seling met haar advocaat over te leggen en de Commissie het vertrouwelijk karakter van bedoelde bescheiden niet bewezen acht, staat het bijgevolg aan de Commissie, met toepassing van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17 de overlegging van de betrokken briefwisseling te gelasten en krachtens dezelfde verordening zo nodig de onderneming een geldboete of dwangsom op te leggen, bij wege van sanctie voor de weigering het door de Commissie voor de vaststelling van het vertrouwelijk karakter van de bescheiden noodzakelijk geachte aanvullend bewijs te leveren of de betrokken briefwisseling over te leggen die naar het oordeel van de Commissie niet een beschermd vertrouwelijk karakter heeft.

In zaak 155/79,

AM & S EUROPE LIMITED, vertegenwoordigd door J. Lever, Q.C., van Gray's Inn, C. Bellamy, barrister van Gray's Inn, en G. Child, solicitor van het kantoor Slaughter and May te Londen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Elvinger en J. Hoss, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

verzoekster,

ondersteund door

VERENIGD KONINKRIJK, vertegenwoordigd door W. H. Godwin als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Britse ambassade, Boulevard Royal 28,

en

RAADGEVENDE COMMISSIE VAN DE BALIES VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAP, vertegenwoordigd door D. A. O. Edward, Q.C., advocaat bij de Schotse balie, en J.-R. Thys, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van T. Biever en L. Schiltz, advocaten aldaar, Boulevard Grande-Duchesse-Charlotte 83,

interveniënten,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur J. Temple Lang als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij haar juridisch adviseur M. Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

FRANSE REPUBLIEK, vertegenwoordigd door M. Museux als gemachtigde en R. Carnelutti als assistent-gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Franse ambassade, Rue Bertholet 2,

interveniënte,

betreffende een verzoek aan het Hof om

a) overeenkomstig artikel 173 EEG-Verdrag de wettigheid te toetsen van artikel 1, sub b, van beschikking nr. 79/670/EEG van de Commissie van 6 juli 1979 (PB L 199 van 1979, blz. 31), waarbij verzoekster wordt verplicht bepaalde bedrijfsbescheiden waarvoor door verzoekster een beroep op „legal privilege" wordt gedaan, ter verificatie (door de Commissie) over te leggen,

b) overeenkomstig artikel 174 EEG-Verdrag nietig en van onwaarde te verklaren artikel 1, sub b, van de beschikking van 6 juli 1979, subsidiair dit artikel nietig te verklaren voor zover daarin van verzoekster wordt verlangd dat zij al deze bescheiden in extenso ter verificatie (door de Commissie) overlegt,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: J. Mertens de Wilmars, president, G. Bosco, A. Touffait en O. Due, kamerpresidenten, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, T. Koopmans, U. Everling, A. Chloros en F. Grévisse, rechters,

advocaat-generaal: Sir Gordon Slynn
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

De feiten

De feiten, het procesverloop en de conclusies, de middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

I — De feiten en het procesverloop

AM & S Europe Limited (hierna: AM & S) is een vennootschap naar Engels recht, met een dochtermaatschappij die een zinksmelterij exploiteert in Avonmouth.

Op 10 februari 1978 gaf het voor het mededingingsbeleid verantwoordelijke lid van de Commissie opdracht tot het verrichten van verificaties als bedoeld in artikel 14 van 's Raads verordening nr. 17/62, bij een aantal ondernemingen waaronder AM & S.

Op 20 en 21 februari 1979 verrichtten drie personeelsleden van de Commissie ten kantore van verzoekster in Bristol een verificatie welke, blijkens de door hen overgelegde verificatieopdrachten ten doel had de „... mededingingsvoorwaarden met betrekking tot de produktie en distributie van zink en zinklegeringen en zinkconcentraat (te onderzoeken) ten einde te verifiëren of geen inbreuk werd gemaakt op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag".

Na afloop van deze verificatie verlieten genoemde personeelsleden het kantoor van AM & S met afschriften van een bepaald aantal documenten, met achterlating van een schriftelijk verzoek om meer, nader aangegeven documenten.

Bij brief van 26 maart 1979 zond AM & S de Commissie fotocopieën van bepaalde documenten, doch tegelijkertijd weigerde zij andere documenten over te leggen die haar juridisch adviseurs gedekt achtten door het „legal privilege", dat wil zeggen het beginsel van het beroepsgeheim van advocaten, zoals verstaan in de „common law"-landen. Verder stelde zij daarin de Commissie voor, contact op te nemen met haar solicitors wanneer de Commissie een nadere bevestiging wenste aangaande de documenten waarvoor een beroep op het „privilege" werd gedaan.

De Commissie ging niet in op deze uitnodiging, doch gelastte AM & S bij een krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62 gegeven beschikking van 6 juli 1979, zich opnieuw aan een verificatie in haar kantoren te Bristol en Avonmouth te onderwerpen en een aantal bedrijfsbescheiden over te leggen, die in drie groepen waren verdeeld (artikel 1, sub a, b en c, van de beschikking). Artikel 1, sub b, betrof „alle bescheiden waarvoor een beroep op „legal privilege" wordt gedaan, die in de bijlage bij de brief van AM & S Europe Limited aan de Commissie van 26 maart 1979 werden opgesomd".

Op 25, 26 en 27 juli 1979 voerden twee personeelsleden van de Commissie op grond van de beschikking van 6 juli 1979 een nieuwe verificatie uit ten kantore van AM & S te Bristol.

Bij die gelegenheid liet AM & S blijken, niet bereid te zijn de documenten waarvoor een beroep op „legal privilege" werd gedaan, in hun geheel in te laten

zien door de inspecteurs van de Commissie, doch wel bereid te zijn om — onverminderd de argumenten die zij zou willen geldend maken ter bestrijding van het recht van de Commissie enig gedeelte in te zien van de documenten die zij door het „legal privilege" beschermd achtte — toe te staan dat gedeelten van deze documenten werden ingezien, zodat de inspecteurs zich ervan konden overtuigen dat deze inderdaad door het „privilege" werden beschermd. Bovendien boden de solicitors van AM & S aan, naar Brussel te komen om hun argumenten aan de betrokken diensten van de Commissie uiteen te zetten.

De inspecteurs van de Commissie verklaarden daarop, dat zij de verificaties van bescheiden waarvoor een beroep op „legal privilege" werd gedaan, zouden staken, doch dat de Commissie zich met betrekking tot deze bescheiden alle rechten voorbehield. Met betrekking tot de door de solicitors van AM & S gewenste bijeenkomst, verklaarden zij dat deze om verschillende redenen eerst na 7 september 1979 kon plaatsvinden.

Op 23 augustus 1979 verzochten de solicitors van AM & S de directeur van directoraat A van DG IV (concurrentie) schriftelijk een datum vast te stellen voor een bijeenkomst tijdens welke het probleem van de door „legal privilege" beschermde documenten zou kunnen worden besproken.

Na deze brief werd een bijeenkomst gearrangeerd, welke op 18 september 1979 te Brussel plaatsvond en waarbij aanwezig waren: voor AM & S haar raadsman en haar solicitors en voor de Commissie, bij afwezigheid van de directeur van directoraat A, het afdelingshoofd M. Rihoux, te zamen met andere ambtenaren.

Tijdens deze bijeenkomst gaf AM & S de wens te kennen, overeenstemming te bereiken over een procedure waarbij de twee tegenstrijdige belangen konden worden verzoend, te weten 1) de wens van de Commissie zich ervan te overtuigen dat een document daadwerkelijk onder het „privilege" viel, en 2) de noodzaak de geheimhouding te verzekeren van correspondentie tussen juridisch adviseurs en cliënten met het oog op het verkrijgen van juridisch advies. De voorgestelde procedure kwam in wezen erop neer dat inzage zou worden gegeven van bepaalde gedeelten van de betrokken bescheiden, met behulp waarvan volgens AM & S duidelijk de aard van deze bescheiden zou kunnen worden vastgesteld.

De vertegenwoordigers van de diensten van de Commissie verwierpen het voorstel van AM & S. Zij verklaarden gebonden te zijn aan de beschikking van 6 juli 1979 die, in hun uitlegging, een inspecteur het recht gaf een document in zijn geheel in te zien, indien hij zulks opportuun achtte.

Bij verzoekschrift van 4 oktober 1979, dat op dezelfde dag ter griffie van het Hof van Justitie is ingeschreven, heeft AM & S het onderhavige beroep ingesteld.

Bij respectievelijk op 15 februari 1980 en 5 maart 1980 neergelegde verzoekschriften hebben het Verenigd Koninkrijk en de Franse Republiek verzocht in de procedure te mogen interveniëren.

Het Hof heeft bij beschikking van 27 februari 1980 de interventie van het Verenigd Koninkrijk toegestaan en bij beschikking van 12 maart 1980 die van de Franse Republiek.

Bij op 3 maart 1980 neergelegd verzoekschrift heeft de Raadgevende Commissie van de Balies van de Europese Gemeenschap (hierna CCBE) verzocht in de procedure te mogen interveniëren. Het Hof heeft de interventie toegestaan bij beschikking van 7 mei 1980.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-

generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het heeft partijen en de interveniërende regeringen evenwel verzocht „ter terechtzitting hun opvattingen kenbaar te maken omtrent het bestaan en de draagwijdte van het beginsel van het beroepsgeheim in het communautaire mededingingsrecht ter zake waarvan de interveniërende Raadgevende Commissie van de Balies haar eigen standpunt uitgebreid had weergegeven".

II — Conclusies van partijen

AM & S concludeert dat het den Hove behage:

1. artikel 1, sub b, van de beschikking van 6 juli 1979 nietig en van onwaarde te verklaren;

2. subsidiair, artikel 1, sub b, van de beschikking van 6 juli 1979 nietig te verklaren voor zover daarin wordt verlangd, dat alle bescheiden ten aanzien waarvan verzoekster een beroep doet op bescherming op grond van „legal privilege", in hun geheel ter inzage worden overgelegd aan de inspecteur van de Commissie;

3. in elk geval de Commissie in de kosten te verwijzen;

4. iedere andere beslissing te nemen als naar recht of „equity" voorkomt te behoren.

De *Commissie van de Europese Gemeenschappen* concludeert dat het den Hove behage:

1. het beroep te verwerpen;

2. AM & S in de kosten te verwijzen.

III — Middelen en argumenten van partijen

AM & S merkt in haar beroepschrift vooreerst op, dat het geschilpunt van procedurele aard is. Het gaat er namelijk om of, en zo ja in hoeverre, de Commissie gerechtigd is, inzage te krijgen in een document om vast te stellen of het beroep op het „privilege" voor bepaalde tussen een advocaat en zijn cliënt gewisselde documenten gegrond is.

Dit procedurele geschilpunt is gerezen met betrekking tot het beginsel dat het vertrouwelijke karakter van de relatie tussen een advocaat en zijn cliënt naar gemeenschapsrecht bescherming geniet tegen openbaarmaking.

Volgens AM & S is dit beginsel zelf niet in geschil: partijen zijn niet verdeeld over het bestaan van het beginsel, maar over de procedure bij de toepassing ervan.

Ter zake is AM & S van mening dat, zolang de Raad niet op voorstel van de Commissie een verordening betreffende het onderzoek naar de gegrondheid van aanspraken op bescherming uit hoofde van „legal privilege" heeft vastgesteld, zowel de partij die zich op deze bescherming beroept, als de Commissie zelf al het redelijke moet doen om overeenstemming te bereiken over een verificatieprocedure, waarbij de Commissie niet het recht heeft kennis te nemen van de inhoud van de documenten waarvoor een beroep op bescherming wordt gedaan. Wanneer partijen het uiteindelijk niet eens worden, is in laatste instantie het Hof van Justitie bij uitsluiting gerechtigd de documenten te onderzoeken en het geschil te beslechten.

Indien de Commissie deze documenten immers kon inzien en de daaruit verkregen wetenschap gebruiken, zou het vertrouwelijke karakter van de documenten teloor gaan en de bescherming grotendeels haar betekenis verliezen. De Lid-Staten waarin partijen in een geschil het recht hebben de documenten van de tegenpartij in te zien, kennen een bijzon-

dere procedure om te waarborgen dat documenten inzake juridisch advies en bijstand door onafhankelijke personen worden onderzocht.

De door AM & S voorgestelde procedure zal betrokkenen slechts zelden verplichten, het Hof van Justitie te verzoeken een uitspraak te doen over de aard van het document waarvoor een beroep op het „privilege" wordt gedaan.

Ook het standpunt van de Commissie sluit trouwens niet de mogelijkheid uit, dat uiteindelijk aan het Hof wordt gevraagd uitspraak te doen omtrent de aard van een document, wanneer de betrokken onderneming met een beroep op het beschermde karakter van het document weigert de Commissie daarvan een afschrift te geven, en de Commissie de onderneming bij beschikking daartoe wil verplichten.

Indien het Hof in een dergelijk geval het beroep op het privilege voor het document erkent, is de bescherming al van geen belang meer, omdat de Commissie inmiddels van de inhoud van het document kennis heeft genomen.

Het gaat er dus om, een verificatieprocedure vast te stellen, omdat — AM & S geeft het graag toe — de betrokken onderneming zich er niet toe kan beperken voor een document een beroep op het privilege te doen, maar zijn aanspraak ook moet staven.

Deze procedure zou door de gemeenschapsinstellingen kunnen worden vastgesteld, zo nodig door middel van een verordening van de Raad.

Bij gebreke van een gemeenschapsbepaling betreffende een dergelijke procedure, stelt AM & S thans voor dat de betrokken onderneming mag bewijzen dat een document beschermd is door de Commissie een gedeelte van het document te laten inzien om de aard ervan vast te stellen. Een Britse onderneming zou de Commissie bijvoorbeeld de „backsheet" (versozijde) en het opschrift van de eerste bladzijde van de door de solicitor aan de raadsman gezonden „Instructions to Counsel" kunnen tonen. Indien dit ontoereikend wordt geacht, kan een door partijen in gemeen overleg gekozen gerenommeerd, ervaren en volledig onafhankelijk jurist worden belast met de taak het document te verifiëren. Er bestaan stellig nog andere mogelijkheden, zoals een schriftelijke verklaring, een verklaring onder ede, enzovoort. Indien daarentegen een onderneming weigert op onaanvaardbare wijze voldoende bewijs over te leggen om vast te stellen of het document beschermd is, zou zij niet met veel succes kunnen opkomen tegen een beschikking van de Commissie, waarbij een boete of dwangsom wordt opgelegd. Zo zullen weinig ondernemingen het risico nemen, ten onrechte een beroep op het „privilege" te doen, en zal het Hof niet te vaak om een uitspraak omtrent de aanspraken op bescherming worden verzocht.

Mocht het Hof daarentegen het betoog van de Commissie volgen, dan is er geen enkele mogelijkheid de vertrouwelijkheid te handhaven, zelfs niet voor documenten waarvan het beschermde karakter buiten kijf staat.

Het tweede door AM & S aangevoerde middel betreft de schending van het reeds lang in de communautaire rechtspraak erkende evenredigheidsbeginsel, voor zover de Commissie eist dat de documenten waarvoor een beroep op bescherming is gedaan, in hun geheel worden overgelegd, terwijl in casu met andere middelen behoorlijk en op praktische wijze het algemeen belang kon worden gediend, zonder dat de inspecteur toegang behoeft te krijgen tot de inhoud van de documenten.

Het door de *Commissie* overgelegde verweerschrift bestaat uit twee delen.

In het eerste deel bespreekt zij het vraagstuk van de bescherming van het beroepsgeheim in het gemeenschapsrecht om aan te tonen dat, in tegenstelling tot hetgeen AM & S stelt, dit beginsel beslist geen absolute, nauwkeurig omschreven regel is, die voorrang heeft boven andere daarmee strijdige rechtsbeginselen, maar slechts een van de vele rechtsbeginselen die verschillend kunnen worden geregeld en naargelang de omstandigheden tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

In het tweede deel zet zij haar standpunt uiteen met betrekking tot de wijze waarop het karakter van de documenten waarvoor een beroep op bescherming wordt gedaan, moet worden onderzocht en oppert zij tal van bezwaren, ook van praktische aard, tegen de door AM & S voorgestelde procedure.

Eerste deel: Het probleem van de bescherming van het beroepsgeheim in het gemeenschapsrecht

Het voorstel van de Commissie voor de eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag — de latere verordening nr. 17/62 — bevatte geen bepalingen inzake het beroepsgeheim. Ondanks een amendement van het Parlement om zo'n bepaling in het voorstel op te nemen, heeft de Raad deze suggestie in de definitieve versie van verordening nr. 17/62 niet overgenomen. Het is dus duidelijk dat de communautaire wetgever de vraag wel heeft onderzocht of de gemeenschapsbepalingen de vertrouwelijkheid van tussen een advocaat en zijn cliënt gewisselde documenten moeten waarborgen, doch heeft beslist dat zulks niet nodig was.

Het ontbreken van een wetgeving waarin deze kwestie wordt geregeld, blijkt gedurende vele jaren in de praktijk geen echte moeilijkheden te hebben opgeleverd. Wel is over het onderwerp vaker gediscussieerd na de toetreding van de drie nieuwe Lid-Staten in 1973.

In antwoord op schriftelijke vraag nr. 63/78 van het lid van het Europese Parlement Cousté, wees de Commissie er op 22 juni 1978 eerst op, dat het gemeenschapsrecht geen bescherming verleent aan bedrijfsbescheiden betreffende juridische aangelegenheden, doch verklaarde zij zich, „indachtig aan de regels die in het mededingingsrecht van enkele Lid-Staten bestaan, en in een streven naar onpartijdigheid" bereid om voor het bewijs van eventuele schendingen van de concurrentieregels geen gebruik te maken van dergelijke documenten, ofschoon zij, onder toezicht van het Hof van Justitie, wel tot taak had, het karakter van deze documenten vast te stellen.

Anderzijds is het juist dat in een rapport, door de directeur-generaal C. D. Ehlermann en D. Oldekop, lid van de juridische dienst van de Commissie, geschreven voor het in juni 1978 te Kopenhagen gehouden congres van de FIDE (Fédération Internationale de Droit Européen), het bestaan werd aangenomen van een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat het beroepsgeheim binnen bepaalde grenzen beschermt.

De beschikking van de Commissie van 6 juli 1979 was uiteraard gebaseerd op de beoordeling van de situatie vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt, zoals weergegeven in het antwoord op de vraag van de heer Cousté.

In feite is het uitermate moeilijk één enkel, voor alle Lid-Staten geldend beginsel van bescherming van het beroepsgeheim

te ontdekken. Zelfs in het rapport van D. A. O. Edward, Q.C., dat is uitgegeven door de Raadgevende Commissie van de Balies van de Europese Gemeenschap, wordt onder meer gesteld dat de bescherming van een door een advocaat gegeven advies dat zich onder de cliënt bevindt, slechts wordt gewaarborgd in de „common law"-landen, terwijl de zes oorspronkelijke Lid-Staten uitsluitend een bescherming kennen voor documenten die in het bezit van de advocaat zijn, waarbij deze bescherming niet in alle gevallen absoluut is.

Volgens de Commissie zou het beginsel van de bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen de advocaat en zijn cliënt om twee fundamentele redenen in het gemeenschapsrecht kunnen worden aanvaard. De eerste is gebaseerd op de opvatting, dat er een algemeen rechtsbeginsel bestaat betreffende het recht juridisch advies in te winnen, hetgeen dan ook een zekere bescherming impliceert van de documenten die betrekking hebben op dit advies. De tweede is, dat het belang van de Gemeenschappen om ondernemingen toe te staan juridisch advies in te winnen, opdat deze hun verplichtingen krachtens de communautaire voorschriften beter kennen, zwaarder moet wegen dan het belang om in staat te zijn de documenten die betrekking hebben op dit advies, als bewijs te gebruiken.

Met betrekking tot het eerste argument: ofschoon er een algemeen rechtsbeginsel bestaat betreffende het recht juridisch advies in te winnen, zijn de meningen verdeeld over de omvang van de bescherming die aan de desbetreffende documenten moet worden verleend. De Commissie is van mening, dat de omvang ervan niet kan worden afgeleid uit het beginsel zelf, maar moet worden bepaald op grond van praktische overwegingen, met inachtneming van alle omstandigheden. De bescherming van de correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt varieert aanzienlijk van de ene Lid-Staat tot de andere en er bestaat geen absolute of onvoorwaardelijke regel. De omvang van de bescherming en de bescherming zelf zijn afhankelijk van het doel waarvoor inzage van het document wordt verlangd. Naarmate het doel van groter belang is, wordt de bescherming van het document geringer.

Het tweede argument berust op de hypothese dat de meeste ondernemingen de gemeenschapsbepalingen serieus wensen na te komen en dat de meeste advocaten hun cliënten oprecht helpen zulks te doen. In de meeste gevallen gaat deze hypothese ongetwijfeld op, maar er bestaan zeker uitzonderingen. De vraag of de naleving van het gemeenschapsrecht beter wordt gewaarborgd door openbaarmaking dan door bescherming tegen openbaarmaking, kan niet worden beantwoord op grond van algemene beginselen maar moet naar de omstandigheden worden beantwoord.

Aangezien dit argument vooronderstelt dat misbruik zelden voorkomt, zou het volgens de Commissie veel kans maken te worden aanvaard, indien de balies of de nationale ordes van advocaten uitdrukkelijk uitspreken dat een advocaat die zijn cliënt helpt regelingen te treffen die genoegzaam duidelijk in strijd zijn met de rechtsvoorschriften die deze geacht wordt na te leven — in casu die van het gemeenschapsrecht — in strijd handelt met zijn beroepsethiek, en zich blootstelt aan disciplinaire sancties.

Een andere in aanmerking te nemen belangrijke factor is de mate waarin advocaten zich verplicht achten, te verzekeren dat hun cliënten alle documenten openbaar maken die zij verplicht zijn open-

baar te maken. Indien de advocaten in alle Lid-Staten zich daartoe gehouden achtten, zou het redelijk zijn de vertrouwelijke relatie tussen een advocaat en zijn cliënt in ruimere mate te beschermen.

Momenteel is er echter reden om aan te nemen dat de opvatting van de advocatenstand in de Gemeenschap, of althans van sommigen hunner, met betrekking tot bedoelde twee vraagstukken, niet zo duidelijk en onvoorwaardelijk is als de Commissie wel zou wensen.

Vervolgens merkt de Commissie op, dat ook in het Verenigd Koninkrijk wordt erkend dat de omvang van de bescherming van het beroepsgeheim afhankelijk is van de omstandigheden. Terzake verwijst zij naar een passage uit het rapport van de Britse Law reform Commission inzake „privilege in civil proceedings", en naar de uitspraak van het House of Lords in *Waugh* v *British Railways Board* [1979] 3 WLR 150; 2 All. E.R. 1169. Hieruit blijkt dat het beginsel van bescherming enkel voorrang heeft boven het beginsel dat alle relevante bewijsstukken aan de rechter moeten worden overgelegd, indien een document hoofdzakelijk is opgemaakt om juridisch advies in te winnen.

In antwoord op de vraag van de heer Coustè heeft de Commissie de verzekering gegeven dat zij de documenten, in het bezit van de onderneming, die een strikt juridisch karakter dragen en zijn opgesteld om rechtskundig advies te verkrijgen of te geven over de vigerende rechtsregels, en de documenten die betrekking hebben op de verdediging, niet als bewijs zou gebruiken. In de praktijk behandelt de Commissie dan ook al die documenten als beschermd, die beschermd zouden zijn op grond van de Britse en Ierse doctrine van het „privilege", ook wanneer die documenten geen bescherming zouden genieten krachtens het beginsel van het beroepsgeheim of de in de andere Lid-Staten geldende overeenkomstige regels. Bij gebreke van gemeenschapsbepalingen waarin dit vraagstuk uitdrukkelijk wordt geregeld, is de verzekering van de Commissie voor ondernemingen aanmerkelijk gunstiger dan het recht van sommige Lid-Staten.

De Commissie is van mening dat zij niet verder kan gaan zonder de weg vrij te maken voor misbruik.

Tweede deel: De punten van geschil

De Commissie verklaart om te beginnen, dat zij het eens is met AM & S, dat het geschil uitsluitend van procedurele aard is en niet de vraag betreft of een bepaald document onder de bescherming van het beroepsgeheim valt, onverminderd overigens het standpunt dat zij eventueel zal innemen met betrekking tot het probleem ten gronde.

Na deze precisering zet zij haar fundamentele bezwaren uiteen tegen het betoog van AM & S. Volgens de Commissie is de bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen advocaat en cliënt geen absolute of vaste, duidelijk omschreven regel die voorrang heeft boven andere overwegingen van juridische aard, maar slechts één van de vele doelstellingen die in bepaalde situaties zoveel mogelijk op elkaar moeten worden afgestemd. Er zijn nog twee andere beginselen van belang, namelijk het beginsel dat alle relevante bewijsstukken aan het Hof moeten worden overgelegd, en het beginsel dat wanneer een van de partijen vordert dat een bewijsstuk niet ter kennis van het Hof wordt gebracht, deze vordering slechts kan worden toegewezen indien ze kennelijk gegrond is. Deze twee beginselen worden enkel in de door de Commissie gevolgde procedure gewaar-

borgd. Aangezien de Commissie een beschermd document niet voor het bewijs van een inbreuk gebruikt, en zij zich er bovendien toe verplicht, haar beslissing niet te laten afhangen van de bij het doorlezen van het document verkregen wetenschap, kunnen de belangen van de onderneming op generlei wijze worden geschaad door een onderzoek van het document, dat enkel wordt uitgevoerd om vast te stellen of het kan worden gebruikt.

Omdat het geldende gemeenschapsrecht in tegenstelling tot de praktijk in bepaalde Lid-Staten geen procedure voor een onafhankelijke verificatie kent, heeft de Commissie zelf alle waarborgen gegeven die haars inziens redelijkerwijze van haar mochten worden verwacht.

Volgens de Commissie is geen enkele methode bevredigend waarbij de documenten waarvoor een beroep op de bescherming wordt gedaan, niet kunnen worden onderzocht. AM & S lijkt er in feite vanuit te gaan, dat bij een weigering van een onderneming de documenten door het Hof kunnen worden onderzocht. De zwakke stee in het argument van AM & S is echter juist, dat het Hof van Justitie geen uitspraak kan doen over feitelijke vragen.

Indien een onderneming weigert een document te onthullen en de Commissie een beschikking geeft waarbij de openbaarmaking van dat document wordt gelast, kan de onderneming weliswaar bij het Hof van Justitie een rechtstreeks beroep in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag instellen, doch het Hof kan dan enkel uitspraak doen over de vraag of de beschikking voldoende is gemotiveerd en niet over het beschermde karakter van het document.

Indien de Commissie het document niet mag inzien, kan zij ook niet motiveren waarom het haars inziens niet beschermd is, met het risico dat haar beschikkingen nietig kunnen worden verklaard. In de praktijk zou de onderneming dus vaak zelf kunnen beslissen of een document openbaar moet worden gemaakt, omdat de onderneming zou beslissen wat zij de Commissie over het document wil vertellen, en de Commissie geen mogelijkheid heeft de verklaringen van de onderneming te verifiëren.

Zelfs indien de onderneming botweg mocht weigeren het document over te leggen, is het niet zeker dat dat voldoende reden zou zijn voor een beschikking van de Commissie. Gesteld al dat zulks het geval zou zijn, dan zou het aan het Hof voorgelegde geschil niettemin de motieven van de beschikking en niet het beschermde karakter van het document betreffen. De juistheid van de door de onderneming afgelegde verklaringen kan door het Hof slechts worden geverifieerd, indien het het document inziet. AM & S heeft echter niet uitgelegd hoe het Hof de bevoegdheid kan hebben het document zelf te onderzoeken in het kader van het beroep betreffende de geldigheid van een beschikking van de Commissie.

De Commissie is van mening dat geen enkele procedure bevredigend zal zijn, indien het Hof niet in staat wordt gesteld het echte geschilpunt tussen de Commissie en de onderneming, te weten de vraag of een document beschermd is, te beslechten. Dit geschil kan echter niet rechtstreeks aan het Hof worden voorgelegd door middel van een van de thans door het Verdrag voorziene beroepsmogelijkheden.

Het door AM & S aangevoerde argument houdt in dat het Hof in voorkomend geval als rechter in eerste instantie zou beslissen. AM & S geeft echter zelf toe, dat bij een verschil van mening tus-

sen een onderneming en de Commissie omtrent het beschermde karakter van een document de zaak enkel aan het Hof kan worden voorgelegd krachtens artikel 173, dat voorziet in een procedure waarin het Hof geen feitelijke kwesties mag beslissen. Bovendien zou, zelfs indien deze tegenstrijdigheid zou kunnen worden opgeheven, het Hof niettemin optreden als feitenrechter, hetgeen niet in overeenstemming is met zijn rol, gelijk deze is omschreven in het EEG-Verdrag.

Een bewijs van deze stelling kan — zo nodig — worden gevonden in een beschikking van de president van het Hof in zaak 109/75 R (National Carbonising Company Limited, Jurispr. 1975, blz. 1193). Hierin werd verklaard „dat het immers zou ingaan tegen het institutionele evenwicht volgens het Verdrag, indien de rechter in kort geding de plaats van de Commissie zou innemen om een bevoegdheid uit te oefenen, welke allereerst aan haar toekomt onder toezicht van het Hof". Volgens de Commissie geldt hetzelfde beginsel voor elke andere preliminaire vraag, de openbaarmaking van documenten daaronder begrepen.

Vervolgens gaat de Commissie in op de feiten van de zaak, om enige moeilijkheden toe te lichten waartoe de door AM & S voorgestane theorie in de praktijk aanleiding zou geven.

Volgens AM & S zou de inspecteur van de Commissie zich moeten beperken tot inzage van de titelpagina of de omslag en het opschrift van de eerste pagina van het document waarvoor een beroep op bescherming wordt gedaan. Men moet echter rekening houden met het feit dat talrijke documenten geen omslag of titelpagina hebben en dat documenten die deze wel hebben, niet noodzakelijkerwijze geheel overeenstemmen met de gegevens op de omslag of titelpagina. Bovendien zou aanvaarding van een procedure zoals door AM & S wordt voorgesteld, oneerlijke personen de mogelijkheid bieden, onder een misleidende omslag of titelpagina documenten te verbergen die in werkelijkheid niet door het beroepsgeheim worden beschermd.

De Commissie is van mening dat inzage van enige onbelangrijke delen van het document op zichzelf haar in het algemeen geen juiste indruk kan geven van de aard ervan, zulks ongeacht de wijze waarop documenten eventueel worden geredigeerd; uiteindelijk zou de onderneming zelf dus beslissen of een document beschermd is.

De Commissie wijst de door AM & S voorgestelde procedure eveneens om verschillende praktische redenen af.

De eerste is, dat deze procedure door oneerlijke ondernemingen gemakkelijk kan worden misbruikt.

In de tweede plaats zou de Commissie, indien zij enkel zou kunnen afgaan op verklaringen van de advocaat van de onderneming, zich in de netelige en in feite onmogelijke positie bevinden, dat zij moet beslissen of zij een bepaalde advocaat kan vertrouwen. Dit blijft zo totdat alle balies van de Lid-Staten formeel uitspreken dat een bepaalde gedragswijze waarmee wordt gepoogd het belang van de cliënt ten koste van alles te beschermen, in strijd is met de regels van beroepsethiek en disciplinair kan worden bestraft.

Ten derde, indien de inspecteur van mening is (wat zeer wel mogelijk is), dat hetgeen hij van het document mag inzien, onvoldoende is om hem ervan te overtuigen dat de inhoud ervan beschermd is, zou het aan het Hof voor te leggen probleem niet zijn of het docu-

ment beschermd is, maar eerder of het gedeelte van het document dat is onthuld, volstaat om een redelijk persoon ervan te overtuigen dat het document beschermd is. Ook dat is een feitelijke vraag en geen rechtsvraag.

Tenslotte kan het noodzakelijk blijken samenhangende vraagstukken te beslechten die enkel kunnen worden opgelost indien het document in zijn geheel kan worden gelezen.

Zulks is het geval wanneer men enkel kan weten of een document beschermd is, wanneer wordt nagegaan:

— of degene die het geschreven heeft of tot wie het is gericht, een advocaat is die praktijk mag uitoefenen;

— of de advocaat zijn cliënt behulpzaam is bij of deelneemt aan onwettige activiteiten, zodat bescherming uitgesloten is;

— of hij in zijn hoedanigheid van advocaat of in een andere hoedanigheid handelt;

— of het document uitsluitend, hoofdzakelijk of slechts gedeeltelijk is opgesteld voor juridisch advies of in verband met een rechtsgeding.

Dientengevolge zou ook het Hof, ook indien het de mogelijkheid zou hebben het document in geding in de door AM & S voorgestelde procedure te onderzoeken, in bepaalde gevallen gedwongen zijn samenhangende feitelijke vraagstukken te beslechten, die slechts kunnen worden opgelost door overlegging van de bewijsstukken en het horen van getuigen.

De Commissie acht het van belang al deze aspecten onder de aandacht te brengen, omdat het Hof in de praktijk om een uitspraak zal worden verzocht omtrent elk document waarvoor een beroep op bescherming wordt gedaan, ook al zou nadien blijken dat het document uitermate weinig belang had.

AM & S tracht dit door haar reeds voorziene bezwaar te ontkrachten met de verklaring, dat het Hof niet verplicht zal worden veel onbelangrijke zaken te beslissen, omdat „de Commissie in de praktijk nagenoeg zeker bij de Raad een voorstel voor een verordening zal willen indienen voor een wettelijk geregelde verificatieprocedure". Hiermee geeft AM & S in feite echter toe, dat de door haar voorgestelde procedure eigenlijk „onhoudbaar" is, tenzij zij bij verordening wordt gewijzigd.

Met betrekking tot de grief van AM & S betreffende de pretense schending van het *evenredigheidsbeginsel*, verklaart de Commissie dat zij voor haar inspecteur slechts het recht opeist, het document in te zien voor zover zulks noodzakelijk is om te verifiëren dat een aanspraak op het „privilege" gerechtvaardigd is. Vaak zal de inspecteur het waarschijnlijk niet nodig vinden, kennis te nemen van het gehele document.

Het evenredigheidsbeginsel vereist dat het gebruikte middel niet verder gaat dan voor het bereiken van het nagestreefde doel noodzakelijk is. Anderzijds kan het geen reden zijn, de verificatie ondoeltreffend of onmogelijk te maken, noch kan het als een voorwendsel worden gebruikt om de onderneming zelf te laten beslissen of een document beschermd is.

In repliek merkt AM & S op, dat de Commissie, zij het ook niet volmondig, het bestaan van een beginsel van gemeenschapsrecht betreffende het beroepsgeheim lijkt te aanvaarden. In deze omstandigheden vormt de bescherming van het beroepsgeheim een materiële

rechtsregel en kan de Commissie terzake geen beleidsvrijheid hebben. Anders zou het „recht" op bescherming van iedere juridische inhoud worden beroofd.

In casu is het niet noodzakelijk de werkingssfeer en de omvang van het beginsel vast te stellen. Dat kan, in voorkomend geval, worden gedaan binnen het kader van een ander beroep.

Tussen beide partijen is in confesso dat de Commissie beschermde documenten niet als bewijsmiddel zal gebruiken.

De enige vraag die in casu moet worden beslist, betreft dus de juiste procedure voor de verificatie van een beroep op bescherming; op dat punt is het geschil tussen partijen weliswaar zeer specifiek, maar van cruciaal belang.

AM & S is van mening dat de door de Commissie voorgestelde procedure nog steeds niet de bescherming van het beroepsgeheim waarborgt, ofschoon de Commissie in haar verzoekschrift verklaart dat haar inspecteurs zullen worden gelast, geen gebruik te maken van uit beschermde documenten verkregen wetenschap.

In de eerste plaats is een dergelijke verzekering, gegeven door een orgaan dat zowel met het onderzoek en de vervolging als met de beslissing belast is, geen substituut voor objectieve rechtsregels ter bescherming van wettelijke rechten.

Bovendien maakt zij de positie van de inspecteurs van de Commissie nagenoeg onhoudbaar. Van hen wordt immers verlangd dat zij bepaalde gegevens uit de door hen ingeziene documenten uit hun hoofd zetten, terwijl zij juist tot taak hebben feiten te ontdekken, conclusies te trekken, sporen te volgen, en een zaak op te bouwen.

In elk geval heeft de Commissie niet verklaard wat de rechtsgevolgen zijn wanneer een inspecteur zich bewust of onbewust niet houdt aan de door de Commissie gegeven verzekering. Zelfs inden dit rechtsgevolgen zou hebben, zal een onderneming gewoonlijk trouwens niet kunnen bewijzen dat de inspecteur vertrouwelijke gegevens heeft gebruikt.

AM & S is ook van mening dat de Commissie niet de praktische consequenties heeft doordacht van de verzekering die zij in een laat stadium heeft gegeven, in een poging een van de zwakke plekken in haar standpunt te herstellen.

De inspecteur van de Commissie zou bijvoorbeeld na inzage van een document kunnen beslissen dat dat document niet beschermd is. Zelfs indien de onderneming het document door het „legal privilege" gedekt acht, kan zij de Commissie er niet van weerhouden dit naar eigen goeddunken te gebruiken.

Indien de bescherming van het beroepsgeheim moet worden gewaarborgd door wettelijke regels, dienen deze bovendien niet alleen ervoor te zorgen dat de wet wordt nageleefd, doch ook dat de naleving van de wet kenbaar is. Dit laatste is niet het geval indien de documenten waarvoor een onderneming zich op bescherming beroept, moeten worden geïnspecteerd door de Commissie, dat wil zeggen de partij waartegenover een beroep op bescherming wordt gedaan.

AM & S merkt op dat het eenvoudig een ontkenning is van het beginsel van bescherming van het beroepsgeheim wanneer beschermde documenten, in strijd met dat beginsel, mogen worden geïnspecteerd door de vervolgende instantie tegenover welke de wet de bescherming juist wil verzekeren.

Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht is de door AM & S voorgestelde procedure ontegenzeglijk een improvisatie, doch dat komt nu eenmaal doordat de Commissie tot op heden heeft verzuimd krachtens haar recht van initiatief een voorstel te doen voor een verordening die voor gevallen als het onderhavige voorziet in een procedure die in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

De bezwaren van de Commissie tegen de door AM & S voorgestelde procedure zijn irreëel en ongegrond.

Op het eerste bezwaar kan worden geantwoord dat het niet juist is dat in het voorstel van AM & S de onderneming zelf alleen beoordeelt of een document beschermd is. De Commissie heeft in beginsel het recht documenten in het bezit van een onderneming in te zien, en deze laatste kan de beschikking van de Commissie waarin de overlegging van bepaalde documenten wordt gelast, slechts bestrijden wanneer zij de Commissie voldoende gegevens heeft verstrekt om deze ervan te overtuigen dat die documenten beschermd zijn, of uiteindelijk ermee heeft ingestemd dat een onafhankelijke derde de relevante feiten verifieert.

Indien een onderneming een beschikking die de Commissie op grond van een door een onafhankelijke derde uitgevoerde verificatie heeft gegeven, bestrijdt, moet het Hof beslissen of de documenten beschermd zijn, doch dan beslist het als appèlrechter en niet als rechter in eerste aanleg. Indien een onderneming de inschakeling van een onafhankelijke derde weigert, kan zij de beschikking van de Commissie waarbij overlegging van de documenten is gelast, niet meer betwisten. Zij kan dan enkel opkomen tegen de definitieve beschikking van de Commissie krachtens artikel 85 of artikel 86 EEG-Verdrag, met een beroep op het feit dat bij die beschikking misbruik is gemaakt van vertrouwelijke documenten.

Anderzijds heeft de opvatting van de Commissie het nadeel, dat de onderneming geen doeltreffend beroepsmiddel wordt geboden, indien de inspecteur ten onrechte beslist dat een document niet beschermd is.

In haar tweede bezwaar stelt de Commissie dat de opvatting van AM & S het Hof zou verplichten op te treden als rechter in eerste aanleg.

In de door AM & S voorgestelde procedure beslist in feite nog steeds de Commissie zelf of een document beschermd is, zij het op basis van een beschrijving van de documenten die, zo de Commissie zulks wenst, zijn geverifieerd door een derde wiens bekwaamheid en reputatie buiten kijf staan. Het valt dan ook niet in te zien, hoe deze oplossing het Hof zou verplichten op te treden als rechter in eerste aanleg. Evenmin is het juist dat in dat geval het document zelf nooit openbaar zou behoeven te worden gemaakt: om te beginnen moet het document (indien de Commissie zulks vordert), ter beschikking van de onafhankelijke derde worden gesteld, en, indien de inhoud daartoe aanleiding zou geven wanneer de zaak aan het Hof is voorgelegd, kan het Hof bij wege van instructiemaatregel overlegging ervan gelasten.

Tenslotte zou de door AM & S beschreven procedure volgens de Commissie door weinig scrupuleuze advocaten kunnen worden misbruikt of tot een andere

vorm van laakbaar gedrag kunnen leiden. Met betrekking tot dit argument zij in de eerste plaats opgemerkt dat de vraag of onder het „legal privilege" documenten vallen ten aanzien waarvan sprake is van onbehoorlijk gedrag van een advocaat, een materieel en niet een procedureel probleem is. In elk geval kan dat probleem worden opgelost door de verklaring — eventueel van het Hof wanneer het probleem daaraan is voorgelegd — dat onbehoorlijk gedrag van een advocaat een einde maakt aan elke bescherming van het beroepsgeheim. Vervolgens is het maar de vraag of aanvaarding van de door AM & S voorgestelde procedure het risico van achterhouding van documenten die de Commissie wettelijk gerechtigd is te verifiëren, zal vergroten. AM & S is juist van mening dat indien een onderneming of haar advocaten weinig gewetensvol proberen documenten achter te houden, zij zulks zullen doen door de betrokken documenten te vernietigen of te verbergen, doch niet door daarvan een onjuiste beschrijving te geven, die stellig aan het licht komen bij de door een onafhankelijke derde verrichte verificatie.

Indien echter overwegingen van beroepsethiek de Commissie de meeste zorgen bereiden, stelt AM & S als alternatief voor, dat in de Lid-Staten die passende deontologische regels kennen, de verificatieprocedure tenminste in overeenstemming met die regels moet zijn.

Een dergelijke oplossing zou terzelfdertijd voorkomen dat er voor de nationale autoriteiten ernstige moeilijkheden kunnen ontstaan. Ingevolge artikel 14 van verordening nr. 17/62 kan, en in sommige gevallen moet, de bevoegde autoriteit van de Lid-Staat op het grondgebied waarvan de verificatie wordt verricht, de personeelsleden van de Commissie bijstaan bij het vervullen van hun opdracht. In het Verenigd Koninkrijk zou het echter volledig in strijd zijn met de fundamentele beginselen van nationaal recht indien de bevoegde autoriteiten verplicht zouden worden bijstand als bedoeld in artikel 14, leden 5 en 6, van 's Raads verordening nr. 17/62 te verlenen om de inspecteurs van de Commissie in staat te stellen de vertrouwelijke relatie tussen advocaat en cliënt te doorbreken.

Tenslotte maakt AM & S bezwaar tegen bepaalde, door de Commissie in haar bezwaarschrift aangevoerde punten.

Zo merkt AM & S op, dat de Commissie weliswaar het bestaan van het beginsel van het beroepsgeheim in het gemeenschapsrecht aanvaardt, doch verklaart dat een dergelijk beginsel niet uitdrukkelijk is opgenomen in verordening nr. 17/62. Het was echter niet nodig een uitdrukkelijke bepaling inzake het beroepsgeheim op te nemen, omdat dit concept reeds in het recht van alle Lid-Staten werd erkend en automatisch deel was gaan uitmaken van de grondrechten van de communautaire rechtsorde. In deze situatie is geen wijziging gekomen na de toetreding van het Verenigd Koninkrijk en Ierland, aangezien alle rechterlijke instanties in „common law"-landen het algemene beginsel toepassen, dat een algemene wet niet aldus mag worden uitgelegd, dat hij een „common law"-regel op een bepaald bijzonder gebied afschaft, tenzij uit de wet uitdrukkelijk de bedoeling blijkt regels voor dat gebied te geven.

Met betrekking tot de stelling dat gedurende vele jaren het ontbreken van gemeenschapswetgeving inzake bescherming van het beroepsgeheim in de praktijk geen echte moeilijkheden lijkt te hebben opgeleverd, merkt AM & S op, dat de Commissie eerst in 1969 beschikkingen heeft gegeven waarbij boetes werden opgelegd, en dat de ondernemingen zich vooral in de jaren zeventig geleidelijk van het probleem van het beroepsge-

heim bewust werden toen, enerzijds, de Commissie zich op het gebied van de mededinging harder begon op te stellen en, anderzijds, ondernemingen een toenemende behoefte aan gedetailleerd schriftelijk juridisch advies gevoelden omdat het gemeenschapsrecht steeds ingewikkelder werd. Na de toetreding van de „common law"-landen, waar de bescherming van de „legal confidence" een lange historische traditie heeft, is het probleem de laatste jaren onvermijdelijk sterker op de voorgrond getreden. De door AM & S voorgestelde procedure geeft geen aanleiding tot problemen, zoals blijkt uit de nationale stelsels, gelijk dat van het Verenigd Koninkrijk, waar gelijksoortige procedures worden toegepast.

Voor wat het onderscheid *lex lata* en *lex ferenda* betreft, moet in de thans betrekkelijk weinig ontwikkelde communautaire rechtsorde het recht weliswaar worden bepaald in het licht van de algemene beginselen en met inachtneming van de praktische consequenties, doch dit betekent niet dat men het over de *lex ferenda* heeft en niet over de *lex lata.*

De verwijzingen in het rapport-Edward naar de diversiteit van materiële nationale rechtsvoorschriften op het gebied van het beroepsgeheim, zijn gedeeltelijk een gevolg van het feit dat dat rapport, zoals thans door de CCBE wordt toegegeven, niet volledig rekening houdt met de methode van uitlegging en toepassing van wetsteksten in de oorspronkelijke zes Lid-Staten. Ten aanzien van een detailpunt verklaart AM & S dat het niet juist is, dat het concept „beroepsgeheim" in het nationale recht nooit een advies of mededeling van een advocaat aan zijn cliënt kan beschermen, en zij haalt in dit verband verschillende uitspraken van nationale rechterlijke instanties aan.

Voor wat de redenen voor de bescherming van het beroepsgeheim betreft, lijkt de Commissie het beginsel duidelijk te hebben aanvaard, omdat zij van mening is dat het voordeel voor de Gemeenschap van het feit dat een onderneming in staat is juridisch advies in te winnen, zwaarder weegt dan enig ander voordeel dat het als bewijs gebruiken van vertrouwelijke documenten betreffende juridische aangelegenheden kan opleveren. Daarentegen leidt de door de Commissie voorgestelde procedure er echter toe dat ondernemingen ervan worden weerhouden, schriftelijk juridisch advies te vragen en zeker om dit advies te bewaren.

In *dupliek* bestrijdt de *Commissie* achtereenvolgens de verklaringen van AM & S dat:

1) er in het gemeenschapsrecht geen procedure bestaat om te bepalen of een document beschermd is;

2) de door de Commissie herhaaldelijk gegeven verzekeringen slechts intentieverklaringen zijn en bovendien niet kunnen worden nagekomen zonder de inspecteurs van de Commissie in een „onmogelijke" positie te brengen;

3) ondernemingen geen enkele waarborg hebben indien een inspecteur ten onrechte gegevens gebruikt die hij heeft verkregen toen hij een document inzag om te bepalen of het vertrouwelijk was, of indien hij ten onrechte beslist dat het document niet beschermd is;

4) de door de Commissie voorgestane procedure het publiek niet de indruk

kan geven dat het beroepsgeheim beschermd is, ook al zou deze procedure het in feite moeten beschermen.

Ten aanzien van het eerste punt merkt de Commissie op dat in een geval als het onderhavige enkel de procedure kan worden gevolgd die in het kader van verordening nr. 17/62 wordt aangewend, wanneer een inspecteur en een onderneming van mening verschillen over de vraag of een krachtens artikel 14 van de bedoelde verordening gegeven verificatiebeschikking geldt voor een bepaald document of dossier. Zolang deze procedure niet bij gemeenschapswetgeving is gewijzigd, dient zij te worden toegepast.

Met betrekking tot het probleem van de door haar gegeven verzekeringen wijst de Commissie erop, dat het niet enkel intentieverklaringen zijn, maar verklaringen die het recht verduidelijken en bekrachtigen, en verklaart zij dat deze verzekeringen haar inspecteurs niet voor een dilemma plaatsen.

Immers, in het door de Commissie toegepaste systeem vervult een ambtenaar in dezelfde zaak nooit achtereenvolgens de functie van inspecteur en van rapporteur. Bijgevolg heeft een inspecteur nooit de mogelijkheid de kennis die hij heeft verkregen door inzage van een beschermd document, te gebruiken. Indien hij zou proberen, deze kennis als basis voor een verklaring in zijn rapport over het door hem verzamelde bewijs te gebruiken, zou hij natuurlijk niet kunnen zeggen dat hij deze kennis uit het beschermde document heeft verkregen, en zou de rapporteur dan ook verplicht zijn deze verklaring als niet gemotiveerd ter zijde te leggen. Mocht hij deze kennis echter gebruiken om toegang te verkrijgen tot andere, niet beschermde bewijsstukken, dan bestaan er twee mogelijkheden: die documenten vallen binnen de werkingssfeer van de verificatiebeschikking en bevinden zich in een kantoor waar de verificatie dient plaats te vinden, zodat mag worden verondersteld dat de inspecteur ze toch zou hebben gevonden, ofwel zij bevinden zich niet in dit kantoor, zodat de inspecteur ze niet in handen kon krijgen zonder in strijd te komen met de strekking van de verificatiebeschikking.

Met betrekking tot de bewering dat een onderneming op geen enkele wijze kan voorkomen dat een inspecteur onrechtmatig gebruik maakt van de uit een beschermd document verkregen kennis of ten onrechte beslist dat een document niet beschermd is, is het duidelijk dat de belangen van de onderneming enkel worden geschaad door de beschikking waarbij de Commissie vaststelt dat de onderneming in strijd met het Verdrag heeft gehandeld. Deze beschikking kan echter door de betrokken onderneming worden bestreden en indien wordt aangetoond dat zij is gebaseerd op in een beschermd document vervatte inlichtingen, kan de beschikking door het Hof worden nietigverklaard.

Het feit tenslotte dat de inspecteur die een document inziet, niet degene is die uiteindelijk beslist of er voldoende bewijs bestaat dat een onderneming in strijd met het Verdrag heeft gehandeld, waarborgt niet alleen dat het beginsel dat de wettelijk erkende vertrouwelijkheid moet worden beschermd, metterdaad wordt nageleefd, maar maakt het zelfs voor het grote publiek duidelijk dat elke mogelijkheid van misbruik is uitgesloten.

Na aldus op de bezwaren van AM & S te hebben geantwoord, voert de Commissie op haar beurt bezwaren aan tegen de door AM & S voorgestelde procedure.

Volgens de Commissie moet elke procedure tot verificatie van de gegrondheid van een beroep op bescherming, voldoen aan twee eisen:

1) zij moet waarborgen dat de beschermde documenten niet onrechtmatig als bewijs worden gebruikt;

2) zij moet een billijke uitspraak nopens dit beroep op bescherming mogelijk maken.

De Commissie is van mening dat „haar procedure", zoals hiervoor reeds is aangetoond, zowel aan het eerste als aan het tweede vereiste voldoet, terwijl de door AM & S voorgestane procedure enkel aan het eerste voldoet. Immers de noodzaak van overeenstemming tussen de Commissie en de onderneming brengt met zich mee dat deze laatste kan weigeren in te stemmen met voorwaarden die haar niet schikken, of zelfs het geven van haar toestemming kan vertragen of afhankelijk maken van een aantal uiteenlopende voorwaarden. In dat geval kan de Commissie niets anders doen dan een beschikking geven waarin zonder enig bewijs wordt verklaard dat het document beschermd is.

Een ander ernstig bezwaar is, dat indien de door AM & S voorgestane procedure wordt toegepast, de Commissie een overeenkomst zou moeten sluiten met elke onderneming die beweert dat een document in haar bezit beschermd is, alsmede met eenieder die als onafhankelijke derde is gekozen. Het spreekt vanzelf dat die onderhandelingen de Commissie veel tijd zouden kosten en haar werk ernstig zouden belemmeren.

De fundamentele zwakke stee in het voorstel van AM & S is echter, dat het de Commissie in bepaalde omstandigheden verplicht een beschikking te geven waarbij wordt verklaard dat het document niet beschermd is, zonder dat de Commissie ooit in staat is geweest kennis te nemen van de feiten. De procedure zou dan niets anders zijn dan een manier om het probleem aan een appèlrechter voor te leggen. Het gemeenschapsrecht mag echter niet aan dergelijke processuele kunstgrepen worden overgeleverd.

Weliswaar erkent AM & S dat een zuiver formeel beroep op het „privilege" niet volstaat om te voorkomen dat de Commissie een document inziet, en dat de Commissie niettemin in staat moet worden gesteld, bepaalde gedeelten van het document in te zien, zodat zij zich redelijkerwijze ervan kan overtuigen dat het document beschermd is. De Commissie is echter van mening dat de aard van een document enkel behoorlijk kan worden bewezen door zijn inhoud, aangezien het opschrift en een beschrijving van het onderwerp niet altijd voldoende zijn.

AM & S verklaart daarop, dat het mogelijk is een onafhankelijke derde in te schakelen en dat, ingeval de Commissie niet met de conclusies van deze derde instemt, zij in elk geval een beschikking kan geven waarbij wordt verklaard dat het document niet beschermd is.

In dit verband vraagt de Commissie zich af, hoe zij een beschikking zou kunnen motiveren die afwijkt van de conclusie van de derde, omdat AM & S niet heeft voorgesteld dat deze laatste zijn conclusie met redenen moet omkleden en nog minder dat hij in deze redengeving het bewijs en de argumenten ten faveure van de Commissie moet opnemen.

Tenslotte verklaart AM & S dat het Hof van Justitie het document kan inzien en dat in dat geval het niet als rechter in eerste aanleg optreedt. De Commissie kent geen enkele in het Verdrag voorziene procedure waarin het Hof een dergelijke bevoegdheid heeft. Zelfs indien het Hof een document kon inzien, zou

het bovendien noodzakelijkerwijze het eerste hof of de eerste rechterlijke instantie zijn, die het bewijs ten gronde krijgt te onderzoeken op grond waarvan kan worden beslist of het document beschermd is. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is echter de Commissie en niet het Hof de instantie in eerste aanleg voor alle mededingingsaangelegenheden.

Zo gezien dient te worden geconcludeerd, dat de door AM & S voorgestelde procedure geen onderzoek naar de gegrondheid van een aanspraak op bescherming mogelijk kan maken. In antwoord op alle argumenten van AM & S kan nog worden gesteld dat deze procedure eventueel oneerlijk gedrag van advocaten niet voorkomt, en dat de Britse fundamentele rechtsbeginselen blijkens de Britse wetgeving en de rechtspraak van de Britse rechters niet in strijd lijken met de door de Commissie beschreven procedure.

Met betrekking tot het middel betreffende de schending van het evenredigheidsbeginsel merkt de Commissie op dat de door haar toegepaste procedure „objectief" is, voorziet in een doeltreffende toetsing door het Hof en het mogelijk maakt vast te stellen dat recht is gedaan. Dit nu zijn precies de vereisten waaraan volgens AM & S moet zijn voldaan indien men het evenredigheidsbeginsel wenst te eerbiedigen.

Het *Verenigd Koninkrijk,* interveniërend ter ondersteuning van de conclusies AM & S, verklaart dat het in beginsel niet juist is dat de desbetreffende communautaire regeling niet vereist, dat de gegrondheid van de aanspraak op „legal privilege" dient te worden geverifieerd met behulp van procedures waarbij de partij die openbaarmaking van een document verlangt, dit document mag inzien voordat de verificatie is uitgevoerd en met het oog op het verrichten van deze verificatie zelf, of waarbij de partij die zich tegen openbaarmaking verzet, zelf de rechtsgeldigheid van haar aanspraak mag vaststellen zonder de mogelijkheid van onafhankelijke toetsing.

Daaruit volgt dat, vooropgesteld dat de gemeenschapswetgeving zulks toestaat, de verificatieprocedures zouden moeten voorzien:

1) dat de partij die aanspraak maakt op het „privilege", voldoende gegevens over het karakter van het betrokken document en de aard van de aanspraak verstrekt (zonder het document zelf openbaar te maken), zodat de partij die openbaarmaking wenst, eventuele geschillen aan het Hof van Justitie kan voorleggen en dit laatste die geschillen kan uitwijzen;

2) dat partijen bij overeenkomst elk geschil (met betrekking tot het recht of de toepassing van het recht) aan een onafhankelijk persoon of orgaan kunnen voorleggen, dat uitsluitend met het oog op de beslissing van de zaak bevoegd is het betrokken document te inspecteren;

3) dat partijen, voor zover noodzakelijk, de bijstand van het Hof kunnen verkrijgen voor een definitieve beslissing en het Hof het document uitsluitend te dien einde kan inzien.

Volgens het Verenigd Koninkrijk staat de gemeenschapswetgeving terzake dergelijke procedures toe.

Aangezien de onderhavige zaak uitsluitend een procedureel probleem betreft, is

het niet noodzakelijk in te gaan op het bestaan, de werkingssfeer of de eventuele grenzen van het beginsel van de bescherming van het beroepsgeheim. Niettemin acht het Verenigd Koninkrijk het van belang, haar standpunt omtrent het materiële recht uiteen te zetten en duidelijk te maken dat de bescherming van het beroepsgeheim deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht in de zin van artikel 164 EEG-Verdrag. Het verwerpt dan ook elke mogelijke uitlegging volgens welke de eerbiediging van het beroepsgeheim door de Commissie enkel een zaak van „fair play" is en niet een aan deze instelling door het gemeenschapsrecht opgelegde wettelijke verplichting.

Weliswaar kennen niet alle Lid-Staten een geharmoniseerd begrip beroepsgeheim, doch dat belet niet dat het beginsel zelf overal in de Gemeenschap wordt aanvaard en deel uitmaakt van het gemeenschapsrecht.

De basis van het beginsel is gelegen in de erkenning van het feit dat de belangen van de rechtsbedeling en van behoorlijk bestuur eisen dat particulieren juridisch advies kunnen inwinnen. Dit is slechts mogelijk wanneer er een vertrouwensrelatie bestaat tussen de advocaat en zijn cliënt. Dat doel kan niet worden bereikt indien de vertrouwensrelatie wordt ondermijnd of verloren gaat, of zelfs wanneer men meent dat zulks zou kunnen gebeuren. Anderzijds moet elk misbruik van de aan deze relatie geboden bescherming worden voorkomen.

Mitsdien is het Verenigd Koninkrijk van mening dat de te volgen procedure de vertrouwensrelatie moet eerbiedigen zonder welke het beroepsgeheim niet kan worden beschermd. De procedure dient:

1) eerlijk te zijn en als zodanig te worden ervaren;

2) te worden toegepast door deskundige en onpartijdige personen;

3) elk (schijnbaar) risico uit te sluiten dat gedurende de verificatie verkregen inlichtingen in strijd met het beroepsgeheim kunnen worden gebruikt.

Vervolgens onderzoekt het Verenigd Koninkrijk de door de Commissie en door AM & S voorgestelde procedure in het licht van vorengenoemde criteria.

Met betrekking tot de door de Commissie voorgestelde procedure merkt het Verenigd Koninkrijk enerzijds op, dat voor de vaststelling of een document beschermd is, de inspecteurs van de Commissie zo nodig ingewikkelde juridische vraagstukken moeten oplossen, ofschoon zij mogelijkerwijs niet voldoende deskundigheid bezitten zulks te doen, anderzijds, omdat zij tevens inspecteur zijn, in de ogen van de betrokkenen niet onpartijdig kunnen zijn. Deze procedure waarborgt dan ook niet het doel van het „privilege" en lijkt daartoe evenmin in staat.

De door de Commissie gegeven verzekering, dat haar inspecteurs de door de inzage van beschermde documenten verkregen kennis niet zullen gebruiken, doet daaraan niets af. Immers, iemand die een bepaalde kennis heeft verworven, zal nooit in staat zijn deze geheel te vergeten, zodat het onmogelijk kan worden uitgesloten dat hij deze kennis, zo al niet bewust, dan toch in elk geval onbewust gebruikt. Bovendien is het niet mogelijk na te gaan of de kennis al dan niet is gebruikt.

Daarentegen eerbiedigt de door AM & S voorgestelde procedure niet alleen het beginsel van het „legal privilege", maar ook de belangen van de rechtsbedeling, de verplichtingen van de Commissie en

de belangen van de Gemeenschap. Bij deze procedure zal men zich ook minder vaak tot het Hof behoeven te wenden.

Tenslotte mag niet worden vergeten dat de aan de Commissie bij verordening nr. 17/62 toegekende bevoegdheid beperkt is tot hetgeen „noodzakelijk" is voor het bereiken van de beoogde resultaten, en dat het feit dat een document of inlichting van belang is voor het onderzoek, niet automatisch een verplichting tot openbaarmaking inhoudt. In gevallen als het onderhavige dient ook zeer veel belang te worden toegekend aan het beginsel van het beroepsgeheim. Om te bepalen of openbaarmaking noodzakelijk is, moet in deze omstandigheden echter ook rekening worden gehouden met het beginsel van evenredigheid en dienen tegenstrijdige beginselen tegen elkaar te worden afgewogen.

Voor zover een voldoende ontwikkeld corpus van gemeenschapswetgeving ter zake ontbreekt, kan men ten aanzien van de Commissie ook nationale wettelijke regelingen inzake de bescherming van het beroepsgeheim toepassen, voor zover een beroep op deze regelingen mogelijk is tegenover de nationale autoriteiten.

Weliswaar zou deze oplossing een zeker verschil in behandeling van ondernemingen teweegbrengen (echter geen willekeurige discriminatie), doch tevens zou zij de noodzakelijke impuls geven voor het zoeken naar een communautaire oplossing van het probleem.

De *Franse Republiek,* interveniërend ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie, is van mening dat het gemeenschapsrecht in zijn huidige stadium geen enkele bepaling bevat krachtens welke documenten tussen een raadsman en zijn cliënt worden beschermd.

Ofschoon het „legal privilege" waarop AM & S zich beroept, in sommige opzichten vergelijkbaar is met bepaalde instituties van de andere Lid-Staten dan het Verenigd Koninkrijk, is het toch geen beginsel „dat de rechtstelsels der Lid-Staten gemeen hebben".

Daaruit volgt, dat de inspecteurs van de Commissie in staat moeten zijn tot een volledige en normale uitoefening van hun bevoegdheden krachtens artikel 14 van verordening nr. 17/62, dat hen onder meer machtigt tot het „controleren van de boeken en bescheiden van het bedrijf". Er is echter geen enkele reden om het standpunt van AM & S over te nemen, dat documenten inzake juridische aangelegenheden, die zijn opgemaakt voor het verkrijgen of geven van juridisch advies, geen bedrijfsbescheiden als bedoeld in bovengenoemd artikel 14 vormen.

Bovendien zij opgemerkt, dat in casu niet het probleem van documenten in het bezit van een advocaat of van mededelingen tussen advocaten aan de orde is gesteld, doch uitsluitend dat van documenten in het bezit van de onderneming.

Volgens de Franse Republiek kan een beginsel van nationaal recht, zoals het „legal privilege", niet in de weg staan aan de rechtstreekse en eenvormige toepassingen in alle Lid-Staten van de bepalingen van verordening nr. 17/62. Indien zou worden aanvaard dat de door een dergelijk „privilege" gedekte bescheiden een uitzondering kunnen vormen op artikel 14, zou zulks een distorsie creëren, die niet te rijmen is met artikel 189 EEG-Verdrag en de vaste rechtspraak van het Hof inzake de rechtstreekse en eenvormige toepasselijkheid van gemeenschapsverordeningen in het recht van de Lid-Staten. De ondernemingen zouden dan verschillend worden behandeld, al

naargelang het recht van de Lid-Staat waar zij gevestigd zijn, bepaalde documenten al dan niet (of onder striktere voorwaarden) beschermen. Immers, het recht van de verschillende Lid-Staten inzake de tussen een raadsman en zijn cliënt gewisselde documenten loopt sterk uiteen. Men kan zich daarvan eenvoudig overtuigen door te letten op het verschil tussen het begrip „beroepsgeheim" dat de rechtsstelsels der zes oorspronkelijke Lid-Staten gemeen hebben, en het in de Britse rechtspraak uitgewerkte begrip „legal professional privilege".

Ofschoon in de rechtsstelsels van alle Lid-Staten een zekere mate van bescherming wordt aangetroffen, varieert deze inhoudelijk zo sterk, dat het moeilijk is deze bescherming te verheffen tot een „algemeen beginsel dat de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben", en is het zelfs nog minder op zijn plaats daarvan een rechtsregel te maken die wijziging kan brengen in de betekenis van gemeenschapsverordeningen die de Commissie in een langdurige praktijk heeft toegepast.

In het kader van het EEG-Verdrag heeft de Commissie tot taak, erop toe te zien dat de mededinging in de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst. De gemeenschap heeft er dus belang bij, dat de Commissie haar verificatiebevoegdheden overeenkomstig de vigerende communautaire regeling uitoefent. Dat belang wordt niet beschermd in het door AM & S voorgestelde systeem, dat niet alleen in strijd kan blijken te zijn met het Verdrag omdat het een nieuwe procedure invoert gebaseerd op thans niet in het gemeenschapsrecht bestaande rechtsregels (de mogelijkheid een exceptie op te werpen ten aanzien van de verplichting, alle in artikel 14 van verordening nr. 17/62 bedoelde bedrijfsbescheiden te tonen; de noodzaak van een overeenkomst tussen partijen omtrent de procedure ter verificatie van de aard van het document; de mogelijkheid dat de onderneming in eerste instantie beoordeelt of een document „gepriviligieerd" is), maar ook omdat het verandering brengt in het institutionele evenwicht van het Verdrag.

In de door AM & S voorgestelde procedure zou het Hof van Justitie bevoegd zijn te verklaren of een door de Commissie opgeëist document al dan niet behoort te worden „beschermd". In de opzet van de bij verordening nr. 17/62 ingevoerde regeling voor de mededinging is echter de Commissie belast met het onderzoek naar eventuele inbreuken op de vrije mededinging, en men kan moeilijk staande houden dat deze onderzoeksbevoegdheid niet mede de bevoegdheid omvat, de documenten in hun geheel te onderzoeken en te beslissen of de aanspraak op bescherming gerechtvaardigd is. De enige bevoegdheid van het Hof terzake is het toetsen van de wettigheid van beschikkingen van de Commissie, nadat een beroep is ingesteld als bedoeld in artikel 173 EEG-Verdrag.

Door te doen blijken, zich bewust te zijn van het feit dat in verschillende Lid-Staten wettelijke voorschriften de vertrouwelijkheid van tussen een raadsman en zijn cliënt gewisselde inlichtingen beschermen, handelde de Commissie binnen het kader van de haar bij verordening nr. 17/62 toegekende bevoegdheden. Het zou echter in strijd zijn met deze verordening, daaruit af te leiden dat de Commissie geen toegang kan hebben tot de gehele inhoud van een document

om te onderzoeken of het beroep op bescherming gegrond is. Bij een andere beslissing zal de weg vrijgemaakt worden voor toch al mogelijke misbruiken.

Concluderend is de Franse Republiek van mening, dat het niet in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, de juridisch raadsman en de onderneming waartegen een mededingingsprocedure loopt, te laten beslissen of een document beschermd is.

De *Raadgevende Commissie van de Balies van de Europese Gemeenschap* (hierna: de CCBE), interveniërend ter ondersteuning van de conclusies van AM & S, merkt op dat, zoals beide partijen erkennen, de in casu aan de orde gestelde vraag uitsluitend betrekking heeft op de procedure, te weten vaststelling van de geëigende methode om te bepalen of een document beschermd wordt door het begrip „legal privilege".

De conclusies van partijen terzake lopen echter uiteen, omdat AM & S en de Commissie het niet eens zijn over de definitie van het materieel-rechtelijke beginsel, in het kader waarvan de vraag zich aandient.

Volgens AM & S kent het gemeenschapsrecht in feite een beginsel van „legal privilege", dat recht geeft op bescherming van vertrouwelijke documenten. Het standpunt van de Commissie is daarentegen minder duidelijk. Sommige van haar opmerkingen lijken het bestaan te erkennen van een recht dat documenten betreffende juridisch advies tegen openbaarmaking beschermt; andere lijken het bestaan van een enkel, algemeen aanvaard, duidelijk beschermingsbeginsel te ontkennen. Bovendien lijkt het argument dat de Commissie heeft aangevoerd om de merites van haar eigen procedure aan te tonen, een recht op bescherming tegen het gebruik van bepaalde documenten, doch niet tegen hun openbaarmaking te vooronderstellen. Dientengevolge is het niet mogelijk, of althans riskant, ervan uit te gaan dat de Commissie het bestaan van een leerstuk of beginsel van „legal privilege" in het gemeenschapsrecht erkent.

Volgens de CCBE kan de procedurekwestie enkel worden opgelost, nadat is beslist of bedoeld beginsel bestaat.

Terzake betoogt de CCBE dat het gemeenschapsrecht een leerstuk of beginsel van „legal privilege" kent. Het valt moeilijk te ontkennen dat het beginsel van „legal privilege" in de vorm van een bescherming tegen openbaarmaking van vertrouwelijke mededelingen tussen de advocaat en zijn cliënt, deel uitmaakt van het recht van elke Lid-Staat. Het argument van de Commissie en de Franse Republiek, dat er geen leerstuk of beginsel bestaat dat alle Lid-Staten gemeen hebben, omdat de wijze en omvang van bescherming uiteen blijken te lopen, is onaanvaardbaar. Anders zou het bestaan van algemene beginselen op het gebied van de mensenrechten eveneens moeten worden ontkend.

Het louter feit dat er procedurele verschillen of zelfs verschillen in de werkingssfeer bestaan, bewijst op zichzelf namelijk nog niet dat er geen beginsel bestaat, dat alle Lid-Staten gemeen hebben.

Het door de Franse Republiek aangevoerde argument betreffende de „distorsie" gaat evenmin op. Vooropgesteld dat het recht van sommige Lid-Staten wel een beginsel van „legal privilege" kent, doch dat van andere Lid-Staten niet, leidt aanvaarding van het beginsel als een beginsel van gemeenschapsrecht ertoe,

dat het voor alle ondernemingen in de Gemeenschap geldt, terwijl verwerping van het beginsel ertoe zou leiden, dat ondernemingen in sommige Lid-Staten van een in hun nationaal rechtsstelsel erkend recht worden beroofd.

Aangezien het doel van het gemeenschapsrecht is, de beste oplossing te vinden, zulks met inachtneming van de nationale rechtsstelsels, dienen de geest, bedoeling en algemene strekking van de nationale rechtsstelsels op het punt van het „legal privilege" te worden onderzocht.

Volgens de CCBE kan er terzake geen twijfel bestaan. Blijkens het rapport-Edward kennen alle Lid-Staten niet alleen een bescherming van de vertrouwensrelatie tussen een advocaat en zijn cliënt, maar is er ook een opvallende overeenstemming in de verklaringen betreffende de „ratio legis" en is er een duidelijk waarneembare tendens om de werkingssfeer van de bescherming eerder uit te breiden dan te beperken. Tenslotte toont een rechtsvergelijkende studie aan, dat het beroepsgeheim een kenmerkende karakteristiek is van democratische stelsels en dat het nagenoeg onbekend is in de rechtsstelsels van autoritaire of totalitaire staten.

In toenemende mate wordt het „legal privilege" gezien als een praktische waarborg voor constitutionele rechten of grondrechten. Tot deze conclusies komen met name de auteurs en rechtspraak, in het bijzonder de uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de mens.

De CCBE concludeert derhalve:

— dat de vertrouwelijkheid van mededelingen tussen advocaat en cliënt wordt erkend als een constitutioneel recht of een grondrecht, een bijkomend of aanvullend recht naast andere soortgelijke rechten die uitdrukkelijk worden erkend, en dat dit recht als zodanig zou moeten worden erkend en toegepast als onderdeel van het „recht" in de zin van artikel 164 EEG-Verdrag;

of subsidiair,

— dat voor zover niet kan worden verklaard dat een dergelijk recht zelfstandig bestaat, een leerstuk of beginsel van „legal privilege", dat het vertrouwelijke karakter van mededelingen tussen advocaat en cliënt beschermt, noodzakelijkerwijze voortvloeit uit constitutionele rechten of grondrechten die uitdrukkelijk worden erkend en gewaarborgd, en dat een leerstuk of beginsel van „legal privilege" als zodanig zou moeten worden erkend en toegepast als onderdeel van het gemeenschapsrecht;

en, in beide gevallen, dat de wet rechtsbescherming verleent tegen openbaarmaking van vertrouwelijke correspondentie tussen advocaat en cliënt.

Indien deze conclusies juist zijn, doet het er niet toe dat verordening nr. 17/62 de bescherming van het „legal privilege" niet noemt. Als onderdeel van „het recht" moet deze bescherming worden ondersteld deel uit te maken van de juridische context waarin deze verordening is vastgesteld.

Indien er geen beginsel van „legal privilege" in het gemeenschapsrecht bestaat, zal een advocaat kunnen worden verplicht, inlichtingen te verstrekken of documenten openbaar te maken, hetgeen rechtstreeks zou indruisen tegen zijn verplichtingen krachtens het nationale recht.

Aan deze conclusie kan slechts worden ontkomen door aan te nemen dat het beginsel van „legal privilege" een onderdeel is van het in het Verdrag en alle gemeenschapswetgeving vervatte algemene recht.

De nuances in de toepassing van het beginsel in de verschillende Lid-Staten hangen samen met het feit dat het „legal privilege" in elke Lid-Staat geen statisch, maar een voortdurend evoluerend begrip is, met name vanwege de moderne ontwikkelingen en de wijze van communicatie tussen advocaat en cliënt. De algemene strekking van de nationale wettelijke regelingen van de Lid-Staten gaat echter in de richting van bescherming van het vertrouwelijke karakter van de relatie advocaat-cliënt zelf en niet van een of andere wijze van communicatie. In die benadering kan het probleem van de uiteenlopende omvang of grenzen van het „legal privilege" in de verschillende Lid-Staten worden opgelost, aangezien een document wordt beschermd wegens zijn vertrouwelijk karakter en niet wegens het feit dat het bepaalde fysieke kenmerken heeft of zich onder een bepaalde persoon bevindt.

Voor wat het onderhavige probleem betreft, is de CCBE van mening dat het er niet om gaat of de theorie van AM & S juist is, maar of de theorie van de Commissie juist is.

In dit verband is de CCBE het eens met de door AM & S geopperde praktische en juridische bezwaren. In het bijzonder onderzoekt zij de situatie die ontstaat wanneer een inspecteur van de Commissie ten onrechte beslist dat een document niet beschermd is. In dat geval zal het document in het dossier van de Commissie worden opgenomen. Het feit dat het document dan kan worden ingezien door eenieder die toegang heeft tot het dossier, vormt op zichzelf reeds een inbreuk op het beroepsgeheim.

Bovendien lijkt de theorie van de Commissie zwak bij toetsing aan principiële criteria.

In de eerste plaats, indien „legal privilege" een recht is, dient het al dan niet bestaan ervan te worden vastgesteld door een persoon die constitutioneel de functie heeft dergelijke vraagpunten te behandelen: bij gebreke van overeenstemming tussen de betrokken partijen of van een verordening die de grondrechten metterdaad waarborgt, dat wil zeggen een rechterlijke instantie.

In de tweede plaats, indien het doel van het „legal privilege" is de vertrouwelijkheid van mededelingen te waarborgen, dient de aanvaarde procedure zodanig te zijn ingericht, dat die vertrouwelijkheid maximaal wordt gewaarborgd, zulks in overeenstemming met de noodzaak, te verzekeren dat de aanspraak op vertrouwelijkheid gegrond is. Bovendien moet die procedure niet alleen de vertrouwelijkheid waarborgen, maar ook duidelijk maken dat deze wordt gewaarborgd.

Ten derde, gezien het feit dat de Commissie en haar inspecteurs een positieve onderzoeksverplichting hebben, mag de aanvaarde procedure niet ertoe leiden dat hun een andere verplichting (verificatie van het „privilege") wordt opgelegd, die eventueel met die eerste verplichting in strijd kan komen.

Ten vierde, voor zover de Commissie belang heeft bij openbaarmaking van de betrokken documenten, geldt het adagium „nemo iudex in causa propria".

Het voorgaande geldt a fortiori indien het „legal privilege" wordt geacht voort te vloeien uit constitutionele rechten of grondrechten, omdat het algemeen belang bij het bestaan van dit recht, dat door middel van de procedurele waarborg moet worden beschermd, groter is dan enig ander openbaar of particulier belang bij de uitslag van de specifieke zaak.

Een kenmerk van de procedurele waarborgen voor dergelijke rechten is, dat de

gevolgen van de niet-inachtneming ervan, niet om praktische redenen kunnen worden genegeerd, of met een verwijzing naar de vraag of de niet-inachtneming in het bijzondere geval een onrechtmatigheid of nadelen heeft veroorzaakt. Voor wat het „legal privilege" betreft, dient bijgevolg niet alleen elk daadwerkelijk misbruik van een vertrouwelijke inlichting, maar ook de mogelijkheid van een dergelijk misbruik te worden voorkomen.

Onverminderd zijn standpunt omtrent het principe, maakt de CCBE de volgende opmerkingen met betrekking tot de bruikbaarheid van andere procedures dan die welke de Commissie heeft voorgesteld.

Men moet onderscheid maken tussen het vereiste, documenten over te leggen en het vereiste, de inhoud ervan openbaar te maken. In de door de Schotse rechterlijke instanties gevolgde praktijk is het bijvoorbeeld mogelijk, documenten over te leggen in een verzegelde enveloppe die enkel mag worden geopend door de persoon die moet beslissen of de documenten vertrouwelijk zijn.

Bij gebreke van overeenstemming tussen partijen of van een verordening waarbij de grondrechten worden gewaarborgd, is er geen andere mogelijkheid dan de betwiste aanspraak op het „privilege" voor te leggen aan een rechterlijke instantie.

Dat hoeft niet noodzakelijkerwijze het Hof van Justitie te zijn, want het moet mogelijk zijn met behulp van nationale instanties een geschil omtrent het „legal privilege" aanhangig te maken voor een bevoegde nationale rechter, die dan gehouden is, bij de uitwijzing van het geschil gemeenschapsrecht toe te passen. Maar zelfs in geval de naleving van het recht slechts kan worden gewaarborgd door een beroep tot erkenning van het „privilege" voor het Hof van Justitie, dient te worden aangenomen dat het Hof bevoegd is ingevolge artikel 164 EEG-Verdrag, naar luid waarvan „het Hof van Justitie de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van dit Verdrag verzekert". Bovendien kan het Hof om praktische redenen ingevolge artikel 49 van het Reglement voor de procesvoering een deskundige benoemen om de betrokken documenten te onderzoeken.

Voor zover het op de weg van de CCBE ligt om een procedure voor te stellen, suggereert zij allereerst een procedure, bestaande in een onderzoek door een „deskundige", die zich zou kunnen beperken tot een beschrijving van de documenten of anderzijds een advies zou kunnen geven omtrent de vraag of de documenten beschermd zijn.

Indien een „deskundigenonderzoek" in het kader van de thans geldende communautaire voorschriften niet mogelijk is, kan een geschil over de documenten altijd worden opgelost doordat partijen instemmen met arbitrage op dezelfde basis als hiervoor werd voorgesteld.

Bijgevolg stelt de CCBE een procedure voor waarbij:

a) de betrokken documenten onmiddellijk in een verzegelde verpakking worden overgelegd, zodat zij door de onderneming waarbij de verificatie wordt verricht, uit handen worden gegeven, zonder dat het nodig is de inhoud ervan aan de inspecteurs te onthullen; en

b) wordt voorzien in arbitrage, indien binnen een redelijke termijn tot overeenstemming kan worden gekomen, en in een „deskundigenonderzoek" waar zulks niet mogelijk is.

De CCBE verklaart bereid te zijn tot een gesprek met de Commissie over de methoden en criteria om een groep onafhankelijke „deskundigen/scheidslieden" te selecteren, en over de door hen toe te passen regelen en criteria.

Indien een verordening noodzakelijk is, dient deze volgens de CCBE beperkt te worden tot procedurele aangelegenheden en moet daarin niet worden geprobeerd het leerstuk, de omvang of de grenzen van het „legal privilege" vast te stellen.

Ofschoon van mening dat de door de Commissie terzake opgeworpen problemen in casu niet ter zake dienen, zet de CCBE in bijlage IV bij haar opmerkingen de redenen uiteen waarom zij niet bereid is met betrekking tot de regels voor het beroepsgedrag de door de Commissie voorgestane stappen te ondernemen.

IV — Mondelinge behandeling

1. Ter terechtzitting van 19 november 1980 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door AM & S Europe Limited, de Commissie van de Europese Gemeenschappen, het Verenigd Koninkrijk, de Franse Republiek en de CCBE.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 20 januari 1981 conclusie genomen.

2. Omdat het Hof door toevallige omstandigheden bij die gelegenheid echter niet in dezelfde samenstelling bleek te zitten als bij het begin van de procedure en de mondelinge behandeling, heeft het bij beschikking van 21 januari 1981 de mondelinge behandeling heropend.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 28 januari 1981 opnieuw conclusie genomen.

3. Op 4 februari 1981 heeft het Hof de navolgende beschikking gegeven:

„1. De mondelinge behandeling in zaak 155/79 wordt heropend; de datum van de terechtzitting zal aan partijen worden meegedeeld.

2. Binnen drie weken na betekening van deze beschikking zal verzoekster bij vertrouwelijk schrijven de in artikel 1, sub b, van de bestreden beschikking bedoelde bescheiden, die in de bijlage bij de brief van AM & S Europe Limited aan de Commissie van 26 maart 1979 zijn genoemd, aan het Hof overleggen.

3. Vóór de datum van de terechtzitting zal het Hof met betrekking tot deze bescheiden een rapport opstellen in een vorm die het geschikt acht om niet op zijn definitieve beslissing vooruit te lopen; dit rapport zal aan partijen worden meegedeeld.

4. Verzoekster, verweerster en interveniënten zullen ter terechtzitting worden gehoord over nader te formuleren vraagpunten."

4. Op 9 maart 1981 heeft verzoekster overeenkomstig punt 2 van bovengenoemde beschikking een verzegelde envelop met een aantal bescheiden aan het Hof overgelegd. De envelop is op 2 april 1981 door de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal geopend in aanwezigheid van de adjunct-griffier. Hiervan is proces-verbaal opgemaakt, waarin verslag wordt gedaan van het karakter van de bescheiden in de verzegelde envelop.

5. Bij brief van 17 juli 1981 heeft het Hof het overeenkomstig punt 3 van de hiervoor geciteerde beschikking opgestelde rapport inzake bovengenoemde

bescheiden in een verzegelde envelop toegezonden aan partijen en interveniënten. In dezelfde brief is partijen en interveniënten meegedeeld dat de terechtzitting zou plaatsvinden op 27 oktober 1981. Hun is verzocht tijdens deze terechtzitting een mondelinge uiteenzetting te geven van hun standpunt inzake het recht, de doctrine en de rechtspraak van de onderscheiden Lid-Staten inzake het bestaan en de omvang van de bescherming die bij een onderzoek van een overheidsinstantie naar mogelijke economische misdrijven, in het bijzonder op het vlak van mededinging, toekomt aan de briefwisseling tussen:

a) twee advocaten;

b) een zelfstandig advocaat en zijn cliënt;

c) een advocaat en een onderneming wanneer de advocaat daarmee een duurzame contractuele relatie heeft of daarbij in dienst is;

d) een bedrijfsjurist en iemand die in dienst is van dezelfde of een geassocieerde onderneming;

e) personen die in dienst zijn van dezelfde onderneming of van verschillende, met elkaar geassocieerde ondernemingen, wanneer in deze briefwisseling een juridisch advies ter sprake komt dat door een zelfstandig advocaat is uitgebracht, dan wel door een advocaat of jurist in dienst van een van deze ondernemingen of in dienst van andere ondernemingen van dezelfde groep.

Tenslotte werd in die brief geprecizeerd dat, waar de samenstelling van het Hof sedert de eerste terechtzitting op 19 november 1980 was gewijzigd, partijen op 27 oktober 1981 hun tijdens de eerste zitting aangevoerde argumenten, zowel feitelijk als rechtens, desgewenst opnieuw konden uiteenzetten.

6. Bij brief van 21 augustus 1981 verzocht W. H. Godwin, Principal Assistant Treasury Solicitor, in zijn hoedanigheid van gemachtigde van de regering van het Verenigd Koninkrijk, interveniërende partij, het Hof om opheldering van de in de brief van 17 juli 1981 gebezigde woorden „advocaat" en „jurist" en vroeg hij of het woord „partijen" in de laatste alinea van dezelfde brief ook betrekking had op interveniënten. Verder verzocht hij om een afschrift van de Franse tekst van bedoelde brief.

In antwoord daarop bevestigde het Hof bij brief van 3 september 1981, dat het woord „partijen" mede de interveniënten omvatte, en voegde daarbij een afschrift van de Franse tekst van de brief van 17 juli 1981.

7. Op 10 september 1981 verzochten verzoeksters solicitors, Messrs. Slaughter and May, het Hof voor haarzelf, verweerster en de CCBE, een van de interveniënten, per telex toestemming om vóór 31 december 1981 schriftelijke memoriën in te dienen omtrent de door het Hof in zijn brief van 17 juli 1981 gestelde vragen.

Bij brief van 11 september 1981 deelde D. Edward, president van de CCBE, in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van deze Commissie het Hof mee, door bijzondere omstandigheden niet deel te kunnen nemen aan de terechtzitting.

In antwoord op de telex en voornoemde brief bevestigde het Hof bij brief van 23 september 1981 dat de terechtzitting op 27 oktober 1981 zou plaatsvinden.

8. De vertegenwoordigers van de regering van de Franse Republiek, N. Musseux en A. Carnelutti, verzochten het Hof om toestemming, voor de terechtzitting van 27 oktober 1981 een schriftelijke memorie te mogen indienen in antwoord op de in de brief van 17 juli 1981 gestelde vragen. Het Hof deelde bij brief van 9 oktober 1981 mee, dat het hun vrij stond dit stuk aan alle betrokken partijen toe te zenden en aan hen te vragen of zij er bezwaar tegen hadden dat het ter terechtzitting zou worden ingediend en dat het betreffende stuk, indien partijen geen bezwaar hadden, door het Hof zou worden aanvaard.

9. Ter terechtzitting van 27 oktober 1981 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door AM & S Limited, de Commissie van de Europese Gemeenschappen, het Verenigd Koninkrijk, de Franse Republiek en de CCBE.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 26 januari 1982 conclusie genomen.

In rechte

1 Bij verzoekschrift, ter griffie van het Hof ingekomen op 4 oktober 1979, heeft Australian Mining & Smelting Europe Limited (hierna AM & S Europe), gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van artikel 1, sub b, van een aan verzoekster betekende individuele beschikking van de Commissie (beschikking nr. 79/760/EEG van 6 juli 1979, PB L 199 van 1979, blz. 31), waarbij zij werd verplicht alle bescheiden waarvoor een beroep op „legal privilege" werd gedaan, die in de bijlage bij de brief van AM & S Europe aan de Commissie van 26 maart 1979 waren opgesomd, voor onderzoek over te leggen aan de met de verificatie belaste ambtenaren van de Commissie.

2 Verzoekster staaft haar beroep met te stellen dat krachtens een algemeen beginsel dat alle Lid-Staten gemeen hebben, de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt in alle Lid-Staten beschermd is, ofschoon de omvang van deze bescherming en de wijze waarop zij wordt verwezenlijkt, per Lid-Staat verschilt. Ingevolge dit beginsel, dat volgens verzoekster „binnen mogelijke grenzen" eveneens in het gemeenschapsrecht geldt, zou de Commissie in het kader van een verificatie krachtens artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) geen overlegging kunnen verlangen van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt, althans niet in haar geheel, wanneer de onderneming aanspraak maakt

op de bescherming en al het redelijke doet om de Commissie ervan te overtuigen dat die aanspraak gegrond is en dat de betrokken bescheiden metterdaad onder het „legal privilege" vallen.

3 Uitgaande van deze premisse betoogt verzoekster dat het een ontkenning van het vertrouwelijkheidsbeginsel zou zijn wanneer een overheidsinstantie die een onderzoek of een verificatie verricht, zoals in casu de Commissie, tegen wie een beroep op het beschermingsbeginsel wordt gedaan, beschermde documenten zou mogen onderzoeken en daarmee hun vertrouwelijk karakter zou schenden. Niettemin erkent zij dat de Commissie, ingevolge artikel 14 van verordening nr. 17/62, voorshands het recht heeft de bescheiden die in het bezit van een onderneming zijn, in te zien, en dat op grond van dat recht steeds de Commissie zelf heeft te beslissen of de documenten beschermd zijn, zij het ook op basis van een beschrijving van de documenten en niet op basis van een onderzoek van alle documenten in hun geheel door haar inspecteurs.

4 Daarbij geeft verzoekster toe, dat de onderneming die zich op de bescherming beroept, de Commissie aanvankelijk voldoende gegevens moet verschaffen om zich een oordeel te kunnen vormen: de onderneming kan bijvoorbeeld een beschrijving van de documenten overleggen en de inspecteurs van de Commissie gedeelten van de documenten laten inzien, zij het niet de passages waarvoor aanspraak op bescherming wordt gemaakt, teneinde de Commissie ervan te overtuigen dat de documenten metterdaad beschermd zijn. Mocht de Commissie niet overtuigd zijn van het vertrouwelijk karakter van de betrokken documenten, dan zou de onderneming dienen in te stemmen met een inspectie door een onafhankelijke derde, die de beschrijving van de inhoud van de documenten verifieert.

5 Ingevolge de gewraakte beschikking, die gebaseerd is op het beginsel dat de Commissie zelft heeft te beslissen of een bepaald document kan worden gebruikt, is AM & S Europe verplicht de met de verificatie belaste inspecteurs van de Commissie de betrokken bescheiden in hun geheel te laten inzien. Verzoekster stelt dat deze documenten aan alle voorwaarden voor het recht op bescherming in vorenbedoelde zin voldoen, en verzoekt het Hof artikel 1, sub b, van vorengenoemde beschikking nietig te verklaren, althans nietig te verklaren voor zover haar daarbij wordt gelast, alle bescheiden waarvoor verzoekster een beroep doet op bescherming op grond van hun vertrouwelijk

karakter in hun geheel aan de inspecteur van de Commissie ter inzage te geven.

6 De regering van het Verenigd Koninkrijk, dat in de procedure heeft geïntervenieerd, sluit zich voor het wezenlijke bij verzoeksters betoog aan en stelt dat het beginsel dat de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt rechtsbescherming geniet, in de onderscheiden Lid-Staten van de Gemeenschap als zodanig wordt erkend, ook al bestaat er niet een geharmoniseerd, vast omlijnd begrip en wordt het begrip in de onderscheiden Lid-Staten op verschillende wijze benaderd.

7 Met betrekking tot de meest geschikte procedure voor het oplossen van mogelijke conflicten tussen de onderneming en de Commissie over de vraag of bepaalde documenten al dan niet vertrouwelijk zijn, stelt de Britse regering voor, dat, zo de door de onderneming verstrekte gegevens de inspecteur van de Commissie niet kunnen overtuigen, een onafhankelijke deskundige wordt geraadpleegd en, zo dit niet tot een oplossing van het conflict leidt, dat de zaak door de belanghebbende voor het Hof van Justitie wordt gebracht bij wege van beroep tegen een krachtens verordening nr. 17/62 gegeven beschikking van de Commissie.

8 De Raadgevende Commissie van de Balies van de Europese Gemeenschap (hierna: CCBE), die eveneens heeft geïntervenieerd ter ondersteuning van verzoeksters conclusies, is van mening dat het recht op vertrouwelijke mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt (in beide richtingen) als een fundamenteel of constitutioneel recht, dan wel als een mensenrecht wordt erkend, dat het een bijkomend of aanvullend recht is naast andere soortgelijke rechten die uitdrukkelijk worden erkend, en dat het als zodanig dient te worden erkend en toegepast als onderdeel van het gemeenschapsrecht. Na erop te hebben gewezen dat het geen statisch, doch een voortdurend evoluerend begrip is, concludeert de CCBE dat bij een meningsverschil tussen de onderneming en de Commissie omtrent het vertrouwelijk karakter van een document, inschakeling van een deskundige of een arbiter de beste oplossing zou zijn. En voorts, voor het geval het Hof de enige instantie zou zijn die bevoegd is om een dergelijk geschil te beslechten, zou het het eventueel vertrouwelijk karakter van de betrokken documenten uitsluitend moeten verifiëren op basis van een krachtens artikel 49 van het Reglement voor de procesvoering gelast deskundigenonderzoek.

9 Tegen al deze vertogen brengt de Commissie in, dat zelfs indien er in het gemeenschapsrecht een algemeen beginsel bestaat dat de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt beschermt, de omvang van deze bescherming niet in algemene zin en in abstracto kan worden bepaald, maar in het licht van de bijzondere kenmerken van de desbetreffende gemeenschapsregeling, met inachtneming van haar bewoordingen, structuur en de vereisten welke zij dient.

10 De Commissie leidt hieruit af, dat bij een juiste uitlegging van artikel 14 van verordening nr. 17/62 het door verzoekster aangevoerde beginsel niet kan gelden voor documenten die bij een krachtens bedoeld artikel gelaste verificatie worden opgevraagd, ook niet indien zich daaronder briefwisseling tussen de betrokken onderneming en haar advocaten bevindt.

11 Verzoeksters betoog is volgens de Commissie te meer onaanvaardbaar, waar het de inspecteurs in de praktijk geen doeltreffende mogelijkheid biedt, zich te vergewissen van de inhoud en de ware aard van de litigieuze bescheiden. De door verzoekster te dezen voorgestelde oplossingen zouden, integendeel, met name wegens de lange duur van elke arbitrageprocedure — gesteld al dat zo een procedure rechtens toelaatbaar is — de pogingen van de Commissie om mogelijke schending van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag aan het licht te brengen, ernstig vertragen of zelfs te niet doen, en daarmee de wezenlijke doelstellingen van verordening nr. 17/62 frustreren.

12 De regering van de Franse Republiek, die heeft geïntervenieerd ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie, merkt op dat het gemeenschapsrecht in zijn huidige stand geen enkele bepaling bevat krachtens welke de tussen een raadsman en zijn cliënt gewisselde stukken beschermd zijn. Zij leidt daaruit af, dat de Commissie haar bevoegdheden ex artikel 14 van verordening nr. 17/62 moet kunnen uitoefenen zonder dat haar het vertrouwelijke karakter van de documenten waarvan zij kennisneming noodzakelijk acht ter vervulling van de haar bij die verordening opgelegde taak, wordt tegengeworpen. Volgens de Franse regering zou het in strijd zijn met het gemeenschapsrecht en onvermijdelijk tot ernstige distorsies bij de toepassing van de mededingingsregels leiden, wanneer de raadsman en de in een mededingingsprocedure betrokken onderneming zelf zouden mogen uitmaken of een document al dan niet beschermd is.

13 Uit het verzoekschrift alsmede uit de rechtsgrondslag van de gewraakte beschikking blijkt, dat het onderhavige geschil in wezen de uitlegging van artikel 14 van verordening nr. 17/62 van de Raad betreft, en dat het erom gaat te bepalen welke eventueel de grenzen zijn van de in dat artikel bedoelde verificatiebevoegdheid van de Commissie in verband met de rechtsbescherming van het vetrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt.

14 Zodra er in het gemeenschapsrecht een dergelijk beginsel blijkt te bestaan en de voorwaarden voor zijn toepassing zijn omschreven, dient te worden vastgesteld welke van de in artikel 1, sub b, van de gewraakte beschikking genoemde documenten eventueel als vertrouwelijk en derhalve als onttrokken aan de verificatiebevoegdheid van de Commissie kunnen worden aangemerkt. Waar verzoekster sommige documenten inmiddels reeds vrijwillig aan de Commissie heeft overgelegd, moeten in dat geval de documenten worden onderzocht die krachtens 's Hofs beschikking van 4 februari 1981 betreffende de heropening van de mondelinge behandeling van deze zaak, op 9 maart 1981 in een verzegelde envelop ter griffie van het Hof zijn gedeponeerd.

a) De uitlegging van artikel 14 van verordening nr. 17/62

15 Verordening nr. 17/62 van de Raad, vastgesteld krachtens artikel 87, lid 1, eerste alinea, EEG-Verdrag, heeft volgens lid 2, sub a en b, van dit artikel ten doel nakoming van de in artikel 85, lid 1, en in artikel 86 bedoelde verbodsbepalingen te verzekeren en de wijze van toepassing van artikel 85, lid 3, vast te stellen. De verordening beoogt dus te waarborgen dat de doelstelling van artikel 3, sub f, EEG-Verdrag wordt verwezenlijkt. Daartoe verleent zij de Commissie een ruime opsporings- en verificatiebevoegdheid, in welk verband in de achtste overweging wordt gepreciseerd dat de Commissie op het gehele gebied van de gemeenschappelijke markt over de bevoegdheid moet beschikken om inlichtingen in te winnen en verificaties te verrichten „in zoverre zulks noodzakelijk is" om de inbreuken op de bovengenoemde artikelen 85 en 86 op te sporen.

16 In de artikelen 11 en 14 van de verordening wordt dan ook bepaald, dat de Commissie „inlichtingen" kan inwinnen en de voor de opsporing van inbreuken op de mededingingsregels „noodzakelijke" verificaties kan verrichten. Ingevolge artikel 14, lid 1, is de Commissie met name gerechtigd, overlegging van de bedrijfsbescheiden te verlangen, dat wil zeggen de bescheiden

betreffende de activiteiten van de onderneming op de markt, in het bijzonder voor wat de naleving van de mededingingsregels betreft. Voor zover de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt op dergelijke activiteiten betrekking heeft, behoort zij tot de categorie van de in de genoemde artikelen 11 en 14 bedoelde bescheiden.

17 Waar de Commissie die documenten kan opeisen, waarvan zij, gelijk in artikel 14, lid 1 wordt gepreciseerd, kennisneming „noodzakelijk" acht om inbreuken op de verdragsbepalingen inzake mededinging op te sporen, is het in beginsel de Commissie zelf en niet de betrokken onderneming of een derde — deskundige dan wel arbiter — die heeft te bepalen of een document haar moet worden overgelegd.

b) Toepasselijkheid van de bescherming van vertrouwelijkheid in het gemeenschapsrecht

18 Bovenbedoelde regeling sluit echter de mogelijkheid niet uit, bepaalde bedrijfsbescheiden onder bepaalde voorwaarden als vertrouwelijk te erkennen. Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische vervlechting van de Lid-Staten, moet rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben op het gebied van de eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van, onder meer, bepaalde mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt. Deze vertrouwelijkheid dient immers het in alle Lid-Staten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben, en alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft.

19 Weliswaar blijkt in het recht van alle Lid-Staten het beginsel van bescherming van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt te worden erkend, doch de omvang en de criteria voor de toepassing ervan lopen uiteen, zoals overigens zowel door verzoekster als door de interveniënten die haar in haar conclusies ondersteunen, wordt toegegeven.

20 Terwijl in sommige Lid-Staten de bescherming van de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt hoofdzakelijk is gebaseerd op de erkenning van de aard van het beroep van advocaat zelf, in

zoverre deze meewerkt aan de handhaving van het recht, wordt in andere Lid-Staten de rechtvaardiging van deze bescherming gezocht in het — overigens ook in de eerstbedoelde Staten erkende — meer specifieke vereiste van de eerbiediging van de rechten van de verdediging.

21 Doch naast deze verschillen zijn in de nationale rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeenschappelijke criteria te vinden, in zoverre die rechtsstelsels in vergelijkbare omstandigheden, de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt beschermen, wanneer deze briefwisseling enerzijds heeft plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt, en zij anderzijds afkomstig is van een onafhankelijke advocaat, dat wil zeggen een advocaat die niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt.

22 Gezien in deze samenhang moet verordening nr. 17/62 aldus worden uitgelegd, dat ook zij op deze beide voorwaarden het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt beschermt en daarbij die elementen van de bescherming overneemt, welke de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben.

23 Met betrekking tot de eerste van die voorwaarden wordt er door verordening nr. 17/62 zelf, met name in de elfde overweging en de bepalingen van artikel 19, op toegezien dat de rechten van de verdediging, waarop de bescherming van de vertrouwelijkheid en de briefwisseling tussen advocaat en cliënt een wezenlijke aanvulling is, volledig kunnen worden uitgeoefend. Om effectief te zijn, moet de bescherming dan geacht worden zich uit te strekken tot alle briefwisseling van na het begin van de administratieve procedure bedoeld in verordening nr. 17/62, welke kan leiden tot een beschikking waarbij de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag worden toegepast, of een beschikking waarbij de onderneming een geldboete wordt opgelegd. Het moet mogelijk zijn de bescherming ook uit te breiden tot vroegere briefwisseling die verband houdt met het voorwerp van een dergelijke procedure.

24 Met betrekking tot de tweede voorwaarde zij opgemerkt, dat het vereiste betreffende de positie en hoedanigheid van onafhankelijk advocaat, waaraan de rechtskundig raadsman van wie de voor bescherming in aanmerking komende briefwisseling afkomstig is, moet voldoen, berust op een opvatting van de rol van de advocaat als medewerker bij de rechtspleging, die geheel onafhankelijk en in het overwegend belang van deze rechtspleging de door zijn

cliënt benodigde rechtskundige bijstand moet verlenen. De keerzijde van deze bescherming is de beroepstucht, in het algemeen belang opgelegd door en onder toezicht gesteld van de terzake bevoegde instellingen. Een dergelijke opvatting weerspiegelt de rechtstradities welke de Lid-Staten gemeen hebben, en wordt ook aangetroffen in de communautaire rechtsorde, zoals blijkt uit artikel 17 van 's Hofs Statuut-EEG en -Euratom, alsmede uit artikel 20 van 's Hofs Statuut-EGKS.

25 Gezien de beginselen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten, moet de bescherming die het gemeenschapsrecht en in het bijzonder verordening nr. 17/62 aan de briefwisseling tussen de advocaat en zijn cliënt verleent, gelijkelijk gelden voor alle advocaten de bij de balie van een Lid-Staat zijn ingeschreven, onverschillig in welke Lid-Staat de cliënt woonachtig is.

26 Deze bescherming kan niet worden uitgebreid tot buiten dit kader, dat bepaald wordt door de strekking van de gemeenschapsregels voor de uitoefening van het beroep van advocaat, vervat in richtlijn nr. 77/249 van de Raad van 22 maart 1977 (PB L 78 van 1977, blz. 17), die zelf weer is gebaseerd op de wederzijdse erkenning door alle Lid-Staten van de begrippen die eigen zijn aan hun nationaal recht op dit gebied.

27 Gelet op het vorenoverwogene, moet derhalve worden geconcludeerd, dat verordening nr. 17/62 en inzonderheid artikel 14 daarvan, uitgelegd in het licht van haar bewoordingen, opzet en doelstellingen en met inachtneming van het recht van de Lid-Staten, de Commissie de bevoegdheid verleent, bij een verificatie in de zin van dat artikel overlegging te verlangen van alle bedrijfsbescheiden, met inbegrip van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt, waarvan zij kennisneming noodzakelijk acht om te kunnen optreden tegen eventuele inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag. Deze bevoegdheid vindt echter haar begrenzing in het vereiste, de vertrouwelijkheid onder de bovenomschreven voorwaarden te eerbiedigen wanneer de betrokken briefwisseling heeft plaatsgevonden tussen een zelfstandig advocaat — dat wil zeggen een advocaat die niet in een dienstbetrekking staat tot zijn cliënt — en deze laatste.

28 Tenslotte moet worden opgemerkt, dat het vertrouwelijkheidsbeginsel de cliënt niet verhindert de briefwisseling met zijn advocaat openbaar te maken, indien hij zulks in zijn belang acht.

c) De procedures ter zake van de toepassing van de bescherming van de vertrouwelijkheid

29 Ingeval een onderneming waarbij op grond van artikel 14 van verordening nr. 17/62 een verificatie wordt verricht, met een beroep op het recht op bescherming van de vertrouwelijkheid weigert de briefwisseling met haar advocaat over te leggen bij de door de Commissie verlangde bedrijfsbescheiden, dient zij, zonder overigens de inhoud van de betrokken briefwisseling te moeten onthullen, de gemachtigde personeelsleden van de Commissie in alle geval die gegevens te verstrekken waaruit kan blijken dat de briefwisseling voldoet aan de voorwaarden voor de bovenomschreven rechtsbescherming.

30 Indien de Commissie dit bewijs niet geleverd acht, kan de beoordeling van deze voorwaarden niet worden overgelaten aan een scheidsman of een nationale instantie. Waar het gaat om een beoordeling en een beslissing over de voorwaarden waaronder de Commissie mag optreden op het voor de goede werking van de gemeenschappelijke markt zo gewichtige terrein van de naleving van de mededingingsregels, kan de oplossing van geschillen over de toepassing van de bescherming van de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen de advocaat en zijn cliënt slechts op communautair vlak worden gevonden.

31 In dat geval staat het aan de Commissie, met toepassing van artikel 14, lid 3, van verordening nr. 17/62 de overlegging van de betrokken briefwisseling te gelasten en krachtens dezelfde verordening zo nodig de onderneming een geldboete of dwangsom op te leggen, bij wege van sanctie voor de weigering het door de Commissie noodzakelijk geachte aanvullend bewijs te leveren of de betrokken briefwisseling over te leggen die naar het oordeel van de Commissie niet een beschermd vertrouwelijk karakter heeft.

32 Omdat een door de betrokken onderneming tegen dergelijke beschikkingen ingesteld beroep ingevolge artikel 185 EEG-Verdrag geen schorsende werking heeft, lijkt er weinig reden te bestaan voor de bezorgdheid van de Commissie, dat een langdurige procedure voor het Hof de doeltreffendheid van het door de Commissie uit te oefenen toezicht op de naleving van de mededingingsregels van het Verdrag zou kunnen schaden; anderzijds worden de belangen van de betrokken onderneming beschermd, doordat het ingevolge de artikelen 185 en 186, alsmede artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering mogelijk is, opschorting van de tenuitvoerlegging van de gegeven beschikking dan wel enige andere voorlopige maatregel te verkrijgen.

d) De vertrouwelijkheid van de litigieuze documenten

33 De documenten die verzoekster op 9 maart 1981 ten Hove heeft neergelegd, blijken nagenoeg alle betrekking te hebben op correspondentie uit het najaar van 1972 en het eerste halfjaar van 1973 of verband te houden met in die periode gegeven rechtskundig advies.

34 De betrokken briefwisseling dateert dus uit de periode voorafgaande aan en onmiddellijk na de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Gemeenschap en heeft voornamelijk betrekking op de vraag in hoeverre een eventueel conflict tussen verzoekster en de communautaire instanties omtrent verzoeksters rechtspositie, met name voor wat de communautaire mededingingsbepalingen betreft, kon worden voorkomen. Ondanks de tijd die verstreken is tussen deze briefwisseling en het tijdstip waarop een procedure is ingeleid, zijn deze omstandigheden voldoende grond om die briefwisseling aan te merken als vallend binnen de sfeer van de rechten van de verdediging en van de bijzondere verplichtingen van de advocaat desbetreffend. Zij verdient dan ook bescherming tegen openbaarmaking.

35 Wegens deze samenhang en gelet op het hiervoor overwogene, moet de litigieuze briefwisseling, voor zover afkomstig van een onafhankelijk advocaat die gerechtigd is zijn beroep in een Lid-Staat uit te oefenen, als vertrouwelijk worden aangemerkt en als deswege onttrokken aan de verificatiebevoegdheid van de Commissie ex artikel 14 van verordening nr. 17/62.

36 In verband met het bijzondere karakter van deze briefwisseling zijn er termen aanwezig, artikel 1, sub b, van de gewraakte beschikking nietig te verklaren, voor zover verzoekster daarbij wordt gelast, de bescheiden over te

leggen, genoemd in de bijlage bij de brief van AM & S Europe Limited aan de Commissie van 26 maart 1979, en vermeld in de lijst van de op 9 maart 1981 ten Hove neergelegde stukken onder de nummers 1 a) en b), 4 a) tot f), 5 en 7.

37 Het beroep dient echter te worden verworpen, voor zover het is gericht tegen de bepalingen van voornoemd artikel 1, sub b, die betrekking hebben op andere dan de bovengenoemde documenten, welke eveneens zijn vermeld in de voormelde bijlage en lijst en nog niet aan de Commissie zijn overgelegd.

Kosten

38 Volgens artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Ingevolge paragraaf 3 van dit artikel kan het Hof de proceskosten geheel of gedeeltelijk compenseren, indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

39 Waar elk van de partijen en de interveniënten gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld, zijn er termen aanwezig de proceskosten te compenseren.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende,

1. **Verklaart nietig artikel 1, sub b, van beschikking nr. 79/760 van de Commissie van 6 juli 1979, voor zover verzoekster daarbij wordt gelast de documenten over te leggen, genoemd in de bijlage van de brief van Australian Mining & Smelting Europe Limited aan de Commissie van 26 maart 1979 en vermeld in de lijst van de op 9 maart 1981 ten Hove neergelegde stukken onder de nummers 1 a) en b), 4 a) tot f), 5 en 7.**

2. **Verwerpt het beroep voor het overige.**

3. **Verstaat dat elk der partijen en interveniënten de eigen kosten zal dragen.**

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

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 18 mei 1982.

De griffier
P. Heim

De president
J. Mertens de Wilmars

BESCHIKKING VAN HET HOF
VAN 4 FEBRUARI 1981

AM & S Europe Limited
tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen

Zaak 155/79

In zaak 155/79,

AM & S EUROPE LIMITED

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN