KENDELSE AFSAGT AF DOMSTOLENS PRÆSIDENT

27. september 2004 *

I sag C-7/04 P(R),

vedrørende en appel i henhold til artikel 57, stk. 2, i statutten for Domstolen, iværksat den 9. januar 2004,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R. Wainwright og C. Ingen-Housz, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

de øvrige parter i appelsagen:

Akzo Nobel Chemicals Ltd, London (Det Forenede Kongerige),

Akcros Chemicals Ltd, Surrey (Det Forenede Kongerige)

* Processprog: engelsk.

ved advocaat C. Swaak og avocate M. Mollica,

sagsøgere i første instans,

støttet af:

European Company Lawyers Association (ECLA) ved advocaat M. Dolmans og advokat K. Nordlander, for solicitor J. Temple-Lang,

Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE) ved J. Flynn, QC,

Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten ved advocaat O. Brouwer,

intervenienter,

har

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

efter at have hørt generaladvokat A. Tizzano,

afsagt følgende

Kendelse

1 I nærværende sag er der iværksat appel af kendelse afsagt den 30. oktober 2003 af præsidenten for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans i sagen Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (de forenede sager T-125/03 R og T-253/03 R, Sml. II, s. 4771, herefter »den appellerede kendelse«).

2 Ved denne kendelse har Rettens præsident, for det første, forkastet en begæring dels om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers beslutning af 10. februar 2003 om ændring af beslutning af 30. januar 2003, hvori Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akcros Chemicals Ltd og Ackros Chemicals og deres datterselskaber pålægges at underkaste sig kontrolundersøgelser i medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81), dels om fastsættelse af andre foreløbige forholdsregler til beskyttelse af sagsøgernes interesser (sag T-125/03 R). For det andet har Rettens præsident delvist forkastet en begæring dels om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning af 8. maj 2003 om afvisning af anmodningen om, at fem dokumenter, som blev kopieret under en kontrolundersøgelse, skulle omfattes af fortroligheds-forholdet, dels om fastsættelse af andre foreløbige forholdsregler til beskyttelse af sagsøgernes interesser (sag T-253/03 R).

3 Ved appelskrift indleveret den 16. februar 2004, har Akzo Nobel Chemicals Ltd og Akcros Chemicals Ltd (herefter »Akzo«) iværksat kontraappel med henblik på

ophævelse af den appellerede kendelse, hvorved begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-125/03 R forkastes i sin helhed, og begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-253/03 R forkastes delvist.

4 Intervenienterne har fremsat deres bemærkninger til støtte for Akzos påstande den 16. februar 2004.

5 Efter at fristen for fremsættelse af bemærkninger til kontraappellen var blevet udsat, fremsatte Kommissionen sine bemærkninger den 16. april 2004.

6 Idet parternes skriftlige indlæg indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige for, at der kan træffes afgørelse om begæringen, er der ikke grund til at lade dem afgive mundtlige forklaringer.

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Retten

7 Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne for Retten er gengivet i den anfægtede kendelses præmis 1-20 på følgende måde:

»1 Den 10. februar 2003 vedtog Kommissionen en beslutning i medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1962 13, s. 204, herefter »beslutningen af 10. februar 2003«) om ændring af beslutning af

30. januar 2003, hvori Kommissionen pålagde bl.a. virksomhederne Akzo Nobel Chemicals Ltd og Akcros Chemicals Ltd (herefter »sagsøgerne«) og deres respektive datterselskaber at underkaste sig kontrolundersøgelser med henblik på at finde eventuelle beviser på konkurrencebegrænsende handlinger (herefter »beslutningen af 30. januar 2003«).

2 Den 12. og 13. februar 2003 gennemførte Kommissionens tjenestegrene med bistand fra repræsentanter fra Office of Fair Trading (den britiske konkurrencemyndighed) en kontrolundersøgelse på baggrund af ovennævnte beslutning i sagsøgernes forretningslokaler i Eccles, Manchester (Det Forenede Kongerige). Under kontrolundersøgelsen kopierede Kommissionens tjenestemænd et betydeligt antal dokumenter.

3 I løbet af undersøgelsen henledte sagsøgernes repræsentanter Kommissionens tjenestemænds opmærksomhed på, at bestemte dokumenter i særlige sagsakter kunne være omfattet af det fortrolighedsforhold, der gælder for korrespondancen med deres advokater (»legal professional privilege«), og at Kommissionen som følge heraf ikke kunne få adgang hertil.

4 Kommissionens tjenestemænd bemærkede herefter over for sagsøgernes repræsentanter, at det var nødvendigt for dem kort at gennemse de pågældende dokumenter med henblik på, at de kunne danne deres egen mening om, hvorvidt de eventuelt burde være beskyttede. Efter en lang diskussion, og efter at medarbejderne fra Kommissionen og Office of Fair Trading havde gjort sagsøgernes repræsentanter opmærksomme på de strafferetlige konsekvenser, der er knyttet til en hindring af kontrolundersøgelserne, blev det vedtaget, at den kontrolansvarlige kort skulle gennemse de omhandlede dokumenter bistået af en repræsentant for sagsøgerne. Det blev endvidere vedtaget, at såfremt denne repræsentant anførte, at et dokument var omfattet af fortrolighedsforholdet, skulle den kontrolansvarlige angive en mere detaljeret begrundelse for sin anmodning.

5 Under gennemgangen af de dokumenter, som sagsøgernes repræsentanter havde anført indgik i sagens akter, var der vedrørende fem dokumenter meningsforskelle, som medførte, at disse dokumenter til sidst blev behandlet på to forskellige måder.

6 Det første af dokumenterne er et tosiders maskinskrevet notat af 16. februar 2000 fra Akcros Chemicals' generaldirektør, som var adresseret til en af hans overordnede. Ifølge sagsøgerne indeholdt dette notat oplysninger, som generaldirektøren for Akcros Chemicals havde indsamlet under interne diskussioner med medarbejderne. Disse notater var indsamlet med henblik på at opnå en ekstern juridisk vurdering i forbindelse med det af Akzo Nobel indførte program til overholdelse af konkurrenceretten.

7 Det andet af dokumenterne er et andet eksemplar af det i forrige præmis beskrevne tosiders notat, hvorpå der endvidere er håndskrevne bemærkninger, som henviser til kontakter med en af sagsøgernes advokater, og som bl.a. nævner advokatens navn.

8 Efter at have modtaget sagsøgernes forklaringer vedrørende disse to dokumenter var Kommissionens tjenestemænd ikke i stand til umiddelbart at fastslå, om disse dokumenter burde beskyttes. De blev derfor lagt i en forseglet kuvert, som medarbejderne beholdt frem til kontrolundersøgelsens afslutning. Sagsøgerne har i deres processkrift anført disse to dokumenter som en del af »kategori A«.

9 Det tredje dokument, som var genstand for en meningsforskel mellem Kommissionens tjenestemænd og sagsøgerne, består af en række håndskrevne noter fra Akcros Chemicals' generaldirektør, som sagsøgerne har gjort gældende er blevet udfærdiget under samtaler med underordnede medarbejdere, og som blev anvendt med henblik på udarbejdelse af det maskinskrevne notat i kategori A.

10 Endelig er de to sidste omhandlede dokumenter e-mails, som Akcros Chemicals' generaldirektør udvekslede med Akzo Nobels konkurrenceretskoordinator. Koordinatoren er en advokat med bestalling i Nederlandene, som på det pågældende tidspunkt også var en del af Akzo Nobels juridiske tjeneste, og som følge heraf var fastansat af denne virksomhed.

11 Efter at have undersøgt de tre første dokumenter og modtaget sagsøgernes forklaringer fandt den ansvarlige for kontrolundersøgelsen, at dokumenterne med sikkerhed ikke var omfattet af fortrolighedsforholdet. Hun tog derfor en kopi og vedlagde den sagsakterne uden at lægge den i en særskilt forseglet kuvert, modsat hvad hun havde gjort vedrørende dokumenterne i kategori A. Sagsøgerne har i deres processkrift betegnet disse tre dokumenter som værende en del af »kategori B«.

12 Den 17. februar 2003 fremsendte sagsøgerne en skrivelse til Kommissionen, hvori de begrundede, hvorfor såvel dokumenterne i kategori A som dokumenterne i kategori B var beskyttede af fortrolighedsforholdet.

13 Ved skrivelse af 1. april 2003 oplyste Kommissionen sagsøgerne om, at de i skrivelse af 17. februar 2003 fremførte argumenter ikke godtgjorde, at de pågældende dokumenter faktisk var omfattet af fortrolighedsforholdet. Kommissionen angav i samme skrivelse, at sagsøgerne havde mulighed for at fremføre deres bemærkninger til Kommissionens foreløbige konklusioner inden for to uger, hvorefter Kommissionen ville vedtage den endelige beslutning.

14 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 11. april 2003 har sagsøgerne i medfør af artikel 230, stk. 4, EF anlagt sag bl.a. med påstand om annullation af beslutningen af 10. februar 2003 og om nødvendigt af beslutningen af 30. januar 2003, »i det omfang den blev fortolket af Kommissionen som en legitimering af og/eller grundlaget for Kommissionens handling (som ikke kan adskilles fra beslutningen), som bestod i at beslaglægge og/eller gennemse og/eller læse dokumenter omfattet af fortroligheds forholdet«. Dette er sag T-125/03.

15 Den 17. april 2003 oplyste sagsøgerne Kommissionen om, at de havde anlagt sag T-125/03. De oplyste endvidere Kommissionen om, at de bemærkninger, som de skulle fremsætte inden den 1. april 2003, var indarbejdet i sagsanlægget.

16 Samme dag indgav sagsøgerne på grundlag af artikel 242 EF og 243 EF en begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningen af 10. februar 2003 og om nødvendigt af beslutningen af 30. januar 2003. Dette sagsanlæg blev af Justitskontoret registreret som sag T-125/03 R.

17 Den 8. maj 2003 vedtog Kommissionen en beslutning i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 (herefter »beslutningen af 8. maj 2003«). I artikel 1 i denne beslutning afviste Kommissionen sagsøgernes anmodning om, at kategori A- og kategori B-dokumenterne blev leveret tilbage, og om, at Kommissionen bekræftede destruktionen af alle kopier af disse dokumenter, som den besad. I artikel 2 i beslutningen af 8. maj 2003 gav Kommissionen endvidere udtryk for, at den havde til hensigt at åbne den forseglede kuvert indeholdende kategori A-dokumenterne. Kommissionen præciserede dog over for sagsøgerne, at den ikke ville gøre dette, før tidsfristen for sagsanlæg til prøvelse af beslutningen af 8. maj 2003 var udløbet.

18 Den 14. maj 2003 fremsatte Kommissionen sine skriftlige bemærkninger til begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-125/03 R.

19 Den 22. maj 2003 opfordrede Rettens præsident sagsøgerne til at fremsætte deres bemærkninger vedrørende de konsekvenser, som de efter deres opfattelse i sag T-125/03 R ville opleve på grund af beslutningen af 8. maj 2003. Den 9. juni 2003 fremsatte sagsøgerne deres bemærkninger, som Kommissionen besvarede den 3. juli 2003.

20 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. juli 2003 anlagde sagsøgerne i medfør af artikel 230, stk. 4, EF sag med påstand om annullation af beslutningen af 8. maj 2003, og om, at Kommissionen tilpligtedes at betale deres sagsomkostninger. Den 11. juli 2003 indleverede sagsøgerne et særskilt processkrift med begæring om udsættelse af gennemførelsen af beslutningen af 8. maj 2003. Denne sag benævnes T-253/03 R.«

Den appellerede kendelse

Sag T-125/03 R

8 I den appellerede kendelses præmis 67 fastslog Retten, at alle sagsøgernes anbringender vedrørende beslutningen af 10. februar 2003 og om nødvendigt mod beslutningen af 30. januar 2003 i realiteten angår foranstaltninger, som tidsmæssigt ligger efter disse beslutninger, og som i øvrigt er særskilte foranstaltninger.

9 Med henvisning til retspraksis fra Fællesskabets retsinstanser bemærkede Retten herefter i kendelsens præmis 68, at en virksomhed i forbindelse med en undersøgelse, som gennemføres i medfør af artikel 14 i forordning nr. 17, ikke kan bestride lovligheden af gennemførelsen af kontrolundersøgelsen til støtte for annullationspåstanden vedrørende den retsakt, på grundlag af hvilken Kommissionen har iværksat kontrolundersøgelsen.

10 Da sagsøgerne ikke havde godtgjort, at der forelå fumus boni juris, forkastede Retten begæringen om udsættelse af beslutningens gennemførelse i sag T-125/03 R.

Sag T-253/03 R

11 I sag T-253/03 R traf Retten først afgørelse vedrørende andet anbringende om en tilsidesættelse af fortrolighedsforholdet.

12 Retten fastslog uden videre, at Akzo ikke gjorde gældende, at kategori A-dokumenterne i sig selv udgjorde en skriftveksling med en ekstern advokat eller et dokument, som gengiver teksten eller indholdet af en sådan kommunikation. Akzo gjorde derimod gældende, at de pågældende to kategori A-dokumenter var notater, som blev udarbejdet med henblik på en telefonisk samtale med en advokat.

13 Da Retten fandt, at der blev rejst vigtige og komplekse spørgsmål om, hvorvidt det eventuelt var nødvendigt i et nærmere bestemt omfang at udvide anvendelsesområdet for fortrolighedsforholdet i forhold til dets aktuelle afgrænsning som fastsat i retspraksis til arbejdsdokumenter og oversigter, som udelukkende udarbejdes med

henblik på assistance af en advokat, fastslog den, at disse spørgsmål krævede en detaljeret undersøgelse af hovedsagen, og at sagen således ikke prima facia var åbenbart ubegrundet.

14 For så vidt angik de håndskrevne notater i kategori B foretog Retten samme bedømmelse af disse som af notaterne i kategori A i betragtning af de ligheder, som der er mellem de to kategorier af dokumenter.

15 For så vidt angik de to e-mails i kategori B, som blev udvekslet mellem generaldirektøren for Akcros Chemicals og Akzo Nobels koordinator for konkurrenceretten, bemærkede Retten, at disse e-mails ikke var blevet udvekslet mellem en advokat og hans klient, og at de derfor i princippet ikke var omfattet af fortrolighedsforholdet, såfremt principperne i dom af 18. maj 1982, AM & S mod Kommissionen (sag 155/79, Sml. s. 1575), anvendes.

16 Herefter gennemgik Retten de argumenter, som sagsøgerne og intervenienterne havde fremført, og som den fandt umiddelbart kunne begrunde en videre fortolkning af fortrolighedsforholdet.

17 Under hensyn til det komplekse spørgsmål om, under hvilke betingelser korrespondance med en fastansat advokat eventuelt kunne være beskyttet af fortrolighedsforholdet, blev det antaget, at Retten i hovedsagen skulle tage stilling til dette spørgsmål.

18 Med hensyn til første anbringende om en tilsidesættelse af de processuelle principper fastsat i AM & S-dommen og i artikel 242 EF, henviste Retten først til disse principper og foretog derefter en analyse af Kommissionens faktiske gennemførelse af kontrolundersøgelsen.

19 I den appellerede kendelses præmis 137 anførte Retten, at dette anbringende rejser et yderligere, vanskeligt spørgsmål. Det skulle nemlig desuden undersøges, om Kommissionens tjenestemænd i lyset af den kontrollerede virksomheds pligt til at fremføre forhold, som er egnede til at kunne bevise rigtigheden af beskyttelsen af et dokument, havde ret til at foretage en summarisk gennemgang af dokumentet, således som de gjorde det i den foreliggende sag, med henblik på at danne sig deres egen mening om den retsbeskyttelse, som dokumentet eventuelt skulle nyde.

20 I den henseende fastslog Retten i den appellerede kendelses præmis 139, at det således ikke kunne udelukkes, at Kommissionens tjenestemænd i forbindelse med en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 skal afholde sig fra at foretage en - selv hvis det kun er summarisk - gennemgang af de dokumenter, som en virksomhed gør gældende er beskyttet af fortrolighedsforholdet, i hvert fald hvis virksomheden ikke samtykker.

21 Da Retten fandt, at der forelå et komplekst fortolkningsspørgsmål vedrørende den i AM & S-dommen fastlagte procedure, og at det ikke kunne udelukkes, at Kommissionen ikke havde overholdt de i denne dom fastlagte processuelle principper, antog den, at betingelsen vedrørende fumus boni juris var opfyldt både for dokumenterne i kategori A og for dokumenterne i kategori B.

22 Retten antog herefter, at det var nødvendigt at anordne de begærede foreløbige forholdsregler. Da der var tale om dokumenter i kategori A, som Kommissionen endnu ikke havde haft adgang til, var det således nødvendigt — med henblik på at undgå en alvorlig og uoprettelig skade — at tilpligte Kommissionen ikke at gøre sig bekendt med disse dokumenter og som følge heraf at udsætte gennemførelsen af artikel 2 i beslutningen af 8. maj 2003.

23 For så vidt angår kategori B-dokumenterne, som Kommissionen allerede havde gjort sig bekendt med, og som ikke blevet lagt i en forseglet kuvert, fandt Retten derimod, at uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt.

24 Endelig foretog Retten en afvejning af interesserne med hensyn til kategori A-dokumenterne. Den fastslog, at den konkrete afvejning talte til fordel for en udsættelse af gennemførelsen af artikel 2 i beslutningen af 8. maj 2003.

25 Konklusionen i den appellerede kendelse har følgende ordlyd:

»1) Sagerne T-125/03 R og T-253/03 R forenes med henblik på denne kendelse.

2) Det tillades Council of the Bars and Law Societies of the European Union, Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten og European Company Lawyers Association at intervenere i sagerne T-125/03 R og T-253/03 R

3) Sagsøgernes begæring om fortrolig behandling under sagen om foreløbige forholdsregler af visse dele af processkrifterne i sagerne T-125/03 R og T-253/03 R, som i Justitskontorets skrivelse af 16. september 2003 til sagsøgerne betegnedes som fortrolige, tages til følge.

4) Begæringen om anordning af foreløbige forholdsregler i sag T-125/03 R forkastes.

5) Kommissionens erklæring om ikke at tillade tredjemænd adgang til kategori B-dokumenterne, før der afsiges dom i hovedsagen i sag T-125/03 R, tages til efterretning.

6) I sag T-253/03 R udsættes gennemførelsen af artikel 2 i Kommissionens beslutning af 8. maj 2003 vedrørende en anmodning om retsbeskyttelse i henhold til fortrolighedsforholdet (sag KOMP/E-1/38.589) frem til Rettens dom i hovedsagen.

7) Den forseglede kuvert indeholdende kategori A-dokumenterne opbevares på Rettens Justitskontor frem til Rettens dom i hovedsagen.

8) Begæringen om anordning af foreløbige forholdsregler i sag T-253/03 R forkastes i øvrigt.

9) Afgørelsen om sagens omkostninger i sagerne T-125/03 R og T-253/03 R udsættes.«

Appellen og kontraappellen

26 I appelskriftet har Kommissionen nedlagt påstand om annullation af punkt 6 og 7 i den appellerede kendelses konklusion. Den har fremført tre anbringende om henholdsvis urigtig retsanvendelse i forbindelse med vurderingen og godtgørelsen af fumus boni juris-betingelsen, urigtig retsanvendelse i forbindelse med vurderingen

og godtgørelsen af uopsættelighedsbetingelsen samt proceduremæssige uregelmæssigheder i forbindelse med bevisførelsen til skade for Kommissionens interesser.

27 I kontraappellen har Akzo nedlagt påstand om annullation af punkt 4 og 8 i den appellerede kendelses konklusion. Akzo har gjort to anbringender gældende. Det første, i sag T-125/03 R, vedrører en tilsidesættelse af retten til effektiv retsbeskyttelse, og det andet, i sag T-253/03 R, vedrører en tilsidesættelse af den samme rettighed og en fejlagtig anvendelse af begrebet uoprettelig skade.

Appellen

28 Indledningsvis bemærkes, at ifølge fast praksis kan Fællesskabets retsinstanser i sager om foreløbige forholdsregler udsætte gennemførelsen og foreskrive foreløbige forholdsregler, såfremt det er godtgjort, at de umiddelbart er berettigede af faktiske og retlige grunde (fumus boni juris), og såfremt der foreligger uopsættelighed, dvs. at det for at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for sagsøgeren er nødvendigt at foreskrive dem og tillægge dem retsvirkninger før afgørelsen i hovedsagen. Disse betingelser er kumulative, således at der ikke kan anordnes foreløbige forholdsregler, når en af dem ikke er opfyldt (jf. bl.a. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 14.10.1996, sag C-268/96 P(R), SCK og FNK mod Kommissionen, Sml. I, s 4971, præmis 30).

29 Hvis det viser sig, at betingelsen om uopsættelighed ikke er opfyldt, skal begæringen om foreløbige foranstaltninger følgelig forkastes, uden at det er nødvendigt at

behandle de øvrige betingelser, herunder fumus boni juris-betingelsen, som ifølge præmis 98 og 127 i den appellerede kendelse eventuelt skulle bedømmes på grundlag af en opfattelse af fortrolighedsforholdet, der indebærer en ny udlægning af fællesskabsrettens principper vedrørende beskyttelsen af fortrolighedsforholdet, navnlig som udtrykt i AM & S-dommen.

Andet anbringende vedrørende betingelsen om uopsættelighed

Parternes argumenter

30 Kommissionen har gjort gældende, at bedømmelsen af uopsættelighedsbetingelsen er behæftet med flere retlige mangler. Disse mangler skyldes, at Retten har anvendt en ukorrekt metode til at fastslå uopsættelighed, ikke har givet en passende begrundelse og ikke har kunnet godtgøre, at kriterierne, der kræves for at fastslå uopsættelighed, var blevet behandlet, samt at Retten ikke har taget hensyn til svagheden ved fumus boni juris, når det skal godtgøres, at der foreligger uopsættelighed.

31 Kommissionen er af den opfattelse, at Retten, da den antog, at uopsættelighedsbetingelsen var opfyldt, støttede sig på argumentet, hvorefter selv en midlertidig videregivelse af oplysninger til en persons advokat vil kunne skade den tillid, som en person har til, at fortrolige meddelelser til en advokat ikke vil blive videregivet. I den appellerede kendelses præmis 67 har Retten selv antaget, at den skade, som kunne følge af den blotte læsning af kategori A-dokumenter, ikke er knyttet til nødvendigheden af at beskytte sagsøgernes forsvarsrettigheder, men kan udledes af »fortrolighedsforholdets særlige natur«.

32 Retten har således anvendt begrebet fortrolighedsforhold på en måde, som ikke er tilladt og i overensstemmelse med retspraksis, navnlig AM & S-dommen. I den appellerede kendelse er fortrolighedsforholdet defineret som en ret for virksomhederne, hvis indhold påvirkes væsentligt og uopretteligt af enhver begrænsning af udøvelsen af denne rettighed. Derimod blev beskyttelsen af meddelelser udvekslet mellem en advokat og hans klient i AM & S-dommen bedømt i forbindelse med en procedure, der kunne give anledning til beslutninger om anvendelse af artikel 81 EF og 82 EF eller beslutninger om pålæg af bøder.

33 Kommissionen finder det i øvrigt ikke bevist, at skaden er alvorlig, uoprettelig og sikker.

34 Kommissionen har desuden bemærket, at den har forpligtet sig til ikke at tillade tredjemænd at få adgang til de omhandlede dokumenter, før Retten har truffet afgørelse i hovedsagen, hvilket udelukker enhver risiko for, at tredjemand skulle blive bekendt hermed, og at denne forpligtelse er gengivet i præmis 157 i den appellerede kendelse.

35 Akzo har gjort gældende, at retspraksis vedrørende beskyttelsen af fortrolighedsforholdet, og navnlig principperne i AM & S-dommen, er anvendt korrekt i den appellerede kendelse.

Vurdering

36 Det bemærkes, at formålet med en sag om foreløbige forholdsregler er at sikre den fulde virkning af den fremtidige endelige afgørelse med henblik på at undgå en lakune i den retsbeskyttelse, som Domstolen sikrer. For at denne målsætning kan opfyldes, skal uopsætteligheden vurderes i forhold til, hvor nødvendigt det er, at der træffes en foreløbig afgørelse med henblik på at undgå et alvorligt og uopretteligt tab for den part, der anmoder om den midlertidige beskyttelse (jf. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 17.7.2001, sag C-180/01 P(R), Kommissionen mod NALOO, Sml. I, s. 5737, præmis 52).

37 Det bemærkes desuden, at Domstolen i forbindelse med en beslutning, hvorved Kommissionen havde besluttet at gennemføre en kontrolundersøgelse, har fastslået, at såfremt Fællesskabets retsinstanser annullerer den nævnte beslutning, vil Kommissionen dermed i forbindelse med proceduren vedrørende overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler være afskåret fra at benytte ethvert dokument eller andet bevismateriale, som den måtte være kommet i besiddelse af under kontrolundersøgelsen, idet en beslutning, hvorved det fastslås, at der er sket en overtrædelse, vil kunne blive annulleret af Fællesskabets retsinstanser i det omfang, den er baseret på et sådant bevismateriale (dom af 22.10.2002, sag C-94/00, Roquette Frères, Sml. I, s. 9011, præmis 49).

38 De samme principper finder anvendelse på en beslutning, hvorved Kommissionen afviser at lade et eller flere dokumenter omfatte af beskyttelsen af fortrolighedsforholdet, såfremt denne beslutning annulleres af Fællesskabets retsinstanser.

39 Kommissionen har i øvrigt anerkendt, at den, såfremt beslutningen af 8. maj 2003 senere erklæres ulovlig, vil være forpligtet til at fjerne de dokumenter, som berøres heraf, fra sagen, og at den derfor ikke vil kunne anvende disse som bevismateriale.

40 Under disse omstændigheder er muligheden for en retsstridig anvendelse af kategori A-dokumenterne i en procedure vedrørende overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler alene teoretisk og, under alle omstændigheder, lidet sandsynlig.

41 Det skal desuden bemærkes, at selv om den omstændighed, at Kommissionen har gjort sig bekendt med oplysninger i kategori A-dokumenterne, uden at disse oplysninger benyttes i en procedure vedrørende overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler, eventuelt kan have indvirkning på fortrolighedsforholdet, er denne omstændighed alene ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at uopsættelighedsbetingelsen i nærværende sag er opfyldt.

42 I betragtning af den forpligtelse, Kommissionen har påtaget sig, til ikke at tillade tredjemænd at få adgang til de omhandlede dokumenter, før der er truffet afgørelse i hovedsagen i sag T-253/03, og af, at Kommissionen ikke kan anvende disse dokumenter som bevis i en procedure vedrørende overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler, såfremt beslutningen af 8. maj 2003 erklæres ulovlig, er det alene videregivelsen af de pågældende dokumenter, der kan godtgøre, at uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt. Det bemærkes i den henseende, at Kommissionens tjenestemænd allerede under selve kontrolundersøgelsen — kort — har undersøgt kategori A-dokumenter.

43 Den skade, som eventuelt kunne opstå, såfremt Kommissionen gjorde sig nærmere bekendt med disse dokumenter, er ikke tilstrækkelig til at godtgøre, at der foreligger en alvorlig og uoprettelig skade, da Kommissionen ikke kan gøre brug af oplysninger, den kommer i besiddelse af på denne måde.

44 Da betingelsen om uopsættelighed således ikke er opfyldt, må appellens andet anbringende tiltrædes, og derfor annulleres konklusionens punkt 6 og 7 i den appellerede kendelse.

Kontraappellen

Første anbringende

45 Akzo har gjort gældende, at forkastelsen af begæringen om foreløbige foranstaltninger i sag T-125/03 R er en tilsidesættelse af retten til effektiv retsbeskyttelse. Ifølge denne part kan den anfægtelige retsakt alene være beslutningen i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, som ligger til grund for tilsidesættelsen af proceduren. Enhver efterfølgende beslutning vil have en mindre direkte forbindelse med denne tilsidesættelse og vil ikke kunne udgøre den retsakt, der umiddelbart og uopretteligt påvirker retsstillingen for den virksomhed, som er genstand for kontrolundersøgelsen. Der er desuden ingen fællesskabsbestemmelse, der pålægger Kommissionen — efter en kontrolundersøgelse — at vedtage en retsakt, der kan gøres til genstand for et søgsmål. Den pågældende virksomheds retsbeskyttelse vil således være afhængig af en skønsmæssig beslutning truffet af Kommissionen.

46 Det er i denne henseende tilstrækkeligt at fastslå, at Retten har anvendt retspraksis korrekt, hvilket Akzo i øvrigt ikke bestrider, og at omstændigheder, der er indtruffet efter en beslutnings vedtagelse, ifølge retspraksis ikke kan berøre dennes gyldighed. Anvendelsen af denne retspraksis på kontrolundersøgelsens gennemførelse i denne sag lader ikke Akzo uden retsbeskyttelse. Kommissionen vedtog beslutningen om afvisning kort efter kontrolundersøgelsen, og hvis ikke den havde gjort det, kunne Akzo have anlagt sag med påstand om, at Kommissionen tilpligtes at udlevere de dokumenter, der er blevet lagt i en forseglet kuvert og taget med til Bruxelles.

Andet anbringende

47 Med sit andet anbringende har Akzo gjort gældende, at Retten, idet den fastslog, at begæringen i sag T-253/03 R vedrørende kategori B-dokumenterne ikke opfyldte uopsættelighedsbetingelsen, har tilsidesat retten til effektiv retsbeskyttelse, og at den har støttet sig på en uforholdsmæssig streng fortolkning af begrebet uoprettelig skade.

48 Ved at afvise de begærede foreløbige foranstaltninger i sag T-253/03 R for så vidt angår de pågældende dokumenter, tilskyndede Retten Kommissionen til at lade disse dokumenter indgå i sagsmappen snarere end at opbevare dem i en forseglet kuvert. I lyset af motiverne i den anfægtede kendelse vil Kommissionen således kunne sørge for, at enhver begæring om foreløbige foranstaltninger for at bevare disse dokumenters status, indtil der er blevet truffet endelig afgørelse, forkastes.

49 Det bemærkes i denne henseende, at Retten i den appellerede kendelse fastslog, at Kommissionen allerede havde gjort sig bekendt med tre kategori B-dokumenter, som ikke var blevet lagt i en forseglet kuvert, men at Kommissionen ikke kunne anvende disse oplysninger som bevismateriale, såfremt beslutningen af 8. maj 2003 blev annulleret.

50 Ifølge Retten vil det i praksis som følge heraf kun kunne konstateres, at der foreligger en skade, såfremt Kommissionen vedtager foranstaltninger på baggrund af de oplysninger, som er indeholdt i kategori B-dokumenterne, uden at det efterfølgende er muligt for Akzo at bevise med tilstrækkelig sikkerhed, at der faktisk foreligger en sammenhæng mellem på den ene side oplysningerne og på den anden side de trufne foranstaltninger. Retten anså imidlertid denne risiko for hypotetisk.

51 Retten tilføjede, at Kommissionen i sine bemærkninger havde erklæret, at den ikke ville tillade tredjemænd at få adgang til kategori A- og kategori B-dokumenterne, før der var truffet afgørelse i hovedsagen, hvilket Retten tog til efterretning.

52 Når Retten under disse omstændigheder har udelukket enhver reel mulighed for en uoprettelig skade og følgelig har fastslået, at uopsættelighedsbetingelsen ikke var opfyldt, har den ikke begået retlige fejl.

53 Kontraappellen skal derfor forkastes i sin helhed.

På grundlag af disse præmisser

bestemmer

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

1) Konklusionens punkt 6 og 7 i kendelsen afsagt af præsidenten for De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 30. oktober 2003, Akzo Nobel Chemicals Ltd mod Kommissionen (forenede sager T-125/03 R og T-253/03 R, Sml. II, s. 4771), annulleres.

2) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskabers erklæring om ikke at tillade tredjemænd adgang til kategori A-dokumenterne, før der afsiges dom i hovedsagen i sag T-253/03, tages til efterretning.**

3) **Begæringen om anordning af foreløbige forholdsregler i sag T-253/03 R forkastes.**

4) **Kontraappellen forkastes.**

5) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Underskrifter