

denne er blandt de forretningsdokumenter, som Kommissionen forlanger fremlagt, og når Kommissionen finder, at der ikke er ført bevis for den fortrolige karakter af de pågældende dokumenter, så tilkommer det Kommissionen i medfør af artikel 14, stk. 3, i nævnte forordning at kræve fremlæggelse af den omstridte korrespondance og, såfremt det er påkrævet, at pålægge virksomheden en bøde

eller tvangsbøder i medfør af samme forordning som straf vor virksomhedens nægtelse af, enten at fremlægge yderligere bevismateriale, der af Kommissionen anses som nødvendigt for at fastslå dokumenternes fortrolige karakter, eller at fremlægge den pågældende korrespondance, som efter Kommissionens opfattelse ikke er af en sådan fortrolig karakter, at den nyder retsbeskyttelse.

I sag 155/79

AM & S EUROPE LIMITED, ved J. Lever, Q.C., Gray's Inn, C. Bellamy, Barrister, Gray's Inn, og G. Child, Solicitor, advokatfirmaet Slaughter and May, London, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Elvinger og Hoss, 15, Côte d'Eich,

sagsøger,

støttet af

DET FORENEDE KONGERIGE, ved W. H. Godwin, Principal Assistant Treasury Solicitor, som befuldmægtiget, bestået af S. C. Lord Silkin, Q.C., Middle Temple, og D. Vaughan, Q.C., Inner Temple, og med valgt adresse i Luxembourg på den britiske ambassade, 28, Boulevard Royal,

og

COMMISSION CONSULTATIVE DES BARREAUX DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE (CCBE) (Den rådgivende Kommission for Advokaterne i Det europæiske Fællesskab), ved D. A. O. Edward, Q.C., Skotland, og advokat J. R. Thys, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne E. Biever og L. Schiltz, 83, boulevard Grande-Duchesse-Charlotte,

intervenienter,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, ved Kommissionens juridiske konsulent J. Temple Lang, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Kommissionens juridiske konsulent M. Cervino, Jean Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøgte,

støttet af

DEN FRANSKE REPUBLIK, ved N. Museaux, som befuldmægtiget, og A. Carne-
lutti som assisterende befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg på
den franske ambassade, 2, rue Bertholet,

intervenient,

angående

- a) en prøvelse af lovligheden efter EØF-traktatens artikel 173, af artikel 1, litra b), i Kommissionens beslutning 79/670 af 6. juli 1979 (EFT L 199, s. 31), der bestemmer, at sagsøgeren med henblik på Kommissionens undersøgelse skal fremlægge en række forretningsdokumenter, som sagsøgeren mener er omfattet af det såkaldte *»legal privilege«*,
- b) samt en påstand om, at artikel 1, litra b), i beslutningen af 6. juli 1979 i medfør af EØF-traktatens artikel 174 kendes ugyldig, subsidiært kendes ugyldig i det omfang, hvor den med henblik på Kommissionens undersøgelse pålægger sagsøgeren at fremlægge samtlige de nævnte dokumenter i deres helhed,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten J. Mertens de Wilmars, afdelingsformændene G. Bosco, A. Touffait og O. Due, dommerne P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, T. Koopmans, U. Everling, A. Chlores og F. Grévisse,

generaladvokat: Sir Gordon Slynn
justitssekretær: A. Van Houtte

· afsagt følgende

DOM

Sagsfremstilling

I — Faktiske omstændigheder og skriftveksling

AM & S Europe Limited (herefter benævnt: AM & S) er et selskab i henhold til britisk ret. Det har et datterselskab, der ejer og driver et zinksmelteværk i Avonmouth.

Den 10. februar 1978 bestemte det for konkurrencespørgsmål ansvarlige kommissionsmedlem, at der skulle foretages kontrolundersøgelser hos forskellige virksomheder, herunder sagsøgeren, i medfør af artikel 14 i Rådets forordning nr. 17/62.

Den 20. februar og den 21. februar 1979 foretog tre af Kommissionens tjenestemænd en undersøgelse i sagsøgerens lokaler i Bristol, der ifølge de af tjenestemændene fremlagte fuldmagter havde til formål at undersøge »... konkurrencevilkårene for fremstilling og distribution af zinkmetaller og legeringer heraf samt af zinkkoncentrater for at fastslå, om der foreligger overtrædelse af EØF-traktatens artikler 85 og 86«.

Ved afslutningen af denne undersøgelse forlod tjenestemændene AM & S's lokaler, idet de tog kopier af en række dokumenter med sig og overlod AM & S en skriftlig anmodning om udlevering af yderligere særligt angivne dokumenter.

AM & S sendte ved skrivelse af 26. marts 1979 fotokopier af en række dokumenter til Kommissionen, men nægtede samtidig

at fremlægge andre, som selskabets juridiske rådgivere fandt var beskyttet af tavshedspligten, dvs. af princippet om fortrolighedsforholdet mellem en advokat og hans klient, det såkaldte »legal professional privilege« eller »confidentiality«, som det anvendes efter *common law*. Sagsøgeren foreslog endvidere, at Kommissionen henvendte sig til selskabets advokater, dersom den ønskede yderligere oplysning om de dokumenter, der hævdedes at være omfattet af tavshedspligten.

Kommissionen efterkom ikke denne opfordring. I stedet pålagde den ved beslutning af 6. juli 1979, der blev truffet i medfør af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17/62, AM & S at lade sig underkaste en fornyet kontrolundersøgelse i lokalerne i Bristol og Avonmouth og at fremlægge en række forretningsdokumenter, der var opdelt i tre grupper (beslutningens artikel 1, litra a), b) og c)). Artikel 1, litra b), omfatter »alle dokumenter, for hvilke der gøres krav på beskyttelse (»legal privilege«), og som er opført i tillægget til AM & S Europe Ltd.'s skrivelse af 26. marts 1979 til Kommissionen«.

I dagene 25.-27. juli 1979 foretog to af Kommissionens tjenestemænd en yderligere kontrolundersøgelse i AM & S's lokaler i Bristol i medfør af beslutningen af 6. juli 1979.

AM & S gjorde det ved den lejlighed klart, at selskabet ikke ville fremlægge de dokumenter i deres helhed, som man hævdede var beskyttet af tavshedspligten. Idet selskabet i enhver henseende

forbeholdt sig sin stilling, dersom man senere ville bestride Kommissionens ret til overhovedet af få adgang til de dokumenter, som sagsøgeren mente var beskyttet af tavshedspligten, var AM & S dog rede til at tillade fremlæggelse af dele af dokumenterne, således at inspektørerne på et rimeligt grundlag kunne overbevise sig om, at dokumenterne faktisk var omfattet af tavshedspligten. Videre tilbød AM & S's advokater at rejse til Bruxelles for at fremføre deres synspunkter over for rette vedkommende inden for Kommissionen.

Kommissionens inspektører anførte herefter, at de ville indstille kontrolundersøgelsen, for så vidt angik de dokumenter, der hævdedes at være beskyttet af tavshedspligten, men at Kommissionen i øvrigt i enhver henseende forbeholdt sig sin stilling med hensyn til disse dokumenter. Med hensyn til det møde, som AM & S's advokater ønskede, anførte inspektørerne, at dette af en række grunde først kunne afholdes efter den 7. september 1979.

Den 23. august 1979 tilskrev advokaterne for AM & S direktøren for direktorat A under generaldirektorat IV (Konkurrence) og bad ham fastsætte en dato for et møde, hvor man kunne drøfte spørgsmålet om de beskyttede dokumenter. På grundlag af denne skrivelse blev der fastsat et møde, der fandt sted i Bruxelles den 18. september 1979. Til stede var advokaterne for AM & S og på Kommissionens vegne kontorchef Rihoux, idet direktøren for direktorat A var fraværende, samt en række andre tjenestemænd.

Under mødet udtrykte AM & S ønske om at nå til enighed om en fremgangsmåde, der kunne forlige de to modstridende interesser, nemlig (i) Kommissionens ønske om at få det godt gjort, at et

dokument virkelig var beskyttet af tavshedspligten, og (ii) behovet for at opretholde fortroligheden af meddelelser mellem en advokat og hans klient, hvori der gives juridisk rådgivning. I det væsentlige gik den foreslåede fremgangsmåde ud på, at man tillod fremlæggelse af visse dele af de pågældende dokumenter, der efter AM & S's opfattelse ville gøre det muligt klart at fastslå dokumenternes karakter.

Kommissionens repræsentanter afviste AM & S's forslag. De anførte, at de var bundet af beslutningen af 6. juli 1979, som de fortolkede således, at den indebar en ret for inspektørerne til — dersom de ønskede at udøve denne ret — at læse dokumentet i dets helhed.

AM & S anlagde nærværende sag ved stævning af 4. oktober 1979, der blev registreret på Domstolens justitskontor den samme dag.

Ved begæring af henholdsvis den 15. februar og den 5. marts 1980 anmodede Det forenede Kongerige og Den franske Republik om at måtte indtræde i sagen som intervenienter.

Domstolen gav ved kendelse af 27. februar 1980 Det forenede Kongerige tilladelse til intervention og ved kendelse af 12. marts 1980 Den franske Republik samme tilladelse.

Ved begæring, indgivet den 3. marts 1980, anmodede Den rådgivende Kommission for Advokaterne i Det europæiske Fællesskab om at måtte indtræde i sagen som intervenient. Begæringen om intervention blev imødekommet ved præsidentens kendelse af 7. maj 1980.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generalad-

vokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har imidlertid opfordret parterne og de intervenserende regeringer til »under retsmødet at fremsætte deres synspunkter med hensyn til eksistensen og udstrækningen af tavshedspligten inden for Fællesskabets konkurrenceret, hvorom intervenienten Den rådgivende Kommission for Advokaterne har afgivet en omfattende redegørelse«.

II — Parternes påstande

AM & S har nedlagt følgende påstand:

1. Artikel 1, litra b), i beslutningen af 6. juli 1979 annulleres.
2. Subsidiært: artikel 1, litra b), i beslutningen af 6. juli 1979 annulleres i det omfang den nødvendiggør fremlæggelse in extenso for Kommissionens inspektør af ethvert af de dokumenter, som sagsøgeren kræver sig fritaget for at fremlægge på grundlag af reglerne om fortrolighedsforholdet mellem advokat og klient.
3. Kommissionen tilpligtes under alle omstændigheder at afholde sagens omkostninger.
4. I øvrigt træffes sådan bestemmelse til fordel for sagsøgeren, som denne efter omstændighederne må have krav på i henhold til ret og billighed.

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har nedlagt følgende påstand:

1. Frifindelse.
2. *AM & S* pålægges sagens omkostninger.

III — Parternes anbringender og argumenter

AM & S har først i sin stævning understreget, at det spørgsmål, som sagen drejer sig om, angår fremgangsmåden. Spørgsmålet er, i hvilket omfang — hvis overhovedet — Kommissionen er berettiget til at få indsigt i et dokument for at afgøre, hvorvidt et krav om, at visse dokumenter mellem en advokat og hans klient er beskyttet af tavshedspligten, er fremsat med rette.

Dette spørgsmål om fremgangsmåden opstår i forbindelse med princippet om, at det fortrolige forhold mellem en advokat og hans klient beskyttes i medfør af fællesskabsretten.

Ifølge *AM & S* er dette princip ikke blevet bestridt i nærværende sag. Parternes uenighed angår ikke princippet, men den fremgangsmåde, der skal følges ved dets anvendelse.

Det er herved *AM & S*'s opfattelse, at indtil Rådet på forslag af Kommissionen vedtager en forordning om behandling af krav om beskyttelse ifølge tavshedspligten, påhviler det både den part, der kræver denne beskyttelse, og Kommissionen at gøre sig rimelige bestræbelser for at nå til enighed om, hvordan sådanne krav kan efterprøves, uden at Kommissionen herved er berettiget til at få indsigt i det materiale, der hævdes at være omfattet af beskyttelsen. Dersom parterne ikke kan nå til enighed, er alene Domstolen kompetent til at undersøge dokumenterne og træffe afgørelse i sagen.

Såfremt Kommissionen har ret til at undersøge disse dokumenter og gøre brug af den herved indhøstede viden, ville dokumenternes fortrolige karakter nemlig blive ophævet, og beskyttelsen ville stort set blive virkningsløs. I de medlemsstater, hvor retten til indsigt består, findes der retsplejemidler, der tager sigte på en uafhængig vurdering af

påstande om tavshedspligten med hensyn til dokumenter, der vedrører juridisk rådgivning og bistand.

Den fremgangsmåde, som AM & S har foreslået, ville kun i sjældne tilfælde nøde de berørte parter til at anmode Domstolen om at træffe afgørelse om beskaffenheden af et dokument, der hævdes at være beskyttet af tavshedspligten.

I øvrigt udelukker Kommissionens opfattelse ikke den mulighed, at Domstolen i sidste instans anmodes om at træffe afgørelse vedrørende beskaffenheden af et dokument i tilfælde, hvor den pågældende virksomhed under påberåbelse af, at dokumentet er beskyttet af tavshedspligten, nægter at udlevere en kopi heraf til Kommissionen, og hvor Kommissionen gennem en beslutning søger at tvinge virksomheden til at gøre dette.

Selv om Domstolen i et sådant tilfælde skulle følge påstanden om, at et dokument er omfattet af tavshedspligten, ville beskyttelsen imidlertid allerede være blevet gjort virkningsløs gennem den omstændighed, at Kommissionen under alle omstændigheder havde fået kendskab til dokumentets indhold.

Det drejer sig derfor om at fastsætte en kontrolprocedure, idet — hvilket AM & S beredvilligt har anerkendt — den pågældende virksomhed ikke kan nøjes med blot at hævde, at et dokument er beskyttet af tavshedspligten, men også skal fremlægge bevis til støtte for kravet.

Fællesskabets institutioner kunne om nødvendigt gennem en forordning fra Rådet fastlægge denne fremgangsmåde i enkeltheder.

Da der for tiden ikke foreligger nogen fællesskabsbestemmelse, der omhandler en sådan fremgangsmåde, har AM & S foreslået, at den pågældende virksomhed kan godtgøre, at dokumentet er

beskyttet af tavshedspligten ved at fremlægge en del af dokumentet for Kommissionen for at bevise dets beskaffenhed. Eksempelvis kunne en britisk virksomhed vise Kommissionen bilagsfortegnelsen (»backsheet«) til rettergangsinstruksen (»instructions to the Counsel«), der fremsendes fra Solicitor til Barrister, og overskriften på denne første side. Dersom dette skønnes utilstrækkeligt, kunne afgørelsen af dokumentets beskaffenhed overlades til en anerkendt, erfaren og ganske uafhængig advokat, udmeldt efter aftale mellem parterne. Der foreligger givetvis andre muligheder, såsom skriftlige og mundtlige beedigede erklæringer (»statutory declaration« og »affidavit«) m.v. Dersom en virksomhed på den anden side skulle nægte at fremlægge tilstrækkeligt bevis i den form, der måtte være den rette, for at godtgøre, at et dokument omfattes af beskyttelsen, ville den have ringe udsigt til med held at anfægte en kommissionsbeslutning, der pålægger en bøde eller forpligtelser. Kun få virksomheder ville under disse omstændigheder vove at fremsætte ubegrundede krav i henhold til tavshedspligten, og sagsanlæg ved Domstolen til prøvelse af krav om beskyttelse ville ikke forekomme særligt hyppigt.

Dersom Domstolen på den anden side skulle give Kommissionen medhold, ville der ikke bestå nogen mulighed for at opretholde tavshedspligten, selv ikke med hensyn til dokumenter, hvis fortrolige karakter er ubestridelig.

AM & S's andet anbringende angår proportionalitetsprincippet, der længe har været anerkendt ifølge Domstolens praksis, og som Kommissionen hævdes at have overtrådt ved at kræve fremlæggelse af de dokumenter i deres helhed, der hævdes at være beskyttede, selv om den omhandlede offentlige interesse kunne have været tilgodeset fuldt ud, tilfredsstillende og på en praktisk måde gennem andre foranstaltninger, uden at inspektørerne behøvede at få adgang til dokumenternes indhold.

Kommissionens svarskrift falder i to dele.

Kommissionen har i første del undersøgt spørgsmålet om beskyttelsen af tavshedspligten i fællesskabsretten for at vise, at dette princip — i modsætning til, hvad AM & S har anført — intetsteds er en absolut regel med faste og klare grænser, der har forrang for andre retsprincipper, som det kan kollidere med, men er et blandt flere retsprincipper, der efter omstændighederne kan udformes og bringes i samklang på forskellig måde.

I svarskriftets anden del har Kommissionen fremsat sit synspunkt med hensyn til, hvorledes man skal konstatere arten af de dokumenter, der hævdes at være omfattet af tavshedspligten, og Kommissionen har herved fremført en lang række indvendinger, herunder også af praktisk art, angående den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af AM & S.

Første del: Spørgsmålet om beskyttelsen af tavshedspligten i fællesskabsretten

Kommissionens forslag til den første forordning til gennemførelse af EØF-traktatens artikel 85 og 86, der blev til forordning nr. 17/62, indeholdt ingen bestemmelser vedrørende tavshedspligten eller »secret professionnel«. Selv om Parlamentet havde vedtaget en ændring, hvorved en bestemmelse til beskyttelse af tavshedspligten blev indføjet i forslaget, anerkendte Rådet ikke dette forslag i den endelige version af forordning nr. 17/62. Det er derfor klart, at Fællesskabets lovgiver overvejede spørgsmålet om, hvorvidt der skulle lovgives om beskyttelsen af tavshedspligten, og afgjorde, at det skulle der ikke.

Manglen på enhver lovgivning angående spørgsmålet har i flere år ikke givet anledning til egentlige vanskeligheder. Imidlertid er spørgsmålet blevet drøftet mere hyppigt siden de tre nye medlemsstaters tiltrædelse i 1973.

I et svar af 22. juni 1978 på en skriftlig forespørgsel (nr. 63/78) fra Cousté, medlem af Europa-Parlamentet, anførte Kommissionen, at fællesskabslovgivningen ikke indeholder bestemmelser om nægtelse af adgang til forretningsdokumenter af juridisk art, og anførte videre, at Kommissionen ud fra et ønske om upartiskhed følger en række af medlemsstaternes konkurrenceretlige regler og er rede til ikke at anvende sådanne dokumenter som bevis for overtrædelser af konkurrencereglerne, men at det under kontrol af De europæiske Fællesskabers Domstol påhviler Kommissionen at vurdere arten af de pågældende dokumenter.

På den anden side fremgår det af et indlæg fra generaldirektør Dr. Ehlermann og Dr. Oldekop, medlem af Kommissionens juridiske tjeneste, under en konference, der i juni 1978 afholdtes i København af Fédération Internationale de Droit Européen (FIDE), at man antog, at der forelå et almindeligt princip i fællesskabsretten, der inden for visse grænser sikrede tavshedspligten.

Kommissionens beslutning af 6. juli 1979 grundede sig naturligvis på den opfattelse af gældende fællesskabsret, der var anført i svaret på Coustés's forespørgsel.

Det er da også yderst vanskeligt at udpege et entydigt princip til beskyttelse af tavshedspligten, der er gældende i alle

medlemsstaterne. Selv i den rapport herom, der blev udarbejdet af D. A. O. Edward, Q.C., og offentliggjort af Den rådgivende Kommission for Advokater i Det europæiske Fællesskab, anføres det bl.a., at beskyttelsen af rådgivningsmateriale fra en advokat, der beror hos klienten, kun er sikret inden for *common law*, hvorimod der i de seks oprindelige medlemsstater kun gives dokumenter beskyttelse, der beror hos advokaten, og denne beskyttelse er end ikke absolut i alle tilfælde.

Ifølge Kommissionen er der to grundlæggende hensyn, der kan begrunde, at man anerkender et princip om beskyttelse af tavshedspligten i fællesskabsretten. Det første hviler på det synspunkt, at der eksisterer et almindeligt retsprincip vedrørende retten til at indhente juridisk rådgivning, og at dette følgelig indebærer beskyttelse i et vist omfang af de dokumenter, der vedrører sådan rådgivning. Det andet hensyn er, at der må lægges større vægt på Fællesskabernes interesse i at tillade virksomheder at indhente juridisk rådgivning vedrørende deres forpligtelser efter fællesskabsretten, end på deres interesse i at kunne bruge dokumenter, der vedrører sådan rådgivning som bevis.

Angående det første hensyn gælder det, at selv om der foreligger et almindeligt retsprincip om retten til at indhente juridisk rådgivning, er det på ingen måde klart, hvilken udstrækning der skal gives retsbeskyttelsen af dokumenter vedrørende juridisk rådgivning. Kommissionen finder, at udstrækningen ikke kan udledes af selve princippet, men må fastlægges efter praktiske overvejelser på grundlag af samtlige omstændigheder. Den beskyttelse, der gives meddelelser mellem en advokat og hans klient,

veksler i betragtelig grad fra medlemsstat til medlemsstat, ligesom der ikke foreligger nogen absolut eller undtagelsesfri regel. Beskyttelsens omfang og spørgsmålet om, hvorvidt den overhovedet gives, afhænger af formålet med, at dokumentet kræves fremlagt. Jo større betydning dette formål har, desto mindre er beskyttelsen af dokumentet.

Det andet hensyn hviler på den antagelse, at de fleste virksomheder redeligt ønsker at efterkomme fællesskabsrettens bestemmelser, og at de fleste advokater redeligt hjælper deres klienter til at overholde dens bestemmelser. Denne antagelse er utvivlsomt rigtig i flertallet af sager, men der er bestemt undtagelser. Spørgsmålet om, hvorvidt overholdelsen af fællesskabsretten bedst sikres gennem fremlæggelse eller gennem beskyttelse mod fremlæggelse, kan ikke afgøres ved henvisning til almindelige principper, men kun efter omstændighederne.

Eftersom dette hensyn forudsætter, at misbrug sjældent forekommer, ville det efter Kommissionens opfattelse få langt større vægt, dersom de nationale advokat- og juristsammenslutninger udtrykkeligt ville anerkende, at det er i strid med god advokatskik og grundlag for disciplinærforanstaltninger, dersom en advokat bistår sin klient til at træffe dispositioner, når der er rimelig grund til at antage, at dette er i strid med den retsorden, der skal overholdes, i nærværende tilfælde fællesskabsretten.

En anden vigtig omstændighed, der må tages i betragtning, er, hvorvidt advokater anser det for deres pligt at sikre, at deres klienter fremlægger alle dokumenter, som de er forpligtet til at

fremlægge. Dersom advokaterne i alle medlemsstaterne anså det for deres pligt at gøre dette, ville der være grund til at tillægge tavshedspligten en videre beskyttelse.

Imidlertid er der for tiden ikke grund til at antage, at advokatstanden inden for Fællesskabet, eller i det mindste inden for en del af det, indtager en stilling med hensyn til de to førnævnte spørgsmål, der er så klar og ubetinget, som Kommissionen kunne ønske det.

Kommissionen har herefter anført, at det selv i Det forenede Kongerige antages, at udstrækningen af tavshedspligten afhænger af omstændighederne. Kommissionen har herved fremhævet et uddrag fra Law Reform Committee's betænkning om tavshedspligt i civile sager og House of Lords dom i sagen *Waugh mod British Railways Board* [1979] 3 WLR 150; 2 All. E.R. 1169, hvoraf det fremgår, at kun i tilfælde, hvor et dokument er affattet *hovedsageligt* med henblik på juridisk rådgivning, kan tavshedspligten fortrænge princippet om, at alt bevismateriale af betydning for sagen skal fremlægges for retten.

Kommissionen afgav i sit svar på Cousté's forespørgsel en forklaring om, at den som bevis ikke ville anvende dokumenter af strengt juridisk karakter, som er blevet udarbejdet for at opnå eller give juridisk rådgivning om de retsregler, der skal overholdes, når disse beror hos virksomheden, og at det samme gælder dokumenter vedrørende klientens forsvaret. Dette indebærer, at Kommissionen i praksis behandler alle sådanne dokumenter som beskyttede, der ville være beskyttede efter den britiske og irske lære om tavshedspligten, selv i tilfælde, hvor sådanne dokumenter ikke ville være beskyttet efter princippet om »secret

professionnel« eller tilsvarende regler, der gælder i de andre medlemsstater. Da der ikke foreligger nogen fællesskabsregel, der udtrykkeligt omfatter dette område, er Kommissionens forsikring en meget betragtelig indrømmelse til virksomhederne i sammenligning med deres retsstilling i visse medlemsstater.

Det er Kommissionens opfattelse, at den ikke kan gå videre uden at indbyde til misbrug.

Anden del: Problemerne i nærværende sag

Kommissionen har indledningsvis anført, at den er enig med AM & S i, at striden alene er et spørgsmål om fremgangsmåden, og ikke et spørgsmål om, hvorvidt noget bestemt dokument falder inden for området af den retsbeskyttede tavshedspligt, men at Kommissionen herved ganske forbeholder sig sin stilling med hensyn til det materielle spørgsmål i en given sag.

Kommissionen har herefter anført sine principielle indvendinger imod AM & S's opfattelse. Efter Kommissionen opfattelse er tavshedspligten ikke en absolut eller fast regel med klare grænser, der tilsidesætter andre retlige hensyn, men et hensyn blandt flere, der skal bringes i harmoni med hinanden, så vidt det er muligt i den konkrete situation. Især er to andre principper vigtige, nemlig pligten til at fremlægge alt relevant bevismateriale for Domstolen, og princippet om, at der skal føres klart bevis herom, når der nedlægges påstand om, at et utvivlsomt relevant bevismiddel ikke skal fremlægges for Domstolen. Overholdelsen af disse principper kan kun sikres gennem den fremgangsmåde, der følges

af Kommissionen. Eftersom Kommissionen ikke benytter et beskyttet dokument som bevis for en overtrædelse, og eftersom den videre har forpligtet sig til ikke at lade sin afgørelse hvile på en viden, der er erhvervet ved undersøgelse af det pågældende dokument, kan en virksomheds interesser på ingen måde blive berørt af den undersøgelse af dokumentet, der alene foretages for at fastslå, hvorvidt der kan gøres brug af det.

Når Kommissionen har strakt sig så vidt som til at afgive enhver forsikring, som efter dens opfattelse med rimelighed kan kræves, så skyldes det, at Fællesskabets lovgivning i modsætning til retsstillingen i en række medlemsstater ikke har fastsat bestemmelser om en uafhængig bevisbedømmelse.

Ifølge Kommissionens opfattelse findes der ingen tilfredsstillende fremgangsmåde, der ikke indebærer en undersøgelse af de dokumenter, der hævdes at være beskyttede. AM & S synes da også at anerkende, at i tilfælde, hvor en virksomhed indtager en afvisende holdning, kan dokumenterne undersøges af Domstolen. Imidlertid ligger svagheden i AM & S's argument netop i den omstændighed, at Domstolen ikke er en ret, der kan afgøre faktiske spørgsmål.

Dersom en virksomhed skulle nægte at fremlægge et dokument og Kommissionen traf en beslutning, der krævede fremlæggelse af dette dokument, ville virksomheden ganske vist kunne anlægge et direkte søgsmål i medfør af EØF-traktatens artikel 173 ved Domstolen, men Domstolen ville i så fald alene kunne afgøre, hvorvidt beslutningen var tilstrækkeligt begrundet og ikke, hvorvidt dokumentet var beskyttet.

Eftersom Kommissionen i så fald ikke ville have kunnet få adgang til dokumentet, ville den ikke være i stand til at

anføre sine grunde til at mene, at dokumentet ikke var beskyttet, og dens beslutning ville derfor stå i fare for at blive annulleret. I praksis ville det derfor ofte blive overladt til virksomheden selv at afgøre, hvorvidt et dokument skulle fremlægges, fordi det ville være virksomheden, der afgjorde, hvad der over for Kommissionen skulle oplyses om dokumentet, og Kommissionen ville ikke have nogen mulighed for at kontrollere det oplyste.

Dersom en virksomhed ganske enkelt skulle nægte at fremlægge et dokument, er det imidlertid på ingen måde sikkert, at dette ville være en tilstrækkelig begrundelse for en beslutning fra Kommissionen. Selv om man antager, at dette er tilfældet, stiller det sig ikke desto mindre således, at en sag for Domstolen ville angå beslutningens anførte grunde og ikke, hvorvidt dokumentet var beskyttet. Rigtigheden af virksomhedens oplysninger ville kun kunne fastslås af Domstolen, dersom Domstolen undersøgte dokumentet. Imidlertid har AM & S ikke forklaret, hvorledes Domstolen skulle være kompetent til at undersøge selve dokumentet under en sag vedrørende gyldigheden af en beslutning fra Kommissionen.

Kommissionen har anført, at fremgangsmåden kun kan være tilfredsstillende, dersom det spørgsmål, som Domstolen skal afgøre, er det egentlige spørgsmål, der skiller Kommissionen og virksomheden, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt et dokument er beskyttet. Imidlertid kan tvisten ikke indringes direkte for Domstolen ved hjælp af nogle af de retsmidler, der står til rådighed efter traktaten i dens nuværende form.

AM & S's opfattelse indebærer, at Domstolen i påkommende tilfælde skulle optræde som første instans. Imidlertid har AM & S medgivet, at dersom en virksomhed og Kommissionen ikke kan

blive enige om, hvorvidt et dokument er beskyttet, kan sagen alene indbringes for Domstolen i medfør af artikel 173, i henhold til hvilken Domstolen ikke skal tage stilling til sagens faktum. Videre gælder det, at selv om denne modsigelse kunne ophæves, så er det ikke desto mindre tilfældet, at Domstolen i så fald ville optræde som en ret, der afgjorde faktum, hvilket ikke stemmer overens med dens opgave som fastlagt ved EØF-traktaten.

Dersom denne opfattelse skulle tiltrænge bevis, kan dette findes i præsidentens kendelse i sag 109/75 R, *National Carbonising Company Limited mod Kommissionen* (Sml. 1975, s. 1193). Kendelsen anfører, at »det ville nemlig være i strid med den ligevægt mellem institutionerne, der følger af traktaten, om Domstolens præsident i en sag om foreløbige forholdsregler trådte i Kommissionens sted for at udøve en beføjelse, der i første række tilkommer den sidstnævnte under Domstolens kontrol...«. Ifølge Kommissionen finder det samme princip anvendelse på ethvert andet forudgående spørgsmål, herunder spørgsmålet om fremlæggelse af dokumenter.

Kommissionen er herefter gået over til at gennemgå sagens faktiske omstændigheder for at belyse nogle af de vanskeligheder, som AM & S's opfattelse ville give anledning til i praksis.

Ifølge AM & S's opfattelse bør Kommissionens inspektør begrænse sig til at læse titelbladet eller omslaget og overskriften på den første side i det dokument, der hævdes at være omfattet af beskyttelsen. Det må imidlertid erindres, at talrige dokumenter hverken har omslag eller overskrifter, ligesom de dokumenter, der har sådanne, ikke nødvendigvis på alle punkter svarer til deres omslag eller overskrifter. Yderligere ville gennemfø-

relsen af en fremgangsmåde, som den AM & S har foreslået, gøre det muligt for uhæderlige personer at skjule dokumenter — der i virkeligheden ikke på nogen måde beskyttes af tavshedspligten — under et misvisende omslag eller overskrift.

Uden hensyn til, hvorledes dokumenter rent faktisk affattes, er det Kommissionens almindelige opfattelse, at man ikke kan danne sig noget rigtigt indtryk af et dokumentets beskaffenhed, blot ved at tage nogle tilfældige dele af det i øjesyn, og at det derfor — kort udtrykt — ville være virksomheden, der i så fald ville afgøre, hvorvidt et dokument er omfattet af beskyttelsen.

En række praktiske overvejelser medfører ligeledes, at Kommissionen må forkaste den fremgangsmåde, der er foreslået af AM & S.

For det første vil denne fremgangsmåde let kunne misbruges af uhæderlige virksomheder.

For det andet gælder det, at dersom Kommissionen alene skulle støtte sig på udsagn fra virksomhedens advokat, ville den befinde sig i den uheldige og i virkeligheden umulige situation at skulle afgøre, hvorvidt den kunne stole på denne eller hin advokat, medmindre advokatsammenslutningerne i alle medlemsstaterne ville anerkende, at en adfærd, der for enhver pris beskytter klientens interesse, er i strid med god advokatskik og grundlag for disciplinærfølgning.

For det tredje gælder det, at dersom inspektøren skulle nå til det resultat (hvilket på ingen måde ville være usandsynligt), at de dele af dokumentet, som han havde fået forelagt, var utilstrækkelige til at overbevise ham om, at doku-

mentets indhold var beskyttet, så ville det spørgsmål, der ville blive indbragt for Domstolen, ikke være, hvorvidt dokumentet var beskyttet, men snarere, hvorvidt den del af dokumentet, der var blevet fremlagt, var tilstrækkelig til at overbevise et fornuftigt menneske om, at dokumentet havde krav på beskyttelse. Også dette rejser et spørgsmål, der er faktisk og ikke retligt.

Endelig kan det være nødvendigt at afgøre beslægtede spørgsmål, der kun kan løses, dersom dokumentet kan undersøges i dets helhed.

Dette ville være tilfældet, dersom man ved afgørelsen af, om et dokument er beskyttet, er nødt til at kontrollere:

- hvorvidt dokumentets ophavsmand eller adressat er en advokat med bestalling;
- hvorvidt advokaten bistod med eller medvirkede til ulovlige aktiviteter, i hvilket tilfælde beskyttelsen er udelukket;
- hvorvidt den pågældende optrådte som advokat eller i en anden egen-skab;
- hvorvidt dokumentet er blevet affattet udelukkende, hovedsagelig, eller kun til dels med henblik på juridisk rådgivning eller som led i en retssag.

Det følger heraf, at selv om Domstolen ville have mulighed for at undersøge det pågældende dokument efter den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af AM & S, så ville den også i nogle sager blive tvunget til at optræde som førsteinstans for at afgøre faktiske spørgsmål i forbindelse hermed, der kun ville kunne løses ved fremlæggelse af bevismidler og afhøring af vidner.

Efter Kommissionens opfattelse er der grund til at lægge vægt på alle disse

omstændigheder, fordi Domstolen i praksis vil blive anmodet om at træffe afgørelse om et hvilket som helst dokument, der hævdes at være beskyttet, selv om det senere skulle vise sig, at dokumentet er helt uden betydning.

AM & S, der havde forudset denne indvending, har søgt at imødegå den ved at henvise til, at Domstolen ikke ville få et stort antal ubetydelige sager til afgørelse, fordi »det i praksis ville være næsten sikkert, at Kommissionen ville fremsætte forslag om en forordning fra Rådet, hvorved egentlige lovbestemte regler om bevisbedømmelsen ville blive gennemført«. Men herved har AM & S faktisk medgivet, at den fremgangsmåde, som selskabet har foreslået, i virkeligheden ville være »utålelig«, medmindre den blev ændret ved en forordning.

Med hensyn til AM & S's anbringende, der hviler på den påståede tilsidesættelse af *proportionalitetsprincippet*, har Kommissionen afslutningsvis anført, at den alene hævder, at dens inspektører har ret til at undersøge dokumentet, såfremt det er nødvendigt for at fastslå, hvorvidt påstanden om tavshedspligt er begrundet. Ofte kan det stille sig således, at inspektøren finder, at det slet ikke er nødvendigt at undersøge dokumentet i dets helhed.

Proportionalitetsprincippet kræver, at der ikke må bringes foranstaltninger i anvendelse, der går ud over, hvad den opstillede målsætning kræver, men det kan på den anden side ikke bruges som en begrundelse for at gøre bevisbedømmelsen ineffektiv eller umulig, eller som et påskud, der kan overlade det til virksomheden selv at afgøre, hvorvidt et dokument er beskyttet.

AM & S har i sin *replik* anført, at Kommissionen trods nogen uklarhed synes at anerkende, at der eksisterer et princip i fællesskabsretten, der beskytter tavshedspligten. Når det forholder sig således, er beskyttelsen af tavshedspligten en materiel retsregel og kan ikke være

afhængig af Kommissionens skøn, dersom den var det, ville »retten« til beskyttelse blive berøvet ethvert indhold.

Det er i denne sag ikke nødvendigt at afgøre omfanget og udstrækningen af dette princip. I påkommende tilfælde kan dette ske under en anden sag.

Det er i sagen ubestridt, at Kommissionen ikke vil gøre brug af beskyttede dokumenter som bevis.

Det eneste spørgsmål, der derfor stiller sig til afgørelse i denne sag, angår den rigtige fremgangsmåde ved bedømmelsen af krav om beskyttelse, og afstanden mellem parterne på dette punkt er kun lille, men afgørende.

Med hensyn til den fremgangsmåde, som Kommissionen har foreslået, er det AM & S's opfattelse, at denne fremgangsmåde stadig ikke sikrer beskyttelsen af tavshedspligten, selv om Kommissionen i sit svarskrift har anført, at dens inspektører vil blive instrueret om ikke at gøre brug af den viden, som de erhverver gennem beskyttede dokumenter.

For det første gælder det, at et sådant tilsagn fra en myndighed, hvis funktioner omfatter såvel undersøgelser, sagsanlæg og vedtagelse af beslutninger, ikke kan erstatte objektive retsregler, når egentlige rettigheder skal beskyttes.

Desuden stilles Kommissionens inspektører herved i en næsten umulig situation. Det forlanges således af dem simpelthen at glemme visse oplysninger, som de har fra dokumenter, som de har set, samtidig med at de har til opgave at fremdrage kendsgerninger og drage slutninger for at følge de spor, som en sag kan bygges op på.

Under alle omstændigheder gælder det, at Kommissionen ikke har anført, hvad retsvirkningerne ville være, dersom en inspektør bevidst eller ubevidst ser bort fra det tilsagn, som Kommissionen har givet. Selv som dette skulle få retlige følger, vil en virksomhed normalt ikke være i stand til at godtgøre, at inspektøren har gjort brug af de beskyttede oplysninger.

Ligeledes er det AM & S's opfattelse, at Kommissionen ikke har overvejet de praktiske følger af det tilsagn, som man på et sent tidspunkt har fremsat for at råde bod på én af manglerne ved Kommissionens stillingtagen.

Eksempelvis kunne det forekomme, at Kommissionens inspektører efter at have undersøgt et dokument træffer afgørelse om, at dokumentet ikke er beskyttet. Under disse omstændigheder ville virksomheden ikke kunne forhindre Kommissionen i at gøre brug af det efter forgodtbefindende, selv om virksomheden måtte anse dokumentet for omfattet af tavshedspligten.

Endvidere gælder det, at hvis beskyttelsen af tavshedspligten skal sikres gennem retsregler, så må disse ikke blot fastsætte retstilstanden, men også sikre, at denne håndhæves. Dette er ikke tilfældet, såfremt dokumenter, som en virksomhed hævder er beskyttede, skal fremlægges for Kommissionen, dvs. for selve den part, over for hvem beskyttelsen gøres gældende.

AM & S har anført, at det er en tilside-sættelse af princippet om tavshedspligten at tillade, at beskyttede dokumenter undersøges — hvorved tavshedspligten brydes — af netop den myndighed, der er rådig over tiltalen, og over for hvem reglen skal sikre beskyttelsen.

Den fremgangsmåde, som AM & S har foreslået, er utvivlsomt på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin improviseret, men dette skyldes ganske enkelt, at Kommissionen indtil nu har undladt at gøre brug af sit lovgivningsinitiativ og forelægge en forordning om en fremgangsmåde, som er i overensstemmelse med fællesskabsretten, og som skal følges i sådanne sager.

Med hensyn til Kommissionens indvendinger imod den fremgangsmåde, der er foreslået af AM & S, så er disse virkelighedsfjerne og ubegrundede.

Imod den første af disse indvendinger kan det anføres, at det ikke er korrekt, at AM & S's anbringende medfører, at det er virksomheden selv, der alene afgør, hvorvidt et dokument er beskyttet. AM & S har anført, at der består en formodning for, at Kommissionen umiddelbart har ret til at undersøge dokumenter, der beror hos en virksomhed, og at virksomheden derfor ikke vil kunne anfægte en beslutning fra Kommissionen, der kræver, at virksomheden fremlægger visse dokumenter, medmindre den har forsynet Kommissionen med et materiale, der er tilstrækkeligt til at overbevise den om, at disse dokumenter er beskyttede, eller som en sidste mulighed er gået ind på at tillade, at en uafhængig tredjemand bedømmer de relevante kendsgerninger.

Dersom en virksomhed ville anfægte en beslutning, truffet af Kommissionen på grundlag af en bedømmelse, foretaget af en uafhængig tredjemand, ville Domstolen skulle afgøre, hvorvidt dokumenterne er beskyttede, men den ville i så fald træffe afgørelse som appelinstans og ikke som en ret i første instans. Dersom en virksomhed ville nægte at forelægge sagen for en uafhængig tredjemand, ville den ikke herefter have mulighed for at anfægte en beslutning

fra Kommissionen, der pålagde den at fremlægge dokumenterne. Den kunne i så fald alene anfægte Kommissionens endelige beslutning i henhold til EØF-traktatens artikel 85 eller artikel 86 ved at nedlægge påstand om, at beslutningen var baseret på en retsstridig brug af beskyttede dokumenter.

I modsætning hertil har Kommissionens stillingtagen den ulempe, at den ikke giver virksomheden nogen effektiv anken mulighed, såfremt en inspektør på forkert grundlag beslutter, at et dokument ikke er beskyttet.

Ifølge Kommissionens anden indvending indebærer AM & S's opfattelse, at Domstolen tvinges til at optræde som ret i første instans.

Ifølge den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af AM & S, er det rent faktisk stadig Kommissionen, der træffer beslutning om, hvorvidt dokumenter er beskyttede, men i tilfælde, hvor Kommissionen kræver det, sker det på grundlag af en beskrivelse af dokumenterne, der er blevet bedømt af en tredjemand, hvis faglige dygtighed og omdømme er ubestridt. Det ses derfor ikke, hvordan denne løsning skulle kunne tvinge Domstolen til at optræde som ret i første instans. Det er heller ikke rigtigt, at selve dokumentet efter dette forslag aldrig ville blive fremlagt: dersom Kommissionen kræver det, vil dokumentet på det første stadium blive fremlagt for den uafhængige tredjemand, og i tilfælde, hvor indholdet er af betydning, ville Domstolen kræve dokumenternes fremlæggelse som led i bevisbedømmelsen, når sagen blev forelagt den.

Kommissionen har endelig anført, at den fremgangsmåde, der er foreslået af AM & S, kunne misbruges af uansvarlige advokater eller kunne føre til uheldige

tilstande. I den forbindelse skal det først fremhæves, at spørgsmålet om beskyttelse efter tavshedspligten af dokumenter, der indebærer en ukorrekt optræden fra advokatens side, er et materielt spørgsmål, og ikke et spørgsmål om fremgangsmåden. Spørgsmålet kan under alle omstændigheder løses ved at fastslå (hvilket Domstolen kunne gøre, dersom spørgsmålet opstod i en sag for den), at ukorrekt optræden fra en advokats side medfører tavshedspligtens bortfald. Det næste spørgsmål er, hvorvidt gennemførelsen af den fremgangsmåde, som AM & S har foreslået, ville forøge risikoen for, at dokumenter, som Kommissionen har en lovlig ret til at undersøge, ville blive hemmeligholdt eller holdt tilbage. Det er AM & S's opfattelse, at dersom en virksomhed eller dens advokater hensynsløst har til hensigt at holde dokumenter tilbage, så vil de tværtimod gøre dette ved at tilintetgøre eller fjerne de pågældende dokumenter og ikke ved at give en misvisende beskrivelse af de dokumenter, der nødvendigvis vil blive fremlagt, når en uafhængig tredjemand skal bedømme dem.

For det tilfælde, at det i første række er spørgsmålet om pligtsiden, der optager Kommissionen, har AM & S subsidiært foreslået, at i de medlemsstater, der har regler, som pålægger sådanne pligter, skal bevisbedømmelsen i det mindste være i overensstemmelse med disse regler.

En sådan løsning ville samtidig medføre, at man undgår alvorlige vanskeligheder, der kunne opstå for de nationale myndigheder. I medfør af artikel 14 i forordning nr. 17/62 kan og undertiden skal den kompetente myndighed i den medlemsstat, på hvis område en undersøgelse foretages, bistå Kommissionens repræsentanter ved løsningen af disse opgaver. I det forenede Kongerige ville

det imidlertid være aldeles i modstrid med fundamentale principper efter national ret, dersom de kompetente myndigheder blev anmodet om at yde bistand i medfør af artikel 14, stk. 5 eller stk. 6, i Rådets forordning nr. 17/62, der ville gøre det muligt for Kommissionens inspektører at bryde den tavshedspligt, der omfatter forholdet mellem en advokat og hans klient.

Afslutningsvis har AM & S bestridt en række forhold, der er blevet fremført af Kommissionen i dens svarskrift.

AM & S har således anført, at mens Kommissionen anerkender eksistensen af et princip vedrørende "secret professionnel" i fællesskabsretten, har den anført, at princippet ikke udtrykkeligt nævnes i forordning nr. 17/62. Det ville imidlertid være overflødigt at fastsætte en udtrykkelig bestemmelse vedrørende »secret professionnel«, fordi dette begreb allerede er anerkendt i alle medlemsstaternes retssystemer og automatisk er blevet en del af grundrettighederne efter Fællesskabets retsorden. Denne tilstand blev på ingen måde ændret som følge af Det forenede Kongeriges og Irlands tiltrædelse, eftersom alle *commonlaw*-lande følger det almindelige princip, at en parlamentslov ikke kan fortolkes således, at den tilsidesætter retspraksis vedrørende et specielt og konkret forhold, medmindre der i parlamentsloven er holdepunkter for at antage, at det har været lovgivers hensigt, at dette forhold skal være omfattet af loven.

Med hensyn til anbringendet om, at manglen på fællesskabslovgivning om tavshedspligten igennem mange år ikke har givet anledning til egentlige vanskeligheder i praksis, har AM & S anført, at Kommissionen først traf beslutning om at pålægge bøder i 1969, og at det især var i 1970'erne, at virksomhederne

gradvis erkendte problemet vedrørende tavshedspligten, da Kommissionen på den ene side begyndte at »spille med musklerne« på konkurrenceområdet, mens virksomhederne på den anden side følte et stigende behov for at indhente detaljeret skriftlig juridisk rådgivning, fordi fællesskabsretten blev mere og mere indviklet. *Common law*-landene har en lang historisk tradition for beskyttelse af tavshedspligten, og disses ultrædelse måtte nødvendigvis medføre, at spørgsmålet i de nu forløbne år måtte blive af stigende betydning. Den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af AM & S, vil i virkeligheden ikke give anledning til vanskeligheder, hvilket fremgår af de nationale retssystemer, eksempelvis Det forenede Kongeriges, hvor lignende fremgangsmåder anvendes.

Det er med hensyn til sondringen mellem retspolitik og retsdogmatik rigtigt, at man på det relativt tidlige udviklingstrin, som Fællesskabets retsorden nu befinder sig på, må udfinde gældende ret på grundlag af almindelige principper og pragmatiske overvejelser; dette indebærer imidlertid ikke, at man udtaler sig retspolitisk og ikke retsdogmatisk.

Omtalen i Edward-rapporten af de store forskelle i de nationale materielle retsregler vedrørende tavshedspligten skyldes til dels den omstændighed, at rapporten, således som CCBE nu anerkender det, ikke tager tilstrækkeligt hensyn til, hvorledes lovteksterne fortolkes og anvendes i de oprindelige seks medlemsstater. Vedrørende et bestemt punkt har AM & S anført, at det ikke er rigtigt, at begrebet »*secret professionnel*« i national ret aldrig kan beskytte rådgivning eller information, som en advokat meddeler sin klient, og selskabet har anført en række afgørelser fra de nationale domstole herom.

Med hensyn til begrundelsen for beskyttelsen af tavshedspligten fremgår det klart, at Kommissionen anerkendte dette princip, fordi den finder, at Fællesskabets interesse i, at en virksomhed kan indhente juridisk lovgivning, vejer tungere end den interesse, man kan have i at bruge fortrolige juridiske dokumenter som bevis. Imidlertid har den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af Kommissionen, den modsatte virkning, idet den kan få virksomheder til at afstå fra at indhente skriftlig juridisk rådgivning og — i endnu højere grad — at opbevare rådgivningsmateriale.

Kommissionen har i sin *duplik* i følgende orden bestridt AM & S's anbringender, hvorefter:

- 1) der ikke i fællesskabsretten findes nogen fremgangsmåde til afgørelse af, om et dokument er beskyttet;
- 2) de tilsagn, som Kommissionen ved adskillige lejligheder har givet, alene er hensigtserklæringer, og at disse desuden ikke kan overholdes uden at stille Kommissionens inspektør i en »umulig« situation;
- 3) der ikke ville findes nogle garantier for virksomhederne, dersom en inspektør på retsstridig måde ville gøre brug af oplysninger, som han havde erhvervet ved at undersøge et dokument for at afgøre, hvorvidt det er omfattet af beskyttelsen, eller dersom han med urette afgjorde, at dokumentet ikke er beskyttet;
- 4) den fremgangsmåde, der er foreslået af Kommissionen, ikke er egnet til at give offentligheden indtrykket af, at

tavshedspligten beskyttes, selv om den eventuelt rent faktisk måtte gøre det.

Kommissionen har vedrørende det første punkt bemærket, at den fremgangsmåde, der skal følges i et tilfælde som det foreliggende, blot er den fremgangsmåde, der anvendes efter forordning nr. 17/62 i tilfælde, hvor en inspektør og en virksomhed ikke kan blive enige om, hvorvidt et givet dokument eller aktstykke omfattes af en beslutning om kontrolundersøgelse, der er truffet i medfør af forordningens artikel 14. Denne fremgangsmåde må følges, så længe den ikke ændres ved fællesskabslovgivning.

Hvad angår de tilsagn, som Kommissionen har afgivet, har Kommissionen først anført, at disse ikke er blotte hensigtserklæringer, men udtalelser, der klargør og bekræfter retstilstanden, og har udtalt, at disse tilsagn ikke stiller Kommissionens inspektører i noget dilemma.

Efter den ordning, der følges af Kommissionen, udøver en tjenestemand rent faktisk aldrig først inspektørens og derpå referentens (rapporteur) funktioner i samme sag. En inspektør har derfor aldrig lejlighed til at gøre brug af en viden, som han har erhvervet ved at undersøge et beskyttet dokument. Dersom han ville forsøge at gøre brug heraf som grundlag for en udtalelse i sin rapport om det bevismateriale, som han havde samlet, så kunne han naturligvis ikke lade det fremgå, at hans viden hidrørte fra et beskyttet dokument, hvorfor referenten derfor måtte forkaste udsagnet som grundløst. Dersom han på den anden side ville bruge den nævnte viden til at udpege andet bevismateriale, der ikke omfattes af beskyttelsen, så

opstår herved to muligheder. Enten omfattes disse dokumenter af beslutningen om kontrolundersøgelse og befinder sig i de lokaler, hvor kontrolundersøgelsen skal finde sted, og i så fald kan det antages, at inspektøren under alle omstændigheder ville have fundet frem til dem, eller de befinder sig ikke i disse lokaler, og inspektøren kan i så fald end ikke skaffe sig dem ved at overskride grænserne for beslutningen om kontrolundersøgelse.

Hvad angår anbringendet om, at en virksomhed ikke har mulighed for at forhindre, at en inspektør på retsstridig måde gør brug af en viden, der hidrører fra et beskyttet dokument, eller at der træffes en forkert beslutning om, at et dokument ikke er beskyttet, så er det herved klart, at virksomhedens interesser kun kan påvirkes negativt af en beslutning, hvorved Kommissionen finder, at virksomheden har overtrådt traktaten. Imidlertid kan den pågældende virksomhed anfægte denne beslutning, og dersom det bevises, at beslutningen hviler på oplysninger, der stammer fra et beskyttet dokument, kan beslutningen annulleres af Domstolen.

Det er endelig blevet anført, at det forhold, at den inspektør, der undersøger et dokument, ikke er den, der derefter afgør, hvorvidt der er tilstrækkelig bevis for, at en virksomhed har overtrådt traktaten, ikke blot er en garanti for, at tavshedspligten respekteres, men tillige i almindelighed gør det klart over for offentligheden, at der ikke foreligger mulighed for misbrug.

Efter således at have besvaret den af AM & S fremsatte kritik, har Kommissionen kritiseret den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af AM & S.

Enhver fremgangsmåde vedrørende bedømmelse af krav om beskyttelse skal ifølge Kommissionens opfattelse opfylde to krav:

- 1) den skal sikre, at beskyttede dokumenter ikke retsstridigt bruges som bevis;
- 2) den skal tilvejebringe et tilstrækkeligt grundlag for afgørelsen af sådanne krav.

Det er Kommissionens opfattelse, at »dens fremgangsmåde«, således som den allerede er blevet beskrevet, opfylder både det første og det andet krav, hvorimod den fremgangsmåde, som AM & S har krævet anvendt, alene opfylder det første krav. Behovet for en enighed mellem Kommissionen og virksomheden indebærer således, at sidstnævnte kan nægte at acceptere betingelser, der ikke passer den, eller — i endnu højere grad — forhale sit samtykke eller gøre sit samtykke afhængig af en række betingelser af forskellig art. Dersom Kommissionen blev stillet over for en sådan holdning, ville den være nødt til at træffe en beslutning, der uden bevis anførte, at dokumentet ikke er beskyttet.

En anden tungtvejende indvending er, at Kommissionen, dersom den af AM & S foreslåede fremgangsmåde skulle anvendes, ville være nødt til at forhandle sig frem til enighed med hver eneste virksomhed, der fremsatte krav om, at et dokument i dens besiddelse var beskyttet, og at gøre dette med en hvilken som helst person, der blev valgt til at optræde som uafhængig tredjemand. Det siger sig selv, at disse forhandlinger ville blive tidskrævende for Kommissionen og være en alvorlig hindring for udførelsen af dens opgaver.

Den grundlæggende mangel i AM & S's forslag er, at det under visse omstændigheder ville gøre det nødvendigt for Kommissionen at gennemføre en beslut-

ning, der fastslog, at et dokument ikke var beskyttet, uden at Kommissionen overhovedet havde været i stand til at kende kendsgerningerne. Fremgangsmåden ville i så fald blive reduceret til en metode til at indbringe spørgsmålet for en appelinstans. Men fællesskabsretten bør ikke afhænge af sådanne proceskneb.

AM & S har ganske vist anerkendt, at et rent formelt krav om beskyttelse er utilstrækkeligt til at forhindre Kommissionen i at undersøge et dokument, og at Kommissionen trods alt må have adgang til at se visse dele af dokumentet for på rimeligt grundlag at kunne overbevise sig om, at dokumentet er beskyttet. Det er imidlertid Kommissionens opfattelse, at beskaffenheden af dokumentet kun gyldigt kan fastslås på grundlag af dets indhold, eftersom overskriften og beskrivelsen af dets genstand ikke altid er afgørende.

AM & S har herefter anført, at det er muligt at indbringe spørgsmålet for en uafhængig tjenestemand, og at Kommissionen under alle omstændigheder kunne træffe en beslutning, hvorefter dokumentet ikke omfattes af beskyttelsen, dersom den var uenig i den afgørelse, som den pågældende tredjemand var nået frem til.

Kommissionen har vedrørende dette punkt spurgt, hvorledes den skulle være i stand til at begrunde en beslutning, der udtrykte uenighed med en tredjemands resultat, når AM & S ikke har anført, at denne tredjemand skulle begrunde sin afgørelse, og end ikke har anført, at han i sine grunde skulle medtage det bevismateriale og de anbringender, der støtter Kommissionen.

AM & S har endelig anført, at Domstolen kan undersøge dokumentet, og at den i så fald ikke optræder som en ret i første instans. Kommissionen har ikke kendskab til nogen fremgangsmåde med hjemmel i traktaten, hvorefter Domstolen har en sådan kompetence. Selv om Domstolen kunne undersøge

dokumentet, ville den nødvendigvis være den første instans eller dømmende myndighed, der undersøgte det afgørende bevismateriale ved afgørelsen af, hvorvidt dokumentet er beskyttet. Ifølge Domstolens faste praksis er det imidlertid Kommissionen og ikke Domstolen, der skal være myndighed i første instans i alle konkurrencespørgsmål.

Herefter kan man kun nå til det resultat, at den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af AM & S, ikke gør det muligt at fastslå, hvorvidt et krav om beskyttelse er begrundet. Det kan imod samtlige AM & S's anbringender tilføjes, at denne fremgangsmåde ikke forhindrer en mulig uhæderlig adfærd fra advokatens side, og at de fundamentale retsprinsipper i Storbritannien ikke strider mod den fremgangsmåde, der er beskrevet af Kommissionen, hvilket også fremgår af Det forenede Kongeriges lovgivning og retspraksis.

Med hensyn til anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet har Kommissionen bemærket, at den fremgangsmåde, som den anvender, er »objektiv«, ligesom den indebærer en effektiv kontrol for Domstolen, og sikrer, at afgørelsen træffes under retssikkerhedsgarantier. Dette er imidlertid præcis de krav, som AM & S finder må opfyldes, dersom proportionalitetsprincippet skal overholdes.

Det forenede Kongerige, der som intervenient er indtrådt til støtte for AM & S, har anført, at det i princippet ikke er rigtigt, og at de relevante fællesskabsregler heller ikke kræver, at bedømmelsen af, hvorvidt påberåbelsen af tavshedspligten er velbegrundet, skal ske i henhold til fremgangsmåder, der enten tillader den part, der ønsker dokumentet fremlagt, at se dokumentet, inden bedømmelsen sker, for selv at foretage denne bedømmelse, eller som tillader den

part, der modsætter sig fremlæggelse, selv at afgøre gyldigheden af sit krav uden nogen mulighed for uafhængig kontrol.

Heraf følger, at i det omfang fællesskabslovgivningen tillader det, skal fremgangsmåderne vedrørende bevisbedømmelsen indeholde:

- 1) bestemmelse om, at den part, der påberåber sig tavshedspligten, skal fremlægge materiale vedrørende de pågældende dokumenters og kravets beskaffenhed (uden at fremlægge selve dokumenterne), der er tilstrækkelige til at gøre det muligt for den part, der kræver fremlæggelse, at gøre enhver retlig omstændighed af betydning gældende for Domstolen, og at sætte Domstolen i stand til at afgøre disse spørgsmål;
- 2) bestemmelse om, at parterne efter aftale kan indbringe enhver uoverensstemmelse (vedrørende gældende ret eller dennes anvendelse) til en uafhængig tredjemands eller myndigheds afgørelse, der i så fald — alene med det formål at træffe afgørelse herom — ville have ret til at undersøge det pågældende dokument;
- 3) en mulighed for parterne til i fornødent omfang at kunne indbringe sagen for Domstolen for at opnå en endelig afgørelse, og en adgang for Domstolen til alene med dette formål for øje at undersøge dokumentet.

Det er Det forenede Kongeriges opfattelse, at den relevante fællesskabslovgivning tillader sådanne fremgangsmåder.

Da nærværende sag alene angår et spørgsmål om fremgangsmåden, er det

overflødigt at overveje spørgsmålet om eksistensen eller udstrækningen af princippet om, at tavshedspligten beskyttes, eller de begrænsninger, som det måtte være underlagt. Ikke desto mindre er Det forenede Kongerige af den opfattelse, at det er af betydning at redegøre for dets stilling til materiel ret og gøre det klart, at beskyttelsen af tavshedspligten er en del af fællesskabsretten efter traktatens artikel 164. Det forenede Kongerige har derfor afvist enhver fortolkning, hvorefter Kommissionens overholdelse af tavshedspligten blot er et udslag af »fair play« og ikke en retlig forpligtelse, som institutionen er underlagt efter fællesskabsretten.

Der eksisterer ganske vist ikke et harmoniseret begreb om tavshedspligten i samtlige medlemsstater. Dette forhindrer imidlertid ikke, at selve princippet er accepteret overalt i Fællesskabet, eller at det er en del af fællesskabsretten.

Princippet hviler på en anerkendelse af, at retsplejehensyn og god administration kræver, at man er i stand til at indhente og opnå juridisk rådgivning. Dette kan kun ske, såfremt der består et fortrolighedsforhold mellem advokaten og hans klient. Dette mål kan ikke nås, dersom det fortrolige forhold svækkes eller tilintetgøres eller blot, at der opstår tvivl herom. På den anden side må ethvert misbrug af beskyttelsen af dette forhold undgås.

Det forenede Kongerige er derfor af den opfattelse, at den fremgangsmåde, der skal følges, skal respektere dette fortrolige forhold, fordi tavshedspligten ellers ikke kan beskyttes. Fremgangsmåden skal:

- 1) være rimelig og opleves som rimelig;
- 2) forstås af personer, der er kvalificerede og upartiske;

- 3) udelukke enhver risiko (og endog, hvad der kan synes at udgøre en risiko) for, at oplysninger, der fremkommer under bevisbedømmelsen, bliver brugt under tilsidesættelse af tavshedspligten.

I lyset af disse kriterier har Det forenede Kongerige herefter gennemgået de fremgangsmåder, der er blevet foreslået af henholdsvis Kommissionen og AM & S.

Med hensyn til den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af Kommissionen, har Det forenede Kongerige anført, dels at Kommissionens inspektører kan blive stillet overfor at skulle afgøre særdeles udviklede retlige spørgsmål, som de måske ikke er tilstrækkeligt kvalificerede til at vurdere, for at afgøre, om et dokument er beskyttet, dels at de ikke kan fremstå som upartiske personer i parternes øjne, eftersom de samtidig foretager undersøgelser. Denne fremgangsmåde sikrer derfor ikke formålet med tavshedspligten, ligesom den heller ikke synes at kunne sikre den.

Kommissionens tilsagn om, at dens inspektører ikke vil gøre brug af den viden, der er erhvervet ved gennemsyn af beskyttede dokumenter, ændrer intet herved. Ingen er nemlig i stand til totalt at udviske en bestemt viden, der er erhvervet. Det er derfor umuligt at udelukke, at der gøres brug af en sådan viden, om ikke bevidst, så dog ubevidst. Det er desuden umuligt at opdage, om denne viden er blevet brugt eller ikke.

Heroverfor tager den fremgangsmåde, der er blevet foreslået af AM & S, ikke blot hensyn til princippet om tavshedspligten, men også til retsplejehensyn, Kommissionens pligter og Fællesskabets

interesser. Denne fremgangsmåde ville også gøre søgsmål for Domstolen mindre hyppige.

Endelig bør det erindres, at de beføjelser, der er tillagt Kommissionen ved forordning nr. 17/62, er begrænset til sådanne, der er »nødvendige« for at virkeliggøre de fastsatte mål, samt at den omstændighed, at et dokument eller en oplysning har en vis betydning i forbindelse med en undersøgelse, ikke nødvendigvis medfører en forpligtelse til fremlæggelse. I den anden vægtskål hviler i tilfælde som det foreliggende et princip af stor vigtighed, nemlig tavshedspligten. Under disse omstændigheder må der tages hensyn til proportionalitetsprincippet eller afvejningen af modstridende principper, når det skal afgøres, hvorvidt fremlæggelse er nødvendig.

For så vidt der ikke i tilstrækkeligt omfang er lovgivet på fællesskabsplan på dette område, består der også en mulighed for i forhold til Kommissionen at bringe nationale regler om beskyttelse af tavshedspligten i anvendelse, i det omfang disse regler kan påberåbes over for nationale myndigheder.

En sådan løsning ville ganske vist frembringe visse uoverensstemmelser (men ikke vilkårlig forskelsbehandling) i behandlingen af virksomheder, men samtidig ville den tilvejebringe den nødvendige tilskyndelse til at søge en løsning af dette problem på fællesskabsplan.

Den franske Republik, der som intervinient er indtrådt til støtte for Kommissionen, er af den opfattelse, at fællesskabsretten på dens nuværende udviklingstrin ikke indeholder nogen bestemmelser, der sikrer beskyttelse af dokumenter, der

udveksles mellem en juridisk rådgiver og hans klient.

Om end den tavshedspligt, der påberåbes af AM & S, i visse henseender ligner tilsvarende retsinstitutioner i andre medlemsstater end Det forenede Kongerige, så er den dog ikke et princip, »der er fælles for alle medlemsstaternes retssystemer«.

Kommissionens inspektører skal derfor være i stand til fuldt ud og på normal vis at udøve de beføjelser, som de har efter artikel 14 i forordning nr. 17/62, der bl.a. bemyndiger dem til at »kontrollere bøger og andre forretningspapirer«. Der er imidlertid intet, der taler til støtte for AM & S's synspunkt, hvorefter dokumenter af juridisk art, der er udfærdiget »med henblik på ... at indhente eller give juridisk rådgivning«, ikke er forretningsdokumenter i artikel 14's forstand.

Det må videre fremhæves, at denne sag ikke rejser spørgsmålet om tavshedspligten vedrørende dokumenter, der beror hos en advokat, eller vedrørende meddelelser mellem advokater, men alene vedrørende dokumenter, der beror hos virksomheden.

Det er Den franske Republiks opfattelse, at et princip efter national ret som »legal privilege« ikke kan forhindre den direkte og ensartede anvendelse i alle medlemsstaterne af bestemmelserne i forordning nr. 17/62. Dersom man antog, at dokumenter, der omfattes af et sådant »privilege«, kan være en undtagelse fra artikel 14, ville der herved opstå en forvridding, der er uforenelig med EØF-traktatens artikel 189 og med Domstolens faste praksis vedrørende den ensartede og direkte anvendelighed af forordninger i medlemsstaternes nationale ret. Virksomhederne ville således blive behandlet

forskelligt afhængigt af, om den medlemsstats retssystem, hvor de har hjemsted, beskytter visse dokumenter (eller giver en sådan beskyttelse snævrere grænser). De bestemmelser, der finder anvendelse i de forskellige medlemsstater på dokumenter mellem en rådgiver og hans klient, er nemlig meget forskellige. Dette bliver man overbevist om blot ved at bemærke forskellen mellem begrebet »secret professionnel«, der er fælles for de seks oprindelige medlemsstaters retssystemer, og »legal professionnel privilege«, således som dette er fastlagt i britisk retspraksis.

Om end en vis beskyttelse foreligger efter samtlige medlemsstaters retssystemer, så veksler dennes indhold så meget, at det er vanskeligt at ophøje beskyttelsen til et »princip, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer«, ligesom det er endnu mere tvivlsomt at ville gøre den til en retsregel, der kan ændre betydningen af fællesskabsretlige bestemmelser, som Kommissionen gennem sin langvarige praksis har overholdt.

Efter EØF-traktaten er det Kommissionens opgave at overvåge, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke forvrides. Fællesskabet har derfor en interesse i at påse, at Kommissionen udfører sine undersøgelser i overensstemmelse med det sæt af fællesskabsregler, der finder anvendelse. Denne interesse beskyttes ikke efter den ordning, der er blevet foreslået af AM & S, idet det kan påvises, at denne er i strid med traktaten, ikke kun fordi den skaber en ny fremgangsmåde, der grunder sig på retsregler, der på nuværende tidspunkt ikke eksisterer i fællesskabsretten (nemlig adgangen til at gøre krav på undtagelse fra pligten til at frem-

lægge alle forretningsdokumenter som fastsat ved artikel 14 i forordning nr. 17/62, kravet om enighed mellem parterne vedrørende den fremgangsmåde, der skal følges ved bedømmelsen af dokumenternes beskaffenhed, og en adgang for virksomheden til i første omgang at afgøre, hvorvidt et dokument omfattes af »legal privilege«), men også fordi den ville ændre balanceforholdet efter traktaten mellem institutionerne.

Efter den ordning, der er blevet foreslået af AM & S, ville der blive tillagt Domstolen en kompetence til at afgøre, hvorvidt et dokument, som Kommissionen krævede fremlagt, bør være »beskyttet«. Ifølge den ordning, der er fastlagt ved forordning nr. 17/62 for konkurrencespørgsmål, er det imidlertid Kommissionens opgave at undersøge forhold i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt der er sket begrænsning i den fri konkurrence, og det kan vanskeligt hævdes, at denne beføjelse ikke indebærer en adgang til at undersøge dokumenter i deres helhed og afgøre, hvorvidt der er grundlag for krav om beskyttelse i en eller anden form. Domstolens eneste beføjelse på dette område er at efterprøve lovligheden af Kommissionens beslutninger i tilfælde, hvor der anlægges sag efter traktatens artikel 173.

Idet Kommissionen har vist, at den tager hensyn til det forhold, at retsregler i flere medlemsstater beskytter fortroligheden af de oplysninger, der udveksles mellem en rådgiver og hans klient, har den handlet inden for rammerne af de beføjelser, der er tillagt den ved forordning nr. 17/62. Men det ville være i strid med forordningen, såfremt man heraf udledte, at Kommissionen ikke har adgang til at undersøge hele indholdet af et dokument for at kontrollere, hvorvidt

den påberåbte beskyttelse er begrundet. Et andet resultat ville indbyde til misbrug, der altid stiller sig som en mulighed.

Det er derfor, kort udtrykt, Den franske Republiks opfattelse, at det ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten at lade den juridiske rådgiver og den virksomhed, over for hvilken der er skredet ind på konkurrenceområdet, afgøre, om et dokument er beskyttet.

Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne (Den rådgivende Kommission for Advokaterne i Det europæiske Fællesskab; herefter benævnt CCBE), der som intervenient er indtrådt til støtte for AM & S, har anført, at spørgsmålet i denne sag, hvilket begge parter har anerkendt, alene angår fremgangsmåden, idet det skal fastslås, hvad der er den rigtige metode til at afgøre, om et dokument kan anses for omfattet af tavshedspligten.

Imidlertid er parterne nået til forskellige resultater, fordi AM & S og Kommissionen ikke er enige om definitionen af det materielle retsprincip, der er baggrunden for det opståede spørgsmål.

Ifølge AM & S's opfattelse findes der således i fællesskabsretten et princip om tavshedspligten, der giver ret til beskyttelse af fortrolige dokumenter. Heroverfor er Kommissionens opfattelse mindre klar. Nogle af dens anbringender synes at medgive, at der eksisterer et princip, der anerkender en ret til beskyttelse mod fremlæggelse af dokumenter vedrørende juridisk rådgivning; andre af disse anbringender synes at benægte eksistensen af et enkelt, almindeligt accepteret og klart beskyttelsesprincip. Det anbringende, som Kommissionen har anført for at godtgøre fordelene ved dens egen fremgangsmåde, synes desuden at forudsætte en ret til beskyttelse mod, at

der gøres brug af visse dokumenter, men ikke til at nægte, at disse fremlægges. Det er derfor ikke muligt — eller det er i det mindste usikkert — at gå ud fra den antagelse, at Kommissionen anerkender eksistensen af en lære eller et princip om tavshedspligt i fællesskabsretten.

Efter CCBE's opfattelse kan spørgsmålet om fremgangsmåden først besvares, når det er blevet afgjort, hvorvidt det påberåbte princip eksisterer.

CCBE har herved hævdet, at der eksisterer en lære eller et princip om tavshedspligten i fællesskabsretten. Det lader sig næppe benægte, at princippet om tavshedspligten som en beskyttelse imod fremlæggelse af fortrolige meddelelser mellem en advokat og hans klient er gældende ret i alle medlemsstaterne.

Kommissionens og Den franske Republiks anbringende om, at der ikke findes nogen lære eller noget princip, der er fælles for alle medlemsstaterne, fordi fremgangsmåden ved og omfanget af beskyttelsen påviseligt er forskellig, kan ikke anerkendes. Dersom dette anbringende var rigtigt, måtte man nødvendigvis også benægte eksistensen af almindelige principper på området for menneskerettighederne.

Den blotte forekomst af forskelle i fremgangsmåden eller endog af forskelle i de begrænsninger, der gælder ved anvendelsen, beviser således ikke i sig selv, at der ikke eksisterer et princip, der er fælles for alle medlemsstaterne.

Heller ikke det anbringende vedrørende forvridning, der blevet fremført af Den franske Republik, er gyldigt. Antager man således, at der eksisterer et princip om tavshedspligten i nogle af medlemsstaternes retssystemer, men ikke i dem alle, så medfører anerkendelsen af princippet i fællesskabsretten, at princippet

finder anvendelse på alle virksomheder inden for Fællesskabet, mens forkastelsen heraf medfører, at virksomhederne i visse lande berøves en ret, der anerkendes efter deres nationale ret.

Eftersom det er fællesskabsrettens formål at udfinde den bedste løsning i lyset af de nationale retssystemer, er det nødvendigt at undersøge ånden i, formålene med og den almindelige tendens i de nationale retsregler vedrørende tavshedspligten.

CCBE har anført, at der ikke kan herske tvivl om dette spørgsmål. Som det fremgår af Edward-rapporten, forholder det sig ikke blot således, at alle medlemsstaterne giver ret til beskyttelse af det fortrolige forhold mellem en advokat og hans klient, men der foreligger en bemærkelsesværdig overensstemmelse mellem begrundelserne for bestemmelsesernes formål, ligesom der er en almindelig tendens, der tydeligt lader sig erkende, til snarere at udvide end at indsvævre området for denne beskyttelse. Endelig viser også et studium af komparativ ret, at beskyttelsen af tavshedspligten er et karakteristisk træk i demokratiske retsforfatninger, mens det på den anden side kun spiller en ubetydelig rolle i diktatoriske eller totalitære staters retssystem.

»Legal privilege« anses i tydelig og tiltagende grad som en praktisk garanti for forfatningsmæssigt sikrede grundrettigheder eller menneskerettigheder. Både inden for retsvidenskaben og efter retspraksis er man nået til dette resultat, der især fremgår af afgørelserne fra Den europæiske Menneskerettighedsdomstol.

CCBE er derfor af den opfattelse:

- at tavshedspligten for meddelelser mellem en advokat og hans klient anerkendes som en forfatningsmæssig sikret grundret eller som en menneskerettighed, eller som en følge af eller supplement til andre lignende

rettigheder, der udtrykkeligt anerkendes, og at denne rettighed derfor bør anerkendes og finde anvendelse som en bestanddel af »lov og ret« efter EØF-traktatens artikel 164;

eller subsidiært,

- at — i det omfang, hvor det ikke kan fastslås, at der eksisterer et selvstændigt retsgrundlag for en sådan ret — en lære eller et princip vedrørende »legal privilege«, der beskytter den fortrolige karakter af meddelelser mellem en advokat og hans klient, er et nødvendigt modstykke til forfatningsmæssigt sikrede grundrettigheder eller menneskerettigheder, der udtrykkeligt anerkendes og beskyttes, og at en lære eller et princip vedrørende »legal privilege« derfor bør anerkendes og finde anvendelse som en bestanddel af fællesskabsretten;
- og at der i begge tilfælde ydes en egentlig retsbeskyttelse mod fremlæggelse af fortrolige meddelelser mellem en advokat og hans klient.

Dersom disse anbringender er rigtige, er det uden betydning, at forordning nr. 17/62 ikke indeholder nogen henvisning til tavshedspligten. Som bestanddel af »lov og ret« kan retten til en sådan beskyttelse antages at udgøre en del af den retlige sammenhæng, inden for hvilken denne forordning er blevet vedtaget.

Dersom der ikke eksisterede et princip om tavshedspligt i fællesskabsretten, kunne det af en advokat kræves, at han afgav vidneudsagen eller fremlagde dokumenter i åbenbar modstrid med hans forpligtelser efter national ret.

Den eneste måde at undgå dette resultat på, er at antage, at princippet om tavshedspligten er en del af det almindelige retsgrundlag, som traktaten og hele fællesskabslovgivningen hviler på.

Nuancerne i princippet anvendelse i de forskellige medlemsstater skyldes det forhold, at tavshedspligten ikke i nogen medlemsstat er et statisk begreb, men befinder sig i stadig udvikling, især på grund af udviklingen i de meddelelsesmidler, der står til rådighed for advokaten og klienten. Den almindelige tendens i medlemsstaternes nationale ret går imidlertid i retning af at beskytte den fortrolige karakter af selve forholdet mellem advokat og klient, og ikke i retning af at beskytte noget bestemt meddelelsesmiddel. Denne fremgangsmåde tillader en løsning af problemet vedrørende den forskellige udstrækning eller de forskellige begrænsninger i tavshedspligten i de forskellige medlemsstater, eftersom et dokument beskyttes på grund af dets fortrolige karakter og ikke på grund af, at det har bestemte fysiske kendetegn eller beror hos en bestemt person.

Med hensyn til det omtvistede spørgsmål er det CCBE's opfattelse, at det ikke drejer sig om, hvorvidt AM & S's opfattelse er rigtig, men hvorvidt Kommissionens opfattelse er rigtig.

CCBE har herved tilsluttet sig de praktiske og retlige indvendinger, der er rejst om AM & S. CCBE har især overvejet den situation, der ville opstå, dersom en af Kommissionens inspektører med urette afgjorde, at et dokument ikke er beskyttet. Dokumentet ville i så fald indgå i Kommissionens akter. Det forhold, at dokumentet herved ville kunne blive læst af enhver, der har adgang til akten, udgør i sig selv et brud på tavshedspligten.

Kommissionens opfattelse er imidlertid heller ikke holdbar, når den efterprøves i lyset af principielle kriterier.

For det første gælder det, at dersom tavshedspligten er en egentlig ret, så bør

dens mulige anvendelse i en konkret sag afgøres af en person, der på forfatningsretligt grundlag har det som sin opgave at afgøre sådanne spørgsmål, dvs. af en dømmende myndighed i tilfælde, hvor der ikke foreligger nogen enighed mellem de berørte parter eller en forordning, der behørigt sikrer grundrettigheder.

Det må for det andet anføres, at dersom det er formålet med tavshedspligten at beskytte fortroligheden af meddelelser, så skal den fremgangsmåde, der vedtages, sikre denne fortrolighed i det størst mulige omfang, der er foreneligt, med behovet for at fastslå, at kravet om fortrolighed er begrundet. Denne fremgangsmåde skal desuden ikke blot sikre fortroligheden, men dette skal tillige fremgå af den.

For det tredje må det huskes, at eftersom Kommissionen og dens inspektører har en positiv pligt til at foretage undersøgelser, må denne fremgangsmåde ikke være af en sådan art, at den skaber en anden pligt (bedømmelse af tavshedspligten), der muligvis kan komme i konflikt med denne pligt.

For det fjerde finder maksimen *ingen kan være dommer i sin egen sag* anvendelse i det omfang, Kommissionen har interesse i fremlæggelse af det pågældende dokument.

Disse betragtninger gælder med langt større styrke, når tavshedspligten anskues som et værn for forfatningsmæssigt sikrede grund- eller menneskerettigheder, eftersom den almindelige interesse bag denne rettighed, som det opstillede procesværn skal beskytte, er større end nogen offentlig eller privat interesse i udfaldet af den konkrete sag.

Procesværnet for sådanne rettigheder kendetegnes ved, at deres tilsidesættelse

ikke kan lades ude af betragtning af pragmatiske grunde, eller fordi tilside-sættelsen i den konkrete sag har medført en retlig mangel eller forringelse af rets-stillingen. Hvad angår tavshedspligten er det derfor ikke blot nødvendigt at forhindre faktisk misbrug af fortrolige oplysninger, men også den blotte mulighed for et sådant misbrug.

Under ethvert forbehold for sin principielle stillingtagen har CCBE anført en række bemærkninger vedrørende den praktiske anvendelse af andre fremgangs-måder end den af Kommissionen fore-slåede.

Der må sondres mellem kravet om frem-læggelse af dokumenter og kravet om at åbenbare disses indhold. Det er med skotsk retspraxis som eksempel muligt at fremlægge dokumenter i forseglet kuvert, der alene kan åbnes af den person, hvem det påhviler at afgøre, hvorvidt dokumenterne er fortrolige.

I manglen på en aftale mellem parterne eller en forordning, der sikrer grundret-tigheder, står ingen anden mulighed åben, når en påberåbelse af tavsheds-pligten bestrides, end at indbringe sagen til afgørelse for en dømmende myn-dighed.

Denne myndighed behøver ikke nødven-digvis være Domstolen, eftersom det bør være muligt ved at forordre bistand fra de nationale myndigheder at indbringe et omtvistet spørgsmål vedrørende tavs-hedspligten for en kompetent national ret, der i så fald er forpligtet til at anvende fællesskabsretten ved spørgsmå-lets afgørelse. Men selv om det skulle forholde sig således, at retten kun kan ske fyldest ved et søgsmål for Domstolen

med påstand om, at tavshedspligten anerkendes, så må det antages, at Domstolen er kompetent i medfør af traktatens artikel 164, der bestemmer: »Domstolen skal værne om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af denne Traktat.« Desuden stiller det sig praktisk således, at Domstolen efter procesreglementets artikel 49 kan udmelde en sagkyndig, der skal undersøge de pågældende dokumenter.

I det omfang, hvor det passer sig for CCBE at foreslå en fremgangsmåde, har den som det første skridt foreslået en fremgangsmåde, der indebærer en under-søgelse ved en »sagkyndig«, der kunne begrænse sig til at beskrive dokumen-terne, eller som kunne afgive en udtalelse om, hvorvidt der bestod et krav på beskyttelse af dokumenterne.

Dersom et »ekspertudsagn« ikke er en mulighed efter de fællesskabsregler, der for tiden er gældende, kan en strid om dokumenterne altid afgøres ved, at parterne enes om voldgift på det samme grundlag som ovenfor foreslået.

CCBE har derfor foreslået en fremgangs-måde, der:

- a) medfører øjeblikkelig fremlæggelse af anfægtede dokumenter i forseglet kuvert, der bringer disse uden for kontrol af den virksomhed, der er indledt undersøgelse imod, mens det ikke kræves, at dokumenternes indhold skal fremlægges for inspektø-erne; og
- b) fastsætter voldgift, hvor aftale er mulig inden for et rimeligt tidsrum, og »ekspertudsagn«, hvor dette ikke er muligt.

CCBE har anført, at den er rede til med Kommissionen at drøfte metoderne og kriterierne for udvælgelsen af en kreds af uafhængige »sagkyndige/voldgiftsmænd« samt de regler og kriterier, som disse skal følge.

CCBE er af den opfattelse, at dersom der må gennemføres en forordning, bør denne begrænses til spørgsmål om fremgangsmåden og bør ikke søge at definere indholdet af tavshedspligten eller dens omfang eller grænser.

Efter i bilag IV til sit indlæg at have anført, at de spørgsmål, der af Kommissionen er blevet rejst vedrørende reglerne om god advokatskik, er uden betydning for nærværende sag, har CCBE redegjort for sine grunde til, at man ikke er rede til at tage skridt med hensyn til den definition af reglerne for god advokatskik, som Kommissionen ønsker.

IV — Mundtlig forhandling

1. I retsmødet den 19. november 1980 er der afgivet mundtlige indlæg af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Det forenede Kongerige, Den franske Republik og CCBE.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 20. januar 1981.

2. Da Domstolens sammensætning imidlertid af upåregnelige årsager ved den lejlighed ikke var den samme som ved sagens begyndelse og under den mundtlige forhandling, afsagde Domstolen den 21. januar 1981 kendelse om, at den mundtlige forhandling skulle genåbnes.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 28. januar 1981.

3. Den 4. februar 1981 afsagde Domstolen følgende kendelse:

»1. Den mundtlige forhandling i sag 155/79 genåbnes; datoen for retsmødet vil blive meddelt parterne.

2. Inden for en frist på tre uger efter forkyndelsen af nærværende kendelse fremlægger sagsøgeren som fortroligt materiale for Domstolen de dokumenter, der omhandles i artikel 1, litra b), i den anfægtede beslutning, og som nævnes i bilaget til skrivelse af 26. marts 1979 fra AM & S Europe Limited til Kommissionen.

3. Inden retsmødet udfærdiger Domstolen en rapport vedrørende disse dokumenter i en form, som den finder passende for ikke at foregribe den endelige afgørelse; denne rapport forelægges parterne.

4. Parterne og intervenienterne afgiver under retsmødet mundtlige indlæg som svar på spørgsmål, som vil blive formuleret på et senere tidspunkt.»

4. Den 9. marts 1981 indgav sagsøgeren til Domstolen en forseglet kuvert, der indeholdt en række dokumenter i overensstemmelse med punkt 2 i ovennævnte kendelse. Kuverten blev åbnet den 2. april 1981 af den refererende dommer og generaladvokaten i nærværelse af den assisterende justitssekretær. Der blev taget referat af denne foranstaltning, og beskaffenheden af dokumenterne i den forseglede kuvert blev herunder beskrevet.

5. Rapporten vedrørende disse dokumenter, der blev udfærdiget i overensstemmelse med punkt 3 i førnævnte

kendelse, blev af Domstolen i forseglede kuvert fremsendt til sagens parter og til intervenienterne med følgeskrivelse af 17. juli 1981. Skrivelsen meddelte parterne og intervenienterne, at retsmødet ville blive afholdt den 27. oktober 1981. De blev opfordret til under retsmødet mundtligt at redegøre for deres synspunkter vedrørende lovgivning, teori og retspraksis i de forskellige medlemsstater vedrørende eksistensen og rækkevidden af den beskyttelse — under efterforskning, der iværksættes af offentlige myndigheder med henblik på at afsløre overtrædelser af økonomisk natur, især på konkurrenceområdet — der gives korrespondance, der udveksles mellem:

- 1) to advokater;
- 2) en advokat med egen praksis og hans klient;
- 3) en advokat og en virksomhed i tilfælde, hvor advokaten står i vedvarende kontraktmæssigt forhold til virksomheden eller er ansat af denne;
- 4) en juridisk rådgiver for en virksomhed og en ansat i denne virksomhed eller i en tilknyttet virksomhed;
- 5) ansatte i samme virksomhed eller i forskellige virksomheder, der selskabsretligt er knyttet til hinanden, i et tilfælde, hvor korrespondancen mellem disse ansatte nævner juridisk rådgivning, enten fra en uafhængig advokat eller fra en advokat eller en juridisk rådgiver, der er ansat af disse virksomheder eller af andre virksomheder inden for samme sammenslutning.

Endelig anføres det i brevet, at eftersom Domstolens sammensætning var blevet ændret siden det første retsmøde den 19. november 1980, kunne parterne, dersom de fandt anledning til det, i retsmødet den 27. oktober 1981 atter

fremføre de faktiske og retlige søgsmålsgrunde, som de havde fremsat under det første retsmøde.

6. W. H. Godwin, Principal Assistant Treasury Solicitor, der er intervenienten Det forenede Kongeriges regerings befuldmægtigede, anmodede i skrivelse af 21. august 1981 Domstolen om at få klargjort betydningen af ordene »advokat« (avocat) og »legal adviser« (juriste) som anvendt i skrivelsen af 17. juli 1981 og forespurgte, hvorvidt ordet »parterne« i sidste afsnit i denne skrivelse også omfattede intervenienterne. Han udbad sig ligeledes en kopi af skrivelsen på fransk.

Domstolen svarede ved skrivelse af 3. september 1981, hvori det bekræftedes, at ordet »parterne« omfattede intervenienterne, ligesom der vedlagdes en kopi af skrivelsen af 17. juli 1981 på fransk.

7. Advokatfirmaet Slaughter & May, der er sagsøgerens advokater, anmodede den 10. september 1981 ved telexmeddelelse Domstolen om at tillade sagsøgeren, sagsøgte og Den rådgivende Kommission for Advokaterne i Det europæiske Fællesskab (CCBE), der er en af intervenienterne, at indgive et skriftligt indlæg som svar på Domstolens spørgsmål i skrivelsen af 17. juli 1981 og herved at fastsætte en frist indtil 31. december 1981.

D. Edward, præsident for Den rådgivende Kommission for Advokaterne i Det europæiske Fællesskab, meddelte i skrivelse af 11. september 1981 i sin egenskab af repræsentant for denne organisation Domstolen, at der forelå særegne omstændigheder, der kunne forhindre ham i at være til stede under retsmødet.

Domstolen besvarede telexmeddelelsen og den ovennævnte skrivelse ved skrivelse af 23. september 1981, hvori man bekræftede, at retsmødet var fastsat til den 27. oktober 1981.

8. Repræsentanterne for Den franske Republiks regering, N. Museaux og A. Carnelutti, anmodede Domstolen om tilladelse til at afgive skriftligt indlæg som svar på spørgsmålene i skrivelsen af 17. juli 1981 som forberedelse til retsmødet den 27. oktober 1981; Domstolen oplyste dem ved skrivelse af 9. oktober 1981 om, at det stod dem åbent at sende dokumentet til alle sagens parter og anmode om deres samtykke til, at det blev fremlagt under retsmødet, og at dokumentet ville blive anerkendt af

Domstolen, dersom parterne ikke gjorde indsigelse.

9. I retsmødet den 27. oktober 1981 er der afgivet mundtlige indlæg af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, Det forenede Kongerige, Den franske Republik og CCBE.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 26. januar 1982.

Præmisser

- 1 Ved stævning, indleveret til Domstolens justitskontor den 4. oktober 1979, har selskabet Australian Mining & Smelting Europe Limited (herefter benævnt AM & S Europe), der har hjemsted i Det forenede Kongerige, i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om annullation af artikel 1, litra b), i Kommissionens individuelle beslutning 79/670 af 6. juli 1979 (EFT L 199, s. 31), der blev meddelt sagsøgeren. I beslutningen bestemtes, at selskabet med henblik på en kontrolundersøgelse over for Kommissionens ansvarlige tjenestemænd skulle fremlægge samtlige dokumenter, som opregnes i bilaget til en skrivelse fra AM & S Europe til Kommissionen af 26. marts 1979, og som selskabet har hævet var omfattet af fortrolighedsforholdet mellem det og dets advokat, det såkaldte »legal privilege«.
- 2 Til støtte for sit søgsmål har sagsøgeren gjort gældende, at korrespondancen mellem advokater og deres klienter i alle medlemsstaterne er beskyttet i medfør af et almindeligt princip, der er fælles for alle medlemsstaterne, om end rækkevidden af denne beskyttelse og retsmidlerne til dens sikring veksler fra stat til stat. Dette princip, der efter sagsøgerens opfattelse ligeledes finder anvendelse i fællesskabsretten »muligvis med visse begrænsninger«, indebærer, at Kommissionen under en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17/62 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81) ikke kan kræve fremlæggelse af korrespondancen — og i hvert fald ikke af denne i dens helhed — mellem en advokat og hans klient, når »virksomheden påberåber sig beskyttelsen og træffer rimelige foranstaltninger for

at overbevise Kommissionen om, at dette er begrundet», idet de pågældende dokumenter rent faktisk er omfattet af det nævnte »legal privilege«.

- 3 Sagsøgeren har på dette grundlag hævdet, at det indebærer tilsidesættelse af tavshedspligten, dersom det tillades en myndighed — som i nærværende tilfælde Kommissionen — der foretager en efterforskning eller iværksætter en kontrolundersøgelse, og over for hvem tavshedspligten påberåbes, at undersøge beskyttede dokumenter, med risiko for, at disse dokumenters fortrolige karakter krænkes. Sagsøgeren har imidlertid anerkendt, at »der består en formodning for, at Kommissionen har ret til at se dokumenter, der beror hos en virksomhed«, jfr. artikel 14 i forordning nr. 17/62, og at det ifølge denne ret »altid er Kommissionen, der afgør, hvorvidt dokumenterne er beskyttede, men dette sker på grundlag af en beskrivelse af dokumenterne« og ikke ved en undersøgelse af disse i deres helhed ved Kommissionens inspektører.
- 4 Sagsøgeren har herved anerkendt, at den virksomhed, der påberåber sig beskyttelsen, i første række skal forsyne Kommissionen med tilstrækkeligt materiale til at foretage en vurdering, såsom en beskrivelse af dokumenterne og fremlæggelse for Kommissionens inspektører af »visse dele af dokumenterne« med udelukkelse af de dele, for hvilke der kræves beskyttelse, med henblik på at overbevise Kommissionen om, at de nævnte dokumenter faktisk er beskyttede. Såfremt Kommissionen ikke er overbevist om de pågældende dokumenters fortrolige karakter, er virksomheden forpligtet til at tillade »undersøgelse ved en uafhængig tredjemand, der kan bekræfte beskrivelsen af dokumenternes indhold«.
- 5 Den anfægtede beslutning, der hviler på princippet om, at det tilkommer Kommissionen at afgøre, hvorvidt der skal gøres brug af et givet dokument, pålægger AM & S at give Kommissionens ansvarlige inspektører adgang til at se de omstridte dokumenter i deres helhed. Sagsøgeren, der har hævdet, at de nævnte dokumenter opfylder betingelserne for at være omfattet af retsbeskyttelsen som ovenfor anført, har nedlagt påstand om, at artikel 1, litra b), i førnævnte beslutning annulleres, subsidiært, at artikel 1, litra b), i beslutningen af 6. juli 1979 annulleres i det omfang, den kræver fremlæggelse in extenso for Kommissionens inspektører af ethvert af de dokumenter, for

hvilke sagsøgeren påberåber sig beskyttelse på grundlag af disse dokumenters fortrolige karakter.

- 6 Det forenede Kongerige regering, der er indtrådt til støtte for sagsøgeren, har i det væsentlige tilsluttet sig dennes anbringender og anført, at princippet om retsbeskyttelsen af korrespondancen mellem en advokat og hans klient anerkendes som sådan i Fællesskabets forskellige lande, selv om der ikke foreligger et harmoniseret begreb med ensartede og faste grænser. Regeringen har anerkendt, at dette begreb kan opfattes forskelligt i de forskellige medlemsstater.
- 7 Med hensyn til den fremgangsmåde, der er bedst egnet til at løse mulige overensstemmelser mellem virksomheden og Kommissionen vedrørende disse dokumenters fortrolige karakter, har Det forenede Kongeriges regering foreslået, at dersom Kommissionens inspektør ikke lader sig overbevise af det bevismateriale, som virksomheden fremlægger, bør en uafhængig sagkyndig høres. Såfremt uoverensstemmelse ikke løses, kan en part eventuelt anlægge sag ved Domstolen på grundlag af en beslutning, truffet af Kommissionen i medfør af forordning nr. 17/62.
- 8 Commission consultative des barreaux de la Communauté européenne (Den rådgivende Kommission for Advokaterne i Det europæiske Fællesskab; herefter benævnt CCBE), der ligeledes er indtrådt til støtte for sagsøgeren, er af den opfattelse, at tavshedspligten for meddelelser mellem en advokat og hans klient anerkendes som en forfatningsmæssig sikret grundret eller som en menneskerettighed, eller som følge af eller supplement til andre lignende rettigheder, der udtrykkeligt anerkendes, og at denne ret må anerkendes og finde anvendelse som en del af fællesskabsretten. Efter at have anført, at det omhandlede begreb ikke er statisk, men befinder sig i en stadig udvikling, er CCBE nået til det resultat, at såfremt der består en uoverensstemmelse mellem virksomheden og Kommissionen vedrørende et dokumentes fortrolige karakter, vil den mest egnede fremgangsmåde være at søge en løsning gennem en sagkyndig erklæring eller ved voldgift. Dersom man antager, at Domstolen er den eneste instans, der er kompetent til at afgøre en sådan tvist, må den i et sådant tilfælde begrænse sig til at undersøge den eventuelle fortrolige karakter af sådanne omstridte dokumenter på grundlag af en sagkyndig erklæring, indhentet i medfør af procesreglementets artikel 49.

- 9 Imod disse argumenter har Kommissionen anført, at selv om der efter fællesskabsretten foreligger et almindeligt princip, der beskytter fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient, kan udstrækningen af denne beskyttelse ikke bestemmes almindeligt og abstrakt, men må udledes på grundlag af den pågældende fællesskabsordnings særegenheder, idet der tages hensyn til ordlyden, sammenhængen og de behov, som den skal opfylde.
- 10 Kommissionen er herved nået til det resultat, at en rigtig fortolkning af artikel 14 i forordning nr. 17/62 udelukker, at det princip, som sagsøgeren påberåber sig, kan finde anvendelse på dokumenter, der forlanges udleveret under en kontrolundersøgelse i medfør af nævnte artikel, herunder korrespondancen mellem den pågældende virksomhed og dennes advokater.
- 11 Sagsøgerens opfattelse er ifølge Kommissionen så meget mere uantagelig, som den ikke i praksis åbner nogen effektiv mulighed for inspektørerne for at kunne forvisse sig om indholdet og den egentlige beskaffenhed af de omtvistede dokumenter. Tværtimod vil sagsøgerens forslag medføre alvorlig forsinkelse og kan endog afskære skridt fra Kommissionens side, der skal klarlægge mulige overtrædelser af traktatens artikler 85 og 86, og således tilsidesætte de afgørende hensyn bag forordning nr. 17/62, især fordi voldgiftsbehandling — hvis denne antages at være retligt tilladelig — er en så omstændelig fremgangsmåde.
- 12 Regeringen for Den franske Republik, der er indtrådt til støtte for Kommissionen, har anført, at fællesskabsretten på sit nuværende udviklingstrin ikke indeholder nogen bestemmelse, der beskytter dokumenter mellem en juridisk rådgiver og hans klient. Den finder derfor, at Kommissionen har ret til at udøve de beføjelser, der tilkommer den efter artikel 14 i forordning nr. 17, uden at blive mødt af en indsigelse om den fortrolige karakter af dokumenter, som den mener, det er nødvendigt at få indsigt i for at kunne opfylde sin opgave efter forordningen. Efter den franske regerings opfattelse ville det ikke være i overensstemmelse med fællesskabsretten, ligesom det ville skabe alvorlige forvridninger i anvendelsen af konkurrencereglerne, dersom man ville lade den juridiske rådgiver og den virksomhed, der underkastes en kontrolundersøgelse på konkurrenceområdet, afgøre spørgsmålet om, hvorvidt et dokument er beskyttet.

- 13 Det fremgår både af stævningen og af det retlige grundlag for den anfægtede beslutning, at sagen i det væsentlige angår fortolkningen af artikel 14 i Rådets forordning nr. 17/62 for at fastslå de grænser, som Kommissionen under udøvelse af kontrolbeføjelsen i medfør af denne bestemmelse eventuelt er underkastet, på grundlag af den retsbeskyttede fortrolighed af korrespondancen mellem en advokat og hans klient.
- 14 Når det først er fastslået, at en sådan beskyttelse eksisterer efter fællesskabsretten, og betingelserne for dens anvendelse er fastlagt, skal det afgøres, hvilke af de i artikel 1, litra b), i den anfægtede beslutning, nævnte dokumenter, der eventuelt kan anses som fortrolige og derfor unddraget Kommissionens kontrolbeføjelse. En del af disse dokumenter er i mellemtiden frivilligt blevet fremlagt for Kommissionen af sagsøgeren selv; de dokumenter, der skal behandles i nærværende sag, er dem, der i forseget kuvert er indgivet til Domstolens justitskontor den 9. marts 1981 i henhold til Domstolens kendelse af 4. februar 1981, hvorved den mundtlige forhandling i nærværende sag blev genåbnet.

a) Fortolkningen af artikel 14 i forordning nr. 17/62

- 15 Rådets forordning nr. 17/62, der blev vedtaget i medfør af traktatens artikel 87, stk. 1, første afsnit, havde ifølge samme artikels stk. 2, litra a) og b), til formål at sikre overholdelsen af forbudene i traktatens artikler 85 og 86 og at fastlægge vilkårene for anvendelsen af artikel 85, stk. 3. Den skal også sikre virkeliggørelsen af det formål, der opstilles ved traktatens artikel 3, litra f). Forordningen tillægger derfor Kommissionen en vidtgående efterforsknings- og kontrolbeføjelse, idet den i sin ottende betragtning fastslår, at Kommissionen i hele fællesmarkedsområdet må have beføjelse til at kræve de oplysninger og foretage sådanne kontrolundersøgelser, »som er nødvendige« for at afsløre overtrædelser af de ovennævnte artikler 85 og 86.
- 16 Det bestemmes derfor i forordningens artikler 11 og 14, at Kommissionen kan indhente »oplysninger« og foretage »alle nødvendige« kontrolundersøgelser for at skride ind over for overtrædelser af konkurrencereglerne. Især bemyndiger forordningens artikel 14, stk. 1, Kommissionen til at fordre forretningsdokumenter fremlagt, dvs. dokumenter, der vedrører virksomhe-

dens aktiviteter på markedet, især med hensyn til overholdelsen af konkurrencereglerne. I det omfang, hvor korrespondancen mellem en advokat og hans klient angår en sådan aktivitet, falder den inden for den kategori af dokumenter, der omfattes af ovennævnte artikler 11 og 14.

- 17 Eftersom de dokumenter, som Kommissionen kan kræve fremlagt, er sådanne, som den finder det »nødvendigt« at få fremlagt for at afsløre overtrædelser af traktatens konkurrenceregler, jfr. artikel 14, stk. 1, så følger det videre heraf, at det principielt tilkommer Kommissionen selv og ikke den pågældende virksomhed eller en tredjemand, det være sig en sagkyndig eller en voldgiftsinstans, at afgøre, om et dokument skal fremlægges for den.

b) Beskyttelsen af tavshedspligten i fællesskabsretten

- 18 Imidlertid udelukker de ovennævnte regler ikke, at den fortrolige karakter af bestemte forretningsdokumenter kan anerkendes under visse omstændigheder. Fællesskabsretten udspringer nemlig ikke blot af et økonomisk samarbejde, men hviler også på medlemsstaternes retsopfattelse, hvorfor den skal tage hensyn til principper og begreber, der er fælles for staternes retssystemer, vedrørende beskyttelsen af tavshedspligten, især med hensyn til visse meddelelser mellem en advokat og hans klient. Denne tavshedspligt tjener således det hensyn, der anerkendes som væsentligt i alle medlemsstaterne, at enhver retsundergIVEN skal have adgang til frit at henvende sig til en advokat, der ifølge sin stilling har til opgave at yde uafhængig juridisk rådgivning til enhver, der har behov herfor.
- 19 Med hensyn til beskyttelsen af korrespondancen mellem en advokat og hans klient fremgår det af medlemsstaternes retssystemer, at selv om princippet er almindeligt anerkendt, veksler dets rækkevidde og kriterierne for dets anvendelse, hvilket også er blevet medgivet af både sagsøgeren og intervenienterne, der er indtrådt til støtte for sagsøgeren.
- 20 Mens beskyttelsen af fortrolighedsforholdet mellem en advokat og hans klient i visse medlemsstater i første række hviler på anerkendelsen af selve advokatgerningen, i det omfang denne bidrager til retsreglernes oprethol-

delse, begrundes den samme beskyttelse i andre medlemsstater i det mere specielle hensyn — der i øvrigt ligeledes anerkendes i de førstnævnte medlemsstater — til retten til forsvar.

- 21 Bortset fra sådanne forskelle, indeholder medlemsstaternes retssystemer dog fælles kriterier, idet disse under betingelser, der ligner hinanden, anerkender fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient, såfremt der herved er tale om en korrespondance, der udveksles af hensyn til klientens forsvar, og som hviler på hans ret til et sådant, og såfremt denne hidrører fra en uafhængig advokat, dvs. en advokat, der ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold.
- 22 Set i denne sammenhæng skal forordning nr. 17/62 fortolkes således, at også den beskytter fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient under de to nævnte betingelser, idet den i beskyttelsen optager de elementer, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer.
- 23 Hvad angår den første af disse to betingelser, drages der ved forordning nr. 17/62 selv — især i dens ellefte betragtning og i artikel 19 — omsorg for, at retten til forsvar fuldt ud kan udøves, og beskyttelsen af fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient udgør et nødvendigt led heri. Under disse omstændigheder må denne beskyttelse for at kunne være effektiv ikke alene uden videre udstrækkes til enhver korrespondance, der er udvekslet, efter at en administrativ procedure er indledt i medfør af forordning nr. 17/62, der kan føre til en beslutning om at bringe traktatens artikler 85 og 86 i anvendelse eller til en beslutning, der pålægger virksomheden en økonomisk sanktion; den må også kunne udstrækkes til at omfatte enhver tidligere korrespondance, der står i forbindelse med genstanden for en sådan procedure.
- 24 Med hensyn til den anden betingelse må det fremhæves, at kravene til den uafhængige advokats stilling og status, der skal opfyldes af den juridiske rådgiver, hvorfra den korrespondance udgår, der kan være beskyttet, skyldes den opfattelse, at advokatens rolle kan siges at indgå i retsplejen, og at det er hans opgave i fuld uafhængighed og i denne overordnede interesse at yde

den juridiske bistand, som klienten har behov for. Modstykket til denne beskyttelse er reglerne om god advokatskik, der pålægges og varetages i almenhedens interesse af de myndigheder, der er tillagt kompetence med dette formål for øje. Denne opfattelse genspejler de juridiske traditioner, der er fælles for medlemsstaterne, og genfindes også i Fællesskabets retsorden, hvilket fremgår af artikel 17 i EØF-statutten og Euratom-statutten for Domstolen og af artikel 20 i EKSF-statutten for Domstolen.

- 25 Når henses til traktatens principper om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser skal den beskyttelse, der således tillægges efter fællesskabsretten — især vedrørende korrespondancen mellem en advokat og hans klient inden for rammerne af forordning nr. 17/62 — finde anvendelse på enhver advokat med bestalling i en af medlemsstaterne uden hensyn til, hvilken medlemsstat, klienten har bopæl i.
- 26 Denne beskyttelse kan ikke udstrækkes ud over de grænser, der er fastlagt ved de fælles regler om udøvelsen af advokatgerningen, som de fremgår af Rådets direktiv 77/249 af 22. marts 1977 (EFT L 78, s. 17), der grunder sig på den gensidige anerkendelse mellem medlemsstaterne af disses internretlige begreber på området.
- 27 Herefter må det fastslås, at selv om forordning nr. 17/62, især dennes artikel 14, fortolket på grundlag af dens ordlyd, dens sammenhæng og formål og under hensyn til gældende ret i medlemsstaterne, bemyndiger Kommissionen til under en kontrolundersøgelse i medfør af nævnte artikel at kræve samtlige forretningsdokumenter fremlagt, som den finder det nødvendigt at få indsigt i, herunder korrespondancen mellem en advokat og hans klient, for at kunne forfølge mulige overtrædelser af traktatens artikler 85 og 86, så begrænses denne beføjelse dog af hensynet til beskyttelsen af tavshedspligten som afgrænset ovenfor, såfremt den pågældende korrespondance er udvekslet mellem en uafhængig advokat, altså en advokat, der ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold, og denne sidstnævnte.

- 28 Endelig bemærkes det, at tavshedspligten ikke forhindrer, at en advokats klient røber korrespondancen, der er udvekslet mellem dem, dersom han mener, at det er i hans interesse at gøre det.

c) Fremgangsmåden, når fortrolighedsprincippet bringes i anvendelse

- 29 Dersom en virksomhed, der underkastes en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 14 i forordning nr. 17/62, under påberåbelse af tavshedspligten nægter at fremlægge korrespondancen med sin advokat, når denne er blandt de forretningsdokumenter, som Kommissionen forlanger fremlagt, påhviler det altid virksomheden over for Kommissionens tjenestemænd at godtgøre de omstændigheder, der kan bevise, at dokumenterne opfylder betingelserne for retsbeskyttelsen som ovenfor fastsat, uden at virksomheden herved skal røbe indholdet af den pågældende korrespondance.
- 30 Dersom Kommissionen finder, at et sådant bevis ikke er blevet ført, kan bedømmelsen af disse betingelser ikke afgøres ved voldgift eller af en national myndighed. Da det drejer sig om en vurdering og en beslutning, der vedrører betingelser for, at Kommissionen kan skride ind på et område, der har afgørende betydning for den fælles markedsfunktion, således som det er tilfældet ved overholdelsen af konkurrencereglerne, kan løsningen af sager om anvendelsen af tavshedspligten på korrespondance mellem en advokat og hans klient kun findes på fællesskabsplan.
- 31 I et sådant tilfælde tilkommer det i medfør af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17/62 Kommissionen at kræve fremlæggelse af den omstridte korrespondance og, såfremt det er påkrævet, at pålægge virksomheden en bøde eller tvangsbøder i medfør af samme forordning som straf for virksomhedens nægtelse af, enten af at fremlægge yderligere bevismateriale, der af Kommissionen anses som nødvendig, eller af at fremlægge den pågældende korrespondance, som efter Kommissionens opfattelse ikke er af en sådan fortrolig karakter, at den nyder retsbeskyttelse.

- 32 Det forhold, at en virksomheds sagsanlæg ved Domstolen mod sådanne beslutninger i medfør af EØF-traktatens artikel 185 ikke har opsættende virkning, imødegår Kommissionens bekymring for de følger, som det tidsrum, der medgår til sagens behandling for Domstolen, kan have for effektiviteten af den kontrol, som Kommissionen skal udøve for at sikre overholdelsen af traktatens konkurrenceregler, mens den pågældende virksomheds interesser på den anden side er beskyttede gennem den adgang, der åbnes ved traktatens artikler 185 og 186 og procesreglementets artikel 83, til at kræve kendelse om udsættelse af fuldbyrkelse af den trufne beslutning eller andre foreløbige forholdsregler.

d) De i sagen omhandlede dokumenters fortrolige karakter

- 33 Det fremgår af de dokumenter, som sagsøgeren har indgivet til Domstolen den 9. marts 1981, at næsten hele den omhandlede korrespondance fandt sted eller drejede sig om juridisk rådgivning, der blev givet mod slutningen af 1972 og i begyndelsen af første halvår 1973.
- 34 Det fremgår, at den pågældende korrespondance hidrører fra tidsrummet forud for og umiddelbart efter Det forenede Kongeriges tiltrædelse af Fællesskabet, og at den i det væsentlige angik det spørgsmål, hvorvidt en mulig konflikt kunne undgås mellem sagsøgeren og Fællesskabets myndigheder vedrørende sagsøgerens forhold, især i forbindelse med anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler. Trods den tid, der er forløbet mellem den nævnte korrespondance og tidspunktet for iværksættelsen af en kontrolundersøgelse, begrundet disse omstændigheder, at korrespondancen må anses for omfattet af retten til forsvar og advokatens særlige pligt i denne forbindelse. Den er derfor omfattet af tavshedspligten.
- 35 På grund af denne sammenhæng og de anførte betragtninger skal den omstridte korrespondance, i det omfang den hidrører fra en uafhængig advokat med bestalling i en medlemsstat, anses som fortrolig, og den er derfor unddraget Kommissionens kontrolbeføjelse efter artikel 14 i forordning nr. 17/62.
- 36 Efter denne korrespondances beskaffenhed skal der derfor ske annullation af artikel 1, litra b), i den anfægtede beslutning, for så vidt det pålægges sagsøgeren at fremlægge de dokumenter, der nævnes i bilaget til skrivelsen fra

Australien Mining & Smelting Europe Limited af 26. marts 1979 til Kommissionen, og som opregnes i den liste over dokumenter, der er indgivet til Domstolen den 9. marts 1981 under numrene 1 a) og b), 4 a)-f), 5 og 7.

- 37 Sagsøgte frifindes i det omfang, påstanden i øvrigt anfægter den nævnte artikel 1, litra b), der omfatter andre dokumenter end de ovenfor nævnte, der ligeledes opregnes i ovennævnte bilag og liste, og som endnu ikke er fremlagt for Kommissionen.

Sagens omkostninger

- 38 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, dømmes den part, der taber sagen, til at afholde sagens omkostninger. Ifølge samme artikels stk. 3 kan Domstolen ophæve sagsomkostningerne helt eller delvis, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvis der foreligger ganske bestemte grunde.
- 39 Da hver part og intervenient til dels har tabt sagen, ophæves sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. Artikel 1, litra b) i Kommissionens beslutning 79/670 af 6. juli 1979 annulleres, for så vidt det pålægges sagsøgeren at fremlægge de dokumenter, der nævnes i bilaget til skrivelsen fra Australian Mining & Smelting Europe Limited af 26. marts 1979 til Kommissionen, og som opregnes i den liste over dokumenter, der er indgivet til Domstolen den 9. marts 1981 under numrene 1 a) og b), 4 a)-f), 5 og 7.

2. Sagsøgte frifindes i øvrigt.

3. Hver part og intervenient bærer sine omkostninger.

	Mertens de Wilmars	Bosco	Touffait
Due	Pescatore	Mackenzie Stuart	O'Keeffe
Koopmans	Everling	Chloros	Grévisse

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. maj 1982.

P. Heim
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

DOMSTOLENS KENDELSE
AF 4. FEBRUAR 1982

**AM & S Europe Limited
mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber**

Sag 155/79

I sag 155/79,

AM & S EUROPE LIMITED

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER