ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
19 mei 1994 *

In zaak C-36/92 P,

NV Samenwerkende Elektriciteits-produktiebedrijven (SEP), gevestigd te Arnhem (Nederland), vertegenwoordigd door M. van Empel en O. W. Brouwer, advocaten te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

requirante,

betreffende hogere voorziening tegen het arrest, op 12 december 1991 door het Gerecht van eerste aanleg in zaak T-39/90 gewezen tussen SEP en de Commissie van de Europese Gemeenschappen (Jurispr. 1991, blz. II-1497), en strekkende tot vernietiging van dat arrest,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. C. Moitinho de Almeida, kamerpresident, R. Joliet, G. C. Rodríguez Iglesias (rapporteur), F. Grévisse en M. Zuleeg, rechters,

* Procestaal: Nederlands.

advocaat-generaal: F. G. Jacobs
griffier: R. Grass

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 15 december 1993,

het navolgende

Arrest

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 12 februari 1992, heeft SEP krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EEG hogere voorziening ingesteld tegen het op 12 december 1991 door het Gerecht van eerste aanleg tussen haar en de Commissie gewezen arrest (zaak T-39/90, SEP, Jurispr. 1991, blz. II-1497), voor zover daarbij haar beroep is verworpen en zij in de kosten is verwezen.

2 Blijkens het bestreden arrest (r. o. 2 tot en met 9) liggen aan de zaak de volgende feiten ten grondslag:

— SEP is een naamloze vennootschap, gevormd door de vier Nederlandse produktiebedrijven voor de openbare elektriciteitsvoorziening. In Nederland wordt ongeveer 50 % van de elektriciteit met behulp van aardgas opgewekt.

— NV Nederlandse Gasunie (hierna: „Gasunie") geniet in Nederland een feitelijke monopoliepositie voor de levering van aardgas. Zij is voor 50 % — al dan niet rechtstreeks — in handen van de Nederlandse Staat. De kernpunten van het door haar gevoerde verkoopbeleid zijn onder-worpen aan de goedkeuring van de minister van Economische zaken.

— Op 16 juni 1989 sloot SEP voor het eerst een gasleveringscontract met een andere leverancier dan Gasunie, te weten de Noorse onderneming Statoil (hierna: „Statoil-contract").

— Naar aanleiding van de totstandkoming van het Statoil-contract kwam Gasunie op 9 april 1990 met SEP gedragsregels overeen, ten einde in het vervolg gewapend te zijn tegen elk verrassingseffect van een mogelijk toekomstig gasleveringscontract tussen SEP en een derde.

— Toen de Commissie van het bestaan van het Statoil-contract en de onderhandelingen tussen SEP en Gasunie over bovengenoemde gedragsregels in kennis was gesteld, stelde zij op basis van artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962: Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), een onderzoek in naar de verenigbaarheid met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag, in het bijzonder artikel 85, van de tussen SEP en Gasunie bestaande afspraken of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met betrekking tot de levering van aardgas.

— Bij brief van 6 maart 1990 verzocht de Commissie SEP, haar — onder meer — de met Gasunie overeengekomen gedragsregels en het Statoil-contract te doen toekomen. SEP zond de Commissie de gedragsregels, maar niet het Statoil-contract.

— Daarop gaf de Commissie de beschikking van 2 augustus 1990 inzake een procedure op grond van artikel 11, lid 5, van verordening nr. 17 van de Raad (IV/33.539 — SEP/Gasunie) (hierna: „bestreden beschikking"). Bij die beschikking werd SEP gelast, binnen tien dagen het Statoil-contract en de daarmee verband houdende correspondentie aan de Commissie te doen toekomen.

— SEP beriep zich op het vertrouwelijke karakter van het Statoil-contract. Op het argument van de Commissie, 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 de Commissie rustende geheimhoudingsplicht, antwoordde SEP, dat zij met haar beroep op vertrouwelijkheid vooral de Nederlandse Staat op het oog had, aangezien in artikel 10 van verordening nr. 17 is bepaald, dat de Commissie de bevoegde autoriteiten van de

Lid-Staten onverwijld een afschrift doet toekomen van de belangrijkste documenten die haar hebben bereikt.

3 Toen pogingen om de zaak te schikken op niets waren uitgelopen, stelde SEP op 26 september 1990 beroep in tegen de beschikking van 2 augustus 1990, naar aanleiding waarvan het bestreden arrest is gewezen.

4 Tegelijkertijd met dat beroep ten gronde diende SEP een verzoek in kort geding in, dat bij beschikking van de president van het Gerecht van 21 november 1990 (zaak T-39/90 R, SEP, Jurispr. 1990, blz. II-649) werd afgewezen. SEP stelde tegen die beschikking meerdere hogere voorzieningen in. Zij trok deze echter in nadat de Commissie had toegezegd, de inhoud van het Statoil-contract niet op enigerlei wijze aan de autoriteiten van de Lid-Staten te zullen meedelen, alvorens het Gerecht zou hebben beslist op het door SEP ingestelde beroep tot nietigverklaring (beschikking van de president van het Hof van 3 mei 1991, zaken C-372/90 P, C-372/90 P-R en C-22/91 P, Jurispr. 1991, blz. I-2043, r. o. 7).

5 Tot staving van haar hogere voorziening voert SEP acht middelen aan.

6 Het eerste middel is ontleend aan schending van artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17: volgens requirante heeft het Gerecht het begrip „noodzakelijke inlichtingen" die door de Commissie kunnen worden ingewonnen, ten onrechte aldus uitgelegd, dat een enkel „verband tussen het verzoek om inlichtingen en de vermoede inbreuk" volstaat.

7 Met haar tweede middel stelt SEP onjuiste en ontoereikende motivering van de conclusie van het Gerecht, dat de Commissie artikel 11 van verordening nr. 17 niet heeft geschonden.

8 Het derde middel is ontleend aan schending van artikel 12 van verordening nr. 17, dat betrekking heeft op onderzoeken per bedrijfstak: het Gerecht heeft niet erkend, dat de Commissie haar onderzoek op die bepaling had moeten baseren, terwijl de Commissie met zoveel woorden heeft toegegeven, dat haar onderzoek betrekking had op de Nederlandse gasmarkt.

9 Met haar vierde middel stelt SEP, dat het Gerecht artikel 190 EEG-Verdrag heeft geschonden door te verklaren, dat de beschikking van de Commissie van 2 augustus 1990 genoegzaam was gemotiveerd.

10 Met haar vijfde middel stelt SEP onjuiste en ontoereikende motivering van de beslissing van het Gerecht om haar argument, dat de bestreden beschikking niet genoegzaam is gemotiveerd, te verwerpen.

11 Het zesde middel is ontleend aan schending dan wel verkeerde uitlegging van artikel 20 van verordening nr. 17.

12 Volgens SEP bevat dit artikel, anders dan het Gerecht heeft beslist, geen verbod voor de dienst waaraan een mededeling van de Commissie is gericht, om die informatie door te geven aan andere diensten. De bescherming op basis waarvan het Gerecht heeft geconcludeerd, dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel niet heeft geschonden, is in werkelijkheid niet aanwezig. Het Gerecht heeft zich aldus elke mogelijkheid ontnomen om tot een juiste toepassing van het evenredigheidsbeginsel te komen.

13 SEP voegt hieraan nog toe — zonder op dit punt door de Commissie te worden weersproken —, dat voor zaken die, zoals de onderhavige, de energiesector betreffen, het directoraat-generaal voor Energie van het Ministerie van Economische zaken, dat zich bezighoudt met Gasunie, tot de „bevoegde autoriteiten" van

Nederland behoort, dat bij het Ministerie van Economische zaken interne roulaties plaatsvinden, als gevolg waarvan ambtenaren die met mededingingsdossiers te maken hebben, plotseling bij andere directies terechtkomen, en dat de top van dat ministerie het mededingings-en energiebeleid coördineert.

14 Het zevende middel is ontleend aan schending van artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17.

15 SEP betoogt, dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door die bepaling aldus uit te leggen, dat zij een algemeen verbod bevat om de krachtens verordening nr. 17 ingewonnen inlichtingen te gebruiken voor andere doeleinden dan de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Volgens SEP is dat verbod niet zo ruim geformuleerd en geldt het enkel voor de Commissie. Het enkele feit, aldus SEP, dat de betrokken bevoegde autoriteit haar voordeel doet met de van de Commissie verkregen informatie, zonder dat tegen de justitiabele een procedure wordt ingeleid, valt bovendien niet onder het begrip „gebruiken" in de zin van artikel 20, lid 1.

16 Met haar achtste middel stelt SEP ontoereikende motivering van de beslissing van het Gerecht, dat de Commissie met de vaststelling van de bestreden beschikking niet het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden.

17 In de eerste plaats maakt SEP bezwaar tegen de tegenspraak die zij in het bestreden arrest meent te ontwaren tussen enerzijds de door het Gerecht aan artikel 20 gegeven uitlegging, dat een dienst die fungeert als bevoegde autoriteit in de zin van verordening nr. 17, de verkregen inlichtingen niet mag doorgeven aan een andere dienst, en anderzijds het argument van het Gerecht, dat die inlichtingen zonder bezwaar kunnen circuleren, daar degene bij wie zij terechtkomen, er geen andersoortig gebruik van mag maken.

18 In de tweede plaats laakt SEP de vaststelling in het bestreden arrest, dat het probleem waarom het in deze zaak draait, telkens zal rijzen wanneer de Commissie de commerciële verhoudingen tussen een particulier bedrijf en een overheidsbedrijf aan een onderzoek onderwerpt. Volgens SEP zal dat probleem juist telkens rijzen wanneer de bevoegde autoriteit in de zin van verordening nr. 17 dezelfde is als de autoriteit die het beleid van het betrokken overheidsbedrijf bepaalt. SEP maakt dan ook bezwaar tegen de overweging van het Gerecht, dat de in artikel 20 in algemene en absolute bewoordingen omschreven verplichtingen van de Lid-Staten geen afwijking toelaten.

19 In de derde plaats verwijt SEP het Gerecht, niet te zijn ingegaan op het door haar aangevoerde argument, dat de Commissie het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door het Statoil-contract onmiddellijk op te vragen in plaats van eerst vragen te stellen.

20 In de vierde plaats is SEP van oordeel, dat het Gerecht ten onrechte ervan is uitgegaan, dat zij haar betoog heeft gebaseerd op een risico van schending van het zakengeheim door de Nederlandse autoriteiten. Zij heeft, zo stelt zij, juist steeds betoogd, dat geen enkele rechtsregel zou beletten dat, wanneer zij het Statoil-contract eenmaal aan de Commissie zou hebben doen toekomen, dit contract uiteindelijk in handen zou vallen van personen die het beleid van Gasunie bepalen.

De eerste vijf middelen

21 Om de redenen die de advocaat-generaal in de punten 21 tot en met 42 van zijn conclusie heeft aangegeven, moeten de eerste vijf middelen ongegrond worden verklaard.

Het zesde, zevende en achtste middel

22 Met deze middelen, die te zamen moeten worden behandeld, komt SEP op tegen de conclusie van het Gerecht, dat artikel 20 van verordening nr. 17 een doeltreffende bescherming biedt tegen het onevenredige nadeel dat de bestreden beschikking haar zou berokkenen.

23 SEP heeft namelijk voor het Gerecht aangevoerd (r. o. 41 van het bestreden arrest), dat het Statoil-contract een bijzonder vertrouwelijk karakter heeft en dat zij, aangezien de Commissie ingevolge artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten, waaronder de Nederlandse Staat, een afschrift moet doen toekomen van „de belangrijkste documenten welke haar hebben bereikt", nadeel zou ondervinden van het feit, dat personen die het commerciële beleid van Gasunie, haar voornaamste gasleverancier, bepalen, via het Statoil-contract weet zouden kunnen krijgen van de voorwaarden waaronder Statoil aan haar levert.

24 In antwoord op dit argument van SEP heeft het Gerecht geoordeeld, dat „de beperkingen die artikel 20 van verordening nr. 17 aan de Lid-Staten stelt ten aanzien van het bekendmaken en het gebruik van inlichtingen die hun krachtens artikel 10, lid 1, worden verstrekt, verzoekster [SEP] voldoende garantie bieden". Hieruit volgt, aldus het Gerecht, dat „de bestreden beschikking, waarbij de Commissie de overlegging van het Statoil-contract heeft gelast, niet het door verzoekster [SEP] gestelde buitensporige risico inhoudt, en dat zij derhalve geen schending van het evenredigheidsbeginsel oplevert" (r. o. 60 van het bestreden arrest).

25 Om tot de conclusie te komen, dat artikel 20 voldoende garantie biedt, heeft het Gerecht overwogen (r. o. 55 van het bestreden arrest):

„De in artikel 20 geregelde bescherming uit zich in tweeërlei vorm. Enerzijds verbiedt dit artikel in lid 2 de openbaarmaking van inlichtingen die bij de toepassing

van verordening nr. 17 zijn ingewonnen en naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen. Anderzijds belet het bepaalde in lid 1, dat de krachtens verordening nr. 17 ingewonnen inlichtingen worden gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor zij zijn gevraagd. Deze twee waarborgen, die elkaar aanvullen, moeten verzekeren dat de ingevolge artikel 10, lid 1, van verordening nr. 17 aan de Lid-Staten verstrekte gegevens geheim blijven."

26 In rechtsoverweging 56 heeft het Gerecht dan ook opgemerkt, dat deze door artikel 20 geboden dubbele bescherming niet alleen inhoudt, dat de nationale ambtenaren de inhoud van het Statoil-contract niet openbaar mogen maken, maar ook, dat het hun verboden is „de daarin vervatte informatie te gebruiken bij de bepaling van het commerciële beleid van bepaalde overheidsbedrijven".

27 Volgens artikel 20, lid 2, zijn de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten, alsmede hun ambtenaren en functionarissen verplicht, de inlichtingen die zij bij de toepassing van verordening nr. 17 hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken (arrest van 16 juli 1992, zaak C-67/91, Asociación Española de Banca Privada e. a., Jurispr. 1992, blz. I-4785, r. o. 21). Dit openbaarmakingsverbod garandeert echter niet, dat de betrokken inlichtingen niet in aanmerking zullen worden genomen door de autoriteiten waaraan zij zijn toegezonden of door de ambtenaren die er ambtshalve kennis van krijgen.

28 Met betrekking tot artikel 20, lid 1, waarin is bepaald dat de krachtens de artikelen 11,12,13 en 14 van verordening nr. 17 ingewonnen inlichtingen slechts mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd, oordeelde het Hof in het arrest Asociación Española de Banca Privada e. a. (reeds aangehaald, r. o. 37), dat de geheimhoudingsplicht inhoudt, dat de autoriteiten die rechtmatig over die inlichtingen beschikken, ze niet mogen gebruiken voor andere doeleinden dan waarvoor zij zijn ingewonnen. Het concludeerde dan ook (r. o. 42), dat op die inlichtingen door de autoriteiten van de Lid-Staten geen beroep kan worden gedaan tijdens een vooronderzoek en evenmin om een op basis van het mededingingsrecht gegeven beschikking te rechtvaardigen.

29 De aldus aan de ondernemingen geboden procedurele waarborg kan evenwel niet zo ver gaan, dat de nationale autoriteiten de facto moeten doen alsof de naar hen doorgezonden inlichtingen niet bestaan. In bovenbedoeld arrest verklaarde het Hof namelijk tevens, dat de autoriteiten van de Lid-Staten niet verplicht zijn, de hen ter kennis gebrachte inlichtingen te negeren en daarmee aan een „acuut geheugenverlies" te lijden; die inlichtingen vormen aanwijzingen die in voorkomend geval de inleiding van een nationale procedure kunnen rechtvaardigen (r. o. 39).

30 In het kader van de onderhavige zaak zou de beperking die artikel 20, lid 1, aan het gebruik van de verkregen inlichtingen stelt, de onomkeerbare gevolgen van het enkele feit dat een leverancier — of de toezichthoudende autoriteit — op de hoogte is van de voorwaarden waaronder een concurrerende leverancier aan zijn afnemer levert, niet kunnen voorkomen. Zo zouden in casu de Nederlandse autoriteiten en ambtenaren die het door de Commissie doorgezonden Statoil-contract rechtmatig zouden hebben ingezien, niet met succes kunnen worden gedwongen om de door Statoil jegens SEP toegepaste voorwaarden volledig buiten beschouwing te laten wanneer zij zich eventueel zouden moeten gaan bezighouden met de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie.

31 Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, kan noch lid 1, noch lid 2 van artikel 20 dus beletten, dat die inlichtingen worden gebruikt bij de bepaling van het commerciële beleid van Gasunie, waardoor SEP kan worden benadeeld. Dit artikel biedt SEP dus geen doeltreffende bescherming.

32 Met zijn uitlegging van artikel 20 heeft het Gerecht derhalve het gemeenschapsrecht geschonden.

33 Dit betekent echter nog niet, dat de hogere voorziening gegrond moet worden verklaard. Immers, wanneer blijkt dat door de rechtsoverwegingen van een arrest van het Gerecht het gemeenschapsrecht is geschonden, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt, moet de hogere voorziening worden afgewezen (zie arrest van het Hof van 9 juni 1992, zaak C-30/91 P, Lestelle, Jurispr. 1992, blz. I-3755, r. o. 28).

34 SEP nu gaat er in hogere voorziening ten onrechte van uit, dat artikel 10 van verordening nr. 17, waarin is bepaald dat „de Commissie (...) de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten onverwijld een afschrift (doet) toekomen van (...) de belangrijkste documenten welke haar hebben bereikt", de Commissie verplicht het Statoilcontract zonder meer door te zenden naar de Nederlandse autoriteiten.

35 Om te beginnen blijkt reeds uit de bewoordingen van artikel 10, dat de Commissie mag uitmaken welke documenten de belangrijkste zijn en dus naar de autoriteiten van de Lid-Staten moeten worden doorgezonden.

36 Bovendien moet artikel 10, lid 1, worden uitgelegd in het licht van het algemene beginsel, dat ondernemingen recht hebben op bescherming van hun zakengeheimen, van welk beginsel artikel 214 van het Verdrag en verscheidene bepalingen van verordening nr. 17, zoals de artikelen 19, lid 3, 20, lid 2, en 21, lid 2, de uitdrukking vormen (zie arrest van 24 juni 1986, zaak 53/85, AKZO Chemie, Jurispr. 1986, blz. 1965, r. o. 28).

37 Wanneer, zoals in casu, een onderneming tegenover de Commissie met zoveel woorden heeft aangevoerd, dat een bepaald document wegens het bevatten van zakengeheimen niet in handen mag vallen van de bevoegde nationale autoriteiten, en wanneer die bewering niet volstrekt ongegrond is, kan de ingevolge artikel 10, lid 1, op de Commissie rustende verplichting om het betrokken document te doen toekomen aan de bevoegde nationale autoriteiten, door het eerdergenoemde algemene beginsel van bescherming van het zakengeheim worden beperkt.

38 Er zij aan herinnerd, dat het Hof in het kader van een geding tussen de Commissie en een onderneming, dat betrekking had op het door de Commissie aan een klagende derde toezenden van documenten die volgens die onderneming een vertrouwelijk karakter hadden, heeft geoordeeld, dat het aan de Commissie is om te beoordelen, of een bepaald document al dan niet zakengeheimen bevat. Na de onderneming gelegenheid te hebben gegeven haar standpunt kenbaar te maken, dient zij ter zake een naar behoren gemotiveerde beschikking te geven, die ter kennis van de onderneming moet worden gebracht. Gezien de bijzonder ernstige

schade die uit de onrechtmatige mededeling van documenten aan een concurrent kan voortvloeien, dient de Commissie, alvorens haar beschikking uit te voeren, de onderneming de mogelijkheid te geven zich tot het Hof te wenden ten einde de beoordeling van de Commissie te doen toetsen en de mededeling te verhinderen (arrest AKZO Chemie, reeds aangehaald, r. o. 29).

39 In casu rust op de Commissie op grond van soortgelijke overwegingen de verplichting om, indien zij een document, waarvan wordt gezegd dat het in de bijzondere omstandigheden van het geval voor de bevoegde nationale autoriteiten geheim dient te blijven, toch aan die autoriteiten wil doen toekomen, een naar behoren gemotiveerde beschikking te geven, die via een beroep tot nietigverklaring aan rechterlijke toetsing kan worden onderworpen.

40 Het is in het kader van een beroep tot nietigverklaring van zo'n beschikking, dat SEP eventueel haar recht op bescherming van haar zakengeheimen zou kunnen doen gelden.

41 De bij de bestreden beschikking aan SEP opgelegde verplichting om het Statoil-contract over te leggen, impliceert bijgevolg niet noodzakelijkerwijs, dat dit contract kan worden doorgezonden naar de Nederlandse autoriteiten.

42 Ondanks een rechtens gebrekkige motivering, is in het bestreden arrest dus terecht afwijzend beslist op het middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel.

43 Uit het voorgaande volgt, dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

Kosten

44 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de hogere voorziening wordt afgewezen, zou requirante alle kosten dienen te dragen. Nu het bestreden arrest echter voor een deel op een onjuiste rechtsopvatting blijkt te berusten en requirante zich daarop heeft beroepen, moet overeenkomstig artikel 69, lid 3, elke partij worden verwezen in de kosten die zij voor deze procedure heeft gemaakt.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende:

1) Wijst de hogere voorziening af.

2) Verstaat dat elk der partijen de eigen kosten zal dragen.

Moitinho de Almeida Joliet Rodríguez Iglesias Grévisse Zuleeg

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 mei 1994.

De griffier

R. Grass

De president van de Vijfde kamer

J. C. Moitinho de Almeida