

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremSAT den 29. april 2010<sup>1</sup>

I — Indledning

1. Omfatter den grundlæggende ret til beskyttelse af kommunikationen mellem en advokat og dennes klient (det såkaldte *princip om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter*<sup>2</sup>) i henhold til EU-retten også den interne menings- og informationsudveksling mellem en virksomheds ledelse og en intern advokat, der er ansat af denne<sup>3</sup>? Dette er i det væsentlige det spørgsmål, som Domstolen er blevet anmodet om at behandle i den foreliggende

appelsag<sup>4</sup>. Det har en praktisk betydning for den fremtidige anvendelse og gennemførelse af den europæiske konkurrenceret, som ikke bør undervurderes, og har heller ikke mistet noget af sin relevans efter moderniseringen af bestemmelserne om behandling af kartelsager ved forordning (EF) nr. 1/2003<sup>5</sup>.

2. Baggrunden for denne sag er en ransagning (såkaldt *kontrolundersøgelse*), som Europa-Kommissionen som kartelmyndighed

1 — Originalsprog: tysk.

2 — På processproget: »legal professional privilege«.

3 — Ved »intern advokat« forstår jeg her og i det følgende en jurist, der er ansat i en virksomheds eller en koncerns juridiske afdeling og samtidig har bestalling som advokat i overensstemmelse med de relevante nationale bestemmelser.

4 — Denne sag har fået stor opmærksomhed i fagkredsene (jf. blandt mange andre M. Gray, »The Akzo Nobel Judgment of the Court of First Instance«, *Irish Journal of European Law* 14 (2007), s. 229-242, C. Prieto, »Pouvoirs de vérification de la Commission et protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients«, *La semaine juridique — édition générale* 2007, II-10201, s. 35-37, B. Cheynel, »Heurs et malheurs du »legal privilege« devant les juridictions communautaires«, *Revue Lamy de la Concurrence — Droit, Économie, Régulation* 2008, nr. 14, s. 89-93, D. Mykolaitis, »Developments of Legal Professional Privilege under the Akzo/Akros Judgment«, *International Trade Law and Regulation* 2008, s. 1-6, W. Weiß, »Neues zum legal professional privilege«, *Europarecht* 2008, s. 546-557). Forventningens glæde til en afgørelse truffet af en af de øverste retsinstanser synes mange steder at have været så stor, at den dom, som Domstolen forventedes at ville afsige, allerede sidste år blev drøftet i litteraturen (R. Brüßow, »Das Anwaltsprivileg des Syndikus im Wirtschaftsstrafverfahren«, i: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins [udg.], *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2009, s. 91-106; jf. i denne henseende tillige M. Huff, »Recht und Spiel«, i: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* nr. 183, 10.8.2009, s. 28).

5 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1).

foretog i februar 2003 i Det Forenede Kongerige hos Akzo Nobel Chemicals Ltd (herefter »Akzo«) og Akcros Chemicals Ltd. (herefter »Akcros«)<sup>6</sup>. I den forbindelse medtog Kommissionens repræsentanter fotokopier af en række dokumenter, som Akzos og Akcros' repræsentanter imidlertid anså for at være fritaget for beslaglæggelse, da de efter deres opfattelse var omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

3. I denne henseende kom det til en retssag mellem de to pågældende virksomheder og Kommissionen. Akzo og Akcros anlagde ved Retten i Første Instans (nu »Retten«) sag til prøvelse af Kommissionens beslutning om iværksættelse af kontrolundersøgelsen og på den anden side dens beslutning om at vedlægge sagsakterne en række omtvistede dokumenter. Ved dom af 17. september 2007<sup>7</sup> (herefter »den appellerede dom«) afviste Retten det første søgsmål og frifandt Kommissionen i det andet søgsmål.

4. Den foreliggende appelsag vedrører udelukkende det spørgsmål, om det var med rette, at Retten frifandt Kommissionen i det andet søgsmål. På dette stadium af proceduren er kun to af de omtvistede dokumenter fortsat af interesse. Der er tale om kopier af

e-mails mellem Akcros' generaldirektør og en ansat i Akzos interne juridiske afdeling, som samtidig havde bestalling som advokat i Nederlandene.

## II — De relevante retsregler

5. De relevante retsregler i denne sag bestemmes af forordning nr. 17<sup>8</sup>, hvis artikel 14 har følgende ordlyd:

»1. Til løsning af de opgaver, som ved [artikel 105 TEUF] og ved de i medfør af [artikel 103 TEUF] fastsatte regler er henlagt til Kommissionen, kan denne foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser hos virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder.

I dette øjemed har Kommissionens befuldmægtigede repræsentanter følgende beføjelser:

a) at kontrollere bøger og andre forretningspapirer

6 — Herefter »appellanterne«.

7 — Dom af 17.9.2007, forenede sager T-125/03 og T-253/03, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 3523.

8 — Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86, EFT 1959-1962, s. 81.

b) at tage afskrifter eller ekstraudskrifter af bøger og forretningspapirer

c) at kræve mundtlige forklaringer på stedet

d) at få adgang til virksomhedernes samtlige lokaler, grunde og transportmidler.

### III — Baggrunden for tvisten

*A — De af Kommissionen gennemførte kontrolundersøgelser og det videre administrative forløb*

2. Repræsentanter, som af Kommissionen har fået fuldmagt til at foretage kontrolundersøgelsen, udøver deres beføjelser efter fremlæggelse af en skriftlig fuldmagt, [...]

3. Virksomheder og sammenslutninger af virksomheder har pligt til at underkaste sig de kontrolundersøgelser, hvorom Kommissionen har truffet beslutning. I beslutningen angives kontrolundersøgelsens genstand og formål, [...]

[...]«

6. Forordning nr. 1/2003, som moderniserede de europæiske bestemmelser om behandling af kartelsager og erstattede forordning nr. 17, finder af tidsmæssige årsager ikke anvendelse på denne sag, da de faktiske omstændigheder, der ligger til grund herfor, fandt sted inden den 1. maj 2004<sup>9</sup>.

9 — Jf. med hensyn til den omstændighed, at forordning nr. 17 er blevet afløst af forordning nr. 1/2003, artikel 43, stk. 1, sammenholdt med artikel 45 i forordning nr. 1/2003.

7. Som det fremgår af Rettens fastlæggelse af de faktiske omstændigheder<sup>10</sup>, er baggrunden for denne tvist en undersøgelse, som Europa-Kommissionen gennemførte i sin egenskab af kartelmyndighed. I begyndelsen af 2003 gav Kommissionen ved beslutning<sup>11</sup> i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 pålæg om iværksættelse af kontrolundersøgelser hos Akzo og Akcros samt disses respektive datterselskaber med henblik på at opnå bevismateriale vedrørende en eventuel konkurrencebegrænsende praksis (herefter »beslutningen om iværksættelse af kontrolundersøgelsen«). De pågældende selskaber fik med beslutningen pålæg om at gennemgå disse kontrolundersøgelser.

8. På grundlag af denne beslutning om iværksættelse af kontrolundersøgelsen foretog tjenestemænd ved Kommissionen, bistået af repræsentanter fra Office of Fair Trading (OFT)<sup>12</sup>, den 12. og 13. februar 2003

10 — Jf. til dette og følgende punkter præmis 1-14 i den appellerede dom.

11 — Kommissionens beslutning C(2003) 85/4 af 30.1.2003, ændret ved Kommissionens beslutning C(2003) 559/4 af 10.2.2003.

12 — Det Forenede Kongeriges konkurrencemyndighed.

en kontrolundersøgelse i Akzos og Akcros' lokaler i Eccles, Manchester (Det Forenede Kongerige)<sup>13</sup>. Under kontrolundersøgelsen tog Kommissionens tjenestemænd kopier af et betydeligt antal dokumenter.

argumenter — inddelte i to kategorier af dokumenter (»kategori A« og »kategori B«).

9. Under kontrolundersøgelserne angav Akzos og Akcros' repræsentanter over for Kommissionens tjenestemænd, at visse af dokumenterne måtte antages at være beskyttet som følge af det krav om fortrolighed, der gælder for korrespondancen mellem advokater og klienter. Heroverfor svarede Kommissionens tjenestemænd, at de var nødt til at foretage et kort gennemsyn af de pågældende dokumenter for at kunne danne sig deres egen opfattelse af, om dokumenterne var beskyttet. Efter en lang diskussion, og efter at Kommissionens tjenestemænd og OFT havde gjort Akzos og Akcros' repræsentanter opmærksomme på konsekvenserne af at hindre kontrolundersøgelserne, blev det besluttet, at den, som var ansvarlig for kontrolundersøgelsen, skulle foretage et kort gennemsyn af de pågældende dokumenter under overværelse af en af Akzos og Akcros' repræsentanter.

11. *Kategori A* består af to dokumenter. Det første af disse to dokumenter er et tosiders maskinskrevet notat af 16. februar 2000 fra Akcros' generaldirektør, som var adresseret til en af hans overordnede. Ifølge appellanterne indeholdt dette notat oplysninger, som generaldirektøren for Akcros havde indsamlet under interne diskussioner med medarbejderne med det formål at opnå en ekstern juridisk vurdering i forbindelse med den af Akzo iværksatte plan for overholdelse af konkurrencereglerne. Det andet dokument er det samme notat, blot et andet eksemplar heraf, som imidlertid er påført nogle håndskrevne bemærkninger, der henviser til kontakter med en af Akzos og Akcros' advokater, og som bl.a. nævner advokatens navn.

10. Under gennemgangen af dokumenterne opstod der strid om diverse dokumenter, som Retten — på grundlag af Akzos og Akcros'

12. Efter at have modtaget appellanternes forklaringer vedrørende disse to dokumenter var Kommissionens tjenestemænd ikke i stand til umiddelbart at fastslå, om dokumenterne burde beskyttes. De blev derfor lagt i en forseglede kuvert, som medarbejderne tog med sig efter kontrolundersøgelsens afslutning.

13 — Kontrolundersøgelsen fandt sted inden for rammerne af kartelsag COMP/38.589 om plastadditiver, navnlig varme-stabilisatorer; jf. i denne henseende endvidere den meddelelse, som Kommissionen offentliggjorde den 14.2.2003 (MEMO/03/33).

13. *Kategori B* består ligeledes af flere dokumenter. Der er i den forbindelse tale om en række håndskrevne noter fra Akcros' generaldirektør, som sagsøgerne har gjort gældende er blevet udfærdiget under samtaler med medarbejdere, og som blev anvendt til udarbejdelse af det maskinskrevne notat i kategori A. For det andet er der tale om to e-mails, som blev udvekslet mellem Akcros' generaldirektør og S., Akzos koordinator for konkurrenceretten, der er advokat med bestalling i Nederlandene, som på det pågældende tidspunkt arbejdede i Akzo-koncernens juridiske afdeling og dermed var fast beskæftiget af virksomheden.

de begrundede, hvorfor såvel dokumenterne i kategori A som dokumenterne i kategori B var beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Ved skrivelse af 1. april 2003 meddelte Kommissionen de pågældende virksomheder, at de i skrivelsen af 17. februar 2003 fremførte argumenter ikke godtgjorde, at de pågældende dokumenter var omfattet af fortrolighedskravet. Kommissionen gav dem imidlertid mulighed for inden for to uger at fremføre deres bemærkninger vedrørende Kommissionens foreløbige konklusioner, hvorefter den ville vedtage den endelige beslutning.

14. Efter at have undersøgt kategori B-dokumenterne og hørt Akzos og Akcros' forklaringer fandt den ansvarlige for kontrolundersøgelsen, at dokumenterne med sikkerhed ikke var omfattet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Vedkommende tog derfor en kopi og vedlagde den sagsakterne uden at lægge den i en særskilt forseglede kuvert.

16. Ved beslutning af 8. maj 2003<sup>14</sup> afviste Kommissionen Akzos og Akcros' anmodning om beskyttelse af de omtvistede dokumenter under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter (herefter »afslaget«). Ved artikel 1 i denne beslutning afviste Kommissionen Akzos og Akcros' anmodning om, at kategori A- og kategori B-dokumenterne blev leveret tilbage, og om, at Kommissionen bekræftede, at alle kopier af disse dokumenter, som den rådede over, var blevet destrueret. I samme beslutnings artikel 2 angav Kommissionen, at den ville åbne den forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne og optage dem i sagens akter, men ikke ville gøre dette, før tidsfristen for sagsanlægget til prøvelse af beslutningen var udløbet.

15. Den 17. februar 2003 fremsendte Akzo og Akcros en skrivelse til Kommissionen, hvori

14 — K(2003) 1533 endelig.

B — *Retssagen*

1. Sagens behandling i første instans

17. Akzo og Akcros anlagde i fællesskab to annullationssøgsmål ved Retten i Første Instans (nu »Retten«), hvoraf det ene var rettet mod beslutningen om iværksættelse af kontrolundersøgelsen<sup>15</sup> (sag T-125/03) og den anden mod afslaget<sup>16</sup> (sag T-253/03). Med hensyn til begge beslutninger fremsatte de desuden begæring om foreløbige forholdsregler i medfør af artikel 242 EF og artikel 243 EF (nu artikel 278 TEUF og artikel 279 TEUF) (sag T-125/03 R og T-253/03 R).

18. Den 8. september 2003 efterkom Kommissionen under sagen om foreløbige forholdsregler en anmodning fra Rettens præsident og fremlagde en fortrolig kopi for denne af kategori B-dokumenterne og den forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne.

19. Begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-125/03 R blev forkastet af Rettens

præsident den 30. oktober 2003<sup>17</sup>, hvorimod begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-253/03 R blev delvis imødekommet. Præsidenten udsatte således gennemførelsen af afslaget af 8. maj 2003, for så vidt som Kommissionen havde besluttet at åbne den forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne; det bestemtes desuden, at disse dokumenter skulle opbevares på Rettens Justitskontor, indtil Retten havde truffet afgørelse i hovedsagen. Rettens præsident tog endvidere Kommissionens erklæring om ikke at tillade tredjemand adgang til kategori B-dokumenterne, før der var afsagt dom i sag T-253/03, til efterretning.

20. Efter appel fra Kommissionen blev den kendelse, som Rettens præsident havde afsagt den 30. oktober 2003 i sagen om foreløbige forholdsregler, annulleret af Domstolens præsident den 27. september 2004<sup>18</sup>, for så vidt som gennemførelsen af afslaget af 8. maj 2003 var blevet udsat, og der var truffet bestemmelse om at opbevare kategori A-dokumenterne på Rettens Justitskontor. Desuden tog Domstolens præsident Kommissionens erklæring om ikke at tillade tredjemand adgang til kategori A-dokumenterne, før der var afsagt dom i sag T-253/03, til efterretning.

15 — Jf. punkt 7 i dette forslag til afgørelse.

16 — Jf. punkt 16 i dette forslag til afgørelse.

17 — Kendelse afsagt af Præsidenten for Retten i Første Instans den 30.10.2003, forenede sager T-125/03 R og T-253/03 R, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 4771.

18 — Kendelse afsagt af Domstolens præsident den 27.9.2004, sag C-7/04 P(R), Kommissionen mod Akzo og Akcros, Sml. I, s. 8739.

21. Rettens Justitskontor tilbagesendte derpå ved skrivelse af 15. oktober 2004 Kommissionen den forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne.

— Kommissionens afslag af 8. maj 2003 annulleres, for så vidt som Kommissionen afviste at tilbagelevere e-mail-korrespondancen med Akzo Nobels virksomhedsjurist (en del af kategori B-dokumenterne).

22. I hovedsagen afsagde Retten den 17. september 2007 den appellerede dom, hvorved den afviste Akzos og Akcros' annullationssøgsmål til prøvelse af beslutningen om iværksættelse af kontrolundersøgelsen (sag T-125/03) og frifandt Kommissionen med hensyn til deres annullationssøgsmål til prøvelse af afslaget (sag T-253/03).

— Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med appellsagen og sagen for Retten, for så vidt som de vedrører det anbringende, der er fremsat i nærværende appel.

2. Appelsagen til prøvelse af den appellerede dom

24. Kommissionen har på sin side nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

23. Ved appelskrift af 30. november 2007<sup>19</sup> har Akzo og Akcros sammen iværksat den foreliggende appel til prøvelse af dommen af 17. september 2007. Denne appel vedrører alene spørgsmålet, om de to e-mails, der blev udvekslet mellem S. og Akcros' generaldirektør, var omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter eller ej. Appellanterne har nedlagt følgende påstande:

— Appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

25. Ved Domstolen blev der først indgivet skriftlige indlæg og derpå den 9. februar 2010 afholdt mundtlig forhandling i sagen.

— Den appellerede dom ophæves, for så vidt som Retten herved afslog en anmodning om beskyttelse af dokumenter som følge af hensynet til fortroligheden i korrespondancen med Akzo Nobels virksomhedsjurist.

3. Andre parter i sagen fra første instans og nye intervenienter

26. Allerede under sagen i første instans gav Retten i Første Instans følgende sammenslutninger tilladelse til at interveniere til støtte for Akzos og Akcros' påstande i sag T-125/03 og

19 — Originaleksemplaret af appelskriftet, der oprindeligt blev indgivet pr. fax, blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 8.12.2007.

T-253/03<sup>20</sup>: Conseil des barreaux européens (CCBE), Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (ARNOVA, den nederlandske advokatsammenslutning), European Company Lawyers Association (ECLA, europæisk sammenslutning af virksomhedsjurister), American Corporate Counsel Association — European Chapter (ACCE, Den Amerikanske Sammenslutning af Virksomhedsjurister — den europæiske afdeling) og International Bar Association (IBA, Den Internationale Advokatsammenslutning). Disse sammenslutninger deltager nu ligeledes i den foreliggende appelsag som *andre parter i sagen* til støtte for Akzo og Akcros.

28. Domstolens præsident har under appelsagen derimod ikke taget følgende sammenslutningers begæringer om tilladelse til at intervenere til støtte for Akzos og Akcros' påstande til følge, da de ikke har godtgjort en berettiget interesse i sagens afgørelse (artikel 40, stk. 2, i statuten for Domstolen)<sup>22</sup>: Association of General Counsel and Company Secretaries of the FTSE 100 (GC 100), Chamber of Commerce of the United States of America (CCUSA, Amerikas Forenede Staters handelskammer), International Chamber of Commerce (ICC, Det Internationale Handelskammer), American Bar Association (ABA, Det Amerikanske Advokatråd), Law Society of England and Wales (LSEW) og United States Council for International Business (USCIB).

27. Desuden har Domstolens præsident under appelsagen i henhold til artikel 40, stk. 1, i statuten og artikel 93, stk. 1, sammenholdt med artikel 123 i Domstolens procesreglement, givet følgende medlemsstater tilladelse til at *interveniere* til støtte for Akzos og Akcros' påstande<sup>21</sup>: Irland, Kongeriget Nederlandene og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland.

29. I første instans havde Retten allerede afslået to andre sammenslutningers begæringer om tilladelse til at interveniere til støtte for Akzos og Akcros' påstande i sag T-125/03 og T-253/03<sup>23</sup>: European Council on Legal Affairs (Det Europæiske Råd for Retlige Anliggender) og Section on Business Law of the International Bar Association

20 — Kendelser afsagt af formanden for Rettens Femte Afdeling den 4.11.2003 og den 10.3.2004 samt af formanden for Rettens Første Afdeling den 26.2.2007.

21 — Kendelse afsagt af Domstolens præsident den 8.7.2008, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen m.fl., ikke trykt i Samling af Afgørelser.

22 — Jf. de seks kendelser afsagt af Domstolens præsident den 5.2.2009, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen m.fl., ikke trykt i Samling af Afgørelser, samt — vedrørende den nye begæring fra LSEW — kendelse afsagt den 17.11.2009, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen m.fl., ikke trykt i Samling af afgørelser.

23 — Kendelser afsagt af Retten i Første Instans (Femte Afdeling) den 28.5.2004.



(Den Europæiske Advokatsammenslutnings afdeling for erhvervsret).

bødebeslutning af 11. november 2009 *ikke* på de to omtvistede e-mails.

*C — Kommissionens efterfølgende afslutning af den administrative procedure*

30. Som Kommissionen meddelte Domstolen efter afslutningen af den skriftlige fase af appelsagen, er den administrative procedure, som kontrolundersøgelserne i Akzos og Akcros' lokaler i 2003 indgik i, i mellemtiden blevet afsluttet. Ved beslutning af 11. november 2009, som var baseret på artikel 81 EF, sammenholdt med artikel 7 og artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, pålagde Kommissionen 24 producenter af plastadditiver<sup>24</sup> bøder på i alt 173 860 400 EUR. Blandt denne beslutnings adressater er foruden Akcros Chemicals Ltd ikke mindst også en række selskaber i Akzo Nobel-koncernen, men ikke selskabet Akzo Nobel Chemicals Ltd.

31. Ifølge Kommissionens oplysninger — som ikke er blevet bestridt i denne henseende — baserede Kommissionen sig i den nævnte

<sup>24</sup> — Kartelsag COMP/38.589 — »Varmestabilisatorer«; jf. i denne henseende Kommissionens pressemeddelelse af 11.11.2009 (IP/09/1695).

**IV — Retlig vurdering**

32. I deres appel henviser Akzo og Akcros ikke længere til alle de emner, der var genstand for sagen i første instans. Den juridiske debat er derimod under appelsagen begrænset til nogle af »kategori B«-dokumenterne, dvs. de to e-mails, der blev udvekslet mellem S. og Akcros' generaldirektør, som Kommissionen havde taget kopier af til sagsakterne efter kontrolundersøgelsen.

*A — Retlig interesse*

33. Inden en indholdsmæssig vurdering af appellen skal det undersøges, om Akzo og Akcros kan gøre en retlig interesse gældende i den foreliggende sag.

34. Med kravet om retlig interesse sikres det som en procesretlig betingelse, at retsinstanserne ikke forelægges rent hypotetiske retsspørgsmål til udtalelse. Retlig interesse er derfor en tvingende betingelse for realitetsbehandling, som skal undersøges *ex officio*, og som kan være relevant på forskellige

processuelle stadier. Den retlige interesse skal således utvivlsomt foreligge allerede på tidspunktet for sagens anlæg. Den skal imidlertid også fortsat bestå fra sagens anlæg og indtil det tidspunkt, hvor den retlige afgørelse træffes<sup>25</sup>.

35. Der består en retlig interesse, såfremt appelsagens udfald kan tilføre appellant en fordel<sup>26</sup>.

36. Dette har Kommissionen rejst tvivl om i den foreliggende sag i to henseender. For det første er de to e-mails, som sagen nu er begrænset til, på forhånd ikke omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, da de ikke blev udfærdiget i forbindelse med udøvelsen af retten til forsvar. For det andet

har Kommissionen i mellemtiden i hovedsagen vedtaget bødebeslutningen af 11. november 2009, hvori den ikke baserede sig på disse to e-mails; Akzos og Akcros' retlige interesse er derfor senest nu bortfaldet.

37. Ingen af Kommissionens indsigelser kan tiltrædes.

38. Hvad angår det første argument er det ikke et spørgsmål om appelsagens formalitet, men dens realitet, om det var med rette, at Retten afviste at lade de pågældende to dokumenter være omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Appellanterne kunne kun mangle retlig interesse, hvis det var *åbenbart*, at indholdet af de to e-mails, der blev udvekslet mellem S. og Akcros' generaldirektør, uden tvivl på ingen måde var omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Den appellerede dom indeholder imidlertid ingen fastlæggelse af de faktiske omstændigheder med hensyn til indholdet af disse e-mails og den sammenhæng, hvori de blev sendt, da dette slet ikke var relevant med hensyn til den af Retten valgte løsning. Derfor kan det i den foreliggende appelsag ikke på forhånd udelukkes, at der foreligger en retlig interesse. På det stadium, sagen nu befinder sig på, ville enhver mere indgående undersøgelse af de pågældende e-mails' indhold

25 — Med hensyn til kravet om retlig interesse under en appelsag jf. dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319, præmis 13, og mit forslag til afgørelse af 13.12.2007 i sag C-413/06 P, Bertelsmann & Sony mod Impala, Sml. I, s. 4951, punkt 74.

26 — Dommen i sagen Rendo m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 13, samt dom af 13.7.2000, sag C-174/99 P, Parlamentet mod Richard, Sml. I, s. 6189, præmis 33, af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 21, af 3.4.2003, sag C-277/01 P, Parlamentet mod Samper, Sml. I, s. 3019, præmis 28, af 10.9.2009, sag C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237, præmis 33, og af 17.9.2009, sag C-519/07 P, Kommissionen mod Koninklijke Friesland Campina, Sml. I, s. 8495, præmis 63.

og sammenhæng nødvendigvis medføre en sammenblanding af formalitets- og realitets-spørgsmål og heller ikke være hensigtsmæssig af procesøkonomiske grunde.

39. Lige så lidt kan der gives medhold i Kommissionens andet argument, hvorefter appellanternes interesse i at fortsætte denne appelsag skulle være bortfaldet med vedtagelsen af bødebeslutningen af 11. november 2009.

40. På et spørgsmål herom under den mundtlige forhandling måtte Kommissionen således medgive, at den ene af de to appellanter i den foreliggende sag, nemlig Akzo Nobel Chemicals Ltd, overhovedet ikke var adressat for bødebeslutningen af 11. november 2009. Dette selskabs retlige interesse kunne derfor slet ikke drages i tvivl på grundlag af den nævnte bødebeslutning. Allerede af denne grund kan det konkluderes, at det heller ikke med hensyn til Akcros Chemicals Ltd, den anden appellat, er nødvendigt at behandle spørgsmålet om retlig interesse yderligere, da der er tale om en fælles appel<sup>27</sup>.

41. Under alle omstændigheder kan de pågældende virksomheders retsbeskyttelse mod ragsninger imidlertid ikke gøres afhængig af, om Kommissionen i en senere bødebeslutning har baseret sig på et dokument, der muligvis er omfattet af princippet om beskyttelse

af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, eller ikke har gjort det. En eventuel tilsidesættelse af dette princip i forbindelse med en kontrolundersøgelse udgør et alvorligt indgreb i en grundlæggende rettighed, som ikke først finder sted, når Kommissionen i en beslutning i en sag faktisk baserer sig på et dokument, som er beskyttet mod beslaglæggelse, men allerede når en tjenestemand ved Kommissionen sætter sig i besiddelse af dokumentet eller en kopi deraf. Derfor bliver et sådant indgreb i en grundlæggende rettighed heller ikke fjernet eller »afhjulpet« ved, at Kommissionen i sidste instans ikke har anvendt det omhandlede dokument som bevis. Indgrebet i den grundlæggende rettighed varer tværtimod i hvert fald ved, lige så længe som Kommissionen har dokumentet eller en kopi heraf i sin varetægt. Så længe bevarer den pågældende virksomhed også sin retlige interesse i at anlægge sag til prøvelse af denne foranstaltning<sup>28</sup>.

42. I denne forbindelse skal der henvises til princippet om effektiv domstolsbeskyttelse, som i fast retspraksis er anerkendt som et almindeligt retsprincip i EU-retten<sup>29</sup> og udspringer af medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner samt af EMRK's artikel 6

27 — I denne retning dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 30 og 31.

28 — Har Kommissionens tjenestemænd erhvervet kendskab til dokumentets indhold, kan indgrebet i en grundlæggende rettighed også fortsætte, efter at dokumentet er blevet tilbageleveret eller destrueret. I dette tilfælde består den retlige interesse ligeledes fortsat.

29 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18 og 19, af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 39, af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37, og af 3.9.2008, forenede sager C-402/05 P og C-415/05 P, Kadi og Al Barakat International Foundation mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 6351, præmis 335.

og 13<sup>30</sup>. Dette princip indgår nu også i artikel 47, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder<sup>31</sup>; chartret har været retligt bindende siden Lissabontraktatens ikrafttræden (artikel 6, stk. 1, TEU) og udgør derfor på dette stadium af sagen kriteriet for vurderingen af, om appellanterne på nuværende tidspunkt fortsat har en retlig interesse.

43. Virksomheder, i hvis lokaler Kommissionen foretager en kontrolundersøgelse, skal have mulighed for at søge en omfattende og effektiv domstolskontrol af lovligheden af både beslutningen om at iværksætte denne kontrolundersøgelse og de enkelte handlinger, der foretages i forbindelse med kontrolundersøgelsen.

44. Kommissionens tjenestemænd tager i reglen mange dokumenter (eller kopier heraf)

30 — Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«, undertegnet i Rom den 4.11.1950). EMRK er ifølge fast retspraksis af særlig betydning for fastsættelsen af de grundretligheder, som Den Europæiske Union skal overholde; jf. blandt mange andre Domstolens dom af 26.6.2007, sag C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl.*, Sml. I, s. 5305, præmis 29, med yderligere henvisninger; jf. også artikel 6, stk. 3, TEU.

31 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder blev første gang højtideligt proklameret den 7.12.2000 i Nice, EFT C 364, s. 1, og derefter igen den 12.12.2007 i Strasbourg, EUT C 303, s. 1.

i deres varetægt i forbindelse med kontrolundersøgelser. Det ligger i sagens natur, at nogle dokumenter, som ved første øjekast synes relevante, efter en indgående undersøgelse viser sig ikke at være egnede beviser. Det kan også forekomme, at konkurrencesager, der er indledt over for visse virksomheder, indstilles på grund af manglende beviser, når resultaterne af en kontrolundersøgelse er blevet vurderet. Der ville opstå en »lakune i retsbeskyttelsen«, hvis de pågældende virksomheder i sådanne tilfælde blev nægtet adgang til EU's retsinstanser med henblik på at afprøve retmæssigheden af kontrolundersøgelsen eller enkelte af de hermed forbundne handlinger fra Kommissionens tjenestemænds side.

45. Appellanterne har derfor også fortsat en interesse i sagens fortsættelse. Deres appel kan antages til realitetsbehandling.

## B — *Indholdsmæssig vurdering af appellen*

46. Akzos og Akcros' appel er baseret på tre anbringender, som er rettet mod præmis 165-185 i den appellerede dom. Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten med hensyn til den koncerninterne korrespondance med Akzo-koncernens interne advokat med urette har afvist påberåbelsen af princippet om beskyttelse af fortroligheden

i korrespondancen mellem advokater og klienter.

sammenholdt med EMRK's artikel 6, stk. 1, og artikel 6, stk. 3, litra c)<sup>35</sup> (ret til retfærdig rettergang), samt af artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder<sup>36</sup> (respekt for kommunikation), sammenholdt med chartrets artikel 47, stk. 1, artikel 47, stk. 2, andet punktum, og artikel 48, stk. 2 (ret til at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret, respekt for retten til et forsvar).

47. Princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter er i EU-retten et almindeligt retsprincip, der har karakter af en grundlæggende rettighed. På den ene side følger dette af de principper, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer<sup>32</sup>. På nuværende tidspunkt anerkendes princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter i alle 27 medlemsstater i Den Europæiske Union, idet beskyttelsen heraf undertiden alene er forankret i retspraksis<sup>33</sup>, men i de fleste tilfælde i det mindste har karakter af almindelig lov eller endog har forfatningsmæssig karakter<sup>34</sup>. På den anden side kan princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter også udledes af EMRK's artikel 8, stk. 1 (beskyttelse af korrespondance),

48. Princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter har til formål at beskytte kommunikationen mellem en klient og en advokat, der er uafhængig af denne. Det udgør på den ene side et nødvendigt led i klientens ret til forsvar<sup>37</sup> og beror på den anden side på advokatens specifikke rolle som person, der

32 — Således allerede dom af 18.5.1982, sag 155/79, AM & S mod Kommissionen («AM&S-dommen»), Sml. s. 1575, navnlig præmis 18. Jf. desuden generaladvokat Légers forslag til afgørelse af 10.7.2001 i sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, punkt 182, og generaladvokat Poirais Maduros forslag til afgørelse af 14.12.2006 i sagen Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 30, punkt 39. Jf. endvidere kendelse afsagt af Retten i Første Instans den 4.4.1990, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 163, præmis 13 og 14.

33 — Dette er tilfældet i Det Forenede Kongerige og Irland, hvis retssystem er præget af »Common Law«.

34 — Princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter er forfatningsmæssigt forankret navnlig i Bulgarien (artikel 30, stk. 5, i den bulgarske forfatning) og Spanien (artikel 24, stk. 2, i den spanske forfatning); derudover er princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter også baseret på forfatningsbestemmelser i bl.a. Italien, Portugal og Rumænien og på lovbestemmelser med forfatningsmæssig karakter i Sverige.

35 — I praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) henvises der ganske vist som regel alene til EMRK's artikel 8; jf. i denne henseende f.eks. dom i sagen Campbell mod Det Forenede Kongerige af 25.3.1992, sag nr. 13590/88, serie A, nr. 233, Niemietz mod Tyskland af 16.12.1992, sag nr. 13710/88, serie A, nr. 251-B, Foxley mod Det Forenede Kongerige af 20.9.2000, sag nr. 33274/96, Smirnov mod Rusland af 7.6.2007, sag nr. 71362/01, og André m.fl. mod Frankrig af 24.7.2008, sag nr. 18603/03. Undertiden etableres der imidlertid også en forbindelse til EMRK's artikel 6 (jf. f.eks. dommen i sagen Niemietz mod Tyskland, a.st., § 37, og Foxley mod Det Forenede Kongerige, a.st., § 50).

36 — På det tidspunkt, hvor Kommissionens anfægtede beslutninger blev vedtaget, havde chartret om grundlæggende rettigheder ganske vist endnu ikke bindende virkninger, der kan sammenlignes med den primære ret. Som retlig målestok gav det imidlertid allerede dengang et fingerpeg om de grundlæggende rettigheder, der garanteres i EU-retten, jf. blandt mange andre dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37, og af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 38, samt punkt 108 i mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i sidstnævnte sag.

37 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 20 og 23; i samme retning Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen André m.fl. mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 35, § 41.

»indgå[r] i retsplejen«<sup>38</sup>, hvis opgave er i fuld uafhængighed og i denne overordnede interesse at yde den juridiske bistand, som klienten har behov for<sup>39</sup>.

49. En advokat ville ikke være i stand til at varetage sine opgaver i forbindelse med rådgivning, forsvar og repræsentation af sin klient på fyldestgørende måde, og klienten ville følgelig blive berøvet sine rettigheder i henhold til EMRK's artikel 6 og artikel 47 og 48 i chartret om grundlæggende rettigheder, hvis advokaten inden for rammerne af en retssag eller forberedelsen heraf var forpligtet til at samarbejde med de offentlige myndigheder og videregive oplysninger til disse, som er modtaget i forbindelse med juridisk rådgivning, der finder sted inden for rammerne af en sådan sag<sup>40</sup>.

50. Ingen af parterne i den foreliggende sag betvivler alvorligt eksistensen af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter som sådant. Imidlertid er omfanget af den beskyttelse, som princippet om beskyttelse

af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter giver, meget omtvistet. Konkret skal det afklares, om og i hvilket omfang den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater i EU-retten er omfattet af beskyttelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Dette er så afgørende for, hvor langt Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser i kartelsager i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 (for fremtidige tilfælde: artikel 20 og 21 i forordning nr. 1/2003<sup>41</sup>) strækker sig.

1. Anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter og den påståede tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet (første anbringende)

51. Appellanterne baserer sig først og fremmest på deres første anbringende. Heri har Akzo og Akcros gjort gældende, at Retten anlagde en ukorrekt fortolkning af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, således som det er forklaret af Domstolen i AM&S-dommen<sup>42</sup>, og derved tilsidesatte ligebehandlingsprincippet.

38 — I tysk sprogbrug er det mere almindeligt at betegne en advokat som »Organ der Rechtspflege«; for så vidt det er relevant i det foreliggende tilfælde, er der imidlertid ingen indholdsmæssig forskel mellem dette begreb og udtrykket »Mitgestalter der Rechtspflege« (person, der »indgå[r] i retsplejen«), som Domstolen anvendte i AM&S-dommen.

39 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 20, 23 og 24; i samme retning Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Niemietz mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 35, § 37.

40 — Dommen i sagen Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 32.

41 — Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser i forbindelse med den europæiske fusionskontrol i henhold til artikel 13 i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«, EUT L 24, s. 1) ligner beføjelserne i henhold til artikel 20 i forordning nr. 1/2003 og er kun en smule mindre omfattende end disse.

42 — Nævnt ovenfor i fodnote 32.

a) Anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter i henhold til AM&S-dommen (første anbringendes første led)

52. I første anbringendes første led<sup>43</sup> har Akzo og Akcros med støtte fra flere andre parter i sagen gjort gældende, at Retten med urette har forstået Domstolens AM&S-dokument »ordret« i stedet for at fortolke og anvende den efter dens hensigt og formål. Ved en »formålsfortolkning« af AM&S-dommen skulle Retten efter appellanternes opfattelse være nået til den konklusion, at den omtvistede e-mail-udveksling med Akzos interne advokat, S., var omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

53. Jeg er indledningsvis enig med Det Forenede Kongerige i, at AM&S-dommen ikke er en lovgivningsakt. På denne baggrund forekommer det allerede tvivlsomt, om appellanternes henvisning til fortolkningsmetoder som ordlyds- og formålsfortolkningen kan være hensigtsmæssig i den foreliggende sammenhæng. I sidste instans er det imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling hertil. Det er nemlig Akzos og Akcros' egentlige påstand, at Retten har tilsidesat anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, som det blev lagt til grund i AM&S-dommen. Jeg vil behandle denne påstand nærmere nedenfor.

43 — Herved forstår jeg punkt 10-43 i appelskriftet.

54. I AM&S-dommen anerkendte Domstolen, at »fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient« også skal beskyttes på fællesskabsplan (nu: på EU-plan). Med henblik på påberåbelse af denne beskyttelse identificerede Domstolen to kumulative betingelser (»kriterier«), som den havde udledt ved at sammenholde alle daværende medlemsstaters retssystemer<sup>44</sup>:

- For det første skal kommunikationen med advokaten have forbindelse til udøvelsen af klientens ret til forsvar: Der skal være tale om en »korrespondance«, der »udveksles af hensyn til klientens forsvar, og som hviler på hans ret til et sådant« (*forbindelse til retten til forsvar*).
- For det andet skal der være tale om kommunikation med en uafhængig advokat, dvs. en advokat, der »ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold« (*advokatens uafhængighed*).

55. Parterne i sagen er samstemmende af den opfattelse, at tvisten mellem dem på dette stadium kun vedrører det andet af disse kriterier, dvs. kriteriet om uafhængigheden af den advokat, med hvem kommunikationen foregår<sup>45</sup>. Der er imidlertid heftig uenighed mellem dem med hensyn til, hvordan dette

44 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 21 og 22.

45 — For så vidt som Kommissionen i den foreliggende sag rejser tvivl om forbindelsen til retten til forsvar, gør den det alene med hensyn til appellanternes *retlige interesse*; jf. i denne henseende punkt 33-45 i dette forslag til afgørelse.

uafhængighedskriterium skal forstås. Navnlig under retsmødet beskyldte hver part den anden part for at lægge en alt for formalistisk opfattelse for dagen og tabe principperne bag uafhængighedskriteriet af syne.

foreliggende sag fandt anvendelse på S., er endog meget vidtgående.

56. I modsætning til Kommissionen mener appellanterne og intervenienterne samt de øvrige parter i sagen, at kriteriet om advokatens uafhængighed ikke skal forstås *negativt* som en udelukkelse af interne advokater, men derimod *positivt* gennem henvisning til de disciplinære og fagetske regler, som jurister med advokatbestilling normalt er undergivet<sup>46</sup>. De har anført, at en virksomhedsjurist, der samtidig har bestilling som advokat, allerede i kraft af sine fagetske forpligtelser har samme uafhængighed som en ekstern advokat, der udøver sit erhverv som selvstændig eller som ansat på et advokatkontor. De garanterer for uafhængigheden af en *advocaat in dienstbetrekking* efter nederlandsk ret<sup>47</sup> (også kaldet »*Cohen advocaat*«<sup>48</sup>), som i den

57. Jeg finder ikke denne argumentation overbevisende.

58. Kravet om uafhængighed er i AM&S-dommen utvetydigt undergivet den betingelse, at den pågældende advokat *ikke er knyttet* til klienten *gennem et ansættelsesforhold*. Den udtrykkelige henvisning hertil to steder i domspræmisserne<sup>49</sup> havde været overflødig, hvis Domstolen havde ønsket alene at lade den formelle bestilling som advokat og de dermed forbundne fagetske forpligtelser være tilstrækkelige som garanti for en jurists uafhængighed.

59. I AM&S-dommen forstod Domstolen således bevidst princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter på den måde, at det ikke omfatter den virksomheds- eller concerninterne kommunikation med interne advokater. Dette fremgår navnlig klart, hvis man sammenholder dommen med generaladvokat Sir Gordon Slynns forslag til afgørelse: Generaladvokaten henviste til den udførlige drøftelse af virksomhedsjuristers stilling, der havde fundet sted under den pågældende retssag, og gik udtrykkeligt ind for, at princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter også skulle omfatte advokater, der er »fagligt

46 — Irland ser ud til at ville udvide princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til endog virksomhedsjurister, hvis »uafhængighed« alene er sikret ved arbejdsretlige bestemmelser (punkt 12 i interventionsindlægget).

47 — På dansk: »ansat advokat« eller intern advokat.

48 — Med betegnelsen »*Cohen advocaat*« henvises til navnet på formanden for en ekspertgruppe, der var blevet nedsat forud for reformen af de nederlandske fagetske regler.

49 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 21 og 27.



kvalificerede og underkastet standens disciplin«, og »som er heltidsbeskæftiget [...] i private firmaers juridiske afdelinger«<sup>50</sup>. Domstolen tilsluttede sig ikke denne opfattelse i AM&S-dommen.

60. I AM&S-dommen bestemmes begrebet »advokatens uafhængighed« derimod *ikke kun positivt* — ved henvisning til de fagetiske forpligtelser<sup>51</sup> — *men også negativt* — ved henvisning til det manglende ansættelsesforhold<sup>52,53</sup>. Kun hvis en jurist som advokat er undergivet de fagetiske forpligtelser, der er sædvanlige i Den Europæiske Union, og desuden ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold, er kommunikationen mellem dem efter EU-retten omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

61. Dette bygger på den betragtning, at en intern advokat trods sin bestalling som advokat og de dermed forbundne fagetiske forpligtelser ikke har *samme grad af uafhængighed* af sin arbejdsgiver, som en advokat, der er ansat på et eksternt advokatkontor, har over for

sin klient. Under disse omstændigheder kan den interne advokat mindre effektivt imødegå eventuelle interessekonflikter mellem de faglige forpligtelser og klientens mål og ønsker.

62. Mod det forhold, at en intern advokat er tilstrækkelig uafhængig, taler først og fremmest, at denne som arbejdstager i mange tilfælde er undergivet sin arbejdsgivers tjenesteretlige instrukser og under alle omstændigheder er fast integreret i dennes virksomheds- eller koncernstrukturer. For at sige det med Rettens ord: Den interne advokat er »strukturelt, hierarkisk og funktionelt«<sup>54</sup> afhængig af sin arbejdsgiver, mens dette ikke er tilfældet med hensyn til en ekstern advokat i forhold til dennes klient.

63. Appellanterne og nogle af de andre parter i sagen har gjort gældende, at en *advocaat in dienstbetrekking* som S. efter nederlandsk ret udtrykkeligt er fritaget for at modtage instrukser fra sin arbejdsgiver med hensyn til sin juridiske rådgivning. I den henseende indgår virksomheden og den interne advokat således en særskilt aftale<sup>55</sup>, som er underlagt advokatsammenslutningens kontrol. Uoverensstemmelser vedrørende arten og

50 — Generaladvokat Sir Gordon Slynn's forslag til afgørelse af 26.1.1982 i AM&S-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 32, s. 1655.

51 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 24.

52 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 21 og 27.

53 — Jf. også generaladvokat Légers forslag til afgørelse i sagen Wouters m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 32, punkt 181: »[Advokatens uafhængighed] manifesterer sig ligeledes i forholdet til klienten, som aldrig må blive sin advokats arbejdsgiver.«

54 — Præmis 168 i den appellerede dom.

55 — Der er tale om professioneel statut voor de advocaat in dienstbetrekking (fagetiske regler for ansatte advokater).

indholdet af den interne advokats juridiske rådgivning berettiger ikke arbejdsgiveren til at træffe foranstaltninger over for den interne advokat eller endog at bringe arbejdsforholdet til ophør. Tvister kan enten indbringes for *Raad van Toezicht*, et fagetisk kontrolorgan, der er oprettet af advokatsammenslutningen, eller de statslige domstole.

formentlig vige tilbage for at lade hvert enkelt konflikttilfælde eskalere og dermed gang på gang på ny rejse tvivl om grundlaget for videreførelsen af deres samarbejde. Desuden er der en reel risiko for, at en intern advokat, så at sige i forudgående lydighed, giver sin arbejdsgiver juridisk rådgivning, hvis indhold er acceptabelt for denne.

64. Sådanne forholdsregler er uden tvivl forbilledlige. De styrker den interne advokats stilling inden for den virksomhed, som han er ansat i. Alligevel kan de ikke garantere, at den interne advokat har samme uafhængighed som en ekstern advokat. Papir er nemlig tålmodigt. Selv hvis en virksomhed således ved aftale forpligter sig til ikke at give sin interne advokat indholdsmæssige instrukser, kan det ikke herved sikres, at forholdet mellem den interne advokat og dennes arbejdsgiver i det daglige arbejde virkelig er uden pres og påvirkning af direkte eller indirekte art. Spørgsmålet, om en intern advokat faktisk kan yde uafhængig juridisk bistand, afhænger derimod af arbejdsgiverens adfærd og velvilje i det enkelte tilfælde.

66. Selv hvis man imidlertid antog — ligesom appellanterne — at forholdsregler som dem, der er foreskrevet efter nederlandsk ret, kan være effektive, ændrer dette intet ved den omstændighed, at den interne advokat i reglen er *økonomisk afhængig* af sin arbejdsgiver; dette emne var genstand for en heftig diskussion blandt parterne i sagen under den skriftlige og frem for alt også under den mundtlige forhandling for Domstolen<sup>56</sup>.

65. Bortset herfra er det tvivlsomt, om det i praksis virkelig er muligt at forfølge alle tilfælde, hvor en arbejdsgiver bevidst eller ubevidst rejser tvivl om en intern advokats uafhængighed. De pågældende vil nemlig

67. Det er ganske vist korrekt, at også den eksterne advokat i en vis grad er økonomisk afhængig af sin klient. Er en klient ikke tilfreds med den eksterne advokats juridiske rådgivning eller forsvar, kan klienten fratage advokaten mandatet eller i givet fald i fremtiden ikke give ham nye opgaver; i den henseende har den eksterne advokat — i modsætning til interne advokater og andre

56 — Baggrunden for denne diskussion var parternes forskellige opfattelser af »incitamentsstrukturen« (»incentive structure«) for interne og eksterne advokaters aktiviteter.

virksomhedsjurister — ikke nogen form for beskyttelse mod afskedigelse. For advokater, som i det væsentlige lever af at rådgive enkelt eller nogle få store kunder og repræsentere dem i retssager, kan dette udgøre en alvorlig risiko for deres uafhængighed.

for sin virksomhed<sup>57</sup>, vil dette i reglen antages kun være af underordnet finansiel betydning for ham og ikke ændre noget ved den økonomiske afhængighed af arbejdsgiveren. Graden af en intern advokats økonomiske afhængighed af sin arbejdsgiver er derfor i reglen betydeligt større end graden af en ekstern advokats afhængighed af sine klienter. Denne økonomiske afhængighed ændres heller ikke af den omstændighed, som nogle af parterne i sagen har fremhævet, nemlig at interne advokater er beskyttet mod afskedigelse efter arbejdsretlige bestemmelser.

68. En sådan risikosituation er og bliver imidlertid snarere undtagelsen i forbindelse med eksterne advokater og svarer ikke til den typiske erhvervsprofil af en privatpraktiserende advokat eller et uafhængigt advokatfirma. En selvstændig advokat arbejder i reglen for mange klienter, hvilket i tilfælde af en interessekonflikt mellem advokatens faglige forpligtelser og en klients mål og ønsker gør det lettere for advokaten i givet fald på eget initiativ at trække sig ud af en sag for på den måde at opretholde uafhængigheden.

70. Foruden den interne advokats økonomiske afhængighed af arbejdsgiveren er der i reglen også tale om en meget stærkere *personlig identificering* med den pågældende virksomhed og dens virksomhedspolitik og virksomhedsstrategi, end dette ville være tilfældet i forbindelse med eksterne advokater med hensyn til deres klienters økonomiske aktiviteter.

69. Det forholder sig derimod anderledes i forbindelse med den interne advokat. Som lønmodtager er han typisk — og ikke kun i undtagelsestilfælde — fuldstændig økonomisk afhængig af sin arbejdsgiver, som alene udbetaler ham hovedparten af hans indkomst i form af løn. For så vidt som de relevante nationale fagetiske regler i det hele taget tillader en intern advokat at arbejde for eksterne klienter ved siden af arbejdet som arbejdstager

71. Både den meget større økonomiske afhængighed og den betydeligt stærkere identificering med klienten — vedkommendes arbejdsgiver — taler imod, at den interne advokat omfattes af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter med hensyn

57 — Dette er navnlig tilfældet i Tyskland. Også i Nederlandene må ifølge de oplysninger, som Domstolen fik under retsmødet, en *advocaat in dienstbetrekking* arbejde for eksterne klienter.

til den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation<sup>58</sup>.

72. Den argumentation, der i denne henseende er fremført af appellanterne og de andre parter, der støtter dem, må derfor forkastes.

73. Nogle af parterne i sagen, navnlig Nederlandene og ARNOVA, har gjort gældende, at det er uforholdsmæssigt generelt at afvise at lade den virksomhedsinterne kommunikation med interne advokater være omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. De har gjort gældende, at Kommissionen så at sige som »mindre restriktivt middel« kunne undersøge i det konkrete tilfælde, om den pågældende virksomhedsjurist opfylder kravet om uafhængighed; med henblik herpå kunne den tage kontakt til de nationale myndigheder. Nederlandene og ARNOVA antager tilsyneladende, at generelle oplysninger om de erhvervsretlige bestemmelser, der gælder i den pågældende medlemsstat, i sig selv ville være tilstrækkelige til at gøre det muligt at foretage en endelig vurdering af spørgsmålet, om en virksomhedsjurist er uafhængig.

58 — Anderledes forholder det sig kun, hvis en intern advokat ved siden af sit arbejde i en virksomheds eller koncerns juridiske afdeling også arbejder for eksterne klienter, der ikke er tilknyttet hans arbejdsgiver. Hans kommunikation med sådanne eksterne klienter er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, da den interne advokat er uafhængig af dem.

74. Dette argument kan imidlertid heller ikke tiltrædes. Som allerede nævnt afhænger det helt afgørende af den konkrete praksis i det daglige arbejde i en virksomhed, om en intern advokat kan yde uafhængig juridisk bistand eller er udsat for pres og påvirkning. I denne henseende er en abstrakt betragtning af den lovgivning vedrørende interne advokaters stilling, der gælder i den pågældende medlemsstat, i sig selv ikke afgørende, da den hverken giver oplysninger om de faktiske arbejdsforhold inden for den pågældende virksomhed eller om den interne advokats økonomiske afhængighed og graden af hans personlige identificering med sin arbejdsgiver.

75. Det første anbringendes første led er derfor ubegrundet.

b) Den påståede tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet (første anbringendes andet led)

76. I første anbringendes andet led har Akzo og Akcros samt de fleste af intervenienterne fra begge instanser gjort gældende, at Retten tilsidesatte ligebehandlingsprincippet ved at behandle virksomhedsjurister anderledes end eksterne advokater med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter<sup>59</sup>.

59 — Punkt 44-48 i appelskriftet.

77. Ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling er et almindeligt retsprincip i EU-retten<sup>60</sup>, som nu også er kommet til udtryk i artikel 20 i chartret om grundlæggende rettigheder. Det samme princip kommer endvidere til udtryk i EMRK's artikel 14 og i 12. tillægsprotokol til EMRK, som nogle af parterne i sagen også har henvist til<sup>61</sup>.

78. Ifølge fast retspraksis indebærer det almindelige ligebehandlingsprincip eller princippet om forbud mod forskelsbehandling, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet<sup>62</sup>.

79. I den forbindelse skal de omstændigheder, som kendetegner forskellige situationer og dermed deres ensartede karakter, navnlig fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den retsakt, der indfører en forskellig behandling. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende retsakt henhører under, og de formål, der følges på det pågældende område<sup>63</sup>.

80. Som allerede nævnt<sup>64</sup> har princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til formål at beskytte kommunikationen mellem en klient og en advokat, der er uafhængig af denne. Det udgør på den ene side et nødvendigt led i klientens ret til forsvar og beror på den anden side på advokatens specifikke rolle som person, der »indgå[r] i retsplejen«, hvis opgave er i fuld uafhængighed og i denne overordnede interesse at yde den juridiske bistand, som klienten har behov for.

81. I modsætning til ECLA's påstand er ansættelsesforholdet som virksomhedsjurist en særdeles relevant faktor ved vurderingen af en advokats uafhængighed. Som allerede behandlet indgående<sup>65</sup>, har en ansat virksomhedsjurist — trods sin eventuelle bestilling som advokat og de dermed forbundne fagetiske forpligtelser — ikke samme grad af uafhængighed af sin arbejdsgiver, som en

60 — Dom af 20.10.2005, sag C-334/03, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 8911, præmis 24, og af 12.9.2006, sag C-300/04, Eman og Sevinger, Sml. I, s. 8055, præmis 57; i samme retning allerede dom af 12.3.1987, sag 215/85, Raiffeisen Hauptgenossenschaft, Sml. s. 1279, præmis 23, og af 19.11.1998, sag C-85/97, SFI, Sml. I, s. 7447, præmis 30.

61 — 12. tillægsprotokol til EMRK blev åbnet for undertegnelse den 4.11.2000 i Rom og trådte i kraft den 1.4.2005. Den er endnu ikke blevet undertegnet af alle medlemsstaterne i Den Europæiske Union og er kun blevet ratificeret af nogle få af dem (Spanien, Luxembourg, Nederlandene, Rumænien, Cypern og Finland); jf. den oversigt over ratifikationsstadiet, der er offentliggjort på Europarådets hjemmeside på < <http://conventions.coe.int> > (senest konsulteret den 21.2.2010). Denne lave deltagelsesgrad relativiserer protokolens betydning for afgørelsen af den foreliggende sag.

62 — Dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 95, af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 56, af 16.12.2008, sag C-127/07, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (»Arcelor-dommen«), Sml. I, s. 9895, præmis 23, og af 7.7.2009, sag C-558/07, S.P.C.M. m.fl., Sml. I, s. 5783, præmis 74.

63 — I denne retning Arcelor-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 62, præmis 26.

64 — Jf. punkt 48 og 49 i dette forslag til afgørelse.

65 — Jf. bemærkningerne vedrørende det første anbringendes første led, navnlig punkt 61-72 i dette forslag til afgørelse.

advokat, der er ansat på et eksternt advokatkontor, har over for sin klient. I de fleste tilfælde arbejder den interne advokat udelukkende eller under alle omstændigheder hovedsagelig for en enkelt »klient« — sin arbejdsgiver — mens det hører til den privatpraktiserende advokats erhvervsprofil at have en langt større og skiftende kreds af klienter og yde juridisk rådgivning »til enhver, der har behov herfor«<sup>66</sup>.

virksomhedsjurists formelle bestalling som advokat og de fagetiske forpligtelser, som en sådan advokatbestalling indebærer for ham. Derimod ændrer disse retlige rammebetingelser intet ved den interne advokats økonomiske afhængighed og betydeligt større personlige identificering med sin klient<sup>67</sup>, der også er hans arbejdsgiver. Uanset en eventuel retlig ligestilling er der således fortsat en betydelig forskel mellem privatpraktiserende advokater eller advokater, der er ansat på advokatkontorer, og interne advokater med hensyn til graden af deres afhængighed.

82. Med hensyn til den respektive grad af uafhængighed, når de yder juridisk rådgivning og repræsenterer klienter i retssager, er der derfor sædvanligvis en betydelig forskel mellem på den ene side en privatpraktiserende advokat eller en advokat, der er ansat på et advokatkontor, og på den anden side en intern advokat. På grund af sin klart mindre uafhængighed er det vanskeligere for den interne advokat effektivt at imødegå en interessekonflikt mellem sine faglige forpligtelser og virksomhedens mål og ønsker.

84. Af netop denne omstændighed har Retten sluttet uden herved at begå nogen retlig fejl, at det ikke er hensigtsmæssigt at udvide princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater. Det kan derfor ikke konkluderes, at ligebehandlingsprincippet er blevet tilsidesat.

83. I modsætning til ARNOVA's opfattelse er den nævnte forskel ikke alene uden betydning, fordi den nationale lovgiver — i den foreliggende sag den nederlandske — retligt har ligestillet eksterne advokater og interne advokater (*advocaten in dienstbetrekking*). En sådan ligestilling vedrører nemlig alene en

85. Det første anbringendes andet led er derfor også ubegrundet.

66 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 18.

67 — Jf. i denne henseende endnu en gang bemærkningerne vedrørende det første anbringendes første led, navnlig punkt 66-71 i dette forslag til afgørelse.

c) Foreløbig konklusion

a) De påståede ændringer »i det juridiske landskab« (andet anbringendes første led)

86. Da det første anbringende er ubegrundet i sin helhed, skal det andet anbringende, som subsidiært er gjort gældende, nu undersøges.

88. De ændringer i »det juridiske landskab«, som appellanterne har henvist til, vedrører på den ene side interne advokaters stilling i medlemsstaternes retssystemer og på den anden side moderniseringen af bestemmelserne om behandling af kartelsager ved forordning nr. 1/2003.

2. Den påståede nødvendighed af at udvide princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter (andet anbringende)

i) Interne advokaters stilling i de nationale retssystemer

87. Med det andet anbringende har Akzo og Akcros gjort gældende, at Retten ved fastlæggelsen af anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter ikke tog hensyn til den betydelige udvikling i »det juridiske landskab«, som gjorde det nødvendigt at tage retspraksis i AM&S-sagen op til fornyet vurdering, også for at forhindre risikoen for en tilsidesættelse af retten til forsvar og retssikkerhedsprincippet. I forbindelse med dette anbringende støttes de af mange af intervenienterne i første instans og i appelsagen.

89. Hvad indledningsvis angår den stilling, som virksomhedsjurister generelt og interne advokater i særdeleshed har i de nationale retssystemer, er der blandt parterne i sagen enighed om, at de relevante bestemmelser i de nu 27 medlemsstater i Den Europæiske Union er meget forskellige; specielt med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter kan der ikke konstateres en generel tendens i retning af at ligestille interne advokater med privatpraktiserende advokater. ECLA har udtrykt dette særligt prægnant: »Der er intet ensartet svar i alle medlemsstater på spørgsmålet, om virksomhedsjurister er omfattet af om princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem

advokater og klienter«<sup>68</sup>. På samme måde taler appellanterne selv om »manglen på en ensartet tendens på nationalt plan«<sup>69</sup>.

mener, at Retten med urette gjorde en videreudvikling af denne retspraksis afhængig af en tendens blandt flertallet af medlemsstaterne.

90. Retten er enig i denne vurdering. Den konstaterer, at »det ikke er muligt at fastslå nogen entydig linje eller et klart flertal til støtte herfor i medlemsstaternes lovgivninger«. På grundlag af bl.a. denne konstatering afviser Retten at bane vejen for en »[udvidelse] af det personelle anvendelsesområde for beskyttelse af fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter ud over, hvad Domstolen har fastsat i AM&S-dommen«<sup>70</sup>.

92. Med henblik på at besvare dette klagepunkt skal jeg indledningsvis bemærke, at Den Europæiske Unions Domstol — der omfatter Domstolen, Retten og et antal specialretter — sikrer overholdelse af lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaterne (artikel 19, stk. 1, TEU<sup>71</sup>). Af Fællesskabets (nu: Unionens) karakter af retsfællesskab har Domstolen allerede tidligt udledt, at der på dets kompetenceområde må gælde visse retsstatsprincipper og en passende beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, også selv om de ikke eller endnu ikke er nedfældet skriftligt<sup>72</sup>.

91. Appellanterne og mange andre parter i sagen er derimod af den opfattelse, at allerede ændringerne i nogle få medlemsstaters lovgivninger, hvor interne advokater er blevet omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, giver anledning til at ændre retspraksis fra AM&S-sagen på EU-plan. De

93. For så vidt som Domstolen med henvisning til medlemsstaternes lovgivninger besvarer spørgsmålet, om der foreligger eller ikke foreligger et almindeligt retsprincip,

68 — På originalsproget: »[t]here is no uniform answer to the question of privilege of in-house lawyers in all Member States« (punkt 52 i ECLAs svarskrift).

69 — På originalsproget: »lack of uniform tendency at national level« (punkt 52 i Akzos og Akros' appelskrift).

70 — Præmis 170, sammenholdt med præmis 177 i den appelerede dom.

71 — Jf. i samme retning allerede artikel 220, stk. 1, EF og EØF-traktatens artikel 164.

72 — Jf. f.eks. — vedrørende tilbagekaldelse af begunstigende forvaltningsakter — dom af 12.7.1957, forenede sager 7/56 og 3/57-7/57, Algera m.fl. mod Den Fælles Forsamling for EKSF (»Algera-dommen«), Sml. 1954-1964, s. 45, org.ref.: Rec. s. 81, og — vedrørende beskyttelse af de grundlæggende rettigheder på EU-plan — dom af 17.12.1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Sml. 1970, s. 235, org.ref.: Rec. s. 1125, præmis 4.



baserer den sig i reglen på medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner<sup>73</sup> eller de retsgrundsætninger, der er fælles for medlemsstaterne<sup>74</sup>.

94. En sådan henvisning til fælles forfatnings-traditioner eller retsprincipper forudsætter ikke nødvendigvis, at der skal være tale om en entydig linje eller et klart flertal til støtte herfor i medlemsstaternes lovgivninger. Det afgørende er derimod en *vurderende sammenligning* af retssystemerne, hvor der også tages behørigt hensyn til Den Europæiske Unions mål og opgaver samt den særlige karakter af den europæiske integration og EU-retten<sup>75</sup>.

95. På denne baggrund er det på ingen måde udelukket, at også et retsprincip, som kun er kendt eller for den sags skyld fast forankret i et mindretal af de nationale retssystemer, af EU's retsinstanser identificeres som en del af

EU-retten. Dette er navnlig tilfældet, når dette retsprincip er af særlig relevans i betragtning af EU-rettens særegenheder, Unionens mål og opgaver og dens institutioners aktiviteter<sup>76</sup>, eller hvis det svarer til en stigende tendens.

96. Domstolen anerkendte således for ganske nylig princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder som et almindeligt retsprincip i EU-retten<sup>77</sup>, selv om der på daværende tidspunkt ikke syntes at være tale om en entydig linje eller et klart flertal til støtte herfor i de nationale lovgivninger eller i medlemsstaternes forfatningsret<sup>78</sup>. Det pågældende princip var imidlertid i overensstemmelse med en specifik opgave, der påhviler Unionen ved bekæmpelsen af forskelsbehandling (artikel 19 TEU, tidligere artikel 13 EF), og var desuden blevet konkretiseret af EU-lovgiveren i form af et direktiv<sup>79</sup>; det var

73 — Jf. f.eks. Internationale Handelsgesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 72, præmis 4, dom af 14.5.1974, sag 4/73, Nold mod Kommissionen, Sml. s. 491, præmis 13, af 13.12.1979, sag 44/79, Hauer, Sml. s. 3727, præmis 15, af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859, præmis 13, af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 45, og af 19.1.2010, sag C-555/07, Küçükdeveci, Sml. I, s. 365, præmis 20.

74 — Jf. f.eks. Algera-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 72, s. 118, AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 18-21, og dom af 9.9.2008, forenede sager C-120/06 P og C-121/06 P, FIAMM og FIAMM Technologies mod Rådet og Kommissionen (»FIAMM-dommen«), Sml. I, s. 6513, præmis 170, 171 og 176.

75 — I denne retning f.eks. Internationale Handelsgesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 72, præmis 4, og generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 20.2.2008 i FIAMM-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 74, punkt 55 og 56.

76 — I samme retning generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse i FIAMM-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 74, punkt 55 og 56.

77 — Dom af 22.11.2005, sag C-144/04, Mangold, Sml. I, s. 9981, præmis 75, og Küçükdeveci-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 73, præmis 21.

78 — Forbuddet mod forskelsbehandling på grund af alder er navnlig forankret i artikel 6 i den finske forfatning og — specielt for arbejdslivet — i artikel 59, stk. 1, i den portugisiske forfatning.

79 — Rådets direktiv 2000/78/EF af 27.11.2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (EFT L 303, s. 16); jf. i denne henseende Küçükdeveci-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 73, præmis 21.

desuden udtryk for en nyere tendens inden for beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder på EU-plan, som alle medlemsstater i fællesskab havde givet udtryk for i forbindelse med den højtidelige proklamation af chartret om grundlæggende rettigheder (jf. navnlig artikel 21)<sup>80</sup>, efter at medlemsstaternes stats- og regeringschefer forinden havde givet deres tilslutning på Det Europæiske Råds møde i Biarritz (oktober 2000).

97. Retten til aktindsigt, som nogle af parterne i sagen har henvist til under retsmødet, og som EU's retsinstanser har anerkendt i forbindelse med de kartelsager, som Kommissionen har gennemført i sin egenskab af konkurrencemyndighed<sup>81</sup>, har muligvis heller ikke været kendt i denne form i alle medlemsstaterne. Grunden hertil kunne være, at nogle medlemsstater tidligere slet ikke havde egne konkurrencemyndigheder, og at konkurrencemyndighederne andre steder kun optrådte som anklagere ved domstolene. Kommissionen har derimod fået overdraget både at foretage undersøgelser og træffe den beslutning, der danner afslutningen på proceduren; i en administrativ procedure med denne udformning er retten til aktindsigt en væsentlig del af retten til forsvar og dermed

udtryk for en grundlæggende processuel garanti i en retsstat. Det var derfor logisk, at EU's retsinstanser anerkendte retten til aktindsigt på europæisk plan.

98. Med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, der er omtvistet i denne sag, ses der ikke at foreligge nogen tilsvarende omstændigheder, som ville tale for at udforme EU-retten på grundlag af retsstillingen i et mindretal af medlemsstaterne. Udvidelsen af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater kan ikke begrundes i særlige forhold i forbindelse med Europa-Kommissionens opgaver eller aktiviteter som konkurrencemyndighed og svarer på nuværende tidspunkt heller ikke til en stigende tendens i medlemsstaterne, hverken på konkurrenceområdet eller på andre områder.

80 — Dette fremgår nu også udtrykkeligt af Küçükdeveci-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 73, præmis 22.

81 — Af grundlæggende betydning i denne henseende er Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 54, af 18.12.1992, forenede sager T-10/92 – T-12/92 og T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2667, præmis 38, og af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 29 und 30, stadfæstet ved Domstolens dom af 6.4.1995, sag C-310/93 P, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865.

99. Indledningsvis adskiller Europa-Kommissionens opgaver, beføjelser og aktiviteter generelt som konkurrencemyndighed sig i kartelsager ikke grundlæggende fra medlemsstaternes konkurrencemyndigheders; navnlig Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i forbindelse med kontrolundersøgelser er endog mindre omfattende end mange

nationale myndigheders<sup>82</sup>. Hvis langt de fleste medlemsstater derfor ikke har behov for at nægte konkurrencemyndighederne adgang til kommunikationen mellem en virksomhed og dens interne advokat, kan det antages, at der heller ikke på EU-plan er et tvingende behov for at udvide princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

100. Hvad herefter angår den nylige udvikling i de nationale retssystemer kan der fortsat ikke identificeres en klar — og endnu mindre en stigende — tendens i retning af en beskyttelse af den virksomheds- og koncerninterne kommunikation med interne advokater.

101. I et betydeligt antal af de nu 27 medlemsstater i Den Europæiske Union kan virksomhedsjurister fortsat ikke opnå bestalling som advokater<sup>83</sup>; i de allerfleste af disse medlemsstater indebærer dette automatisk, at den virksomhedsinterne kommunikation med

sådanne jurister ikke er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter<sup>84</sup>.

102. I nogle andre medlemsstater kan retsstillingen med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter ikke anses for tilstrækkeligt sikret for interne advokater, da der i denne henseende enten mangler specifikke bestemmelser eller endnu ikke findes nogen fast retspraksis eller administrativ praksis<sup>85</sup>. I visse tilfælde synes den nationale lovgivning, administrative praksis eller retspraksis da også snarere at være baseret på

82 — Som drøftet under retsmødet har Kommissionen navnlig ingen beføjelse til at anvende direkte tvang på grundlag af artikel 14 i forordning nr. 17 eller artikel 20 og 21 i forordning nr. 1/2003.

83 — Dette er navnlig tilfældet i Bulgarien, Tjekkiet, Estland, Grækenland, Frankrig, Italien, Cypern, Luxembourg, Ungarn, Østrig, Rumænien, Slovenien, Slovakiet, Finland og Sverige. Specielt vedrørende retsstillingen i Cypern skal det bemærkes, at selv om *practising advocates* (privatpraktiserende advokater) har lov til at være medlemmer af en virksomheds *board of directors*, må de ikke arbejde som *employees* (ansatte) eller *managing directors* i denne virksomhed.

84 — Selv om tysk ret giver virksomhedsjurister mulighed for at opnå bestalling som advokater (såkaldte »Syndikusanwälte«), omfatter den dem ikke af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter med hensyn til den virksomhedsinterne kommunikation med deres arbejdsgiver. Omvendt synes virksomhedsjurister i Grækenland under visse omstændigheder at være omfattet af en forholdsvis omfattende tavshedspligt vedrørende forretningshemmeligheder, selv om de ikke har mulighed for at opnå bestalling som advokater.

85 — Danmark, Spanien, Letland, Litauen, Malta og Rumænien falder ind under denne kategori. Desuden er retsstillingen på nuværende tidspunkt særdeles uklar i Belgien. Specifikke bestemmelser om erhvervet som *juristes d'entreprise* (virksomhedsjurister), der er undergivet visse fagetske forpligtelser, hvis de er registreret hos *Institut des juristes d'entreprise* (IJE — sammenslutning af virksomhedsjurister), har ganske vist været i kraft i Belgien siden 2000. Den tavshedspligt vedrørende forretningshemmeligheder, der finder anvendelse på de belgiske *juristes d'entreprise*, synes imidlertid — navnlig i betragtning af en manglende henvisning i artikel 5 i loven af 1.3.2000 til artikel 458 i den belgiske code pénal (straffelov) — at være mindre omfattende end den tavshedspligt vedrørende forretningshemmeligheder, der gælder for *avocats* (advokater), og synes desuden af den belgiske konkurrencemyndighed (*Auditoriat du Conseil de la concurrence*) på nuværende tidspunkt ikke at blive anerkendt som en beskyttelse for den virksomhedsinterne kommunikation med virksomhedsjurister (jf. i denne henseende P. Marchandise og S. Sabbe, »Akzo »op zijn Belgisch«: de renaissance van het surrealisme?«, *TBM-RCB* 2009, s. 54; J. Cattaruzza, »Reactie IBJ op het gewijzigd standpunt van het Auditoriaat inzake vertrouwelijkheid adviezen bedrijfsjurist«, *TBM-RCB* 2008, s. 42); spørgsmålet afventer præcisering i belgisk retspraksis.

de løsninger, der er fundet på EU-plan, end omvendt<sup>86</sup>.

nogle få andre medlemsstater — bl.a. Nederlandene —<sup>88</sup>, men der er absolut ikke tale en ny udvikling, der udgør en stigende tendens blandt medlemsstaterne. De lovændringer på nationalt plan<sup>89</sup>, der har fundet sted efter AM&S-dommen, og hvor princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter er blevet udvidet til visse virksomhedsjurister, forekommer mig ligeledes at være alt for isolerede til, at der kan tales om en klar tendens.

103. Kun i et lille mindretal af de 27 medlemsstater er den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med virksomhedsjurister også omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Der er i den forbindelse tale om et fænomen, der er begrænset til det angelsaksiske område<sup>87</sup> og

104. På denne baggrund er jeg af den opfattelse, at retsstillingen i de nu 27 medlemsstater i Den Europæiske Union heller ikke ca. 28 år efter AM&S-dommen har videreudviklet sig på en sådan måde, at der — i dag eller inden for en overskuelig fremtid — på EU-plan kræves en ændring af retspraksis, således at princippet om beskyttelse af fortroligheden i

86 — Dette synes at være tilfældet i f.eks. Finland og Slovenien. Også i Belgien kan konkurrencemyndighedens nuværende opfattelse (jf. fodnote 85) i sidste instans forklares ved, at de har hentet inspiration i retspraksis ved EU's retsinstanser, navnlig Rettens her appellerede dom i de forenede sager T-125/03 og T-253/03.

87 — Dette omfatter Det Forenede Kongerige og Irland, men ikke Cypern (jf. fodnote 83); i Malta synes retsstillingen uklar. Det kan tilføjes, at princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter i nogle tredjelande i det angelsaksiske område, navnlig i Amerikas Forenede Stater, under visse omstændigheder ligeledes udvides til virksomhedsjurister (jf. i denne henseende grundlæggende USA's højesterets dom af 13.1.1981, *Upjohn mod De Forenede Stater*, 449 U.S. 383, 1981; jf. også *V.S. Walkowiak*, »Attorney-client privilege in civil litigation«, *American Bar Association*, Illinois, 2008, s. 7). Dette synes imidlertid ikke at være en ubrudt tendens i det angelsaksiske område; således synes f.eks. den australske forbundsdomstol trods en principiel anerkendelse af »legal professional privilege for in-house counsel« i den senere tid i stigende grad at sætte spørgsmålstegn ved virksomhedsjuristers uafhængighed (jf. *Federal Court of Australia*, kendelse af 12.9.2007, *Telstra v Minister for Communications, Information Technology and the Arts* [No 2] [2007] FCA 1445, og af 13.12.2007, *Rich v Harrington* [2007] FCA 1987).

88 — Foruden Nederlandene er der navnlig tale om Grækenland, Portugal og Polen. Med hensyn til Polen skal det bemærkes, at polsk ret anerkender et særligt erhverv, kaldet *radcowie prawni* (juridisk rådgiver), hvis medlemmer er undergivet lignende fagetiske forpligtelser som *advokaci* (advokater); såfremt de er ansat som virksomhedsjurister, er de omfattet af en lignende tavshedspligt vedrørende forretningshemmeligheder som princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

89 — Jf. navnlig Nederlandene og Polen. Den nuværende retsstilling i Belgien er ligeledes baseret på en nyere lov, selv om den som nævnt er uklar på nuværende tidspunkt (jf. fodnote 85). I Frankrig droftes en »*réforme des professions du droit*« (reform af de juridiske erhverv) (jf. i denne henseende bl.a. rapporten fra den såkaldte *Darros-kommission*, som blev forelagt den franske præsident den 8.4.2009), selv om dette endnu ikke ser ud til at have udmøntet sig i en ændring af den gældende retsstilling med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter eller blot i et lovforslag.

korrespondancen mellem advokater og klienter anerkendes for interne advokater.

105. Hertil kommer, at også EU-lovgiveren for nylig har udsendt signaler, som snarere taler imod en ligestilling af privatpraktiserende advokater og interne advokater med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Dette blev under retsmødet drøftet indgående med parterne i sagen.

106. Selv om der i forbindelse med lovgivningsprocedurerne med henblik på moderniseringen af EU-bestemmelserne om behandling af kartelsager (forordning nr. 1/2003) og ændringen af EF-fusionsforordningen (forordning nr. 139/2004) af medlemmer af Europa-Parlamentet blev fremsat forslag, som havde til formål at udvide princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til virksomhedsjurister<sup>90</sup>, blev disse forslag i sidste instans ikke overtaget af lovgiveren<sup>91</sup>.

90 — Med hensyn til forordning nr. 1/2003, jf. parlamentsdokument A5-0229/2001 endelig (Evans-betænkning) med ændringsforslag 10 til artikel 14, stk. 3, i Kommissionens forordningsforslag KOM(2000) 582 endelig; med hensyn til forordning nr. 139/2004, jf. parlamentsdokument A5-0257/2003 endelig (Della Vedova-betænkning) med ændringsforslag 5 til betragtning 34 og ændringsforslag 25 til artikel 13, stk. 1, i Kommissionens forordningsforslag KOM(2002) 711 endelig.

91 — Med hensyn til forordning nr. 1/2003 vedtog Parlamentets plenarforsamling ikke de forslag, som medlemmerne havde stillet. Med hensyn til forordning nr. 139/2004 blev ændringsforslagene ganske vist vedtaget af Parlamentet, men blev ikke overtaget af Rådet i forordningen.

107. I modsætning til ECLA's opfattelse kan EU-lovgiverens forestillinger, der kommer til udtryk på denne måde, ikke lades ude af betragtning, blot fordi de — i det mindste til dels — kunne være baseret på retspolitiske overvejelser<sup>92</sup>. Tværtimod: Netop når Domstolen opfordres til at videreudvikle EU-retten ved at anerkende almindelige retsprincipper, kan den ikke se bort fra retspolitisk motiverede udtalelser fra EU's institutioner.

108. I modsætning til den opfattelse, som appellanterne og nogle af de andre parter i sagen har givet udtryk for, kan der heller ikke af de to direktiver, der tager sigte på at gøre det lettere at udøve advokaterhvervet, udledes noget, som nødvendigvis ville tale for en ligestilling af selvstændige advokater og interne advokater med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

109. Det er ganske vist korrekt, at direktiv 98/5<sup>93</sup> i henhold til artikel 1, stk. 3, finder både anvendelse på advokater, der udøver virksomhed som selvstændige, og på advokater, der udøver virksomhed som lønmodtagere. Ifølge dette direktivs artikel 8 kan en advokat, der er registreret i et værtsland under hjemlandets advokattitel, udøve advokatvirksomhed som lønmodtager hos en anden advokat, hos en advokatsammenslutning

92 — På processproget: »policy considerations«.

93 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/5/EF af 16.2.1998 om lettelse af adgangen til varig udøvelse af advokaterhvervet i en anden medlemsstat end den, hvor beskikelsen er opnået (EFT L 77, s. 36).

eller i et advokatselskab eller i en offentlig eller privat virksomhed, i det omfang værtslandet giver advokater, der er registreret under værtslandets advokattitel, ret hertil. Dermed præciseres det imidlertid kun, at en medlemsstat, hvis retssystem anerkender interne advokater, ikke må udelukke advokater fra andre medlemsstater fra denne form for erhvervsudøvelse. Denne bestemmelse indebærer på ingen måde, at selvstændige advokater og interne advokater efter EU-lovgivers opfattelse har samme grad af uafhængighed.

110. Allerede direktiv 77/249<sup>94</sup> indeholdt i øvrigt en henvisning til »advokater, der er lønmodtagere i henhold til en arbejdskontrakt med en offentlig eller privat virksomhed«. Domstolen henviste endog udtrykkeligt til sidstnævnte direktiv i AM&S-dommen, men udledte ikke heraf, at interne advokater også er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter<sup>95</sup>.

111. Alt i alt taler ingen af de to advokatdirektiver således for en udvidelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til interne advokater.

112. Endelig drøftedes under den mundtlige forhandling for Domstolen EU-rettens bestemmelser til bekæmpelse af hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme, hvor der udtrykkeligt anerkendes en tavshedspligt for »selvstændige inden for de juridiske erhverv«<sup>96</sup>. Akzo forstår denne bestemmelse således, at også interne advokater er omfattet heraf. Præambelen til direktiv 2005/60, hvori der henvises til de »selvstændige inden for de juridiske erhverv, som defineret af medlemsstaterne«<sup>97</sup>, kunne ved første øjekast tale herfor. Dette modsiges imidlertid af rekommandationerne fra den såkaldte *Financial Action Task Force* (FATF)<sup>98</sup>, som Kommissionen har henvist til, og som skal tages i betragtning ved fortolkningen af det pågældende direktiv; det fremgår udtrykkeligt heraf, at ansatte virksomhedsjurister ikke er omfattet af den personkreds, som

94 — Jf. navnlig artikel 2 og artikel 6 i Rådets direktiv 77/249/EØF af 22.3.1977 om lettelse med henblik på den faktiske gennemførelse af advokaters fri udveksling af tjenesteydelser (EFT L 78, s. 17).

95 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 26.

96 — Artikel 23, stk. 2, sammenholdt med artikel 2, stk. 1, nr. 3), litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/60/EF om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme (EUT L 309, s. 15); i samme retning allerede artikel 6, stk. 3, andet afsnit, sammenholdt med artikel 2a, nr. 5, i Rådets direktiv 91/308/EØF af 10.6.1991 om forebyggende foranstaltninger mod anvendelse af det finansielle system til hvidvaskning af penge (EFT L 166, s. 77), som ændret ved direktiv 2001/97/EF (EFT L 344, s. 76); jf. i denne henseende også dommen i sagen *Ordre des barreaux francophones et germanophone* m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 30.

97 — 19. betragtning til direktiv 2005/60.

98 — FATF (eller *Groupe d'action financière*, GAFI) er et mellemstatsligt organ, der blev oprettet i Paris i 1989 af de daværende »G7«-lande og i mellemtiden er vokset til 35 medlemmer, heriblandt Europa-Kommissionen.

forpligtelserne gælder for<sup>99</sup>. Den foreliggende sag er ganske givet ikke den rette ramme for en endelig stillingtagen til fortolkningen af direktiv 2005/60. I den sammenhæng, der er relevant i denne forbindelse, er det imidlertid tilstrækkeligt at konkludere, at der under ingen omstændigheder af EU-rettens bestemmelser om hvidvaskning af penge og finansiering af terrorisme kan udledes et klart signal til fordel for en udvidelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til interne advokater.

113. På denne baggrund må den argumentation, der er fremført af appellanterne og de andre parter i sagen, der støtter dem, og hvormed de har gjort en ændring i »det juridiske landskab« med hensyn til interne advokaters stilling gældende, derfor forkastes.

ii) Modernisering af bestemmelserne om behandling af kartelsager ved forordning nr. 1/2003

114. Med henvisning til præmis 172 og 173 i den appellerede dom har appellanterne nævnt endnu en begrundelse for, at princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter skal udvides til den virksomheds- eller

koncerninterne kommunikation med en intern advokat: Moderniseringen af bestemmelserne om behandling af kartelsager ved forordning nr. 1/2003 medfører således et stigende behov for juridisk rådgivning internt i virksomheden, hvis præventive funktion med hensyn til at forhindre overtrædelser af kartelreglerne ikke må undervurderes. Den juridiske rådgivning fra interne advokater er navnlig værdifuld i forbindelse med de daglige aktiviteter i virksomheden, da den kan fås hurtigere og billigere og er baseret på et indgående kendskab til den pågældende virksomhed og dens aktiviteter. Derudover har flere af parterne i sagen henvist til den stigende betydning af såkaldte »compliance-programmer« inden for virksomheder, som skal sikre, at disse handler retmæssigt og i overensstemmelse med reglerne.

115. Efter mange procesdeltageres opfattelse forudsætter en effektiv juridisk rådgivning internt i virksomheden og vellykkede compliance-programmer, at der er mulighed for en uhindret virksomheds- eller koncernintern kommunikation i fortrolighed med interne advokater. I modsat fald vil virksomhedens ledelse afholde sig fra at betro en intern advokat følsomme oplysninger, og desuden vil den interne advokat være fristet til snarere at give mundtlige end skriftlige oplysninger til skade for kvaliteten og nytten af den juridiske rådgivning.

99 — Fortolkningsnoterne er indeholdt i de såkaldte »40 Recommendations«, som FATF offentliggjorde i 2003 (tilgængelige på < <http://www.fatf-gafi.org> >, senest besøgt den 10.2.2010). Under litra e) i det deri indeholdte glossar fremgår det, at *employees* (ansatte) ikke er omfattet af begrebet »Designated non-financial businesses and professions«.

116. Hertil vil jeg indledningsvis bemærke, at lovændringerne med hensyn til omfanget af Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser som led i moderniseringen af bestemmelserne om behandling af kartelsager endnu ikke fandt anvendelse på den omtvistede ransagning i Akzos og Akcros' lokaler. Kontrolundersøgelsen fandt nemlig sted i begyndelsen af 2003 og var derfor ikke omfattet af det tidsmæssige anvendelsesområde for forordning nr. 1/2003, der trådte i kraft den 1. maj 2004 (jf. i denne henseende forordningens artikel 45, stk. 2). Alligevel bør argumentationen, som er støttet på de nye bestemmelser om behandling af kartelsager, ikke afvises alene med henvisning til det tidsmæssige anvendelsesområde for forordning nr. 1/2003. Mængden af virksomheds- eller koncernintern rådgivning kan nemlig også være øget allerede inden indførelsen af det nye system.

117. Med hensyn til realiteten taler imidlertid i sidste instans hverken den stigende betydning af interne advokater eller den ubestridelige nytte af deres juridiske rådgivning — også netop i systemet i forordning nr. 1/2003 — for, at den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med dem omfattes af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. En udvidelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til interne advokater kan heller ikke begrundes med den blotte henvisning til deres indgående kendskab til den pågældende virksomhed og dens aktiviteter.

118. Tværtimod viser den interne advokats fortrolighed med sin arbejdsgiver, hvilket nogle af parterne i sagen har henvist til, sig at være et tvægget sværd: På den ene side betyder denne fortrolighed, at en intern advokat ikke hver gang på ny behøver at bruge meget tid på at sætte sig ind i de pågældende sager og har mulighed for at opbygge et tillidsforhold til sine interne samtalepartnere. På den anden side er det netop denne nære placering i forhold til den pågældende virksomhed og dens aktiviteter, der rejser alvorlig tvivl om den interne advokats uafhængighed<sup>100</sup>. Han har ikke den nødvendige afstand til klienten — sin arbejdsgiver — som ville være kendetegnende for en virkelig uafhængig juridisk rådgivning.

119. Når en virksomhed henvender sig til sin interne advokat, kommunikerer den i sidste instans ikke med en neutral tredjemand, men med en person, der indgår i dens egen medarbejderstab, trods alle de fagetiske forpligtelser, den pågældende er undergivet i kraft af sin advokatbestalling. En sådan »intern« kommunikation fortjener ikke at blive omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, uanset hvor ofte den forekommer, og hvor stor betydning og nytte den har for virksomheden.

<sup>100</sup> — Vedrørende uafhængighed henviser jeg i øvrigt til bemærkningerne vedrørende det første anbringende, navnlig punkt 61-72 i dette forslag til afgørelse.



120. Virksomheders compliance-programmer, som mange af parterne i sagen har henviset til, medfører heller ikke et andet resultat. Som Kommissionen uden at blive modsagt har anført, er en stor del af den juridiske rådgivning internt i virksomheden, der finder sted som led i compliance-programmer, af generel karakter og har ingen konkret forbindelse til den nuværende eller fremtidige udøvelse af retten til forsvar. Den kommunikation, der finder sted mellem en virksomhed og dens interne advokat »med henblik på compliance«, opfylder derfor i reglen slet ikke den første betingelse i AM&S-dommen<sup>101</sup>. Retten har derfor med rette anført, at denne form for juridisk rådgivning internt i virksomheden »ikke [har] direkte relevans« for problematikken i forbindelse med princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter<sup>102</sup>.

121. På denne baggrund kan en henvisning til fordelene ved og betydningen af juridisk rådgivning internt i virksomheden og til reformen af procedurereglerne ved forordning nr. 1/2003 derfor i sidste instans heller ikke begrunde, at retspraksis i AM&S-sagen opgives.

101 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 21 og 23; jf. også dommen i sagen *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl.*, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 32 og 35, hvor sammenhængen mellem princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter på den ene side og førelsen af retssager og forberedelsen heraf på den anden side understreges; jf. endvidere mine bemærkninger vedrørende det første anbringende (punkt 54 i dette forslag til afgørelse).

102 — Præmis 172 (in fine) i den appellerede dom.

b) Den påståede tilsidesættelse af retten til forsvar og retssikkerhedsprincippet (andet anbringendes andet led)

122. Appellanterne og endvidere nogle af intervenienterne i første instans og i appelsagen har understreget, at det er i strid med retten til forsvar ikke at omfatte den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med en intern advokat af beskyttelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Derudover er en sådan praksis også i strid med retssikkerhedsprincippet.

i) Retssikkerhedsprincippet med hensyn til retten til forsvar

123. Akzo og Akcros har baseret deres klagepunkt på retten til forsvar sammenholdt med retssikkerhedsprincippet. De har henvist

til, at artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF) i den europæiske konkurrenceret ofte finder anvendelse parallelt med tilsvarende bestemmelser i national ret (jf. i denne henseende artikel 3 i forordning nr. 1/2003). De har anført, at beskyttelsen af kommunikationen med interne advokater ikke må afhænge af, om kontrolundersøgelser foretages af Kommissionen eller af en national konkurrencemyndighed.

124. Retssikkerhedsprincippet er et almindeligt og grundlæggende retsprincip i EU-retten<sup>103</sup>. Dette princip kræver navnlig, at retsregler, som har bebyrdende retsvirkninger for borgerne, skal være klare og præcise og deres anvendelse forudsigelig for borgerne<sup>104</sup>. Borgerne skal med andre ord ikke være i tvivl om deres rettigheder og pligter og skal kunne handle derefter<sup>105</sup>.

125. Overført til den foreliggende sammenhæng betyder dette, at virksomheder, hvis lokaler ransages af en konkurrencemyndighed i forbindelse med kartelundersøgelser, skal være klar over, om de med hensyn til en virksomheds- eller koncernintern kommunikation med interne advokater kan påberåbe sig princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter eller ej.

126. Den relevante EU-ret opfylder disse betingelser. Således som den er fortolket i den allerede behandlede retspraksis i AM&S-sagen<sup>106</sup>, gælder det, at den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater *ikke* er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Der er ingen retlig usikkerhed i denne henseende.

127. Hvad angår samspillet mellem Europa-Kommissionens undersøgelser og undersøgelser på nationalt plan er forordning nr. 17, ligesom forordning nr. 1/2003, baseret på en klar afgrænsning mellem konkurrencemyndighedernes kompetencer. En ransagning bliver pålagt og gennemført af enten Kommissionen eller af en national konkurrencemyndighed. Det fremgår altid klart af ransagningskendelsen (fuldmagt), som skal fremlægges skriftligt for virksomheden, hvilken myndighed der har pålagt ransagningen (artikel 14, stk. 2 og 3, i forordning nr. 17 eller artikel 20, stk. 3 og 4, i forordning nr. 1/2003).

128. Hvis Kommissionen gennemfører en kontrolundersøgelse, retter reglerne herfor sig efter EU-retten; hvis en national myndighed gennemfører en kontrolundersøgelse, retter reglerne herfor sig efter national ret (dette fremgår nu udtrykkeligt af artikel 22,

103 — Dom af 14.4.2005, sag C-110/03, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2801, præmis 30, af 12.2.2008, sag C-2/06, Kemper, Sml. I, s. 411, præmis 37, og af 10.9.2009, sag C-201/08, Plantanol, Sml. I, s. 8343, præmis 43 og 44.

104 — Dom af 14.1.2010, sag C-226/08, Stadt Papenburg, Sml. I, s. 131, præmis 45; i samme retning dom af 15.2.1996, sag C-63/93, Duff m.fl., Sml. I, s. 569, præmis 20, og af 7.6.2007, sag C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4405, præmis 79.

105 — Dom af 21.6.2007, sag C-158/06, ROM-proiecten, Sml. I, s. 5103, præmis 25, og af 10.3.2009, sag C-345/06, Heinrich, Sml. I, s. 1659, præmis 44.

106 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32; jf. i denne henseende mine bemærkninger vedrørende første anbringende (punkt 52-75 i dette forslag til afgørelse).

stk. 2, i forordning nr. 1/2003<sup>107</sup>). Dette omfatter også de respektive regelsæt om principper om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

129. Repræsentanter for de nationale konkurrencemyndigheder kan ganske vist bistå Kommissionen, når den gennemfører en kontrolundersøgelse (artikel 14, stk. 5 og 6, i forordning nr. 17 eller artikel 20, stk. 5 og 6, i forordning nr. 1/2003), ligesom Kommissionens repræsentanter omvendt kan deltage i kontrolundersøgelser, der gennemføres af de nationale kontrolmyndigheder (artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 17 eller artikel 22, stk. 2, andet punktum, i forordning nr. 1/2003). Dette ændrer imidlertid intet ved kompetencefordelingen med hensyn til at pålægge og gennemføre kontrolundersøgelsen og ved de bestemmelser, der finder anvendelse, herunder bestemmelserne vedrørende princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

130. Dermed er retssikkerhedsprincippet med hensyn til retten til forsvar overholdt, navnlig med hensyn til de bestemmelser vedrørende princippet om beskyttelse af

fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, der finder anvendelse i forbindelse med ransagninger.

131. Appellanterne har gjort gældende, at et og samme interne virksomhedsdokuments skæbne ikke må afhænge af, om det er en national konkurrencemyndighed eller Kommissionen, der forsøger at medtage det under en ransagning.

132. Selv om der med denne indsigelse gives udtryk for en absolut forståelig bekymring, er den ikke desto mindre ikke holdbar i retlig henseende.

133. Hverken retssikkerhedsprincippet eller retten til forsvar kræver, at EU-retten og den nationale lovgivning fastsætter de samme standarder på deres respektive anvendelsesområde og dermed sikrer den samme beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. De almindelige retsprincipper i EU-retten og beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, der er sikret på EU-plan, kan kun gælde inden for EU-rettens anvendelsesområde<sup>108</sup>. Omvendt kan

107 — Jf. endvidere femte betragtning til forordning nr. 1/2003, hvorefter der skal føres »det krævede bevis« for, at der foreligger en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og 82 EF (nu artikel 101, stk. 1, TEUF og 102 TEUF), idet de nationale regler om krav til bevisstyrken ikke berøres.

108 — I denne retning artikel 51, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder samt dom af 12.12.2002, sag C-442/00, Rodríguez Caballero, Sml. I, s. 11915, præmis 31, Mangold-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 77, præmis 75, og dom af 23.9.2008, sag C-427/06, Bartsch, Sml. I, s. 7245, præmis 15 og 25.

nationale retsprincipper og beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder på nationalt plan ikke række ud over de nationale kompetencer.

134. Det ville absolut forenkle retsstillingen, hvis de procedureregler, der gælder for ransagninger på konkurrenceområdet, og de dertil hørende bestemmelser vedrørende princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter blev samordnet på EU-plan. En sådan fuldstændig harmonisering findes imidlertid ikke på EU-rettens nuværende udviklings-trin. Om en sådan bør tilvejebringes, er et retspolitisk spørgsmål, som det alene påhviler EU-lovgiveren at vurdere; de berørte virksomheder kan under ingen omstændigheder selv tilvejebringe denne harmonisering ved at påberåbe sig retten til forsvar og retssikkerhedsprincippet<sup>109</sup>.

135. Endelig har appellanterne anført med støtte bl.a. fra Irland, at et princip om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, der på nationalt plan finder anvendelse på den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater, kunne udhules af systemet med udveksling af oplysninger mellem de europæiske konkurrencemyndigheder i henhold til artikel 12 i forordning nr. 1/2003.

109 — Under alle omstændigheder ville alene en påberåbelse af retten til forsvar ikke i alle tilfælde kunne føre til en harmonisering af retsstillingen. Tværtimod ville en eventuel ændring af retspraksis i AM&S-sagen med hensyn til hovedparten af medlemsstaterne, i hvis nationale ret den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med virksomhedsjurister på nuværende tidspunkt ikke er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, føre til en opdeling af retsstillingen på nationalt plan og EU-plan.

136. Som Kommissionen har anført — uden at det er blevet bestridt — var der i den foreliggende sag overhovedet ikke tale om nogen udveksling af oplysninger mellem konkurrencemyndighederne. Det argument, der er støttet på artikel 12 i forordning nr. 1/2003, er derfor uden betydning.

137. Om og i hvilket omfang artikel 12 i forordning nr. 1/2003 i det hele taget kan føre til en udveksling af dokumenter og oplysninger, som er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, kan derfor stå åbent i den foreliggende appelsag. I denne forbindelse vil jeg kun indskyde, at denne bestemmelse — navnlig dens henvisning til »fortrolige oplysninger« — absolut er åben for en fortolkning, der på den ene side er forenelig med de grundlæggende rettigheder og på den anden side i overensstemmelse med princippet om loyalt samarbejde (artikel 4, stk. 3, TEU) ikke kræver noget af nogen af de pågældende konkurrencemyndigheder, som er i strid med de bestemmelser, der er gældende for den med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter<sup>110</sup>.

138. På denne baggrund er klagepunktet om, at Retten har tilsidesat retssikkerhedsprincippet med hensyn til retten til forsvar, derfor ubegrundet.

110 — Med hensyn til fortolkningen af EU-retsakter på en måde, der er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, jf. f.eks. dommen i sagen *Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl. nævnt ovenfor* i fodnote 30, præmis 28, og dom af 19.11.2009, forenede sager C-402/07 og C-432/07, *Sturgeon m.fl.*, Sml. I, s. 10923, præmis 47 og 48.

ii) Retten til uhindret rådgivning, forsvar og repræsentation

139. Den påståede tilsidesættelse af retten til forsvar består — navnlig efter Irlands, ACCE's og ECLA's opfattelse — også i, at det er mindre attraktivt for virksomheder at indhente juridisk rådgivning hos en intern advokat, hvis den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med denne advokat ikke er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Disse parter i sagen betragter navnlig dette som en tilsidesættelse af EMRK's artikel 6, stk. 3, litra b) og c), hvor efter enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, er berettiget til at få tilstrækkelig tid og lejlighed til at forberede sit forsvar og til at forsvare sig ved juridisk bistand, som han selv har valgt<sup>111</sup>. Nogle af parterne i sagen har i denne forbindelse endvidere henvist til EMRK's artikel 8 samt artikel 47 og 48 i chartret om grundlæggende rettigheder.

111 — Unionen er ganske vist, som Kommissionen korrekt har gjort gældende, ikke direkte bundet af EMRK's artikel 6, da den på nuværende tidspunkt endnu ikke har tiltrådt denne konvention. Alligevel er denne bestemmelse udtryk for grundlæggende retsstatsprincipper, som også i EU-retten er anerkendt som almindelige retsprincipper (jf. blandt mange andre dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 21, og af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 68. Endvidere har de rettigheder, der er indeholdt i chartret om grundlæggende rettigheder, og som svarer til de rettigheder, der garanteres af EMRK, samme betydning og rækkevidde som fastsat i EMRK (artikel 52, stk. 3, første punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder).

140. Disse argumenter er ikke holdbare.

141. Hvad først angår EMRK har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol hidtil tilsyneladende ikke udtalt sig til fordel for en anerkendelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter med hensyn til den virksomheds- eller koncernintern kommunikation med interne advokater. Tværtimod tyder Menneskerettighedsdomstolens konklusioner i dommen i sagen André m.fl. mod Frankrig vedrørende advokatens rolle som hjælper for retten (*«auxiliaire de justice»*) og som formidler mellem domstolene og de retsundergivne (*«intermédiaire»*) på en forståelse af advokatens uafhængighed, som ikke er ulig den forståelse, som Domstolen lagde til grund i AM&S-dommen<sup>112</sup>.

142. Under disse omstændigheder giver EU-retten på nuværende tidspunkt *ikke* et lavere beskyttelsesniveau end EMRK, når den begrænser princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til kommunikationen med eksterne advokater. Kravet om sammenhæng i artikel 52, stk. 3, første punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder indebærer derfor heller ikke, at den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater skal omfattes af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

112 — Dommen i sagen André m.fl. mod Frankrig, nævnt ovenfor i fodnote 35, § 42 in fine; i begyndelsen af denne dom (§ 15) citerer Menneskerettighedsdomstolen under overskriften »5. Le droit communautaire« (»5. Fællesskabsret«) endog uddrag fra bl.a. AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 18-24.

143. Det er korrekt, at EMRK med hensyn til beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder kun sikrer en mindstandard, som EU-retten til enhver tid kan gå ud over (artikel 52, stk. 3, andet punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder). Dette har Irland med rette henvist til. Alligevel ville det af nedestående grunde ikke være hensigtsmæssigt at udvide beskyttelsesområdet for det EU-retlige princip om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater.

kan nemlig være meget forskellig alt efter omstændighederne<sup>113</sup>.

144. Det er indledningsvis tvivlsomt, om artikel 47, stk. 2, andet punktum, i chartret om grundlæggende rettigheder (i givet fald sammenholdt med chartrets artikel 48, stk. 2) i det hele taget skal forstås således, at den garanterer virksomheder en ret til at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret af deres egne interne advokater, der indgår i et ansættelsesforhold.

146. F.eks. må virksomhedsjurister ikke altid repræsentere deres egen arbejdsgiver — dvs. den virksomhed, i hvis juridiske afdeling de arbejder — i retssager<sup>114</sup>. Der er heller ikke

145. Selv hvis man imidlertid antager, at retten til at blive rådgivet, forsvaret og repræsenteret i henhold til chartret om grundlæggende rettigheder også omfatter konsultationen af en virksomheds eller koncerns egne interne advokater, udelukker dette på ingen måde, at der ved anvendelsen af interne advokater kan gælde visse objektivt begrundede begrænsninger. Omfanget af den beskyttelse, som en grundlæggende rettighed giver,

113 — I denne retning udvider f.eks. Menneskerettighedsdomstolen beskyttelsen i EMRK's artikel 8 til forretningslokaler, men antyder samtidig, at denne beskyttelse ikke nødvendigvis behøver at være lige så omfattende som i forbindelse med privat område (i dommen i sagen Niemietz mod Tyskland, nævnt ovenfor i fodnote 35, § 31, sidste sætning), hedder det: »[the entitlement of Contracting States to interfere] might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case«; på samme måde vendingen »to a certain degree« i § 29 i samme dom; jf. desuden Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Société Colas Est m.fl. mod Frankrig af 16.4.2002, sag nr. 37971/97, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, §§ 41 og 49. I samme retning har Bundesverfassungsgericht (den tyske forfatningsdomstol) fastslået i forbindelse med beskyttelsen af privatlivets fred, at kun »kerneområdet af privatlivet« er undtaget fra ethvert indgreb fra de offentlige myndigheders side (kendelse af 14.9.1989, BVerfGE 80, 367, med en nuanceret fastlæggelse af beskyttelsen af personlige dagbogsoptegnelser mod beslaglæggelse fra de retshåndhavende myndigheders side).

114 — I Tyskland forbyder f.eks. § 46, stk. 1, i Bundesrechtsanwaltsordnung (den tyske lov om advokatvirksomhed) den interne advokat i sin egenskab af advokat at repræsentere sin arbejdsgiver ved domstole og voldgiftsdomstole; dermed må den interne advokat kun repræsentere sin arbejdsgiver ved domstole uden advokatvang, som enhver — også en ikke-jurist — må gøre. EU's retsinstitutioner har en lignende praksis: vedrørende stævninger, der var underskrevet af sagsøgerens direktører, der har advokatbestalling, jf. kendelser afsagt af Retten i Første Instans den 8.12.1999, sag T-79/99, Euro-Lex mod KHM, Sml. II, s. 3555, præmis 28 og 29, den 13.1.2005, sag T-184/04, Sulvida mod Kommissionen, Sml. II, s. 85, præmis 9 og 10, og den 19.11.2009, sag T-40/08, EREF mod Kommissionen, Sml. I, s. 9579, præmis 25 og 26, idet der er iværksat appel af sidstnævnte kendelse (sag C-75/10 P, EREF mod Kommissionen); vedrørende et appelskrift, som sagsøgeren selv havde underskrevet, jf. desuden Domstolens kendelse af 5.12.1996, sag C-174/96 P, Lopes mod Domstolen, Sml. I, s. 6401, præmis 11.

tale om en tilsidesættelse af en grundlæggende rettighed, når alle advokater ikke har møderet for alle domstole<sup>115</sup>, selv om dette uden tvivl begrænser potentielle klienters valgmuligheder, når de søger efter den mest velegnede repræsentant.

147. På samme måde kan kommunikationen mellem en klient og hans advokat være beskyttet i forskelligt omfang, alt efter om der består et ansættelsesforhold mellem dem eller ej. Dette betyder ikke, at kommunikationen mellem en virksomhed og dens interne advokat er helt uden beskyttelse. Som enhver normal kommunikation mellem privatpersoner er den omfattet af beskyttelsen af den *almindelige* brev- og kommunikationshemmelighed, der indgår i artikel 7 i chartret om grundlæggende rettigheder (EMRK's artikel 8). Tvisten drejer sig kun om, hvorvidt den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater derudover også fortjener at blive omfattet af den *særlige beskyttelse* mod beslaglæggelse, som princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter indebærer, for at muliggøre udøvelsen af retten til forsvar og sikre en god retspleje.

148. I denne forbindelse har ECLA med rette fremhævet, at de her omhandlede grundlæggende rettigheder principielt skal fortolkes vidt på grund af deres fundamentale betydning. Selv ved en vid fortolkning må princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, der er udledt af disse rettigheder, imidlertid ikke udvides ud over dets egentlige formål. Princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter har nemlig ikke kun til formål at sikre klientens ret til forsvar, men er også udtryk for advokatens stilling som uafhængig juridisk rådgiver og person, der »indgå[r] i retsplejen« og yder juridisk rådgivning »til enhver, der har behov herfor«<sup>116</sup>. Derfor skal det afskærmede område, som princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter skaber til gavn for en uhindret og tillidsfuld kommunikation med klienten, anvendes af advokaten på en sådan måde, at der sikres en god retspleje. For effektivt at kunne imødegå interessekonflikter mellem sine faglige forpligtelser og klientens mål og ønsker må den pågældende advokat ikke indgå i et afhængighedsforhold til sin klient<sup>117</sup>.

149. Den interne advokat befinder sig imidlertid netop i en sådan afhængighed. Som allerede nævnt er den interne advokat ikke kun fast integreret i strukturerne i den virksomhed, i hvis juridiske afdeling han arbejder som ansat, men er også mere økonomisk afhængig af og identificerer sig langt stærkere med denne virksomhed, end det ville være tilfældet

115 — Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Meftah m.fl. mod Frankrig af 26.7.2002, sag nr. 32911/96 m.fl., *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII, §§ 45-48 og den deri nævnte retspraksis.

116 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 18.  
117 — Jf. endnu en gang generaladvokat Légers forslag til afgørelse i sagen Wouters m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 32, punkt 181.

med hensyn til en ekstern advokat<sup>118</sup>. Der er derfor en strukturel risiko for, at den interne advokat — selv hvis han, som det normalt er tilfældet, udviser personlig integritet og har de bedste forsætter — kommer ud i en interessekonflikt mellem sine faglige forpligtelser og virksomhedens mål og ønsker.

150. Den risiko for interessekonflikter, som følger af den interne advokats stilling, gør det også vanskeligt for ham effektivt at modsætte sig eventuelle misbrug af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Et misbrug kan f.eks. bestå i, at en virksomheds juridiske afdeling under dække af en anmodning om juridisk rådgivning får overdraget beviser og oplysninger i sidste instans alene eller primært med henblik på at undgå, at kartelmynighederne får adgang hertil. I værste fald kan en virksomheds operationelle afdelinger være fristet til at misbruge virksomhedens eller koncernens interne juridiske afdeling som et sted til opbevaring af ulovlige dokumenter såsom kartelaftaler og notater fra møder mellem karteldeltagere eller om et kartels funktionsmåde.

151. I betragtning af de specifikke interessekonflikter og risici for misbrug, der kan optræde inden for en virksomhed eller en koncern, er der efter min opfattelse *ikke* anledning til at udvide den beskyttelse, som princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter i EU-retten giver, til den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater. De samme argumenter, som jeg fremførte ovenfor i forbindelse med chartret om grundlæggende rettigheder, kan efter min opfattelse også overføres til EMRK's tilsvarende bestemmelser.

152. Irland har under henvisning til Menneskerettighedsdomstolens praksis gjort gældende, at fortrolighedsforholdet mellem en klient og hans advokat vejer tungere end den blotte mulighed for et misbrug<sup>119</sup>. I den forbindelse overser Irland imidlertid, at den retspraksis, der nævnes, vedrører den klassiske kommunikation mellem en klient og hans eksterne advokat, hvor de netop beskrevne specifikke risici for misbrug i forbindelse med den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater generelt ikke optræder, og der i reglen heller ikke i øvrigt kan befrægtes en interessekonflikt.

118 — Jf. mine bemærkninger vedrørende det første anbringes første led, navnlig punkt 61-72 i dette forslag til afgørelse.

119 — »The mere possibility of abuse is outweighed by the need to respect the confidentiality attached to the lawyer-client relationship« (Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Campbell mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 35, § 52 in fine).



153. ECLA har gjort gældende, at en intern advokats uafhængighed ikke må vurderes abstrakt med henvisning til hans stilling som arbejdstager, men skal undersøges konkret i det enkelte tilfælde, idet der navnlig skal tages hensyn til hans fagetiske forpligtelser som advokat med bestalling. Dette argument må forkastes af de allerede nævnte grunde<sup>120</sup>: Fagetiske forpligtelser alene garanterer ikke den interne advokat samme uafhængighed som selvstændige advokater. De giver nemlig ingen oplysninger om den faktiske praksis i det daglige arbejde i en virksomhed. Desuden tager ECLA ikke i betragtning, at interne advokater i reglen befinder sig i en meget større økonomisk afhængighed af og identificerer sig betydeligt stærkere med deres arbejdsgiver, end en selvstændig advokat typisk gør over for sin klient. På baggrund af disse grundlæggende forskelle er det objektivt begrundet at gå ud fra det, der er typisk for situationen, og sondre mellem interne advokater og eksterne advokater med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

154. Klagepunktet om tilsidesættelse af retten til uhindret rådgivning, forsvar og repræsentation er derfor ubegrundet.

iii) Yderligere grundlæggende rettigheder

155. Visse parter i sagen, navnlig Irland og ECLA, har gjort gældende, at andre grundlæggende rettigheder er blevet tilsidesat, navnlig den grundlæggende ejendomsret og erhvervsfriheden<sup>121</sup>. Erhvervsfriheden er ifølge Irland og ECLA berørt, da den omstændighed, at den virksomheds- og koncerninterne kommunikation ikke er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, gør det vanskeligere for en intern advokat at udøve sit erhverv og indebærer en forskelsbehandling af ham i forhold til selvstændige advokater. Efter ECLA's opfattelse er den grundlæggende ejendomsret berørt, da afvisningen af at omfatte den interne kommunikation med interne advokater af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter tvinger virksomhederne til under visse omstændigheder at søge eksternt juridisk rådgivning, hvilket er forbundet med betydelige yderligere omkostninger.

— Formaliteten vedrørende klagepunkterne

156. For så vidt som Irland som intervenient har gjort en tilsidesættelse af erhvervsfriheden gældende, må dette klagepunkt på

120 — Jf. i denne henseende mine bemærkninger vedrørende første anbringende i punkt 64-71 i dette forslag til afgørelse.

121 — Irland har i denne forbindelse påberåbt sig artikel 15 i chartret om grundlæggende rettigheder, ECLA artikel 1 i første tillægsprotokol til EMRK.

forhånd afvises. Ifølge fast retspraksis kan en intervenient ganske vist påberåbe sig nye eller andre argumenter end dem, der er fremsat af den part, der støttes, forudsat at intervenienten støtter den pågældende parts påstande<sup>122</sup>. Intervenienten må imidlertid ikke fremsætte andre klagepunkter end dem, der er fremsat af den part, der støttes<sup>123</sup>. Da Akzo og Akcros som appellanter ikke har gjort en tilsidesættelse af ejendomsretten og erhvervsfriheden gældende, kan Irland som intervenient heller ikke gøre en tilsidesættelse af disse grundlæggende rettigheder gældende i den foreliggende appelsag.

den af ECLA påståede tilsidesættelse af ejendomsretten og erhvervsfriheden hverken af Akzo og Akcros eller af ECLA selv blev gjort til genstand for sagen i første instans, kan disse klagepunkter ikke fremsættes nu under appelsagen<sup>124</sup>.

— Berettigelsen af klagepunkterne

158. Heller ikke med hensyn til realiteten kan Irlands og ECLA's klagepunkter tages til følge.

157. Som intervenient fra første instans har ECLA ganske vist — i modsætning til Irland — under appelsagen status som »en anden part i sagen«, hvilket medfører, at sammenslutningen ikke længere er omfattet af de specifikke begrænsninger, der gælder for intervenienter (procesreglementets artikel 115 og artikel 116, stk. 1). ECLA må imidlertid heller ikke i sit svarskrift gå videre end den sagsgenstand, som har foreligget i første instans (procesreglementets artikel 116, stk. 2). Da

159. Hvad indledningsvis angår *erhvervsfriheden* kan det ikke antages, at den omstændighed, at den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation ikke er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, gør det uforholdsmæssigt vanskeligt eller endog umuligt for interne advokater at udøve deres erhverv. For det første har, som mange parter i den foreliggende appelsag har anført, betydningen af juridisk rådgivning internt i virksomheden i de senere år været stigende i Den Europæiske Union, selv om virksomhedsjurister i de fleste medlemsstater ikke kan påberåbe sig princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. For det andet består virksomhedsjuristers hovedaktivitet — også

122 — Dom af 23.2.1961, sag 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211, org.ref.: Rec. s. I, af 27.11.2003, sag C-185/00, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 14189, præmis 91, og af 26.3.2009, sag C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati mod Kommissionen og Eurocontrol, Sml. I, s. 2207, præmis 54.

123 — Domstolens dom af 17.3.1993, sag C-155/91, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 939, præmis 23 og 24, og Rettens dom af 3.4.2003, sag T-114/02, BaByliss mod Kommissionen, Sml. II, s. 1279, præmis 417; i samme retning også Domstolens dom af 10.2.2009, sag C-301/06, Irland mod Parlamentet og Rådet, Sml. I, s. 593, præmis 34, sammenholdt med præmis 57, hvor Domstolen ikke behandlede det anbringende vedrørende grundlæggende rettigheder, der var fremført af Den Slovakiske Republik som intervenient.

124 — Fast retspraksis; jf. nyere domme af 2.4.2009, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2369, præmis 59 og 60, og dommen i sag C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 38, samt dom af 12.11.2009, sag C-554/08 P, Carbone-Lorraine mod Kommissionen, præmis 32.

blandt advokater med bestalling — ikke i at rådgive og repræsentere deres arbejdsgiver i forbindelse med sager ved domstole og domstolslignende organer, men i at give generel juridisk rådgivning uden konkret forbindelse til udøvelsen af retten til forsvar.

### c) Foreløbig konklusion

160. Hvad herefter angår *ejendomsretten* fremgår det ikke, hvordan retsstillingen på EU-plan med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter kan medføre en tilsidesættelse af denne grundlæggende retlighed. Afvisningen af at omfatte den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter medfører ikke et indgreb i eller endog fratagelse af ejendomsrettigheder fra EU's institutioners side. Hvis en virksomhed beslutter sig for at betale for ekstern juridisk rådgivning, beror dette derimod på dens egen frivillige beslutning. I forbindelse med denne beslutning kan de retlige rammebetingelser med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter ganske vist spille en vis rolle. Forbindelsen til virksomhedens ejendom er imidlertid alt for indirekte og svag til, at der kan tales om et indgreb i denne grundlæggende retlighed.

161. Irlands og ECLA's klagepunkter vedrørende de grundlæggende rettigheder må derfor allerede afvises, men under alle omstændigheder forkastes som ubegrundede.

162. Da det andet anbringende derfor også er ubegrundet, er det nødvendigt at behandle det tredje anbringende, der er fremført mere subsidiært.

### 3. Kompetencefordelingsprincippet og princippet om den nationale procedures autonomi (tredje anbringende)

163. Med det tredje anbringende har Akzo og Akcros, støttet af flere af intervenienterne fra første og anden instans, gjort gældende, at alene medlemsstaterne har kompetence til at fastlægge det nøjagtige anvendelsesområde for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. I den forbindelse har de navnlig baseret sig på medlemsstaternes procesautonomi. Derudover har de påberåbt sig medlemsstaternes kompetence til at fastsætte regler for udøvelsen af advokaterhvervet samt kompetencefordelingsprincippet.

a) Princippet om medlemsstaternes procesautonomi og EU-rettens påståede henvisning til den nationale ret

164. Indledningsvis er det gjort gældende, at princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter indgår i retten til at blive hørt og derfor er en del af procesretten. I mangel af EU-retlige bestemmelser er det i kraft af medlemsstaternes procesautonomi overladt til dem at fastlægge anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. I samme retning har andre parter i sagen, navnlig ECLA og CCBE, gjort gældende, at EU-retten med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter indeholder en henvisning (»renvoi«) til de nationale bestemmelser for advokaterhvervet. I henhold til EU-retten skal advokater ganske vist være uafhængige, men det er overladt til de nationale bestemmelser at definere, hvilken jurist der i den pågældende medlemsstat skal betragtes som uafhængig advokat med hensyn til princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

165. Disse argumenter er ikke overbevisende.

166. Hverken artikel 14, stk. 1-3, i forordning nr. 17 eller det almindelige retsprincip om

beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter henviser på nogen måde til den nationale ret. Domstolen henviser i AM&S-dommen ganske vist til medlemsstaternes retssystemer. Den gør imidlertid dette med det erklærede mål — trods alle forskelle mellem de nationale bestemmelser — at identificere ensartede standarder i hele EU for beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter<sup>125</sup>.

167. En sådan ensartet fortolkning og anvendelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter på EU-plan er også uomgængelig nødvendig i forbindelse med Kommissionens kontrolundersøgelser.

168. En vurdering af lovligheden af EU-institutionernes retsakter ud fra nationalretlige regler eller begreber ville skade EU-rettens enhed og effektivitet; lovligheden af disse retsakter — her: lovligheden af ransagninger foretaget af Kommissionen som europæisk

125 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, navnlig præmis 18-22, især præmis 21; i samme retning også generaladvokat Warners forslag til afgørelse af 20.1.1981 i den pågældende sag (s. 1630 og 1631). Jf. desuden fast retspraksis vedrørende den selvstændige fortolkning af fællesskabs- eller EU-retlige begreber, f.eks. dom af 18.1.1984, sag 327/82, Ekro, Sml. s. 107, præmis 11, af 18.10.2007, sag C-195/06, Österreichischer Rundfunk, Sml. I, s. 8817, præmis 24, og af 17.7.2008, sag C-66/08, Kozłowski, Sml. I, s. 6041, præmis 42.

kartelmyndighed — kan kun bedømmes efter EU-retten<sup>126</sup>. Hvis der til brug for denne bedømmelse blev opstillet særlige, fra en bestemt medlemsstats lovgivning eller forfatningssystem hidrørende kriterier, ville EU-rettens såvel som det indre markeds materielle enhed og gennemslagskraft blive skadet<sup>127</sup>.

rettigheder, der er omfattet af EU-retten, skal have samme indhold for alle EU-borgere og for alle virksomheder, der er berørt af EU-retten. I kartelsager skal alle virksomheder, hvor Kommissionen gennemfører en kontrolundersøgelse, over for denne myndighed have samme EU-retlige beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, uanset på hvilket sted ransagningen finder sted.

169. Forskelle i indholdet af og anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, alt efter i hvilken medlemsstat Kommissionen foretager en kontrolundersøgelse, vil i sidste instans føre til et juridisk kludetæppe, som ikke er foreneligt med princippet for det indre marked. Formålet med at gøre Kommissionen til overnational kartelmyndighed var netop at omfatte alle virksomheder i Den Europæiske Union af ensartede regler i konkurrenceretlig henseende og gøre det muligt for dem at konkurrere på lige vilkår (såkaldt »level playing field«) i det indre marked.

170. Den omstændighed, at princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter har karakter af en grundlæggende rettighed, taler endvidere for en selvstændig fortolkning af dets beskyttelsesomfang. De grundlæggende

171. I modsætning til CCBE's opfattelse kan fastlæggelsen af indholdet af og anvendelsesområdet for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter i konkurrenceretlige sager ikke overlades til medlemsstaterne under påberåbelse af nærhedsprincippet. På den ene side er bestemmelserne om behandling af kartelsager (forordning nr. 17 eller forordning nr. 1/2003) en del af de konkurrenceregler, der er nødvendige for det indre markeds funktion, og hvis fastlæggelse hører blandt de områder, hvor Unionen har enekompetence [artikel 3, stk. 1, litra b), TEUF]; dermed finder nærhedsprincippet ikke anvendelse på dette område (artikel 5, stk. 3, TEU). På den anden side må udøvelsen af de rettigheder, som ved traktaten er tillagt borgeren — her påberåbelsen af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter — ikke afhænge af nærhedsbetragtninger<sup>128</sup>.

126 — Internationale Handelsgesellschaft-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 72, præmis 3, og Hauer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 73, præmis 14.

127 — Hauer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 73, præmis 14.

128 — I denne retning med hensyn til udøvelsen af de grundlæggende frihedsrettigheder på det indre marked, dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 81.

172. National ret finder kun anvendelse i forbindelse med kontrolundersøgelser foretaget af Kommissionen som europæisk kartelmyn- dighed, for så vidt som medlemsstaternes myndigheder bistår Kommissionen, navnlig med henblik på at overvinde modstand fra de pågældende virksomheders side gennem anvendelse af direkte tvang (artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17 eller artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003). Derimod afgøres det alene på grundlag af EU-retten, hvilke dokumen- ter og forretningspapirer Kommissionen må undersøge og kopiere i forbindelse med en kartelretlig ransagning.

173. Sammenfattende må de argumenter, som appellanterne og de parter i sagen, som støtter dem, har fremført, om, at indholdet af og anvendelsesområdet for princippet om be- skyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter afhænger af den nationale ret, derfor forkastes.

#### b) Princippet om tildelt kompetence

174. Appellanterne og nogle af de parter, der støtter dem, navnlig ECLA, har endvidere på- beråbt sig princippet om tildelt kompetence. De har gjort gældende, at Unionen ikke har kompetence til at fastlægge, hvilke advokater der omfattes af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem ad- vokater og klienter med hensyn til kommuni- kationen med deres klienter.

175. I medfør af princippet om kompeten- cetildeling handler Unionen kun inden for rammerne af de beføjelser, som medlems- staterne har tildelt den i traktaterne, med henblik på at opfylde de mål, der er fastsat heri (artikel 5, stk. 2, første punktum, sam- menholdt med stk. 1, første punktum, TEU, tidligere artikel 5, stk. 1, EF)<sup>129</sup>. Beføjelser, der ikke er tildelt Unionen i traktaterne, forbliver hos medlemsstaterne (artikel 5, stk. 2, andet punktum, TEU).

176. Påstanden om, at Unionen ikke har kompetence til at fastlægge anvendelses- området for princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter i forbindelse med Kom- missionens kontrolundersøgelser i kartelsa- ger, er helt ugrundet.

177. Artikel 14 i forordning nr. 17, som fast- sætter Kommissionens beføjelser til at fore- tage kontrolundersøgelser i kartelsager, er baseret på EØF-traktatens artikel 87 (nu ar- tikel 103 TEUF)<sup>130</sup>. Som det nu præciseres i artikel 3, stk. 1, litra b), TEUF, har Unionen endog enekompetence på området.

129 — Jf. udtalelse 2/94 af 28.3.1996, »tiltrædelse af EMRK«, Sml. I, s. 1759, præmis 23 og 24, og dom af 23.10.2007, sag C-403/05, Parlamentet mod Kommissionen, Sml. I, s. 9045, præmis 49.

130 — Artikel 20 og 21 i forordning nr. 1/2003, som vil gælde for fremtidige sager, har også et retsgrundlag i traktaterne, nemlig artikel 83 EF (nu artikel 103 TEUF).

178. Princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, som sætter grænser for Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser<sup>131</sup>, er på sin side som allerede nævnt baseret på et almindeligt retsprincip i EU-retten, der har karakter af en grundlæggende rettighed<sup>132</sup>. Fastlæggelsen af dets indhold og anvendelsesområde henhører under Den Europæiske Unions Domstols helt grundlæggende opgaver, som er at sikre overholdelse af lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaterne (artikel 19, stk. 1, andet punktum, TEU).

179. Den argumentation, som appellanterne og nogle af de parter i sagen, som støtter dem, har fremført, om, at Unionen ikke har kompetence, må derfor forkastes.

180. Sammen med andre parter i sagen har ECLA endvidere anført, at det vil udgøre et indgreb i den nationale kompetence til at fastsætte regler for udøvelsen af advokaterhvervet, hvis EU-retten ikke følger de gældende nationale bestemmelser vedrørende princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter med hensyn til kommunikationen med virksomhedsjurister.

181. Denne indsigelse kan heller ikke tiltrædes. Det kan ganske vist ikke bestrides, at

medlemsstaterne på EU-rettens nuværende udviklingstrin har kompetence til at fastsætte regler for udøvelsen af advokaterhvervet<sup>133</sup>. Ved udøvelsen af denne kompetence skal de imidlertid, som det også er tilfældet på andre retsområder<sup>134</sup>, overholde den relevante EU-ret og respektere Unionens kompetencer<sup>135</sup>.

182. Som netop anført hører det til blandt Unionens — eksklusive — kompetencer at fastlægge de konkurrenceregler, der er nødvendige for det indre markeds funktion, samt indholdet af og grænserne for Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser som europæisk konkurrencemyndighed. Sidstnævnte foranstaltninger har hverken efter deres genstand eller formål en specifik erhvervsregulerende karakter. De kan højst have indirekte indvirkninger på de pågældende virksomheders og deres befuldmægtigede advokaters aktiviteter. Sådanne indvirkninger er imidlertid kun af generel art, som det er tilfældet i forbindelse med mange andre lovgivninger i Unionen og medlemsstaterne på meget forskellige retsområder — der tænkes her på skattelovgivning, strafferet, regnskabslovgivning og reglerne for offentlige kontrakter

133 — Dom af 12.7.1984, sag 107/83, Klopp, Sml. s. 2971, præmis 17, og af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 99.

134 — Jf. blandt mange andre dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 21, vedrørende direkte skatter, af 23.10.2007, forenede sager C-11/06 og C-12/06, Morgan og Bucher, Sml. I, s. 9161, præmis 24, vedrørende opbygning af uddannelsessystemer og fastlæggelse af undervisningsindholdet, af 10.3.2009, sag C-169/07, Hartlauer, Sml. I, s. 1721, præmis 29, vedrørende udformning af sociale sikringsordninger.

135 — I denne retning Klopp-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 133, præmis 17 og 18; jf. også generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse af 1.2.2006 i de forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl., Sml. I, s. 11421, punkt 82.

131 — AM&S-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, navnlig præmis 18 og 22.

132 — Jf. punkt 47 i dette forslag til afgørelse.

— der undertiden kan påvirke virksomheders og advokaters daglige arbejde. Dette kan ikke betragtes som et indgreb i de nationale kompetencer til at fastsætte regler for udøvelsen af advokaterhvervet.

183. På denne baggrund er den argumentation, som forskellige parter i sagen har fremført vedrørende kompetencefordelingen, derfor i det hele ubegrundet.

#### c) Enkelte yderligere argumenter

184. Afslutningsvis vil jeg behandle to yderligere argumenter, der blev fremført mod Retens appellerede dom.

185. For det første har ECLA gjort gældende, at EU-retten ikke må »ophæve« eller »udhule« princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter i henhold til national ret med hensyn til kommunikationen med virksomhedsjurister.

186. I denne henseende skal jeg bemærke, at national ret kun kan give en sådan beskyttelse

på sit respektive anvendelsesområde, dvs. navnlig med hensyn til de kontrolundersøgelser, der gennemføres af nationale konkurrencemyndigheder i forbindelse med disses kartelsager. Med hensyn til sådanne nationale procedurer og ransagninger bliver princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter hverken »ophævet« eller »udhulet« af EU-retten, men opretholdes tværtimod uden begrænsning. Retspraksis i AM&S-sagen gælder kun for konkurrenceprocedurer og kontrolundersøgelser, som gennemføres af Kommissionen; de bestemmelser, der gælder for nationale procedurer, berøres ikke.

187. Generelt ligger det i sagens natur, at der i systemer med flere niveauer som Den Europæiske Union på lokalt, regionalt, nationalt og overnationalt plan kan eksistere bestemmelser med forskelligt indhold, hvis anvendelsesområder adskiller sig fra hinanden. En harmonisering af retsstillingen på EU-plan og på nationalt plan skal som allerede nævnt forbeholdes EU-lovgiveren<sup>136</sup>.

188. For det andet har ACCE gjort gældende, at EU-retten skal udvide princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter endog til kommunikationen med virksomhedsjurister, der har opnået bestalling som advokater i tredjelande.

<sup>136</sup> — Jf. punkt 133 og 134 i dette forslag til afgørelse.



189. Dette synspunkt må forkastes. Selv hvis man — i modsætning til den løsning, jeg har foreslået — ønsker at udvide princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med virksomhedsjurister, der har opnået bestalling som advokater i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, ville det under ingen omstændigheder være berettiget også at omfatte advokater fra tredjelande.

#### d) Foreløbig konklusion

191. Det tredje anbringende er derfor også ubegrundet.

#### 4. Sammenfatning

190. I modsætning til forholdet mellem medlemsstaterne er der nemlig i forholdet til tredjelande generelt intet tilstrækkeligt grundlag for en gensidig anerkendelse af advokaters eksamensbeviser og de fagetiske forpligtelser, som advokater er undergivet i forbindelse med erhvervsudøvelsen. I nogle tilfælde vil man ikke engang kunne sikre, at det pågældende tredjeland har en tilstrækkelig fast retsstatstradition, som gør det muligt for advokater at udøve deres erhverv i den påkrævede uafhængighed og således varetage deres rolle som person, der »indgå[r] i retsplejen«. Det kan ikke være Kommissionens eller EU's retsinstitansers opgave at foretage en omfattende undersøgelse af dette i det enkelte tilfælde på grundlag af de regler og den praksis, der gælder i det pågældende tredjeland, især da der ikke i alle tilfælde kan garanteres et effektivt administrativt samarbejde med myndighederne i tredjelandene.

192. Da ingen af de anbringender, som Akzo og Akcros har gjort gældende, kan tages til følge, og heller ingen af de argumenter, som intervenienterne har fremført, er holdbare, må appellen forkastes i sin helhed.

193. Såfremt Domstolen imidlertid skulle nå til den konklusion, at den virksomheds- eller koncerninterne kommunikation med interne advokater er omfattet af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, skal den efter ophævelse af den appellerede dom hjemvise sagen til Retten, for at denne kan undersøge de faktiske omstændigheder nærmere (artikel 61 i Domstolens statut). Det måtte nemlig i så fald fastslås, om de to omtvistede e-mails på grundlag af deres indhold og sammenhæng havde til formål at udøve retten til forsvar.

## V — Omkostninger

194. Såfremt den iværksatte appel i overensstemmelse med mit forslag til afgørelse forkastes, skal Domstolen træffe afgørelse om sagens omkostninger (procesreglementets artikel 122, stk. 1) i overensstemmelse med de nærmere regler herom i procesreglementets artikel 69, jf. artikel 118.

195. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, første punktum, sammenholdt med artikel 118, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, andet punktum, træffer Domstolen afgørelse om omkostningernes fordeling, såfremt der er flere tabende parter. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellanterne pålægges at betale sagens omkostninger, og appellanterne har tabt sagen, bør det pålægges dem at betale sagens omkostninger; disse omkostninger skal de hæfte for solidarisk, da de har iværksat appellen i fællesskab<sup>137</sup>.

137 — I samme retning dom af 31.5.2001, forenede sager C-122/99 P og C-125/99 P, D og Sverige mod Rådet, Sml. I, s. 4319, præmis 65; i den pågældende sag havde D og Kongeriget Sverige endog iværksat to særskilte appeller, men blev alligevel pålagt at betale sagsomkostningerne solidarisk.

196. Derimod bærer Irland, Kongeriget Nederlandene og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland som intervenienter i henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, deres egne omkostninger.

197. Også andre procesparter, der er indtrådt i en appelsag, kan ved analog anvendelse af procesreglementets artikel 69, stk. 4, tredje afsnit, pålægges at bære deres egne omkostninger<sup>138</sup>. Da CCBE, ARNOVA, ECLA, ACCE og IBA er indtrådt i appelsagen til støtte for Akzo og Akcros og følgelig ikke har fået medhold i deres påstande, forekommer det rimeligt, såfremt de — i modsætning til det i punkt 195 anførte — pålægges hver især at bære deres egne omkostninger.

138 — I denne retning f.eks. dom 26.2.2002, sag C-23/00 P, Rådet mod Boehringer, Sml. I, s. 1873, præmis 56, af 2.10.2003, forenede sager C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P og C-180/01 P, International Power m.fl. mod NALOO, Sml. I, s. 11421, præmis 187, og af 1.10.2009, sag C-141/08 P, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet, Sml. I, s. 9147, præmis 118.

## VI — Forslag til afgørelse

198. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »1) Appellen forkastes.
  
- 2) Irland, Kongeriget Nederlandene og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer deres egne omkostninger.
  
- 3) Conseil des barreaux européens, Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, European Company Lawyers Association, American Corporate Counsel Association (European Chapter) og International Bar Association bærer hver deres egne omkostninger.
  
- 4) I øvrigt betaler Akzo Nobel Chemicals Ltd og Akcros Chemicals Ltd sagens omkostninger in solidum.«