

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)
19. maj 1994 *

I sag C-36/92 P,

NV Samenwerkende Elektricitets-produktiebedrijven (SEP), Arnhem (Nederlandene), ved advokaterne M. van Empel og O. W. Brouwer, Amsterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat M. Loesch, 11, rue Goethe,

appellant,

angående appel af dom afsagt den 12. december 1991 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans i sag T-39/90, SEP mod Kommissionen (Sml. II, s. 1497), hvorunder der er nedlagt påstand om ophævelse af denne dom,

den anden part i appelsagen er:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. J. Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremliis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kircheng,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J. C. Moitinho de Almeida, og dommerne R. Joliet, G. C. Rodríguez Iglesias (refererende dommer), F. Grévisse og M. Zuleeg,

* Processprog: nederlandsk.

generaladvokat: F. G. Jacobs
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 15. december 1993,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 12. februar 1992 har SEP i henhold til artikel 49 i EØF-statutten for Domstolen iværksat appel af dom afsagt den 12. december 1991 af Retten i Første Instans i sag T-39/90, SEP mod Kommissionen (Sml. II, s. 1497), for så vidt sagsøgte i denne sag anlagt af SEP blev frifundet og SEP blev dømt til at betale sagens omkostninger.
- 2 Det fremgår af Rettens udtalelser i dommen (præmis 2-9), at:
 - SEP er et aktieselskab, som er en sammenslutning af de fire nederlandske virksomheder, der producerer elektricitet. Ca. 50% af den elektricitet, der produceres i Nederlandene, produceres ved hjælp af naturgas.
 - Selskabet Nederlandse Gasunie NV (herefter benævnt »Gasunie«) har i Nederlandene et faktisk monopol på levering af naturgas. Det ejes for 50%’s vedkommende direkte eller indirekte af den nederlandske stat. De væsentlige beslutninger vedrørende Gasunie’s salgspolitik skal godkendes af økonomiministeren.

- Den 16. juni 1989 indgik SEP for første gang en kontrakt om forsyning af gas med en anden leverandør end Gasunie, nemlig den norske virksomhed Statoil (herefter benævnt »Statoil-kontrakten«).

- Efter indgåelsen af Statoil-kontrakten indgik Gasunie den 9. april 1990 en samarbejdsaftale med SEP med det formål i fremtiden at sikre sig mod enhver overraskelseeffekt i forbindelse med en eventuel senere kontrakt om leverance af gas mellem SEP og en tredjepart.

- Efter at være blevet underrettet om indgåelsen af Statoil-kontrakten og forhandlingerne mellem SEP og Gasunie vedrørende den ovennævnte samarbejdsaftale indledte Kommissionen en undersøgelse i henhold til artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81; herefter benævnt »forordning nr. 17«) for at afgøre, om disse aftaler eller denne samordnede praksis mellem SEP og Gasunie om levering af naturgas eventuelt var i strid med EØF-traktatens konkurrenceregler, navnlig dens artikel 85.

- Ved skrivelse af 6. marts 1990 anmodede Kommissionen SEP om bl. a. at få tilstillet den samarbejdsaftale, der var indgået med Gasunie, og Statoil-kontrakten. SEP tilsendte Kommissionen det førstnævnte dokument, men ikke Statoil-kontrakten.

- Kommissionen traf dernæst beslutningen af 2. august 1990 om en procedure i henhold til artikel 11, stk. 5, i Rådets forordning nr. 17 (IV/33.539 — SEP/Gasunie, herefter benævnt »den anfægtede beslutning«). Ved denne beslutning blev SEP pålagt at tilstille Kommissionen Statoil-kontrakten samt korrespondancen herom inden for en frist på ti dage.

- SEP påberåbte sig Statoil-kontraktens fortrolige karakter. Til Kommissionens argument om, at kontraktens fortrolige karakter ikke kunne berettige nægtelse af at meddele den på grund af den tavshedspligt, som Kommissionen selv er bundet af i henhold til artikel 20 i forordning nr. 17, svarede SEP, at selskabets bekymring navnlig gjaldt den nederlandske stat, idet artikel 10 i forordning

nr. 17 bestemmer, at Kommissionen omgående fremsender afskrift af de vigtigste dokumenter, som indsendes til den, til medlemsstaternes kompetente myndigheder.

- 3 Da forsøgene på at finde en mindelig løsning på tvisten mislykkedes, anlagde SEP den 26. september 1990 sag til prøvelse af beslutningen af 2. august 1990, hvilken sag blev afgjort ved den appellerede dom.
- 4 Parallelt med denne hovedsag indgav SEP begæring om foreløbige forholdsregler. Ved kendelse afsagt af Rettens præsident af 21. november 1990 (sag T-39/90 R, SEP mod Kommissionen, Sml. II, s. 649) blev denne begæring ikke taget til følge. SEP appellerede denne kendelse. Selskabet hævdede dog appellen, da Kommissionen forpligtede sig til på ingen måde at meddele medlemsstaternes myndigheder indholdet af Statoil-kontrakten, før Retten i Første Instans havde afsagt dom i det af SEP anlagte annulationssøgsmål (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 3.5.1991, sagerne C-372/90 P, C-372/90 P-R og C-22/91 P, Sml. I, s. 2043, grund 7).
- 5 Til støtte for sin appel har appellanten påberåbt sig otte anbringender.
- 6 Det første anbringende er tilsidesættelse af artikel 11, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17, idet Retten fejlagtigt har fortolket begrebet de »fornødne oplysninger«, som kan kræves af Kommissionen, således, at det blot indebærer, at der skal være »en forbindelse mellem begæringen om oplysninger og den formodede overtrædelse«.
- 7 Det andet anbringende er, at Retten ikke har fremført en korrekt og tilstrækkelig begrundelse for, at den har fastslået, at Kommissionen ikke har tilsidesat artikel 11 i forordning nr. 17.

- 8 Det tredje anbringende er tilsidesættelse af artikel 12 i forordning nr. 17, som omhandler undersøgelse af erhvervssektorer, idet Retten ikke anerkendte, at Kommissionens undersøgelse skulle have været foretaget i henhold til denne artikel, skønt Kommissionen udtrykkeligt havde erkendt, at dens undersøgelse angik det nederlandske marked for gas.
- 9 Det fjerde anbringende er tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 190, idet Retten fastslog, at Kommissionens beslutning af 2. august 1990 var tilstrækkeligt begrundet.
- 10 Det femte anbringende er, at Retten ikke har fremført en korrekt og tilstrækkelig begrundelse for at have forkastet SEP's argument om, at den anfægtede beslutning ikke er tilstrækkeligt begrundet.
- 11 Det sjette anbringende er tilsidesættelse eller fejlagtig fortolkning af artikel 20 i forordning nr. 17.
- 12 SEP er af den opfattelse, at denne artikel, modsat Rettens opfattelse, ikke indeholder noget forbud mod, at den tjenestegren, der er adressat for en meddelelse fra Kommissionen, videresender denne oplysning til andre tjenestegrene. Den beskyttelse, som Retten har taget i betragtning, da den konkluderede, at proportionalitetsprincippet ikke var blevet tilsidesat af Kommissionen, foreligger således ikke. Retten har således ifølge SEP berøvet sig selv enhver mulighed for at anvende proportionalitetsprincippet korrekt.
- 13 SEP har uden at blive modsagt af Kommissionen tilføjet, at Økonomiministeriets Generaldirektorat for Energi, som varetager spørgsmål vedrørende Gasunie, med hensyn til sager, der som den foreliggende omfattes af energisektoren, hører til

Nederlandenes »kompetente myndigheder«, og at Økonomiministeriet har en turnusordning for personalet, som bevirker, at tjenestemænd, der varetager konkurrencesager, pludselig befinder sig i andre direktorater, samt at det øverste niveau i hierarkiet samordner konkurrencepolitikken og energipolitikken.

- 14 Det syvende anbringende er tilsidesættelse af artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17.
- 15 SEP har gjort gældende, at Retten har begået en retsvildfarelse ved at fortolke denne bestemmelse således, at den indeholder et generelt forbud mod at anvende de oplysninger, som er indhentet i medfør af forordning nr. 17, på anden måde end til gennemførelse af traktatens artikel 85 og 86. Ifølge SEP er dette forbud ikke formuleret så omfattende og er kun rettet til Kommissionen. SEP har tilføjet, at den blotte omstændighed, at den pågældende kompetente myndighed drager fordel af de oplysninger, som den modtager fra Kommissionen, uden at foretage sig noget over for den pågældende retsundergivne, ikke hører til begrebet »brug« som omhandlet i denne bestemmelse.
- 16 Det ottende anbringende er utilstrækkelig begrundelse for Rettens dom, hvorefter Kommissionen, da den traf den anfægtede beslutning, ikke har tilsidesat proportionalitetsprincippet.
- 17 For det første har SEP påpeget den modsigelse, som den mener at kunne påvise i den appellerede dom, mellem Rettens fortolkning af artikel 20, hvorefter en tjenestegren, der anses for kompetent myndighed som omhandlet i forordning nr. 17, ikke kan meddele de modtagne oplysninger til en anden tjenestegren, og Rettens argument om, at der intet er til hinder for, at disse oplysninger kan cirkulere, fordi modtageren ikke kan gøre anden brug af dem.

- 18 For det andet er SEP uenig i, at det i den appellerede dom fastslås, at det problem, der rejses i nærværende sag, må opstå, hver gang der under en af Kommissionens undersøgelser rejses spørgsmål om de økonomiske forbindelser mellem en privat virksomhed og en offentlig virksomhed. Ifølge SEP må problemet snarere opstå, hver gang den kompetente myndighed i den i forordning nr. 17 forudsatte betydning er den samme som den, der bestemmer den pågældende offentlige virksomheds politik. SEP har derfor kritiseret, at Retten har antaget, at der ingen undtagelser er fra medlemsstaternes forpligtelser, som er generelt og absolut fastsat i artikel 20.
- 19 For det tredje har SEP gjort gældende, at Retten ikke har behandlet argumentet om, at proportionalitetsprincippet er blevet tilsidesat, fordi Kommissionen straks har krævet Statoil-kontrakten forelagt i stedet for først at stille spørgsmål.
- 20 For det fjerde har SEP anført, at Retten med urette har antaget, at SEP havde baseret sin argumentation på en risiko for, at de nederlandske myndigheder ville røbe forretningshemmeligheder. SEP har anført, at det tværtimod altid har hævdet, at når det havde tilstillet Kommissionen Statoil-kontrakten, var ingen retsregel til hinder for, at denne endte med at komme i hænderne på de personer, som fastlægger Gasunie's politik.

De fem første anbringender

- 21 Af de grunde, som er anført i punkt 21-42 i generaladvokatens forslag til afgørelse, må det første, andet, tredje, fjerde og femte anbringende forkastes.

Det sjette, syvende og ottende anbringende

- 22 Med disse anbringender, som må behandles samlet, har SEP kritiseret, at Retten har fastslået, at artikel 20 i forordning nr. 17 yder en effektiv beskyttelse mod den uforholdsmæssige skade, som den anfægtede beslutning påfører SEP.
- 23 SEP har for Retten anført (den appellerede doms præmis 41), at Statoil-kontrakten var af særdeles fortrolig karakter, og at selskabet, da artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17 bestemmer, at Kommissionen fremsender »de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen«, til medlemsstaternes kompetente myndigheder, herunder den nederlandske stats myndigheder, ville lide skade, fordi de personer, som bestemmer selskabets hovedleverandør af gas, Gasunie's, salgspolitik, ved hjælp af Statoil-kontrakten kunne få kendskab til de forretningsvilkår, som Statoil har indrømmet SEP.
- 24 Over for dette argument fra SEP fastslog Retten, at »de begrænsninger, medlemsstaternes pålægges i medfør af artikel 20 i forordning nr. 17 vedrørende videregivelsen og anvendelsen af oplysninger, som er fremsendt i henhold til forordningens artikel 10, stk. 1, udgør en tilstrækkelig garanti for (SEP). Heraf følger, at Kommissionens begæring om Statoil-kontraktens fremsendelse ikke som hævdet af (SEP) indebærer en uforholdsmæssig risiko, hvorfor proportionalitetsprincippet ikke er tilsidesat« (den appellerede doms præmis 60).
- 25 Som begrundelse for, at artikel 20 udgør en tilstrækkelig garanti, antog Retten (den appellerede doms præmis 55), at:
- »Beskyttelsen i artikel 20 har to former. Dels forbyder artiklen i stk. 2, at der vide-

regives oplysninger, som er indhentet i medfør af forordning nr. 17, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt. Dels forbyder artikel 20, stk. 1, at de oplysninger, som er indhentet i medfør af forordning nr. 17, bruges til et andet formål end det tilsigtede. Disse to garantier, som supplerer hinanden, skal sikre, at oplysninger, som medlemsstaterne får tilsendt i medfør af artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 17, behandles fortroligt.«

- 26 I præmis 56 udtalte Retten, at denne dobbelte beskyttelse, som artikel 20 giver, ikke alene ville være til hinder for, at nationale tjenestemænd videregav indholdet af Statoil-kontrakten, men også for, at de oplysninger, som den indeholder, »anvendes til at fastlægge visse offentlige virksomheders handelspolitik«.
- 27 Det bemærkes, at ifølge artikel 20, stk. 2, er Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder samt deres tjenestemænd og øvrige ansatte forpligtet til ikke at videregive oplysninger om forhold, som de i medfør af forordning nr. 17 får kendskab til, og som efter deres natur er undergivet tavshedspligt (dom af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785, præmis 21). Dette forbud mod videregivelse er dog ikke af en sådan art, at det kan garanteres, at de pågældende oplysninger ikke tages i betragtning af de myndigheder, som er adressater for dem, eller af de tjenestemænd, som har kendskab dertil som led i udøvelsen af deres hverv.
- 28 Med hensyn til samme artikels stk. 1, hvorefter »de oplysninger, som er indhentet i medfør af bestemmelserne i artikel 11, 12, 13 og 14 (i forordning nr. 17), ... kun [må] bruges til det med undersøgelsen eller kontrollen tilsigtede formål«, har Domstolen i den ovennævnte dom i Asociación Española de Banca Privada-sagen (præmis 37) fastslået at tavshedspligten indebærer, at de myndigheder, som lovligt er i besiddelse af disse oplysninger, er afskåret fra at anvende dem til et formål, der er det formål uvedkommende, med henblik på hvilket de blev indhentet. Den har heraf konkluderet (præmis 42), at disse oplysninger ikke kan påberåbes af medlemsstaternes myndigheder, hverken under en forudgående undersøgelse eller som berettigelse for en afgørelse truffet på grundlag af bestemmelser vedrørende konkurrenceretten.

- 29 Den processuelle garanti, der således gives virksomhederne, kan dog ikke gå så vidt, at de nationale myndigheder faktisk skal se bort fra tilsendte oplysninger. I denne dom har Domstolen således også fastslået, at medlemsstaternes myndigheder ikke var forpligtet til at se bort fra de meddelte oplysninger og således lide af »akut hukommelsestab«; disse oplysninger er indicier, som i givet fald kan berettige, at der indledes en national sag (præmis 39).
- 30 Under nærværende sag kan den i artikel 20, stk. 1, fastsatte begrænsning for anvendelsen af de indhentede oplysninger ikke forhindre de uoprettelige følger af den blotte omstændighed, at en leverandør — eller dennes tilsynsmyndighed — har kendskab til de forretningsvilkår, som en konkurrerende leverandør har indrømmet sin kunde. Således kan de nederlandske myndigheder og tjenestemænd, som lovligt har gennemgået den Statoil-kontrakt, som er tilsendt af Kommissionen, ikke reelt forpligtes til ikke at tage noget hensyn til de betingelser, som Statoil har indrømmet SEP, når de eventuelt skal træffe beslutning om Gasunie's salgspolitik.
- 31 I modsætning til hvad Retten i Første Instans har fastslået, er artikel 20 således ikke, uanset hvilket stykke man tager i betragtning, til hinder for, at disse oplysninger anvendes som led i fastlæggelsen af Gasunie's salgspolitik, hvilket kan påføre SEP skade. Denne artikel udgør følgelig ikke en tilstrækkelig beskyttelse for SEP.
- 32 Retten i Første Instans har følgelig ved sin fortolkning af artikel 20 tilsidesat fællesskabsretten.
- 33 Heraf følger dog ikke, at der må gives appellantens medhold. Som Domstolen nemlig har fastslået i dom af 9. juni 1992, sag C-30/91 P, Lestelle mod Kommissionen (Sml. I, s. 3755, præmis 28), vil appellen være at forkaste, såfremt præmisserne til en dom afsagt af Retten indeholder en tilsidesættelse af fællesskabsretten, men det fremgår, at dommens konklusion er berettiget af andre retlige grunde.

- 34 Under appellen har appellanten imidlertid med urette forudsat, at artikel 10 i forordning nr. 17, som bestemmer, at »Kommissionen fremsender til medlemsstaternes kompetente myndigheder afskrift af ... de vigtigste dokumenter, som indsendes til Kommissionen ...«, forpligter Kommissionen til automatisk at tilsende de nederlandske myndigheder Statoil-kontrakten.
- 35 Indledningsvis bemærkes, at selve ordlyden af artikel 10 giver Kommissionen kompetence til at afgøre, hvilke dokumenter der er de vigtigste, med henblik på fremsendelse til medlemsstaternes myndigheder.
- 36 Dernæst bemærkes, at artikel 10, stk. 1, skal fortolkes på baggrund af det almindelige princip om virksomheders ret til beskyttelse af deres forretningshemmeligheder, som traktatens artikel 214 samt forskellige bestemmelser i forordning nr. 17, som f.eks. artikel 19, stk. 3, artikel 20, stk. 2, og artikel 21, stk. 2, er udtryk for (jf. dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 28).
- 37 I et tilfælde som det foreliggende, hvor en virksomhed udtrykkeligt for Kommissionen har påberåbt sig et bestemt dokumentets fortrolige karakter i forhold til de kompetente nationale myndigheder, fordi dokumentet indeholder forretningshemmeligheder, og hvor denne påberåbelse ikke er ganske irrelevant, kan det nævnte almindelige princip om beskyttelse af forretningshemmeligheder begrænse Kommissionens forpligtelse i henhold til artikel 10, stk. 1, til at fremsende det pågældende dokument til de kompetente nationale myndigheder.
- 38 Det bemærkes, at under en tvist mellem Kommissionen og en virksomhed, som vedrørte Kommissionens fremsendelse til en klagende tredjemand af dokumenter, hvis fortrolige karakter den nævnte virksomhed havde påberåbt sig, har Domstolen fastslået, at det tilkommer Kommissionen at afgøre, om et bestemt dokument indeholder forretningshemmeligheder. Efter at have givet virksomheden lejlighed til at fremføre sit synspunkt skal den træffe en behørigt begrundet beslutning herom, som skal bringes til virksomhedens kundskab. I betragtning af det yderst alvorlige

tab, som en ulovlig udlevering af dokumenter til en konkurrent ville kunne medføre, skal Kommissionen, før den gennemfører sin beslutning, give virksomheden mulighed for at indbringe sagen for Domstolen for at få prøvet den foretagne vurdering og forhindre, at udlevering foretages (den nævnte dom i sagen AKZO Chemie mod Kommissionen, præmis 29).

- 39 I nærværende sag indebærer tilsvarende betragtninger, at Kommissionen, såfremt den ønsker at fremsende et dokument til de kompetente nationale myndigheder, skønt dokumentet på grund af sagens særlige omstændigheder hævdes at have fortrolig karakter i forhold til dem, er forpligtet til at træffe en behørigt begrundet beslutning, som kan undergives retslig prøvelse under et annullationssøgsmål.
- 40 Det er under et annullationssøgsmål til prøvelse af en sådan beslutning, at SEP eventuelt kan gøre sin ret til beskyttelse af sine forretningshemmeligheder gældende.
- 41 Heraf følger, at den forpligtelse til at fremlægge Statoil-kontrakten, som er pålagt SEP i den anfægtede beslutning, ikke nødvendigvis indebærer, at denne kontrakt kan fremsendes til de nederlandske myndigheder.
- 42 Retten har derfor med rette i den appellerede dom trods en retligt mangelfuld begrundelse forkastet anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.
- 43 Det følger af det anførte, at appellen må forkastes i sin helhed.

Sagens omkostninger

- 44 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da appellen er forkastet, bør appellanten betale samtlige sagens omkostninger. Da gennemgangen af den appellerede dom imidlertid har vist, at en af appellanten under appellen påberåbt retsvildfarelse foreligger, bør hver part i henhold til artikel 69, stk. 3, bære de omkostninger, som den har afholdt med henblik på nærværende sags behandling.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

- 1) Appellen forkastes.
- 2) Hver part betaler sine omkostninger.

Moitinho de Almeida

Joliet

Rodríguez Iglesias

Grévisse

Zuleeg

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 19. maj 1994.

R. Grass

J. C. Moitinho de Almeida

Justitssekretær

Formand for Femte Afdeling