Domstolen de dokumenter, der omhandles i artikel 1, litra b), i den anfægtede beslutning, og som nævnes i bilaget til skrivelsen 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 blive formuleret på et senere tidspunkt.**

Således bestemt i Luxembourg den 4. februar 1981.

A. Van Houtte
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 20. JANUAR 1981 [1]

Indhold

I — Indledning 1620
II — Sagens baggrund 1620
III — Sagens faktiske omstændigheder 1624
IV — Stridsspørgsmålene i sagen 1628
V — Det principielle spørgsmål 1630
VI — Det proceduremæssige spørgsmål 1637
VII — Konklusion 1642

1 — Oversat fra engelsk.

Høje Domstol.

I — Indledning

I denne sag, som er anlagt mod Kommissionen i medfør af EØF-traktatens artikel 173, er sagsøgeren et engelsk selskab ved navn AM & S Europe Limited. Det er et datterselskab af et australsk selskab, Australian Mining and Smelting Limited. Begge selskaber tilhører den velkendte Rio Tinto Zinc-koncern. Et af sagsøgerens datterselskaber ejer og driver et zinksmelteværk ved Avonmouth nær ved Bristol.

Den 10. februar 1978 gav det kommissionsmedlem, der er ansvarlig for konkurrencepolitikken, ordre til, at der skulle foretages kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 i en række virksomheder i zinkindustrien, som var mistænkt for i fællesskab at have fastsat priser og salgsbetingelser, kontrolleret produktionen og opdelt markederne i strid med traktatens artikel 85. Sagsøgeren var én af disse virksomheder.

Artikel 14 i forordning nr. 17 er Domstolen så velkendt, at jeg ikke mener, det er nødvendigt at læse den op. Domstolen beskæftigede sig for nylig med den i sag 136/79, *National Panasonic (UK) Ltd. mod* Kommissionen (dom af 26. juni 1980, endnu utrykt). De spørgsmål, det drejer sig om i denne sag, er imidlertid forskellige fra dem, der var tale om i ovennævnte sag.

De her foreliggende spørgsmål drejer sig om, i hvilket omfang og på hvilken måde meddelelser mellem en advokat og hans klient kan hemmeligholdes under en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14. Før jeg redegør for sagens faktiske omstændigheder og den nøjagtige art af de spørgsmål, de giver anledning til, kan det være nyttigt, hvis jeg siger noget om sagens baggrund.

II — Sagens baggrund

Artikel 20 i forordning nr. 17, som har overskriften »Tavshedspligt«, pålægger Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder samt deres tjenestemænd og øvrige ansatte pligt til ikke at give oplysninger om forhold, som de i medfør af forordningen får kendskab til, og »som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt«. Henvisningen på dette sted til »tavshedspligt« er klart en henvisning til det begreb, der f.eks. i fransk ret kendes som »le secret professionnel«, der er et vidt begreb i den forstand, at det ikke blot gælder for advokater, men for enhver, hvis beskæftigelse medfører, at han bliver betroet fortrolige oplysninger, f.eks. medlemmer af lægestanden og regeringsembedsmænd.

Man kunne anføre, skønt ingen gjorde det under deres indlæg for Domstolen i denne sag, at den udtrykkelige henvisning i artikel 20 til »tavshedspligt« og den omstændighed, at der ikke findes nogen udtrykkelig henvisning til et sådant begreb andetsteds i forordningen, må anses for at betyde, at forordningens forfattere havde til hensigt at udelukke anvendelsen af et sådant begreb, undtagen under de i artikel 20 beskrevne omstændigheder. Det forekommer mig imidlertid, at det ville være en noget forhastet anvendelse af den upålidelige maksime »expressio unius est exclusio alterius« (når det ene siges udtrykkeligt, udelukkes det andet).

Kommissionen og den franske regering har på den anden side anført, at artikel 14's »lovgivningsmæssige historie« viste, at Rådet, da det udstedte forordning nr. 17, bevidst havde afvist den tanke, at der skulle gælde noget »tavshedspligtbegreb« i denne artikels sammenhæng. De henviste herved til Rådets afvisning af de ændringer, som Europa-Parlamentet

pressede på for at få indført i Kommissionens forslag til det, der blev til forordning nr. 17. Som Domstolen ved, nærer jeg alvorlig tvivl om, hvorvidt man kan fortolke en rådsforordning under henvisning til den »lovgivningsmæssige historie«. I hvert fald mener jeg ikke, at en undersøgelse af artikel 14's »lovgivningsmæssige historie« i dette tilfælde fører til den af Kommissionen og den franske regering anførte konklusion.

Parlamentets ændringsforslag stammede fra en rapport udarbejdet af dets udvalg for det indre marked vedrørende Kommissionens forslag (»Deringer-rapporten« — Europa-Parlamentet dok. 57/1961). I denne rapports afsnit 121 fremkom udvalget med en række kritiske bemærkninger om forslagets artikler 9 og 11, som blev til henholdsvis forordningens artikler 11 og 14. Forordningens artikel 11 bemyndiger, som Domstolen ved, Kommissionen til at indhente oplysninger fra bl.a. »virksomheder og sammenslutninger af virksomheder«. Det meste af udvalgets kritik havde intet at gøre med det foreliggende problem. Afsnit 121 indeholdt imidlertid en sætning, der lyder således:

»Under alle omstændigheder skal enhver person, som er forpligtet til at meddele oplysninger, have ret til at nægte at vidne, ligesom tavshedspligten, f.eks. for advokater og regnskabseksperter, skal garanteres«.

Når man betragter udvalgets ændringsforslag (rapportens ss. 44-46), ser man, at det i virkeligheden ikke foreslog nogen ændringer i det, der nu er artikel 14. Det foreslog en række ændringer i det, der nu er artikel 11, som havde til formål at give den kritik virkning, som udvalget havde udtrykt i afsnit 121, og især det synspunkt, at ejere af eller repræsentanter for virksomheder, som blev afkrævet oplysninger, ikke skulle være forpligtet til at besvare inkriminerende spørgsmål. »Tavshedspligten« blev ikke nævnt i ændringsforslagene. Parlamentets formelle stillingtagen, som kom til udtryk i en beslutning af 19. oktober 1961, adskilte sig ikke i nogen væsentlig henseende fra det, udvalget havde foreslået.

Tilsyneladende er den tyske lovgivning den eneste af de oprindelige medlemsstaters lovgivninger, som anerkender det almindelige princip, at en person kan nægte at besvare inkriminerende spørgsmål. Dette princip er naturligvis også anerkendt i engelsk ret. Det er imidlertid forskelligt fra det princip, som sikrer fortroligheden af meddelelser mellem en advokat og hans klient. Man kan forstå, at Rådet skulle have ønsket fra det, der nu er forordningens artikel 11, at udelukke en regel om, at en person ikke skal have pligt til at besvare inkriminernde spørgsmål, for det kunne have forpurret selve formålet med artiklen eller i hvert fald gjort den stort set ineffektiv. Men man kan efter min mening ikke af den omstændighed, at Rådet forkastede Parlamentets forslag i denne henseende, drage den konklusion, at Rådet bevidst skulle have besluttet at forkaste anvendelse af noget princip om beskyttelse af fortroligheden af meddelelser mellem advokat og klient inden for rammerne af enten artikel 11 eller artikel 14.

Forordning nr. 17 blev udstedt af Rådet den 6. februar 1962. Vi har hørt fra Kommissionen, at den manglende henvisning i artikel 14 til meddelelser mellem advokat og klient ikke synes at have givet anledning til nogen vanske-

lighed i de første år, forordningen gjaldt. Kommissionen kom imidlertid ikke nærmere ind på dette, således at vi ikke ved, hvor ofte artikel 14 blev påberåbt i disse år, og heller ikke i hvilket omfang der da forekom tilfælde, hvor Kommissionens tjenestemænd stødte på meddelelser af den pågældende art under deres kontrolundersøgelser. Kommissionen fortalte os endvidere, at emnet efter de nye medlemsstaters tiltræden oftere blev bragt frem i drøftelser i faglige kredse, og at der blev offentliggjort korte artikler om det.

I 1976 offentliggjorde Den Rådgivende Kommission for Advokaterne i Det europæiske Fællesskab (»CCBE«) en rapport af D. A. O. Edward, Q.C. of the Scottish Bar, med titlen »The Professional Secret, Confidentiality and Legal Professional Privilege in the Nine Member States of the European Community« (»Edward-rapporten«). Edward, som senere blev præsident for CCBE, repræsenterede denne organisation i den foreliggende sag. Under udarbejdelsen af sin rapport blev han rådgivet og bistået af fremtrædende medlemmer af advokatstanden i alle Fællesskabets lande.

Edward-rapportens titel er betydningsfuld. »The Professional Secret« er naturligvis en ordret oversættelse til engelsk af »le secret professionnel«. »Confidentiality« er det pågældende begrebs navn i skotsk ret, mens »Legal Professional Privilege« er det navn, man har givet det i engelsk og irsk ret — et upræcist navn, hvilket Lord Wilberforce har påpeget i *Waugh* mod *British Railways Board* [1980] AC 521, på s. 531.

Edward-rapporten beskæftigede sig med et væld af problemer af fælles interesse for advokatstanden i medlemsstaterne, som rækker langt ud over de specielle spørgsmål, Domstolen har at gøre med i den foreliggende sag. Jeg vil ikke indlade mig på en analyse af den, end ikke forsøge at opsummere den. Ud over at sige, at den var, og stadig er, en bemærkelsesværdig præstation inden for sammenlignende ret, vil jeg begrænse mig til én kommentar til den, som er denne.

Rapporten hviler på den forudsætning, at der er en fundamental forskel mellem lovgivningerne i de oprindelige seks medlemsstater på den ene side og lovgivningerne i Irland og Det forenede Kongerige på den anden side, mens lovgivningen i Danmark bør betragtes særskilt. Men — og denne tanke slog mig, da jeg første gang læste rapporten i 1976 — rapporten demonstrerer selv ubevidst, at dette er en forkert holdning, for det første på grund af forskelle mellem lovgivningerne i de »oprindelige seks«, som fremgår af rapporten, og for det andet på grund af forskelle mellem lovgivningerne i England og i Skotland, som rapporten overser. Rapporten konkluderer imidlertid efter min mening korrekt, at forskellene mellem lovgivningerne i de forskellige lande i Fællesskabet »er forskelle i holdning eller metode (som er nødvendiggjort af deres fundamentalt forskellige retssystemer) snarere end forskelle i resultater«. Det betyder naturligvis ikke, at resultatet overalt er ens.

I 1977 skrev to medlemmer af Kommissionens juridiske tjeneste, dr. C. D. Ehlermann, tjenestens generaldirektør, og dr. D. Oldekop, en afhandling for det følgende års FIDE-kongres i København. De synspunkter, som de udtrykte i denne afhandling, var naturligvis deres personlige synspunkter. De kunne ikke forpligte Kommissionen. I betragtning af Ehler-

mann's og Oldekop's renommé og den omstændighed, at den pågældende passus i deres afhandling er forholdvis kort, vil jeg imidlertid citere den næsten i sin helhed. De siger følgende (FIDE, København 1978, bind 3, siderne 11.5-11.6):

»Spørgsmålet, om og i bekræftende fald i hvilket omfang meddelelser mellem en advokat og hans klient er eller bør være beskyttet af fællesskabsretten mod afsløring af Kommissionen . . . er et spørgsmål om en behørig rettergangsmåde, som bør nævnes under en drøftelse af rettighederne til forsvar med henblik på Kommissionens kontrolundersøgelsesbeføjelser. I alle medlemsstaterne nyder hemmeligholdelsen af forholdet mellem en advokat og hans klient retlig beskyttelse mod afsløring af forvaltningsmyndighederne og endog domstolene, omend inden for varierende grænser og med forskellige metoder. Disse grænser og metoder kan ikke beskrives i denne afhandling«.

Forfatterne henviser i stedet læseren til Edward-rapporten og fortsætter:

»Inden for fællesskabsrettens område blev problemet drøftet under Europa-Parlamentets debat om vedtagelsen af forordning nr. 17/62; på grundlag af »Deringer-rapporten« vedtog Parlamentet en henstilling til fordel for beskyttelse af advokat/klientforholdet. Denne henstilling blev imidlertid ikke fulgt af Rådet.«

Domstolen ved, at min fortolkning af, hvad der skete, i den henseende adskiller sig fra forfatternes, som fortsætter:

»Efter Fællesskabernes udvidelse er diskussionen blevet genoptaget på baggrund af den særlig vide beskyttelse af advokat/klientforholdet i Det forenede Kongerige og Irland (som ikke blot omfatter uafhængige advokater, men også advokater, som er heltidsansatte hos klienten).

Fællesskabsretten indeholder ingen særlige og udtrykkelige regler om beskyttelsen af advokat/klientforholdet i administrativ sagsbehandling (artikel 20 i forordning nr. 17/62 forbyder kun afsløring af hemmeligheder *ved* Kommissionen, men ikke *over for* Kommissionen)«.

Efter en henvisning til artikel 32, stk. 2, i Domstolens procesreglement konkluderer forfatterne:

»I betragtning af retstilstanden i medlemsstaterne forekommer det berettiget at antage, at der eksisterer et almindeligt retsprincip, som gælder i fællesskabsretten som en del af »lov og ret« i den i EØF-traktatens artikel 164 forudsatte betydning (EKSF-traktatens artikel 31, EURATOM-traktatens artikel 136), som inden for visse grænser garanterer beskyttelsen af advokat/klientforholdet, også i den administrative sagsbehandling. Indtil nu har beskyttelsen af advokat/klientforholdet ikke vist sig at være et særligt omtåleligt emne i Kommissionens praksis, og det kan diskuteres, hvor vidtgående beskyttelsen bør være. Det er imidlertid klart, at denne beskyttelse ophører, når advokaten selv bistår eller deltager i sin klients ulovlige handlinger. I forbindelse med en fremtidig omfattende og afbalanceret løsning på alle de involverede spørgsmål synes der ikke at være nogen grund til at behandle lønnede advokater, som er ansat af deres klient, anderledes end uafhængige advokater, som har en praksis, såfremt de faktisk er undergivet ensartede faglige etiske og disciplinære regler.«

Den 22. juni 1978 gav Kommissionen udtryk for sit officielle standpunkt som svar på et spørgsmål stillet af hr. Cousté i Parlamentet (skriftlig forespørgsel nr. 63/78). Kommissionens svar på dette spørgsmål lød således:

»I medfør af bestemmelserne i artikel 14 i Rådets forordning nr. 17/62 kan Kommissionen kontrollere og afskrive samtlige skrivelser og andre forretningspapirer i en virksomhed eller sammenslutning af virksomheder, herunder forretningspapirer, der er udarbejdet til denne virksomhed eller denne sammenslutning af advokater eller juridiske rådgivere udefra.

Den gældende fællesskabslovgivning om konkurrence indeholder ingen bestemmelser om nægtelse af adgang til forretningspapirer af juridisk art. Dog er Kommissionen på grund af de konkurrenceregler, der findes i visse medlemsstater, og ud fra et ønske om upartiskhed rede til ikke at anvende sådanne dokumenter som bevis på eventuelle overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler, der er af strengt juridisk karakter, og som er blevet udarbejdet for at opnå eller give juridisk rådgivning om de retsregler, der skal overholdes, eller som gælder for forberedelse og opbygning af forsvaret for den pågældende virksomhed eller sammenslutning af virksomheder. Når Kommissionen er stillet over for dokumenter af denne art, tager den ikke afskrifter deraf.

Under kontrol af De europæiske Fællesskabers Domstol påhviler det Kommissionen at vurdere arten af de pågældende dokumenter.

Endelig skal Kommissionen erindre det ærede medlem om, at for så vidt angår anvendelsen af EØF-traktatens artikler 85 og 86, skal dens tjenestemænd overholde tavshedspligten ifølge bestemmelserne i artikel 20 i Rådets forordning nr. 17/62.«

Jeg vil nu vende tilbage til denne sags faktiske omstændigheder.

III — Sagens faktiske omstændigheder

Tilsyneladende var den oprindelige beslutning fra det medlem af Kommissionen, som er ansvarlig for konkurrencepolitikken, om at iværksætte en kontrolundersøgelse i hvert fald for sagsøgerens vedkommende ikke en formel beslutning i henhold til artikel 14, stk. 3, men en beslutning, som blot medførte, at Kommissionens tjenestemænd blev bemyndiget til at udføre en kontrolundersøgelse i henhold til samme artikels stk. 1 og 2.

Den 20. februar 1979 ankom tre af Kommissionens tjenestemænd (som jeg vil kalde »inspektørerne«) til sagsøgerens lokaler i Bristol, ledsaget af en embedsmand fra Office of Fair Trading, som er den »kompetente myndighed« i Det forenede Kongerige med henblik på artikel 14. Inspektørerne var udrustet med »fuldmagt til at foretage kontrolundersøgelsen« udstedt i henhold til artikel 14, stk. 2. Fuldmagten blev fremlagt for sagsøgerens administrerende direktør A. T. Thomson, og kontrolundersøgelsen fandt sted på den og den følgende dag i overværelse af to repræsentanter for sagsøgerens advokater. Da den var tilendebragt, forlod inspektørerne stedet medbringende kopier af ca. 35 dokumenter. De gav også Thomson en skriftlig anmodning om yderligere dokumenter vedrørende visse specificerede spørgsmål.

Thomson besvarede denne anmodning ved skrivelse af 26. marts 1979, sammen med hvilken han sendte Kommissionen syv chartequer med dokumenter. I denne skrivelse meddelte han imidlertid Kommissionen, at sagsøgerens advokater ved deres gennemsyn af dokumenterne havde tilkendegivet, at de mente, at nogle af dem var »omfattet af reglerne om beskyttelse af advokat/klientforholdet«. Af denne grund blev disse dokumenter ikke fremsendt. Der blev anført beskrivelser af dem i sytten nummererede afsnit i et bilag til skrivelsen.

Ifølge disse beskrivelser faldt de tilbageholdte dokumenter tilsyneladende stort set i fire kategorier, nemlig:

i) Solicitors' instruktioner til Counsel,

ii) meddelelser mellem en udenforstående advokat og sagsøgeren eller et af sagsøgerens moderselskaber vedrørende juridisk rådgivning eller anmodninger om juridisk rådgivning,

iii) dokumenter indeholdende juridisk rådgivning eller anmodninger om juridisk rådgivning fra en jurist »i huset«, som er ansat af sagsøgeren eller et af dets moderselskaber, og

iv) meddelelser mellem medlemmer af sagsøgerens eller et af dets moderselskabers bestyrelse med optegnelser af juridisk rådgivning eller anmodninger om juridisk rådgivning.

Thomson nævnte også i sin skrivelse, at sagsøgerens advokater havde anført, at visse passager i dokumenterne i de chartequer, der skulle sendes til Kommissionen ikke havde nogen betydning for den kontrolundersøgelse, Kommissionen var ved at udføre. Disse passager var blevet slettet, og advokaterne ville om kort tid sende Kommissionen en erklæring på tro og love med en beskrivelse af de slettede passager, således at Kommissionen kunne blive »overbevist« på dette punkt.

Thomson foreslog, at såfremt Kommissionen »skulle have behov for yderligere beskræftelse vedrørende de dokumenter, der var omfattet af advokat/klientforholdet,•eller de slettede passager«, skulle den sætte sig i forbindelse med sagsøgerens advokater for at drøfte spørgsmålet.

Den 5. april 1979 tilskrev advokaterne Kommissionen og medsendte den lovede erklæring på tro og love.

Kommissionen fulgte ikke Thomson's forslag om drøftelse med sagsøgernes advokater op. Tilsyneladende uden nogen yderligere meningsudveksling med sagsøgerne eller dennes advokater traf Kommissionen den 6. juli 1979 en beslutning i henhold til artikel 14, stk. 3, som var rettet til sagsøgeren (79/670/EØF).

Efter en gengivelse af de faktiske omstændigheder fastslog præamblen til denne beslutning således med henblik på de dokumenter, for hvilke man havde påberåbt sig advokat/klientforholdet:

»Fællesskabets konkurrencelovgivning indeholder ingen regler om beskyttelse af dokumenter af juridisk karakter; som Kommissionen imidlertid har gjort det klart i sit svar på den af hr. Cousté stillede skriftlige forespørgsel nr. 63/78 i Europa-Parlamentet, 'er Kommissionen på grund af de konkurrenceregler, der findes i visse medlemsstater ... rede til ikke at anvende sådanne dokumenter som bevis på eventuelle overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler, der er af strengt juridisk karakter, og som er blevet udarbejdet for at opnå eller give juridisk rådgivning om de retsregler, der skal overholdes, eller som gælder for forberedelse og opbygning af forsvaret for den pågældende virksomhed eller sammenslutning af virksomheder. Når Kommissionen er stillet over for dokumenter af denne art, tager den ikke afskrifter deraf';

det er klart, at hverken den pågældende virksomhed eller dens juridiske rådgivere ene og alene kan træffe den endelige afgørelse, hverken med hensyn til faktiske eller juridiske spørgsmål, eller med hensyn til afgørelsen af, om et givet dokument er et af denne slags dokumenter og blev skrevet under omstændigheder, som ville berettige, at det ikke blev benyttet;

ifølge gældende fællesskabsret og med mulighed for prøvelse ved Domstolen er det op til Kommissionen at afgøre, hvorvidt et givet dokument skal benyttes eller ej; AM & S Europe Ltd. har derfor pligt

til at lade Kommissionens inspektør se disse dokumenter samt stille spørgsmål i forbindelse med dem, i den udstrækning dette måtte være påkrævet for at fastslå, hvorvidt de bør benyttes eller ej; såfremt inspektøren måtte skønne, at de er beskyttet, vil han ikke tage nogen kopier, og dokumenterne vil ikke senere blive benyttet af Kommissionen som bevis for nogen overtrædelse«.

Præamblen nævnte derefter sagsøgerens krav på at have ret til fra dokumenter, som erkendtes at være relevante for undersøgelsen, at slette visse passager, som sagsøgerens advokater anså for irrelevante. Jeg behøver ikke at læse betragtningerne om dette, fordi dette krav senere blev frafaldet af sagsøgeren og ikke er omfattet af det foreliggende søgsmål.

Beslutningens artikel 1 pålagde sagsøgeren at underkaste sig en kontrolundersøgelse i sine lokaler i Bristol og Avonmouth og navnlig med henblik på undersøgelse for Kommissionens tjenestemænd at fremlægge de forretningspapirer, »som helt eller delvis vedrører det spørgsmål, der skal undersøges«. Artiklen opregnede derefter i afsnit med bogstaverne a, b og c tre grupper forretningspapirer, som »især« skulle fremlægges. Afsnit a) specificerede de papirer, som var omfattet af den skriftlige anmodning, der blev rettet til Thomson den 21. februar, og nogle andre papirer. Afsnit b) specificerede »alle dokumenter, for hvilke der gøres krav på beskyttelse (»legal privilege«), og som er opført i tillægget til AM & S Europe Limited's skrivelse af 26. marts 1979 til Kommissionen«. Afsnit c) specificerede den fuldstændige tekst til alle de dokumenter, hvori visse passager var blevet slettet.

Artikel 2 bestemte, at kontrolundersøgelsen skulle foretages fra den 9. juli 1979.

Den 25. juli 1979 indfandt to af Kommissionens inspektører, som havde udført den tidligere kontrolundersøgelse i februar, sig i sagsøgerens lokaler i Bristol og forkyndte beslutningen. De udførte derefter en yderligere kontrolundersøgelse i disse lokaler, som varede indtil den 27. juli.

Under kontrolundersøgelsen blev det på sagsøgerens vegne gjort klart, at sagsøgeren var villig til at fremlægge alle de forretningspapirer, der var omfattet af beslutningens artikel 1, litra a), med undtagelse af nogle, for hvilke man påberåbte sig beskyttelse (»legal privilege«), og også til at fremlægge komplette kopier af de i artikel 1, litra c), nævnte dokumenter. Inspektørerne tog kopier af nogle dokumenter og bad om kopier af andre.

Sagsøgeren nægtede at vise inspektørerne samtlige de i beslutningens artikel 1, litra b), nævnte dokumenter. Sagsøgerens advokater fortalte inspektørerne, at fællesskabsretten efter deres opfattelse ikke forpligtede sagsøgeren til over for dem at afsløre disse dokumenters indhold, men at de var villige til at lade inspektørerne se dele af de pågældende dokumenter, således at de kunne forvisse sig om, at de faktisk var beskyttet. Inspektørerne tilkendegav, at de ikke var villige til at foretage undersøgelsen på det grundlag, at de kun så dele af dokumenterne. Sagsøgernes advokater foreslog, at spørgsmålet blev drøftet på et møde, som skulle arrangeres mellem sagsøgerens juridiske rådgivere og repræsentanter for Kommissionen i Bruxelles. Kontrolundersøgelsen blev så indstillet med hensyn til de dokumenter, for hvilke man påberåbte sig beskyttelse, indtil et sådant møde kunne afholdes.

Den 2. august 1979 tilskrev sagsøgerens advokater Kommissionen og vedlagde kopier af de resterende dokumenter, som er specificeret i artikel 1, litra a), men opregnede tretten, som de tilbageholdt, da de også var beskyttet. Alle dokumenter undtagen et blev senere fremlagt for Kommissionen.

Mødet blev afholdt i Bruxelles den 18. september 1979 mellem tjenestemænd fra Kommissionens generaldirektorat for konkurrence (GD IV) og fra Kommissionens juridiske tjeneste på den ene side, og sagsøgerens advokater på den anden side. Det var stort set resultatløst.

Sagsøgerens advokat (Jeremy Lever, Q.C.) henviste i et vist omfang til den passage i beslutningens præambel, hvor det anføres, at det var nødvendigt for inspektøren at »se disse dokumenter samt stille spørgsmål i forbindelse med dem, i den udstrækning dette måtte være påkrævet for at fastslå, hvorvidt de bør benyttes eller ej«, og foreslog en procedure, hvorefter inspektørerne ville få forevist tilstrækkelig meget af hvert dokument til at kunne fastslå, at de var beskyttet af reglerne om advokat/klient-forholdet. Han understregede, at hvis inspektørerne fik lov til at se et dokument i sin helhed, ville dets fortrolige karakter gå tabt, især da Kommissionen, skønt den havde udtalt, at den ikke ville bruge et dokument, der var blevet skrevet med henblik på at søge eller give juridisk rådgivning, som bevis, aldrig havde sagt, at dens inspektører var udelukket fra at bruge viden, som de havde erhvervet ved granskning af et sådant dokument. Lever tilføjede, at hvis inspektøren — efter at have fået forevist, hvad sagsøgerens rådgivere anså at være tilstrækkelig meget af et dokument til at sætte »enhver rimelig inspektør« i stand til at bedømme, om det var beskyttet — stadig ikke skulle føle sig overbevist, ville der være klar anledning til at forelægge Domstolen spørgsmålet, om sagsøgeren i tilstrækkelig grad havde efterkommet beslutningen.

Kommissionens repræsentanter mente imidlertid, at Kommissionens beslutning krævede, at de tilbageholdte dokumenter blev fremlagt for inspektørerne i deres helhed. De indrømmede, at inspektørerne i praksis måske nok kun behøvede at se en del af et dokument for at fastslå, at det ikke skulle bruges som bevis af Kommissionen, men de anså det for væsentligt, at inspektørerne skulle have adgang til hele dokumentet, og at inspektørerne alene skulle afgøre, hvilke dele af dokumentet, de ville læse for at overbevise sig om, at det ikke skulle anvendes.

Til syvende og sidst var det eneste, parterne blev enige om under mødet, at tvisten mellem dem måtte forelægges Domstolen via en sag anlagt af sagsøgeren i henhold til traktatens artikel 173 rettet mod Kommissionens beslutning, og at Kommissionen, såfremt en sådan sag blev anlagt, indtil Domstolen havde afsagt dom, ville afholde sig fra at pålægge sagsøgeren nogen bøde eller tvangsbøde for ikke at efterkomme beslutningen.

Den 4. oktober 1979 anlagde sagsøgeren følgelig denne sag, hvori der er nedlagt påstand om, at det statueres, at beslutningens artikel 1, litra b), er ugyldig, eller subsidiært ugyldig »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 beskyttelse af forholdet mellem advokat og klient«.

IV — Stridsspørgsmålene i sagen

Stævningen blev udformet på det grundlag, at der ikke var uenighed mellem parterne om, at der eksisterer et fællesskabsretligt princip om hemmeligholdelse af meddelelser mellem advokat og klient, og at stridsspørgsmålet mellem dem kun var proceduremæssigt, idet spørgsmålet var, om og i hvilket omfang Kommissionen har ret til at se et dokument med henblik på at afgøre, om et krav om, at det skulle være fritaget for forelæggelse i henhold til dette princip, var begrundet.

Fra begyndelsen tilsluttede Kommissionen sig tilsyneladende dette syn på sagen. Indledningsvis bad Kommissionen om en forlænget frist for indgivelse af svarskrift, mens sagsøgeren overvejede en skrivelse, som den (Kommissionen) tilsendte sagsøgerens advokater den 31. oktober 1979. I denne skrivelse anførte Kommissionen følgende:

»Efter fornyet overvejelse er Kommissionens tjenestegrene af den opfattelse, at det forslag, der er fremsat på AM & S' vegne under mødet den 18. september 1979, og den praksis, som Kommissionen anser for passende, måske ikke er så forskellige, som det tidligere har syntes at være tilfældet.

Derfor skrives dette brev for at foreslå, at de dokumenter, der nu er tale om, bliver forevist en repræsentant for GD IV på lignende betingelser som de af Lever skitserede. Dette foregriber naturligvis ikke parternes respektive retlige argumentation i sagen for Domstolen eller i nogen uoverensstemmelse, som kan opstå vedrørende spørgsmålet, om bestemte dokumenter er beskyttede, og foregriber ikke Kommissionens yderligere afklaring af sin påtænkte praksis.

Kommissionens tjenestegrene har altid været af den opfattelse, at dokumenter, som kræves hemmeligholdt, afhængigt af omstændighederne ikke behøver at blive læst in extenso af Kommissionens inspektør med henblik på at afgøre, om de kan kræves hemmeligholdt eller ej. Kommissionens tjenestegrene mener, at spørgsmålet om, i hvilket omfang inspektøren skal kunne undersøge indholdet af dokumenter, som kræves hemmeligholdt, må afgøres efter følgende principper:

— den offentlige interesse i at sikre, at alt relevant bebismateriale forelægges Kommissionen og Domstolen, kræver, at et krav om, at et dokument er beskyttet, klart må godtgøres.

— med dette formål for øje må den ansvarlige inspektør sættes i stand til objektivt og med rimelig sikkerhed at overbevise sig om, at der er tale om et dokument, som er beskyttet i henhold til fællesskabsretten.

— dokumentet skal kun undersøges, for så vidt det er nødvendigt for med en behørig grad af sikkerhed at fastslå, om det er beskyttet eller ej.

— det vil bero på samtlige omstændigheder, i hvilket omfang det kan være nødvendigt for inspektøren at se dokumentets tekst. I praksis ville det normalt være tilstrækkeligt, at han så de første og sidste sider i dokumentet og overskrifterne, hvis de findes, såfremt disse klart viser hele dokumentets art. I tilfælde, hvor en sådan afsløring af en eller anden grund ikke gør det muligt at afgøre spørgsmålet om beskyttelse med en behørig grad af sikkerhed, må inspektøren have ret til at se andre væsentlige dele af dokumentet (naturligvis foruden om nødvendigt at opnå bevismateriale uden for selve dokumentets tekst).

Jeg håber, at dette brev er tilstrækkeligt grundlag til at sætte Dem i stand til at mødes med Kommissionens tjenestemænd igen. I bekræftende fald ville det være hensigtsmæssigt, hvis De medbragte kopier af alle de pågældende dokumenter . . .«.

Det i denne skrivelse indeholdte tilbud blev afvist på sagsøgerens vegne, hovedsagelig fordi Kommissionen ikke herved frafaldt det synspunkt, at dens inspektører til syvende og sidst havde ret til at se så meget af et dokument, som de anså for passende, før de afgjorde, om det var fritaget for editionspligt.

Den 17. december 1979 indgav Kommissionen svarskrift, hvori den gav to yderligere indrømmelser. Den første var, at Kommissionens beslutning skulle fortolkes således, at »inspektøren er kun bemyndiget til at se dokumenter, der kræves hemmeligholdt, 'i den udstrækning, det er påkrævet for at fastslå, hvorvidt de bør benyttes eller ej', dvs. benyttes som bevismateriale«. Den anden var, at »Kommissionen er rede til at give tilsagn om, at dens inspektører vil blive instrueret om, at de ikke må benytte nogen viden, som de måtte opnå som resultat af en undersøgelse af dokumenter med henblik på at fastslå, om de er beskyttede«. I sin senere argumentation for Domstolen gjorde Kommissionen gældende, at den havde gjort disse indrømmelser.

Ud over en henvisning til disse indrømmelser faldt Kommissionens svarskrift i to dele. Den første del bestod af en generel drøftelse af spørgsmålet om reglerne om beskyttelse af forholdet mellem advokat og klient (»legal confidence«) i fællesskabsretten. Det var i denne forbindelse, at Kommissionen fremførte sin indsigelse, som jeg allerede har omtalt, om artikel 14's »lovgivningsmæssige historie«. I denne del henviste Kommissionen også til Edward-rapporten, til den afhandling, der blev skrevet til FIDE-kongressen af Ehlermann og Oldekop, og til Kommissionens svar på Cousté's forespørgsel (nr. 63/78). Kommissionen gik derefter over til at drøfte to engelske retskilder, som den efter min mening har misforstået, nemlig det engelske lovreformudvalgs 16. betænkning om fritagelse for editionspligt i civile sager (»Privilege in Civil Proceedings«, Cmnd. 3472) og Overhusets afgørelse i sagen *Waugh* mod *British Railways Board*, 1980, AC 521. (Jeg vil drøfte disse kilder om et øjeblik). Kommissionen konkluderede, at »spørgsmålet, om forholdet mellem advokat og klient skal beskyttes, og i bekræftende fald i hvor vidt omfang og ved hvilke midler det bør kontrolleres, er politiske spørgsmål, som må afgøres pragmatisk alt efter omstændighederne«, og ikke principielle spørgsmål. Kommissionen gav udtryk for, at den var enig med sagsøgeren i, at «stridsspørgsmålene i denne sag udelukkende er processuelle spørgsmål«. I svarskriftets anden del argumenterede Kommissionen til fordel for en procedure »efter de retningslinjer, som er afstukket i« Kommissionens skrivelse af 31. oktober 1979.

Sagsøgeren erklærede i sin replik, at »det meget snævre stridsspørgsmål, som skiller parterne« er følgende: »Har Kommissionen, som den hævder, ret til at undersøge dokumenter, som kræves hemmeligholdt, for at fastslå, om kravet om hemmeligholdelse af disse dokumenter i henhold til reglerne om beskyttelse af forholdet mellem advokat og klient er begrundet? Eller skal Kommissionen, som sagsøgeren hævder, benytte sig af andre verifikationsmidler, som ikke indebærer, at Kommissionen selv erhverver viden om de forhold mellem advokat og klient, som skal beskyttes?«

Det synspunkt, at stridsspørgsmålet i sagen var snævert og kun vedrørte den procedure, hvorefter det skulle afgøres,

om et dokument var beskyttet mod afsløring, blev gentaget af Kommissionen i duplikken.

Blandt intervenienterne fremførte den britiske og den franske regering begge deres synspunkter vedrørende spørgsmålet om gældende ret, idet den britiske regering hævdede, at begrebet beskyttelse af forholdet mellem advokat og klient (»legal professional privilege«) eller fortrolighed (»confidentiality«) eller tavshedspligt (»secret professionnel«) udgjorde en del af »lov og ret« i Fællesskabet i den betydning, som dette udtryk har i traktatens artikel 164, og den franske regering hævdede det modsatte. Ingen af regeringerne udviklede imidlertid punktet fuldt ud i deres skriftlige indlæg. CCBE påpegede på den anden side, at »procedurespørgsmål ikke opstår i et tomrum«, og at det ville være nødvendigt, at Domstolen, før den kunne træffe afgørelse om procedurespørgsmål, afgjorde, om der findes et fællesskabsretligt princip, der giver ret til beskyttelse mod afsløring af fortrolige meddelelser mellem advokat og klient, og i bekræftende fald i hvilket omfang. CCBE afgav følgelig meget fyldige skriftlige indlæg om disse spørgsmål.

Domstolen var enig med CCBE og opfordrede parterne og de intervenerende regeringer til at afgive indlæg under den mundtlige forhandling vedrørende disse principielle spørgsmål.

Dette gjorde sagsøgeren og den britiske og den franske regering. Derimod erklærede Kommissionens advokat, at hans instrukser gik ud på at forholde sig neutral vedrørende dette spørgsmål og overlade det til »Domstolens skøn«. Han skulle henholde sig til det svar, Kommissionen havde givet Cousté, og hverken erkende eller bestride, at der findes et sådant princip i fællesskabsretten, som sagsøgeren, den britiske regering og CCBE har gjort gældende. Han påpegede, at hvis der ikke var et sådant princip, måtte Kommissionen nødvendigvis vinde denne sag, mens Kommissionens argumenter vedrørende det proceduremæssige spørgsmål ville være relevante, hvis der fandtes et sådant princip.

Efter min mening er der således to væsentlige spørgsmål i denne sag.

Det første er, om Kommissionens udøvelse af sine beføjelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 er underkastet et princip, som giver ret til beskyttelse mod afsløring af meddelelser mellem en advokat og hans klient, som er udarbejdet for at opnå eller give juridisk rådgivning. Jeg mener ikke, at det er påkrævet, at Domstolen, såfremt den finder, at der findes et sådant princip, i denne sag definerer dets præcise omfang, og f.eks. udtaler sig om, i hvilket omfang det kan finde anvendelse, når der er tale om meddelelser mellem en virksomhed og en advokat ansat i dens eget personale (en advokat »i huset«), eller ikke finder anvendelse, når advokaten med Ehlermann's op Oldekop's ord »selv bistår eller deltager i sin klients ulovlige handlinger«.

Det andet spørgsmål vedrører, såfremt der findes et sådant princip, den korrekte procedure for dets gennemførelse.

V — Det principielle spørgsmål

Vedrørende det første spørgsmål vil jeg begynde med at behandle en tanke, som forsøgsvis blev fremført på den britiske regerings vegne, og som gik ud på, at såfremt Domstolen antager, at der ikke findes et fællesskabsretligt princip af den art, som den britiske regering i første række har gjort gældende, kan løsningen ligge i det synspunkt, at bestemmelserne i hver enkelt medlemsstats nationale ret i mangel af nogen relevant fællesskabsret skal anvendes på dokumenter, som findes i den pågældende medlemsstat. Denne løsning ville ifølge den britiske

regering i det mindste sikre, at forventningerne hos de personer, som havde opnået juridisk bistand i hver medlemsstat, ikke blev skuffet, idet man ville kunne påberåbe sig de samme rettigheder over for fællesskabsmyndighederne som over for nationale myndigheder. Desuden ville en antagelse af denne løsning virke som en ansporelse til vedtagelse af fællesskabslovgivning på dette område. Den britiske regering har anført, at sag 267/78, *Kommissionen* mod *Italien*, Sml. 1980, s. 31, giver nogen støtte for dette synspunkt.

Efter min mening kan denne løsning ikke holde. Som den britiske regering selv erkendte, henviser præamblen til forordning nr. 17 gentagne gange til behovet for en ensartet anvendelse af traktatens artikler 85 og 86 i medlemsstaterne, og den gør det specielt i forbindelse med Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser. Sag 267/78 er efter min mening forskellig herfra, fordi den fællesskabslovgivning, som der her var tale om, ikke direkte tillagde Kommissionen selv kontrolbeføjelser, men blot berettigede Kommissionen til at »deltage i« de kontrolforanstaltninger, som de nationale myndigheder foretog.

Når henses til parternes og de øvrige intervenienters synspunkter var den franske regering alene om at hævde, at der ikke fandtes noget princip i fællesskabsretten, som begrænsede Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17. Den franske regering baserede sig herved hovedsagelig på to argumenter: i) at der ikke fandtes nogen udtrykkelig bestemmelse i fællesskabsretten, som pålagde en sådan begrænsning, og ii) at medlemsstaternes relevante love var for uensartede til, at der af dem kunne udledes noget almindeligt princip, som kunne finde anvendelse. Den franske regering gik så vidt som at antyde, at den foreliggende sag repræsenterede et forsøg på at prakke Fællesskabet noget på, som ikke var andet end en engelsk retsregel.

Den franske regerings første argument er utvivlsomt korrekt. Domstolen har imidlertid aldrig næret den opfattelse, at mangelen på en udtrykkelig bestemmelse kunne udelukke den fra at antage, at et almindeligt retsprincip kan påvirke anvendelsen af fællesskabslovgivningen. I modsat fald ville fællesskabsretten f.eks. ikke give mulighed for noget proportionalitetsprincip, nogen beskyttelse af den berettigede forventning, nogen ret til at blive hørt (undtagen når det udtrykkeligt er bestemt) eller nogen garanti for grundlæggende menneskerettigheder. Den franske regering henviste til sag 41/69, *ACF Chemiefarma* mod *Kommissionen*, Sml. 1970, s. 107, hvor Domstolen fastslog, at den ikke kunne indfortolke en forældelsesfrist i forordning nr. 17, inden for hvilken Kommissionen skal indlede en procedure mod en virksomhed. Denne sag er imidlertid efter min mening ikke relevant, fordi der ikke kan være noget generelt princip om en forældelsesfrists længde, om overhovedet noget. Indførelse af et sådant indebærer nødvendigvis et valg, som kun kan træffes ved en lovgivningsakt.

Det egentlige spørgsmål her er således, om medlemsstaternes lovgivninger viser, at der findes et generelt princip af den omhandlede art. Jeg er enig med CCBE i, at hvis der kan udledes et sådant princip fra dem, gør det ingen forskel, om dets begrebsmæssige oprindelse, de metoder, hvorved det er blevet udviklet,

eller endog dets anvendelsesområde i detaljer er forskellige fra medlemsstat til medlemsstat.

Jeg har allerede anført, at jeg ikke vil analysere eller blot sammenfatte indholdet af Edward-rapporten. Jeg agter heller ikke at forsøge en analyse af alt det yderligere kildemateriale, som er blevet fremlagt for Domstolen som et resultat af de undersøgelser, som CCBE og sagsøgerens advokat har foretaget for sagsøgeren, siden Edward-rapporten blev udarbejdet. På grundlag af en undersøgelse af dette omfattende materiale, som dækker alle medlemsstaternes lovgivninger undtagen Grækenland (fordi indlæggene i sagen blev afgivet, før Grækenlands tiltræden af Fællesskabet) og også nogle ikke-medlemsstaters lovgivninger, kan der uddrages visse indlysende konklusioner:

1) Som den franske regering har erkendt, giver alle medlemsstaternes lovgivninger nogen beskyttelse af fortroligheden af meddelelser mellem advokat og klient. I hver medlemsstat er den relevante lovgivnings hårde kerne, at en advokat ikke kan afkræves vidneforklaring om det, han har fået oplyst af sin klient. Men overalt går beskyttelsen videre end dette.

2) I alle medlemsstaterne gives beskyttelsen først og fremmest ved, at der pålægges advokaten pligt til ikke at røbe indholdet af disse meddelelser. I nogle lande (f.eks. Frankrig) er advokatens manglende overholdelse af denne forpligtelse strafbar. I andre (f.eks. England) er den kun undergivet privat påtale. I nogle lande (f.eks. England) består forpligtelsen kun i forhold til klienten, således at den bortfalder, hvis klienten giver afkald på sin ret til at gøre den gældende. I andre lande (f.eks. Frankrig) anses forpligtelsen for at være »d'ordre publique«, således at klientens afkald ikke er nok; advokaten beholder et skøn over, om han skal afsløre meddelelsens indhold eller ej. Tilfældige forskelle som disse vedrører imidlertid efter min mening ikke sagens kerne.

3) I hvert enkelt land har lovgivninges udvikling stort set været bestemt af proceduremæssige regler, som er karakteristiske for det pågældende lands retssystem. I England, f.eks., er meget af lovgivningen udviklet i sammenhæng med generel edition (»general discovery«) i civilprocessen. Dette er en procedure, under hvilken hver part på et mellemstadium i en civil sag pålægges for den anden part at fremlægge alle de dokumenter, som er i hans besiddelse, varetægt eller under hans rådighed, og som vedrører spørgsmål, som sagen omhandler, uanset om det ville være tilladt at fremlægge sådanne dokumenter som bevismateriale. Dokumenter, som er omfattet af reglerne om beskyttelse af advokat/klientforholdet (»legal professional privilege«), er fritaget fra en sådan fremlæggelse. Jeg mener ikke, at der findes nogen nøjagtig tilsvarende procedure i noget ikke-common law lands retssystem — end ikke i det skotske system. I Belgien og Frankrig vedrører meget af materialet på den anden side undersøgelsesdommerens (juge d'instruction) beføjelser og forpligtelser, især under udførelsen af en undersøgelse på en advokats (avocat) kontor. Undersøgelsesdommeren har, som vi hørte i sag 267/78, ikke noget direkte modstykke i mange andre medlemsstater. Men heller ikke her har sådanne tilfældige forskelle efter min mening nogen relevans for sagens kerne.

4) I en vis udstrækning har retsudviklingen i hvert land også været betinget af advokatstandens organisation i det pågældende land, f.eks. i England ved barristers' og solicitors' forskellige roller, og i Frankrig ved sondringen mellem »avocats plaidants«, »avocats consultants«, »avoués« og »notaires«. Efter min mening vedrører sådanne forskelle heller ikke her sagens kerne.

Her er der tale om dokumenter fundet i klientens lokaler, som påstås at være eller gengive meddelelser mellem klienten og hans advokat med det formål at anmode om eller give juridisk rådgivning. Spørgsmålet er, om sådanne dokumenter er beskyttet mod fremlæggelse for en offentlig myndighed, som udøver en lovbestemt undersøgelsebeføjelse.

Vedrørende dette mener jeg, at jeg må begynde med at sige et par ord om engelsk ret, dels på grund af det udbredte indtryk, at engelsk ret på dette område er den mest udviklede, dels fordi Kommissionen, som jeg anførte tidligere, efter min mening har misfortolket nogle af kilderne til denne ret.

I engelsk ret beskytter den doktrin, som fejlagtigt kaldes »legal professional privilege« (fejlagtigt, fordi denne etiket tyder på et privilegium, som gives advokater (the legal profession)), to forskellige grupper dokumenter. Den første gruppe er meddelelser mellem en person og hans advokat med det formål at opnå eller give juridisk rådgivning, uanset om det er i forbindelse med verserende eller påtænkte retssager. Den anden gruppe er meddelelser mellem en person eller hans advokat og tredjemænd med det formål at forberede verserende eller påtænkte retssager. Denne sondring kommer klart frem i de retskilder, som Kommissionen har henvist til, nemlig den 16. betænkning fra det engelske lovreformudvalg og Overhusets dom i sagen *Waugh* mod *British Railways Board* — se især i sidstnævnte Lord Edmund Davies' indlæg [1980] AC s. 541-542.

Sagen *Waugh* mod *British Railways Board* drejede sig om et dokument i den anden gruppe, nemlig en rapport om en jernbaneulykke, som var blevet udarbejdet med to forskellige formål, af hvilke det ene var at sætte British Railways Board's advokat i stand til at rådgive sin klient om og på sin klients vegne at føre enhver sag, som måtte opstå på grund af ulykken. Det blev antaget, at rapporten ikke var beskyttet, fordi det formål at forberede en retssag, når der er tale om et dokument i den anden gruppe, må være det eneste formål eller hovedformålet. Dette krav er imidlertid irrelevant, når der er tale om dokumenter i den første gruppe, som er de eneste, som vi har at gøre med i den foreliggende sag. *Waugh* mod *British Railways Board* er derfor efter min mening ikke af betydning i denne sag.

Kommissionen har udledt to principper af det engelske lovreformudvalgs 16. betænkning, men efter min mening kan den ikke bære hverken det ene eller det andet af disse principper.

Det første var, at »privilege« i engelsk ret i det væsentlige er en ret til at tilbageholde bevismateriale fra en domstol. Dette princip udledte Kommissionen af betænkningens første sætning, som lyder således:

»Fritagelse for editionspligt ('privilege') i bevisreglerne er en persons ret til at insistere på, at der fra en domstol tilbageholdes oplysninger, som kunne hjælpe den til at fastslå faktiske omstændig-

heder, som er af betydning for et spørgsmål, som den skal pådømme«.

Det afgørende punkt her er, at udvalgets kommissorium ikke krævede, at det skulle undersøge reglerne om fritagelse for editionspligt generelt, men kun undersøge deres virkning i civile sager. Dette er baggrunden for udvalgets definition af dets arbejdsområde i denne sætning. Udvalget mente ikke dermed, og kunne ikke have ment, at fritagelse for editionspligt (»privilege«) kun var en del af bevisreglerne i civile sager.

Fra den øvrige del af betænkningens første afsnit sluttede Kommissionen, at engelsk rets holdning til fritagelse for editionspligt er pragmatisk, og at omfanget af den beskyttelse, den giver, i ethvert tilfælde afhænger af den pågældende sags særlige omstændigheder. I almindelighed er det sandt. Men det væsentlige, som Kommissionen fremførte, for så vidt det her er af betydning, var, at lovgivningen i nogle tilfælde giver en person absolut ret til at kræve fritagelse for editionspligt, mens den i andre tilfælde overlader dommeren et skøn. Som senere afsnit i betænkningen gør klart (se især afsnittene 17-23), giver reglerne om beskyttelse af forholdet mellem advokat og klient (»legal professional privilege«) en absolut ret, hvor de gælder; dommeren har intet skøn. Kommissionen anbefalede heller ikke nogen forandring i lovgivningen i denne henseende.

De retskilder, som Kommissionen har påberåbt sig, kan således efter min mening ikke bære den opfattelse, til støtte for hvilken Kommissionen anførte dem.

Hvad angår de lovbestemte beføjelser til kontrolundersøgelser, er udgangspunktet i engelsk ret, som CCBE og den engelske regering har gjort os opmærksom på, at den fortrolige karakter af en meddelelse mellem en advokat og hans klient opstår på det tidspunkt, meddelelsen gives. Retten til at få denne fortrolighed beskyttet opstår på samme tid og fortsætter derefter for altid. Retten kan imidlertid tilsidesættes eller ændres ved lov.

Nogle af Det forenede Kongeriges love, som giver bemyndigelse til kontrolundersøgelser, bevarer udtrykkeligt denne ret. Dette er især tilfældet med section 85 i Fair Trading Act af 1973 og sections 3 og 7 i Competition Act af 1980. På selve det konkurrenceretlige område, som vi har at gøre med her, bevarer de relevante love i Det forenede Kongerige således retten i modsætning til de subsidiære retskilder i Det forenede Kongerige.

Nogle af Det forenede Kongeriges love bevarer retten, men med modifikationer. Et eksempel på dette kan findes i afsnit 5 i tillæg 4 til Finance Act af 1975.

Endelig er nogle af Det forenede Kongeriges love, ligesom forordning nr. 17, tavse på dette punkt. Den britiske regerings repræsentant sagde tøvende, at der i sådanne tilfælde er en formodning for, at retten var bevaret. Der er en forbavsende knaphed på britisk retspraksis, som direkte vedrører dette spørgsmål. Den eneste sag, som nærmer sig en behandling af dette emne, synes at være *Frank Truman Export Ltd.* mod *Metropolitan Police Commissioner,* 1977, 1 Q.B. 952, men den behandler egentlig ikke spørgsmålet. Sagsøgeren har imidlertid henvist til det grundfæstede engelske retsprincip, at en lov ikke må fortolkes således, at den ændrer common law i større omfang end dens ordlyd fastsætter, enten udtrykkeligt eller som en nødvendig forudsætning — se Maxwell, Interpretation of Statutes, 12. udgave, s. 116 ff. Sagsøgeren har også henvist til sager i Canada og New Zealand, hvor dette princip er

blevet anvendt på love, som bemyndiger offentlige myndigheder til at foretage undersøgelser uden at sige noget om beskyttelse af meddelelser mellem advokat og klient, og hvor det følgelig er blevet statueret, at sådanne love ikke tilsidesatte denne beskyttelse — se især *Director of Investigation and Research* mod *Shell Canada Ltd.*, 1975, 55 DLR (3d) 713, hvor Canadas Federal Court of Appeal fastslog dette med hensyn til section 10 i den canadiske Combines Investigation Act (en konkurrenceretlig bestemmelse), og *Commissioner of Inland Revenue* mod *West-Walker*, 1954, NZLR 191, hvor New Zealands Court of Appeal antog dette med hensyn til section 163 i New Zealands Income Tax Act (en skatteretlig bestemmelse). Afgørelser truffet af Canadas og New Zealands øverste domstole har betydelig vægt for engelske domstole, og jeg kan for mit eget vedkommende ikke se nogen god grund til, at en engelsk domstol ikke skulle følge netop disse afgørelser.

Jeg konkluderer, at hvis der skulle findes en bestemmelse som artikel 14 i forordning nr. 17 i en engelsk lov, ville den næsten med sikkerhed blive anset for ikke at tilsidesætte beskyttelsen af meddelelser mellem advokat og klient.

Jeg må herefter sige nogle ord om lovgivningen i Belgien og Frankrig, fordi der særligt er blevet henvist til disse, dels af sagsøgeren og CCBE dels af den franske regering.

Det synes klart på grundlag af de retskilder i disse to lande, som vi er blevet henvist til, at den lovgivning, som beskytter fortroligheden af meddelelser mellem advokat og klient, ikke blot er udviklet på grundlag af begrebet »secret professionnel«, men også på grundlag af begreberne »les droits de la défense« og »le secret des lettres«. Sidstnævnte, der somme tider kaldes »le secret des lettres missives« eller »le secret des lettres confidentielles«, synes at være særlig vigtig.

Et nyttigt sammendrag af den heraf flydende retstilstand kan findes i en rapport og et forslag til afgørelse fremsat for Belgiens Conseil d'État af dets Auditeur (rådgiver) C. Huberlant i sagen *Delhauter* mod *Caisse générale d'épargne et de retraite*, J.T. 1962, s. 171. Conseil d'État fulgte hans forslag til afgørelse og statuerede, at sagsøgte ikke kunne forpligtes til at fremlægge en udtalelse (»consultation«), som sagsøgte havde modtaget fra sin »avocat«, selv om sagsøgte udtrykkeligt havde henvist til den i den afgørelse, som blev anfægtet for Conseil d'État.

De fleste af de belgiske og franske retskilder, som vedrører lovbestemte undersøgelsesbeføjelser, handler om undersøgelsesdommerens (juge d'instruction) forpligtelser, når han udfører en undersøgelse i en straffesag. Det er klart, at han må respektere fortroligheden af meddelelser mellem en advokat og hans klient. Den franske »Code de Procédure Pénale« (lov om strafferetsplejen) kræver udtrykkeligt i artiklerne 56, 76 og 96, at han på forhånd skal træffe effektive foranstaltninger for at sikre, at »secret professionnel« og »droits de la défense« respekteres, uanset hvor undersøgelsen foregår. Når undersøgelsesdommeren undersøger en advokats kontor, er han ledsaget af batonnier'en (formanden for advokaterne ved en bestemt ret) eller hans repræsentant, hvis opgave er at sikre, at fortroligheden af meddelelser mellem advokaten og hans klienter respekteres.

Den franske regering har imidlertid henledt Domstolens opmærksomhed på en vigtig undtagelse fra den almindelige regel. Den franske Ordonnance (bekendtgørelse) nr. 45-1484 af 30. juni 1945, som i sin titel beskrives som vedrørende »konstatering, forfølgelse og bekæmpelse af overtrædelse af den økonomiske lovgivning«, bestemmer i artikel 15 følgende:

»De i artikel 6 (stk. 1 og 2) nævnte embedsmænd kan forlange meddelelsen udleveret, uanset hvem der sidder inde med den, og skride til beslaglæggelse af dokumenter af enhver art (regnskaber, kopier af breve, checkhæfter, trasserede veksler, udskrifter af bankkonti osv.), som er egnede til at lette udførelsen af deres opgave. De har ret til at udtage prøver.

Embedsmændene i generaldirektoratet for økonomisk kontrol, finansinspektoratet, inspektoratet for bekæmpelse af bedrageri og for mål og vægt har ligeledes, uanset reglerne om beskyttelse af forholdet mellem advokat og klient, adgang til alle dokumenter i forvaltningsgrene eller kontorer i staten, departementerne, kommunerne og kolonierne, offentlige og dermed ligestillede institutioner, institutioner og organer under statens kontrol samt de virksomheder og tjenester, som er koncessionerede af staten, departementerne, kommunerne og kolonierne«.

Det franske Conseil d'État antog i *Appraillé*-sagen (Recueil des Arrets du Conseil d'État 1952, s. 512), at skønt kun artikel 15, andet stykke, udtrykkeligt udelukker anvendelsen af reglerne om »le secret professionnel«, er den også udelukket i første stykke, således at Appraillé, som var advokat (»avoué«), med rette var blevet idømt bøde for at nægte at fremlægge fortrolige dokumenter.

Denne afgørelse viser naturligvis, at en lovbestemmelse, som er udformet på passende måde, både i Frankrig og i England kan tilsidesætte fortroligheden af meddelelser mellem en advokat og hans klient. Den viser også, hvordan Conseil d'État fortolkede den særlige lovbestemmelse, der her var tale om. Men efter min mening beviser den ikke, at der findes en generel fransk retsregel gående ud på, at hvis en lovbestemmelse, som giver bemyndigelse til at foretage kontrolundersøgelser, er tavs med hensyn til sådanne meddelelser, tilsidesætter den automatisk deres fortrolige karakter.

Lovgivningerne i Fællesskabets øvrige lande blev ikke drøftet tilnærmelsesvis lige så detaljeret i de indlæg, der blev afgivet for Domstolen. Jeg håber ikke, at jeg vil blive anset for at forklejne deres betydning, hvis jeg begrænser mig til for deres vedkommende at henvise Domstolen til CCBE's skriftlige indlæg, og især til dettes bilag, og til at sige, at de retskilder, der citeres dér, efter min mening stort set støtter det af CCBE anførte. Det synes under alle omstændigheder klart, at lovgivningen i intet land bortset fra Frankrig giver de myndigheder, som er ansvarlige for administrationen af konkurrencelovgivningen, kompetence til at foretage undersøgelser under tilsidesættelse af fortroligheden af meddelelser mellem advokat og klient. I modsat fald er det også vanskeligt at se, hvordan Ehlermann og Oldekop kunne have nået til de konklusioner, de faktisk nåede til.

Der er imidlertid et punkt, hvor jeg mener, at det af sagsøgeren og CCBE anførte var for vidtgående. De anførte, at retten til fortrolige meddelelser mellem advokat og klient var en grundlæggende menneskerettighed. Det mener jeg ikke, at den er. Den nævnes ikke som sådan i Den europæiske Menneskerettighedskonvention, og tilsyneladende heller ikke i nogen medlemsstats forfatning; og Domstolen har allerede set, at den i hvert fald i England og Frankrig erkendes at være en ret, som kan tilsidesættes aller ændres ved en lov, som er affattet på passende måde. Det materiale, som CCBE har forelagt Domstolen, viser, at det også er tilfældet i Belgien. Efter min mening er det en ret, som civiliserede landes lovgivninger almindeligvis anerkender, en ret, som ikke let kan

nægtes, men ikke en, der er så grundfæstet, at Rådet aldrig kan tilsidesætte eller ændre den i Fællesskabet ved lovgivning. Jeg er imidlertid enig i, at Rådet ikke kan anses for at have tilsidesat den blot ved intet at sige om den.

Min konklusion vedrørende denne del af sagen er derfor, at Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17 kan udøves med forbehold af virksomhedens ret til under en kontrolundersøgelse at kræve beskyttelse for meddelelser mellem den selv og dens advokater med det formål at søge eller give juridisk rådgivning.

Det næste spørgsmål er, hvilken procedure, der er egnet til at sikre denne ret, samtidig med at misbrug heraf undgås.

VI — Det proceduremæssige spørgsmål

Det principielle grundlag for Kommissionens stillingtagen til dette spørgsmål er, at den eneste tilfredsstillende måde, hvorpå det kan afgøres, om et dokument kan kræves hemmeligholdt, er at lade nogen se det. Dette er jeg enig i.

Kommissionen anfører endvidere, at denne nogen under tingenes nuværende tilstand kun kan være dens egen inspektør. Som Domstolen hat set, erkender Kommissionen, at inspektøren i mange tilfælde ikke behøver at se hele dokumentet for at blive overbevist. Men, har Kommissionen anført, de former, som meddelelserne mellem en advokat og hans klient kan fremtræde i, er så forskellige, at man må lade inspektøren se så meget af dokumentet, som han anser for passende, og om nødvendigt det hele. Kommissionen har understreget de indrømmelser, som den har gjort, nemlig at et beskyttet dokument ikke blot ikke vil blive kopieret, men at inspektøren ikke vil få tilladelse til at bruge viden, som han har opnået fra det. I denne forbindelse har Kommissionen anført, at dens inspektørs opgave i henhold til organiseringen af dens generaldirektorat for konkurrence blot er at samle bevismateriale. Det således indsamlede bevismateriale overgives til en tjenestemand i et andet direktorat under dette generaldirektorat, som bliver »rapporteur« i sagen. Den inspektør, som ser dokumentet, er ikke den person, som senere afgør, om der er tilstrækkelige beviser for, at den pågældende virksomhed har overtrådt traktaten. Dette er andre tjenestemænds ansvarsområde, herunder medlemmer af den juridiske tjeneste, og i sidste ende Kommissionen selv.

Kommissionen mener, at den eneste mulighed, som Domstolen under denne ordning kan have for at prøve en inspektørs afgørelse om, hvorvidt et dokument kan kræves hemmeligholdt eller ej, er under en sag anlagt af den pågældende virksomhed i henhold til traktatens artikel 173 rettet mod enhver eventuel afgørelse fra Kommissionen gående ud på, at virksomheden har gjort sig skyldig i overtrædelse af traktaten. Hvis Domstolen så anså afgørelsen for i tilstrækkelig væsentlig henseende at være baseret på oplysninger indeholdt i et dokument, som skulle have været behandlet som beskyttet mod afsløring, men ikke var blevet det, kunne Domstolen kende afgørelsen ugyldig. Som Kommissionen har anført, kan Domstolen under den nuværende retstilstand ikke anmodes om at gribe ind på noget tidligere tidspunkt.

Det må retfærdigvis siges, at Kommissionen ikke gør gældende, at den procedure, som den forfægter, er perfekt. Den har erklæret sig parat til at ændre proceduren ved forordning og har anført, at den »naturligvis vil lade sig lede af alt, hvad Domstolen måtte udtale i sin dom i denne sag«. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at »med de skitserede garantier er dens procedure rimeligt tilfredsstillende og den eneste forhånden-

værende procedure under den bestående fællesskabsretstilstand«, og at »indtil den ændres, må den anvendes«.

Jeg vil straks sige, at jeg ikke deler Kommissionens opfattelse om, at dette er den eneste forhåndenværende procedure under den bestående fællesskabsretstilstand. Jeg er heller ikke sikker på, at Kommissionen selv har kompetence til at ændre den relevante lovgivning. Traktatens artikel 87 giver kun Rådet lovgivningskompetence, og mens Rådet har delegeret nogle lovgivningsbeføjelser til Kommissionen ved artikel 24 i forordning nr. 17, er det på ingen måde klart, at de også omfatter denne sags genstand.

Den kritik, som sagsøgeren og andre har rettet mod den af Kommissionen forfægtede procedure, har også gjort indtryk på mig.

For det første giver denne procedure efter min mening for store beføjelser til inspektøren, som ikke nødvendigvis er jurist, og som, selv om han er det, kan gøre fejltagelser, ikke mindst fordi vi befinder os på et område af fællesskabsretten, som stadigvæk stort set ikke er kortlagt. Hvis inspektøren fejlagtigt om et dokument, som i virkeligheden kan kræves hemmeligholdt, kommer til det resultat, at det ikke kan kræves hemmeligholdt, er der intet, der kan hindre ham i at tage kopier at det, eller som kan hindre, at det derefter frit anvendes af Kommissionen. I et sådant tilfælde vil det foreslåede retsmiddel i form af et eventuelt sagsanlæg ved Domstolen være illusorisk. Udbredelsen af et dokument, som skulle være forblevet fortroligt, vil have fundet sted, længe før en sådan sag kan anlægges. Adgangen til at benytte dette retsmiddel vil desuden afhænge af, om Kommissionen når til en for den pågældende virksomhed ugunstig afgørelse, og om den i væsentligt omfang baserer denne afgørelse på dette dokuments indhold.

Eller også kan inspektøren, efter at have set et dokuments fortrolige indhold, nå til den afgørelse, at det kan kræves hemmeligholdt. I så fald skal kan ifølge Kommissionens instrukser slå det ud af sine tanker, som han har set. Vi ved alle, hvor vanskeligt det er, selv for en dommer, at udføre denne bedrift. Men selv hvis inspektøren samvittighedsfuldt og med held gør dette, vil de berørte ikke kunne være sikre på, at han har gjort det. Vi blev af sagsøgeren i denne forbindelse mindet om den maksime, at »ikke blot skal retfærdigheden ske fyldest, men det skal åbenbart og uden enhver tvivl kunne ses, at den sker fyldest«. Sagsøgerens advokat har også anført, at på trods af arbejdsdelingen mellem inspektøren og andre tjenestemænd inden for Kommissionens generaldirektorat for konkurrence er det alligevel praksis, at inspektøren overværer den mundtlige høring, der afholdes af Kommissionen, og at han deltager i den ved at stille spørgsmål til den eller de pågældende virksomheders repræsentanter. Det ville efter min mening ikke være muligt for nogen at være sikker på, at et af inspektøren stillet spørgsmål, hvis svar ville blive optegnet og kunne blive anvendt som bevismateriale, ikke var blevet inspireret, omend måske ubevidst, af noget, som han havde læst i det beskyttede dokument.

Den fundamentale fejl i den Kommissionen forfægtede procedure, eller måske snarere i den tænkemåde, som ligger til grund for den, synes mig at være, at den misforstår det virkelige grundlag for princippet om beskyttelse af fortroligheden af meddelelserne mellem en advokat og hans klient, som i en nøddeskal er, at en person i et civiliseret

samfund har ret til at anse det, der passerer mellem ham og hans advokat, for at være sikret mod afsløring. Følgelig sker der brud på dette princip, så snart der sker en afsløring af indholdet af en sådan meddelelse, og ikke blot ved, at det bruges som bevismateriale. Det betyder naturligvis ikke, at ingen bør se på det for at afgøre tvisten, når der opstår en virkelig tvist om, hvorvidt et dokument kan kræves beskyttet. Men denne nogen bør i almindelighed være uafhængig af parterne i sagen, og selv være sikker, hvilket er en anden måde at sige, at afgørelsen af en sådan tvist i det væsentlige er en dømmende funktion.

Sagsøgeren har navnlig gjort gældende, at indtil Rådet på Kommissionens initiativ udformede regler for verifikationen af krav om hemmeligholdelse af dokumenter med henvisning til reglerne om beskyttelse af forholdet mellem advokat og klient, påhviler det både den virksomhed, som kræver en sådan hemmeligholdelse, og Kommissionen at tage rimelige skridt til at enes om en verifikationsmåde, som ikke indebærer, at Kommissionen får ret til at se dokumenternes indhold, da dette ville være »en klar fornægtelse« af princippet om beskyttelse af advokat/klient-forholdet. Såfremt der i sidste ende opstår uenighed mellem parterne, ville det ifølge det af sagsøgeren anførte tilkomme Domstolen at undersøge dokumenterne og pådømme tvisten.

Sagsøgeren forestillede sig, at hvis Kommissionen og den pågældende virksomhed i en bestemt sag var uenige om, hvorvidt hver af dem havde taget sådanne »rimelige skridt«, kunne Kommissionen træffe beslutning om at pålægge virksomheden en bøde i henhold til artikel 15, stk. 1, litra c), i forordning nr. 17 eller tvangsbøder i henhold til samme forordnings artikel 16, stk. 1, litra d). Tvisten kunne så indbringes for Domstolen ved, at virksomheden i henhold til traktatens artikel 173 anlagde sag, hvorunder den anfægtede denne beslutning.

Sagsøgeren har stillet forskellige forslag om, hvilken slags »rimelige skridt« parterne kunne tage, og understregede, at disse skridt kunne variere fra sag til sag og kunne diskuteres mellem virksomheden og Kommissionen. Sagsøgeren anførte som eksempel et forsøg fra den pågældende virksomheds side, således som sagsøgeren selv havde gjort i bilaget til Thomson's skrivelse af 26. marts 1979, på at give en omhyggelig beskrivelse af dokumenternes art; og et forsøg, også således som sagsøgeren selv havde gjort, på at vise Kommissionens tjenestemænd tilstrækkeligt af hvert dokument til at overbevise dem om dets art. Som en sidste udvej forestillede sagsøgeren sig muligheden af, at parterne enedes om en »anset, erfaren og fuldstændig uafhængig advokat«, som kunne undersøge dokumenterne og fastslå, om deres beskrivelse var korrekt. Hvis virksomheden afslog en anmodning fra Kommissionen om, at dokumenterne skulle forelægges en sådan uafhængig advokat, skulle den ifølge sagsøgeren anses for at have handlet urimeligt og derfor ikke få medhold i nogen sag, den måtte anlægge ved Domstolen for at anfægte en af Kommissionens beslutninger om at pålægge den en bøde eller tvangsbøder.

Sagsøgeren erkendte, at dette var en »improviseret« procedure, men gjorde gældende, at improvisation var uundgåelig i mangel af lovgivning, som foreskriver en behørig procedure. Det må lægges Kommissionen til last, at den ikke har udøvet sine beføjelser til at foreslå en sådan lovgivning.

Efter min mening er der to indvendinger mod den fremgangsmåde, der således er foreslået af sagsøgeren.

Den første er, at Domstolens opgave i denne sag er at fastslå, hvad der er den korrekte procedure på fællesskabsrettens nuværende stadium, og ikke at give sin

godkendelse af forslag til improvisationer i afventning af, at der udstedes yderligere fælleskabslovgivning, om nogen.

Den anden er, at en anvendelse af denne fremgangsmåde ville indebære, at man på to måder afveg fra Fælleskabets institutionelle opbygning, som den er fastsat i traktaten. For det første ville det indebære en delegation af en beføjelse til at træffe afgørelse til en person, nemlig »den uafhængige advokat«, som ikke anerkendes af traktaten. For det andet ville det indebære, at Kommissionen skulle vedtage en beslutning uden at kende alle de faktiske omstændigheder, beslutningen var baseret på, idet det blev overladt til Domstolen at skaffe sig vished om disse faktiske omstændigheder.

Den sidste indvending gælder efter min mening også nogle til en vis grad analoge procedurer, som blev foreslået af den britiske regering og af CCBE.

Jeg er kommet til den konklusion, at det er umuligt — og det er faktisk logisk umuligt — at forestille sig en procedure, som på den ene side sikrer, at indholdet af et dokument, som kræves hemmeligholdt, ikke afsløres for nogen i Kommissionen, sålænge der ikke er truffet en autoritativ afgørelse om, at dette krav ikke er begrundet, og som på den anden side samtidig overlader det til Kommissionen i første instans at afgøre, om dette krav er berettiget, således at vejen banes for en sag om dette for Domstolen.

Man kunne forestille sig en procedure, hvorunder den interne ordning i Kommissionen blev forbedret, f.eks. således, at når en virksomhed krævede hemmeligholdelse af et bestemt dokument og ikke var i stand til på stedet at overbevise Kommissionens inspektør om, at det kunne kræves hemmeligholdt, kunne dokumentet sendes i en forseglet kuvert til gennemlæsning af f.eks. en person i Kommissionens juridiske tjeneste, som kun måtte meddele dets indhold til de medlemmer af Kommissionen, som det påhviler at træffe den endelige afgørelse vedrørende kravet, og som desuden ikke herudover måtte medvirke personligt i sagen. Men jeg kan ikke finde nogen bestemmelse i den nuværende lovgivning, som afgiver hjemmel for at fastsætte en sådan procedure, og man ville stadig kunne indvende, at den nødvendiggjorde afsløring af dokumentets indhold over for personer inden for Kommissionen.

Som konklusion er det min opfattelse, at løsningen ligger i et anbringende, som blev fremført på CCB's vegne, og også af sagsøgerens advokat under retsmødet, som subsidiært i forhold til hovedanbringendet. Det er, at man skal gå til de nationale retter. Denne løsning er naturligvis forskellig fra den løsning, som er blevet fremført af den britiske regering som subsidiært anbringende vedrørende det principielle spørgsmål, idet den ikke indebærer anvendelse af national ret, men de nationale retters anvendelse af fællesskabsretten, idet disse retter, når de er i tvivl, kan henvende sig til Domstolen i medfør af traktatens artikel 177.

Der er efter min mening gyldig lovhjemmel for denne løsning i artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17, som pålægger en medlemsstat, når en virksomhed »modsætter . . . sig« en i henhold til denne artikel påbudt kontrolundersøgelse, at yde »de af Kommissionen bemyndigede repræsentanter den fornødne støtte«. De af medlemsstaternes organer, som der dér henvises til, må omfatte deres domstole. Desuden forekommer det desto mere logisk at henvende sig til dem, når man erindrer, at en kontrolundersøgelse — som Kommissionen har beordret i henhold til artikel 14, herunder en undersøgelse, som Kommissionen har beordret ved

beslutning i henhold til artikel 14, stk. 3 — ifølge forordningens artikel 13 kan foretages af embedsmænd fra de kompetente myndigheder i medlemsstaterne i stedet for af Kommissionens tjenestemænd. Hvis der opstår en tvist af den foreliggende art mellem en virksomhed i en medlemsstat og denne medlemsstats kompetente myndighed, vil det naturlige forum for afgørelsen af denne være den pågældende stats domstole. Man kan vanskeligt tænke sig nogen anden løsning. Det ville efter min mening være ejendommeligt, hvis det rette forum var forskelligt, alt efter om undersøgelsen blev udført af tjenestemænd fra den nationale myndighed, bistået eller ikke bistået af Kommissionens tjenestemænd i henhold til artikel 13, stk. 2, eller af tjenestemænd fra Kommissionen, bistået eller ikke bistået af dens nationale myndighed i henhold til artikel 14, stk. 5. Det bør bemærkes, at de endelige sanktioner, som er fastsat i artiklerne 15, stk. 1, litra c), og 16, stk. 1, litra d), gælder i begge tilfælde. Der er naturligvis ingen vanskeligheder forbundet med Kommissionens optræden som part i sager for en medlemsstats domstole, jfr. traktatens artikel 211.

Kommissionens advokat gav under den mundtlige forhandling udtryk for tvivl om, hvorvidt denne løsning ville være egnet. Såvidt jeg forstod ham, gjorde han dette af tre grunde.

Den første var, at der måske ikke findes en passende procedure i alle medlemsstater. Han gendrev imidlertid selv denne grund i ret vidt omfang, da han på basis af præmis 13 i Domstolens dom i sag 826/79, *Mireco*-sagen (10. juli 1980, endnu utrykt), som var blevet citeret af sagsøgerens advokat, erkendte, at det ville være passende at gå til de nationale domstole, når tvisten opstod mellem en virksomhed og en national myndighed, som håndhæver Fællesskabets konkurrenceregler. Under alle omstændigheder mener jeg, at artikel 14, stk. 6, i forordning nr. 17, især i lyset af traktatens artikel 5, udgør et rigeligt grundlag for at kræve, at medlemsstater skal indføre de nødvendige procedurer, hvis og for såvidt de ikke allerede eksisterer.

Kommissionens advokats anden grund var, at hvis sagen blev overladt til de nationale retter, ville der være en risiko for, at de i praksis ville anvende deres nationale retsregler. Det er efter min mening ikke nogen holdbar grund. Nationale retter er vant til at skelne mellem sager, hvor de skal anvende deres nationale ret, og sager, hvor de skal anvende fællesskabsretten. Det er så sandelig deres pligt at gøre dette.

Kommissionens advokats tredje grund var ved første øjekast mere slående. Den var, at det ville medføre forsinkelse at gå til de nationale domstole. Hertil kan man naturligvis svare, at risikoen for forsinkelse ikke kan begrunde, at man nægter en person retfærdighed. Men i alle tilfælde mener jeg, at denne risiko kan overdrives. De fåtallige trykte domme om tvister af den foreliggende art viser, at de faktisk er sjældne. Dette er tilfældet selv i England, hvor advokatstanden, efter hvad vi har hørt i denne sag, er særlig opmærksom på behovet for at beskytte fortrolige dokumenter, og hvor både de materielle og de processuelle regler giver rigelige muligheder for tvister som dette. Jeg anser det for sandsynligt, at såfremt Kommissionens inspektører udviser sund fornuft, vil en sådan tvist i praksis kun opstå, enten

hvor den pågældende virksomhed anvender forhalingstaktik, i hvilket tilfælde den kompetente nationale ret bør gøre kort proces med den, eller hvor det gælder et virkeligt principspørgsmål, i hvilket tilfælde det vil være ret og rimeligt, at dette spørgsmål bliver behørigt overvejet.

VII — Konklusion

Efter min mening følger det af ovenstående, at det bør statueres, at artikel 1, litra b), i Kommissionens beslutning af 9. juli 1979 er ugyldig, og at Kommissionen bør tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

Hvis De deler min opfattelse, skal Kommissionen også bære den britiske regerings og CCBE's omkostninger, idet disse har fået medhold i deres intervention og har påstået sig tillagt omkostninger — jfr. artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement (den engelske udgave af denne er, som jeg tillod mig at påpege i sag 130/75, *Prais* mod *Rådet*, Sml. 1976, s. 1589, på s. 1609, ukorrekt). CCBE påstod sig faktisk ikke tillagt omkostninger før den mundtlige forhandling, men dette er blevet anset for at være tilstrækkeligt — se sag 113/77, *NTN Bearing Co.* mod *Rådet*, Sml. 1979, s. 1185, på ss. 1192-1211 og 1274. Hvad angår den franske regering, mener jeg retfærdigheden vil ske fyldest, hvis den blot bærer sine egne omkostninger.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN FREMSAT DEN 26. JANUAR 1982 [1]

Høje Domstol.

I februar 1979 anmodede tjenestemænd fra Kommissionen sagsøgeren om at fremlægge dokumenter, som man ønskede til gennemsyn i forbindelse med en kontrolundersøgelse efter artikel 14, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1982 (EFT 1959-1962, s. 81). Det blev anført, at der var tale om en undersøgelse vedrørende konkurrencevilkårene for fremstilling og forhandling af zink, zinklegeringer og zinkkoncentrater med henblik på at fastslå, om der forelå en overtrædelse af EØF-traktatens artikler 85 og 86. Sagsøgeren fremlagde udskrifter af de fleste dokumenter, men ikke af dem alle, i det væsentlige med henvisning til, at de var omfattet af tavshedspligten for advokater, hvilket berettigede sagsøgeren til at tilbageholde dem.

1 — Oversat fra engelsk.