

U.2014.899H***Myndighed skulle ikke fremlægge responsa, som var indhentet fra Kammeradvokaten forud for en retssag.****Retspleje 14.5 og 24.1.*

Under en ankesag for Højesteret om offentligt udbud af et radiokommunikationsnet til beredskabet gjorde selskabet H gældende, at det på forhånd var givet, at et andet selskab, M, skulle vinde udbuddet. H anmodede om, at det i medfør af retsplejelovens § 298 blev pålagt styrelsen, S, at fremlægge tre responsa udarbejdet af Kammeradvokaten, K, forud for retssagen, idet H anførte, at disse responsa indeholdt oplysninger, som kunne være med til at bevise, at det offentlige udbud ikke havde været reelt. Højesteret udtalte bl.a., at et juridisk responsum om dansk ret ikke angår bevisførelsen, og at et sådant responsum ikke kan fremlægges som bevis i sagen. En part eller en tredjemand kan derfor som udgangspunkt ikke pålægges at fremlægge et juridisk responsum, jf. retsplejelovens § 298 og § 299. Kun i det omfang et juridisk responsum må antages at indeholde sådanne faktiske oplysninger af betydning for en retssags udfald, at hensynet til hemmeligholdelse af dette må vige for hensynet til sagens oplysning, kan det komme på tale at pålægge parten eller tredjemand at fremlægge de dele af et responsum, der vedrører disse oplysninger. De pågældende responsa vedrørte K's vurdering af, om et tidligere gennemført udbud kunne antages at afskære staten fra at etablere et offentligt ejet beredskabsnet, og af statens handlemuligheder i forbindelse hermed. Højesteret fandt ikke grundlag for at antage, at de indhentede responsa indeholdt sådanne oplysninger om faktiske forhold, at hensynet til hemmeligholdelse af dem måtte vige for hensynet til sagens oplysning, og bemærkede, at de måtte anses for undtaget fra aktindsigt. Højesteret fandt herefter ikke grundlag for at imødekomme H's editionsbegæring.(1)

900**H.K. 17. december 2013 i sag 110/2013 (1. afd.)**

Hans Damm Research A/S (adv. Søren Stenderup Jensen, Kbh.) mod Erhvervsstyrelsen (tidl. IT- og Telestyrelsen), Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) og Forsvarsministeriet (Km.adv. v/adv. Sune Fugleholm, Kbh., for alle).

I påkendelsen har deltaget tre dommere: Jon Stokholm, Vibeke Rønne og Jens Peter Christensen.

Påstande

Under anke af Østre Landsrets dom af 13. maj 2013 har appellationen, Hans Damm Research A/S, endeligt anmodet om, at Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) i medfør af retsplejelovens § 298 pålægges at fremlægge Kammeradvokatens responsum af 2. november 2005, Kammeradvokatens notat/responsum/udtalelse af 22. februar 2006 og Kammeradvokatens responsum/udtalelse af 3. april 2006, subsidiært loyalt ekstraherede udgaver af de pågældende responsa/udtalelser.

De indstævnte, Erhvervsstyrelsen og Moderniseringsstyrelsen, har protesteret herimod.

Sagsfremstilling

Sagen drejer sig om det såkaldte SINE-udbud, som Økonomistyrelsen gennemførte i 2006-2007 vedrørende indkøbet af adgang til et fælles radiokommunikationsnet for beredskabet og en række handlinger og dispositioner foretaget af de indstævnte i den forbindelse. Den udbudte kontrakt blev vundet af Dansk Beredskabskommunikation A/S, som er et selskab i Motorola-koncernen.

Hans Damm Research har under ankesagen nedlagt påstand om, at staten skal betale 58.077.724 kr., subsidiært et mindre beløb.

Erhvervsstyrelsen og Moderniseringsstyrelsen har påstået stadfæstelse.

De dokumenter, som nærværende editionsbegæring vedrører, er bl.a. omtalt i Kammeradvokatens støttebilag B af 4. januar 2013, som blev fremlagt for landsretten. Heraf fremgår:

»1) Den 2. november 2005 til Rigspolitichefen

Ref: »Etablering af radiokommunikationssystem til brug for beredskabsmyndighederne«

Rigspolitiet anmodede den 6. oktober 2005 om Kammeradvokatens vurdering af, hvorvidt det i 2000/2001 gennemførte udbud af frekvenser til TETRA nød- og beredskabsnettet kunne antages at afskære staten fra nu at etablere et offentligt ejet beredskabsnet. Den 2. november 2005 afgav Kammeradvokaten en udtalelse herom; udtalelsen omtaler udover TetraNet også TetraStar.

Udtalelsens konklusion: De i oktober 2001 tildelte TETRA-frekvenstilladelser afskar staten fra at etablere et offentligt ejet beredskabsnet.

2) Den 22. februar 2006 til Økonomistyrelsen

Ref: »Nød- og beredskabsnettet - sammenfatning vedrørende forskellige handlemuligheder«

Økonomistyrelsen anmodede i slutningen af januar 2006 om Kammeradvokatens bredere belysning af statens handlemuligheder i forbindelse med etablering af et landsdækkende net til nød- og beredskabskommunikation. Den 22. februar 2006 afgav Kammeradvokaten en foreløbig sammenfatning vedrørende forskellige handlemuligheder; udtalelsen omtaler TetraNet, TetraStar samt andre aktører.

Udtalelsens konklusion: Staten er ikke forpligtet til at indgå en kontrakt med TetraNet om etablering og drift af et beredskabsnet. Opgaven kan bringes i udbud og dermed konkurrenceudsættes.

3) Den 3. april 2006 til Økonomistyrelsen

Ref.: »Nød- og beredskabsnettet - udtalelse vedrørende forskellige handlemuligheder«

Samme opdrag som ovenfor under 2). Kammeradvokatens udtalelse i endelig form.

Udtalelsens konklusion: Samme som ovenfor under 2).«

For yderligere at belyse indholdet af responsaene af henholdsvis 2. november 2005 og 3. april 2006 afgav Erhvervsstyrelsen og Moderniseringsstyrelsen den 11. januar 2013 proceserklæring A og B.

I proceserklæring A vedrørende Kammeradvokatens udtalelse af 2. november 2005 hedder det bl.a.:

»Under sagens forberedelse og senest under hovedforhandlingen har sagsøgeren udtrykt ønske om at få belyst indholdet af et responsum (udtalelse) af 2. november 2005 afgivet af kammeradvokat Karsten Hagel-Sørensen til Rigspolitiet.

Udtalelsen er fortrolig og kan ikke gøres til genstand for aktindsigt eller edition, hvorfor udtalelsens indhold alene indgår i sagens faktum i form af forskellige gengivelser og beskrivelser af udtalelsen og dens konklusion.

De sagsøgte myndigheder har i et støttebilag kort sammenfattet udtalelsens indhold og konklusion. Da støttebilagets gengivelse af udtalelsens konklusion er bestridt af sagsøgeren, og da de sagsøgte myndigheder gerne bidrager med at få belyst udtalelsens konklusion.

sion, afgiver de sagsøgte myndigheder hermed følgende bindende proceserklæring:

De sagsøgte myndigheder *erklærer*, at kammeradvokaten den 2. november 2005 afgav en udtalelse til Rigspolitiet med titlen »Etablering af radiokommunikationssystem til brug for beredskabsmyndighederne«.

De sagsøgte myndigheder *erklærer* endvidere, at udtalelsen af 2. november 2005 indeholder følgende

901

konklusion på spørgsmål om, hvorvidt staten i lyset af det i 2000/2001 gennemførte frekvensudbud havde retlig mulighed for etablering af et statsligt net:

»Jeg mener således, at *TetraNet* på baggrund af såvel lovforslagene som udbudsmaterialet og tilladelsens ordlyd, må være bibragt en klar forventning om, at der ikke vil blive etableret et konkurrerende landsdækkende statsligt net, idet et sådant net vil fjerne forretningsgrundlaget for *TetraNet*. Jeg lægger herved også vægt på, at der på forhånd var en vis skepsis om, hvorvidt der var plads til 2 net. Den efterfølgende udvikling og *TetraNets* vanskelighed ved at tiltrække andre kunder end beredskabskunder illustrerer for mig at se, at et statsligt finansieret kommunikationsnet vil give *TetraNet* en konkurrence, der gør det urealistisk for *TetraNet* at fortsætte en udbygning af dækningsgraden.«

I proceserklæring B vedrørende Kammeradvokatens udtalelse af 3. april 2006 hedder det bl.a.:

»Under sagens forberedelse og senest under hovedforhandlingen har sagsøgeren udtrykt ønske om at få belyst indholdet af et responsum (udtalelse) af 3. april 2006 afgivet af kammeradvokat Karsten Hagel-Sørensen til Økonomistyrelsen.

[. . .]

De sagsøgte myndigheder *erklærer*, at kammeradvokaten den 3. april 2006 afgav en 39 sider lang udtalelse til Økonomistyrelsen med titlen »Nød- og beredskabsnettet - udtalelse vedrørende forskellige handlemuligheder«.

De sagsøgte myndigheder *erklærer* endvidere, at udtalelsen af 3. april 2006 blandt andet indeholder følgende konklusioner for så vidt angår spørgsmålene om, hvorvidt frekvenstilladelsen til *TetraNet* forhindre inddragelsen af *TetraStar* i konkurrence med *TetraNet* og om konkurrenceudsættelse kunne ske ved et udbud efter det gældende udbudsdirektiv:

1) »Efter at have gennemgået række af internationale dokumenter, EU-akter og den nationale lovgivning på området samt *Telestyrelsens* materiale, korrespondancen med *TetraNet* og *TetraStar* samt de udstedte tilladelser og tillæg hertil er det på ovenanførte grundlag min vurdering, at *Økonomistyrelsen* ikke vil være retligt afskåret fra at inddrage *TetraStar* i et forløb, der tager sigte på samordning af nød- og beredskabskommunikationen ved etablering af en fælles tilslutningsordning for beredskabsbrugere i landet.«

2) »I kraft af det ovenfor anførte om overlappet mellem de to tilladelser og udbudsdirektivets afgrænsning af udbudspflichtige ydelser er det min opfattelse, at teleydelserne, som *Økonomistyrelsen* påtænker at efterspørge, ikke i sin helhed kan antages at være undtaget fra udbudspflichten i henhold til det gældende udbudsdirektiv.

Det vil derfor være betænkeligt at indlede forhandlinger alene med *TetraNet*. Disse betænkeligheder bliver desto større, hvis forhandlingsstrategien lægges an på, at *Økonomistyrelsen* i forhold til *TetraNet* udtrykkeligt forbeholder sig adgangen til at afslutte forhandlingerne og i forlængelse heraf indlede nye forhandlinger også med *TetraStar*.«

3) »En typisk og udfra en udbudsretlig synsvinkel betryggende model til konkurrenceudsætte de omhandlede teleydelser, vil på den anden side være at indlede en udbudsforretning i henhold til

det gældende udbudsdirektiv, herunder med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.«

Anbringender

Hans Damm Research A/S har til støtte for editionsbegæringen anført bl.a., at de kendsgerninger, som selskabet søger bevist ved fremlæggelse af de tre responsa, er, at statens præference for Motorola fortsat bestod under forberedelsen af og gennemførelsen af SINE-udbuddet. Udbuddet var ikke reelt og kunne heller ikke juridisk set blive det. Statens ageren i udbudsprocessen er i meget vidt omfang baseret på anbefalingerne i de tre responsa. Det har ikke på anden måde, herunder ved de afgivne vidneforklaringer for landsretten, været muligt at dokumentere de faktuelle omstændigheder, der lå til grund for statens beslutningsproces. Fremlæggelse af de tre responsa har derfor afgørende betydning for sagens svarlige afgørelse. De indgik som en del af et kompliceret samspil mellem jura og teknik i relation til spørgsmålet om, hvorvidt beredskabsnettet skulle i udbud, og har været af afgørende betydning for, at staten pludselig besluttede at gå i udbud i stedet for at forfølge en direkte aftale med Motorola. Det er ikke givet, at indholdet ikke kan udgøre bevis for myndighedernes hensigt og adfærd.

Proceserklæring A og B, som blev fremlagt for landsretten, indeholder selektivt udvalgte uddrag af Kammeradvokatens responsa. Der mangler redegørelse for det faktiske grundlag for de pågældende responsa. Fremlæggelse af ekstraherede responsa, hvor man ikke kan se sammenhængen mellem konklusionerne og det faktum, som konklusionerne bygger på, kan således ikke erstatte fremlæggelse af de pågældende responsa.

De afgivne forklaringer for landsretten viser, at *Hans Damm Research* har fået forringet muligheden for via forklaringer fra de involverede embedsmænd at løfte bevisbyrden for, at SINE-udbuddet ikke var reelt eller kunne blive det.

I Klagenævnet for Udbud blev de tre responsa fremlagt under den mundtlige forhandling, idet formanden mente, at det ikke på forhånd kunne afvises, at disse responsa havde betydning for sagens afgørelse.

Det forhold, at Kammeradvokaten tilsyneladende inden for en ganske kort periode - og uden at der ses at være mellemkommende, faktiske omstændigheder, der måtte betinge dette - må antages at have ændret

902

retsoptattelsen eller vurdering af sagen, repræsenterer et så usædvanligt forløb, at der foreligger sådanne særlige omstændigheder, at editionsbegæringen bør tages til følge.

Da det offentliges mulighed for at føre retssag ikke kompromitteres ved offentliggørelse af de pågældende responsa, der alene har til formål at belyse hændelsesforløbet i sagen, falder denne editionsbegæring uden for den undtagelsessituation, som offentlighedslovens § 10, nr. 4, tilsigter at ramme. De er heller ikke udarbejdet med henblik på eller til brug i en retssag.

Manglende fremlæggelse af Kammeradvokatens responsa vil stride mod princippet i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) art. 6 om bl.a. equality of arms. Staten har under visse omstændigheder pligt til at stille oplysninger til rådighed for personer, som sagsøger en stat for erstatningspådragende adfærd. Nægtes adgang i en situation, hvor fremlæggelse af dokumentet er nødvendigt for, at borgeren kan løfte bevisbyrden, kan det udgøre en krænkelse af EMRK artikel 6.

Erhvervsstyrelsen og *Moderniseringsstyrelsen* har anført, at *Hans Damm Research* ikke har oplyst, hvilke konkrete faktiske omstændigheder fremlæggelsen af de omhandlede responsa skal dokumentere eller sandsynliggøre. Der er heller ikke redegjort for, hvilken afgørende betydning de pågældende dokumenter måtte have for sagen, således som den er skåret til for Højesteret. Editionsbe-

ringen ses alene at være baseret på Hans Damm Researchs uklare og uunderbyggede formodninger og forhåbninger om indholdet af de pågældende responsa og betydningen heraf. Statens handlinger og beslutninger samt konklusionerne i de pågældende responsa er til fulde afdækket i den indkandede dom. Hans Damm Researchs ønske om at gennemlæse den juridiske rådgivning, som myndighederne modtog forud for udbuddets gennemførelse kan ikke veje tungere end det anerkendte hensyn til, at staten på lige fod med andre i fortrolighed kan indhente juridisk rådgivning om de retlige handlemuligheder forud for gennemførelsen af et udbud i en størrelsesorden som SINE-udbuddet. En imødekommelse af Hans Damm Researchs editionsbegæring vil have betydelige skadevirkninger for regeringens mulighed for at modtage skriftlig juridisk rådgivning og træffe politiske beslutninger på regeringsniveau. Det er endvidere ikke korrekt, at Kammeradvokaten skulle have ændret retsopfattelse i relation til SINE-udbuddet, og at dette skulle være en del af et »usædvanligt sagsforløb«. Editionsbegæringen er i realiteten udtryk for en »fiskeekspedition«, der efter fast praksis ikke imødekommes.

De konklusioner, som fremgår af proceserklæringerne A og B, er loyalt ekstraherede og var kendte i forvejen. Der kan ikke ekstraheres yderligere uden at kompromittere de beskyttelseshensyn, der begrundes, at der ikke skal ske edition.

Med editionsbegæringerne anmodes der om adgang til dokumenter, der grundet meget tungtvejende offentligtretlige hensyn er undtaget fra aktindsigt og underlagt fortrolighed. Der henvises herved til offentlighedslovens § 10, nr. 4. Selv om der på tidspunktet for afgivelsen ikke var et aktuelt eller eventuelt sagsanlæg, var der en nærliggende mulighed herfor. Dette understøttes af, at der for tiden verserer to andre sager om samme udbud ved henholdsvis Østre Landsret og Københavns Byret.

Moderniseringsstyrelsen oplyste over for Klagenævnet for Udbud, at der var indhentet responsa fra Kammeradvokaten om en række retlige spørgsmål, men de pågældende responsa blev ikke udleveret til klagenævnet.

Det bestrides, at den manglende imødekommelse af editionsbegæringen skulle udgøre en selvstændig krænkelse af EMRK artikel 6. Responsaene indeholder rådgivning, som af principielle grunde må være fortrolig i forholdet mellem en advokat og en klient. Undladelsen af at udlevere de omhandlede responsa fratager heller ikke Hans Damm Researchs mulighed for at få pådømt sine indsigelser mod SINE-udbuddet. Alt materiale vedrørende udbuddet, herunder det vindende tilbud og evalueringsnotater, er fremlagt i retssagen, og Hans Damm Research har haft mulighed for at foretage afhøring af de involverede embedsmænd. Endelig har Hans Damm Research under landsretssagen indhentet to sagkyndige erklæringer i relation til henholdsvis beregning af radiodækning i henhold til udbuddets kravspecifikation og den økonomiske fordel forbundet med SINE-kontrakten. Alle faktiske omstændigheder af betydning for Hans Damm Researchs indsigelser indgår således i sagen.

Højesterets begrundelse og resultat

Det foreliggende spørgsmål angår, om en part, der forud for en retssag har indhentet responsa vedrørende dansk ret, kan pålægges at fremlægge disse i medfør af retsplejelovens § 298 om edition.

Det følger af Højesterets kendelse af 11. oktober 2013 i sag 159/2013 (U 2014.138 H), at et juridisk responsum om dansk ret ikke angår bevisførelsen, og at et sådant responsum ikke kan fremlægges som bevis i sagen.

En part eller en tredjemand kan derfor som udgangspunkt ikke pålægges at fremlægge et juridisk responsum, jf. retsplejelovens § 298 og § 299. Kun i det omfang et juridisk responsum må antages

at indeholde sådanne faktiske oplysninger af betydning for en retssags udfald, at hensynet til hemmeligholdelse af responsummet må vige for hensynet til sagens oplysning, kan det komme på tale at pålægge parten eller tredjemand at

903

fremlægge de dele af responsummet, der vedrører disse oplysninger.

Hans Damm Research A/S gør under sagen gældende bl.a., at statens præference for en bestemt aktør bestod under forberedelsen og gennemførelsen af SINE-udbuddet, hvorfor der ikke var tale om et reelt udbud, og at inddragelse i sagen af de indhentede responsa understøtter dette synspunkt.

De indhentede responsa vedrører ifølge det oplyste Kammeradvokatens vurdering af, om et tidligere gennemført udbud af frekvenser til TETRA nød- og beredskabsnettet kunne antages at afskære staten fra at etablere et offentligt ejet beredskabsnet, og af statens handlemuligheder i forbindelse med etablering af det omhandlede net.

Højesteret finder ikke grundlag for at antage, at de indhentede responsa indeholder sådanne oplysninger om faktiske forhold, at hensynet til hemmeligholdelse af dem må vige for hensynet til sagens oplysning.

Det bemærkes endvidere, at de indhentede responsa må anses for at være undtaget fra aktindsigt i medfør af offentlighedslovens § 10, nr. 4, der vedrører en myndigheds brevveksling med sagkyndige til brug i retssager eller ved overvejelse af, om retssag bør føres, ligesom der ikke er grundlag for at antage, at de indhentede responsa indeholder ekstraheringspligtige oplysninger af væsentlig betydning for sagsforholdet, som ikke fremgår af sagens øvrige materiale, jf. offentlighedslovens § 11, stk. 1.

På den anførte baggrund finder Højesteret ikke grundlag for at imødekomme Hans Damm Researchs editionsbegæring, jf. retsplejelovens § 298, stk. 1, eller for at pålægge Moderniseringsstyrelsen at fremlægge ekstraherede udgaver af de pågældende responsa. Det bemærkes herved, at det, som appellanten har anført om EMRK artikel 6, ikke kan føre til et andet resultat.

Thi bestemmes

Hans Damm Research A/S' principale anmodning om, at Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) pålægges at fremlægge Kammeradvokatens responsa af 2. november 2005, 22. februar og 3. april 2006 tages ikke til følge.

Hans Damm Research A/S' subsidiære anmodning om, at Moderniseringsstyrelsen (tidl. Økonomistyrelsen) skal pålægges at fremlægge de nævnte responsa i loyalt ekstraheret form, tages heller ikke til følge.

U 1997.837 H, U 1998.16 H, U 2011.431 H, U 2014.138 H, Lars Lindencrone og Håkon Djurhuus i proceduren, 3. udg. (2009), s. 264, Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen og Lasse Højlund Christensen: Den civile retspleje, 2. udg. (2010), s. 487-90, Lars Lindencrone og Erik Werlauff: Dansk retspleje, 5. udg. (2011), s. 283-86, Jørgen Jochimsen: Bevisførelse i retssager (2012), s. 122-27, Bernhard Gomard m.fl.: Kommenteret retsplejelov, 9. udg. (2013), s. 681-86 og 689-91, Bernhard Gomard og Michael Kistrup: Civilprocessen, 7. udg. (2013), s. 709-14, Henrik Zahle i Juristen 1979, s. 313 ff., Peter Bang i U 1997B.268, Jonas Christoffersen i U 2000B.202, og Eigil Lego Andersen i U 2001B.442.