeledig doel heeft: enerzijds beoogt het de Lid-Staten in kennis te stellen van gemeenschapsprocedures die lopen tegen op hun grondgebied gevestigde ondernemingen, en anderzijds wil het verzekeren, dat de Commissie beter geïnformeerd is, door deze in de gelegenheid te stellen, de door ondernemingen verstrekte inlichtingen te vergelijken met de informatie en het commentaar van de betrokken Lid-Staat. Er is geen reden om aan te nemen, dat het nastreven van die doeleinden niet zou kunnen samengaan met de bescherming van het zakengeheim.

71. In de zeldzame gevallen waarin het probleem van vertrouwelijke behandeling jegens de nationale autoriteiten zich voordoet, mag de Commissie naar mijn mening wel overlegging van het betrokken document verlangen, doch dient zij zich vervolgens af te vragen, of het, gelet op het vertrouwelijke karakter van het document, niet aangewezen is, toezending ervan aan de nationale autoriteiten achterwege te laten, dan wel dezen een versie van het document te doen toekomen waaruit de vertrouwelijke informatie is geschrapt. In het geval dat alle andere middelen tekortschieten en toezending van het volledige document noodzakelijk lijkt, zou de Commissie een beschikking kunnen vaststellen waarin zij gemotiveerd uiteenzet, waarom het document, niettegenstaande het beweerde vertrouwelijke karakter ervan, toch aan de nationale autoriteiten moet worden toegezonden; een dergelijke beschikking zou de erdoor geraakte partijen de mogelijkheid bieden, deze aan te vechten en zo nodig om voorlopige maatregelen te verzoeken. Waarborging van het soort vertrouwelijke behandeling waarom in deze zaak wordt verzocht, kan in beginsel echter niet leiden tot een beperking van de bevoegdheid van de Commissie om overlegging van documenten te verlangen. Die vertrouwelijke behandeling zou dan op het verkeerde moment worden gewaarborgd. Een onderneming zou misschien overlegging van een document aan de Commissie kunnen weigeren op grond dat dat document informatie bevat die voor de nationale autoriteiten geheim dient te blijven, indien de Commissie tevoren kenbaar had gemaakt, dat zij het document hoe dan ook aan die autoriteiten zou toezenden: daaruit zou namelijk blijken, dat de Commissie voornemens was onwettig te handelen door toepassing van het evenredigheidsbeginsel achterwege te laten. Dat beginsel verlangt, dat het belang dat de onderneming bij vertrouwelijke behandeling van de documenten heeft, naar behoren wordt afgewogen tegen het algemene belang, dat die documenten volledig ter kennis worden gebracht van de nationale autoriteiten.

72. SEP heeft niet gesteld, dat de Commissie onwettig heeft gehandeld op een wijze die, zoals ik hierboven aangaf, haar het recht zou hebben gegeven overlegging van het contract te weigeren. Er zijn evenmin argumenten aangevoerd op basis van artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17, dat naar mijn mening de oplossing voor het gerezen probleem biedt.

Aangezien het arrest van het Gerecht in mijn opvatting moet worden vernietigd en aangezien de door mij voorgestane benadering afwijkt van die welke partijen in de loop van het geding hebben voorgestaan, lijkt het formeel gezien onvermijdelijk, dat de zaak overeenkomstig artikel 54 van 's Hofs Statuut-EEG voor afdoening wordt verwezen naar het Gerecht. Uit praktisch oogpunt daarentegen is verder procederen misschien overbodig: in de door mij verdedigde opvatting heeft de Commissie immers aangetoond, dat zij gerechtigd is overlegging van het betrokken document te verlangen, terwijl SEP van haar kant heeft aangetoond, dat zij recht heeft op vertrouwelijke behandeling van een document dat zakengeheimen bevat en waarvan openbaarmaking aan de nationale autoriteiten haar schade zou kunnen berokkenen. Verder procederen zou daarom zowel voor partijen als voor het Gerecht en het Hof een verspilling van tijd en geld kunnen betekenen.

Kosten

73. Daar de zaak moet worden verwezen naar het Gerecht van eerste aanleg, moet de beslissing omtrent de kosten worden aangehouden. Mocht in dit stadium toch een beslissing omtrent de kosten moeten worden genomen, dan lijkt het mij in alle omstandigheden redelijk om overeenkomstig de artikelen 69, lid 3, en 122 van het Reglement voor de procesvoering te beslissen, dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

Conclusie

74. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

1) Het op 12 december 1991 door het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-39/90 gewezen arrest te vernietigen.

2) De zaak naar het Gerecht van eerste aanleg te verwijzen.

3) De beslissing omtrent de kosten aan te houden.