FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

fremsat den 25. oktober 2007 [1]

1. Belgiens Conseil d'État ønsker oplyst, om et organ, der behandler klager over tildeling af en offentlig kontrakt, skal beskytte forretningshemmeligheder, samtidig med at organet er berettiget til lade dokumenter, der indeholder disse hemmeligheder, indgå i sin bedømmelse af sagen.

2. Spørgsmålet sætter fokus på konflikten mellem en parts ret til at kræve tilvejebringelse af og adgang til relevante dokumenter, og en anden parts ret til at opretholde fortroligheden af visse oplysninger over for en konkurrent.

De fællesskabsretlige bestemmelser

3. Ifølge artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665/EØF [2] skal medlemsstaterne, for så vidt angår fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter omfattet af direktiverne om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [3], sikre, at der effektivt og så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i den resterende del af direktivet, hvis det gøres gældende, at disse beslutninger har tilsidesat de fællesskabsretlige regler om offentlige kontrakter eller nationale regler, der gennemfører disse regler.

4. Direktivet fastsætter herefter en række betingelser, der skal opfyldes i sådanne

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets direktiv af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved artikel 41 i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

3 — Bestemmelsen henviser til Rådets direktiv 71/305/EØF af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613), Rådets direktiv 77/62/EØF af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 13, s. 1), og direktiv 92/50, nævnt i fodnote 2. Direktiv 71/305 blev imidlertid ophævet og erstattet af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 1). Efter indgåelsen af kontrakten i hovedsagen er alle de pågældende direktiver blevet ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

klagesprocedurer, med henblik på at sikre et hurtigt og effektivt resultat i overensstemmelse med fællesskabsretten. Direktivet indeholder imidlertid ikke regler om håndtering af fortrolige oplysninger indeholdt i dokumenter, der er fremlagt som dokumentation af egen drift eller efter anmodning. Efter artikel 2, stk. 8, skal klageorganet »[træffe] sine afgørelser efter en kontradiktorisk procedure«.

5. Spørgsmål om fortrolighed på *tildelingsstadiet* ved offentlige tjenesteydelseskontrakter blev på tidspunktet for tildeling af kontrakten i hovedsagen behandlet i direktiv 93/36 [4], særligt i artikel 15, stk. 2, der bestemte, »[at] de ordregivende myndigheder skal respektere den fortrolige karakter af alle af leverandørerne givne oplysninger«. Det fremgik endvidere af artikel 7, stk. 1, og artikel 9, stk. 3, at der skulle gives meddelelse om indgåelsen af en kontrakt. Efter den ordregivende myndigheds skøn kunne der tilbageholdes visse oplysninger, hvis videregivelse bl.a. ville være »til skade for offentlige eller private virksomheders retmæssige handelsmæssige interesser eller for den loyale konkurrence mellem leverandørerne«.

6. Direktiv 93/36 blev med virkning fra den 31. januar 2006 ophævet og erstattet af direktiv 2004/18 [5], hvori artikel 6 fastsætter: »Med forbehold af bestemmelserne i dette direktiv, navnlig bestemmelserne vedrørende de forpligtelser med hensyn til offentliggørelse af oplysninger om indgåede kontrakter og meddelelse til ansøgere og tilbudsgivere, […] og i overensstemmelse med den nationale lovgivning, som den ordregivende myndighed er underlagt, må den ordregivende myndighed ikke offentliggøre oplysninger, som de økonomiske aktører har fremsendt, og som de har betegnet som fortrolige. Sådanne oplysninger omfatter navnlig tekniske hemmeligheder, forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbud.«

De belgiske bestemmelser

Udbudsdokumenters fortrolighed

7. Artikel 32 i den belgiske forfatning [6] sikrer som en hovedregel aktindsigt i forvaltnings-

4 — Nævnt i fodnote 3, som ændret navnlig ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13.10.1997 (EFT L 328, s. 1).

5 — Nævnt i fodnote 3.

6 — Jf. http://www.senate.be/doc/const_fr.html.

dokumenter. Blandt undtagelserne til denne lov findes reglen i artikel 6, stk. 1, i lov af 11. april 1994 om offentlighed i forvaltningen [7], hvorefter en myndighed kan afslå aktindsigt, når offentlighedens interesse opvejes af interessen i bl.a. at beskytte forretnings- eller fremstillingsoplysninger af fortrolig karakter.

8. En offentlig ordregivers forpligtelse til at respektere forretningshemmeligheder indeholdt i dokumenter, der er fremlagt for den, kommer til udtryk i forskellige bestemmelser i den belgiske lovgivning om indgåelse af offentlige kontrakter — på tidspunktet for indgåelsen af den foreliggende kontrakt navnlig artikel 25, stk. 4, artikel 51, stk. 4, og artikel 80, stk. 4, i kongelig anordning af 8. januar 1996 vedrørende offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, indkøb og tjenesteydelser samt offentlige koncessionskontrakter.

9. Siden da er lov af 15. juni 2006 vedrørende offentlige indkøb og visse kontrakter om bygge- og anlægsarbejder, indkøb og tjenesteydelser udstedt til gennemførelse af direktiv 2004/18. De første to stykker i artikel 11 har følgende ordlyd:

»Hverken den ordregivende myndighed eller andre, som på grund af pligter eller funktioner, der følger med hvervet, har kendskab til fortrolige oplysninger vedrørende en kontrakt eller indgåelsen eller udførelsen af en kontrakt, som er meddelt af ansøgere, tilbudsgivere, leverandører eller tjenesteydere, må røbe disse oplysninger. De omhandlede oplysninger omfatter navnlig tekniske hemmeligheder eller forretningshemmeligheder og fortrolige aspekter af tilbuddene.

I tilfælde af en klageprocedure skal klageorganet og den ordregivende myndighed sikre den fortrolige karakter af oplysninger omtalt i det foregående stk.«

10. Som de fleste andre bestemmelser i denne lov er artikel 11 imidlertid endnu ikke trådt i kraft [8].

7 — Søgesiden på http://www.juridat.be/cgi_loi/legislation.pl kan anvendes til at studere denne og al efterfølgende belgisk lovgivning, der er henvist til. Siden 2003 udgives *Moniteur Belge/Belgisch Staatsblad/Belgisches Staatsblatt* ikke længere i papirform.

8 — Jf. artikel 80 sammenholdt med ændringsloven af 12.1.2007.

Retsforhandlingerne for Conseil d'État

11. Afgørelser vedrørende indgåelse af kontrakter kan indbringes for Conseil d'État. I sager om retlig prøvelse er proceduren for denne ret navnlig reguleret af kongeligt dekret af 23. august 1948 og af de koordinerede love af 12. januar 1973.

12. Artikel 6 i det kongelige dekret forpligter den sagsøgte myndighed til at udlevere den administrative sagsmappe til Justitskontoret inden for 60 dage fra forkyndelsen af en stævning. Hvis denne myndighed ikke har sagsmappen i sin besiddelse, er det yderligere bestemt, at sagsmappen skal fremskaffes fra den myndighed, der har den i sin besiddelse.

13. Artikel 87 i det kongelige dekret bestemmer, at parterne og deres advokater kan gennemgå sagsmappen på Justitskontoret, en ret der også bekræftes i artikel 19 i de koordinerede love.

14. Ifølge artikel 21 i de koordinerede love kan sagsøgeren begære kendelse om, at den sagsøgte myndighed skal udlevere den administrative sagsmappe. Det fremgår yderligere af bestemmelsen, at hvis sagsmappen ikke er udleveret inden for tidsfristen, skal det af sagsøgeren anførte anses for bevist, medmindre det er åbenbart urigtigt. Conseil d'État oplyser, at sidstnævnte bestemmelse også finder anvendelse, når kun en del af sagsmappen ikke er udleveret.

15. Ifølge forelæggelseskendelsen er det Conseil d'État's faste praksis, at hverken loven af 11. april 1994 eller kongelig anordning af 8. januar 1996 [9] kan påberåbes med henblik på at forhindre en ret, der prøver legaliteten af en administrativ beslutning, i at undersøge dokumenter, som er nødvendige for, at denne ret er i stand til at bedømme, om et anbringende om annullation er begrundet [10].

16. Det fremgår endvidere, at ingen bestemmelser vedrørende forhandlingerne for Conseil d'État udtrykkeligt tillader, at indhold af de udleverede dokumenter behandles som fortroligt over for en part i sagen.

Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

17. Hovedsagen udspringer af en udbudsprocedure iværksat af det belgiske forsvars-

9 — Nævnt i henholdsvis punkt 7 og 8.

10 — Dom af 14.12.1999 i sag 84.102, af 23.12.1999 i sag 83.593, af 21.3.2000 i sag 86.150 og af 6.5.2003 i sag 119.018.

ministerium med henblik på indkøb af bæltekædeled til kampvogne. Der blev modtaget to bud, et fra Varec SA (herefter »Varec«) og det andet fra Diehl Remscheid GmbH & Co (herefter »Diehl«). Den 28. maj 2002 blev kontrakten tildelt Diehl. Afgørelsen om kontrakttildeling indeholdt en række tekniske, administrative og retlige grunde til, at Varecs bud ikke blev accepteret, og konkluderede, at Diehl opfyldte alle udvælgelseskriterier. Konklusionen støttedes bl.a. på visse oversigtstegninger og modeller vedlagt Diehls bud. Disse referencer blev efter anmodning returneret til Diehl efter evalueringen af buddene.

18. Varec har i sin anfægtelse for Conseil d'État anført, at Diehl reelt ikke opfyldte alle kriterierne for tildelingen af kontrakten. Varec finder, at alle oversigtstegninger og modeller, nævnt i det foregående punkt, bør undersøges som dokumentation både af appeldomstolen og af den part, der har indgivet appellen med henblik på bedømmelsen af denne påstand.

19. Imidlertid indeholdt den af den sagsøgte ordregivende myndighed udleverede sagsmappe ikke de relevante referencer, idet de var tilbagesendt til Diehl. Diehl, der har interveneret i sagen, modsætter sig udleveringen af referencerne, da de indeholder fortrolige oplysninger og forretningshemmeligheder, som virksomheden ikke ønsker, at Varec får adgang til. Auditøren (»auditeur«) [11] finder, at hvis den ordregivende myndighed ikke udleverer en fuldstændig sagsmappe og dermed undlader at opfylde sin forpligtelse til at medvirke ved ordentlig retspleje og sikring af retfærdig rettergang, er den eneste løsning at ophæve den anfægtede tildeling af kontrakt.

20. På den baggrund forelægger Conseil d'État Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF [..], sammenholdt med artikel 15, stk. 2, i direktiv 93/36/EØF […] og med artikel 6 i direktiv 2004/18/EF […] fortolkes således, at den instans, som er ansvarlig for de i denne artikel omhandlede klageprocedurer, skal sikre overholdelse af fortrolighed og retten til beskyttelse af forretningshemmeligheder, som indgår i de sagsakter, som er forelagt denne instans af sagens parter, herunder af den ordregivende myndighed, idet den kompetente instans selv kan have kendskab til og tage sådanne informationer i betragtning?«

21. Der er indgivet skriftlige indlæg af den belgiske og østrigske regering samt af

11 — Et uafhængigt medlem af Conseil d'État, der delvis har tilsvarende funktioner og opgaver som en generaladvokat ved denne Domstol.

Kommissionen. Varec har ikke indgivet skriftligt indlæg, da besvarelsen af det forelagte spørgsmål efter virksomhedens opfattelse ikke er nødvendig for at afgøre tvisten for Conseil d'État.

22. Der er ikke blevet begæret afholdelse af et retsmøde, og intet retsmøde er blevet afholdt.

23. Det skal tilføjes, at Conseil d'État ved samme afgørelse ligeledes forelagde den belgiske forfatningsdomstol følgende præjudicielle spørgsmål:

»Såfremt artikel 21 og 23 i de koordinerede love af 12. januar 1973 fortolkes således, at de fortrolige dokumenter, som indgår i sagsakterne i en administrativ procedure, skal indlægges i den administrative sagsmappe og forelægges parterne, udgør dette en tilsidesættelse af forfatningens artikel 22 sammenholdt eller ikke sammenholdt med artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder og artikel 17 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, da de ikke giver mulighed for at sikre retten til beskyttelse af forretning shemmeligheder?« [12].

24. Den belgiske forfatningsdomstol afsagde dom den 19. september 2007.

25. Jeg havde oprindeligt haft til hensigt at fremsætte dette forslag til afgørelse den 20. september 2007. Da jeg imidlertid blev bekendt med datoen for Forfatningsdomstolens dom, har jeg med henblik på bedst muligt at kunne bistå Domstolen med at træffe sin afgørelse valgt at læse denne dom først og dermed udsat fremsættelsen af dette forslag til afgørelse.

26. Forfatningsdomstolen fastslog i sin dom nærmere bestemt, at det vil være i strid med forfatningens artikel 22, sammenholdt med artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder og artikel 17 i den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, at fortolke de omhandlede bestemmelser således, at en sagsøgt myndighed er udelukket fra at behandle referencer i den administrative sagsmappe fortroligt med henblik på at

12 — De tre sidstnævnte bestemmelser sikrer ret til respekt for sit privatliv og familieliv, der i almindelighed fortolkes som omfattende beskyttelsen af fortrolighed, der ikke nødvendigvis udelukker aktiviteter af professionel eller forretningsmæssig karakter (jf. f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 16.12.1992, Niemietz mod Tyskland, Serie A, nr. 251-B, s. 33, præmis 29).

forhindre, at indholdet af de pågældende referencer formidles til sagens parter, og således at Conseil d'État er udelukket fra at bedømme den angivelige fortrolige karakter af sådanne referencer. Det vil imidlertid være foreneligt med disse trinhøjere normer at fortolke bestemmelserne således, at den sagsøgte myndighed kan påberåbe sig fortrolighed af sådanne hensyn, og at Conseil d'État kan bedømme den fortrolige karakter af sådanne referencer.

Retlig bedømmelse

Formaliteten

27. Varecs synspunkt, hvorefter besvarelsen af det forelagte spørgsmål ikke er nødvendig for at afgøre tvisten for Conseil d'État — et noget overraskende synspunkt, da Varec oprindeligt havde begæret fremlæggelse af det omtvistede materiale — kan fortolkes som et implicit spørgsmålstegn ved, om anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

28. Imidlertid tilkommer det, således som Domstolen gentagne gange har fastslået, »i princippet udelukkende de nationale retter — på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag — at vurdere, såvel om et præjudicielt spørgsmål er nødvendigt som relevansen heraf« [13].

29. Efter min opfattelse er der efter omstændighederne i den foreliggende sag ikke grundlag for at betvivle Conseil d'États bedømmelse af, at besvarelsen af det forelagte spørgsmål er nødvendig for at sætte denne ret i stand til at afsige dom i sagen. Hvis Varec gør gældende, at Diehls bud ikke opfyldte alle kriterier for tildelingen af kontrakt, hvis virksomheden ikke har trukket dette anbringende tilbage for så vidt angår de omtvistede oversigtstegninger og modeller, og hvis Diehl fortsat modsætter sig, at Varec får adgang til disse referencer, forekommer besvarelsen af det forelagte spørgsmål relevant for enhver afgørelse i sagen for Conseil d'État under hensyntagen til de processuelle regler, der finder anvendelse ved denne ret.

Gældende bestemmelser

30. På baggrund af Domstolens faste praksis, hvorefter processuelle regler almindeligvis finder anvendelse i samtlige tvister, der verserer på ikrafttrædelsestidspunktet, til forskel fra materielretlige regler, der normalt

13 — Jf. f.eks. dom af 1.12.2005, sag C-213/04, Burtscher, Sml. I, s. 10309, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis. For så vidt angår domstole i sidste instans, som f.eks. Conseil d'État, se f.eks. dom af 6.10.1982, sag 283/81, CILFIT, Sml. s. 3415, præmis 10 og 11.

ikke omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen [14], er det nødvendigt at overveje, om de regler, der er genstand for den præjudicielle forelæggelse, er processuelle eller materielretlige.

31. På det punkt tilslutter jeg mig Kommissionens opfattelse. En ret til beskyttelse af fortrolige oplysninger er, uanset om den har processuelle forgreninger, og uanset spørgsmålet om denne ret primært opstår i en processuel sammenhæng for Conseil d'État, i realiteten en materiel ret. Denne ret blev først konkretiseret i hovedsagen, da Diehl fremsatte sit bud i den oprindelige udbudsprocedure. Nærværende sag drejer sig om den vedvarende beskyttelse af denne fortsat bestående ret.

32. Det er derfor fællesskabsretten, som den var gældende på tidspunktet for udbudsproceduren, der er genstand for fortolkning, nemlig direktiv 89/665 og 93/36 og ikke direktiv 2004/18 [15]. Det kan tilføjes, at artikel 6 i sidstnævnte direktiv, uagtet den er affattet mere præcist end artikel 15, stk. 2, i direktiv 93/36, under alle omstændigheder indeholder i det væsentlige samme materielle bestemmelser, således at retstilstanden er uændret efter direktiv 2004/18's ikrafttræden.

Det præjudicielle spørgsmål

Gennemsigtighed og effektiv kontrol

33. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 forpligter medlemsstaterne til, at der effektivt kan indgives klager over beslutninger om tildeling af offentlige kontrakter. Klageorganet kan ikke effektivt kontrollere de vedtagne beslutninger, medmindre den har alle relevante beviser til rådighed til bedømmelse af, om beslutningerne er vedtaget i overensstemmelse med de relevante regler og betingelser. Gennemsigtighed, som er et vigtigt element i procedurer til indgåelse af offentlige kontrakter, skal iagttages med henblik »at sikre, at offentlige midler anvendes på hæderlig og effektiv vis på grundlag af en seriøs vurdering og uden nogen form for favorisering eller modydelser, det være sig af økonomisk eller politisk art« [16].

14 — Jf. f.eks. dom 23.2.2006, sag C-201/04, Molenbergnatie, Sml. I, s. 2049, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis.

15 — Jf. fodnote 3.

16 — Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i SIAC Construction-sagen (dom af 18.10.2001, sag C-19/00, Sml. I, s. 7725), punkt 24.

34. Hvis det derfor gøres gældende over for et klageorgan, der opererer i henhold til direktiv 89/665, at en kontrakt er tildelt uretmæssigt, og at oplysninger, som den ordregivende myndighed har inddraget ved tildelingen af kontrakten, indeholder bevis for denne uretmæssighed, kan klageorganet kun fuldstændigt gennemføre den effektive kontrol, som den har pligt til, hvis det råder over disse oplysninger.

Princippet om en retfærdig rettergang

35. Som Domstolen har fastslået, vil det tilsidesætte en fundamental retsgrundsætning, hvis en retsafgørelse baseredes på faktiske omstændigheder eller dokumenter, som parterne eller en af disse ikke har kunnet skaffe sig kendskab til, og som de således ikke har kunnet tage stilling til [17].

36. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har ligeledes fastslået, at en grundlæggende bestanddel af princippet om en retfærdig rettergang i alle civilretlige eller strafferetlige sager er, at begge parter skal høres og have processuel ligestilling, således at hver part er i stand til at forholde sig til bemærkninger og beviser, fremlagt af den anden part — eller af en uafhængig justitsembedsmand, en forvaltningsmyndighed eller af den ret, der har afsagt den appellerede dom — og til at afgive sine bemærkninger hertil [18].

37. Når et klageorgan inddrager oplysninger i sin afgørelse, skal i det mindste kernen af disse oplysninger være til rådighed for sagens parter [19], i det omfang det har indflydelse på afgørelsen, med henblik på at respektere deres ret til en retfærdig rettergang.

38. Det kan imidlertid tænkes, at en parts ret til en retfærdig rettergang på ingen måde er truet, hvis den pågældende nægtes adgang til dokumenter, som ikke er anvendt til ugunst for den pågældende, og som ikke kunne anvendes til hans fordel. Sådanne dokumenter vil derfor legitimt kunne tilbageholdes fra den pågældende med henblik på at beskytte f.eks. forretningshemmeligheder på baggrund af en rimelig og behørigt begrundet begæring om fortrolig behandling.

17 — Dom af 22.3.1961, forenede sager 42/59 og 49/59, Snupat mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 247, org.ref.: Rec. s. 99, og af 10.1.2002, sag C-480/99 P, Plant m.fl. mod Kommissionen og South Wales Small Mines, Sml. I, s. 265, præmis 24.

18 — Jf. dom af 31.10.2006, sag nr. 59741/00, Aksoy (Eroğlu) mod Tyrkiet, præmis 21 og den deri nævnte retspraksis. For så vidt angår særligt den situation, hvor en person, der vil appellere, ikke gives tilladelse til at se dokumenter i sagens akter, se dom af 29.5.1986, Feldbrugge mod Nederlandene, Serie A, nr. 99, s. 16, præmis 44.

19 — Situationen for intervenienter og offentligheden i almindelighed kan med rette være anderledes. Da anmodningen om en præjudiciel afgørelse ikke vedrører disse aspekter, skal jeg ikke komme nærmere ind på dem.

39. Efter den europæiske menneskerettighedskonvention og efter Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [20] er retten til en retfærdig rettergang en ubegrænset ret. Dette indebærer imidlertid ikke, at retten til at blive gjort bekendt med relevante dokumenter ligeledes er en absolut ret. Ifølge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols faste praksis, selv i straffesager, kan beviser tilbageholdes, hvis det er nødvendigt for at beskytte en anden borgers grundlæggende rettigheder eller sikre en vigtig samfundsinteresse.

40. Sådanne foranstaltninger, der begrænser retten til forsvar, er imidlertid kun tilladt, når de er absolut nødvendige, og enhver vanskelighed for forsvaret, som en begrænsning af dets rettigheder medfører, skal modvirkes i tilstrækkelig grad af de procedurer, som de juridiske myndigheder følger [21].

Retten til beskyttelse af forretningshemmeligheder

41. Direktiv 93/36 om fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter forpligter udtrykkeligt de ordregivende myndigheder til at beskytte bydernes forretningshemmeligheder, særligt over for andre bydere. Direktiv 89/665 om *klage*procedurerne udvider ikke udtrykkeligt denne forpligtelse til også at omfatte klageorganer.

42. Alle de indgivne indlæg [22] giver udtryk for synspunktet om, at der ikke desto mindre består en implicit forpligtelse for sådanne organer til at beskytte forretningshemmeligheder, hvilket jeg er enig i. En ret til en sådan beskyttelse er i princippet anerkendt i fællesskabsretten.

43. I henhold til artikel 41 i chartret om grundlæggende rettigheder inkluderer retten til god forvaltning »retten for enhver til aktindsigt i de akter, der vedrører ham/hende, under iagttagelse af legitime fortrolighedshensyn samt tavshedspligt og sagernes fortrolighed«. Artikel 287 EF pålægger fællesskabsinstitutionerne en generel forpligtelse til at respektere forretningshemmeligheder, og denne forpligtelse er bekræftet i en række retlige bestemmelser, navnlig på konkurrenceområdet. Det skal medgives, at denne forpligtelse derfor alene påhviler fællesskabsinstitutionerne, men i SEP-dommen [23] henviste Domstolen specifikt til eksistensen

20 — Højtideligt proklameret i Nice i december 2000 af Parlamentet, Rådet og Kommissionen (EFT C 364, s. 1).

21 — Jf. f.eks. dom af 24.4.2007, sag nr. 40412/98, V mod Finland, præmis 75 og den deri nævnte retspraksis.

22 — Og der skal erindres om, at Varec ikke har indgivet skriftligt indlæg til Domstolen.

23 — Dom af 19.5.1994, sag C-36/92 P, SEP mod Kommissionen, Sml. I, s. 1911, præmis 36. Min fremhævelse.

af et »*almindeligt* princip om virksomheders ret til beskyttelse af deres forretningshemmeligheder«, som den nævnte artikel i traktaten og forskellige bestemmelser i den afledte ret var udtryk for.

44. Hvor fortroligheden er beskyttet på stadiet for tildelingen af en kontrakt i en procedure om offentlige indkøb, ville denne beskyttelse endvidere miste enhver værdi, hvis den ikke var sikret på efterfølgende kontrolstadier.

45. For at anvende Domstolens ord i AKZO Chemie-dommen [24] ville undladelsen af at beskytte oplysninger, der er fremlagt som fortrolige på stadiet for tildelingen af en kontrakt i en sådan procedure, føre til det uacceptable resultat, at en byder, hvis bud ikke er valgt, kunne være tilbøjelig til at anfægte en tildeling af kontrakt — eller tilmed at fremsætte et bud, der åbenbart under alle omstændigheder vil blive afvist, med henblik på at være berettiget til at anfægte tildelingen af kontrakten — udelukkende med det formål at opnå adgang til en konkurrents forretningshemmeligheder.

46. Retten til fortrolig behandling af oplysninger er imidlertid ikke — på samme måde som retten til at blive gjort bekendt med relevante dokumenter — ikke absolut. Rettighederne i den europæiske menneskerettighedskonventions artikel 8, stk. 1, der omfatter fortroligheden af privat og i nogle tilfælde forretningsmæssig korrespondance [25], kan f.eks. begrænses efter artikel 8, stk. 2, hvis det er nødvendigt og i overensstemmelse med loven for bl.a. for at beskytte andres rettigheder.

Forening af de modstående interesser

47. Det er indlysende, at der kan opstå konflikter mellem retten til fortrolig behandling af forretningshemmeligheder, behovet for gennemsigtighed på området for offentlige indkøb, klageorganernes pligt til at sikre effektiv kontrol og alle parters ret til en retfærdig rettergang.

48. Disse interesser skal naturligvis i videst muligt omfang forenes, selv om det ikke altid vil være muligt at forene dem fuldt ud. Det vil navnlig i nogle tilfælde være nødvendigt at begrænse en parts ret — til at kræve fortrolig behandling af forretningshemmeligheder eller til at få adgang til alle beviser i sagsmappen — for at sikre, at der ikke gøres indgreb i selve substansen eller det

24 — Dom af 24.6.1986, sag 53/85, Sml. s. 1965, præmis 28.

25 — Jf. fodnote 12.

væsentlige i den anden parts rettighed, eller rettens kompetence og forpligtelse til at føre effektiv kontrol. En begrænsning må dog ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at nå dette mål, og der skal findes en passende ligevægt mellem de modstridende rettigheder [26].

49. Når rettigheder ikke er absolutte [27] , skal de bedømmes med udgangspunkt i deres funktion. Rettighederne kan underkastes begrænsninger under forudsætning af, at disse forfølger formål af almen interesse, og at de ikke udgør et uforholdsmæssigt og urimeligt indgreb, der berører disse rettigheders egentlige indhold [28].

50. I en sag om klage over tildelingen af en kontrakt som i den foreliggende sag, ville klageorganet indledningsvist selv kunne undersøge alle omtvistede dokumenter og derefter kun lade de dokumenter, som er relevante for afgørelsen af den verserende sag, indgå i sagsmappen, der er tilgængelig for alle sagens parter. Dokumenter, som ikke indgår i sagsmappen, bør ikke tages i betragtning ved afgørelsen. Visse sagsakter kan dog indgå delvist, i forkortet eller anden redigeret form i sagsmappen, med henblik på at beskytte forretningshemmeligheder, hvis den pågældende ret eller instans finder, at fuld indsigt i de pågældende sagsakter reelt vil være til skade for de legitime interesser for den part, der har begæret fortrolig behandling af oplysningerne.

51. En rimelig og pragmatisk løsning kunne være, at klageorganet anmodede den part, der har dokumentet i sin besiddelse, om at fremlægge en redigeret udgave, som kunne stilles til rådighed for den anden part eller de andre parter — med forbehold af klageorganets eget tilsyn med henblik på sikring af, at udelukkende reelt fortrolige elementer, der ikke fremstår som afgørende for tvistens løsning, bortredigeres. I det tilfælde bør klageorganet, selv om det er blevet bekendt med dokumenter, som holdes skjult for visse parter, bestræbe sig på ikke at anvende nævnte dokumenter på en sådan måde, at disse parters ret til retfærdig rettergang og processuel ligestilling krænkes.

Et eksempel

52. Som et eksempel på en sådan indfaldsvinkel kan nævnes Rettens domme i »Steel

26 — Jf. f.eks. for så vidt angår konflikt mellem forskellige rettigheder, dom af 12.6.2003, sag C-112/00, Schmidberger, Sml. I, s. 5659, præmis 77-81.

27 — Se punkt 39 og 46 ovenfor.

28 — Jf. f.eks., igen for så vidt angår konflikt mellem forskellige rettigheder, dom af 10.7.2003, forenede sager C-20/00 og C-64/00, Booker Aquaculture og Hydro Seafood, Sml. I, s. 7411, præmis 68, af 12.7.2005, forenede sager C-154/04 og C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 126, og den i begge domme nævnte retspraksis.

Beams«-sagerne [29]. I marts og april 1994 anlagde 11 virksomheder sager med påstand om annullation af Kommissionens beslutning i henhold til EKSF-traktaten vedrørende samordnet praksis for stålbjælkeproducenter. Sagerne blev behandlet samlet og under en del af forhandlingen forenet.

53. I artikel 23 i EKSF-statutten for Domstolen bestemtes: »Når der rejses sag mod en beslutning, der er truffet af en af Fællesskabets institutioner, er denne institution pligtig at oversende Domstolen alle akter vedrørende den sag, som forelægges den.«

54. Kommissionen udleverede imidlertid ikke alle dokumenter, før den blev anmodet herom af Retten. Kommissionen angav i sin følgeskrivelse, at nogle dokumenter kunne indeholde forretningshemmeligheder eller være omfattet af tavshedspligten i henhold til EKSF-traktatens artikel 47 [30], således at ikke alle dokumenter burde være tilgængelige i deres helhed for alle sagens parter. Visse sagsøgere anmodede imidlertid om indsigt i hele sagsmappen.

55. På det pågældende tidspunkt fandtes der i Rettens procesreglement kun bestemmelser om tavshedspligt i artikel 116, stk. 2, der tillod, at fortrolige dokumenter kunne udtages fra den sagsmappe, som blev udleveret til intervenienter. Ifølge artikel 5, stk. 3, i instruks for justitssekretæren, kunne parternes advokater eller befuldmægtigede eller personer med behørig bemyndigelse fra disse, dog få adgang til sagens originale akter, herunder administrative sagsmapper, der var fremlagt for Retten, og anmode om genparter og udskrifter af dokumenter.

56. Retten stod således over for lignende problemer, som Conseil d'État nu er præsenteret for.

57. I den første af tre kendelser om disse problemer forkastede Retten argumentet om, at EKSF-statuttens artikel 23 sammenholdt med princippet om, at retsforhandlingerne

29 — Domme af 11.3.1999, sag T-134/94, NMH Stahlwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 239, sag T-136/94, Eurofer mod Kommissionen, Sml. II, s. 263, sag T-137/94, Arbed mod Kommissionen, sag T-138/94, Cockerill-Sambre mod Kommissionen, Sml. II, s. 333, sag T-141/94, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. II, s. 347, sag T-145/94, Unimétal mod Kommissionen, Sml. II, s. 585, sag T-147/94, Krupp Hoesch mod Kommissionen, Sml. II, s. 603, sag T-148/94, Preussag Stahl mod Kommissionen, Sml. II, s. 613, sag T-151/94, British Steel mod Kommissionen, Sml. II, s. 629, sag T-156/94, Aristrain mod Kommissionen, Sml. II, s. 645, og sag T-157/94, Ensidesa mod Kommissionen, Sml. II, s. 707, alle i summarisk offentliggørelse.

30 — Jf. bestemmelsens stk. 2, hvorefter Kommissionen er forpligtet til ikke at give »oplysninger om forhold, som ifølge deres natur er tjenestehemmeligheder, navnlig oplysninger om virksomheder og om deres forretningsforbindelser eller omkostningsforhold«.

skal være kontradiktoriske, skulle indebære en ubetinget og ubegrænset ret for alle parterne til at få adgang til at gøre sig bekendt med det materiale, som Kommissionen havde fremsendt. Den bemærkede, at EKSF-traktatens artikel 47 sikrede fortroligheden af tjenestehemmeligheder, navnlig forretningshemmeligheder, med henblik på at beskytte virksomhedernes legitime interesser: Retten fandt, at der kun kan findes en ligevægt mellem på den ene side kravet i EKSF-statuttens artikel 23 og kravet om, at retsforhandlingerne skal være kontradiktoriske, og på den anden side hensynet til beskyttelsen af de enkelte virksomheders forretningshemmeligheder, ved at foretage en konkret undersøgelse af de berørte virksomheders individuelle situation. Retten fjernede på den baggrund et dokument fra sagsmappen, begrænsede den fulde adgang til visse dokumenter til én part (de øvrige parter fik adgang til den ikke-fortrolige udgave), og udsatte afgørelsen vedrørende dokumenter, som Kommissionen havde betegnet som interne, indtil den havde modtaget yderligere oplysninger [31].

58. Ved den anden kendelse, som Retten afsagde efter at have modtaget disse yderligere oplysninger og hørt yderligere argumenter, fastslog Retten, at formålet med statuttens artikel 23 var »at gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at udøve deres kontrol med hensyn til den anfægtede beslutnings lovlighed, under overholdelse af kontradiktionsprincippet«, men *ikke* »at sikre en ubetinget og ubegrænset adgang for alle parterne til indsigt i den administrative sags[mappe]« eller »at tillade sagsøgere frit at udforske den pågældende institutions sags[mapper]« [32]. Den sondrede ligeledes mellem dokumenter oversendt i medfør af statuttens artikel 23, og den sagsmappe, som blev oprettet i henhold til instruksen for justitssekretæren. Parterne havde kun adgang til sidstnævnte, som indeholdt de dokumenter, der skulle tages i betragtning ved sagens afgørelse. Dokumenter, som blev oversendt til Retten, men ikke indgik i sagsmappen, blev holdt »helt ude af sagen«, og Retten tog ikke hensyn til dem ved dens afgørelse [33]. Retten undersøgte på den baggrund de omhandlede dokumenter i lyset af de fremsatte anbringender og bestemte, at visse dokumenter var relevante og skulle indgå i sagsmappen og tilstilles sagens parter. I en tredje og sidste kendelse tog Retten stilling til yderligere to dokumenter og bestemte, at et af dem skulle indgå i sagsmappen [34].

59. I en situation, hvor der foreligger en mulig konflikt mellem behovet for dels at tage alle relevante beviser i betragtning, dels at give alle parter adgang til disse beviser,

31 — Jf. kendelse af 19.6.1996, sagerne T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 og T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 537, navnlig præmis 12-15 og konklusionen.

32 — Jf. kendelse af 10.12.1997, forenede sager T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 og T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2293, præmis 32 og 37.

33 — Samme kendelse, præmis 33.

34 — Jf. kendelse af 16.2.1998, forenede sager T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 og T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser.

dels at beskytte fortroligheden af dele af disse, anlagde Retten således den indfaldsvinkel, at a) den selv undersøgte beviserne i den indledende fase, b) den lod udelukkende derelevante beviser indgå i sagsmappen, c) den meddelte disse for alle parterne, dog med forbehold for sløring af visse detaljer i nogle dokumenter over for visse parter, og d) den tog kun hensyn til dokumenter i sagsmappen, som parterne havde haft adgang til.

60. Den beslutning blev truffet, pragmatisk og med passende hensyntagen til de involverede interesser, under retlige omstændigheder, der svarer til omstændighederne i hovedsagen for Conseil d'État. Der blev efterfølgende indført en bestemmelse svarende hertil i procesreglementet for Retten i Første Instans [35].

Konklusioner, der kan drages

61. Selv om hverken denne pragmatiske løsning eller, a fortiori, reglen i det nævnte procesreglement kan udgøre et bindende præjudikat for en national ret, finder jeg, at de yder nyttig og praktisk vejledning i forhold til, hvilken indfaldsvinkel der skal anlægges i overensstemmelse med de regler, der finder anvendelse for denne ret, for så vidt som de ikke er i modstrid med en højere norm.

62. Hvad angår klageorganer, der udøver deres beføjelser ifølge direktiv 89/665, inkluderer højere normer sådanne normer, som følger af dette direktiv og af direktiv 93/36 (eller nu direktiv 2004/18), begge fortolket i lyset af retten til beskyttelse af forretningshemmeligheder og retten til en retfærdig rettergang. Følgende principper finder anvendelse: a) En part kan ikke nægte at udlevere dokumenter til klageorganet med henvisning til forretningshemmeligheder, b) en part, der udleverer dokumenter til et klageorgan, kan anmode om, at de behandles helt eller delvist fortroligt over for en anden part, c) alle parter bør have adgang til de dokumenter, som er relevante for resultatet af klagebehandlingen, i en form, der gør det muligt for dem at fremsætte bemærkninger hertil, d) klageorganet bør sikre sig, at det ikke anvender dokumenter, der er tilbageholdt for en eller flere parter, på en sådan måde, at disse parters ret til en retfærdig rettergang og til processuel ligestilling krænkes.

63. Bedømmelsen kan udelukkende foretages med udgangspunkt i den enkelte sag og

35 — Artikel 67, stk. 3, tilføjet den 19.12.2000 (EFT L 322, s. 4).

skal have det sigte at sikre den størst mulige beskyttelse af hver interesse — fortroligheden af forretningshemmeligheder og retten til en retfærdig rettergang — der kan opnås uden at skade kernen i den anden interesse, samt at opnå en så rimelig og passende ligevægt mellem de to interesser som muligt.

Afsluttende bemærkninger

64. Med hensyn til den konkrete situation, som Conseil d'État står overfor, skal jeg fremkomme med tre afsluttende bemærkninger.

65. For det første forekommer det klart, at med ikrafttrædelsen af artikel 11 i lov af 15. juni 2006 [36] bliver der indført en udtrykkelig forpligtelse til at beskytte fortroligheden af forretningshemmeligheder i forbindelse med klagesager i Belgien.

66. For det andet skal jeg bemærke, at Conseil d'État i en sag, som den belgiske regering har henvist til i sine bemærkninger [37], allerede ses at have anlagt en indfaldsvinkel som den, jeg har redegjort for ovenfor. Sagen vedrørte en virksomheds anfægtelse af en beslutning om at registrere en konkurrents lægemiddel. Forvaltningsmyndigheden indgav to udgaver af sin sagsmappe til Conseil d'État — en udgave, der indeholdt fortrolige oplysninger om lægemidlet, og en ikke-fortrolig udgave. Auditeur undersøgte spørgsmålet i sin rapport og konkluderede, at sagsøgeren ikke skulle have adgang til de fortrolige dokumenter. Retten bestemte, at det ikke var nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet, da der kunne ske endelig frifindelse af grunde, der ikke involverede undersøgelse af disse dokumenter.

67. Den belgiske forfatningsdomstols indfaldsvinkel i dens dom af 19. september 2007 svarer endvidere i det væsentlige til ovenstående indfaldsvinkel. Efter en overvejelse af de almindelige grundsætninger om retten til en retfærdig rettergang inden for rammerne af den kontradiktoriske procedure, og retten til beskyttelse af fortroligheden af forretningshemmeligheder, konkluderede denne ret, at Conseil d'État burde være i stand til at bedømme den fortrolige karakter af oplysningerne med henblik på at foretage en afvejning af disse to rettigheder.

36 — Jf. punkt 9.

37 — Sag 137.993, rapport af auditeur Stevens af 22.10.2004, punkt 3, dom af 3.12.2004 fra Conseil d'État (eller Raad van State, eftersom processproget i sagen var nederlandsk), punkt 1.2.

68. Endelig fremgår det af forelæggelseskendelsen, at Varec muligvis allerede havde haft adgang til i det mindste dele af de omtvistede dokumenter i sagsmappen, tilsyneladende uden for den egentlige udbudsprocedure eller klageprocedure. Hvis dette er tilfældet, kunne det, afhængig af de faktiske omstændigheder, være et forhold, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om og i hvilket omfang oplysningerne skal behandles fortroligt.

Forslag til afgørelse

69. På baggrund af det ovenfor anførte er det min opfattelse, at Domstolen bør besvare spørgsmålet fra Conseil d'État på følgende måde:

»Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 89/665/EØF, sammenholdt med bestemmelserne i Rådets direktiv 93/36/EØF vedrørende beskyttelse af fortrolige oplysninger, kræver, at et klageorgan

a) skaffer sig kendskab til den fuldstændige administrative sagsmappe og andre dokumenter, som den ordregivende myndighed har baseret sin tildeling af kontrakt på, og

b) tildeler fortrolige oplysninger samme beskyttelse, som de blev givet i fasen for tildeling af kontrakten.

Disse forpligtelser skal opfyldes med forbehold af retten til en retfærdig rettergang og processuel ligestilling, hvilket navnlig indebærer, at klageorganet bør sikre sig, at det ikke anvender beviser, der er tilbageholdt fra en eller flere parter, på en sådan måde, at disses rettigheder kan krænkes.«