en sådan beslutning kan i sig selv have retsfølger, navnlig ved at det undgås, at Kommissionen på ny ulovligt udleverer fortrolige dokumenter, og ved at den klagende tredjemands anvendelse af ulovligt udleverede dokumenter gøres ulovlig.

2. Selv om der i nogle bestemmelser i forordning nr. 17 inden for rammerne af proceduren for anvendelse af konkurrencereglerne fastsættes visse lempelser i forpligtelsen til at iagttage den i EØF-traktatens artikel 214 omhandlede tjenestehemmelighed — navnlig over for en klagende tredjemand, når meddelelse af visse oplysninger, som er omfattet af denne hemmelighed, er nødvendig for sagens rette oplysning — gælder dette under forbehold af virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke udbredes. Det almindelige princip, som gælder under hele den administrative procedures forløb, om beskyttelse af forretningshemmeligheder er til hinder for, at en klagende tredjemand får meddelt dokumenter, der indeholder sådanne hemmeligheder.

3. Det tilkommer Kommissionen under proceduren for anvendelse af konkurrencereglerne 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 i henhold til traktatens artikel 173, sammenholdt med artikel 185, forhindre, at den anfægtede udlevering foretages.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ
fremsat den 22. januar 1986 *

Høje Domstol.

A — Den sag, som jeg skal tage stilling til i dag, drejer sig om afgrænsningen af kompetencen og retsstillingen for henholdsvis Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, de berørte virksomheder, mod hvem der er indledt en undersøgelse på grund af mistanke om misbrug af en dominerende stilling på markedet, samt de personer og persongrupper, som har godtgjort en beretiget interesse i at få fastslået, om EØF-traktatens artikel 86 er overtrådt. Det drejer sig navnlig om spørgsmålet, om Kommissionen kan give den, der har fremsat en begæring, jfr. artikel 3, stk. 2, litra b), i

* Oversat fra tysk.

forordning nr. 17 [1], indsigt i forretningsdokumenter fra en virksomhed, mod hvilken den foretager en undersøgelse på grund af mistanke om tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86.

I — 1. Sagsøgerne, AKZO Chemie BV og AKZO Chemie UK Ltd, hører til AKZO-koncernen, som i Fællesskabet er den største leverandør af benzoylperoxid, et kemisk produkt, som anvendes til fremstilling af kunststoffer og blegning af mel.

Intervenienten, Engineering & Chemical Supplies (Epson & Gloucester) Ltd, er en mindre virkomhed, der siden sin grundlæggelse i 1969 først beskæftigede sig med afsætning af benzoylperoxid købt hos AKZO UK til den britiske melindustri, og derefter desuden begyndte at producere dette stof. I 1979 udvidede intervenienten sin virksomhed også til kunststofsektoren, først i Det forenede Kongerige, derefter i Tyskland.

2. Den 15. juni 1982 fremsatte intervenienten over for Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — sagsøgte — en begæring om indledning af en procedure og gjorde gældende, at sagsøgerne havdet tilsidesat EØF-traktatens artikel 86, idet de med den hensigt at fortrænge intervenienten fra markedet ved misbrug af deres dominerende stilling førte en politik med lave priser.

I december 1982 gennemførte Kommissionens sagsøgtes tjenestemænd kontrolundersøgelser i begge sagsøgernes forretningslokaler uden forudgående anmeldelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17.

Den 10. oktober 1983 anlagde intervenienten desuden erstatningssag mod AKZO ved High Court of Justice på grund af tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86. Denne sag er for øjeblikket udsat på sagsøgtes beslutning.

3. Ved beslutning af 29. juli 1983 [2] har sagsøgte under trussel om tvangsbøde pålagt sagsøgeren AKZO Chemie UK Ltd følgende indtil udstedelsen af en endelig beslutning:

— blandt andet ikke at tilbyde benzoylperoxid til melfremstillende virksomheder i Det forenede Kongerige til priser, der ligger under de af sagsøgte fastsatte priser eller de priser, som AKZO Chemie UK Ltd tilbyder andre tilsvarende købere;

— ikke at give de nævnte virksomheder vilkår gennem indrømmelse af kreditvilkår eller leveringsbetingelser, som direkte eller indirekte vil kunne bevirke, at den faktiske leveringspris for det nævnte produkt ligger under den af sagsøgte fastsatte pris;

— fra 15. august 1983 månedligt til sagsøgte at fremsende en kopi af alle den foregående måneds tilbud, ordrer, fakturaer eller kreditnotaer samt tilsvarende dokumenter vedrørende ethvert tilbud eller salg af noget af de nævnte produkter til en køber i Det forenede Kongerige.

Uanset disse bestemmelser har sagsøgte tilladt sagsøgeren AKZO Chemie UK Ltd at tilbyde de nævnte produkter også til lavere priser, når dette efter god forretningsskik har været nødvendigt for at nå ned på en anden leverandørs påviste lavere pris.

1 — Forordning nr. 17 — Første gennemførelsesforordning til traktatens artikler 85 og 86, EFT 1959-1962, s. 81.

2 — EFT 1983 L 252, s. 13.

4. Den 3. september 1984 tilstillede sagsøgte sagsøgerne en meddelelse af klagepunkter, hvori den navnlig foreholdt disse, at de havde misbrugt deres dominerende stilling på markedet ved at have truet intervenienten med at sælge til dennes aftagere til særligt lave, diskriminerende og urentable priser, og derefter faktisk at have solgt på disse vilkår eller fremsat tilbud for at berøve intervenienten kunder og derved tilføje dennes forretningsvirksomhed alvorlige skader. Denne meddelelse af klagepunkter var vedlagt 127 bilag.

Ligeledes den 3. september 1984 tilsendte sagsøgte intervenienten meddelelsen om klagepunkterne uden dog at vedlægge denne de nævnte bilag. I en følgeskrivelse gjorde sagsøgte intervenienten opmærksom på denne omstændighed og nævnede muligheden for at indgive begæring om indsigt i bilagene, såfremt intervenienten havde behov for dette ved affattelsen af sit eventuelle indlæg. Samtidig betonede sagsøgte, at bilagene, såfremt der blev givet indsigt i disse, kun måtte benyttes i den verserende procedure for sagsøgte.

Sagsøgerne udtalte sig om klagepunkterne ved skriftlige indlæg af 22. oktober og 16. november 1984, som sagsøgte ligeledes videregav til intervenienten.

5. For i fuldt omfang at kunne udøve sin ret til at blive hørt under forvaltningsproceduren i henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17, fremsatte intervenienten ved skrivelse af 19. november 1984 begæring om indsigt i bilagene til meddelelsen af klagepunkter.

Ved skrivelse af 29. november 1984 underrettede sagsøgte sagsøgerne om intervenientens begæring. Sagsøgte henviste til, at man kun ville give intervenienten adgang til sådanne dokumenter eller dele af dokumenter, som var vedlagt meddelelsen af klagepunkter og ikke faldt ind under »egentlig forretningshemmelighed« (»genuine business secrecy«). Sagsøgte betonede ganske vist i denne sammenhæng, at umiddelbart bevismateriale for, at der forelå en tilsidesættelse (»direct evidence of an infringement«) af EØF-traktatens artikel 86, ikke kunne anses for forretningshemmeligheder, der krævede beskyttelse.

Afsluttende meddelte sagsøgte sagsøgerne, at den før en afgørelse om intervenientens begæring anså det for passende at give sagsøgerne en frist på ti dage til at udtale sig om denne begæring.

I deres udtalelse af 7. december 1984 henviste sagsøgerne først til, at der vanskeligt kan være tale om et umiddelbart bevis for en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86. På sagens nuværende trin bliver en sådan tilsidesættelse kun hævdet af sagsøgte. Herefter var det ikke nødvendigt at udtale sig om sagsøgtes opfattelse, hvorefter sagsøgte kunne bekendtgøre forretningshemmeligheder og andre fortrolige oplysninger, som sagsøgte havde fået under sin undersøgelse, før det formelt var fastslået, at der faktisk var tale om en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86.

Sagsøgerne påtalte endvidere den omstændighed, at sagsøgte havde meddelt intervenienten deres udtalelse om klagepunkterne i fuldt omfang uden over for sagsøgerne at rejse spørgsmålet, om visse passager i denne udtalelse muligvis var fortrolige.

Med hensyn til begæringen om indsigt i bilagene, tilbød sagsøgerne at udfærdige sammenfatninger eller fremlægge bilag, hvori de fortrolige afsnit var gjort ulæselige. Af disse grunde ønskede sagsøgerne først at få oplyst af intervenienten, hvilke specielle afsnit i deres udtalelse, der yderligere skulle afklares. De i bilagene til denne skrivelse nævnte bilag til meddelelsen af klagepunkter kunne på grund af deres fortrolige karakter under ingen omstændigheder gøres tilgængelige for intervenienten. Sagsøgerne forlod sig på, at de nævnte bilag ikke blev videregivet.

Ved skrivelse af 18. december 1984 meddelte sagsøgte sagsøgerne, at man den 14. december 1984 havde givet interventiens befuldmægtigede adgang til de pågældende bilag. Afgørelsen af, i hvilke bilag der skulle gives indsigt, påhvilede sagsøgte; dog var der taget omhyggeligt hensyn til den af sagsøgerne forelagte liste, og den var blevet fulgt, bortset fra nogle undtagelser, hvor sagsøgte ikke havde været af den opfattelse, at bilagene eller afsnittene heri faktisk faldt ind under beskyttelsen af forretningshemmeligheder.

Sagsøgte havde anset indsigt i bevismaterialet for nødvendigt, for dels på passende måde at kunne gennemføre sin egen undersøgelse og for samtidig at sikre interventiens ret til at fremføre sin opfattelse i henhold til artikel 5 i forordning nr. 99/63 [3].

Som bilag til den nævnte skrivelse tilsendte sagsøgte sagsøgerne de bilag til meddelelsen af klagepunkter, som sagsøgte imod sagsøgernes anmodning havde givet intervenienten adgang til, i den form, i hvilken denne adgang havde fundet sted. Vedrørende bilag 21 [4] anførte sagsøgte, at dette ikke havde kunnet anerkendes som forretningshemmelighed, da det var et afgørende bevismiddel. I tabellerne A til C var sagsøgernes omkostningselementer gjort ulæselige; det var også blevet pålagt interventiens befuldmægtigede ikke at give deres klienter adgang til disse tabeller.

Dokumenter vedrørende firmaet Diaflex var blevet fjernet fra bilagene; dog havde interventiens befuldmægtigede fået tilladelse til at notere dette firmas prisoplysninger, igen under den betingelse, at disse ikke blev gjort tilgængelige for hans klienter.

Ved stævning af 22. februar 1985 har sagsøgerne anlagt sag. Ved kendelse af 10. juli 1985 har Domstolen tilladt firmaet ECS at intervenere til støtte for sagsøgtes påstand.

Den 14. december 1985 har sagsøgte truffet beslutning i sagen og pålagt sagsøgerne en bøde på 10 mio ECU på grund af misbrug af en dominerende stilling på markedet [5].

II — *Parternes påstande*

1. Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— sagen antages til realitetsbehandling, og der gives sagsøgerne medhold;

— sagsøgtes beslutning som meddelt sagsøgerne ved skrivelse af 18. december 1984 annulleres;

3 — Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17, EFT 1963-1964, s. 42.

4 — En intern optegnelse fra sagsøgerne vedrørende forretningsforbindelserne med intervenienten.

5 — EFT 1985 L 374, s. 1.

— sagsøgte tilpligtes at kræve de fortrolige dokumenter, som er udleveret til intervenienten, tilbageleveret;

— sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger.

2. Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

— sagen afvises;

— subsidiært frifindelse;

— i begge tilfælde tilpligtes sagsøgerne at betale sagens omkostninger.

3. Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— sagen afvises;

— subsidiært frifindes sagsøgte;

— i begge tilfælde tilpligtes sagsøgerne at betale intervenientens omkostninger.

B — **Min stillingtagen til denne tvist er følgende.**

I — *Formaliteten*

1. *Sagsøgte* og *intervenienten* er af den opfattelse, at sagen, der er rejst som annullationssøgsmål (anfægtelsessøgsmål), må afvises, da der ikke foreligger en beslutning, som under sagen kan annulleres i henhold til EØF-traktatens artikel 173.

Efter Domstolens praksis skal der ved afgørelsen af, om de anfægtede foranstaltninger er retsakter i den i EØF-traktatens artikel 173 forudsatte betydning, lægges vægt på deres indhold. Ifølge denne praksis er alle foranstaltninger, der har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgernes interesser gennem en væsentlig ændring af deres retsstilling, retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for annullationssøgsmål i henhold til EØF-traktatens artikel 173 [6]. Disse betingelser er ikke opfyldt, da sagsøgernes retsstilling i det foreliggende tilfælde ikke er blevet ændret. Såfremt proceduren i sagen fører til en beslutning fra sagsøgte, kan sagsøgerne anfægte denne beslutning og derved gøre en mulig formmangel gældende, nemlig tilsidesættelse af pligten til at overholde fortrolighed.

Sagsøgtes adfærd er en faktisk handling, hvorved dens endelige stillingtagen blot er blevet forberedt. Videregivelsen af bilagene til intervenienten skulle gøre det lettere for sagsøgte at bedømme, om der er tale om en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86. Den er derfor en uadskillelig del af den forberedende procedure, som vil føre til dens endelige stillingtagen, men ikke »afslutningen på en særlig procedure, der adskiller sig fra denne«. Da der foreligger meget komplicerede faktiske omstændigheder ville videregivelsen af bilagene til intervenienten og dennes derpå støttede udtalelse have befordret og fremskyndet undersøgelsen af de faktiske omstændigheder. Sagsøgtes formodninger er blevet bekræftet. Sagsøgte har derfor anset det for passende at høre begge berørte parter i sagen, selv om de af intervenienten givne oplysninger til syvende og sidst ikke havde givet nogen yderligere afklaring af de faktiske forhold.

Hvis sagen blev antaget til realitetsbehandling på procedurens nuværende trin, ville dette føre til en forveksling mellem sagens administrative fase og den retslige fase. Det af sagsøgerne anførte vedrørende sagens formalitet er snævert forbundet med spørgs-

6 — Dom af 11. november 1981 i sag 60/81, International Business Machines Corporation mod Kommissionen, Sml. 1981, s. 2639, præmis 9.

målet, om bilagene er omfattet af tavshedspligten. Det er imidlertid for tidligt at foretage en retslig prøvelse heraf, mens den administrative procedure endnu foregår. Dette ville være uforeneligt med kompetencefordelingen mellem sagsøgte og Domstolen.

Intervenienten har desuden henvist til den nødvendige sondring mellem en mulig retskrænkelse og ændringen af et retsforhold. En rent faktisk retskrænkelse forudsætter på ingen måde nødvendigvis en foranstaltning, som har bindende retsvirkninger, som berører sagsøgerens interesser gennem et indgreb i hans retsstilling.

I modsætning hertil er *sagsøgerne* af den opfattelse, at sagsøgtes foranstaltning er en anfægtelig retsakt i den i EØF-traktatens artikel 173 forudsatte betydning. Også de har henvist til den nævnte dom af 11. november 1981 i sag 60/81, men drager dog modsatte slutninger heraf. Sagsøgtes handling har elimineret den ved EØF-traktaten garanterede beskyttelse mod videregivelse af oplysninger, der efter deres indhold falder ind under tavshedspligten. For det andet ville sagsøgernes interesser blive berørt ved denne handling, fordi intervenienten kan bruge de fortrolige oplysninger, som den har fået af sagsøgte, i andre sager.

Over for disse retlige virkninger kan man ikke hævde, at denne handling blot er en forberedende foranstaltning. Sagsøgtes handling har nemlig forhindret, at de af sagsøgerne videregivne bilag fik den beskyttelse, som tilkommer fortrolige oplysninger; dette udgør en afsluttende viljeserklæring fra sagsøgte. I øvrigt er der tale om afslutningen på en særlig procedure, der adskiller sig fra den egentlige konkurrenceprocedure, som bliver bragt til afslutning med en beslutning fra sagsøgte. Den anfægtede beslutning er i øvrigt rettet til begge sagsøgerne, da den over for begge fastslår, at bestemte oplysninger ikke var omfattet af tavshedspligten.

Mod en sådan foranstaltning må der være adgang til at rejse annullationssøgsmål, uden at man skal afvente afslutningen på den administrative procedure i sagen. Det er nemlig muligt, at denne procedure endnu trækker ud en vis tid, ja endog at den afsluttes, uden at der træffes beslutning. Man må derfor gøre det muligt for parterne at gøre deres krav på retlig genopretning gældende, når retten til beskyttelse af forretningshemmeligheder bevidst er blevet trådt under fode.

2. Ved prøvelsen af formalitetsspørgsmålet må der efter min opfattelse sondres mellem flere problemkredse:

— spørgsmålet, om sagsøgtes omtvistede foranstaltning er en ren faktisk handling eller en beslutning;

— spørgsmålet om der er tale om en endelig beslutning i den i EØF-traktatens artikel 173 forudsatte betydning eller om en mellemforanstaltning fra sagsøgtes side, som først skal forberede en endelig beslutning;

— spørgsmålet om det må anerkendes, at sagsøgerne har en retsbeskyttelsesinteresse, og i denne sammenhæng navnlig problemet, om sagen ikke er blevet uden genstand, idet sagsøgte faktisk har givet intervenienten aktindsigt, og sagsøgerne

i givet fald måtte henvises til et erstatningssøgsmål.

a) For det første skal begrebet beslutning altså afgrænses fra begrebet en rent faktisk handling. For så vidt må jeg tilslutte mig intervenientens opfattelse, hvorefter der må sondres mellem krænkelse af en retligt beskyttet rettighed og ændring af en retsstilling.

Spørgsmålet om der med begæringen om aktindsigt begæres en beslutning, kan ikke generelt besvares bekræftende eller benægtende, navnlig ikke, når indsigten i dokumenter blev givet ved faktisk overgivelse af aktstykkerne. Der må i denne sammenhæng lægges vægt på, om begæringen om aktindsigt automatisk modsvares af en rent faktisk handling, eller om den myndighed, som giver aktindsigten, skal foretage yderligere overvejelser.

For at kunne foretage den nødvendige afgrænsning må der først redegøres for de enkelte led i det her omtvistede hændelsesforløb ved hjælp af de retlige rammer, hvori de har udspillet sig.

I denne sag har intervenienten af sagsøgte forlangt indsigt i dokumenter, som denne havde modtaget inden for rammerne af en konkurrenceprocedure, og som altså principielt i henhold til EØF-traktatens artikel 214 og artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 falder ind under tavshedspligten. Denne begæring har sagsøgte tilstillet sagsøgerne til udtalelse. Efter at sagsøgerne havde afgivet udtalelse, traf sagsøgte afgørelse om, hvilke bilag intervenienten skulle have adgang til i fuldt omfang, hvilke i forkortet form og hvilke overhovedet ikke.

Af dette hændelsesforløb må det sluttes, at sagsøgte har afvejet forskellige interesser mod hinanden, nemlig overholdelse af tavshedspligten, sagsøgernes interesse i beskyttelse af deres forretningshemmeligheder, intervenientens informationsbehov med henblik på høring af denne samt den opgave at foretage en effektiv overvågelse af overholdelsen af EØF-traktatens konkurrencebestemmelser. Efter denne afvejning har sagsøgte endelig besluttet, hvilke af sagsøgernes interne forretningsdokumenter intervenienten kunne få indsigt i med henblik på den foreliggende konkurrenceprocedure, altså om, hvorvidt interessen i beskyttelse af forretningshemmeligheder og overholdelse af tavshedspligten måtte vige for en effektiv gennemførelse af EØF-traktatens konkurrencebestemmelser.

Sagsøgte har altså afgrænset sagsøgernes og intervenientens respektive retsstilling fra hinanden og samtidig truffet afgørelse om, hvorvidt sagsøgte af hensyn til gennemførelsen af Fællesskabets konkurrenceret kunne fravige princippet om tavshedspligt. Det retlige tyngdepunkt i sagsøgtes foranstaltning ligger altså ikke i den faktiske overgivelse af dokumenterne til intervenienten, men i den retlige afvejning af, hvorvidt begæringen om aktindsigt kunne imødekommes. Sagsøgte har bindende fastlagt, hvilke af sagsøgernes dokumenter intervenienten kunne få indsigt i. Sagsøgte har således retligt trukket grænsen mellem intervenientens informationskrav og sagsøgernes ret til respekt af deres forretningsdokumenters fortrolighed. Sagsøgte har derved truffet en foranstaltning, som havde retligt bindende virkninger, som berørte sagsøgernes interesser gennem en væsentlig ændring af deres retsstilling. Der foreligger altså en beslutning. At denne beslutning ikke

blev affattet skriftligt, men dens resultat blev meddelt sagsøgerne fire dage efter, at intervenienten faktisk havde fået aktindsigt, ændrer intet heri, da den form, hvori en beslutning træffes, ikke er af betydning [7].

b) Det må endvidere undersøges, om denne beslutning kan anfægtes selvstændigt. Ifølge Domstolens praksis kan retsakter eller beslutninger, hvis tilblivelse omfatter flere faser, navnlig sådanne som afslutter en intern procedure, principielt kun anfægtes, hvis det drejer sig om foranstaltninger, som definitivt fastlægger myndighedens standpunkt som afslutning på denne procedure, modsat foreløbige foranstaltninger, der har til formål at forberede den endelige beslutning [8].

Der kan for så vidt opstå tvivl om, hvorvidt sagsøgtes beslutning selvstændigt kan anfægtes, som sagsøgte med denne beslutning har afgrænset omfanget af tavshedspligt og forretningshemmeligheder fra hensynet til gennemførelsen af konkurrencebestemmelserne, dvs. har beskrevet sin egen undersøgelseskompetence. For så vidt kunne det hævdes, at der var tale om en foranstaltning, som først skulle forberede den endelige beslutning; den kan altså sammenlignes med indledning af en konkurrenceprocedure eller meddelelse af klagepunkter, som Domstolen har fastslået i dommen af 11. november 1981 [9].

Disse betænkeligheder er dog ikke udslaggivende, da den af sagsøgte trufne beslutning udviser flere aspekter. Ved siden af beslutningen om, hvorvidt beskyttelsen af forretningshemmeligheder skal vige for sagsøgtes undersøgelsesopgaver, omfatter den nemlig som påvist samtidig en afgrænsning af sagsøgerens og intervenientens respektive retsstilling. For så vidt omfatter sagsøgtes beslutning et retligt selvstændigt biaspekt, som adskiller sig fra det aspekt, som realitetsafgørelsen i konkurrenceproceduren er rettet mod. Der er nemlig ikke længere kun tale om forberedelse af sagsøgtes endelige beslutning, men også om afgrænsning af de i proceduren deltagende virksomheders retsstillinger. Derfor kan denne del af sagsøgtes beslutning ikke sammenlignes med en beslutning om indledning af proceduren eller meddelelsen af klagepunkter.

Da de forskellige aspekter i en samlet foranstaltning imidlertid ikke kan adskilles fra hinanden, er sagsøgtes beslutning om at give intervenienten indsigt i bestemte af sagsøgernes forretningsdokumenter en selvstændigt anfægtelig beslutning i den i EØF-traktatens artikel 173 forudsatte betydning.

For det resultat, at sagsøgtes foranstaltning er en beslutning i den i EØF-traktatens artikel 173 forudsatte betydning, taler også systematikken i forordning nr. 17. I alle tilfælde, hvor sagsøgte ikke kan regne med de pågældende virksomheders frivillige medvirken, men må anvende tvangsmidler, er det nemlig bestemt, at tvangsmidlet først skal konkretiseres i form af en beslutning, som blandt andet skal indeholde en henvisning til adgangen til at anlægge sag ved Domstolen til prøvelse af beslutningen; dette bestemmes i artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17 for krav om oplysninger og i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 for kontrolundersøgelser.

Dette princip har Domstolen bekræftet i sin kendelse af 17. januar 1980, hvori det anerkendtes, at Kommissionen har den i forordning nr. 17 ikke udtrykkeligt fastsatte

7 — Dom af 11. november 1981 i sag 60/81, International Business Machines Corporation mod Kommissionen, Sml. 1981, s. 2639.

8 — Dom af 11. november 1981 i sag 60/81, a. st., præmis 10.

9 — Dom af 11. november 1981 i sag 60/81, a. st.

kompetence til allerede under forvaltningsproceduren at træffe sikrende foranstaltninger i form af en foreløbig forholdsregel. Sådanne beslutninger skal »træffes i en sådan form, at de kan indbringes for Domstolen af enhver part, som anser sig for at være krænket.« [10]

c) Under den mundtlige forhandling blev det spørgsmål endvidere rejst, om søgsmålet ikke er blevet uden genstand, ved at intervenienten faktisk har opnået aktindsigt, og den derpå beroende viden heller ikke længere kan skaffes ud af verden ved ophævelse af sagsøgtes beslutning, således at sagsøgerne herefter kun ville kunne henvises til et eventuelt muligt erstatningssøgsmål.

Jeg er af to grunde ikke tilbøjelig til at følge denne argumentation.

Allerede i den omstændighed, at en del af sagsøgernes forretningsdokumenter materielt er kommet til at stå til rådighed for intervenienten og endnu befinder sig der, må der ses et retligt indgreb mod sagsøgerne, som fortsat varer ved, og som vil kunne ophæves ved en annullation af sagsøgtes beslutning. Ganske vist ville Domstolen i denne sag ikke direkte kunne statuere, at intervenienten skal give sagsøgernes dokumenter tilbage til sagsøgte; i det mindsteville det dog ifølge EØF-traktatens artikel 176 påhvile sagsøgte at bestræbe sig på at søge disse dokumenter tilbageleveret. Således ville det retlige indgreb i sagsøgernes rettigheder kunne afhjælpes.

En yderligere følge af ophævelsen af sagsøgtes beslutning ville ligge i, at intervenienten såvel i sagen for High Court of Justice som i høringsproceduren for Kommissionen ikke længere måtte påberåbe sig den viden, som retsstridigt var blevet meddelt intervenienten. Da det ikke kan udelukkes, at dette ville kunne få indflydelse på sagsøgernes retsstilling i konkurrenceproceduren, er jeg af den opfattelse, at søgsmålet ikke er blevet uden genstand ved den faktiske tilladelse til indsigt i dokumenterne.

Jeg mener derfor, at annullationssøgsmålet kan antages til realitetsbehandling.

3. Dette gælder dog ikke for sagsøgernes begæring om, at det pålægges sagsøgte at kræve de fortrolige dokumenter tilbage, som er blevet tilsendt intervenienten.

Der findes intet grundlag for en sådan påstand i det fællesskabsretlige retsbeskyttelsessystem. Ganske vist skal den institution, fra hvilken en annulleret retsakt hidrører, ifølge EØF-traktatens artikel 176 gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger. Det påhviler dog i første række den dømte institution, i givet fald under Domstolens kontrol, at beslutte hvilke foranstaltninger der forekommer nødvendige. En selvstændig påstand om konkretisering af de retlige pligter, der måtte følge af en dom afsagt af Domstolen, som det også udtrykkeligt blev opretholdt af sagsøgerne under den mundtlige forhandling, er der dog som i traktaten ikke hjemmel til, og den må således afvises.

II — *Sagens realitet*

Sagsøgerne har anført tre anbringender til støtte for deres påstande:

— tilsidesættelse af det i EØF-traktatens artikel 214 og artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 fastslåede princip om tavshedspligt;

10 — Kendelse af 17. januar 1980 i sag 792/79 R, Camera Care Ltd mod Kommissionen, Sml. 1980, s. 119, grund 19.

— tilsidesættelse af artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17, hvorefter de oplysninger, som er indhentet under konkurrenceproceduren, kun må bruges til det med konkurrenceproceduren tilsigtede formål;

— tilsidesættelse af den i EØF-traktatens artikel 185 fastsatte kompetenceafgrænsning mellem Kommissionen og Domstolen og indskrænkning af sagsøgernes retsbeskyttelsesmuligheder.

I øvrigt er der ifølge EØF-traktatens bestemmelser ingen forskel mellem de beslutninger, hvorved en overtrædelse bliver fastslået, og andre beslutninger. EØF-traktatens artikel 214 bestemmer generelt og uden undtagelse, at tavshedspligten skal overholdes. Ifølge artikel 21 i forordning nr. 17 skal der ved offentliggørelse af beslutninger, hvorved sagsøgte fastslår en overtrædelse af EØF-traktatens konkurrencebestemmelser, endog tages hensyn til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af forretningshemmeligheder. Dette gælder udtrykkeligt også for konstateringen af en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86.

1. Tilsidesættelse af tavshedspligten

a) Ifølge *sagsøgerne* bestemmer EØF-traktatens artikel 214, som på konkurrenceområdet er blevet konkretiseret ved artikel 20 i forordning nr. 17, udtrykkeligt, at sagsøgte ikke må videregive oplysninger, som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt. Denne forpligtelse omfatter blandt andet forbudet mod at videregive oplysninger, hvis fortrolighed — som sket — er blevet betonet, såvel til den, der fremsætter en begæring, jfr. artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17, som til tredjemand, jfr. samme forordnings artikel 19, stk. 2. Såfremt den, der indgiver en begæring, skal have oplysninger, skal dette ske på en måde, som er forenelig med beskyttelsen af fortrolige oplysninger. Dette havde sagsøgerne i øvrigt foreslået sagsøgte, men dette forslag er ikke blevet taget op af sagsøgte.

Princippet om beskyttelse af fortrolige oplysninger gælder også, når der er tale om dokumenter, som under visse omstændigheder ville gøre det muligt at fastslå en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86. Så længe sagsøgte endnu ikke har fastslået en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86, er det forhastet at antage, at en sådan overtrædelse ville blive bevist ved hjælp af disse dokumenter.

Sagsøgte har heroverfor anført, at det for en omhyggelig konstatering af de faktiske omstændigheder har været nødvendigt at indhente udtalelse fra den, der indgav begæringen, altså intervenienten. I øvrigt indeholdt de dokumenter, som sagsøgte har stillet til rådighed for intervenienten, ingen beskyttede forretningshemmeligheder.

I hvert fald gælder forpligtelsen til at overholde tavshedspligten som sådan ikke med hensyn til de dokumenter, der efter deres art eller indhold beviser en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85 eller 86. At bestemte dokumenter af den pågældende virksomhed selv betegnes som fortrolige, er ikke afgørende for sagsøgte. Heller ikke den omstændighed, at offentliggørelse af bestemte dokumenter kan være pinlige for de berørte virksomheder, har til følge, at der allerede af denne grund foreligger en beskyttelsesværdig forretningshemmelighed.

Sagsøgte har desuden henvist til bestemmelserne om antidumpingproceduren, som efter sagsøgtes opfattelse er sammenlignelige. Ifølge artikel 7, stk. 4, litra a), i forordning

nr. 3017/79 [11] kan den, der indgiver anmodning herom, få indsigt i alle de dokumenter, som de parter, der er berørt af en undersøgelse, har stillet til rådighed for Kommissionen, for så vidt de har betydning for varetagelsen af den pågældendes interesser og ikke er fortrolige. Vedrørende denne bestemmelse har Domstolen ved dom af 20. marts 1985 [12] statueret, at Fællesskabets institutioner i medfør af EØF-traktatens artikel 214 ganske vist er forpligtet til at sikre en fortrolig behandling af oplysninger; denne forpligtelse skal imidlertid fortolkes således, at de rettigheder, der følger af artikel 7, stk. 4, litra a), i forordning nr. 3017/79, ikke mister deres indhold.

Den, der fremsætter en anmodning, har altså ret til på formålstjenlig måde at gøre sit standpunkt gældende, hvilket kun er muligt, når man gør bestemte dokumenter tilgængelige for ham. Ganske vist må man udelukke fortrolige oplysninger, men dette er sket med hensyn til de dokumenter, der er tilstillet intervenienten.

Intervenienten har fremhævet, at selskabet i henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 er berettiget til at blive hørt såvel skriftligt som mundtligt. Intervenienten ville ikke have kunnet udøve sin ret til at blive hørt i fuldt omfang, hvis man ikke havde haft adgang til de dokumenter, som lå til grund for meddelelsen af klagepunkter.

Beskyttelsen af forretningshemmeligheder har ikke automatisk forrang for retten til høring. Der skal tværtimod ske en afvejning mellem den berørte virksomheds interesser i beskyttelse af sine forretningshemmeligheder og ansøgerens ret til at blive hørt.

11 — Forordning nr. 3017/79 af 20. december 1979 »om beskyttelse mod dumpingimport eller subsidieret import fra lande, der ikke er medlemmer af Det europæiske økonomiske Fællesskab«, EFT L 339, s. 1; i mellemtiden erstattet af forordning nr. 2176/84 af 23. juli 1984, EFT 1984 L 201, s. 1.

12 — Sag 264/82, Timex Corporation mod Rådet og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Sml. 1985, s. 849.

Denne afvejning er ifølge intervenienten blevet foretaget på korrekt måde af sagsøgte. De omtvistede dokumenter er først og fremmest af historisk interesse, og de indeholdt oplysninger, som ikke adskiller sig fra andre oplysninger, som sagsøgerne selv ikke har anset for fortrolige. De er kun blevet tilstillet intervenienten af Kommissionen med henblik på proceduren og har ikke haft nogen forretningsmæssig værdi for denne. Endelig udgjorde de et indiciebevis for overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86. I et sådant tilfælde er forretningshemmeligheders fortrolighed ikke længere beskyttet.

b) Med henblik på gennemgangen af dette anbringende anser jeg det for hensigtsmæssigt først at citere de relevante bestemmelser i fællesskabsretten om fortrolighed og tavshedspligt:

EØF-traktatens artikel 214 lyder således:

»Medlemmerne af Fællesskabets institutioner, medlemmerne af udvalgene samt Fællesskabets tjenestemænd og øvrige ansatte har — selv efter at deres hverv er ophørt — forpligtelse til ikke at give oplysninger om forhold, som ifølge deres natur er tjenestehemmeligheder, navnlig oplysninger om virksomheder og om deres forretningsforbindelser eller omkostningsforhold.«

Artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 bestemmer følgende:

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

Endelig bestemmer artikel 21 i forordning nr. 17 følgende:

»1) Kommissionen offentliggør de beslutninger, som er truffet i medfør af artiklerne 2, 3, 6, 7 og 8.

2) Offentliggørelsen sker med angivelse af de interesserede parter og beslutningens væsentligste indhold; ved offentliggørelsen skal der tages hensyn til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af forretningshemmeligheder.«

aa) Genstand for tavshedspligen er altså oplysninger om forhold, som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt. EØF-traktatens artikel 214 nævner i denne sammenhæng »navnlig oplysninger om virksomheder og om deres forretningsforbindelser eller omkostningsforhold«. Allerede af denne formulering må det udledes, at fællesskablovgiver ikke har givet nogen afsluttende definition af begrebet tavshedspligt. Dette begreb må således undersøges på grundlag af indholdet i de relevante bestemmelser, navnlig i forordning nr. 17.

Forordning nr. 17 pålægger de berørte virksomheder omfattende oplysningspligter. Disse pligter står ligesom udligning over for de nævnte beskyttelsesbestemmelser, som skal sikre beskyttelse af virksomhedernes berettigede interesse i hemmeligholdelse af deres interne forretningsvirksomhed.

Ganske vist går området for de oplysninger, der falder ind under tavshedspligten, ud over området for virksomhedernes forretningshemmeligheder. Tavshedspligten omfatter nemlig alle oplysninger, som Kommissionens tjenestemænd har fået under udøvelsen af deres hverv, uanset om det er sket ved formelle undersøgelsesakter eller på grundlag af formløse meddelelser. Undtaget er ganske vist alle oplysninger, der er tilgængelige for offentligheden [13].

Begrebsmæssigt er udtrykket »tavshedspligt« ganske vist for snævert — da det i hvert fald på tysk kun ville omfatte de såkaldt liberale erhvervs fagetiske tavshedspligt. Dette begreb skal derfor opfattes videre end »tjenestehemmelighed« eller »tjenstlig tavshedspligt« [14].

Til de oplysninger om forhold, som »ifølge deres natur« er undergivet tavshedspligt, hører blandt andet virksomhedernes drifts- og forretningshemmeligheder, men derudover også andre tildragelser i virksomhedssfæren, som kræver hemmeligholdelse og ikke er alment tilgængelige [15]. Det er uden betydning, hvilken art drifts- eller forretningshemmelighed eller øvrig beskyttelsesværdig tildragelse, der er tale om.

Da disse interne dokumenter eller tildragelser jo »ifølge deres natur« skal være omfattet af tavshedspligten, kan der her kun være tale om sådanne omstændigheder, der er af nogen vægt for virksomheden, og som uden ulemper for virksomheden ikke må gøres tilgængelige for udenforstående tredjemænd. Ikke alt, hvad en virksomhed ikke ønsker gjort bekendt, er objektivt set allerede en forretningshemmelighed. Den virksomheds opfattelse, fra hvilken oplysningerne stammer, er altså ikke alene afgørende, men dog som regel et vigtigt indicium [16].

13 — Jfr. herved Pernice i: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, forordning nr. 17, artikel 20, note 8; Hummer i Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, note 14 til artikel 214.

14 — Jfr. Hummer a. st.; Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, note 9 til forordning nr. 17, artikel 20.

15 — Gleiss/Hirsch a. st., note 13.

16 — Jfr. Pernice a. st., note 24 til forordning nr. 17, artikel 19 Gleiss/Hirsch a. st., note 11 til forordning nr. 17, artikel 20.

Sådanne oplysninger må ikke prisgives, dvs. de må ikke meddeles til personer, som ikke er beføjet til at få dem [17]. Dertil hører ikke blot udenforstående tredjemænd, men, for så vidt der er tale om forretningshemmeligheder, også personer, som ifølge artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 har ret til at blive hørt, navnlig også den, der fremsætter en begæring i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, litra b). Dette har Domstolen gjort klart i dommen af 29. oktober 1980 i de forenede sager 209-215 og 218/78 [18], hvori den har fastslået følgende:

»Oplysninger, som har karakter af forretningshemmeligheder, og som ved at blive meddelt en erhvervssammenslutning af dennes medlemmer misterdenne karakter mellem medlemmerne, [mister] ikke ... deres fortrolige karakter *i forhold til tredjemand.* Såfremt erhvervssammenslutningen meddeler Kommissionen sådanne oplysninger i forbindelse med en procedure i henhold til forordning nr. 17, kan Kommissionen ikke påberåbe sig bestemmelserne i samme forordnings artikel 19 og 20 til støtte for at meddele oplysninger til en tredjemand, der optræder som klager. *Artikel 19, stk. 2, giver kun den, der har indgivet klage, ret til at blive hørt og ikke krav på at modtage fortrolige oplysninger.*«

Denne fortolkning er absolut bindende. En modsat fortolkning kunne føre til, at virksomheder gennem en begæring i henhold til artikel 3 eller artikel 19, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 17 søgte at skaffe sig indblik i andre virksomheders forretningshemmeligheder.

bb) Det står altså fast, at sagsøgte ikke er beføjet til under høringsproceduren i henhold til artikel 19 i forordning nr. 17 at videregive fortrolige oplysninger til den, der har indgivet en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17. Dette strider heller ikke imod Domstolens dom af 20. marts 1985 i sag 264/82 [19]. I denne dom udtalte Domstolen følgende:

»De sagsøgte institutioner har med urette gjort gældende, at de omhandlede oplysninger ifølge deres natur er fortrolige og derfor ikke kan videregives til klageren. Det må erkendes, at Fællesskabets institutioner i medfør af traktatens artikel 214 er forpligtet til at overholde princippet om, at oplysninger vedrørende virksomheder skal behandles fortroligt. Det gælder navnlig for virksomheder i tredjelande, som har erklæret sig parat til samarbejde med Kommissionen, og endda selv om der ikke foreligger en udtrykkelig anmodning herom ... Denne forpligtelse skal imidlertid fortolkes således, at de rettigheder, der følger af artikel 7, stk. 4, litra a), [i forordning nr. 3017/79], ikke mister deres indhold.

Heraf følger, at Kommissionen i den foreliggende sag — for så vidt det var foreneligt med forretningshemmeligheden — burde have bestræbt sig på at meddele sagsøgeren de fornødne oplysninger til varetagelse af dennes interesser, idet den i givet fald *ex officio* kunne vælge en passende måde at give oplysningerne på ...«

Også i denne dom har Domstolen anerkendt, at grænsen for prisgivelse af dokumenter af fortrolig karakter går ved den berørte virksomheds forretningshemmeligheder.

I øvrigt må der henvises til de betydelige forskelle, der består mellem forordning nr. 17 og forordning nr. 3017/79 om beskyt-

17 — Deringer a. st., note 9 til forordning nr. 17, artikel 20; Pernice a. st., note 9 til forordning nr. 17, artikel 20.

18 — Dom af 29. oktober 1980 i de forenede sager 209-215 og 218/78, Heintz van Landewyck Sàrl m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1980, s. 3125, præmis 46; forfatterens understregninger.

19 — Dom af 20. marts 1985 i sag 264/82, Timex Corporation mod Rådet og Kommissionen — præmis 29 f., Sml. 1985, s. 849.

telse mod dumpingimport eller subsidieret import fra lande, der ikke er medlemmer af Det europæiske økonomiske Fællesskab, med hensyn til de i de respektive procedurer involverede personers retsstilling.

I modsætning til forordning nr. 17 bestemmer forordning nr. 3017/79 i artikel 7, stk. 4, udtrykkeligt, at den, der indgiver begæring, kan få indsigt i alle de dokumenter, som de parter, der er berørt af en undersøgelse, har stillet til rådighed for Kommissionen, forudsat at disse oplysninger har betydning for varetagelsen af deres interesser og ikke er fortrolige i henhold til forordningens artikel 8. Sidstnævnte artikel bestemmer, at oplysninger, som ifølge deres natur er fortrolige eller er meddelt fortroligt af en part i undersøgelsen, ikke videregives, medmindre den part, der har givet oplysningerne, udtrykkeligt har givet tilladelse hertil. Derudover betragtes oplysninger i almindelighed som fortrolige, når videregivelsen heraf sandsynligvis vil være til betydelig skade for den, der har givet eller er kilde til oplysningerne.

Der findes intet holdepunkt i forordning nr. 17 for en tilsvarende ret til indsigt i oplysningerne. Den, der fremsætter en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17, skal end ikke i henhold til gældende ret høres i henhold til artikel 19 i forordning nr. 17; den pågældende skal derimod ligesom andre tredjemænd først i henhold til artikel 19, stk. 2, sandsynliggøre en tilstrækkelig interesse i høringen. Dette må ganske vist som regel antages, når den pågældende berøres af den virksomheds adfærd, mod hvilken der er indledt en konkurrenceprocedure; men den pågældende inddrages i henhold til forordning nr. 17 ikke automatisk i proceduren, men kun på begæring. Kun hvis Kommissionen er af den opfattelse, at de af den konstaterede omstændigheder ikke berettiger, at en i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 fremsat begæring imødekommes, skal den i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 underrette ansøgeren om begrundelsen herfor og fastsætte en frist, inden for hvilken de pågældende skriftligt kan fremsætte deres eventuelle bemærkninger. Kommissionens konkurrenceprocedure er altså ikke udformet som en kontradiktorisk procedure mellem ansøgeren og den pågældende virksomhed; ansøgeren er derimod begrænset til en rolle, der svarer til anmelderens i en straffesag. Proceduren selv gennemføres af Kommissionen.

Efter min mening er dog følgende forskel mellem de to forordninger afgørende; i konkurrenceproceduren råder sagsøgte over betydelige tvangsmidler til at gennemføre sine undersøgelser. Således kan Kommissionen, når et krav om oplysninger bliver afslået, ifølge artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 17 fremtvinge meddelelsen af oplysningen under trussel om eller fastsættelse af bøder og tvangsbøder; den kan også foretage kontrolundersøgelser mod den pågældendes vilje og uden forudgående anmeldelse i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17. Disse undersøgelsesrettigheder og tvangsmidler står som allerede nævnt som modstykke til beskyttelsen af virksomhedernes fortrolige oplysninger.

Ingen af disse tvangsforanstaltninger er hjemlet i antidumpingforordningen. Der kan Kommissionen kun foretage efterforskninger og undersøgelser inden for rammerne af et frivilligt samarbejde med virksomhederne, således at en tilsvarende beskyttelse af fortrolige oplysninger her ikke er nødvendig i samme omfang, da det står virksomhederne frit for slet og ret at nægte at meddele fortrolige oplysninger.

Det princip kan således fastholdes, at sagsøgte principielt ikke kan meddele ansøgere forretningshemmeligheder, heller ikke under høringsproceduren i henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17.

cc) En undtagelse fra dette princip kan kun tænkes, når det ville være umuligt at konstatere en overtrædelse af EØF-traktatens konkurrencebestemmelser uden indgreb i de berørte virksomheders forretningshemmeligheder. I et sådant tilfælde måtte der henvises til følgende: EØF-traktatens artikel 214 indeholder bestemmelser om beskyttelse af tjenestehemmeligheder henholdsvis tavshedspligt. Fællesskabets materielle konkurrenceret samt — i princippet — Kommissionens undersøgelsesbeføjelser er fastsat i artikel 85 ff. Beskyttelsen af fortroligheden på den ene side samt den indholdsmæssige fastlæggelse af konkurrenceretten og dennes formelle gennemførelse henholdsvis overvågning ved Kommissionen på den anden side, har således hjemmel i bestemmelser på samme trin i den primære fællesskabsret. I undtagelsestilfælde er det således efter min mening ikke udelukket, at der må ske en afvejning af de rettigheder, som på den ene side er fastsat i EØF-traktatens artikel 214 og på den anden side i EØF-traktatens artikler 85 ff., såfremt Fællesskabets materielle konkurrenceret ellers ikke kunne gennemføres. Jeg understreger dog endnu engang, at en sådan konstellation kun forekommer tænkelig i sjældne undtagelsestilfælde, da det må være muligt for Kommissionen — på grundlag af de beføjelser til at gribe ind, som er givet den i forordning nr. 17 — også uden videregivelse af forretningshemmeligheder til tredjemænd, at kunne afsløre virksomhedernes konkurrencestridige handlinger, især da den jo i alle tilfælde kan opnå kendskab til disse forretningshemmeligheder.

Sagsøgte vil dog ikke kunne sætte sig ud over beskyttelsen af fortrolige oplysninger blot med det formål at lette undersøgelsen eller fremskynde denne.

I det foreliggende tilfælde ville det heller ikke kunne hævdes, at det var nødvendigt at fremskynde afslutningen af den siden 15. juli 1982 verserende konkurrenceprocedure i december 1984, da et muligt misbrug af dominerende stilling på markedet fra sagsøgernes side var blevet forebygget af sagsøgtes foreløbige beslutning af 29. juli 1983.

dd) Hvis vi nu går over til den konkrete prøvelse af det første anbringende, må der erindres om følgende:

Sagsøgte har først i fuldt omfang givet intervenienten adgang til meddelelsen om klagepunkter — uden bilag — samt sagsøgernes udtalelse om denne meddelelse. Om dette var lovligt, behøver ikke at blive afgjort her, da sagsøgerne ikke har påtalt dette forhold for Domstolen. Efter at være blevet gjort opmærksom på denne mulighed af sagsøgte har intervenienten herefter begæret indsigt i bestemte af sagsøgernes forretningsdokumenter, som sagsøgte — ifølge intervenienten — var kommet i besiddelse af ved en tvangsforanstaltning, nemlig en ikke anmeldt kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17. Sagsøgerne har efter at være blevet gjort bekendt med denne begæring om indsigt i dokumenter påberåbt sig beskyttelse af forretningshemmeligheder og samtidig tilbudt at udarbejde ikke fortrolige uddrag af disse dokumenter. Sagsøgte er ikke gået ind på dette tilbud, men har givet intervenienten adgang til en del af disse dokumenter, dels i forkortet udgave, dels kun til dennes befuldmægtigedes brug og dels kun til dennes indsigt.

ee) Der opstår nu det spørgsmål, om Domstolen skal prøve, om de omtvistede dokumenter faktisk var sagsøgernes forretningshemmeligheder, skønt parterne næppe har fremført noget væsentligt om denne problematik under retsforhandlingerne for Domstolen.

En sådan prøvelse ville vel være mulig, men jeg er af den opfattelse, at den ikke er nødvendig for at træffe afgørelse i denne sag.

I sagsøgtes skrivelse af 18. december 1984, hvori den meddelte sagsøgeren beslutningen om at forelægge intervenienten visse dokumenter, bliver der blot henvist til, at sagsøgte ikke anså en række af disse dokumenter for forretningshemmeligheder. Bortset fra nogle korte bemærkninger til bilag 21 til meddelelsen af klagepunkter bliver der ikke redegjort for, af hvilke grunde sagsøgte ikke har fulgt sagsøgernes anbringender om disse dokumenters fortrolighed. Det bliver kun anført vedrørende det nævnte bilag 21, at dette ikke kunne være omfattet af begrebet forretningshemmelighed, fordi det udgjorde et væsentligt bevis for en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86.

aaa) Sagsøgtes opfattelse, hvorefter bilag 21 til meddelelsen af klagepunkter ikke kunne være omfattet af beskyttelsen af fortrolige oplysninger, fordi det var et bevisdokument for en overtrædelse af artikel 86, kan ikke tages til følge på dette trin i sagen.

I litteraturen erkendes det ganske vist, at også overtrædelser af EØF-traktatens artikler 85 og 86 kan være omfattet af begrebet forretningshemmelighed, som den beslutning, der skal offentliggøres i henhold til artikel 21, skal befatte sig med; i dette tilfælde er interessen i hemmeligholdelse ikke berettiget og er således ikke til hinder for en offentliggørelse [20].

Denne opfattelse forekommer rigtig for offentliggørelsen af sagsøgtes *endelige* beslutning. Men også denne skal ifølge artikel 21, stk. 2, ske på en måde, som tager hensyn til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelse af deres forretningshemmeligheder. Det kan hævdes, at interessen i beskyttelse af forretningshemmeligheder ikke længere kan anses for berettiget, når der under forvaltningsproceduren blev konstateret en overtrædelse af traktatens konkurrencebestemmelser.

Her er indsigt i sagsøgernes dokumenter ganske vist sikret allerede før den officielle høring af de berørte virksomheder i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17. Det kan meget vel tænkes, at der under en sådan høring og den senere obligatoriske høring af det rådgivende udvalg for kartel- og monopolspørgsmål i henhold til artikel 10, stk. 3, i forordning nr. 17 fremkommer synspunkter, som lader de berørte virksomheders forhold fremstå i et andet lys. Først når disse to yderligere procedurefaser er afsluttet, og det derefter for sagsøgte står fast, at der foreligger en overtrædelse af traktatens konkurrencebestemmelser, forekommer det passende at lade de berørte virksomheders interesser i beskyttelse af deres forretningshemmeligheder vige. Så længe disse to faser imidlertid ikke er afsluttet, som jo også opfylder en vis beskyttelsesfunktion for de berørte virksomheder, må sagsøgte i reglen ikke sætte sig ud over de berørte virksomheders forretningshemmeligheder.

20 — Jfr. f.eks. Gleiss/Hirsch, note 6 til artikel 21 i forordning nr. 17.

bbb) Når henvisningen til den omstændighed, at et bestemt forretningsdokument udgør et bevis for en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86, således ikke kan komme i betragtning som begrundelse for at tilsidesætte fortroligheden på det trin i proceduren, hvor dette er sket, så bliver tilbage som begrundelse for videregivelsen af dokumenterne kun sagsøgtes generelle henvisning til, at dokumenterne ikke var forretningshemmeligheder.

Denne knappe udtalelse er dog ikke tilstrækkelig til at opfylde den i EØF-traktatens artikel 190 fastsatte pligt, hvorefter Kommissionens beslutninger skal begrundes.

Omfanget af den i EØF-traktatens artikel 190 fastsatte begrundelsespligt afhænger af den pågældende retsakts art [21]. Sagsøgte skal herved angive de faktiske og retlige synspunkter, som foranstaltningens lovlighed afhænger af, samt de betragtninger, der har foranlediget den til at udstede sin beslutning. Denne bestemmelse beror ikke kun på formelle grunde, men skal også give parterne mulighed for at forsvare deres rettigheder og Domstolen mulighed for at udøve sin kontrol. For at opfylde disse formål, behøver beslutningen kun at fremstille de vigtigste retlige og faktiske betragtninger, som den beror på, og som er nødvendige for forståelsen af den tankegang, som har ført sagsøgte til sin beslutning; dette kan naturligvis ske i knap form, så længe det ikke går ud over klarhed og entydighed [22].

Disse kriterier har sagsøgte ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde, hvilket muligvis kan hænge sammen med, at den ikke har anset meddelelsen selv for en beslutning.

21 — Dom af 13. november 1978 i sag 87/78, Welding und Co. mod Hauptzollamt Hamburg-Waltershof, Sml. 1978, s. 2457.

22 — Jfr. dom af 4. juli 1963 i sag 24/62, Forbundsrepublikken Tyskland mod EØF-Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, org. ref.: Rec. 1963, s. 129.

ff) Selv for det tilfælde, at man ville erkende, at indsigt i forretningsdokumenterne var nødvendig, må det fastholdes, at den måde, på hvilken denne indsigt blev givet, har været i strid med proportionalitetsprincippet.

Sagsøgerne havde tilbudt at udarbejde ikke fortrolige versioner eller sammenfatninger af deres dokumenter, såfremt dette var nødvendigt. Sagsøgte er dog ikke gået ind på dette tilbud, men har selv på eget ansvar truffet afgørelse om, hvilke dokumenter den ville anse det for nødvendigt at hemmeligholde.

Denne fremgangsmåde var afgjort forhastet på et tidspunkt, da sagsøgte endnu ikke kunne vide, om de af sagsøgerne tilbudte dokumenter ikke ville være tilstrækkelige til at opfylde intervenientens informationsbehov.

Jeg anser derfor sagsøgernes første anbringende for begrundet.

gg) Såfremt Domstolen imidlertid skulle være af den opfattelse, at det må undersøges, om de dokumenter, der blev videregivet til intervenienten, virkelig var forretningshemmeligheder, tillader jeg mig den tanke, på ny at indtræde i den mundtlige forhandling, da procesdeltagerne hidtil endnu ikke har ytret sig indgående om dette spørgsmål. I hvert fald beder jeg om opfordring til at fremsætte supplerende forslag til afgørelse på dette punkt.

2. a) *Sagsøgernes* andet anbringende går ud på, at sagsøgte har tilsidesat artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17, hvorefter de i løbet af undersøgelsen indsamlede oplysninger kun må bruges til det formål, til hvilket de er indhentet. Sagsøgte har ifølge sagsøgerne ved at give intervenienten dokumenterne

tilsidesat denne bestemmelse, fordi der er alvorlig fare for, at disse dokumenter vil blive anvendt af intervenienten i sagen mod sagsøgerne for en britisk domstol. I øvrigt er det ikke godtgjort, at intervenienten har forpligtet sig til kun at anvende de pågældende dokumenter inden for rammerne af forvaltningsproceduren for sagsøgte.

Sagsøgte har heroverfor anført, at den har forpligtet intervenientens befuldmægtigede til kun at anvende de tilstillede dokumenter inden for rammerne af den administrative procedure. For det andet er sagsøgerne, hvad sagen for den britiske domstol angår, i hvert fald efter britisk procesret forpligtet til at fremlægge de dokumenter, der befinder sig i deres besiddelse.

Intervenienten har anført, at selskabet kun har fået adgang til dokumenterne ved at have forpligtet sig til ikke at anvende dem til andre formål end formålene med proceduren for sagsøgte; dette løfte har intervenienten holdt. Desuden er hvert part for de britiske domstole forpligtede til at give modparten en fortegnelse over de dokumenter vedrørende alle mellem parterne under sagen omtvistede punkter, som har været i deres besiddelse, og skal tillade modparten at skaffe sig kendskab til de i denne fortegnelse nævnte dokumenter. Sagsøgernes stilling har derfor ikke ændret sig, ved at sagsøgte har overgivet intervenienten dokumenterne.

b) Det følger af opbygningen af artikel 20 i forordning nr. 17, at dennes stk. 1 kun vedrører *anvendelsen* af de opnåede oplysninger, men ikke videregivelsen af oplysningerne, som er reguleret i stk. 2. Allerede deraf fremgår, at det af sagsøgerne i denne sammenhæng anførte ikke er afgørende, da de ikke engang selv hævder, at sagsøgte har anvendt de opnåede oplysninger formålsstridigt. Da sagsøgte i øvrigt har forpligtet intervenienten til ligeledes kun at anvende de tilstillede oplysninger i den administrative procedure for sagsøgte, og da det på sagens nuværende trin ikke ses, at intervenienten har overtrådt denne forpligtelse, er det ikke nødvendigt at gå ind på det principielle spørgsmål, om intervenienten falder ind under kredsen af adressater for artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17, og om sagsøgte eventuelt har ydet et bidrag til intervenientens formålsstridige anvendelse af oplysningerne.

Anbringendet om tilsidesættelse af artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17 er derfor ubegrundet.

3. a) Som et tredje anbringende har *sagsøgerne* gjort gældende, at EØF-traktatens artikel 185 er tilsidesat. De har anført, at sagsøgte har besluttet at give intervenienten adgang til akterne, og at den har gennemført sin beslutning på uigenkaldelig måde uden først at underrette sagsøgerne herom. Hvis bestemte dokumenters fortrolighed er omtvistet, må sagsøgtes beslutning træffes, dog under Domstolens kontrol, som må være i stand til at udøve sin kompetence i henhold til EØF-traktatens artikler 185 og 186 og bestemme, at gennemførelsen af den trufne beslutning skal udsættes, henholdsvis træffe enhver anden foreløbig forholdsregel. Ved sin adfærd har sagsøgte berøvet sagsøgerne den faktiske mulighed for at begære udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning.

Sagsøgte har begrænset sig til at fastslå, at der ikke foreligger tilsidesættelse af artikel 185, da der i det foreliggende tilfælde ikke har været nogen beslutning. Subsidiært har sagsøgte anført, at den ikke er forpligtet til at udsætte gennemførelsen af en beslutning, indtil den pågældende har haft mulighed for at fremsætte begæring om en foreløbig forholdsregel for Domstolen.

Intervenienten har ligeledes fremhævet, at der ikke har foreligget nogen formel beslutning fra Kommissionen, som EØF-traktatens artikel 185 kunne have været anvendt på. Desuden ville det føre til uacceptable forsinkelser i den administrative procedure, hvis der blev krævet en sådan anfægtelig beslutning.

b) Selv om meget kan tale for, at sagsøgte før gennemførelsen af sin beslutning — i betragtning af, at indsigten i sagsøgernes forretningsdokumenter var uigenkaldelig — undtagelsesvis skulle have givet mulighed for at opnå retsbeskyttelse i henhold til EØF-traktatens artikel 185, så mener jeg dog, at det ikke er nødvendigt her at gå yderligere ind på dette anbringende. Det vedrører nemlig *gennemførelsen* af sagsøgtes beslutning om at give intervenienten aktindsigt, men ikke beslutningen selv. Spørgsmålet, om den oprindelige beslutning om at give aktindsigt, var retmæssig, kan ikke afhænge af, på hvilken måde denne beslutning senere blev ført ud i livet.

Hvis allerede beslutningen var retsstridig, så kan en ukorrekt gennemførelse ikke føje mere til denne konstatering. Såfremt den imidlertid — i modsætning til min opfattelse — skulle have været lovlig, så ville den også forblive lovlig i tilfælde af en retsstridig gennemførelse. Denne retsstridige gennemførelse ville så udgøre en selvstændig retskrænkelse, som — ved siden af anfægtelsen af beslutningen selv — måtte anfægtes særskilt, hvilket dog ikke er sket i denne sag.

Følgelig kan heller ikke dette anbringende lægges til grund.

4. Sagens omkostninger

Da sagsøgerne efter mit forslag i det væsentlige vil vinde sagen, og der blot ikke kan gives dem medhold i deres påstand om, hvilke konsekvenser sagsøgte skal drage af Domstolens annullation af dens beslutning, anser jeg det for passende i henhold til procesreglementets artikel 69 at pålægge sagsøgte sagens omkostninger, bortset fra de omkostninger, som intervenienten har afholdt. Denne bør selv bære sine omkostninger.

C — Sammenfattende foreslår jeg Domstolen i sag 53/85 at kende følgende for ret:

1) Sagsøgtes beslutning, således som den er meddelt sagsøgerne ved skrivelse af 18. december 1984, annulleres.

2) I øvrigt frifindes sagsøgte.

3) Sagsøgte betaler sagens omkostninger bortset fra intervenientens omkostninger.

4) Intervenienten betaler selv sine omkostninger.