

Reply of the European Commission to the recommendation from the European Ombudsman regarding the Commission's refusal to grant public access to communications with Denmark in closed State aid file COMP/N 172/033 Complaint by [REDACTED], ref. 358/2020/PB

I. BACKGROUND/SUMMARY OF THE FACTS/HISTORY

On 22 November 2019, the complainant, [REDACTED] a journalist acting on behalf of HK Hovedstaden union, submitted an initial application for access to documents under Regulation (EC) No 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents (hereafter 'Regulation (EC) No 1049/2001')¹.

In his application, addressed to the Directorate-General for Competition, the complainant requested access to communications between the European Commission and Danish authorities that were part of the closed State aid file COMP/N 172/03².

In its initial reply of 12 December 2019, the Directorate-General for Competition concluded that the documents requested in the State aid file COMP/N 172/03 were covered by a general presumption of non-disclosure, based on the exception of the third indent of Article 4(2) of Regulation (EC) No 1049/2001 (protection of the purpose of inspections, investigations and audits). The Directorate-General for Competition further underlined that disclosure of the documents exchanged between the European Commission and the Member State would undermine the protection of the objectives of investigation activities.

On 18 December 2019, the complainant submitted a confirmatory application against the reply of the Directorate-General for Competition, alleging the existence of an overriding public interest in disclosure and arguing that the documents should be disclosed as they were more than 15 years old.

On 14 February 2020, the European Commission confirmed the initial decision taken by the Directorate-General for Competition to refuse access to the requested documents based on the exception to disclosure in the third indent of Article 4(2) of Regulation (EC) No 1049/2001.³

The Commission considered that the general presumption of confidentiality established by the Court in relation to State aid files still applied. According to Article 4(7) of Regulation (EC) No 1049/2001, the exceptions laid down in paragraphs (1) to (3) of that Article can apply for a period of 30 years. Furthermore, the Commission noted that the interests of the applicant were of a private nature, rather than public, considering that he represented the HK Hovedstaden union, and thus they could not be taken into account for the purpose of assessing the possible existence of an overriding public interest.

¹ OJ L 145 of 31.5.2001, p. 43.

² OJ C 95 of 20.4.2005, p. 8.

³ C(2020) 981 final.

II. THE COMPLAINT TO THE EUROPEAN OMBUDSMAN

On 21 February 2020, the complainant turned to the European Ombudsman complaining that the European Commission wrongly refused to acknowledge the overriding public interest in this case and to disclose the requested documents.

III. THE EUROPEAN OMBUDSMAN'S INQUIRY, THE FIRST PROPOSAL FOR A SOLUTION AND THE EUROPEAN COMMISSION'S REPLY

In the course of the European Ombudsman's inquiry, the European Commission provided a copy of the documents concerned to the latter.

On 28 July 2020, the European Ombudsman issued a proposal for a solution considering that the Commission should waive the application of the general presumption in this specific case and grant partial access to the requested documents.

Firstly, the European Ombudsman considered that the Commission's decision was based on an automatic application of the presumption of non-disclosure in State aid files. In this respect, the European Ombudsman noted that the application of the presumption is an option, not an obligation.

Secondly, the European Ombudsman considered that i) the fact that the documents are more than fifteen years old, ii) their relatively reduced number and iii) the fact that a large majority of documents do not contain commercial information, but rather exchanges that are factual in nature, are grounds for performing an individual assessment of the documents and granting partial access.

In its reply to 20 October 2020, the European Commission explained that it chose to apply the general presumption of confidentiality to the documents in this case, a legal option that remains within the remit of the institution. The Commission explained why it believed that the general presumption still applied in this case, relying on the preservation of the mutual trust between the Commission and Member States, as recognised by case-law, coupled with the confidentiality requirements for State aid procedures set in Regulation (EU) 2015/1589⁴.

⁴ OJ L 248 of 24.9.2015, p. 9.

IV. THE EUROPEAN OMBUDSMAN'S INSPECTION, THE SECOND PROPOSAL FOR A SOLUTION AND THE EUROPEAN COMMISSION'S REPLY

Following the Commission's reply, the European Ombudsman called for a meeting on 17 December 2020 to discuss the case in light of new information received from the complainant. The European Ombudsman noted that, following a request for access to documents addressed by the complainant to the Danish national authorities, the latter granted access to the complainant to part of the documents present in the contested file.

During the meeting, the European Ombudsman reasoned that the Commission should envisage partial access to the documents, considering that the Danish authorities had already disclosed part of the documents, that the file was old and it did not contain commercially sensitive information. Moreover, the European Ombudsman questioned the application of the general presumption of confidentiality to closed State aid cases where the documents did not contain commercially sensitive information.

On 23 February 2021, the European Ombudsman issued a second proposal for a solution recommending that the Commission waived the application of the general presumption in this specific case and examined the documents, totalling 177 pages, in view of granting the widest possible public access through partial disclosure, after consulting the Danish authorities.

The fact that the Danish authorities released to the applicant part of the documents contained in the file suggest, to the European Ombudsman, that they do not oppose public disclosure of the documents. Moreover, the European Ombudsman encouraged the Commission to consult the Danish authorities as regards a possible disclosure of the documents in this case.

In its reply of 16 July 2021, the Commission noted the arguments of the European Ombudsman and, after careful assessment of all the elements in the case, considered that the confirmatory decision it took was in line with the Regulation (EC) No 2001/1049 and the relevant case-law on access to documents at the point in time it was taken. It considered that a change of position with respect to that confirmatory decision would imply that the Commission's assessment was erroneous. The new elements brought forward by the complainant, while they may be relevant for a future request for access, should not impact the confirmatory decision retroactively.

The Commission considered that, taking into account the elements at its disposal at the time of the confirmatory decision, it was justified to apply the general presumption of confidentiality based on the protection of the mutual trust between the Commission and the Member States in the framework of the State aid investigations. Although its use is not compulsory, the use this legal option remains solely in the remit of the Institution. Similarly, the disclosure of a number of documents forming part of the state aid file by

the Danish authorities to the complainant does not render the confirmatory decision illegal nor prove an existence of maladministration.

Moreover, the Commission concluded that the complainant did not put forward specific arguments as to demonstrate, on one hand the existence of a public interest likely to prevail over the reasons justifying the refusal of the documents concerned and, on the other hand, demonstrate precisely in what way disclosure of the documents would contribute to assuring protection of that public interest to the extent that the principle of transparency takes precedence over the protection of the interests which motivated the refusal.⁵ The Commission considered that general media interest in an alleged misuse of the scheme in relation to some low-paid jobs was not sufficiently specific and pressing to overturn the confidentiality and provide access to the documents.

Nonetheless, the Commission reassured the European Ombudsman that, in case new and precise elements of public interest were brought to the Commission attention, it could reconsider the possibility to grant access to documents following a new request.

V. THE EUROPEAN COMMISSION'S REPLY TO THE RECOMMENDATION OF THE EUROPEAN OMBUDSMAN

The European Ombudsman restates that the reliance on the general presumption is an option of the institution, which should be applied strictly, and can be rebutted by the applicant, in accordance with the case-law. Consequently, the Ombudsman considers that the Commission cannot apply the presumption mechanically, without taking into consideration the specificities of the case, especially the passing of time.

The Commission would like to remind the Ombudsman that it did take into account the specificities of the case when it decided to apply the presumption to a closed State aid case, in accordance with the case-law⁶, but could not find any concrete elements at that time to prompt her to do an individual assessment of the documents, especially since access was requested to the entire file. As mentioned during the inspection meeting and in previous communications, the passage of time alone does not automatically remove the sensitivity from an investigation⁷. Moreover, the applicant had the opportunity to rebut the presumption at confirmatory level, but in the Commission's view, it did not bring forward at that time any concrete or pressing elements that would prompt the institution to waive the presumption.

⁵ Judgment of the General Court of 9 October 2018, *Anikó Pint v European Commission*, T-634/17, EU:T:2018:662, paragraph 48; Judgment of the General Court of 23 January 2017, *Association Justice & Environment, z.s v European Commission*, EU:T:2017:18, paragraph 53; Judgment of the General Court of 5 December 2018, *Falcon Technologies International LLC v European Commission*, T-875/16, EU:T:2018:877, paragraph 84.

⁶ Judgment of the Court of Justice of 28 June 2012, *European Commission v Agrofert*, C-477/10 P, EU:C:2012:394, paragraph 66 and judgment of the General Court of 7 September 2017, *AlzChem AG v European Commission*, T-451/15, EU:T:2017:588, paragraphs 53-57.

⁷ Judgment of the General Court of 11 December 2018, *Arca Capital Bohemia v Commission*, T-440/17, EU:T:2018:898, paragraph 56.

The European Ombudsman also notes that the State aid file in question concerns an aid scheme, and not aid granted to specific companies, thus noting the absence of information of a commercially sensitive nature. It considers that this information should have prompted the Commission to perform an individual assessment of the documents, especially after the definitive closure of the case. Furthermore, the Ombudsman makes a parallel between closed infringement proceedings, which are no longer covered by the general presumption, and closed State aid files.

The Commission would like to recall to the Ombudsman that the Court of Justice recognised a general presumption of confidentiality of files relating to State aid files, which do not contain commercially sensitive information⁸, such as State aid schemes, based on the need to preserve the mutual trust between the concerned Member State and the Commission. In these cases, the Court acknowledged that the presumption applies while the investigation is ongoing and even after the closure of the investigation where there are pending court proceedings.⁹ While the Ombudsman suggests that the general presumption might not apply after the definitive closure of a State aid investigation where commercially sensitive information is not present, the Commission would like to highlight that the Court of Justice never ruled that the presumption ceases to apply after the closure of such a State aid file, although it had the opportunity *e.g.* in *Arca Capital Bohemia*¹⁰ and *Port de Brest*¹¹. Consequently, the Commission considers it was justified to apply the general presumption.

The European Ombudsman reproaches the Commission for not having consulted the Danish authorities as regards a possible disclosure of the requested documents, as it later turned out that the Danish authorities disclosed certain documents that originated from them to the applicant.

The Commission would like to stress that Article 4(4) of Regulation (EC) No. 1049/2001 mandates a consultation of third party originators only if there are doubts as regards disclosure. Considering that the requested documents pertain to a State aid file, which is in general governed by the presumption of confidentiality, the Commission had no doubt that the documents must be refused. The fact that the Danish authorities granted access to certain documents from the file, without consulting the Commission beforehand, has been brought to the attention of the Commission only after the decision had already been taken.

⁸ Judgment of the General Court of 30 January 2020, *CBA Spielapparate-und Restaurantbetrieb GmbH v European Commission*, T-168/17, EU:T:2020:20, paragraphs 42-48.

⁹ *Idem*; Judgment of the General Court of 19 September 2018, *Port de Brest v Commission*, T-39/17, EU:T:2018:560, paragraphs 65-96.

¹⁰ Judgment of the General Court of 11 December 2018, *Arca Capital Bohemia v Commission*, T-440/17, EU:T:2018:898.

¹¹ *Idem*; Judgment of the General Court of 19 September 2018, *Port de Brest v Commission*, T-39/17, EU:T:2018:560.

The European Ombudsman also notes that the requested documents amount to less than 200 pages, and that the Commission did not invoke a disproportionate effort for their assessment as part of the statement of reasons for their refusal.

The Commission would like to reiterate that, when it applied the general presumption, it did not perform a check of the number of documents or pages in the file, as this would deprive the presumption of its usefulness. Consequently, it only became aware of the number of documents and pages during the investigation, when the Ombudsman requested to see the file.

Last, the European Ombudsman argues that the Commission did not adequately take into consideration the overriding public interest invoked by the applicant, among others qualifying it as a private interest alone.

The Commission acknowledges that the interest of a trade union (*i.e.* HK) to gain access to documents related to a national employment reinsertion scheme that allegedly misused cheap state-subsidised labour, although of a private interest (to protect the interest of their members) has also some public dimension. Nonetheless, in administrative procedures, and especially when related to State aid files, the Court acknowledged that the applicant must demonstrate the presence of an overriding public interest through specific and pressing, rather than general, arguments.¹² In this case, the Commission considered that the applicant did not bring sufficient concrete arguments; the reference to one newspaper article, which alleges irregularities in the State aid scheme without any concrete proof and which is partly based on HK's comments, cannot be counted sufficient or pressing as to override the general presumption.

For the reasons above, the European Commission considers that its confirmatory decision was legally and factually correct at the point in time it was taken.

Nonetheless, as mentioned in the Commission's reply to the proposal for a solution, the Commission is committed to fostering transparency, within the boundaries of case-law. The Commission takes note of all the new elements brought forward by the European Ombudsman and the applicant himself. For that reason, the European Commission contacted the applicant on 8 February 2022 to enquire if he still retained an interest in accessing the documents requested in 2019. The applicant replied on the same day confirming his interest in receiving the documents. In light of the above mentioned elements, the Commission opened a new initial request. The Commission believes that this course of action is in the interest of the applicant and in line with case-law¹³, as it

¹² Judgment of the General Court of 15 September 2016, *Herbert Smith Freehills v Commission*, T-755/14, EU:T:2016:482, paragraph 74.

¹³ According to the judgment of the Court of Justice of 26 January 2010, *Internationaler Hilfsfonds v Commission*, C-362/08, EU:C:2010:40, paragraph 57.

safeguards the applicant's right to request a review of the initial reply at confirmatory level, if needed.

VI. CONCLUSIONS

For the reasons set out above, the European Commission considers that its confirmatory decision, which has become definitive in the absence of any legal challenge before the Union courts, was legally and factually correct in light of the circumstances and the relevant case-law on access to documents existing at the point in time it was taken.

Nonetheless, considering that the applicant maintains an interest in receiving the documents and taking into consideration the elements of the case appearing after the adoption of that confirmatory decision, the Commission opened a new assessment of initial application.

For the Commission
Maroš ŠEFČOVIČ
Vice-President

I. BAGGRUND/ SAMMENDRAG AF SAGENS FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

Den 22. november 2019 indgav klageren, [REDACTED] der er journalist, og som optræder på vegne af fagforeningen HK Hovedstaden, en første begæring om aktindsigt i henhold til forordning (EF) nr. 1049/2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (herefter "forordning (EF) nr. 1049/2001")¹.

Klageren anmodede Generaldirektoratet for Konkurrence om aktindsigt i den skriftveksling, der fandt sted mellem Europa-Kommissionen og de danske myndigheder inden for rammerne af den afsluttede statsstøttesag COMP/N 172/03².

I sit oprindelige svar af 12. december 2019 konkluderede Generaldirektoratet for Konkurrence, at de dokumenter, der var genstand for begæringen om aktindsigt i statsstøttesag COMP/N 172/03, var omfattet af den almindelige formodning om fortrolighed under henvisning til undtagelsen i artikel 4, stk. 2, tredje led, i forordning (EF) nr. 1049/2001 (beskyttelse af formålet med inspektioner, undersøgelser og revision). Generaldirektoratet for Konkurrence fremhævede endvidere, at udbredelsen af de dokumenter, der blev udvekslet mellem Europa-Kommissionen og medlemsstaten, ville være til skade for beskyttelsen af formålene med undersøgelsesaktiviteterne.

Den 18. december 2019 fastholdt klageren sin begæring, idet han hævdede, at der foreligger en mere tungtvejende offentlig interesse i udbredelsen, og at dokumenterne burde udleveres, da de er mere end 15 år gamle.

Den 14. februar 2020 bekræftede Europa-Kommissionen den oprindelige afgørelse, som Generaldirektoratet for Konkurrence havde truffet om at give afslag på aktindsigt i de pågældende dokumenter med støtte i undtagelsen fra aktindsigt i artikel 4, stk. 2, tredje led, i forordning (EF) nr. 1049/2001³.

Kommissionen fandt, at den almindelige formodning om fortrolighed, som Domstolen har opstillet i forbindelse med statsstøttesager, stadig finder anvendelse. I henhold til artikel 4, stk. 7, i forordning (EF) nr. 1049/2001 kan undtagelserne i nævnte artikels stk. 1-3, finde anvendelse i en periode på 30 år. Kommissionen bemærkede endvidere, at klagerens interesser snarere var af privat end offentlig karakter, idet den fandt, at klageren repræsenterede fagforeningen HK Hovedstaden, og at disse interesser derfor

¹ EFT L 145 af 31.5.2001, s. 43.

² EUT C 95 af 20.4.2005, s. 8.

³ C(2020) 981 final.

ikke kunne tages i betragtning ved vurderingen af, om der eventuelt forelå en mere tungtvejende offentlig interesse.

II. KLAGEN TIL DEN EUROPÆISKE OMBUDSMAND

Den 21. februar 2020 henvendte klageren sig til Den Europæiske Ombudsmand og klagede over, at Europa-Kommissionen med urette havde afvist at anerkende den mere tungtvejende offentlige interesse i denne sag og at udlevere de ønskede dokumenter.

III. DEN EUROPÆISKE OMBUDSMANDS UNDERSØGELSE, DET FØRSTE FORSLAG TIL EN LØSNING OG EUROPA-KOMMISSIONENS SVAR

Som led i Den Europæiske Ombudsmands undersøgelse fremsendte Europa-Kommissionen en kopi af de pågældende dokumenter til Ombudsmanden.

Den 28. juli 2020 foreslog Den Europæiske Ombudsmand, at sagen løses ved, at Kommissionen giver afkald på anvendelsen af den almindelige formodning i dette specifikke tilfælde og giver delvis aktindsigt i de relevante dokumenter.

Den Europæiske Ombudsmand fandt for det første, at Kommissionens afgørelse var baseret på en automatisk anvendelse af formodningen om fortrolighed i statsstøttesager. I den forbindelse bemærkede Den Europæiske Ombudsmand, at anvendelsen af formodningen er en mulighed og ikke en forpligtelse.

For det andet fandt Den Europæiske Ombudsmand, at i) det forhold, at dokumenterne er mere end femten år gamle, ii) deres relativt begrænsede antal og iii) det forhold, at et stort flertal af dokumenterne ikke indeholder kommercielle oplysninger, men snarere udvekslinger af faktisk karakter, begrundet, at der foretages en individuel vurdering af dokumenterne og gives delvis aktindsigt.

I sit svar af 20. oktober 2020 forklarede Europa-Kommissionen, at den valgte at anvende den almindelige formodning for fortrolighed på dokumenterne i denne sag, idet der er tale om en retlig mulighed, som institutionen frit kan gøre brug af. Kommissionen forklarede, hvorfor den mente, at den almindelige formodning stadig finder anvendelse i denne sag, idet den henviste til den gensidige tillid mellem Kommissionen og medlemsstaterne, hvilket hensyn er anerkendt i retspraksis, sammenholdt med fortrolighedskravene i forbindelse med statsstøttesager i forordning (EU) 2015/1589⁴.

⁴ EUT L 248 af 24.9.2015, s. 9.

IV. DEN EUROPÆISKE OMBUDSMANDS UNDERSØGELSE, DET ANDET FORSLAG TIL EN LØSNING OG EUROPA-KOMMISSIONENS SVAR

Efter Kommissionens svar opfordrede Den Europæiske Ombudsmand til, at der blev afholdt et møde den 17. december 2020 for at drøfte sagen set i lyset af nye oplysninger fra klageren. Den Europæiske Ombudsmand bemærkede, at de danske myndigheder efter en anmodning om aktindsigt, som klageren havde sendt til de danske nationale myndigheder, gav klageren aktindsigt i en del af dokumenterne i den omtvistede sag.

Under mødet anførte Den Europæiske Ombudsmand, at Kommissionen burde give delvis aktindsigt i dokumenterne, da de danske myndigheder allerede havde udleveret en del af dokumenterne, da sagen var gammel og ikke indeholdt kommercielt følsomme oplysninger. Den Europæiske Ombudsmand satte desuden spørgsmålstegn ved anvendelsen af den almindelige formodning om fortrolighed på afsluttede statsstøttesager, hvor dokumenterne ikke indeholdt kommercielt følsomme oplysninger.

Den 23. februar 2021 fremsatte Den Europæiske Ombudsmand endnu et forslag til løsning, hvori den anbefalede, at Kommissionen gav afkald på anvendelsen af den almindelige formodning i dette specifikke tilfælde og gennemgik dokumenterne på i alt 177 sider med henblik på at give den bredest mulige aktindsigt ved at indrømme delvis aktindsigt efter høring af de danske myndigheder.

Den omstændighed, at de danske myndigheder har udleveret en del af de dokumenter, der er indeholdt i sagsakterne, til klageren, gav Den Europæiske Ombudsmand anledning til at antage, at de danske myndigheder ikke modsætter sig offentliggørelse af dokumenterne. Den Europæiske Ombudsmand opfordrede desuden Kommissionen til at rådføre sig med de danske myndigheder om en eventuel offentliggørelse af dokumenterne i denne sag.

I sit svar af 16. juli 2021 noterede Kommissionen sig Den Europæiske Ombudsmands argumenter og fandt efter en omhyggelig vurdering af alle sagens elementer, at den bekræftende afgørelse, den traf, var i overensstemmelse med forordning (EF) nr. 2001/1049 og den relevante retspraksis om aktindsigt på det tidspunkt, hvor den blev truffet. Den fandt, at et ændret standpunkt i relation til den bekræftende afgørelse ville indebære, at Kommissionens vurdering var fejlagtig. De nye elementer, som klageren har fremført, bør, selv om de kan være relevante for en fremtidig begæring om aktindsigt, ikke påvirke den bekræftende afgørelse med tilbagevirkende kraft.

Kommissionen fandt, at det under hensyn til de elementer, den rådede over på tidspunktet for den bekræftende afgørelse, var berettiget til at anvende den almindelige formodning om fortrolighed, der er støttet på hensynet til beskyttelse af den gensidige tillid mellem Kommissionen og medlemsstaterne i forbindelse med statsstøtteundersøgelser. Selv om det ikke er obligatorisk at anvende den, er det ene og alene institutionen, der tager stilling til, om der skal gøres brug af denne mulighed. De danske myndigheders videregivelse af en række dokumenter, der indgår i

statsstøttesagen, til klageren gør heller ikke den bekræftende afgørelse retsstridig eller godtgør, at der foreligger en forvaltningsfejl.

Kommissionen konkluderede endvidere, at klageren ikke har fremført konkrete argumenter for dels at godtgøre, at der foreligger en offentlig interesse, der kunne have forrang for begrundelserne for afslaget på aktindsigt i de pågældende dokumenter, dels præcist at påvise, på hvilken måde udbredelsen af dokumenterne ville bidrage til at sikre beskyttelsen af den offentlige interesse, i et sådant omfang at gennemsigtighedsprincippet bør tillægges forrang for beskyttelsen af de interesser, der ligger til grund for afslaget⁵. Kommissionen fandt, at mediernes almindelige interesse i et angiveligt misbrug af ordningen i forbindelse med visse lavtlønnede job ikke var tilstrækkelig specifik og presserende til, at man kan se bort fra fortrolighedsprincippet og give offentligheden adgang til dokumenterne.

Ikke desto mindre forsikrede Kommissionen Den Europæiske Ombudsmand om, at hvis Kommissionen fik kendskab til nye og præcise oplysninger af offentlig interesse, ville den genoverveje muligheden for at give aktindsigt efter en ny begæring.

V. EUROPA-KOMMISSIONENS SVAR PÅ DEN EUROPÆISKE OMBUDSMANDS HENSTILLING

Den Europæiske Ombudsmand har gentaget, at Kommissionens mulighed for at ty til den almindelige formodning bør anvendes strengt, og at klageren i overensstemmelse med retspraksis kan afkræfte denne formodning. Ombudsmanden er derfor af den opfattelse, at Kommissionen ikke kan anvende formodningen mekanisk uden at tage hensyn til sagens specifikke omstændigheder, navnlig tidsforløbet.

Kommissionen skal henlede Ombudsmandens opmærksomhed på, at den rent faktisk tog hensyn til de særlige omstændigheder i sagen, da den i overensstemmelse med retspraksis⁶, besluttede at anvende den omhandlede formodning på en afsluttet statsstøttesag, men den fandt ikke, at der var nogen anledning til at foretage en individuel vurdering af dokumenterne, navnlig ikke fordi der var anmodet om aktindsigt i hele sagen. Som nævnt på mødet og i tidligere meddelelser medfører den omstændighed, at tiden går, ikke, at en undersøgelse berøves sin følsomme karakter⁷. Klageren havde desuden mulighed for at afkræfte formodningen på det tidspunkt, hvor Kommissionen bekræftede sin afgørelse, men klageren fremlagde på daværende tidspunkt ikke konkrete

⁵ Rettens dom af 9. oktober 2018, sag T-634/17, Anikó Pint mod Europa-Kommissionen, EU:T:2018:662, præmis 48, Rettens dom af 23. januar 2017, Association Justice & Environment, z.s mod Europa-Kommissionen, EU:T:2017:18, præmis 53, Rettens dom af 5. december 2018, sag T-875/16, Falcon Technologies International LLC mod Europa-Kommissionen, EU:T:2018:877, præmis 84.

⁶ Domstolens dom af 28. juni 2012, sag C-477/10 P, Europa-Kommissionen mod Agrofert, EU:C:2012:394, præmis 66, og Rettens dom af 7. september 2017, sag T-451/15, AlzChem AG mod Europa-Kommissionen, EU:T:2017:588, præmis 53-57.

⁷ Rettens dom af 11. december 2018, sag T-440/17, Arca Capital Bohemia mod Kommissionen, EU:T:2018:898, præmis 56.

eller presserende elementer, der kunne give institutionen anledning til at give afkald på formodningen.

Den Europæiske Ombudsmand har ligeledes anført, at den pågældende sag vedrører en støtteordning og ikke støtte, der er ydet til bestemte virksomheder, og at der derfor ikke er tale om oplysninger af kommercielt følsom karakter. Ombudsmanden er af den opfattelse, at dette burde have foranlediget Kommissionen til at foretage en individuel vurdering af dokumenterne, navnlig efter sagen var blevet endeligt afsluttet. Ombudsmanden drager desuden en parallel mellem afsluttede traktatbrudssager, som ikke længere er omfattet af den almindelige formodning, og afsluttede statsstøttesager.

Kommissionen skal henlede Ombudsmandens opmærksomhed på, at Domstolen har anerkendt, at der gælder en almindelig formodning om fortrolighed i statsstøttesager, som ikke indeholder kommercielt følsomme oplysninger⁸, såsom statsstøtteordninger, og denne formodningen støttes på behovet for at bevare den gensidige tillid mellem den berørte medlemsstat og Kommissionen. I disse sager har Domstolen anerkendt, at formodningen finder anvendelse, mens undersøgelsen pågår, og selv efter afslutningen af undersøgelsen, når der verserer en retssag⁹. Mens Ombudsmanden antager, at den almindelige formodning ikke finder anvendelse efter en undersøgelse af, om der foreligger statsstøtte i en sag, der ikke indeholder kommercielt følsomme oplysninger, definitivt er blevet afsluttet, skal Kommissionen bemærke, at Domstolen aldrig har udtalt, at formodningen ophører med at finde anvendelse efter en sådan statsstøttesag er blevet afsluttet, selv om den havde lejlighed hertil f.eks. i Arca Capital Bohemia-sagen¹⁰ og i Port de Brest-sagen¹¹. Kommissionen finder derfor, at det var berettiget at anvende den almindelige formodning.

Den Europæiske Ombudsmand har bebrejdet Kommissionen for ikke at have hørt de danske myndigheder om en eventuel offentliggørelse af de ønskede dokumenter, da det senere viste sig, at de danske myndigheder havde udleveret visse dokumenter, der hidrørte fra sagen, til klageren.

Kommissionen skal fremhæve, at der efter artikel 4, stk. 4, i forordning (EF) nr. 1049/2001 kun er pligt til at rådføre sig med tredjemand i forbindelse med dokumenter, der hidrører fra denne, hvis der er tvivl med hensyn til offentliggørelsen. Da de omhandlede dokumenter vedrørte en statsstøttesag, som i almindelighed er underlagt formodningen om fortrolighed, var der for Kommissionen ingen tvivl om, at begæringen

⁸ Rettens dom af 30. januar 2020, sag T-168/17, CBA Spielapparate-und Restaurantbetrieb GmbH mod Europa-Kommissionen, EU:T:2020:20, præmis 42-48.

⁹ Idem, Rettens dom af 19. september 2018, sag T-39/17, Port de Brest mod Kommissionen, EU:T:2018:560, præmis 65-96.

¹⁰ Rettens dom af 11. december 2018, sag T-440/17, Arca Capital Bohemia mod Kommissionen, EU:T:2018:898.

¹¹ Idem, Rettens dom af 19. september 2018, sag T-39/17, Port de Brest mod Kommissionen, EU:T:2018:560.

om aktindsigt skulle afslås. Det forhold, at de danske myndigheder har givet aktindsigt i visse dokumenter i sagsakterne uden forudgående høring af Kommissionen, er først blevet bragt til Kommissionens kendskab, efter at afgørelsen var blevet truffet.

Den Europæiske Ombudsmand har ligeledes anført, at de ønskede dokumenter højst udgør 200 sider, og at Kommissionen ikke som en del af begrundelsen for at give afslag har hævdet, at det ville kræve en uforholdsmæssig indsats at gennemgå dem alle.

Kommissionen skal gentage, at den ved anvendelsen af den almindelige formodning ikke så på antallet af dokumenter eller sider i sagen, da dette ville fratage formodningen dens nytteværdi. Den fik derfor først kendskab til antallet af dokumenter og sider i forbindelse med undersøgelsen, da Ombudsmanden anmodede om at få sagsakterne til gennemsyn.

Den Europæiske Ombudsmand har endelig anført, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad tog hensyn til den mere tungtvejende offentlige interesse, som klageren har påberåbt sig, idet den bl.a. betegnede den som udelukkende værende en privat interesse.

Kommissionen anerkender, at en fagforenings (i dette tilfælde HK's) interesse i at få adgang til dokumenter vedrørende en national ordning for tilbagevenden til arbejdsmarkedet, hvor man inden for rammerne af en sådan ordning angiveligt misbruger billig statsstøttet arbejdskraft, selv om der er tale om en privat interesse (for at beskytte deres medlemmers interesser), også har en vis offentlig dimension. Ikke desto har Domstolen inden for rammerne af administrative procedurer og navnlig i forbindelse med statsstøttesager, fastslået, at klageren skal godtgøre, at der foreligger en mere tungtvejende offentlig interesse ved hjælp af specifikke og presserende argumenter og ikke generelle argumenter¹². I den foreliggende sag fandt Kommissionen, at klageren ikke havde fremført konkrete argumenter i tilstrækkeligt omfang, idet henvisningen til en avisartikel, hvoraf det fremgår, at der foreligger uregelmæssigheder i relation til statsstøtteordningen, uden at der fremlægges dokumentation herfor, og som til dels er baseret på HK's bemærkninger, ikke kan betragtes som værende tilstrækkeligt eller af presserende art med den virkning, at den almindelige formodning bør tilsidesættes.

Af ovennævnte grunde mener Europa-Kommissionen, at dens bekræftende afgørelse var retligt og faktisk korrekt på det tidspunkt, hvor den blev truffet.

Som nævnt i Kommissionens svar på forslaget til en løsning er Kommissionen ikke desto mindre fast besluttet på at fremme gennemsigtighed inden for rammerne af den gældende retspraksis. Kommissionen har noteret sig alle de nye elementer, som Den Europæiske Ombudsmand og sagsøgeren har fremlagt. Europa-Kommissionen kontaktede derfor den 8. februar 2022 klageren for at få oplyst, om han fortsat havde en interesse i at få aktindsigt i de dokumenter, som han i 2019 havde begæret aktindsigt i. Sagsøgeren svarede samme dag og bekræftede sin interesse i at modtage dokumenterne. I lyset af

¹² Rettens dom af 15. september 2016, sag T-755/14, Herbert Smith Freehills mod Kommissionen, EU:T:2016:482, præmis 74.

ovenstående indledte Kommissionen behandlingen af en ny begæring. Kommissionen mener, at denne fremgangsmåde er i klagerens interesse og i overensstemmelse med retspraksis¹³, da den sikrer den pågældendes ret til om nødvendigt at få foretaget en fornyet vurdering af det oprindelige svar på det tidspunkt, hvor det blev bekræftet.

VI. Konklusion

Af ovenstående grunde er Europa-Kommissionen af den opfattelse, at dens bekræftende afgørelse, som er blevet endelig, idet den ikke har været genstand for prøvelse ved Unionens retsinstanser, var retlig og faktisk korrekt set i lyset af omstændighederne og den relevante retspraksis vedrørende aktindsigt på det tidspunkt, hvor den blev truffet.

Da klageren imidlertid fortsat har en interesse i at modtage dokumenterne, og Kommissionen har taget hensyn til de oplysninger, der er kommet frem i sagen efter det tidspunkt, hvor Kommissionen traf den bekræftende afgørelse, har den indledt en revurdering af den oprindelige begæring.

*På Kommissionens vegne
Maroš ŠEFČOVIČ
Næstformand*

¹³ Jf. Domstolens dom af 26. januar 2010, sag C-362/08, Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen, EU:C:2010:40, præmis 57.