

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

ELEANOR SHARPSTON

föredraget den 25 oktober 2007¹

1. Belgiska Conseil d'État har ställt frågan om ett organ som prövar ett överklagande av ett beslut rörande offentlig upphandling skall upprätthålla sekretessen för affärshemligheter samtidigt som den har rätt att beakta bevisning vari dessa ingår.

2. Frågan belyser konflikten mellan rätten för en part att begära företeende av och tillgång till relevant bevisning och rätten för en annan part att upprätthålla sekretessen för viss bevisning i förhållande till en konkurrent.

att en upphandlande myndighets beslut vid förfaranden som omfattas av direktiven om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster³ kan prövas effektivt och skyndsamt på de villkor som fastställs i övriga bestämmelser i direktivet, om det hävdas att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser varigenom de har införlivats har överträtts.

4. Direktivet innehåller sedan de krav som skall iaktas i sådana prövningsförfaranden

Gemenskapsrätten

3. I artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG² föreskrivs att medlemsstaterna skall garantera

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt artikel 41 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

3 — Bestämmelsen avser rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1) och direktiv 92/50, omnämnt i fotnot 2. Direktiv 71/305 upphävdes emellertid och ersattes av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54), och direktiv 77/62 upphävdes och ersattes av rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 199, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 126). Efter beslutet om tilldelning i det nationella förfarandet har alla berörda direktiv upphävts och ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

för att säkerställa ett skyndsamt och effektivt resultat i enlighet med gemenskapsrätten. Det saknas emellertid bestämmelser om behandlingen av konfidentiell information i handlingar som getts in eller som återopats som bevis. Enligt artikel 2.8 skall prövningsorganet tillämpa ett ”förfarande, där båda parter hörs”.

6. Direktiv 93/36 har upphävts och ersatts med verkan från den 31 januari 2006 av direktiv 2004/18.⁵ I artikel 6 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande: ”Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv, särskilt bestämmelserna om upplysnings- och informationsskyldigheter i fråga om ingångna kontrakt och gentemot anbudssökande och anbudsgivare ..., och i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller för den upphandlande myndigheten, får denna inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna. Sådan information omfattar i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet.”

5. Frågor om sekretessen under *tilldelningsfasen* vid offentlig upphandling av varor behandlades, vid tiden för tilldelning av varor kontrakt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i direktiv 93/36,⁴ särskilt i artikel 15.2 som hade följande lydelse: ”De upphandlande myndigheterna skall till fullo respektera den konfidentiella naturen hos all information från leverantörerna.” Härutöver innehöll artiklarna 7.1 och 9.3 bestämmelser om att tilldelningen skulle tillkännages genom meddelande, med rätt för den upphandlande myndigheten att hålla inne med viss information, om utlämnande därav bland annat skulle ”skada legitima kommersiella intressen, offentliga eller privata, eller skulle hindra en sund konkurrens mellan leverantörer”.

Den belgiska lagstiftningen

Anbudshandlingars sekretess

7. I artikel 32 i den belgiska konstitutionen⁶ garanteras som en allmän regel allmänhetens

4 — Se ovan fotnot 3, särskilt i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1).

5 — Se ovan fotnot 3.

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

tillgång till myndigheters handlingar. Som ett undantag från den regeln föreskrivs, i artikel 6.1 i lag av den 11 april 1994 om offentlighet vid myndigheter,⁷ att en myndighet får neka tillgång till en handling, om intresset av att skydda bland annat affärsuppgifter eller uppgifter om tillverkning av konfidentiell natur väger tyngre än intresset av att lämna ut handlingen.

8. Skyldigheten för en upphandlande myndighet att upprätthålla sekretessen för affärshemligheter i handlingar som ingetts till den återfinns i olika bestämmelser i den belgiska lagstiftningen rörande offentlig upphandling, särskilt, vid tiden för det beslut om tilldelning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, i artiklarna 25.4, 51.4 och 80.4 i kunglig kungörelse av den 8 januari 1996 om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt koncessioner avseende byggtreprenader.

9. Sedan dess har lag av den 15 juni 2006 om offentlig upphandling och vissa byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt antagits för att genomföra direktiv 2004/18. De

två första styckena i artikel 11 har följande lydelse:

”Varken den upphandlande myndigheten eller någon person som på grund av sin tjänst eller uppgifter som anförtrotts honom har kännedom om konfidentiell information rörande ett kontrakt eller tilldelningen eller genomförandet av kontraktet, vilken har lämnats av anbudssökande, anbudsgivare, leverantörer eller tjänsteleverantörer, får röja sådan information. Sådan information innefattar i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet.

I ett prövningsförfarande skall prövningsorganet och den upphandlande myndigheten vinnlägga sig om att skydda sekretessen för den information som omnämns i det föregående stycket.”

10. I likhet med de flesta bestämmelserna i den lagen har dock artikel 11 ännu inte trätt i kraft.⁸

7 — Söksidan på http://www.juridat.be/cgi_loi/legislation.pl kan användas för att studera denna och all efterföljande belgisk lagstiftning vartill hänvisats. Sedan år 2003 publiceras inte längre *Moniteur Belge/Belgisch Staatsblad/Belgisches Staatsblatt* i pappersform.

8 — Se artikel 80, jämförd med ändringslagen av den 12 januari 2007.

Förfarandet i Conseil d'État

11. Överklagande av beslut i upphandlingsförfaranden får ske till Conseil d'État. I mål om rättsprövning regleras förfarandet vid den domstolen särskilt av kunglig kungörelse av den 23 augusti 1948 och av de samordnade lagarna av den 12 januari 1973.

12. Enligt artikel 6 i den kungliga kungörelsen skall den myndighet som är motpart inge myndighetens akt till kansliet inom 60 dagar från det att den delgetts ansökan. Om akten inte finns hos den myndigheten finns det även en föreskrift om att den kan begäras från den myndighet som har den.

13. I artikel 87 i den kungliga kungörelsen föreskrivs att parter och deras ombud får ta del av akten hos kansliet, en rättighet som också återfinns i artikel 19 i de samordnade lagarna.

14. Artikel 21 i de samordnade lagarna ger klaganden rätt att begära att den myndighet som är motpart inger myndighetens akt. Det föreskrivs däri vidare att om akten inte inges inom föreskriven tid skall de omständigheter

som klaganden åberopar anses vara styrkta såvida de inte är uppenbart oriktiga. Conseil d'État har uppgett att den senare bestämmelsen är tillämplig även om det endast är en del av akten som inte har ingetts.

15. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att Conseil d'État genomgående har bedömt att varken lagen av den 11 april 1994 eller den kungliga kungörelsen av den 8 januari 1996⁹ kan åberopas för att förhindra en domstol som prövar giltigheten av ett förvaltningsbeslut från att beakta handlingar som är väsentliga för att kunna bedöma om det finns fog för en grund för upphävande.¹⁰

16. Det framgår också att det inte finns någon bestämmelse om förfarandet inför Conseil d'État som uttryckligen tillåter att något i de handlingar som ingetts behandlas som konfidentiellt gentemot en part i förfarandet.

Bakgrund och förfarandet

17. Målet vid den nationella domstolen har sitt upphov i en anbudsinfordran från det

⁹ — Se ovan i punkterna 7 respektive 8.

¹⁰ — Dom av den 14 december 1999 i mål 84.102, av den 23 december 1999 i mål 83.593, av den 21 mars 2000 i mål 86.150 och av den 6 maj 2003 i mål 119.018.

belgiska försvarsdepartementet för leverans av länkar för larvband för stridsvagnar. Två anbud ingavs, ett från Varec SA (nedan kallat Varec) och det andra från Diehl Remscheid GmbH & Co. (nedan kallat Diehl). Diehl tilldelades kontraktet den 28 maj 2002. I tilldelningsbeslutet angavs ett antal tekniska, administrativa och rättsliga skäl för att inte anta Varecs anbud, men det fastslogs att Diehl uppfyllde samtliga urvalskriterier. Den slutsatsen grundade sig på bland annat vissa ritningar och prover som bifogats Diehls anbud. På Diehls begäran återlämnades dessa ritningar och prover efter utvärdering av anbudena.

18. I sin talan inför Conseil d'État har Varec gjort gällande att Diehls anbud inte uppfyllde samtliga kriterier för tilldelningen. För att kunna bedöma det påståendet anser Varec att ritningarna och proverna som nämnts i föregående punkt skall prövas som bevisning både av den domstol som gör prövningen och av den part som ansökt om prövningen.

19. Den akt som ingetts av den upphandlande myndighet som är motpart innehåller emellertid inte ifrågasvarande ritningar och prover, eftersom de återlämnats till Diehl. Diehl, som har intervenerat i förfarandet, motsätter sig att inge dem av den anledningen att de innehåller konfidentiell information och affärshemligheter som Diehl inte

vill att Varec skall få tillgång till. *Auditeur*¹¹ anser att om den upphandlande myndigheten inte inger en komplett akt och därigenom brister i sin skyldighet att medverka till en god rättskipning och rättvis rättegång finns inget annat alternativ än att upphäva det omtvistade tilldelningsbeslutet.

20. Under dessa förhållanden har Conseil d'État ställt följande fråga till domstolen:

”Skall artikel 1.1 i [direktiv 89/665/EEG], jämförd med artikel 15.2 i [direktiv 93/36/EEG] och med artikel 6 i [direktiv 2004/18/EG], tolkas på så sätt att det organ som är ansvarigt för prövningsförfarandet enligt den förstnämnda artikeln är skyldigt att säkerställa att sekretessen upprätthålls för affärshemligheter i de handlingar som parterna i ett mål eller ärende, inbegripet den upphandlande myndigheten, ger in till organet, när organet självt kan ta del av och beakta dessa uppgifter?”

21. Skriftliga yttranden har getts in av den belgiska och den österrikiska regeringen

¹¹ — En oberoende ledamot av Conseil d'État vars uppgifter och funktioner delvis svarar mot dem som en generaladvokat vid EG-domstolen har.

samt av kommissionen. Varec har inte ingett något yttrande, eftersom företaget anser att svaret på den ställda frågan inte är nödvändigt för att avgöra tvisten vid Conseil d'État.

i fråga inte gör det möjligt att säkerställa rätten till skydd för affärshemligheter?”¹²

22. Ingen förhandling har begärts och ingen har hållits.

24. Författningsdomstolen meddelade sitt avgörande den 19 september 2007.

23. Det skall tilläggas att i samma beslut har Conseil d'État även begärt att den belgiska författningsdomstolen avger ett förhandsavgörande rörande följande fråga:

25. Jag hade ursprungligen avsett att föredra detta förslag till avgörande den 20 september 2007. När jag fick kännedom om det datum som bestämts för författningsdomstolens avgörande föredrog jag emellertid att, i syfte att på bästa sätt bistå domstolen att nå ett avgörande, tillåta mig möjligheten att studera det avgörandet först. Därför har jag senarelagt föredragandet av detta förslag till avgörande.

”Innebär en tolkning av artiklarna 21 och 23 i de samordnade lagarna om Conseil d'État av den 12 januari 1973, med innebörden att de sekretessbelagda handlingarna i ett ärende hos en myndighet måste föras in i den akt från myndigheten som ges in till rätten och kommuniceras till parterna, ett åsidosättande av artikel 22 i konstitutionen, i sig eller jämförd med artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och med artikel 17 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, i den utsträckning som artiklarna

26. I sitt avgörande uttalade författningsdomstolen att det skulle strida mot artikel 22 i konstitutionen, jämförd med artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och artikel 17 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, att tolka ifrågavarande bestämmelser så, att de hindrar en myndighet som är motpart från att åberopa att delar av myndighetens akt omfattas av sekretess i syfte att förhindra att de lämnas ut

12 — Samtliga de tre sistnämnda bestämmelserna garanterar rätt till skydd för privat- och familjeliv, som med en vid tolkning anses innefatta sekretesskydd och inte nödvändigtvis utesluter yrkes- eller affärsverksamhet (se till exempel Europadomstolens dom av den 16 december 1992 i mål Niemitz mot Tyskland, serie A nr 251-B, s. 33, § 29).

till parterna och att de hindrar Conseil d'État från att bedöma den påstådda sekretessen för sådana delar. Emellertid skulle det vara förenligt med dessa normer av högre rang att tolka bestämmelserna så att de tillåter att den myndighet som är motpart åberopar sekretess för sådana syften och att Conseil d'État bedömer huruvida dessa delar omfattas av sekretess.

Bedömning

Upptagande till sakprövning

27. Varecs ståndpunkt att svaret på den ställda frågan inte är nödvändigt för att avgöra tvisten vid Conseil d'État är något förvånande, om Varec ursprungligen ansökte om företeende av den omtvistade bevisningen. Ståndpunkten kan underförstått tolkas som ett ifrågasättande av huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning.

28. Det följer dock av domstolens fasta rättspraxis att ”det i princip uteslutande ankommer på de nationella domstolarna att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl

om ett förhandsavgörande är nödvändigt som relevansen av de frågor som ställts till domstolen”.¹³

29. Jag kan inte se någon omständighet i detta mål som motiverar ett ifrågasättande av Conseil d'États bedömning att ett svar på den ställda frågan är nödvändigt för att den skall kunna meddela dom. Om Varec har gjort gällande att Diehls anbud inte motsvarade alla krav för tilldelning av kontraktet och om Varec inte har frånfällt detta argument vad gäller innehållet i de omtvistade ritningarna och proverna samtidigt som Diehl även fortsättningsvis motsätter sig att Varec skall få tillgång till dessa delar, förefaller ett svar på den hänskjutna frågan ha betydelse för alla beslut rörande genomförandet av förfarandet vid Conseil d'État mot bakgrund av de processuella bestämmelser som gäller vid nämnda domstol.

Tillämplig lagstiftning

30. Mot bakgrund av domstolens rättspraxis, med innebörden att handlägningsregler i allmänhet är tillämpliga på alla tvister som pågår vid tidpunkten då de träder i kraft, i motsats till materiella bestämmelser som

13 — Se till exempel dom av den 1 december 2005 i mål C-213/04, Burstcher (REG 2005, s. I-10309), punkt 34 och där angiven rättspraxis; i fråga om domstolar i sista instans, såsom Conseil d'État, se till exempel dom av den 6 oktober 1982 i mål 283/81, CILFIT (REG 1982, s. 3415; svensk specialutgåva, volym 6, s. 513), punkterna 10 och 11.

vanligtvis inte avser förhållanden som har uppstått innan bestämmelserna trädde i kraft,¹⁴ är det nödvändigt att bedöma om de bestämmelser som tolkningsfrågan avser utgör handläggningsregler eller materiella bestämmelser.

artikel 15.2 i direktiv 93/36 även om den har en mer utförlig formulering. Läget efter dess ikraftträdande är därför inte annorlunda.

Tolkningsfrågan

31. I denna fråga håller jag med kommissionen. En rätt till skydd för konfidentiell information är i grund och botten en materiell rättighet även om den har processuella följder och även om det sammanhang där den aktualiserats vid Conseil d'État till stor del är av processuell natur. Denna rättighet uppstod för första gången i det nationella förfarandet när Diehl ingav sitt anbud i den ursprungliga upphandlingen. Det som nu skall prövas är det fortsatta skyddet för denna pågående materiella rättighet.

Insyn och effektiv prövning

32. Således är de gemenskapsrättsliga bestämmelser som skall tolkas de som var i kraft vid tiden för upphandlingen år 2002, nämligen direktiv 89/665 och direktiv 93/36, med uteslutande av direktiv 2004/18.¹⁵ Det kan tilläggas att artikel 6 i det senare direktivet under alla omständigheter har väsentligen samma materiella innehåll som

33. Enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 är medlemsstaterna skyldiga att säkerställa att tilldelningsbeslut kan prövas effektivt. Beslut kan inte prövas effektivt såvida inte prövningsorganet har tillgång till all bevisning som är relevant vid bedömningen av om besluten fattats i enlighet med tillämpliga bestämmelser och villkor. Insyn, som är ett viktigt särdrag i offentliga upphandlingsförfaranden, måste garanteras i syfte att "säkerställa att offentliga medel används på ett korrekt och effektivt sätt, på grundval av seriösa bedömningar och utan något slags favorisering eller kompensation, vare sig ekonomisk eller politisk".¹⁶

14 — Se till exempel dom av den 23 februari 2006 i mål C-201/04, Molenbergnatie (REG 2006, s. I-2049), punkt 31 och där angiven rättspraxis.

15 — Se ovan fotnot 3.

16 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs i mål C-19/00, SIAC Construction (REG 2001, s. I-7725), punkt 33.

34. Om det görs gällande inför ett prövningsorgan som tillämpar direktiv 89/665 att ett kontrakt tilldelats i strid med reglerna och att information som beaktats av den upphandlande myndigheten innehåller bevis om regelbrottet, kan följaktligen prövningsorganet till fullo fullgöra sin uppgift att genomföra en effektiv prövning endast om den har tillgång till den informationen.

kunna ta del av yttranden eller bevisning som ingetts av den andra parten – eller av en fristående tjänsteman inom rättsväsendet, eller av en myndighet eller av den domstol vars dom överklagats – och yttra sig däröver.¹⁸

Rätten till en rättvis rättegång

35. Som domstolen har slagit fast skulle det innebära ett åsidosättande av en grundläggande rättsprincip att grunda ett rättsligt avgörande på omständigheter eller handlingar som parterna, eller en av dem, inte har kunnat ta del av och som de således inte har haft möjlighet att ta ställning till.¹⁷

36. Europadomstolen har också slagit fast att en grundläggande aspekt av rätten till en rättvis rättegång i alla civilrättsliga eller straffrättsliga förfaranden är att båda parter skall höras och att jämlikhet i medel skall råda mellan parterna så att varje part skall

37. När ett prövningsorgan beaktar information i sitt avgörande skall följaktligen åtminstone huvudinnehållet i den informationen, såvitt den har påverkat avgörandet, i princip vara tillgängligt även för alla parter i förfarandet¹⁹ för att tillgodose deras rätt till en rättvis rättegång.

38. Det kan emellertid tänkas att en parts rätt till en rättvis rättegång inte åsidosätts på något sätt om han nekas tillgång till bevisning som inte har beaktats till hans nackdel och som inte kunde ha beaktats till hans fördel. Sådan bevisning kan därför undanhållas honom i syfte att skydda exempelvis affärshemligheter på grundval av en rimlig och väl underbyggd ansökan om sekretess.

17 — Dom av den 22 mars 1961 i de förenade målen 42/59 och 49/59, SNUPAT mot Höga myndigheten (REG 1961, s. 53; svensk specialutgåva, volym 1, s. 95), på sidan 84; dom av den 10 januari 2002 i mål C-480/99 P, Plant m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. I-265), punkt 24.

18 — Se Europadomstolens dom av den 31 oktober 2006 i mål Aksoy (Eroğlu) mot Turkiet, nr 59741/00, § 21 och där angiven rättspraxis. När det särskilt gäller underlåtenhet att ge den som ansöker om rättsprövning tillfälle att ta del av bevisningen i akten i målet, se Europadomstolens dom av den 29 maj 1986 i mål Feldbrugge mot Nederländerna, serie A nr 99, s. 16, § 44.

19 — Det är befogat att situationen kan vara en annan för intervenienter och den stora allmänheten. Eftersom begäran om förhandsavgörande inte avser dessa aspekter, lämnar jag dessa därhän.

39. Enligt Europakonventionen och enligt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna²⁰ är rätten till en rättvis rättegång en ovillkorlig rättighet. Detta innebär dock inte att rätten att få tillgång till relevant bevisning också är en absolut rättighet. Enligt Europadomstolens fasta rättspraxis får bevisning, även när det gäller straffrättsliga förfaranden, undanhållas, när det erfordras för att bevara en annan persons grundläggande rättigheter eller för att skydda ett viktigt allmänintresse.

40. Åtgärder som inskränker rätten till försvar är emellertid tillåtna endast när de är oundgängligen nödvändiga, och eventuella hinder för försvaret genom en inskränkning av dess rättigheter skall i erforderlig utsträckning uppvägas av det förfarande som tillämpas av de rättsliga myndigheterna.²¹

Rätten till skydd för affärshemligheter

41. I direktiv 93/96, som gäller *upphandlingsförfaranden*, föreskrivs uttryckligen att upphandlande myndigheter skall skydda

anbudsgivarnas affärshemligheter, särskilt i förhållande till andra anbudsgivare. Direktiv 89/665, som gäller *prövningsförfaranden*, utsträcker inte uttryckligen den föreskriften till att gälla prövningsorgan.

42. I samtliga ingivna yttranden²² uttrycks uppfattningen att det icke desto mindre finns en implicit skyldighet för sådana organ att skydda affärshemligheter, och jag instämmer. En rätt till sådant skydd erkänns i princip i gemenskapsrätten.

43. Enligt artikel 41 i stadgan om de grundläggande rättigheterna omfattar rätten till god förvaltning att ”var och en skall ha tillgång till de akter som berör honom eller henne, med förbehåll för berättigade intressen vad avser sekretess, tystnadsplikt och affärshemlighet”. En allmän skyldighet att respektera affärshemligheter har ålagts gemenskapsinstitutionerna i artikel 287 EG, som bekräftats i ett antal bestämmelser i rättsakter, särskilt inom konkurrensrätten. Den skyldigheten är därför visserligen endast bindande för gemenskapsinstitutionerna, men i domen i målet SEP²³ gjorde domstolen

20 — Stadgan tillkännagavs högtidligt i Nice i december 2000 av parlamentet, rådet och kommissionen (EGT C 364, s. 1).

21 — Se exempelvis Europadomstolens dom av den 24 april 2007 i mål V mot Finland, nr 40412/98, § 75 och där angiven rättspraxis.

22 — Det skall erinras om att Varec inte har ingett några yttranden till domstolen.

23 — Dom av den 19 maj 1994 i mål C-36/92 P, SEP mot kommissionen (REG 1994, s. I-1911; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-155), punkt 36; min kursivering.

en särskild hänvisning till att det finns en "allmä[n] princi[p] om företagens rätt till skydd av sina affärshemligheter" som artikeln i fördraget och olika sekundärrättsliga bestämmelser var ett uttryck för.

Europakonventionen, som omfattar sekretess för privat korrespondens, och i vissa situationer affärskorrespondens,²⁵ inskränkas enligt artikel 8.2 när det är nödvändigt och med stöd av lag, för att bland annat skydda andra personers rättigheter.

44. När sekretessen skyddas under tilldelningsfasen av ett upphandlingsförfarande skulle dessutom det skyddet förlora allt värde om det inte säkerställdes på samma sätt i den efterföljande prövningsfasen.

Sammanjämkning av de motstridiga intressena

45. För att använda domstolens uttalande i målet AKZO Chemie²⁴ skulle en underlåtenhet att skydda information som ingetts som konfidentiell under tilldelningsfasen av ett sådant förfarande få den oacceptabla följden att en anbudsgivare vars anbud har förkastats skulle kunna drivas till att angripa ett tilldelningsbeslut – eller till och med att inge ett anbud som uppenbart kommer att förkastas, i syfte att kunna angripa tilldelningsbeslutet – enbart för att få tillgång till en konkurrents affärshemligheter.

47. Det är uppenbart att det kan uppstå konflikter mellan rätten till konfidentiell behandling av affärshemligheter, behovet av insyn när det gäller offentlig upphandling, prövningsorganens skyldighet att säkerställa en effektiv prövning och samtliga parter rätt till en rättvis rättegång.

46. På samma sätt som gäller för rätten att ta del av relevant bevisning är inte heller rätten till konfidentiell behandling absolut. Exempelvis kan rätten enligt artikel 8.1 i

48. Dessa intressen bör självklart sammanjämkas så långt det är möjligt, även om det inte alltid är möjligt att sammanjämka dem till fullo. I synnerhet är det i vissa fall nödvändigt att inskränka en parts rätt – att kräva konfidentiell behandling av affärshemligheter eller att få tillgång till all bevisning i

24 — Dom av den 24 juni 1986 i mål 53/85, AKZO Chemie mot kommissionen (REG 1986, s. 1965; svensk specialutgåva, volym 8, s. 649), punkt 28.

25 — Se ovan fotnot 12.

akten – för att säkerställa att själva kärnan i den andra partens rätt, eller domstolens behörighet och uppgift att göra en effektiv prövning, inte äventyras. En inskränkning får dock inte gå utöver vad som är nödvändigt för det ändamålet och en rimlig balans måste uppnås mellan de motstridiga rättigheterna.²⁶

49. När rättigheter inte är absoluta²⁷ skall de bedömas i förhållande till sin funktion. Inskränkningar får göras förutsatt att de fyller ett ändamål av allmänintresse och inte innebär ett oproportionerligt och oacceptabelt ingrepp som äventyrar själva kärnan i rättigheterna.²⁸

50. I prövningsförfaranden av det slag som detta mål gäller skulle prövningsorganet först självt kunna undersöka omtvistad bevisning och sedan föra endast sådan bevisning, som den bedömer vara relevant för avgörandet av målet, till den akt som är tillgänglig för samtliga parter. Bevisning som inte förs till akten skall inte beaktas. Viss bevisning

kan dock föras till akten i maskerat, struket eller på annat sätt redigerat skick för att skydda affärshemligheter, om domstolen i fråga anser att full tillgång till ifrågavarande bevisning verkligen skulle skada berättigade intressen för en part som begärt sekretess för sådan information.

51. En rimlig och pragmatisk lösning skulle kunna vara att prövningsorganet uppmanar den part som innehar bevisningen att förete en redigerad version som kunde tillhandahållas den andra parten eller de andra parterna – under prövningsorganets eget överinseende, för att säkerställa att endast verkligt konfidentiella delar som inte förefaller vara avgörande för utgången i tvisten har strukits. Även om prövningsorganet i ett sådant fall har tagit del av bevisning som dolts för vissa parter bör den eftersträva att inte beakta den bevisningen på något sätt som skulle kunna åsidosätta dessa parters rätt till en rättvis rättegång och till jämlikhet i medel.

Ett exempel

26 — Se till exempel, när det gäller en konflikt mellan olika rättigheter, dom av den 12 januari 2003 i mål C-112/00, Schmidberger (REG 2003, s. I-5659), punkterna 77–81.

27 — Se ovan punkterna 39 och 46.

28 — Se till exempel, återigen när det gäller olika rättigheter, dom av den 10 juli 2003 i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, Booker Aquaculture och Hydro Seafood (REG 2003, s. I-7411), punkt 68, och av den 12 juli 2005 i de förenade målen C-154/04 och C-155/04, Alliance for Natural Health m.fl. (REG 2005, s. I-6451), punkt 126, och i båda domarna angiven rättspraxis.

52. Ett exempel på ett sådant tillvägagångssätt kan ses i de så kallade stålbalksmålen vid

förstainstansrätten.²⁹ I mars och april 1994 väckte elva företag talan om ogiltigförklaring av ett beslut av kommissionen enligt EKSG-fördraget beträffande samordnade förfaranden av tillverkare av stål balkar. Målen handlades gemensamt och förenades under en del av förfarandet.

53. I artikel 23 i EKSG-stadgan för domstolen föreskrevs följande: "När ett beslut överklagas som fattats av en av gemenskapens institutioner skall denna institution översända alla handlingar som rör ärendet till domstolen."

54. Kommissionen ingav emellertid inte alla handlingar förrän förstainstansrätten begärde det. I sitt följebrev anförde den att vissa handlingar kunde innehålla affärshemligheter eller omfattades av tystnads-

plikt enligt artikel 47 EKSG,³⁰ med följden att inte samtliga skulle vara tillgängliga i sin helhet för alla parter. Vissa sökande begärde emellertid att få tillgång till hela akten.

55. Vid denna tid fanns i förstainstansrättens rättegångsregler sekretessbestämmelser endast i artikel 116.2, vilken tillät att konfidentiella handlingar undantogs från akten som delgavs en intervenient. Enligt artikel 5.3 i Instruktion för justitiesekreteraren hade emellertid parternas ombud och advokater, eller personer bemyndigade av dem, rätt att ta del av originalakten i målet, inbegripet de administrativa akter som lagts fram för rätten, och begära kopior av eller utdrag ur inlagor.

56. Förstainstansrätten stod därför inför problem som är mycket lika dem som Conseil d'État nu står inför.

57. I det första av sina tre beslut som behandlade dessa problem tillbakavisade förstainstansrätten argumentet att artikel 23 i EKSG-stadgan för domstolen i kombination

29 — Domar av den 11 mars 1999 i mål 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 och T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. II-239 och följande).

30 — Andra stycket i denna artikel förbjöd kommissionen att lämna ut "upplysningar som omfattas av tystnadsplikt; detta gäller särskilt uppgifter som angår företagen och berör deras affärsförbindelser eller kostnadsförhållanden".

med principen om domstolsförhandlingars kontradiktoriska karaktär innebar en ovillkorlig och obegränsad rätt för samtliga parter att få tillgång till den akt som översänts av kommissionen. Den noterade att artikel 47 i EKSG-fördraget tillförsäkrade konfidentiell behandling av yrkeshemligheter, särskilt affärshemligheter, i syfte att skydda företagens legitima intressen och beslutade att det enda sättet att göra en avvägning mellan, å ena sidan, kraven i artikel 23 i stadgan och domstolsförhandlingars kontradiktoriska karaktär och, å andra sidan, kravet på skydd för de enskilda företagens affärshemligheter var att konkret bedöma de berörda företagens respektive situation. På den grunden avlägsnade den en handling från akten, begränsade full tillgång till vissa handlingar till endast en av sökandena (de andra fick rätt att ta del av en icke-konfidentiell version), och sköt upp beslutet om de handlingar som kommissionen klassificerat som interna till dess den hade fått ytterligare uppgifter.³¹

att ”garantera samtliga [parter] ovillkorad och obegränsad insyn i den administrativa akten” eller att ”låta sökandena undersöka den berörda institutionens akt [på det sätt de finner lämpligt]”.³² Den gjorde också åtskillnad mellan handlingar som översänts enligt artikel 23 i stadgan och den akt i målet som upprättats enligt instruktionen för justitiesekreteraren. Parterna hade tillgång endast till den senare, som innehöll de handlingar som skulle beaktas vid avgörandet av målet. Handlingar som översänts till förstainstansrätten men som inte förts till akten i målet låg ”helt utanför förfarandet” och skulle inte beaktas av förstainstansrätten vid avgörandet av målet.³³ Med den utgångspunkten undersökte den handlingarna i fråga mot bakgrund av yttrandena och fann att några var relevanta och skulle föras till akten i målet och delges parterna. I sitt tredje och sista beslut undersökte den två ytterligare handlingar och fann att en av dem skulle föras till akten.³⁴

58. I sitt andra beslut, som meddelades efter det att den erhållit de uppgifterna och efter ytterligare hörande av parterna, klarlade förstainstansrätten att syftet med artikel 23 i stadgan var att ”göra det möjligt för [gemenskapsdomstolen] att pröva huruvida det ifrågasatta beslutet är lagenligt ... [med beaktande av] rätten till försvar” och *inte*

59. I en situation då det således förelåg en eventuell konflikt mellan behovet av att beakta all relevant bevisning, behovet av att låta samtliga parter ta del av den bevisningen,

31 — Beslut av den 19 juni 1996 i målen 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 och T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. II-537), särskilt punkterna 12–15 och i slutet.

32 — Beslut av den 10 december 1997 i målen 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 och T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen (REG 1997, s. II-2293), punkterna 32 och 37.

33 — *Ibidem*, punkt 33.

34 — Beslut av den 16 februari 1998 i målen 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 och T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen (ej publicerat i rättsfallssamlingen).

och behovet av att skydda sekretessen för en del av bevisningen, var det tillvägagångssätt som förstainstansrätten valde a) att själv granska bevisningen i ett inledande skede, b) att till akten endast föra den relevanta bevisningen, c) att låta samtliga parter få tillgång till den bevisningen, i förekommande fall med "maskning" av vissa detaljer i vissa handlingar i förhållande till vissa parter, och d) att beakta endast den bevisning i akten i målet vartill parterna hade tillgång.

60. Lösningen valdes pragmatiskt och med vederbörlig hänsyn till varje berört intresse i ett rättsligt sammanhang liknande det som Conseil d'État står inför i det nationella förfarandet. Den infördes senare i förstainstansrättens rättegångsregler.³⁵

Slutsatser

61. Fastän varken denna pragmatiska lösning eller, *a fortiori*, bestämmelsen i rättegångsreglerna är bindande för en nationell domstol, anser jag att de ger användbar och praktisk vägledning beträffande vilket

tillvägagångssätt som skall väljas, vilket måste vara förenligt med de regler som gäller för den domstolen i den mån de inte strider mot någon bestämmelse av högre rang.

62. Vad gäller prövningsorgan som verkar i enlighet med direktiv 89/665 innefattar sådana bestämmelser av högre rang dem som har sin grund i det direktivet och i direktiv 93/36 (eller nu direktiv 2004/18), båda tolkade i ljuset av rätten till skydd för affärshemligheter och rätten till en rättvis rättegång. De principer som skall tillämpas är följande: a) en part får inte vägra att överlämna bevisning till prövningsorganet på grund av affärssekretess, b) en part som överlämnar bevisning till prövningsorganet har rätt att begära att den skall behandlas konfidentiellt, helt eller delvis, i förhållande till en annan part, c) samtliga parter skall ha tillgång till all bevisning som är relevant för utgången i prövningsförfarandet på ett sätt som är lämpligt för att göra det möjligt för dem att bemöta den, och d) prövningsorganet skall vinnlägga sig om att inte beakta bevisning som undanhållits en eller flera parter på ett sätt som kan åsidosätta dessa parters rätt till en rättvis rättegång eller till jämlikhet i medel.

63. Bedömningen kan endast ske från fall till fall och skall ha som mål att säkerställa

35 — Artikel 67.3, tillagd den 19 december 2000 (EGT L 322, s. 4).

det största skydd för varje intresse – sekretess för affärshemligheter och rätten till en rättvis rättegång – som kan uppnås utan att skada kärnan i det andra intresse som är i fråga, samt att uppnå en så rimlig balans som möjligt mellan de två.

Avslutande kommentarer

64. Vad gäller den särskilda situation som Conseil d'État står inför har jag tre avslutande kommentarer.

65. För det första tycks det vara klart att när artikel 11 i lagen av den 15 juni 2006³⁶ träder i kraft kommer skyldigheten att skydda sekretessen för affärshemligheter i prövningsförfaranden att bli explicit i Belgien.

66. För det andra noterar jag att Conseil d'État, i ett mål som den belgiska regeringen har hänvisat till i sina yttranden,³⁷

36 — Se ovan punkt 9.

37 — Mål 137.993; rapport av *auditeur* Stevens av den 22 oktober 2004, punkt 3; dom av Conseil d'État (eller Raad van State, eftersom rättegångsspråket i målet var nederländska) av den 3 december 2004, punkt 1.2.

redan tycks ha valt ett tillvägagångssätt som är förenligt med det som jag beskrivit ovan. Målet gällde ett företags överklagande av ett beslut om att registrera en konkurrents läkemedel. Förvaltningsmyndigheten ingav två versioner av sin akt till Conseil d'État – en version innehållande konfidentiella handlingar rörande läkemedlet och en icke-konfidentiell version. *Auditeur* undersökte frågan i sin rapport och fastslog att de konfidentiella handlingarna inte skulle vara tillgängliga för klaganden. Conseil d'État fann att det inte var nödvändigt att avgöra den frågan eftersom ansökan kunde avslås på en grund som inte erfordrade någon undersökning av dessa handlingar.

67. Härutöver är det tillvägagångssätt som författningsdomstolen valt i sitt avgörande av den 19 september 2007 också till stor del förenligt med det ovan beskrivna tillvägagångssättet. Efter att ha beaktat de allmänna principerna om rätten till en rättvis rättegång i kontradiktoriska förfaranden och rätten till skydd för affärshemligheter fastslog den domstolen att Conseil d'État skall kunna bedöma hur konfidentiell informationen är, för att göra en avvägning mellan dessa två rättigheter.

68. Slutligen framgår det av begäran om förhandsavgörande att Varec faktiskt redan kan ha haft tillgång till åtminstone några av de omtvistade delarna av akten, tydligen vid sidan om det egentliga tilldelnings- och prövningsförfarandet. Om så är fallet kan det, beroende på de faktiska omständigheterna, vara ett förhållande som skall beaktas vid beslutet om, och i vilken omfattning, konfidentiell behandling skall beviljas.

Förslag till avgörande

69. Mot bakgrund av alla överväganden ovan är min uppfattning att domstolen skall ge följande svar på den fråga som ställts av Conseil d'État:

Enligt artikel 1.1 i rådets direktiv 89/665, jämförd med bestämmelserna i rådets direktiv 93/36 rörande skydd för konfidentiell information, krävs att ett prövningsorgan

- a) tar del av hela myndighetens akt och annan bevisning på vilken den upphandlande myndigheten har grundat sitt tilldelningsbeslut, och

- b) tillerkänner konfidentiell information samma skydd som den tillerkänts under tilldelningsskedet.

Dessa krav skall uppfyllas med beaktande av rätten till en rättvis rättegång och jämlikhet i medel, vilket särskilt innebär att prövningsorganet skall vinnlägga sig om att inte beakta bevisning, som undanhållits någon eller några av parterna, på ett sätt som kan åsidosätta deras rättigheter.