CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 15 de Dezembro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Este processo tem por objecto o recurso interposto por um produtor neerlandês de electricidade de um acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância que negou provimento ao seu recurso de anulação de uma decisão da Comissão que o intimava a lhe comunicar certos documentos. O processo suscita um problema importante. A questão, em si mesma, é simples, mas foi muito complicada ao longo dos autos.

O contexto do processo

2. A recorrente é a Samenwerkende Elektriciteits-produktiebedrijven NV (a seguir «SEP»). Como a sua denominção implica, a SEP é constituída sob forma de *naamloze vennootschap* (sociedade anónima de direito neerlandês). Segundo o acórdão impugnado, a SEP agrupa os quatro produtores neerlandeses de «utilidade pública». As partes nos autos estão em desacordo quanto à questão de saber se a SEP é uma empresa privada ou pública; mas a discussão baseou-se parcialmente no pressuposto de que é uma empresa privada. É ponto assente que a SEP tem o dever legal de procurar produzir a electricidade ao mais baixo preço possível para o consumidor, mantendo embora a segurança do abastecimento.

3. Nos Países Baixos, 50% da electricidade é produzida a partir de gás natural. O principal fornecedor da SEP em gás natural é a NV Nederlandse Gasunie (a seguir «Gasunie»), que beneficia nos Países Baixos de um monopólio de facto relativamente ao fornecimento de gás natural. Verifica-se que a totalidade do gás natural extraído no território neerlandês deve ser-lhe proposto para compra. A Gasunie é uma sociedade mista, no sentido de que é detida em 50% pelo Estado neerlandês e em 50% pelas companhias petrolíferas Shell e Esso. As decisões essenciais em matéria de política de compra e venda da Gasunie estão sujeitas à aprovação do ministro neerlandês dos Assuntos Económicos.

4. Em 16 de Junho de 1989, a SEP celebrou um contrato de fornecimento de gás com a empresa norueguesa Statoil (a seguir «contrato Statoil»). Anteriormente, a Statoil ainda não tinha acedido ao mercado neerlandês do gás e a SEP celebrado um contrato desse tipo com outra sociedade que não a Gasunie, que continua, todavia, a ser o seu principal fornecedor.

* Língua original: inglês.

5. A celebração do contrato Statoil conduziu a Gasunie a negociar um «código de colaboração» com a SEP. As negociações começaram no segundo trimestre de 1989 e a versão final desse código foi adoptada em 9 de Abril de 1990. No final de 1989, a Comissão teve conhecimento do contrato Statoil e das negociações entre a SEP e a Gasunie. A Comissão instaurou um inquérito para analisar a compatibilidade dos acordos entre a SEP e a Gasunie com as normas de concorrência do Tratado CEE.

6. Em 6 de Março de 1990, a Comissão solicitou à SEP que lhe comunicasse determinados documentos, entre os quais o código de colaboração e o contrato Statoil. Este pedido foi feito nos termos do artigo 11.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 do Conselho [1] que autoriza a Comissão a «obter... todas as informações necessárias nomeadamente junto das empresas e associações de empresas». Em resposta a este pedido, a SEP enviou em 9 de Abril de 1990 à Comissão a versão final do código de colaboração celebrado com a Gasunie, assim como um projecto anterior do referido código, mas recusou-se a enviar o contrato Statoil. Sustentava que esse contrato nada tinha a ver com o código de colaboração, sem invocar, nessa fase, o seu carácter confidencial.

7. Após uma nova troca de correspondência entre a SEP e a Comissão, esta última adoptou a decisão impugnada em 2 de Agosto de 1990 ao abrigo do artigo 11.°, n.° 5, do Regulamento n.° 17. Esta decisão intimava a SEP a fornecer à Comissão, no prazo de dez dias, o contrato Statoil e a correspondência a ele relativa. Numa carta de 16 de Agosto de 1990, a SEP persistiu na sua recusa de comunicar o contrato Statoil, invocando, pela primeira vez, a sua natureza confidencial. Propunha também explicar a sua atitude numa reunião com o director-geral da concorrência da Comissão. Por carta de 30 de Agosto de 1990, a Comissão rejeitou essa proposta e respondeu que a natureza confidencial do contrato Statoil não era susceptível de justificar a recusa da sua comunicação pela SEP, estando a Comissão vinculada pelo segredo profissional nos termos do artigo 20.° do Regulamento n.° 17. Como os n.os 1 e 2 do artigo 20.° desempenharam um papel fulcral neste litígio, é útil recordá-los agora. Dispõem o seguinte:

«1. As informações obtidas nos termos dos artigos 11.°, 12.°, 13.° e 14.° só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido pedidas.

2. Sem prejuízo do disposto nos artigos 19.° e 21.°, a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-membros, bem como os seus funcionários e outros agentes, são obrigados a não divulgar as informações obtidas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional.»

8. Numa carta de 12 de Setembro de 1990, a SEP esclareceu ter invocado a natureza confidencial do contrato Statoil por temer que as

1 — JO 13 de 21.2.1962; EE 08 F1 p. 22.

suas estipulações fossem levadas ao conhecimento do Governo neerlandês que é o principal accionista da Gasunie. Ora, era previsível que tal ocorresse se o contrato fosse enviado à Comissão, uma vez que esta última estaria obrigada a transmitir uma cópia às autoridades neerlandesas competentes em conformidade com o disposto no artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, que prevê que a Comissão «transmitirá imediatamente às autoridades competentes dos Estados-membros cópia... dos documentos mais importantes que lhe sejam dirigidos tendo em vista declarar verificadas as infracções ao disposto no artigo 85.° ou no artigo 86.°do Tratado». Na mesma carta, a SEP propunha à Comissão tomar conhecimento do contrato Statoil, na condição de não ser feita qualquer cópia do mesmo, de modo a esta poder verificar não ser esse contrato necessário à apreciação do código de colaboração celebrado com a Gasunie.

9. Por carta de 24 de Setembro de 1990, a Comissão rejeitou essa proposta, com fundamento em que a mesma não preenchia as condições exigidas pelo artigo 11.° do Regulamento n.° 17. Acrescentava que o artigo 10.° desse regulamento lhe concede uma margem de apreciação suficiente no que se refere à comunicação dos documentos aos Estados-membros e que não havia qualquer razão para lhes comunicar o contrato Statoil se, como a SEP sustentava, a sua execução não pudesse ser influenciada pelo código de colaboração.

Antecedentes processuais do litígio

10. Em 26 de Setembro de 1990, a SEP interpôs no Tribunal de Primeira Instância recurso de anulação da decisão da Comissão de 2 de Abril de 1990, registado como o processo T-39/90. Na mesma data, a SEP apresentou também um pedido de medidas provisórias, que foi indeferido em 21 de Novembro de 1990 pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância. Por decisão de 26 de Novembro de 1990, a Comissão, nos termos do artigo 11.°, n.° 5, e do artigo 16.°, n.° 1, alínea c), do Regulamento n.° 17, aplicou à SEP uma sanção pecuniária compulsória de 1 000 ecus por cada dia de atraso no cumprimento das obrigações referidas na decisão de 2 de Agosto de 1990. Em consequência, a SEP enviou à Comissão o contrato Statoil, sob reserva expressa de todos os seus direitos.

11. Em 14 de Dezembro de 1990, a SEP recorreu para o Tribunal de Justiça do despacho proferido pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância. Na mesma data, a SEP formulou também um pedido de suspensão da execução da decisão da Comissão de 2 de Agosto de 1990. A título subsidiário, requereu ao Tribunal de Justiça que proibisse à Comissão de fornecer aos Estados-membros cópia do contrato Statoil até o Tribunal de Primeira Instância ter decidido no recurso de anulação interposto da decisão impugnada ou até o Tribunal de Justiça ter proferido um acórdão definitivo no recurso interposto pela SEP do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância. Finalmente, em 23 de Janeiro de 1991, a SEP interpôs um segundo recurso do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância, pedindo ao Tribunal de Justiça que ordene à Comissão a restituição do contrato Statoil.

12. Por despacho de 3 de Maio de 1991, o presidente do Tribunal de Justiça tomou conhecimento da desistência da SEP dos seus pedidos de medidas provisórias, na sequência do compromisso assumido pela Comissão de não comunicar o conteúdo do contrato Statoil às autoridades dos Estados-membros antes de o Tribunal de Primeira Instância ter decidido no recurso de anulação interposto pela SEP da decisão impugnada. O Tribunal de Primeira Instância negou provimento a esse recurso por acórdão de 12 de Dezembro de 1991 [2]. É este acórdão que constitui o objecto do presente recurso.

O acórdão recorrido

13. No Tribunal de Primeira Instância, a SEP invocou três fundamentos de anulação: a) a decisão impugnada viola o artigo 11.° do Regulamento n.° 17; b) não está suficientemente fundamentada; e c) viola o princípio da proporcionalidade.

14. No que respeita ao primeiro fundamento, a SEP sustentou que o contrato Statoil não era necessário — na acepção do artigo 11.° do Regulamento n.° 17 — para o inquérito da Comissão, que tinha por objecto a apreciação da compatibilidade com o artigo 85.° do Tratado do código de colaboração celebrado entre a SEP e a Gasunie. Ao exigir, na decisão impugnada, a comunicação do contrato Statoil, a Comissão modificou o objecto do seu inquérito. Segundo a SEP, a Comissão efectuava um inquérito sectorial sobre o mercado neerlandês do gás, que é regulado pelo artigo 12.° do Regulamento n.° 17.

15. Com o seu segundo fundamento, a SEP invocava a insuficiência de fundamentação da decisão impugnada, não podendo as razões invocadas pela Comissão justificar o pedido de comunicação do contrato Statoil, na medida em que modificavam o objecto do inquérito.

16. Com o seu terceiro fundamento, a SEP sustentou que o pedido de comunicação do contrato Statoil violava o princípio da proporcionalidade, devido à natureza confidencial do contrato. Nos termos do artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, a Comissão estaria obrigada a enviar uma cópia desse contrato às autoridades competentes dos Estados-membros. Nos Países Baixos, a autoridade competente era a Direcção-Geral da Concorrência do Ministério dos Assuntos Económicos. Um outro serviço do mesmo ministério — a Direcção-Geral da Energia — era responsável pela definição da política comercial da Gasunie. A SEP argumentou que a sua capacidade negocial enquanto comprador de gás natural seria afectada caso as pessoas responsáveis pela definição da política comercial do seu principal fornecedor (Gasunie) conhecessem as condições propostas pelo seu outro fornecedor (Statoil).

17. No seu acórdão de 12 de Dezembro de 1991, o Tribunal de Primeira Instância não acolheu nenhum dos três fundamentos invocados pela SEP. Quanto ao primeiro, o Tribunal considerou que o objecto do inquérito da Comissão foi sempre o de determinar

2 — Colect. 1991, p. II-1497.

quais eram as relações existentes entre a SEP e a Gasunie, que culminaram com a celebração de um acordo (o código de colaboração) que suspeitava ser contrário ao artigo 85.° do Tratado. A Comissão tinha o direito de solicitar a comunicação de qualquer documento que legitimamente pudesse considerar como tendo qualquer relação com a infracção alegada. Existia um anexo suficiente entre o contrato Statoil e o código de colaboração, pois que ambos os acordos foram celebrados pela SEP com dois dos seus fornecedores de gás natural. Acresce ainda que, para além da proximidade no tempo entre os dois acordos, a SEP tinha admitido que o contrato Statoil tinha conduzido a Gasunie a negociar com a recorrente um código de colaboração. O contrato Statoil constituía uma «informação necessária», na acepção do artigo 11.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, uma vez que fazia parte do contexto económico do código de colaboração.

18. Quanto ao segundo fundamento, o Tribunal de Primeira Instância salientou que, na decisão impugnada, a Comissão tinha feito expressamente referência à necessidade de conhecer o contexto económico do código de colaboração e tinha referido o facto de que num projecto anterior se tinha encarado a hipótese de os fornecimentos da Statoil à SEP poderem vir a ser subordinados à aprovação da Gasunie. O Tribunal de Primeira Instância declarou que tal era fundamento suficiente para demonstrar a existência de um nexo entre o contrato Statoil e o código de colaboração.

19. Quanto ao terceiro fundamento, o Tribunal de Primeira Instância observou que a aplicação do artigo 11.° do Regulamento n.° 17 está, com efeito, subordinada ao respeito do princípio da proporcionalidade; a obrigação de fornecer uma informação não deve, portanto, impor à empresa em questão um encargo desproporcionado relativamente às necessidades do inquérito. Todavia, o Tribunal considerou que a comunicação do contrato Statoil não impunha um encargo desproporcionado à SEP. Ainda que a Comissão transmitisse o contrato às autoridades neerlandesas nos termos do artigo 10.°, n.° 1, do regulamento n.° 17, a natureza confidencial desse documento ficaria garantida pelo artigo 20.° do Regulamento, que impõe à Comissão e às autoridades competentes dos Estados-membros respeitarem a natureza confidencial de documentos abrangidos pelo segredo profissional.

O recurso da SEP

20. No seu recurso, a SEP invoca oito fundamentos diferentes agrupados em três partes que correspondem aos três fundamentos invocados no Tribunal de Primeira Instância. Estes oito fundamentos são invocados em apoio de dois argumentos principais: em primeiro lugar, a comunicação do contrato Statoil não era necessária para os efeitos do inquérito da Comissão sobre as relações entre a SEP e a Gasunie (fundamentos 1 a 5); e, em segundo lugar, a comunicação do contrato Statoil imporia à SEP um encargo desproporcionado, tendo em conta a a natureza confidencial do contrato e do risco de que seja levado ao conhecimento das pessoas que definem a política comercial da Gasunie (fundamentos 6 a 8).

Primeiro fundamento de recurso: o Tribunal de Primeira Instância interpretou incorrectamente o artigo 11.° do Regulamento n.° 17 ao considerar que a exigência da «necessidade» mais não significa do que uma «correlação entre o pedido de informações e a infracção presumida»

21. Não creio que este fundamento mereça provimento. É exacto que certas passagens do acórdão do Tribunal de Primeira Instância sugerem uma definição muito lata do termo «necessárias» constante do artigo 11.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17. Assim, por exemplo, na última frase do n.° 29 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância faz referência à «exigência de correlação entre o pedido de informações e a infracção presumida» e afirma que esta exigência fica preenchida desde que o pedido «se possa legitimamente considerar relacionado com a infracção presumida». Uma simples relação entre um documento e a infracção presumida não é suficiente para justificar um pedido de comunicação do referido documento; a relação deve ser de tal natureza que a Comissão possa razoavelmente pressumir, no momento do pedido, que o documento lhe facilitará a verificação da existência da infracção presumida.

22. Todavia, no caso em apreço, não se pode pôr em causa o facto de que o nexo existente entre o contrato Statoil e o código de colaboração é suficientemente próximo para justificar o pedido da Comissão. A este respeito, as razões indicadas pelo Tribunal de Primeira Instância no n.° 31 do seu acórdão são convincentes. Aí se indica que a SEP era simultaneamente parte no contrato Statoil e no código de colaboração e que em cada um desses acordos a outra parte era um dos seus fornecedores de gás natural. O Tribunal também referiu a proximidade no tempo entre o contrato e o código, tendo este último sido adoptado pouco após a celebração do primeiro. Considerou que o contrato era, portanto, necessário para permitir à Comissão apreciar o contexto económico em que se inscrevia o código de colaboração.

23. Mas o elemento decisivo é o sublinhado pelo Tribunal de Primeira Instância no terceiro parágrafo do n.° 31: ou seja, que — como a própria SEP reconheceu — foi a celebração do contrato Statoil que levou a Gasunie a negociar o código de colaboração com a SEP. Dado este nexo de causalidade directo entre o contrato e o código, não vejo como se possa seriamente argumentar com a falta de pertinência de um no âmbito de um inquérito sobre a presumida ilegalidade do outro.

Segundo fundamento de recurso: a fundamentação apresentada pelo Tribunal de Primeira Instância em apoio da inexistência de violação dio artigo 11.° do Regulamento n.° 17 é insuficiente e incorrecta

24. A SEP critica a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que a Comissão não alargou o objecto do seu inquérito na decisão impugnada. Segundo a SEP, o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância é incorrecto a vários títulos.

25. Em particular, a SEP sustenta que o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta o seu argumento no sentido de que, na decisão impugnada, a Comissão tratou o

código de colaboração e o contrato Statoil como constituindo conjuntamente o objecto do seu inquérito. Segundo a SEP, a Comissão reconheceu isso mesmo em algumas das passagens das peças processuais que apresentou no Tribunal de Primeira Instância.

26. A SEP refere o n.° 27 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, no qual este último observou que a comunicação do contrato Statoil era pedida pela Comissão porque era necessário para apreciar a regularidade do código de colaboração, através da verificação da incidência do referido código sobre o contrato. O Tribunal remetia a este respeito para o sexto considerando da decisão impugnada. Segundo a SEP, esse considerando de modo algum corrobora essa conclusão. A SEP invoca, em particular, que a Comissão declara nesse considerando que o contrato Statoil pode constituir um acordo susceptível de afectar a concorrência no mercado comum.

27. A SEP invoca ainda que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância não está suficientemente fundamentado na medida em que não teve em conta o facto de que a Comissão deveria ter feito prova da existência da necessidade no momento em que pediu a comunicação do contrato Statoil. A SEP remete para o n.° 28 do acórdão, no qual o Tribunal de Primeira Instância declarou que a referência suplementar, na decisão impugnada, à eventual irregularidade do contrato Statoil não podia ter por efeito modificar o objecto do processo de inquérito, atendendo ao claro e explícito conteúdo do pedido inicial e da decisão impugnada, «bem como aos esclarecimentos prestados pela Comissão na audiência». Segundo a SEP, os esclarecimentos prestados pela Comissão na audiência chegaram demasiado tarde para justificar o pedido de comunicação do contrato Statoil.

28. Segundo a Comissão, este fundamento não deve ser acolhido pois respeita à apreciação dos factos, que, de resto, foi suficientemente fundamentada pelo Tribunal de Primeira Instância.

29. Este fundamento é complexo e suscita diferentes problemas, mas todos dizem principalmente respeito à definição do objecto do inquérito da Comissão. O argumento de base da SEP é de que a Comissão criou uma confusão quanto ao objecto do seu inquérito devido às declarações ambíguas feitas no seu pedido inicial de documentos (a carta de 6 de Março de 1990) e na decisão impugnada.

30. No entendimento da SEP, não se sabe claramente se o objecto do inquérito é apenas o código de colaboração, ou simultaneamente o código e o contrato Statoil, ou ainda se a Comissão efectua um inquérito sectorial sobre o mercado neerlandês do gás. A importância deste elemento é de quando a Comissão formula um pedido de informações ao abrigo do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, o n.° 3 dessa disposição obriga-a a indicar «o objectivo do pedido», o que evidentemente significa que deve identificar a infracção presumida às normas da concorrência. A natureza necessária da informação deve ser apreciada relativamente ao objectivo mencionado no pedido de informações. O objectivo deve ser indicado com suficiente precisão, sob pena de não ser possível determinar se a informação é necessária e o Tribunal de Justiça não poder exercer a sua fiscalização. No que respeita ao argumento da SEP segundo o qual a Comissão efectua, na realidade, um inquérito sectorial sobre o mercado neerlandês do gás nos termos do artigo 12.° do Regulamento n.° 17, a sua importância reside no facto de que, no contexto de semelhante inquérito, a Comissão não está obrigada a concentrar a

sua atenção sobre uma determinada infracção presumida.

31. Apesar de a Comissão agora insistir em que o objecto do seu inquérito era o código de colaboração entre a SEP e a Gasunie e que a comunicação do contrato Statoil apenas era necessária para esclarecer o contexto económico desse código, deu por vezes a impressão de que, em vez de ter um interesse acessório, o contrato Statoil podia, em si mesmo, constituir uma infracção ao artigo 85.°

32. Assim, na carta de 6 de Maio de 1990, cujo objecto é referido como sendo o «acordo entre a SEP e a Gasunie», a Comissão menciona esse acordo (o código de colaboração) e o contrato Statoil e afirma seguidamente que pretende receber informações sobre os dois acordos para poder apreciar a compatibilidade «desse acordo (dos acordos)» [3] com as normas de concorrência do Tratado. Um outro elemento de confusão foi criado pelo sexto considerando da decisão impugnada onde se afirma expressamente que o contrato Statoil pode constituir um acordo susceptível de afectar a concorrência no mercado comum.

3 — No n.° 27 do seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância cita esta parte da carta de 9 de Março de 1990 e indica que interpreta a expressão «desses acordos» como referindo-se exclusivamente aos acordos celebrados entre a SEP e a Gasunie. Todavia, parece evidente que a Comissão se referia ao código de colaboração e ao contrato Statoil.

33. Nos n.os 27 e 28 do seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância admitiu que a Comissão tinha criado uma certa confusão quanto ao objecto do seu inquérito e recordou que ela tinha reconhecido na audiência o risco de erro introduzido pelo sexto considerando da decisão impugnada. Contudo, o Tribunal considerou que a Comissão tinha esclarecido suficientemente, quer na carta de 6 de Março de 1990 quer na decisão impugnada, que o objecto principal do seu inquérito era o código de colaboração celebrado entre a SEP e Gasunie e que o contrato Statoil apenas tinha um interesse acessório, na medida em que fazia parte do contexto económico e podia possibilitar à Comissão analisar os efeitos do código de colaboração sobre a concorrência.

34. Não creio que se possa afirmar que esta conclusão do Tribunal de Primeira Instância esteja errada ou que não foi suficientemente fundamentada. É certo que nos podemos interrogar se foi com razão que o Tribunal deu a entender (no terceiro parágrafo do n.° 28) que uma clarificação do objecto do inquérito podia utilmente ser feita na audiência. A Comissão deve invocar claramente o objecto do seu inquérito no pedido inicial de informações e na decisão formal que (eventualmente) exija a comunicação de documentos ao abrigo do artigo 11.°, n.° 5, do Regulamento n.° 17. Caso não esteja claro qual é o objecto do inquérito nessas fases, a empresa em questão não estará em condições de verificar se tem motivos para recusar o pedido inicial e impugnar a decisão formal perante o Tribunal de Primeira Instância. Não é suficiente o fornecimento de esclarecimentos na audiência.

35. Todavia, não creio que este esta fraqueza do raciocínio do Tribunal de Primeira Instância seja suficientemente séria para justificar a anulação do acórdão que é objecto do recurso. Mesmo na falta do esclarecimento fornecido pela Comissão durante a audiência, o Tribunal de Primeira Instância podia correctamente considerar que resultava claramente dos teores da carta de 6 de Março de 1990 e da decisão impugnada que o inquérito da Comissão dizia principalmente respeito ao código de colaboração celebrado entre a SEP e a Gasunie e que o contrato Statoil tinha um interesse puramente acessório.

Terceiro fundamento de recurso: foi incorretamente que o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta o argumento invocado pela SEP de que, tendo a Comissão admitido que, de facto, efectuava um inquérito sobre o mercado neerlandês do gás, esse inquérito devia ter por base não o artigo 11.° do Regulamento 17.° mas o artigo 12.°

36. O argumento da SEP é de que a Comissão efectua na realidade um inquérito sobre o mercado neerlandês do gás em geral e não sobre as relações entre a SEP e a Gasunie. Portanto, devia agir nos termos do artigo 12.° do Regulamento n.° 17 e não do artigo 11.° O artigo 12.°, n.° 1, autoriza a Comissão a pedir «às empresas deste sector económico as informações necessárias para a aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.° e 86.° do Tratado e para o desempenho das tarefas que lhe estão confiadas». Quando actue ao abrigo do artigo 12.°, a Comissão deve também indicar «os fundamentos jurídicos e o objectivo» do pedido de informações, visto que o disposto no artigo 11.°, n.° 3, é aplicável por analogia por força do artigo 12.°, n.° 4. Pelo contrário, não está obrigada a referir-se a uma infracção específica, mas deve simplesmente indicar que determinadas circunstâncias fazem presumir que no sector económico considerado a concorrência se encontra restringida ou falseada (v. o artigo 12.°, n.° 1). Ao afirmar que actua em aplicação do artigo 11.° quando, na realidade, o faz nos termos do artigo 12.°, a Comissão — se bem entendo o argumento da SEP — comete uma ilegalidade.

37. A fraqueza deste argumento é que dificilmente se vê qual é a vantagem que a Comissão poderia obter com o facto de esconder a verdadeira natureza do seu inquérito do modo invocado. Pelo contrário, os seus poderes de investigação nos termos do artigo 12.° do Regulamento n.° 17 são, no mínimo, mais vastos e menos limitados do que aqueles que possui nos termos do artigo 11.°

38. É possível, claro está, que a Comissão pretenda investigar uma presumida infracção específica na indústria do gás e simultaneamente efectuar um inquérito geral sobre o mercado do gás. Estando a Comissão em condições de fazer prova do seu direito a ter acesso a um documento devido às necessidades de um inquérito sobre uma infracção específica, não vejo porque razão perderia o direito de consultar esse documento pelo facto de também ser pertinente para um inquérito geral. Portanto, sou do entendimento de que este fundamento não deve ser acolhido.

Quarto fundamento de recurso: O Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 190.° do Tratado CEE ao declarar que a decisão da Comissão estava suficientemente fundamentada

39. Não é necessário perder muito tempo com este fundamento, uma vez que não parece suscitar qualquer argumento que não tenha sido já avançado no âmbito do segundo fundamento de recurso.

40. A SEP sustenta que a decisão impugnada tinha por base uma fundamentação ambígua, na medida em que a Comissão não precisou se o contrato Statoil constituía, em si mesmo, o objecto do inquérito ou se tinha um interesse puramente acessório no contexto do inquérito sobre a legalidade do código de colaboração. De onde resulta, segundo a SEP, que a decisão impugnada, não contendo uma exposição adequada dos fundamentos em que se baseia, é contrária ao artigo 190.° do Tratado.

41. O que afirmei a propósito do segundo fundamento mostra claramente que, embora admitindo que a Comissão criou uma certa confusão sobre o objecto do inquérito, resulta nitidamente da carta de 6 de Março do 1990 e da decisão impugnada que o objecto principal do inquérito da Comissão era o código de colaboração, tendo o contrato Statoil apenas um interesse acessório. De onde se conclui que a decisão impugnada não enferma da insuficiente fundamentação que invoca a SEP.

Quinto fundamento de recurso: o Tribunal de Primeira Instância não fundamentou suficientemente a rejeição do fundamento da SEP de que a decisão impugnada não está suficientemente fundamentada

42. Este fundamento apenas retoma os elementos já invocados no âmbito do quarto fundamento, o qual — como já observei — reitera os argumentos avançados no âmbito do segundo fundamento de recurso. Não creio que seja necessário repetir uma terceira vez as razões pelas quais esses argumentos não me convencem.

Sexto, sétimo e oitavo fundamentos de recurso: o Tribunal de Primeira Instância violou ou interpretou erradamente o artigo 20.° do Regulamento n.° 17 e fundamentou insuficientemente a sua declaração de que a decisão impugnada não viola o princípio da proporcionalidade

43. Como estes três últimos fundamentos de recurso em grande medida se sobrepõem, vou tratá-los conjuntamente. Têm como tema comum ter a decisão impugnada violado o princípio da proporcionalidade ao requerer à SEP que comunicasse à Comissão um documento confidencial que seguidamente seria transmitido às autoridades nacionais competentes, entre as quais a Direcção-Geral da Concorrência do Ministério neerlandês dos Assuntos Económicos; o documento em questão tinha desse modo todas as hipóteses de chegar às mãos dos funcionários da Direcção-Geral da Energia do mesmo ministério, que estão encarregados

de definir a política comercial da Gasunie. A SEP sustenta que tem um interesse legítimo em que não seja permitido às pessoas que controlam a política comercial do seu principal fornecedor (Gasunie) tomar conhecimento das estipulações do contrato que celebrou com um outro fornecedor (Statoil).

44. O Tribunal de Primeira Instância considerou que semelhante risco de violação do segredo profissional estaria excluído, por as autoridades neerlandesas estarem, como a Comissão, sujeitas às disposições do artigo 20.° do Regulamento n.° 17. Em seu entender, esse artigo proíbe às autoridades neerlandesas não apenas divulgar os documentos confidênciais a pessoas exteriores ao sector da administração em questão, mas também fazê-los circular no seio do sector em questão. Portanto, estaria vedado aos funcionários da Direcção-Geral da Concorrência divulgar as estipulações do contrato Statoil aos funcionários da Direcção-Geral da Energia. O Tribunal observou também que o artigo 20.° do Regulamento n.° 17 proíbe às autoridades nacionais, às quais o contrato Statoil possa ser transmitido, utilizarem as informações nele contidas para definir a política comercial da Gasunie.

45. No que se refere à insistência da SEP sobre a especificidade do presente litígio, o Tribunal de Primeira Instância declarou (no n.° 57) que a mesma questão pode colocar-se sempre que um inquérito da Comissão ponha em causa as relações comerciais entre uma empresa privada e uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista; situações desse tipo que, na prática, são frequentes, não atribuiriam qualquer especificidade ao inquérito da Comissão e, em consequência, não se poderão traduzir em qualquer atenção especial no âmbito de aplicação do Regulamento n.° 17.

46. Quanto à invocada inexistência de regras administrativas que garantam que as informações confidenciais não circularão pelas diferentes direcções do Ministério dos Assuntos Económicos neerlandês, o Tribunal de Primeira Instância afirmou que tal não permite presumir que as autoridades neerlandesas não respeitarão as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 20.° do Regulamento n.° 17.

47. O Tribunal de Primeira Instância considerou que os limites impostos aos Estados-membros pelo artigo 20.°, tanto no que se refere à divulgação como à utilização das informações que lhes sejam transmitidas nos termos do n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, constituem garantia suficiente para a SEP. Pelo que concluiu que a decisão impugnada não implica o risco excessivo alegado pela SEP e que, em consequência, não viola o princípio da proporcionalidade (n.° 60).

48. A SEP formula um certo número de críticas contra esta parte do acórdão do Tribunal de Primeira Instância. Em primeiro lugar, afirma que o artigo 20.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 não enuncia a proibição que nele viu o Tribunal de Primeira Instância no que se refere à circulação de documentos no seio dos serviços de uma autoridade nacional.

49. Em segundo lugar, a SEP defende que o artigo 20.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, que dispõe que as informações obtidas nos termos dos artigos 11.° a 14.° só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido pedidas, apenas significa que as autoridades nacionais não podem agir judicialmente contra a empresa em causa com base nas informações obtidas. Esta limitação não tem qualquer utilidade para a SEP, que não receia que as autoridades neerlandesas utilizem a informação para esse efeito, mas simplesmente que a elas tenham acesso e as tenham inevitavelmente em conta para a definição da política comercial da Gasunie.

50. Em terceiro lugar, a SEP sustenta que há uma contradição no raciocínio do Tribunal de Primeira Instância. No primeiro parágrafo do n.° 56 do seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância interpreta o artigo 20.° do Regulamento n.° 17 como proibindo a um sector de um serviço administrativo comunicar um documento a outro sector; no segundo parágrafo do mesmo número, o Tribunal de Primeira Instância afirma, pelo contrário, que o documento pode validamente ser levado ao conhecimento desse outro sector, sem que isso levante um problema, uma vez que esse outro sector não poderá fazer uso das informações em questão.

51. Em quarto lugar, a SEP invoca que foi incorrectamente que o Tribunal de Primeira Instância declarou que o mesmo problema se colocará sempre que o inquérito da Comissão diga respeito às relações comerciais entre uma empresa privada e uma empresa pública. Segundo a SEP, o problema apenas se colocará quando a autoridade competente, na acepção do Regulamento n.° 17, for a mesma que define a política da empresa pública.

52. Em quinto lugar, o acórdão não está suficientemente fundamentado porque não teve em conta o argumento invocado pela SEP de que a Comissão violou o princípio da proporcionalidade ao ter exigido imediatamente a transmissão do contrato Statoil em vez de ter começado por colocar questões.

53. Em sexto lugar, a SEP sustenta que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância está incorrectamente fundamentado, na medida em que considerou incorrectamente que o seu argumento tinha por base o risco da violação do segredo profissional por parte das autoridades neerlandesas. A SEP insiste em que o seu argumento era de que o contrato Statoil poderia ser legitimamente levado ao conhecimento dos funcionários da Direcção-Geral da Energia. Em direito neerlandês, nada impede aos funcionários que trabalham para o mesmo ministro trocarem livremente entre si informações se for essa a vontade do ministro.

54. A questão da confidencialidade, que surge como estando no fulcro do litígio, suscita uma dificuldade que é fundamental para a totalidade da argumentação exposta, mas que é oportuno referir nesta fase. Em meu entender, é possível questionar se a SEP podia em todo o caso invocar a questão da confidencialidade para impugnar a decisão da Comissão, uma vez que, como já referi anteriormente [4], só suscitou essa questão após a decisão ter sido adoptada. Por conseguinte, a

4 — V. n.os 6 e 7.

Comissão não teve a possibilidade de abordar essa questão na fundamentação da sua decisão. Contudo, a Comissão não se opôs a que essa questão fosse suscitada no Tribunal de Primeira Instância ou no âmbito do presente recurso. Nestas condições, creio que convém analisá-la.

55. Não há dúvida de que a SEP tem um interesse legítimo em lhe seja garantido que o contrato Statoil não será levado ao conhecimento dos funcionários do Ministério dos Assuntos Económicos neerlandês que estão encarregados de definir a política comercial da Gasunie. Com efeito, essa empresa é o principal fornecedor da SEP, sendo a Statoil o seu segundo fornecedor. O poder de negociação da SEP relativamente à Gasunie ficaria manifestamente comprometido se as pessoas que definem a política comercial dessa empresa conhecessem as condições precisas que foram oferecidas pela Statoil à SEP.

56. A matéria de facto dos presentes autos é atípica, na medida em que os dois principais fornecedores da empresa à qual a Comissão pediu a comunicação de documentos são ambos empresas do Estado, sendo uma delas controlada pelo Governo de um Estado-membro. O legislador não parece ter tido esse tipo de situação em conta quando redigiu o Regulamento n.° 17 e previu que as autoridades nacionais têm o direito de receber qualquer informação que tenha sido fornecida à Comissão por empresas que estão a ser objecto de um inquérito.

57. Em minha opinião, o regulamento não deve ser interpretado no sentido de permitir a determinada autoridade nacional ter acesso a informações confidenciais que, por razões imperativas de segredo profissional, não lhe devem ser divulgadas. Qualquer outra interpretação do Regulamento n.° 17 será incompatível com o artigo 214.° do Tratado, que dispõe que as instituições e seus funcionários estão obrigados «a não divulgar as informações que, por sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional, designadamente as respeitantes às empresas e respectivas relações comerciais ou elementos dos seus preços de custo».

58. O Tribunal de Primeira Instância considerou que o artigo 20.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 fornece uma solução satisfatória para o problema em questão. Esta disposição, que dá execução ao artigo 214.° do Tratado [5], impõe à Comissão e às autoridades competentes dos Estados-membros a obrigação de «não divulgar as informações obtidas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo segredo profissional». O Tribunal de Primeira Instância não interpretou esta disposição como proibindo à Comissão a divulgação de documentos confidenciais às autoridades nacionais; pelo contrário, como o artigo 20.°, n.° 2, impõe a obrigação de respeitar o segredo profissional não apenas à Comissão, mas também às «autoridades competentes dos Estados-membros», considerou que essa disposição proíbe a um sector do Ministério dos Assuntos Económicos neerlandês comunicar o contrato Statoil a um outro sector do mesmo ministério.

5 — V. o processo C-67/91, Asociacíon Española de Banca Privada (Colect., 1992, p. I-4785).

59. Na prática, isto significa o seguinte: a Direcção-Geral da Concorrência do Ministério dos Assuntos Económicos é a autoridade neerlandesa competente para os efeitos do Regulamento n.° 17 e, portanto, por força do artigo 10.°, n.° 1, é a autoridade habilitada a receber os documentos comunicados à Comissão para a fiscalização de infracções às normas da concorrência do Tratado. A Direcção-Geral da Energia do mesmo ministério não é a autoridade neerlandesa competente para efeitos do Regulamento n.° 17 e, portanto, não tem o direito de receber esses documentos. O artigo 20.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 proíbe à Direcção-Geral da Concorrência a comunicação do contrato Statoil à Direcção-Geral da Energia dado o seu carácter confidencial.

60. Não creio que o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância quanto a esta questão seja plenamente convincente. Em primeiro lugar, não é ponto assente que a Direcção-Geral da Energia não faz parte da autoridade competente nos Países Baixos para os efeitos do artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17. É ao direito interno de cada Estado-membro que cabe determinar quais de entre as suas autoridades estão habilitadas a receber informações da parte da Comissão ao abrigo do artigo 10.°, n.° 1. A SEP afirma na sua réplica que, nos Países Baixos, a autoridade competente em matéria de concorrência é o Ministério dos Assuntos Económicos, actuando conjuntamente com qualquer outro ministério a quem o assunto em questão diga respeito. A SEP afirma igualmente na sua réplica que, em caso de um inquérito relativo à concorrência no sector da energia, a Direcção-Geral da Energia do Ministério dos Assuntos Económicos seria chamada a intervir. Estas afirmações, que encontram um certo eco num artigo do professor K. J. M. Mortelmans [6], não foram contestadas pela Comissão na sua tréplica.

61. Todavia, suponhamos para os efeitos dos presentes autos que a discussão, que é de certo modo de ordem técnica, sobre o significado da expressão «autoridades competentes» do artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 será resolvida no sentido contrário à afirmação da SEP (isto é, no sentido de que, no ministério neerlandês, só a Direcção-Geral da Concorrência está habilitada, na qualidade de «autoridade competente», a receber documentos da parte da Comissão ao abrigo do artigo 10.°, n.° 1). Nem assim deixaria, todavia, de ser difícil de ver como poderia o artigo 20.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 garantir, *de facto*, que as estipulações do contrato Statoil não seriam comunicadas aos funcionários da Direcção-Geral da Energia. O professor Mortelmans observa que não existe uma «muralha da china» dentro do Ministério dos Assuntos Económicos neerlandês [7]. A rotação dos efectivos, que sempre ocorre, possibilita que o funcionário que teve acesso a documentos confidenciais quando estava colocado na Direcção-Geral da Concorrência seja transferido para Direcção-Geral da Energia onde poderá contribuir para a definição da política comercial da Gasunie. Portanto, mesmo supondo que os funcionários em questão farão prova da maior rectidão e que não se verificará qualquer violação do segredo profissional, é possível que o contrato Statoil venha a ser levado ao conhecimento de quem não deve por vias perfeitamente legítimas.

6 — K. J. M. Mortelmans, Het Ministerie van Economische Zaken: gasbeleid en EEG-mededingingsrecht, *Ars Aequi* 1992, p. 277, e, especialmente, pp. 281 e 282.

7 — Referido na nota 6 anterior, p. 281.

62. O Tribunal de Primeira Instância vê uma solução para este problema no artigo 20.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, que estipula que «as informações obtidas nos termos dos artigos 11.°, 12.°, 13.° e 14.° só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido pedidas». Mas não vejo como poderá esta disposição atribuir à SEP a protecção a que tem direito no caso em apreço. Afirmar que o artigo 20.°, n.° 1, proíbe aos funcionários da Direcção-Geral da Energia «utilizar» as informações constantes do contrato Statoil para definir a política comercial da Gasunie é fútil; isso é presumir que os funcionários podem pura e simplesmente apagar essas informações da sua memória. Ora, o artigo 20.°, n.° 1, não pode, como nunca poderia, obrigar os funcionários a uma auto-amnésia. O Tribunal de Justiça reconheceu-o no seu acórdão Asociación Española de Banca Privada [8].

63. Nesse processo, o Tribunal de Justiça admitiu que as autoridades nacionais podem ter em conta as informações por si obtidas nos termos do artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 para decidir se devem actuar judicialmente nos termos do direito interno, mas que não podem invocá-las no contexto de um inquérito preliminar ou para justificar uma decisão adoptada com base em disposições do direito da concorrência. Resulta claramente desse acórdão que a proibição enunciada no artigo 20.°, n.° 1, visa em primeira linha a utilização das informações em questão para efeitos da produção de prova nos processos administrativos ou judiciais; o artigo 20.°, n.° 1, não proíbe às autoridades nacionais ter em conta as referidas informações para adoptar uma ou outra acção específica. Portanto, caso os funcionários da Direcção-Geral da Energia viessem a tomar conhecimento das estipulações do contrato Statoil, o artigo 20.°, n.° 1, não poderia impedi-los de as ter em conta para definir a política da Gasunie.

64. Pelo que se conclui que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância deve, em meu entender, ser anulado devido a este ter cometido um erro de direito ao declarar que, nas circunstâncias do caso em apreço, o artigo 20.°, n.ºs 1 e 2, constitui garantia suficiente do respeito do carácter confidencial do contrato Statoil.

65. À luz desta conclusão, não abordarei detalhadamente o resto dos argumentos invocados pela SEP. Contudo, analisarei o argumento, suscitado pela SEP no âmbito do seu oitavo e último fundamento de recurso, de que a Comissão violou o princípio da proporcionalidade ao ter exigido imediatamente a comunicação do contrato Statoil em vez de ter começado por tomar medidas que lesassem menos os interesses da SEP, como, por exemplo, colocar-lhe questões.

66. A Comissão invoca que este argumento não é admissível, nos termos do artigo 113.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, dado que modifica, na fase do recurso, o objecto do

8 — Referido na nota 5 anterior, n.° 39 do acórdão; v. também o ponto 26 das conclusões que apresentei no referido processo.

recurso interposto no Tribunal de Primeira Instância. Segundo a Comissão, este argumento não foi suscitado pela SEP no Tribunal de Primeira Instância, o que explica a razão pela qual este último não lhe fez referência no seu acórdão. No entendimento da SEP, o argumento mais não é do que uma ampliação do fundamento com base na violação do princípio da proporcionalidade que foi invocado no seu recurso no Tribunal de Primeira Instância. A SEP argumenta que esta ampliação no decurso da instância é admitida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [9].

67. Este argumento não parece ter sido expressamente suscitado nas peças processuais apresentadas pela SEP no Tribunal de Primeira Instância. No seu recurso, a SEP declara que o invocou na audiência no Tribunal de Primeira Instância, fase na qual já lhe não era, evidentemente, possível invocar um novo fundamento [10]. Em minha opinião, o argumento de que a Comissão teria podido atingir o objectivo pretendido através de meios menos drásticos do que os utilizados pode legitimamente ser considerado mais como uma ampliação do argumento com base na violação do princípio da proporcionalidade de que como um novo fundamento. Como o argumento sobre a confidencialidade do contrato Statoil foi apresentado como uma questão relativa à proporcionalidade, nele estava implícito que o resultado pretendido pela Comissão podia ser obtido por outros meios que conduzissem mais dificilmente a uma violação da confidencialidade. O facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter analisado a questão da existência de meios alternativos pode talvez explicar-se pela sua convicção de que o risco da violação da confidencialidade do documento era, em todo o caso, mínimo, tendo em conta o teor do artigo 20.° do Regulamento n.° 17.

68. Em minha opinião, há muitas razões para acolher, no essencial, o argumento da SEP. Devido à natureza confidencial do contrato Statoil e dada a situação, inabitualmente delicada, que no caso em apreço foi criada, a Comissão deveria — quando tomou conhecimento da questão da confidencialidade — ter-se mostrado mais disposta a acalmar os receios da SEP e a procurar encontrar meios para impedir que as informações confidenciais sejam levadas ao conhecimento dos funcionários da Direcção-Geral da Energia do Ministério dos Assuntos Económicos neerlandês. A partir do momento em que a SEP revelou claramente a sua legítima preocupação em que fosse preservado o carácter confidencial do contrato, a Comissão deveria ter esclarecido que aplicaria o disposto no artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 para responder a essa preocupação. Não bastava, como fez a Comissão, deixar implícito que o contrato poderia vir a revelar-se como não fazendo parte dos «documentos mais importantes» que, por força dessa disposição, devem ser transmitidos às autoridades nacionais, ou que ela dispunha de uma margem de apreciação nessa matéria.

69. Em contrapartida, não creio que a SEP tenha razão quando afirma que a Comissão deveria ter-se abstido de exigir a comunicação do contrato e que, em vez disso, lhe deveria ter colocado questões sobre este

9 — 306/81, Verros/Parlamento, Recueil 1983, p. 755.

10 — Artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

último. Esta afirmação parece-me ter por base uma interpretação incorrecta dos efeitos do artigo 10.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17. Em minha opinião, nos casos (provavelmente muito raros) em que se verifica a necessidade de ser preservado o segredo profissional relativamente às autoridades nacionais, a protecção da confidencialidade deve ser considerada não como uma limitação do poder da Comissão de exigir a comunicação de documentos ao abrigo do artigo 11.° do Regulamento n.° 17, mas com uma limitação da sua obrigação, nos termos do artigo 10.°, n.° 1, desse regulamento, de transmitir os documentos em questão às autoridades nacionais. O artigo 10.°, n.° 1, não impõe uma obrigação absoluta de transmitir os «documentos mais importantes» às autoridades nacionais. Deve ser interpretado à luz do dever de respeito do segredo profissional imposto pelo artigo 214.° do Tratado. Portanto, não pode ser interpretado como impondo à Comissão o dever de violar o segredo profissional.

70. O objectivo do artigo 10.°, n.° 1, também não impõe a sua interpretação nesse sentido. Este objectivo está precisado no sétimo considerando desse regulamento, nos termos do qual a Comissão, para a aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, deve agir em estreita ligação com as autoridades competentes dos Estados-membros. No acórdão Asociación Española de Banca Privada, o Tribunal de Justiça referiu (n.° 34) que o artigo 10.°, n.° 1, tem um duplo objectivo, ou seja, por um lado, informar os Estados-membros dos processos comunitários relativos às empresas estabelecidas no respectivo território e, por outro, garantir uma melhor informação da Comissão, permitindo-lhe confrontar as informações fornecidas pelas empresas com as indicações e observações que o Estado-membro em causa lhe possa comunicar. Não há qualquer razão para pensar que a prossecução destes objectivos não pode ser conciliada com a protecção do segredo profissional.

71. Entendo que, nos raros casos em que o problema da confidencialidade relativamente às autoridades nacionais se coloca, a Comissão tem o direito de exigir a comunicação do documento, mas deve seguidamente verificar se, por razões de confidencialidade, convém que se abstenha de o transmitir às autoridades nacionais ou então que lhes envie uma versão sem certas passagens e da qual não constem as informações confidenciais. Caso todos os outros meios possíveis se revelem infrutuosos, a Comissão poderá adoptar uma decisão que exponha as razões pelas quais, apesar do seu alegado carácter confidencial, o documento deve ser enviado às autoridades nacionais; tal decisão permitiria às partes que se considerem lesadas impugná-la e, caso necessário, apresentar um pedido de medidas provisórias. Todavia, a protecção da confidencialidade do tipo da que é pedida nestes autos não pode, em princípio, ser invocada como uma limitação a impor ao poder da Comissão de exigir a comunicação de documentos. O que redundaria em proteger essa confidencialidade no momento errado. Uma empresa poderá, talvez, justificar a sua recusa de transmitir um documento à Comissão, invocando que contém informações confidenciais relativamente às autoridades nacionais, caso a Comissão lhe tenha antecipadamente esclarecido que, em todo o caso, ele será transmitido: o que demonstraria a intenção da Comissão de actuar ilegalmente, omitido aplicar o princípio da proporcionalidade. Este princípio exige que o interesse que uma empresa tenha na preservação da confidencialidade seja devidamente tido em conta relativamente ao interesse geral em que esses documentos sejam na sua integralidade levados ao conhecimento das autoridades nacionais.

72. A SEP não invoca que a Comissão terá actuado ilegalmente adoptando um comportamento que, como sugeri, a poderia habilitar a recusar-se a comunicar o contrato. O litígio também não foi discutido à luz do disposto no n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, que é a disposição que, em meu entender, fornece a resposta ao problema suscitado. Uma vez que, segundo a solução que proponho, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância deve ser anulado e que a abordagem que preconizo é diferente da adoptada pelas partes ao longo dos autos, parece ser formalmente impossível escapar à remessa do processo ao Tribunal de Primeira Instância para julgamento, em aplicação do artigo 54.° do Estatuto do Tribunal de Justiça. Todavia, de um ponto de vista prático, pode não ser necessário o prosseguimento dos autos: em meu entender, a Comissão fez prova do seu direito de exigir a comunicação do documento em questão, enquanto que a SEP fez prova do seu direito à protecção, contra as autoridades nacionais, das informações cobertas pelo segredo profissional e cuja divulgação lhe pode causar um prejuízo. O prosseguimento dos autos poderá, portanto, traduzir-se numa perda de tempo e de dinheiro, quer para as partes quer para ambos órgãos jurisdicionais.

Quanto às despesas

73. Devendo o processo ser remetido ao Tribunal de Primeira Instância, dever-se-á deixar para final a decisão quanto às despesas. Caso se entenda que se deve tomar uma decisão quanto às despesas nesta fase, considero que, visto o conjunto das circunstâncias, é adequado que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas, em conformidade com o disposto nos artigos 69.°, n.° 3, e 122.° do Regulamento de Processo.

Conclusão

Por conseguinte, sou do entendimento de que o Tribunal deve:

1) anular o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 1991 no processo T-39/90;

2) remeter os autos ao Tribunal de Primeira Instância;

3) reservar para final a decisão quanto às despesas.