RETTENS DOM (Første Udvidede Afdeling)
17. september 2007 *

I de forenede sager T-125/03 og T-253/03,

Akzo Nobel Chemicals Ltd, Hersham, Walton on Thames, Surrey (Det Forenede Kongerige)

og

Akcros Chemicals Ltd, Hersham, Walton on Thames, Surrey,

ved advokaterne C. Swaak, M. Mollica og M. van der Woude,

sagsøgere,

støttet af:

Conseil des barreaux européens (CCBE), Bruxelles (Belgien), ved J. Flynn, QC,

* Processprog: engelsk.

Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Haag (Nederlandene), ved advokaterne O. Brouwer og C. Schillemans,

European Company Lawyers Association (ECLA), Bruxelles, ved advokaterne M. Dolmans og K. Nordlander samt solicitor J. Temple Lang,

American Corporate Counsel Association (ACCA) — European Chapter, Paris (Frankrig), ved advokat G. Berrisch, og solicitor D. Hull,

og af

International Bar Association (IBA), London (Det Forenede Kongerige), ved advokat J. Buhart,

intervenienter,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber først ved R. Wainwright og C. Ingen-Housz, og derefter ved F. Castillo de la Torre og X. Lewis, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

hvori der er nedlagt påstand, for det første, dels om annullation af Kommissionens beslutning K(2003) 559/4 af 10. februar 2003 og, om nødvendigt, Kommissionens beslutning K(2003) 85/4 af 30. januar 2003, som indeholder pålæg til Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akcros Chemicals Ltd og Akcros Chemicals samt disses respektive datterselskaber om at gennemgå kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81) (sag COMP/E-1/38.589), dels om, at Kommissionen tilpligtes at tilbagelevere visse dokumenter, der er beslaglagt under den pågældende kontrolundersøgelse, og forbydes at anvende disses indhold (sag T-125/03), og for det andet påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2003) 1533 endelig af 8. maj 2003, som indeholder afslag på en anmodning om beskyttelse af de pågældende dokumenter, der begrundes med hensynet til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter (sag T-253/03),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Første Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.D. Cooke, og dommerne R. García-Valdecasas, I. Labucka, M. Prek og V. Ciucă,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kantza,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 28. juni 2007,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1 Den 10. februar 2003 vedtog Kommissionen beslutning K(2003) 559/4 om ændring af dens beslutning K(2003) 85/4 af 30. januar 2003, som indeholdt et pålæg bl.a. til Akzo Nobel Chemicals Ltd og Akcros Chemicals Ltd samt disses respektive datterselskaber om at gennemgå kontrolundersøgelser i henhold til artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81), med henblik på at opnå bevismateriale vedrørende en eventuel konkurrencebegrænsende praksis (herefter under ét »beslutningen om iværksættelse af kontrolundersøgelsen«).

2 Den 12. og 13. februar 2003 foretog tjenestemænd ved Kommissionen, bistået af repræsentanter fra Office of Fair Trading (OFT, den britiske konkurrencemyndighed), en kontrolundersøgelse i sagsøgernes lokaler i Eccles, Manchester (Det Forenede Kongerige) på grundlag af nævnte beslutning. Under kontrolundersøgelsen tog Kommissionens tjenestemænd kopier af et betydeligt antal dokumenter.

3 Under kontrolundersøgelserne angav sagsøgernes repræsentanter over for Kommissionens tjenestemænd, at visse af dokumenterne måtte antages at være beskyttet som følge af det krav om fortrolighed, der gælder for korrespondancen mellem advokater og klienter (legal professional privilege).

4 Kommissionens tjenestemænd svarede sagsøgernes repræsentanter, at de var nødt til at foretage et kort gennemsyn af de pågældende dokumenter for at kunne danne sig deres egen opfattelse af, om dokumenterne var beskyttet. Efter en lang diskussion, og efter at Kommissionens tjenestemænd og OFT havde gjort sagsøgernes repræsentanter opmærksom på konsekvenserne af at hindre kontrolundersøgelserne, blev det besluttet, at den, som var ansvarlig for kontrolundersøgelsen, skulle foretage et kort gennemsyn af de pågældende dokumenter under overværelse af en af sagsøgernes repræsentanter.

5 Under gennemgangen af dokumenterne opstod der strid om fem dokumenter, som endte med, at de blev behandlet på to forskellige måder.

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

7 Efter at have modtaget sagsøgernes forklaringer vedrørende disse to dokumenter var Kommissionens tjenestemænd ikke i stand til umiddelbart at fastslå, om dokumenterne burde beskyttes. De blev derfor lagt i en forseglet kuvert, som medarbejderne tog med sig efter kontrolundersøgelsens afslutning. Sagsøgerne har betegnet disse to dokumenter som »kategori A«-dokumenter.

8 Det tredje dokument, som var omtvistet, består af en række håndskrevne noter fra Akcros Chemicals' generaldirektør, som sagsøgerne har gjort gældende er blevet udfærdiget under samtaler med medarbejdere, og som blev anvendt til udarbejdelse af det maskinskrevne notat i kategori A. De to sidste dokumenter er to e-mails, som blev udvekslet mellem Akcros Chemicals' generaldirektør og S., Akzo Nobels koordinator for konkurrenceretten, der er advokat med bestalling i Nederlandene, som på det pågældende tidspunkt arbejdede i Akzo Nobels juridiske afdeling og dermed var fast beskæftiget af virksomheden.

9 Efter at have undersøgt de tre første dokumenter og hørt sagsøgernes forklaringer fandt den ansvarlige for kontrolundersøgelsen, at dokumenterne med sikkerhed ikke var omfattet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Hun tog derfor en kopi og vedlagde den sagsakterne uden at lægge den i en særskilt forseglet kuvert. Sagsøgerne har betegnet disse tre dokumenter som »kategori B«-dokumenter.

10 Den 17. februar 2003 fremsendte sagsøgerne en skrivelse til Kommissionen, hvori de begrundede, hvorfor såvel dokumenterne i kategori A som dokumenterne i kategori B var beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter.

11 Ved skrivelse af 1. april 2003 meddelte Kommissionen sagsøgerne, at de i skrivelsen af 17. februar 2003 fremførte argumenter ikke godtgjorde, at de pågældende dokumenter var omfattet af fortrolighedskravet. Kommissionen angav i samme skrivelse, at sagsøgerne inden for to uger havde mulighed for at fremføre deres bemærkninger vedrørende Kommissionens foreløbige konklusioner, hvorefter den ville vedtage den endelige beslutning.

12 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 11. april 2003 har sagsøgerne i medfør af artikel 230, stk. 4, EF anlagt sag bl.a. med påstand om annullation af beslutningen af 10. februar 2003 og, om nødvendigt, af beslutningen af 30. januar 2003 og om tilbagelevering af de omtvistede dokumenter (sag T-125/03).

13 Den 17. april 2003 oplyste sagsøgerne Kommissionen om, at de havde anlagt sag T-125/03. De oplyste endvidere Kommissionen om, at de bemærkninger, som Kommissionen den 1. april 2003 havde givet dem mulighed for at fremsætte, var indarbejdet i sagsanlægget. Samme sag indgav sagsøgerne i medfør af artikel 242 EF og 243 EF en begæring bl.a. om udsættelse af beslutningen af 10. februar 2003 (sag T-125/03 R).

14 Den 8. maj 2003 vedtog Kommissionen beslutning K(2003) 1533 endelig, hvorved den i medfør af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 (herefter »afslaget af 8. maj 2003«) afviste anmodningen om beskyttelse af de omtvistede dokumenter under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Ved artikel 1 i denne beslutning afviste Kommissionen sagsøgernes anmodning om, at kategori A- og kategori B-dokumenterne blev leveret tilbage og om, at Kommissionen bekræftede, at alle kopier af disse dokumenter, som den rådede over, var blevet destrueret. I samme beslutnings artikel 2 angav Kommissionen, at den havde til hensigt at åbne den forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne og optage dem i sagens akter, men ikke ville gøre dette, før tidsfristen for sagsanlægget til prøvelse af beslutningen var udløbet.

15 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. juli 2003 anlagde sagsøgerne sag i medfør af artikel 230, stk. 4, EF sag med påstand om annullation af afslaget af 8. maj 2003 (sag T-253/03). Ved særskilt dokument registreret den 11. juli 2003 indgav sagsøgerne begæring om foreløbige forholdsregler bl.a. med henblik på udsættelse af gennemførelsen af beslutningen om afslag (sag T-253/03 R).

16 Conseil des barreaux européens (CCBE), Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (den nederlandske advokatsammenslutning) og European Company Lawyers Association (ECLA, europæisk sammenslutning af virksomhedsjurister) indgav begæringer af henholdsvis 30. juli, 7. august, 11. og 18. august 2003 om at måtte intervenere i sagerne T-125/03 og T-253/03 til støtte for sagsøgernes påstande. Ved to kendelser afsagt af formanden for Rettens Femte Afdeling den 4. november 2003 blev der givet sammenslutningerne tilladelse til at intervenere.

17 Ved særskilt dokument indleveret på Rettens Justitskontor den 1. august 2003 rejste Kommissionen i medfør af artikel 114 i Rettens procesreglement en formalitetsindsigelse over for sagsanlægget i sag T-125/03.

18 Efter anmodning fra Rettens præsident fremlagde Kommissionen under sagerne om foreløbige forholdsregler (såvel i sag T-125/03 R som T-253/03 R) den 8. september 2003 en fortrolig kopi for præsidenten af kategori B-dokumenterne og den forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne.

19 Ved kendelse afsagt af Rettens præsident den 30. oktober 2003 i sagen Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (forenede sager T-125/03 R og T-253/03 R, Sml. II, s. 4771) blev begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-125/03 R afslået, hvorimod begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-253/03 R blev delvis imødekommet. Således blev gennemførelsen af bestemmelserne i afslaget af 8. maj 2003, hvorved Kommissionen havde besluttet at åbne den

forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne, udsat. Rettens præsident bestemte, at dokumenterne skulle opbevares på Rettens Justitskontor, indtil Retten havde truffet afgørelse i hovedsagen. Endvidere tog Rettens præsident Kommissionens erklæring om ikke at tillade tredjemand adgang til kategori B-dokumenterne, før der var afsagt dom i hovedsagen i sag T-253/03, til efterretning.

20 Ved skrivelser indleveret henholdsvis den 17. oktober og den 26. november 2003 samt den 25. november 2003 anmodede European Council on Legal Affairs (Det Europæiske Råd for Retlige Anlæggender) og Section on Business Law i International Bar Association (Den Europæiske Advokatsammenslutnings afdeling for erhvervsret) om at måtte intervenere i sag T-125/03 og T-253/03 til støtte for sagsøgernes påstande. Ved kendelser af 28. maj 2004 afslog Retten begæringerne om intervention.

21 Den 13. november 2003 indgav Kommissionen begæring om, at sagen blev pådømt forud for andre i medfør af artikel 55, stk. 2, i Rettens procesreglement. Den gentog begæringen den 8. oktober 2004.

22 Ved skrivelse indleveret den 25. november 2003 anmodede American Corporate Counsel Association (ACCA) — European Chapter (Den Amerikanske Sammenslutning af Virksomhedsjurister — den europæiske afdeling) om at måtte intervenere i sag T-253/03 til støtte for sagsøgerens påstande. Ved kendelse afsagt den 10. marts 2004 af formanden for Rettens Femte Afdeling blev der givet ACCA tilladelse til at intervenere.

23 Ved Rettens kendelse af 5. marts 2004 blev afgørelsen om Kommissionens formalitetsindsigelse i sag T-125/03 henskudt til afgørelsen om sagens realitet i medfør af procesreglementets artikel 114, stk. 4.

24 Ved kendelse af 27. september 2004, Kommissionen mod Akzo og Akcros (sag C-7/04 P(R), Sml. I, s. 8739), annullerede Domstolens præsident efter appel fra Kommissionen de punkter i konklusionen af førnævnte kendelse afsagt af Rettens præsident den 30. oktober 2003 i sagen Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, hvorved gennemførelsen af afslaget af 8. maj 2003 var blevet udsat, og hvorved der var blevet truffet bestemmelse om at opbevare kategori A-dokumenterne på Rettens Justitskontor. Kommissionens erklæring om ikke at tillade tredjemand adgang til kategori A-dokumenterne, før der var afsagt dom i hovedsagen til sag T-253/03, blev dog taget til efterretning.

25 Efter at Domstolens præsident havde afsagt kendelsen i sagen Kommissionen mod Akzo og Akcros tilbagesendte Rettens Justitskontor ved skrivelse af 15. oktober 2004 Kommissionen den forseglede kuvert med kategori A-dokumenterne.

26 Den 20. februar 2006 fremsatte International Bar Association (IBA, Den Internationale Advokatsammenslutning) begæring om at måtte intervenere i sag T-125/03 og T-253/03 til støtte for sagsøgernes påstande. Ved to kendelser afsagt den 26. februar 2007 af formanden for Rettens Første Afdeling blev der givet IBA tilladelse til at intervenere.

27 I medfør af procesreglementets artikel 14 og efter forslag fra Første Afdeling besluttede Retten, efter at have hørt parterne i overensstemmelse med procesreglementets artikel 51, at henvise sagerne til Første Udvidede Afdeling.

28 Ved kendelse afsagt den 20. april 2007 af formanden for Rettens Første Udvidede Afdeling blev sag T-125/03 og T-253/03 i henhold til procesreglementets artikel 50 forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

29 Ved kendelse afsagt den 25. april 2007 af Første Udvidede Afdeling anmodede Retten i medfør af artikel 24, stk. 1, i Domstolens statut og procesreglementets artikel 65, litra b), artikel 66, stk. 1, og artikel 67, stk. 3, andet afsnit, Kommissionen om at fremlægge kategori A- og B-dokumenterne. Kommissionen imødekom denne opfordring inden for den fastsatte frist.

30 På grundlag af den refererende dommers rapport besluttede Retten (Første Udvidede Afdeling) at indlede den mundtlige forhandling.

31 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede Rettens spørgsmål i retsmødet den 28. juni 2007.

Parternes påstande

32 I sag T-125/03 har sagsøgerne nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens formalitetsindsigelse forkastes.

— Beslutningen af 10. februar 2003 og, om nødvendigt, beslutningen af 30. januar 2003 annulleres, for så vidt som Kommissionen har fortolket dem således, at de legitimerer og/eller udgør retsgrundlaget for at beslaglægge, skaffe sig kontrol over eller læse de omtvistede dokumenter.

— Kommissionen tilpligtes at tilbagelevere de omtvistede dokumenter og forbydes at anvende deres indhold.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

33 CCBE, ECLA og IBA har i sag T-125/03 nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen af 10. februar 2003 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

34 Også den nederlandske advokatsammenslutning støtter sagsøgernes påstande i sag T-125/03.

35 Kommissionen har nedlagt følgende påstande i sag T-125/03:

— Afvisning.

— Subsidiært frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

36 I sag T-253/03 har sagsøgerne nedlagt følgende påstande:

— Afslaget af 8. maj 2003 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

37 CCBE, ECLA, ACCA og IBA har i sag T-253/03 nedlagt følgende påstande:

— Afslaget af 8. maj 2003 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38 Også den nederlandske advokatsammenslutning støtter sagsøgernes påstande i sag T-253/03.

39 Kommissionen har nedlagt følgende påstande i sag T-253/03:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten i sag T-125/03

Parternes argumenter

40 Kommissionen har gjort gældende, at sag T-125/03 må afvises, da den foranstaltning, som anfægtes i denne sag, nemlig pålægget om udførelse af en kontrolundersøgelse, ikke er den foranstaltning, som har fremkaldt de retsvirkninger, sagen vedrører. Ifølge Kommissionen kan et annullationssøgsmål kun antages til realitetsbehandling, for det første såfremt den anfægtede retsakt har bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling (Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9), og for det andet, såfremt sagsøgeren stadig har retlig interesse i en annullation af retsakten (Domstolens dom af 6.3.1979, sag 92/78, Simmenthal mod Kommissionen, Sml. s. 777, præmis 32). For at afgøre, om en retsakt eller en beslutning har sådanne retsvirkninger, må man se på dens indhold (Rettens dom af 20.11.2002, sag T-251/00, Lagardère og Canal+ mod Kommissionen, Sml. II, s. 4825, præmis 63 og 64). I den foreliggende sag har pålægget om udførelse af kontrolundersøgelsen imidlertid ingen direkte forbindelse med denne sags genstand. Beslaglæggelsen af de omtvistede dokumenter kan nemlig klart udskilles fra pålægget om udførelse af kontrolundersøgelsen, som kun udgør retsgrundlaget derfor.

41 Kommissionen fremhæver, at de foranstaltninger, som direkte påvirker sagsøgernes retsstilling på grund af sagens omstændigheder, er reguleret af en anden procedure end proceduren vedrørende kontrolundersøgelsen, nemlig den særskilte procedure om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, hvortil grundlaget findes i Domstolens dom af 18. maj 1982, AM & S mod Kommissionen (sag 155/79, Sml. s. 1575, herefter »AM & S-dommen«). Under denne procedure udgør beslaglæggelsen af de omtvistede dokumenter kun en forberedende foranstaltning i forhold til afslaget af 8. maj 2003, hvori Kommissionen endeligt afgjorde det særlige spørgsmål om beskyttelsen af disse dokumenter. Selve beslaglæggelsen udgør derfor ikke en foranstaltning, som kan anfægtes. Selv om beslutningen med pålægget om udførelse af en kontrolundersøgelse oprindeligt kunne anfægtes, har den efterfølgende vedtagelse af afslaget af 8. maj 2003 under alle omstændigheder frataget søgsmålet herom dets formål. I øvrigt er det Kommissionens opfattelse, at selv om der ikke findes nogen særskilt procedure for kontrol med lovligheden af foranstaltninger, der udføres under en kontrolundersøgelse, vil sådanne foranstaltningers retsstridighed altid kunne påberåbes under et søgsmål til prøvelse af den endelige beslutning, hvori det fastslås, at konkurrencereglerne er tilsidesat.

42 Heroverfor har sagsøgerne indvendt, at annullationen af beslutningen med pålægget om udførelse af kontrolundersøgelsen kan have retsvirkninger for dem og navnlig indebære, at det fastslås, at Kommissionen retsstridigt har været i besiddelse af og anvendt de beslaglagte dokumenter. De erkender, at denne beslutning ikke specielt vedrørte de nævnte dokumenter, og at det reelt ikke er beslutningen, som har påvirket deres retsstilling, men Kommissionens beslaglæggelse og efterfølgende besiddelse af og kontrol over dokumenterne. Når Kommissionen erhverver kendskab til de pågældende dokumenters indhold, før den vedtager en ad hoc-beslutning vedrørende en ansøgning om at bevare fortroligheden i en korrespondance mellem advokater og klienter, som kan anfægtes under et søgsmål, påvirker det under alle omstændigheder den pågældende virksomheds retsstilling direkte og uopretteligt. I så fald er det kun beslutningen med pålægget om foretagelse af en kontrolundersøgelse, som kan gøres til genstand for Domstolens prøvelse.

43 Sagsøgerne anfører, at de ikke, før de anlagde sag ved Fællesskabets retsinstanser, var forpligtet til at afvente, at Kommissionen eventuelt efterfølgende traf en ad hoc-beslutning, hvori den afslog anmodningen om beskyttelse af de omtvistede

dokumenter under hensyn til kravet om fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. En sådan beslutning kan under alle omstændigheder ikke anses for den foranstaltning, der har påvirket deres retsstilling, da dette allerede skete på det tidspunkt, da Kommissionen læste de dokumenter, tvisten vedrører. Desuden har Kommissionen ikke, som hævdet af denne, garanteret sagsøgerne, at den inden for en rimelig frist efter kontrolundersøgelsens gennemførelse ville træffe beslutning om dokumenternes fortrolighed. Sagsøgerne finder heller ikke at have været forpligtet til at afvente, at Kommissionen eventuelt traf en endelig beslutning om pålæggelse af sanktioner, før de anlagde sag ved Fællesskabets retsinstanser. Sagsøgerne skal have mulighed for at værne om retten til fortrolighed, selv om sagen ikke afsluttes med en beslutning, der fastslår en overtrædelse af konkurrencereglerne, eller ved en beslutning, der afslutter undersøgelsen. Heller ikke et søgsmål til prøvelse af en sanktionsbeslutning vil sikre dem en tilstrækkelig retsbeskyttelse.

44 I øvrigt anfører sagsøgerne, at Kommissionens beslaglæggelse af de omtvistede dokumenter og erhvervelse af kendskab til disses indhold ikke i sig selv kan anses for den beslutning, der påvirker deres retsstilling, da disse foranstaltninger, hvorved dokumenternes indhold blev afsløret, kun udgør en gennemførelse af beslutningen med pålægget om foretagelse af kontrolundersøgelsen, og ikke kan udskilles herfra. Sagsøgernes bestrider endvidere Kommissionens opfattelse om, at foranstaltningen om beslaglæggelse af de omtvistede dokumenter kun udgjorde en forberedende foranstaltning i forhold til afslaget af 8. maj 2003. Der var nemlig ingen tvivl om, i hvert fald ikke hvad angår kategori B-dokumenterne, at Kommissionen under kontrolundersøgelsen ensidigt besluttede, at disse dokumenter ikke var beskyttet, og pålagde sagsøgerne at fremlægge dem, hvorefter den gjorde sig bekendt med deres indhold. Kun såfremt Kommissionen havde lagt de to kategorier af dokumenter i en forseglet kuvert uden først at undersøge dem, kunne afslaget af 8. maj 2003 have udgjort en foranstaltning, som kunne anfægtes under søgsmålet. Afslaget på sagsøgernes anmodning om fortrolighed bekræftede i den foreliggende sag derimod blot Kommissionens beslutning om at pålægge sagsøgerne at afsløre indholdet af kategori B-dokumenterne.

Rettens bemærkninger

45 Ifølge fast retspraksis foreligger der retsakter, som kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i henhold til artikel 230 EF, når de pågældende foranstaltninger har bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser på grund af en væsentlig ændring af hans retsstilling (dommen i sagen IBM mod Kommissionen, præmis 9, og Rettens dom af 18.12.1992, forenede sager T-10/92 — T-12/92 og T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2667, præmis 28). Foreløbige foranstaltninger, hvis formål er at forberede den endelige beslutning, udgør i princippet ikke retsakter, der kan anfægtes. Det fremgår imidlertid af retspraksis, at retsakter vedtaget under den forberedende sagsbehandling, som selv danner afslutningen på en særlig procedure, der adskiller sig fra den, som skal sætte Kommissionen i stand til at træffe afgørelse i sagen, og som har bindende retsvirkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, ligeledes udgør retsakter, der kan anfægtes (dommen i sagen IBM mod Kommissionen, præmis 10 og 11, og Rettens dom af 7.6.2006, forenede sager T-213/01 og T-214/01, Österreichische Postsparkasse og Bank für Arbeit und Wirtschaft mod Kommissionen, Sml. II, s. 1601, præmis 65).

46 Når en virksomhed påberåber sig fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til støtte for at modsætte sig beslaglæggelsen af et dokument under en kontrolundersøgelse, der foretages i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17, har den beslutning, hvorved Kommissionen afslår anmodningen om fortrolighed, retsvirkninger over for virksomheden gennem en væsentlig ændring af dennes retsstilling. Ved beslutningen nægtes virksomheden nemlig en beskyttelse, som er garanteret i fællesskabsretten, og beslutningen er endelig og endvidere uafhængig af den endelige afgørelse, der skal træffes, om, hvorvidt konkurrencereglerne er tilsidesat (jf. i denne retning dommen i sagen AM & S, præmis 27 og 29-32; jf. endvidere analogt Domstolens dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 18-20).

47 I den forbindelse skal fremhæves, at virksomhedens mulighed for at anlægge sag til prøvelse af en beslutning, hvorved det fastslås, at konkurrencereglerne er tilsidesat,

ikke giver denne en tilstrækkelig retsbeskyttelse. Dels kan det tænkes, at den administrative procedure ikke fører frem til en afgørelse om tilsidesættelse af konkurrencereglerne. Dels giver et søgsmål til prøvelse af denne beslutning, hvis den træffes, under alle omstændigheder ikke virksomheden muligheden for at forhindre de uoprettelige virkninger af, at Kommissionen uretmæssigt gør sig bekendt med dokumenter, som er beskyttet som følge af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter (jf. analogt dommen i sagen AKZO Chemie mod Kommissionen, præmis 20).

48 Når Kommissionen træffer beslutning om at afslå en anmodning om beskyttelse af et bestemt dokument, der begrundes med hensynet til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter — og i givet fald udsteder pålæg om fremlæggelse af det pågældende dokument — afslutter den en særskilt procedure, som er forskellig fra den procedure, Kommissionen følger for at kunne træffe afgørelse om, hvorvidt konkurrencereglerne er tilsidesat, og en sådan beslutning udgør derfor en foranstaltning, som kan anfægtes under et annullationssøgsmål, om nødvendigt i kombination med en begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på at få beslutningens gennemførelse udsat, indtil Retten har truffet afgørelse i hovedsagen.

49 Endvidere skal bemærkes, at når Kommissionen under en kontrolundersøgelse beslaglægger et dokument, som er gjort gældende at være fortroligt, og inddrager det i undersøgelsesakterne uden at lægge det i en forseglet kuvert og have truffet en udtrykkelig beslutning om afslag, indebærer en sådan faktisk handlemåde i sagens natur en stiltiende beslutning fra Kommissionen om afslag på virksomhedens krav om beskyttelse (jf. analogt dommen i sagen AKZO Chemie mod Kommissionen, præmis 17) og giver Kommissionen mulighed for umiddelbart at gøre sig bekendt med det pågældende dokument (jf. præmis 86 nedenfor). Denne stiltiende beslutning må derfor også kunne anfægtes under et annullationssøgsmål.

50 I den foreliggende sag, som i første række drejer sig om kategori A-dokumenterne, må det konstateres, at Kommissionens tjenestemænd under kontrolundersøgelsen i sagsøgernes lokaler ikke var i stand til at tage endelig stilling til, om disse dokumenter skulle anses for beskyttede som følge af fortrolighedskravet og begrænsede sig til at tage en kopi og lægge den i en forseglet kuvert, som de tog med sig (jf.

præmis 7 ovendor). Først ved afslaget af 8. maj 2003 afslog Kommissionen endeligt sagsøgernes anmodning om beskyttelse af dokumenterne under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. I denne beslutning angav Kommissionen endvidere, at den agtede at åbne den forseglede kuvert med de pågældende dokumenter og vedføje dem sagens akter, når søgsmålsfristen for at anlægge sag til prøvelse af denne beslutning var udløbet (jf. præmis 14 ovenfor). Det bestrides i øvrigt ikke, at Kommissionen traf beslutningen om at afslå anmodningen uden at åbne den forseglede kuvert og altså uden at gøre sig bekendt med indholdet af kategori A-dokumenterne.

51 Hvad for det andet angår kategori B-dokumenterne skal det fremhæves, at Kommissionen i modsætning til, hvad der gjaldt for kategori A-dokumenterne, var af den opfattelse under kontrolundersøgelsen, at disse dokumenter klart ikke var beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter på trods af sagsøgernes anmodning om beskyttelse. Kommissionen tog som følge heraf en kopi af disse dokumenter og lagde dem ind i sagens akter uden at anbringe dem i en forseglet kuvert (jf. præmis 9 ovenfor). Beslutningen om at afslå at beskytte kategori B-dokumenterne som følge af kravet om fortrolighed blev altså truffet under kontrolundersøgelsen. Det var i øvrigt ved samme lejlighed, at Kommissionen havde mulighed for at gøre sig bekendt med disse dokumenters indhold.

52 På baggrund af det anførte må det derfor konkluderes, at de foranstaltninger i de foreliggende sager, som har haft bindende retsvirkninger, der berørte sagsøgernes interesser gennem en væsentlig ændring af deres retsstilling, dels hvad angår kategori B-dokumenterne bestod i det stiltiende afslag, som kom til udtryk gennem den faktiske beslaglæggelse af disse dokumenter og deres indføjelse i sagens akter, uden at de blev lagt i en forseglet kuvert, dels hvad angår kategori A-dokumenterne bestod i den udtrykkelige beslutning af 8. maj 2003 om at afslå anmodningen om at beskytte dokumenterne under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Disse to beslutninger udgør derfor de foranstaltninger, som kan anfægtes under et annullationssøgsmål.

53 Endvidere indeholdt Kommissionens beslutning af 8. maj 2003 et endeligt afslag på sagsøgernes anmodning om beskyttelse af kategori B-dokumenterne under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter (jf.

præmis 14 ovenfor). Hermed opfyldte Kommissionen sin forpligtelse til at træffe en udtrykkelig beslutning om afslag på anmodningen om beskyttelse af disse dokumenter under hensyn til deres fortrolighed og afsluttede dermed endeligt den særskilte procedure herfor. Beslutningen kan derfor ikke alene betegnes som bekræftende hvad angår kategori B-dokumenterne. Følgelig var sagsøgerne berettiget til at anfægte denne beslutning også hvad angår kategori B-dokumenterne. I øvrigt må det fastslås, at Kommissionen ikke hvad angår disse dokumenter har rejst nogen formalitetsindsigelse over for sagsøgernes søgsmål i sag T-253/03 til prøvelse af Kommissionens afslag af 8. maj 2003.

54 Derimod må det fastslås, at pålægget om iværksættelse af kontrolundersøgelsen — den foranstaltning, som anfægtes i sag T-125/03 — ikke har fremkaldt de retsvirkninger, som sagsøgerne har hævdet under annullationssøgsmålet.

55 I den forbindelse skal erindres om, at lovligheden af en foranstaltning skal vurderes på grundlag af de retlige og faktiske omstændigheder på tidspunktet for beslutningens vedtagelse, hvorfor omstændigheder, der er indtruffet efter beslutningens vedtagelse, ikke kan berøre dens gyldighed (Domstolens dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 16, og af 17.10.1989, sag 85/87, Dow Benelux mod Kommissionen Sml. s. 3137, præmis 49). Det fremgår således af fast retspraksis, at hvad angår en kontrolundersøgelse, som er iværksat på grundlag af artikel 14 i forordning nr. 17, kan en virksomhed ikke til støtte for påstanden om annullation af den retsakt, hvorpå Kommissionen baserer kontrolundersøgelsen, gøre gældende, at denne er retsstridigt gennemført (jf. i denne retning dommen i sagen Dow Benelux mod Kommissionen, præmis 49, og Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 413). Den anvendelse, der måtte være gjort af en beslutning om en kontrolundersøgelse, er derfor uden betydning for lovligheden af beslutningen om kontrolundersøgelsen (Rettens domme af 8.3.2007, sag T-339/04, France Télécom mod Kommissionen, Sml. II, s. 521, præmis 54, og sag T-340/04, France Télécom mod Kommissionen, Sml. II, s. 573Afgørelser, præmis 126).

56 Det må fastslås i denne sag, at de foranstaltninger og beslutninger, som sagsøgernes bestrider, er truffet efter vedtagelsen af beslutningen om iværksættelse af kontrolundersøgelsen. Denne beslutning giver alene Kommissionen tilladelse til at få adgang til sagsøgernes lokaler og at tage kopi af de relevante erhvervsdokumenter. Beslutningen omtaler ikke kategori A- og B-dokumenterne og nævner ikke spørgsmålet om fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter. Som sagsøgerne selv har erkendt, er det i øvrigt ikke denne beslutning, som påvirker deres retsstilling, men beslaglæggelsen og Kommissionens efterfølgende besiddelse af og kontrol over disse dokumenter (jf. præmis 42 ovenfor). Som fastslået i det foregående, udgør disse foranstaltninger en særskilt procedure vedrørende spørgsmålet, om konkrete dokumenter kan beskyttes under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter (jf. præmis 45-48 ovenfor).

57 På grundlag af samtlige foranstående betragtninger må det konkluderes, at søgsmålet i sag T-125/03 til prøvelse af beslutningen om kontrolundersøgelsen må afvises. Herefter skal realiteten i sag T-253/03 behandles.

Realiteten i sag T-253/03

58 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter og herved overtrådt EF-traktaten og forordning nr. 17. De har nærmere fremført tre anbringender til støtte for deres påstand i sagen. Det første anbringende er, at procedurerne for anvendelsen af fortrolighedsprincippet er tilsidesat. Det andet anbringende er, at afslaget på beskyttelse af de fem omtvistede dokumenters fortrolighed er uberettiget, og det tredje, at de grundlæggende rettigheder, som beskyttelsen af fortroligheden er baseret på, er tilsidesat.

Første anbringende om tilsidesættelse af procedurerne for anvendelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter

Parternes argumenter

59 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat proceduren for beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter og endvidere tilsidesat artikel 242 EF, deres ret til at anlægge sag ved Fællesskabets retsinstanser og ligebehandlingsprincippet.

60 De anfører, at Domstolen i dommen i sagen AM & S har fastlagt den procedure, Kommissionen er forpligtet til at følge i tilfælde, hvor en virksomhed, som er pålagt at gennemgå en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14 i forordning nr. 17, afviser at fremlægge visse erhvervsdokumenter under henvisning til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Denne procedure indeholder tre etaper. For det første skal virksomheden over for Kommissionens tjenestemænd fremlægge relevant materiale — uden dermed at skulle afsløre de pågældende dokumenters indhold — til godtgørelse af, at dokumenterne opfylder betingelserne for at bevare deres fortrolighed. For det andet skal Kommissionen, hvis ikke den finder dette godtgjort, ved en beslutning truffet i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 udstede pålæg om fremlæggelse af de omtvistede dokumenter. Sagsøgerne erkender, at Kommissionen i overensstemmelse med betragtningerne i dommen AM & S alternativt vil kunne tage kopier af de pågældende dokumenter under kontrolundersøgelsen og lægge dem i en forseglet kuvert. Endelig gælder for det tredje, at det tilkommer Fællesskabets retsinstanser at træffe afgørelse i sagen, hvis den pågældende virksomhed fortsat påberåber sig kravet om beskyttelse af fortroligheden.

61 Sagsøgerne fremhæver to punkter, som de finder afgørende. For det første har Domstolen ikke villet give Kommissionen mulighed for at undersøge selve indholdet

af et dokument med henblik på at afgøre, om det er beskyttet som følge af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. For det andet har Fællesskabets retsinstanser enekompetence til at afgøre tvister om beskyttelse af fortroligheden. Det er i strid med selve kernen i fortrolighedsprincippet at læse de dokumenter, for hvilke beskyttelsen påberåbes, i forbindelse med kontrolundersøgelsen. Der foreligger en direkte og uoprettelig tilsidesættelse af dette princip, såfremt indholdet af et beskyttet dokument afsløres (forslag til afgørelse fra generaladvokaterne Warner og Sir Gordon Slynn i AM & S-sagen, se henholdsvis Sml. s. 1619, 1638 og 1639, og Sml. s. 1642 og 1662). I stedet for at foretage et summarisk gennemsyn bør Kommissionen i tvivlstilfælde lægge en kopi af de pågældende dokumenter i en forseglet kuvert, uden først at have gjort sig bekendt med dem, således at tvisten herom kan afgøres efterfølgende.

62 Efter sagsøgernes opfattelse har Kommissionen imidlertid ikke under denne sag fulgt nogen af de tre etaper i denne procedure, som er fastsat i AM & S-dommen.

63 Hvad angår den første etape tvang Kommissionen således sagsøgerne til at afsløre de omtvistede dokumenters indhold, selv om sagsøgerne gjorde gældende, at dokumenterne var fortrolige. Efter afsløringen af dokumenterne udspandt der sig en lang diskussion mellem sagsøgernes lokale advokat og Kommissionen om, hvilken procedure der skulle følges ved behandlingen af dokumenterne. Kommissionen angav over for sagsøgerne, at enhver yderligere forsinkelse med udleveringen og undersøgelsen af dokumenterne ville udgøre en hindring af kontrolundersøgelsen og kunne udgøre en overtrædelse af section 65 i Det Forenede Kongerigets Competition Act (den britiske konkurrencelov), som kan straffes med bøde eller fængsel. Sagsøgerne udleverede således kun kategori B-dokumenterne til Kommissionen med henblik på undersøgelse under kraftige protester. Under kontrolundersøgelsen læste Kommissionens inspektører i øvrigt kategori A- og B-dokumenterne og beskrev deres indhold for hinanden flere minutter ad gangen.

64 Hvad angår den anden etape af proceduren anfører sagsøgerne, at Kommissionen burde have vedtaget en beslutning med pålæg til dem om at fremlægge de omtvistede dokumenter, før den fjernede dem fra lokalerne, eftersom den var af den opfattelse, at de oplysninger og argumenter, som sagsøgerne havde fremført, ikke godtgjorde, at dokumenterne var beskyttet. Dette undlod Kommissionen imidlertid. Hvad angår kategori A-dokumenterne lagde Kommissionen dem i en forseglet kuvert og tog dem med til Bruxelles. Selv om en procedure med at lægge dokumenterne i en forseglet kuvert ikke i sig selv indebærer en tilsidesættelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, er den dog ikke efter sagsøgernes opfattelse i overensstemmelse med den procedure, Domstolen har fastlagt i AM & S-dommen. Hvad angår kategori B-dokumenterne afviste Kommissionen muligheden af at lægge dem i en forseglet kuvert og lagde dem sammen med de andre beslaglagte dokumenter, hvorved sagsøgerne blev frataget enhver mulighed for at bevise, at dokumenterne skulle beskyttes som følge af princippet om fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

65 Hvad angår den tredje etape fastholder sagsøgerne, at Kommissionen åbenbart har tilsidesat den procedure, der er fastsat i AM & S-dommen, ved ensidigt at træffe afgørelse ved sit afslag af 8. maj 2003 om, at de omtvistede dokumenter ikke var omfattet af fortrolighedskravet. Ved på denne måde at tiltage sig retten til at træffe afgørelse i første instans har Kommissionen frataget Fællesskabets retsinstanser muligheden for at afgøre tvisten på et tidspunkt, hvor fortroligheden endnu ikke var brudt.

66 CCBE har gjort gældende, at den procedure, Domstolen har fastsat i AM & S-dommen, skal sikre, at Domstolen træffer afgørelse, når Kommissionen og den virksomhed, kontrolundersøgelsen vedrører, ikke kan nå til enighed i en tvist vedrørende et dokuments fortrolige karakter, idet Kommissionen ikke inden da er berettiget til at gøre sig bekendt med dokumentet. Kommissionen er endog ikke berettiget til at foretage et summarisk gennemsyn af dokumenter, der kunne risikere at afsløre deres indhold. CCBE erkender, at kravet om at bevare fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter ikke bør anvendes af virksomheden som påskud til at hemmeligholde eller destruere dokumenter, men finder, at det er utilfredsstillende, at Kommissionens inspektører kommer i besiddelse af kopier og tager

disse med sig, selv i en forseglet kuvert. Hvis dokumenterne skal beslaglægges af Kommissionen, bør de i det mindste sendes direkte til dennes høringskonsulenter, hvis opgave bør udvides til at påse, at ingen tjenestemænd i Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence får adgang til dokumenterne. CCBE mener dog også, at dokumenter kan deponeres på Rettens Justitskontor eller overdrages til en neutral tredjemand.

67 Den nederlandske advokatsammenslutning har gjort gældende, at princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter ikke blot skal forhindre, at der gøres brug af dokumenter, som er fortrolige, men også, at indholdet heraf afsløres. Også et blot summarisk gennemsyn af et dokument kan indebære, at dette princip tilsidesættes. ECLA har gjort gældende, at Domstolen i AM & S-dommen har anvist en procedure, som er baseret på fortrolighedsprincippet, og som forbyder enhver afsløring af det beskyttede dokument. En passende fremgangsmåde vil være at lægge de pågældende dokumenter i en forseglet kuvert og lade dem undersøge af en uafhængig tredjemand, såsom en høringskonsulent. Under alle omstændigheder tilkommer det Domstolen at afgøre spørgsmålet om fortroligheden. Endelig har ACCA gjort gældende, at det bør overlades til en uafhængig voldgiftsmand at træffe afgørelse i tvister om, i hvilket omfang dokumenter er beskyttet på grund af hensynet til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

68 Kommissionen har gjort gældende, at Domstolen i AM & S-dommen ganske vist har fastsat en særskilt procedure for afgørelse af tvister vedrørende fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, men ikke har tillagt denne procedure en absolut værdi. Det er ikke noget krav ifølge denne dom, at Kommissionen i alle de tilfælde, hvor fortrolighedskravet påberåbes, er afskåret fra at tage kopier og må anmode virksomheden om dem efterfølgende. Således var den første kontrolundersøgelse i AM & S-sagen baseret på artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 17 — hvorefter virksomheden kan nægte at fremlægge dokumenterne — og ikke baseret på artikel 14, stk. 3, som det er tilfældet i denne sag, og hvorefter virksomheden er forpligtet til at gennemgå kontrolundersøgelsen. Det eneste princip, der reelt er fastsat i nævnte dom, er, at Kommissionen skal træffe en begrundet beslutning om, hvorvidt de pågældende dokumenter er fortrolige eller ej for at give virksomheden mulighed for at anlægge sag ved Fællesskabets retsinstanser.

69 Kommissionen anvender gennemgående følgende procedure: Når den ikke er i tvivl om, at et dokument er fortroligt efter et summarisk gennemsyn heraf på grundlag af, hvorledes dokumentet generelt fremtræder, dets hoved, titel og andre kendetegn ved det samt de relevante forklaringer, virksomheden har givet, ser den bort fra dokumentet. Når den derimod efter et summarisk gennemsyn ikke er i tvivl om, at et dokument ikke er fortroligt, tager den en kopi deraf og lægger det ind i akterne vedrørende kontrolundersøgelsen. Såfremt Kommissionen efter et summarisk gennemsyn af dokumentet er i tvivl, om det er fortroligt, foretager den ingen undersøgelse, men udsætter sin vurdering og lægger en kopi af dokumentet i en forseglet kuvert, som den tager med sig.

70 Kommissionen anfører videre, at det summariske gennemsyn, som foretages på stedet af dokumentet, alene har til formål at fastslå de tilfælde, hvor det ikke kan udelukkes, at dokumentet er fortroligt, idet den mindste tvivl herom kommer virksomheden til gode ved, at dokumentet automatisk lægges i en forseglet kuvert. Kommissionens mulighed for at danne sig et første indtryk af, om der er tvivl vedrørende dokumentets fortrolighed og den heraf følgende beskyttelse, har den fordel, at den nedsætter risikoen for, at der fremsættes ubegrundede anmodninger om beskyttelse, og er i overensstemmelse med AM & S-dommen. Ved at lægge dokumentet i en forseglet kuvert undgås også risikoen for, at dokumenterne destrueres af virksomheden. I de fleste af medlemsstaterne håndterer konkurrencemyndighederne spørgsmålet om fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter på tilsvarende måde, når de foretager inspektioner.

71 I øvrigt anfører Kommissionen, at den angivne procedure ikke tilsidesætter virksomhedernes processuelle rettigheder. Selv om det skulle vise sig, at virksomhedens ret til forsvar er blevet tilsidesat ved, at indholdet af et dokument, som er fortroligt, er blevet afsløret, vil en sådan skade altid kunne erstattes. Kommissionen er nemlig afskåret fra at fastslå en tilsidesættelse af konkurrencereglerne ved hjælp af et fortroligt dokument.

72 Kommissionen mener i den foreliggende sag strikte at have fulgt en legitim og adækvat procedure for undersøgelsen af, om de omtvistede dokumenter var

fortrolige, og proceduren var i overensstemmelse med AM & S-dommen og respekterede fuldt ud sagsøgernes processuelle rettigheder. Det blev aftalt med sagsøgerne, at den tjenestemand ved Kommissionen, som var ansvarlig for kontrolundersøgelsen, gennemgik dokumenterne med en repræsentant for sagsøgerne ved sin side. Hvis sagsøgerne påberåbte sig, at et bestemt dokument var fortroligt, var de forpligtet til at anmode om beskyttelse af dokumentet og begrunde anmodningen med støtte i selve dokumentet. I øvrigt er det efter Kommissionens opfattelse i strid med procesreglementets artikel 48, stk. 1, at sagsøgerne først fremlagde det referat af kontrolundersøgelsen, som en af deres advokater havde udarbejdet, i replikken, og uden at begrunde forsinkelsen.

73 Hvad angår kategori A-dokumenterne anfører Kommissionen, at der efter en summarisk undersøgelse heraf var tvivl, navnlig fordi der på forsiden af et af dokumenterne fandtes en håndskreven henvisning til navnet på en ekstern advokat. Da ingen af de forklaringer, sagsøgerne afgav på stedet, var tilstrækkelige til at bortvejre tvivlen, lagde Kommissionens tjenestemænd dokumenterne i en forseglet kuvert. Hvad angår kategori B-dokumenterne fandt Kommissionens inspektør efter en summarisk undersøgelse heraf på grundlag af de oplysninger, der var afgivet af virksomheden, og under hensyn til gældende retspraksis, som var ubestridt, at der ikke var den mindste tvivl om, at de ikke var beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Kommissionens repræsentanter tog derfor en kopi heraf og lagde den ind i akter vedrørende kontrolundersøgelsen.

74 I øvrigt fastholder Kommissionen, at et summarisk gennemsyn af et dokument ikke er det samme som en gennemlæsning heraf. Ganske vist kunne den, som var ansvarlig for kontrolundersøgelsen, have foretaget et summarisk gennemsyn af kategori A-dokumenterne under kontrolundersøgelsen, men der er ikke grundlag for at hævde, at Kommissionens tjenestemænd læste dokumenterne, før de lagde dem i en forseglet kuvert. Hvad angår kategori B-dokumenterne var det først efter afslutningen af kontrolundersøgelsen, at Kommissionen læste dem og blev bekendt med deres indhold. I øvrigt bestrider Kommissionen sagsøgernes påstande om, at deres endelige samtykke til at udlevere kategori B-dokumenterne først blev givet efter fremsættelse af trusler om strafferetlige sanktioner. Disse påstande er åbenbart urigtige, da den påståede nægtelse vedrørte alle dokumenterne. Under alle omstændigheder

er det i overensstemmelse med forordning nr. 17 at informere en virksomhed om, at dens manglende samarbejde kan medføre anvendelse af national ret og eventuelt pålæggelse af strafferetlige sanktioner.

75 Ifølge Kommissionen blev sagsøgerne informeret om deres rettigheder fra begyndelsen af kontrolundersøgelsen og havde derpå mulighed for på et hvilket som helst tidspunkt at indbringe spørgsmålet for Retten i Første Instans. Hvad angår kategori A-dokumenterne vidste sagsøgerne fra begyndelsen af, at der som afslutning på proceduren ville blive vedtaget en beslutning, som kunne anfægtes. Hvad angår kategori B-dokumenterne lod Kommissionen muligheden stå åben for, at sagsøgerne kunne anfægte den vurdering, som en af Kommissionens tjenestemænd foretog på stedet.

Rettens bemærkninger

76 Indledningsvis bemærkes, at Kommissionen ifølge forordning nr. 17 har en vid beføjelse til at foretage undersøgelser og kontrolundersøgelser for at afsløre overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF. Ifølge forordningens artikel 11 og 14 kan Kommissionen indhente oplysninger og foretage de nødvendige kontrolundersøgelser for at skride ind over for overtrædelser af konkurrencereglerne (siden den 1.5.2004 er Kommissionens undersøgelsesbeføjelser på dette område navnlig reguleret i artikel 17-22 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i […] artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1)). Artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 17 giver navnlig Kommissionen beføjelse til at kræve forretningsdokumenter fremlagt, dvs. dokumenter, der vedrører virksomhedens aktiviteter på markedet. I det omfang, korrespondancen mellem en advokat og hans klient angår en sådan aktivitet, falder den ifølge Domstolens praksis inden for den kategori af dokumenter, der omfattes af artikel 11 og 14 i forordning nr. 17 (AM & S-dommen, præmis 16). Det fremgår også af Domstolens praksis, at det tilkommer Kommissionen selv og ikke den pågældende virksomhed eller en tredjemand, det være sig en sagkyndig eller en voldgiftsinstans, at afgøre, om et dokument skal fremlægges for den (AM & S-dommen, præmis 17).

77 Som Domstolen endvidere har fastslået, udelukker forordning nr. 17 ikke muligheden for under visse omstændigheder at anerkende bestemte forretningsdokumenters fortrolige karakter. Domstolen har således præciseret, at fællesskabsretten ikke blot udspringer af et økonomisk samarbejde, men også hviler på medlemsstaternes retsopfattelse, hvorfor den skal tage hensyn til de principper og begreber, der er fælles for medlemsstaternes retssystemer hvad angår beskyttelsen af tavshedspligten, især med hensyn til visse meddelelser mellem en advokat og hans klient. Denne tavshedspligt tjener således det hensyn, der anerkendes som væsentligt i alle medlemsstaterne, at enhver borger skal have adgang til frit at henvende sig til en advokat, der ifølge sin stilling har til opgave at yde uafhængig juridisk rådgivning til enhver, der har behov herfor. Domstolen har tillige fastslået, at beskyttelsen af fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient udgør et nødvendigt led i den fulde udøvelse af retten til forsvar (dommen i sagen AM & S mod Kommissionen, præmis 18 og 23).

78 Heraf må sluttes, at forordning nr. 17 skal fortolkes således, at den under visse betingelser beskytter fortroligheden af korrespondancen mellem en advokat og hans klient (AM & S-dommen, præmis 22).

79 Hvad angår den procedure, der skal følges ved anvendelsen af denne beskyttelse, har Domstolen fastslået, at dersom en virksomhed, der underkastes en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 14 i forordning nr. 17, under påberåbelse af tavshedspligten nægter at fremlægge korrespondancen med sin advokat, når denne korrespondance er blandt de forretningsdokumenter, som Kommissionen forlanger fremlagt, påhviler det under alle omstændigheder virksomheden over for Kommissionens tjenestemænd at fremføre omstændigheder til godtgørelse af, at dokumenterne opfylder betingelserne for at nyde retsbeskyttelse, uden at virksomheden er forpligtet til at røbe indholdet af de pågældende dokumenter. Domstolen har præciseret, at såfremt Kommissionen finder, at det anførte ikke er godtgjort, tilkommer det den i medfør af artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 at udstede pålæg om fremlæggelse af den omtvistede korrespondance og, såfremt det er påkrævet, at pålægge virksomheden en bøde eller tvangsbøde i medfør af samme forordning som sanktion for virksomhedens afvisning af det supplerende bevismateriale, Kommissionen anser for nødvendig, eller at fremlægge de dokumenter, som efter Kommissionens opfattelse ikke har en sådan fortrolig karakter, at de nyder retsbeskyttelse (dommen i sagen AM & S mod Kommissionen, præmis 29-31). Det er herefter muligt for den virksomhed, undersøgelsen vedrører, at anlægge et annullationssøgsmål til prøvelse af Kommissionens

beslutning og i givet fald indgive begæring om anordning af foreløbige forholdsregler i medfør af artikel 242 EF og 243 EF (jf. i denne retning AM & S-dommen, præmis 32).

80 Den omstændighed alene, at en virksomhed gør gældende, at et dokument er fortroligt, er derfor ikke tilstrækkeligt til at forhindre Kommissionen i at gøre sig bekendt dermed, hvis virksomheden ikke i øvrigt fremfører omstændigheder til godtgørelse af, at dokumentet faktisk er beskyttet som følge af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Den pågældende virksomhed kan bl.a. angive over for Kommissionen, hvem der er dokumentets udsteder og adressat, forklare disses funktioner og ansvar og angive formålet med og den nærmere sammenhæng, hvorunder dokumentet er udarbejdet. På samme måde kan virksomheden angive den sammenhæng, hvori dokumentet er blevet fundet, hvorledes det er klassificeret eller angive de øvrige dokumenter, som det har forbindelse til.

81 I mange tilfælde vil Kommissionens tjenestemænd blot ved et summarisk gennemsyn af dokumentet på grundlag af, hvorledes dette generelt fremtræder, dets hoved, titel eller andre mere overfladiske kendetegn ved dokumentet, kunne efterprøve, om de grunde, virksomheden påberåber sig, er rigtige, og fastslå, at det pågældende dokument er fortroligt og således se bort fra det. Under visse omstændigheder vil dog selv et summarisk gennemsyn af dokumentet indebære en risiko for, at Kommissionens tjenestemænd på trods af gennemsynets overfladiske karakter bliver bekendt med oplysninger, som er omfattet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Dette kan navnlig være tilfældet, såfremt det pågældende dokuments fortrolige karakter ikke fremgår klart af ydre kendetegn.

82 Som angivet ovenfor i præmis 79, fremgår det af AM & S-dommen, at virksomheden ikke er forpligtet til at røbe indholdet af de pågældende dokumenter, når den fremfører omstændigheder for Kommissionens tjenestemænd til godtgørelse af, at de har en sådan fortrolig karakter, at de nyder retsbeskyttelse (dommens præmis 29). En virksomhed, som er underkastet en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 14, stk. 3,

i forordning nr. 17, er derfor berettiget til at nægte Kommissionens tjenestemænd et gennemsyn — også blot et overfladisk gennemsyn — af en eller flere konkrete dokumenter, som virksomheden gør gældende er beskyttet på grund af deres fortrolige karakter, såfremt den er af den opfattelse, at det ikke er muligt at foretage et sådant overfladisk gennemsyn uden at afsløre dokumenternes indhold, og såfremt den giver Kommissionens tjenestemænd en begrundet forklaring herpå.

83 Såfremt Kommissionen under en kontrolundersøgelse, der udføres i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17, er af den opfattelse, at de af virksomheden fremførte omstændigheder ikke godtgør, at et dokument faktisk er beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter — navnlig når virksomheden nægter Kommissionens tjenestemænd et overfladisk gennemsyn af et dokument — kan disse lægge en kopi af det eller de pågældende dokumenter i en forseglet kuvert og tage denne med sig med henblik på en efterfølgende afgørelse af tvisten. Ved anvendelse af denne procedure elimineres risikoen for en krænkelse af fortroligheden samtidig med, at Kommissionen bevarer muligheden for at udøve en vis kontrol med de dokumenter, kontrolundersøgelsen vedrører, og at risikoen for, at dokumenterne forsvinder eller manipuleres, undgås.

84 Anvendelsen af fremgangsmåden med at lægge dokumentet i en forseglet kuvert kan i øvrigt ikke anses for at være i strid med det krav, som er fastsat i præmis 31 i AM & S-dommen, om, at Kommissionen, såfremt der er tvist med den pågældende virksomhed om, hvorvidt dokumentet er fortroligt, vedtager en beslutning, hvorved den udsteder pålæg om fremlæggelse af dokumentet. Begrundelsen for dette krav beror på de særlige omstændigheder i AM & S-dommen, navnlig den omstændighed, at den oprindelige beslutning om at foretage en kontrolundersøgelse i den pågældende virksomheds lokaler ikke udgjorde en formel beslutning i henhold til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 17 (forslag til afgørelse fra generaladvokat Warner i AM & S-sagen, jf. Sml. s. 1624), hvorfor virksomheden var berettiget til, som den gjorde, at nægte at fremlægge de af Kommissionen ønskede dokumenter.

85 Under alle omstændigheder er Kommissionen ikke, selv om den ikke er tilfreds med det materiale og de forklaringer, den undersøgte virksomheds repræsentanter

har afgivet til godtgørelse af, at det pågældende dokument er beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter, berettiget til at gøre sig bekendt med dokumentets indhold, før den har vedtaget en beslutning, som giver den pågældende virksomhed mulighed for at anlægge sag ved Retten i Første Instans og i givet fald indgive begæring om anordning af foreløbige forholdsregler (jf. i denne retning AM & S-dommen, præmis 32).

86 På grund af den særlige karakter af princippet om beskyttelse af den fortrolige karakter af korrespondancen mellem advokater og klienter, der har til formål såvel at sikre borgerne den fulde udøvelse af deres ret til forsvar som at beskytte deres adgang til frit til at henvende sig til en advokat (jf. præmis 77 ovenfor), må det antages, at det i sig selv er i strid med dette princip, at Kommissionen gør sig bekendt med et fortroligt dokument. I modsætning til, hvad der tilsyneladende er Kommissionens opfattelse, går beskyttelsen af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter videre end kravet om, at de oplysninger, virksomheden betror sin advokat, eller indholdet af dennes råd, ikke anvendes mod virksomheden i en beslutning, hvorved den pålægges en sanktion for tilsidesættelse af konkurrencereglerne.

87 Denne beskyttelse skal for det første tilgodese den offentlige interesse i en god retspleje til sikring af, at en borger frit kan henvende sig til sin advokat uden at frygte, at de fortrolige oplysninger, han måtte afgive, bliver afsløret for andre. For det andet har denne beskyttelse til formål at undgå den skade, som det kan medføre for den pågældende virksomheds ret til forsvar, at Kommissionen får kendskab til indholdet af et fortroligt dokument og ulovligt indføjer det i akterne vedrørende kontrolundersøgelsen. Selv om dokumentet ikke anvendes som bevismiddel i en beslutning om pålæggelse af sanktioner for tilsidesættelse af konkurrencereglerne, kan en virksomhed blive tilføjet en skade, som det ikke er muligt eller meget vanskeligt at erstatte. Dels vil den information, som er beskyttet som følge af kravet om fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter, direkte eller indirekte kunne udnyttes af Kommissionen til at komme i besiddelse af nye oplysninger eller nye bevismidler, uden at den pågældende virksomhed altid har mulighed for at identificere oplysningerne og undgå, at de anvendes mod dem. Dels vil den skade, som den pågældende virksomhed tilføjes ved, at der over for tredjemand afsløres oplysninger, som er beskyttet af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter, ikke kunne erstattes, f.eks. hvis den pågældende oplysning anvendes i

en meddelelse om klagepunkter under den administrative procedure ved Kommissionen. Den omstændighed alene, at Kommissionen ikke kan anvende de beskyttede dokumenter som bevis i en beslutning om pålæggelse af sanktioner, er derfor ikke tilstrækkelig til at erstatte eller eliminere den skade, som virksomheden påføres ved, at Kommissionen får kendskab til de pågældende dokumenters indhold.

88 Beskyttelsen af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter indebærer endvidere, at når Kommissionen har truffet en beslutning om at afslå en anmodning om fortrolighed, er den ikke berettiget til at gøre sig bekendt med de pågældende dokumenters indhold, før den pågældende virksomhed har fået mulighed for at indbringe spørgsmålet for Retten i Første Instans. Kommissionen er i denne forbindelse forpligtet til at afvente udløbet af fristen for sagsanlægget til prøvelse af dens afslag, før den gør sig bekendt med dokumenternes indhold. Under alle omstændigheder kan den pågældende virksomhed, da et sådant sagsanlæg ikke har opsættende virkning, indgive begæring om foreløbige forholdsregler med henblik på at få udsat gennemførelsen af beslutningen om afslaget på anmodningen om beskyttelse af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter (jf. i denne retning AM & S-dommen, præmis 32).

89 Hvad angår Kommissionens argumenter om muligheden for, at virksomhederne, udelukkende for at forhale sagen, misbruger den nævnte procedure ved at indgive en åbenbart ubegrundet anmodning om beskyttelse under henvisning til kravet om fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter, eller ved at modsætte sig et eventuelt summarisk gennemsyn af dokumenter under en kontrolundersøgelse, uden at have nogen objektiv grund til indsigelse herimod, er det tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen i givet fald har midler til at afskrække og straffe en sådan praksis. Således indeholder artikel 23, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 [og forud herfor artikel 15, stk. 1, i forordning nr. 17] hjemmel til at straffe en sådan handlemåde eller at betragte den som en skærpende omstændighed ved beregningen af den bøde, der eventuelt pålægges ved en beslutning om overtrædelse af konkurrencereglerne.

90 Endelig skal bemærkes, som Domstolen anførte i AM & S-dommen, at princippet om beskyttelse af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter ikke forhindrer, at en advokats klient røber den korrespondance, han har udvekslet med advokaten, hvis han mener, at det er i hans interesse at gøre det (dommens præmis 28).

91 Sagsøgernes indsigelser skal behandles ud fra disse betragtninger og principper.

92 Indledningsvis skal Retten forkaste Kommissionens indsigelse om, at det er i strid med procesreglementets artikel 48, stk. 1, at sagsøgerne først i replikken fremlagde et referat af kontrolundersøgelsen, som var udarbejdet af deres advokater (jf. præmis 72 ovenfor). Det må herom fastslås, at i modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, har sagsøgerne forklaret grundene til, at de ikke fremlagde referatet på et tidligere tidspunkt, nemlig fordi det var fortroligt, og fordi de var nødt til at tage til genmæle over for den opfattelse, som Kommissionen havde gjort gældende i svarskriftet (jf. navnlig replikkens punkt 21-26). Desuden blev dette referat fremlagt, efter at Kommissionen i svarskriftet havde fremlagt det referat af kontrolundersøgelsen, som var udarbejdet af dens egne repræsentanter. Endelig skal bemærkes, at hvis parterne er uenige om faktiske omstændigheder, som er nævnt i stævningen og svarskriftet, må de beviser, de fremlægger til støtte for deres forklaring vedrørende de faktiske omstændigheder, i sagens natur fremlægges i replikken og duplikken.

93 Hvad angår sagsøgernes anbringender bemærkes, at de for det første har gjort gældende, at Kommissionen under kontrolundersøgelsen tvang dem til at afsløre indholdet af de omtvistede dokumenter, selv om de havde påberåbt sig, at dokumenterne var fortrolige. Navnlig har sagsøgerne kritiseret Kommissionens tjenestemænd for at have undersøgt de pågældende dokumenter på stedet, selv om sagsøgernes repræsentanter havde protesteret imod det.

94 Det fremgår såvel af bilag til det referat af kontrolundersøgelsen, som blev udarbejdet af Kommissionens tjenestemænd, som af den ikke-fortrolige version af det referat af kontrolundersøgelsen, som blev udarbejdet af sagsøgernes advokater, at Kommissionens tjenestemænd og sagsøgernes repræsentanter under kontrolundersøgelsen havde lange diskussioner om, hvorledes der skulle føres kontrol med de omtvistede dokumenter. Under disse diskussioner modsatte sagsøgerne sig klart, at

Kommissionens tjenestemænd foretog et summarisk gennemsyn af dokumenterne, idet de bl.a. påberåbte sig, at i det mindste visse af dokumenterne ud fra en umiddelbar betragtning kunne se ud, som om de ikke var dækket af fortrolighedskravet, da de ikke nødvendigvis indeholdt nogen omtale af eksterne advokater eller af deres fortrolige karakter. Ifølge sagsøgerne var dokumenterne imidlertid blevet udarbejdet med henblik på at indhente et råd i et juridisk spørgsmål, eller de indeholdt et juridisk råd, hvorfor sagsøgerne fastholdt, at det ikke var muligt ved et summarisk gennemsyn at vurdere, om de var fortrolige uden samtidig at afsløre deres indhold. Det fremgår endvidere af de nævnte referater, at Kommissionen insisterede på at foretage et summarisk gennemsyn af dokumenterne, og at sagsøgernes repræsentanter først samtykkede deri, efter at repræsentanterne for Kommissionen og de britiske konkurrencemyndigheder havde angivet, at deres vægring ved at lade foretage en sådan undersøgelse udgjorde en blokering af kontrolundersøgelsen, for hvilket der kunnet pålægges administrative og strafferetlige sanktioner.

95 På denne baggrund er det Rettens opfattelse, at Kommissionen tvang sagsøgerne til at acceptere et summarisk gennemsyn af de omtvistede dokumenter, selv om sagsøgernes repræsentanter hvad angår to kopier af det maskinskrevne notat i kategori A og det håndskrevne notat i kategori B havde gjort gældende — og fremlagt bevis til støtte herfor — at et sådant gennemsyn nødvendigvis ville medføre, at dokumenternes indhold blev afsløret. Det må herom fastslås, at det ikke var muligt for Kommissionens tjenestemænd på grundlag af et summarisk gennemsyn af dokumenterne at vurdere, om de var fortrolige, uden samtidig at give dem mulighed for at blive bekendt med deres indhold. Det må derfor konkluderes, at Kommissionen på dette punkt har tilsidesat proceduren til sikring af, at fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter beskyttes.

96 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ikke fuldt ud har fulgt den procedure, Domstolen har fastsat i AM & S-dommen, ved at tage en kopi af kategori A-dokumenterne og lægge dem i en forseglet kuvert, og at Kommissionen burde havde vedtaget en formel beslutning med pålæg til sagsøgerne om fremlæggelse af disse dokumenter. Dette anbringende kan dog ikke tages til følge. Som fastslået i det foregående, er anvendelsen af fremgangsmåden med at lægge dokumenterne i en

forseglet kuvert under de her i sagen foreliggende omstændigheder ikke i strid med den procedure, som er fastsat i nævnte dom (jf. præmis 84 ovenfor). I øvrigt skal det fremhæves, at det fremgår af de nævnte referater, at sagsøgernes repræsentanter flere gange under kontrolundersøgelsen bad Kommissionens tjenestemænd om at anvende fremgangsmåden med at lægge de omtvistede dokumenter i en forseglet kuvert.

97 For det tredje har sagsøgerne kritiseret Kommissionen for, at den under kontrolundersøgelsen afslog deres anmodning om beskyttelse af kategori B-dokumenterne, som var begrundet med hensynet til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Herom skal bemærkes, at sagsøgerne under kontrolundersøgelsen faktisk påberåbte sig dette hensyn og fremførte flere grunde til støtte for anmodningen, herunder navnlig, at de pågældende dokumenter var blevet udarbejdet med henblik på at indhente et juridisk råd, eller at de indeholdt et sådant juridisk råd. Det må derfor konkluderes, at da Kommissionen ikke var tilfreds med sagsøgernes forklaringer, måtte den træffe en formel beslutning, hvorved den afslog anmodningen om beskyttelse af dokumentet under hensyn til dets fortrolighed, således at det var muligt for sagsøgerne at anlægge sag ved Retten i Første Instans, inden Kommissionen gjorde sig bekendt med dokumenternes indhold (jf. præmis 85 ovenfor).

98 Det må imidlertid fastslås, at Kommissionen ikke gav sagsøgerne mulighed for at anlægge rettidig sag ved Retten for at undgå, at Kommissionen gjorde sig bekendt med indholdet af kategori B-dokumenterne. Kommissionens tjenestemænd fastslog nemlig under kontrolundersøgelsen, at kategori B-dokumenterne klart ikke var fortrolige, men tog en kopi heraf og lagde den ind i akterne vedrørende kontrolundersøgelsen uden at lægge den i en forseglet kuvert. Hermed havde Kommissionen mulighed for på dette tidspunkt at gøre sig fuldt ud bekendt med dokumenternes indhold (jf. præmis 51 ovenfor). Det må derfor konkluderes, at Kommissionen på dette punkt har tilsidesat proceduren for beskyttelse af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter.

99 For det fjerde har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ved sit afslag af 8. maj 2003 har tilsidesat den procedure, som er foreskrevet i AM & S-dommen, ved ensidigt

at beslutte, at de omtvistede dokumenter ikke var omfattet af fortrolighedskravet. Herom skal bemærkes, at den omstændighed alene, at Kommissionen vedtager en beslutning om at afslå en anmodning om fortrolig behandling, ikke, som hævdet af sagsøgerne, er i strid med proceduren for behandling af fortrolige dokumenter, så længe Kommissionen ikke gør sig bekendt med de pågældende dokumenter, før den giver virksomheden mulighed for at anlægge sag ved Retten for at anfægte afslaget og i givet fald indgive begæring om foreløbige forholdsregler (jf. præmis 85 ovenfor).

100 Hvad angår kategori B-dokumenterne bemærkes, at selv om disse dokumenter er omfattet af afslaget af 8. maj 2003, er det ubestridt i sagen, at Kommissionen gjorde sig bekendt med deres indhold forud for vedtagelsen af afslaget. Hvad angår kategori A-dokumenterne tog Kommissionen derimod en kopi heraf under kontrolundersøgelsen og lagde den i en forseglet kuvert. Den traf derefter en foreløbig beslutning vedrørende sagsøgernes anmodning uden at åbne den forseglede kuvert eller undersøge dennes indhold, hvilken beslutning den meddelte sagsøgerne ved skrivelse af 1. april 2003. Den 8. maj 2003 vedtog Kommissionen en endelig beslutning, hvorved den afslog anmodningen om beskyttelse, stadig uden at gøre sig bekendt med indholdet af kategori A-dokumenterne. Det var først efter, at Domstolens præsident ved nævnte kendelse i sagen Kommissionen mod Akzo og Akcros havde ophævet kendelsen afsagt af Rettens præsident i sagen Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen i sagerne om foreløbige forholdsregler, at Kommissionen endelig gjorde sig bekendt med kategori A-dokumenterne. Under disse omstændigheder må det konkluderes, at vedtagelsen af afslaget af 8. maj 2003 ikke er i strid med proceduren om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

101 Under hensyn til de anførte betragtninger må det konkluderes, at Kommissionen har tilsidesat proceduren om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter for det første ved at tvinge sagsøgerne til at lade kategori A-dokumenterne og de håndskrevne notater i kategori B underkaste et summarisk gennemsyn, og for det andet ved at gøre sig bekendt med kategori B-dokumenterne, uden at have givet sagsøgerne mulighed for at anlægge sag ved Retten i Første Instans til anfægtelse af Kommissionens afslag på sagsøgernes anmodning om fortrolig behandling af disse dokumenter. Derimod må Retten forkaste det første anbringende,

hvormed sagsøgerne anfægter det summariske gennemsyn af de pågældende e-mails i kategori B, anvendelsen af fremgangsmåden med anbringelse i forseglet kuvert på kategori A-dokumenterne og vedtagelsen af afslaget af 8. maj 2003.

Det andet anbringende, hvorefter afslaget på anmodningen om beskyttelse af de omtvistede dokumenter under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter er uberettiget

102 Sagsøgerne har gjort gældende, at de fem omtvistede dokumenter er omfattet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Ifølge sagsøgerne må kategori A-dokumenterne og de håndskrevne notater i kategori B anses for det skriftlige grundlag for en mundtlig udveksling mellem klienten og en ekstern juridisk rådgiver, som er udarbejdet med henblik på at indhente et juridisk råd, mens de pågældende e-mails i kategori B udgør kommunikationer mellem advokat og klient til varetagelse af dennes ret til forsvar.

103 Kommissionen har gjort gældende, at de fem omtvistede dokumenter ifølge de kriterier, som er fastsat i retspraksis, klart er udelukket fra beskyttelsen under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter.

De to kopier af det maskinskrevne notat i kategori A

— Parternes argumenter

104 Ifølge sagsøgerne er de to særskilte kopier af et maskinskrevet notat på to sider fra Akcros Chemicals' generaldirektør til hans overordnede (sub-business unit manager,

herefter »SBU-manager«), der var dateret den 16. februar 2000, dokumenter i kategori A. De to kopier er identiske bortset fra, at den ene kopi indeholder følgende håndskrevne noter på s. 1:

»— givet til [SBU-manager] den 16.2.2000

— tilbagesendt til [SBU-manager] den 17.2.2000

— drøftet telefonisk med [X, sagsøgernes eksterne juridiske rådgiver] den 22.2.00«

105 Sagsøgerne anfører, at dette dokument skal vurderes på baggrund af den interne plan for overholdelse af konkurrenceretten, som blev udarbejdet af Akzo Nobel-koncernen efter råd fra, og i samarbejde med, en ekstern juridisk rådgiver. Som led i denne plan skulle sagsøgernes ansatte og ledende medarbejdere undersøge de konkurrenceretlige spørgsmål, der kunne opstå inden for de pågældendes ansvarsområde, og som derpå blev forelagt den eksterne rådgiver, der som svar afgav en juridisk udtalelse.

106 Ifølge sagsøgerne indeholder det pågældende notat en række oplysninger, som Akcros Chemicals' generaldirektør har indsamlet på grundlag af interne drøftelser med andre ansatte for at indhente juridisk rådgivning om den pågældende plan. Dokumentet er derfor det direkte resultat — og kan ikke adskilles herfra — af sagsøgernes bestræbelser på at indkredse de potentielle konkurrenceretlige problemer og indhente juridisk rådgivning herom hos deres eksterne juridiske rådgiver.

107 Begivenhedernes forløb bekræfter denne udgave af de faktiske omstændigheder. Efter at generaldirektøren for Akcros Chemicals havde modtaget skrivelsen af 28. januar 2000 fra bestyrelsesformanden for Akzo Nobel vedrørende planen for overholdelse af konkurrenceretten, talte denne med sine ansatte om spørgsmål i forbindelse hermed. Under disse drøftelser gjorde han nogle notater, nemlig de håndskrevne notater i kategori B. Onsdag den 16. februar 2000 gav generaldirektøren SBU-manageren kopierne af notatet i kategori A. Torsdag den 17. februar 2000 tilbagesendte SBU-manageren dem til generaldirektøren. Tirsdag den 22. februar 2000 blev notatet anvendt som grundlag for drøftelsen med [X], sagsøgernes eksterne juridiske rådgiver.

108 Sagsøgerne har anført, at de to kriterier, Domstolen har angivet i AM & S-dommen, er fælles for medlemsstaternes retssystemer hvad angår beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter — nemlig at korrespondancen er udvekslet med henblik på og som led i en klients ret til forsvar, og at den udveksles med en uafhængig advokat, — er opfyldt i den foreliggende sag. De præciserer, at de ikke påstår, at den omstændighed alene, at det omtvistede dokument er udarbejdet som led i planen for overholdelsen af konkurrenceretten, er tilstrækkeligt til at anse dokumentet for fortroligt. Kommissionen har imidlertid ved at afvise muligheden af, at en sådan plan kan udgøre en ramme for udveksling af korrespondance, som nyder retlig beskyttelse, overset grundlæggende aspekter af sin egen ordning for gennemførelse af konkurrenceretten. Således ville en virksomhed som følge af, at ordningen med anmeldelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF er afskaffet, for det første blive forhindret i at kunne afgøre frit og uden bekymringer med bistand fra en ekstern eller intern juridisk rådgiver, om dens praksis er i overensstemmelse med fællesskabsretten, såfremt indholdet af dokumenter, som er udarbejdet som led i virksomhedens egen, interne vurdering, kunne afsløres. For det andet bør ifølge sagsøgerne de dokumenter, som udarbejdes som led i en sådan vurdering, anses for fortrolige på grund af karakteren af anmodningen om skånsom behandling og behovet for at foretage en intern undersøgelse og indsamle materielle beviser.

109 I øvrigt bestrider sagsøgerne Kommissionens påstand om, at det maskinskrevne notat ikke indeholder nogen indikationer for, at der er en forbindelse mellem generaldirektørens bemærkninger og ønsket om at søge juridisk rådgivning hos en

ekstern rådgiver, og at det ikke er godtgjort, at der blev søgt og opnået et sådant råd. Ifølge sagsøgerne viser kommentarerne på den første side af den ene af de to kopier af notatet, at dokumentet blev anvendt som middel til at søge et juridisk råd hos den pågældende advokat. På samme måde fremgår det af et internt notat fra denne advokat af 22. februar 2000 og hans agenda fra samme dag, at der blev anmodet om og givet et juridisk råd. Samme dag faxede generaldirektøren supplerende oplysninger til den eksterne advokat under henvisning til deres tidligere telefonsamtale. Sagsøgerne har endvidere anført, at det ikke er noget krav ifølge AM & S-dommen og Rettens kendelse af 4. april 1990 i sagen Hilti mod Kommissionen (sag T-30/89, Sml. II, s. 163, offentliggjort i uddrag), at der i den beskyttede korrespondance findes en indikation for, at der er forbindelse til indhentningen af et juridisk råd, eller at korrespondancen er udvekslet alene med henblik på at indhente et sådant råd.

110 Efter sagsøgernes opfattelse er det eneste, som adskiller den foreliggende sag fra den almindelige situation, der forelå i AM & S-dommen, at oplysningerne blev videregivet mundtligt til den eksterne advokat på grundlag af generaldirektørens notat. Hvis denne havde tilsendt resultatet af sine undersøgelser i et notat til en ekstern advokat med kopi til sin overordnede, ville Kommissionen sikkert have anerkendt, at dette dokument var fortroligt. Som det fremgår af kendelsen i sagen Hilti mod Kommissionen, afhænger fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter ikke så meget af dokumentets form som af dets indhold.

111 CCBE har gjort gældende, at de dokumenter, som udarbejdes med henblik på indhentning af juridisk rådgivning, er omfattet af kravet om fortrolighed i advokaters korrespondance med klienter, og at der i den forbindelse må tages hensyn til det væsentligste formål med den pågældende meddelelse. Det er dog ikke tilstrækkeligt for at beskytte dokumentet, at virksomheden erklærer, at det er udarbejdet som led i en plan for overholdelse af konkurrencereglerne, selv om planen er udarbejdet i samråd med en ekstern advokat og gennemført under dennes tilsyn. Den omstændighed, at det ikke i den foreliggende sag fremgår af kategori A-dokumenternes ydre form, at de er udarbejdet i dette formål, kan dog ikke være et afgørende kriterium. Den

nederlandske advokatsammenslutning, ECLA, ACCA og IBA har gjort gældende, at forberedende dokumenter, som udarbejdes med henblik på indhentning af et juridisk råd, må anses for beskyttet af kravet om fortroligheden i advokaters korrespondance med klienter.

112 Kommissionen har gjort gældende, at ifølge AM & S-dommen (præmis 21-23) og kendelsen i sagen Hilti mod Kommissionen (præmis 18) omfatter fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter kun skriftlige meddelelser mellem en advokat og en klient, der foretages som led i og af hensyn til en klients ret til forsvar og interne notater, som blot gengiver ordlyden af eller indholdet af sådanne meddelelser.

113 I den foreliggende sag falder de omhandlede dokumenter ikke efter Kommissionens opfattelse ind under kategorien af skriftlige meddelelser mellem advokater og klienter og gengiver ikke indholdet heraf. Bemærkningerne i det omtvistede notat gengiver de interne drøftelser, som generaldirektøren har haft med andre ansatte som led i gennemførelsen af planen om virksomhedens overholdelse af konkurrenceretten, og ikke drøftelser, han har haft med en ekstern advokat.

114 Kommissionen er modstander af at udvide det materielle anvendelsesområde for den korrespondance mellem advokater og klienter, som er fortrolig, til dokumenter, der udarbejdes som forberedelse til indhentning af juridisk rådgivning. En sådan udvidelse har hverken støtte i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (EMRK) eller i de forfatningstraditioner, som er fælles for medlemsstaterne. AM & S-dommen fastsætter et højt beskyttelsesniveau i fællesskabsretten, som er videre end det, der gælder i mange medlemsstater, da den omfatter dokumenter, som opbevares hos klienten, og også kan omfatte dokumenter, der udveksles med en uafhængig advokat, før der er indledt en procedure mod klienten.

115 Under alle omstændigheder bestrider Kommissionen sagsøgernes opfattelse om, at det notat, hvoraf de to maskinskrevne kopier udgør kategori A-dokumenter, blev udarbejdet med henblik på indhentning af et juridisk råd. Der er ingen angivelse i det maskinskrevne notat af, at der er en forbindelse mellem bemærkningerne fra Akcros' generaldirektør og indhentningen af et juridisk råd fra en ekstern advokat. Den håndskrevne angivelse af navnet på en advokat, som findes på en af de to kopier af notatet, godtgør højst, at der blev ført en samtale med denne vedrørende notatet. Den omstændighed, at navnet på den eksterne advokat blev tilføjet med håndskrift efter notatets udarbejdelse, og kun på én af de to kopier, viser, at notatet ikke blev udarbejdet med henblik på indhentning af juridisk rådgivning. På samme måde har sagsøgerne ikke fremlagt nogen dokumenter, som godtgør, at der faktisk blev indhentet og givet et juridisk råd, bortset fra fremlæggelsen af [X's] agenda og en henvisning til det angivelige referat, som denne har givet af sin samtale med generaldirektøren.

116 Hvad angår sagsøgernes påberåbelse af planen for Akzo Nobels overholdelse af konkurrenceretten rejser Kommissionen tvivl om dennes bevisværdi. Denne plan er ikke nævnt i nogen af kategori A-dokumenterne. Under alle omstændigheder udgør det forhold, at der er udarbejdet et dokument som led i en plan for en virksomheds overholdelse af konkurrenceretten, ikke tilstrækkelig bevis for, at dokumentet er fortroligt. Et sådant program udgør en proces for intern evaluering, som indebærer kontakter mellem de ansatte for at blive klar over, om virksomheden overholder konkurrenceretten, og har både en pædagogisk, disciplinær og overvågende funktion, som ikke er begrænset til at beskytte retten til forsvar. Det kunne let føre til alskens former for misbrug, hvis man gav en virksomhed mulighed for at påberåbe sig beskyttelsen af et dokument alene med den begrundelse, at dette aldrig ville være udarbejdet uden en plan for virksomhedens overholdelse af konkurrenceretten og en ekstern advokats vejledning.

— Rettens bemærkninger

117 Det skal indledningsvis bemærkes, at forordning nr. 17 ifølge AM & S-dommen skal fortolkes således, at forordningen beskytter fortroligheden af korrespondancen med

advokater, såfremt der er tale om en korrespondance, der udveksles af hensyn til klientens forsvar, og som hviler på hans ret til et sådant, og såfremt korrespondancen hidrører fra en uafhængig advokat (dommens præmis 21, 22 og 27). Hvad angår den første af disse to betingelser må denne beskyttelse for at kunne være effektiv ikke alene uden videre omfatte enhver korrespondance, der er udvekslet, efter at en administrativ procedure er indledt i medfør af forordningen, der kan føre til en beslutning om at bringe artikel 81 EF og 82 EF i anvendelse eller til en beslutning, der pålægger virksomheden en økonomisk sanktion. Beskyttelsen må også udstrækkes til at omfatte enhver tidligere korrespondance, der står i forbindelse med genstanden for en sådan procedure (AM & S-dommen, præmis 23). Det er præciseret i Rettens kendelse i sagen Hilti mod Kommissionen, at henset til formålet med den beskyttelse, der gælder for meddelelser mellem advokat og klient, må beskyttelsen antages også at omfatte interne notater, som udsendes inden for en virksomhed, og som blot gengiver ordlyden eller indholdet af meddelelser, som udveksles med uafhængige advokater, og som indeholder juridiske råd (kendelsens præmis 13 og 16-18).

118 I den foreliggende sag må det fastslås, at kategori A-dokumenterne ikke i sig selv udgør en korrespondance, som er udvekslet med en uafhængig advokat, eller et internt notat, som gengiver indholdet af en meddelelse fra eller til en sådan advokat. Sagsøgerne har heller ikke gjort gældende, at disse dokumenter er udarbejdet med henblik på at skulle tilsendes en uafhængig advokat. Det må derfor antages, at disse dokumenter ikke formelt henhører under de kategorier af dokumenter, som udtrykkeligt er omhandlet i den nævnte retspraksis.

119 Sagsøgerne gør dog gældende, at de pågældende dokumenter må antages at være omfattet af hensynet til beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, da de ifølge sagsøgerne er udarbejdet med henblik på indhentning af et juridisk råd. Ifølge sagsøgerne er dokumenterne nærmere bestemt blevet udarbejdet til brug for en telefonisk samtale med en advokat, der blev ført for at indhente et juridisk råd.

120 I den forbindelse skal erindres om, at princippet om fortroligheden af korrespondancen mellm advokater og klienter udgør et nødvendigt led i den fulde udøvelse

af retten til forsvar (AM & S-dommen, præmis 23) (jf. præmis 77 ovenfor). Ifølge fast retspraksis er det et grundlæggende princip i fællesskabsretten, at der skal indrømmes ret til kontradiktion (herefter »retten til forsvar«) i enhver procedure, som kan føre til, at der pålægges sanktioner, navnlig bøder eller tvangsbøder, og dette princip skal også overholdes, når der er tale om en procedure af administrativ karakter (Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-Laroche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 9, og Rettens dom af 14.5.1998, sag T-308/94, Cascades mod Kommissionen, Sml. II, s. 925, præmis 39). Det er således nødvendigt at forhindre, at retten til forsvar undergraves uopretteligt under procedurer, hvorved der foretages en indledende undersøgelse, herunder i form af kontrolundersøgelser, som kan være afgørende for tilvejebringelse af bevismateriale, der godtgør, at virksomheder har handlet retsstridigt på en sådan måde, at de ifalder ansvar (Domstolens dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 2859, præmis 15).

121 I den forbindelse er det vigtigt at erindre om, at hensynet til beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter er modstykket til kravet om, at enhver borger skal have mulighed for frit at henvende sig til en advokat, der ifølge sin stilling har til opgave at yde uafhængig juridisk rådgivning til enhver, der har behov herfor (AM & S-dommen, præmis 18). Dette princip har derfor nær sammenhæng med opfattelsen af advokatens rolle som en medarbejder i rettens tjeneste (AM & S-dommen, præmis 24) (jf. præmis 77 ovenfor).

122 Hvis en borger imidlertid frit skal kunne henvende sig til sin advokat, og denne effektivt skal kunne udøve sin rolle som en medarbejder i rettens tjeneste, der yder juridisk bistand til sikring af den fulde udøvelse af retten til forsvar, kan det under visse omstændigheder vise sig at være nødvendigt, at klienten udarbejder arbejdsdokumenter eller sammenfattende dokumenter, navnlig af hensyn til indsamlingen af oplysninger, som er nyttige eller nødvendige for advokaten for at kunne forstå baggrunden for de omstændigheder, for hvilke han anmodes om juridisk bistand og disse omstændigheders karakter og omfang. Det kan navnlig være nødvendigt at forberede sådanne dokumenter på områder, hvor der er impliceret en stor mængde komplicerede oplysninger, hvilket normalt er tilfældet i sager, der indebærer pålæggelse af sanktioner for overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF. I sådanne tilfælde vil den omstændighed, at Kommissionen under en kontrolundersøgelse gør sig bekendt med dokumenter af denne karakter, kunne være til skade for den undersøgte

virksomheds ret til forsvar og tilsidesætte den almene interesse i at sikre, at enhver borger frit kan henvende sig til sin advokat.

123 Det må derfor antages, at sådanne forberedende dokumenter kan være beskyttet af kravet om fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, selv om der ikke har fundet nogen udveksling sted herom med en advokat, eller de ikke er blevet udarbejdet for at kunne tilsendes denne, såfremt de er oprettet alene med det formål at indhente juridisk rådgivning hos en advokat med henblik på udøvelsen af retten til forsvar. Derimod er den omstændighed alene, at et dokument er blevet drøftet med en advokat, ikke tilstrækkeligt til, at det nyder beskyttelse.

124 I den forbindelse skal bemærkes, at hensynet til beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter udgør en undtagelse fra Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, som er af afgørende betydning for, at den kan afsløre, stoppe og straffe overtrædelser af konkurrencereglerne. Sådanne overtrædelser er i øvrigt ofte godt camoufleret og normalt meget skadelige for det fælles markeds funktion. Adgangen til at beskytte et forberedende dokument under hensyn til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter skal derfor fortolkes indskrænkende. Det er den virksomhed, der påberåber sig beskyttelsen, som har bevisbyrden for, at de pågældende dokumenter alene er udarbejdet med det formål at indhente juridisk rådgivning fra en advokat. Dette skal fremgå klart af selve dokumenternes indhold eller af den sammenhæng, hvori de er udarbejdet og forefundet.

125 Det skal derfor efterprøves, om sagsøgerne i den foreliggende sag har godtgjort, at notatet af 16. februar 2000 fra Akcros Chemicals' generaldirektør, hvoraf de to kopier udgør kategori A-dokumenterne, blev udarbejdet alene med det formål at indhente juridisk rådgivning fra en advokat med henblik på udøvelsen af retten til forsvar.

126 Herom har sagsøgerne for det første gjort gældende, at notatet blev udarbejdet som led i virksomhedens plan for overholdelse af konkurrenceretten, der blev iværksat og koordineret af et advokatkontor, og havde til formål at blive klar over de potentielle problemer i forbindelse med konkurrencereglerne og at indhente juridisk rådgivning herom. Notatet indeholder oplysninger, som Akcros Chemicals' generaldirektør indsamlede på grundlag af interne drøftelser med andre ansatte med henblik på at indhente juridisk rådgivning om den pågældende plan. Der er flere omstændigheder, som godtgør, at notatet havde til formål at indhente juridisk rådgivning, og at der faktisk blev anmodet om og givet juridisk rådgivning.

127 Hvad for det første angår henvisningen til sagsøgernes plan for overholdelse af konkurrencereglerne skal bemærkes, at den omstændighed alene, at et dokument er udarbejdet som led i et sådant program, ikke er tilstrækkeligt til, at dokumentet nyder beskyttelse under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Sådanne planer er nemlig på grund af deres omfang forbundet med opgaver og indeholder oplysninger, som ofte går langt videre end udøvelsen af retten til forsvar. Navnlig medfører den omstændighed, at en ekstern advokat har udarbejdet/samordnet en plan for en virksomheds overholdelse af konkurrenceretten, ikke uden videre, at alle de dokumenter, som er udarbejdet som led i en sådan plan eller i forbindelse hermed, er beskyttet af hensynet til fortroligheden.

128 Hvad dernæst for det første angår de håndskrevne optegnelser, som findes på en af de to kopier af notatet, hvori der omtales en telefonsamtale med en ekstern advokat, for det andet denne advokats agenda, som bekræfter telefonsamtalen, for det tredje den omstændighed, at den pågældende advokat angiveligt har udarbejdet et internt notat herom, og for det fjerde, at Akcros Chemicals' generaldirektør faxede advokaten supplerende oplysninger, er Retten af den opfattelse, at disse forskellige omstændigheder alene godtgør, at indholdet af det pågældende notat blev drøftet telefonisk af Akcros Chemicals' generaldirektør og den pågældende advokat. De godtgør ikke i sig selv, at notatet blev udarbejdet med det formål — og så meget mindre alene med dette formål — at bede advokaten om et juridisk råd.

129 I den forbindelse må det fastslås, at notatet ikke var rettet til advokaten, men til en af de overordnede for Akcros Chemicals' generaldirektør, nemlig den nævnte SBU-manager. Det fremgår således af det første punktum i notatet, at det blev udarbejdet på dennes foranledning. Notatet indeholdt nemlig svar på SBU-managerens spørgsmål om, hvorvidt der fandtes nogen aktiviteter i en af sagsøgernes afdelinger, som Akcros Chemicals' generaldirektør var ansvarlig for, som var i strid med konkurrencereglerne. Notatet indeholder en beskrivelse af aktiviteter og praksis, som kunne medføre en anvendelse af konkurrencereglerne. Som konklusion fremsatte Akcros Chemicals' generaldirektør to forslag til sin overordnede, som han bad om godkendelse af.

130 Notatet indeholder imidlertid ingen angivelse af, at der skulle indhentes juridisk rådgivning. Det nævnes således ikke, at der var behov for en vurdering af, om en bestemt praksis var i overensstemmelse med konkurrencereglerne, eller omtales muligheden for at anmode om bødefritagelse eller bødenedsættelse. Endelig vedrører ingen af de to heri nævnte forslag behovet for eller hensigtsmæssigheden af at indhente et juridisk råd vedrørende den undersøgte handlemåde eller de foranstaltninger, som skulle træffes.

131 I øvrigt bemærkes, at selv om indsamlingen af de pågældende oplysninger kan have udgjort et led i gennemførelsen af sagsøgernes plan for overholdelse af konkurrencereglerne, var udarbejdelsen af notatet klart ikke i overensstemmelse med den metode, som var fastlagt i planen. Som det fremgår af skrivelsen af 28. januar 2000 fra Akzo Nobels bestyrelsesformand, der bl.a. var tilsendt den pågældende SBU-manager, var det nemlig fastsat i planen, at alle oplysninger eller spørgsmål vedrørende en handlemåde, som kunne være i strid med konkurrenceretten, skulle meddeles sagsøgernes eksterne advokater mundtligt og direkte, bortset fra tilfældet vedrørende De Forenede Stater eller Canada.

132 Under disse omstændigheder finder Retten ikke, at det fremgår af dokumentets indhold eller af de omstændigheder og forklaringer, som er fremført af sagsøgerne,

uanset om disse vurderes for sig eller som helhed, at det pågældende notat blev udarbejdet af Akcros Chemicals' generaldirektør alene med det formål at indhente et juridisk råd. Derimod er Retten af den opfattelse, at den mest plausible forklaring er, at notatet blev udarbejdet af Akcros Chemicals' generaldirektør hovedsagelig med det formål at anmode om godkendelse fra dennes overordnede til de forslag, han fremsatte vedrørende den konstaterede handlemåde. Denne fortolkning bekræftes i øvrigt af de håndskrevne kategori B-notater. Heri har Akcros Chemicals' generaldirektør nemlig udtrykkeligt angivet, at hans overordnede, den nævnte SBU-manager, kunne have en anden opfattelse vedrørende den strategi, som burde følges vedrørende nogle af de situationer, som var beskrevet i notatet. Dette forklarer, at Akcros Chemicals' generaldirektør udarbejdede et notat til sin overordnede, hvori han beskrev den konstaterede handlemåde, fremsatte forslag vedrørende de foranstaltninger, som skulle træffes, og bad om den overordnedes godkendelse deraf.

133 Denne opfattelse af de faktiske omstændigheder afkræftes ikke af begivenhedernes rækkefølge, som sagsøgerne selv har beskrevet den. Den 16. februar 2000 sendte Akcros Chemicals' generaldirektør nemlig det pågældende notat til den nævnte SBU-manager. Den 17. februar 2000 blev udkastet tilbagesendt til generaldirektøren af SBU-manageren. Først den 22. februar 2000 drøftede Akcros Chemicals' generaldirektør notatets indhold med advokaten. Som tidligere angivet godtgør denne efterfølgende drøftelse med advokaten ikke i sig selv, at det pågældende notat blev udarbejdet alene med det formål at indhente et juridisk råd (jf. præmis 123 ovenfor).

134 På grundlag af samtlige foranstående betragtninger må det derfor konkluderes, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at notatet af 16. februar 2000 fra Akcros Chemicals' generaldirektør blev udarbejdet alene med det formål at indhente et juridisk råd fra en advokat som led i udøvelsen af retten til forsvar.

135 Følgelig har Kommissionen ikke begået nogen fejl ved at antage, at de to kopier af dette udkast, som udgjorde kategori A-dokumenterne, ikke var beskyttet af hensynet til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

De håndskrevne notater i kategori B

— Parternes argumenter

136 Sagsøgerne har anført, at det første dokument i kategori B er de håndskrevne notater, som blev foretaget af Akcros Chemicals' generaldirektør under de drøftelser, han havde med underordnede ansatte, og som blev anvendt til udarbejdelse af det maskinskrevne notat, hvoraf kopierne udgør kategori B-dokumenterne. Sagsøgerne har herom, med støtte fra CCBE, gjort gældende, at hvis kategori A-dokumenterne anerkendes at være beskyttet af hensynet til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, må dette også gælde for de forberedende notater hertil.

137 Heroverfor har Kommissionen anført, at de pågældende notater ikke er beskyttet af fortrolighedskravet, da de er udarbejdet med henblik på forberedelse af dokumenter, som ikke er omfattet af fortrolighedskravet.

— Rettens bemærkninger

138 Det fremgår af gennemgangen af de håndskrevne notater i kategori B, at de, som angivet af sagsøgerne, er udarbejdet alene til brug for det udkast, hvoraf de to kopier udgør kategori A-dokumenterne. Da Retten har konkluderet, at dette notat ikke er beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter, må det konkluderes, at heller ikke disse notater er omfattet af denne beskyttelse.

139 I øvrigt skal det fremhæves, at de omhandlede håndskrevne notater ikke indgår i en korrespondance med en advokat og ikke gengiver ordlyden af eller indholdet af korrespondance med en advokat vedrørende juridiske råd. Sagsøgerne har heller ikke godtgjort, at de håndskrevne notater blev udarbejdet alene med henblik på at indhente et juridisk råd hos en advokat som led i udøvelsen af retten til forsvar.

140 Det må derfor fastslås, at Kommissionen ikke har begået nogen fejl ved at afslå at give de håndskrevne notater i kategori B den beskyttelse, som sagsøgerne har rejst krav om under henvisning til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter.

De e-mails i kategori B, som er udvekslet med en medarbejder i sagsøgernes juridiske afdeling

— Parternes argumenter

141 Sagsøgerne har anført, at de to øvrige dokumenter i kategori B vedrører en e-mail-korrespondance mellem Akcros Chemicals' generaldirektør og S., som er medarbejder i Akzo Nobels juridiske afdeling. Efter sagsøgernes opfattelse må denne korrespondance anses for beskyttet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter.

142 Sagsøgerne har til støtte herfor fremført to argumenter. De gør principalt gældende, at korrespondance med virksomhedsjurister, som hører til advokatstanden i en medlemsstat — og i hvert fald korrespondance med virksomhedsjurister, som hører til den nederlandske advokatstand, sådan som det er tilfældet med S. — må være

beskyttet i overensstemmelse med de principper, som er fastsat i AM & S-dommen. Subsidiært gør de gældende, at såfremt AM & S-dommen fortolkes således, at den er til hinder for en sådan beskyttelse, vil det være nødvendigt at udvide det personelle anvendelsesområde for den beskyttelse, der er fastsat i nævnte dom, og give de pågældende dokumenter den påberåbte beskyttelse.

143 Til støtte for deres hovedargument gør sagsøgerne gældende, at i modsætning til den indskrænkende fortolkning, Kommissionen har anlagt af AM & S-dommen, bør korrespondance fra virksomhedsjurister, navnlig dem, som tilhører en medlemsstats advokatstand, være omfattet af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. De erkender, at Domstolen i nævnte dom har begrænset beskyttelsen til »uafhængige« advokater, hvilken kategori ikke ifølge dommen omfatter advokater, som er ansat af deres klienter. Den afgørende omstændighed ifølge AM & S-dommen er således advokatens uafhængighed. Efter sagsøgernes opfattelse er det imidlertid uberettiget kun at anerkende, at eksterne advokater er uafhængige. Også virksomhedsjurister er undergivet forpligtelsen til ikke at deltage i ulovlig virksomhed, ikke at hemmeligholde oplysninger eller at forhindre rettens gang. Det gælder i endnu højere grad inden for retssystemer, hvor en virksomhedsjurist kan tilhøre advokatstanden og som sådan har en uafhængig stilling over for sin arbejdsgiver.

144 Sagsøgerne har anført, at S. tilhører den nederlandske advokatstand og er referencepersonen for Akzo Nobels plan for overholdelse af konkurrenceretten. Han har ingen andre opgaver i virksomheden end at være dens juridiske rådgiver og tilhører ikke ledelsen. Som medlem af det nederlandske advokatsamfund er han undergivet dettes faglige og etiske regler, hvilket giver ham en høj grad af uafhængighed. I øvrigt er S. i kraft af nederlandsk ret omfattet af de ansættelsesvilkår, som han har indgået aftale om med sin arbejdsgiver, og ifølge hvilke ledelsen af koncernen Akzo Nobel har godtaget, at forpligtelsen til uafhængighed og overholdelse af advokatsamfundets regler ifølge nederlandsk ret har forrang for loyaliteten over for koncernen. Hvad angår princippet om beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter må korrespondancen mellem S. og Akcros Chemicals'

generaldirektør ligestilles med korrespondance mellem virksomheden og en ekstern advokat. S. bør derfor ikke blot betragtes som en intern rådgiver, men snarere som en uafhængig advokat, der tilhører den nederlandske advokatstand og arbejder som jurist i en virksomhed.

145 Endvidere gør sagsøgerne gældende, at S. som led i den pågældende korrespondance gav et juridisk råd om, hvorledes visse spørgsmål, der opstod i forbindelse med planen om Akzo Nobels overholdelse af konkurrenceretten, skulle behandles. Dette juridiske råd var baseret på rådet fra sagsøgernes eksterne advokat.

146 CCBE har gjort gældende, at der med hensyn til beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter ikke bør sondres mellem de juridiske rådgivere, som er ansat af det selskab, de rådgiver, og dem, som ikke er ansat, men mellem rådgivere, som der påhviler faglige forpligtelser, som overvåges af advokatsamfundet i den pågældende medlemsstat, og de rådgivere, som der ikke påhviler sådanne forpligtelser. Denne løsning sikrer gennemførelsen af de principper, som ligger til grund for AM & S-dommen, nemlig kriterierne om, at rådgiveren er uafhængig og undergivet officielle faglige regler. Ifølge CCBE opfylder S. alle de kriterier om uafhængighed, som er fastsat i dommen, selv om han er ansat af virksomheden.

147 ECLA har gjort gældende, at Domstolen ikke udtrykkeligt har fastslået i AM & S-dommen, at en ansat advokat aldrig kan betragtes som uafhængig. En virksomhed bør være berettiget til at indhente et juridisk råd hos den advokat, den ønsker, uden dermed at skabe et bevis, som kan anvendes mod den, såfremt advokaten er tilstrækkelig kvalificeret og undergivet relevante deontologiske og disciplinære bestemmelser. Endvidere er interne rådgivere i kraft af medlemsstaternes arbejdslovgivning beskyttet mod opsigelser, der skyldes, at rådgiveren har vægret sig ved at udføre en opgave, som er i strid med fagetiske regler.

148 Den nederlandske advokatsammenslutning har gjort gældende, at Domstolen ikke i AM & S-dommen kategorisk afviste at anerkende, at korrespondance fra virksomhedsjurister er omfattet af det samme hensyn til fortrolighed, som kendertegner korrespondancen mellem advokater og klienter. Ifølge dommen har beskyttelsen nær sammenhæng med betingelsen om, at advokaten skal være uafhængig. Advokater, som tilhører den nederlandske advokatstand, og som er ansat i en virksomhed, er imidlertid lige så uafhængige af deres klient/arbejdsgiver som andre advokater og har samme stilling og samme rettigheder og forpligtelser som disse, herunder hvad angår beskyttelsen på grund af hensynet til fortroligheden, og kan pålægges de samme sanktioner.

149 I den forbindelse har den nederlandske advokatsammenslutning anført, at der i 1996 blev vedtaget en lovgivning i Nederlandene, som udtrykkeligt tillader advokater at være ansat. De ansatte advokaters uafhængighed sikres ved, at de indgår en aftale med deres arbejdsgiver om ansættelsesvilkårene, i kombination med de disciplinære og fagetiske regler, der gælder som følge af, at de tilhører den nederlandske advokatstand. Denne aftale vedrørende ansættelsesvilkårene indeholder en række strenge forpligtelser, som styrker advokatens uafhængighed over for hans arbejdsgiver. I øvrigt er arbejdsgiveren ifølge aftalen forpligtet til at give den ansatte advokat mulighed for at overholde de disciplinære og fagetiske regler, som gælder for udøvelsen af hans erhverv. Heraf konkluderer den nederlandske advokatsammenslutning, at de principper, som ligger til grund for AM & S-dommen, indebærer, at den beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen, som gælder i forholdet mellem advokater og klienter, også gælder for S.

150 Kommissionen har gjort gældende, at de omtvistede e-mails ikke udgør en korrespondance med en uafhængig advokat, ikke indeholder noget udsagn, som viser, at hensigten var at komme i forbindelse med en uafhængig advokat, og heller ikke gengiver ordlyden eller indholdet af skriftlig korrespondance med en uafhængig advokat som led i og med henblik på udøvelsen af sagsøgernes ret til forsvar. Det afgørende spørgsmål er derfor, om de skal beskyttes, netop fordi de udgør en intern korrespondance med en af de ansatte i sagsøgernes juridiske afdeling. I modsætning til, hvad sagsøgerne hævder, har Domstolen imidlertid udtrykkeligt fastslået i AM & S-dommen, at korrespondance mellem en virksomhed og den internt ansatte jurist ikke er beskyttet af fortrolighedskravet.

151 Sagsøgerne har i det væsentlige hvad angår deres subsidiære argument fremført fem grunde til støtte for deres opfattelse om, at hvis AM & S-dommen skal fortolkes således, at virksomhedsjurister ikke er omfattet af den personkreds, som er beskyttet af kravet om fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, må det personelle anvendelsesområde for denne beskyttelse udvides ud over, hvad der er fastsat i denne dom.

152 For det første anfører sagsøgerne, at visse medlemsstater siden afsigelsen af AM & S-dommen har udvidet anvendelsesområdet for den beskyttelse af fortroligheden, som gælder for korrespondance mellem advokater og klienter, og har indført nye muligheder for, at virksomhedsjurister optages i den nationale advokatstand. Ifølge sagsøgerne accepterer et flertal af medlemsstaterne i dag, at virksomhedsjurister er omfattet af denne beskyttelse.

153 Endvidere har ECLA på grundlag af en retssammenlignende undersøgelse gjort gældende, at lovgivningen i de fleste medlemsstater i dag anerkender virksomhedsjuristers uafhængighed og deres korrespondances fortrolighed. ACCA har anført, at der siden 1982 har været en stigende tendens i medlemsstaterne til at udvide beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter til også at gælde for virksomhedsjurister. Ifølge CCBE anerkendes denne beskyttelse for virksomhedsjurister dog ikke i Frankrig, Italien, Luxembourg, Finland, Østrig og Sverige. Efter CCBE's opfattelse er det afgørende spørgsmål dog, om ansatte virksomhedsjurister i hver enkelt af medlemsstaterne er undergivet de faglige regler eller ej, da forpligtelsen til at beskytte fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter normalt er knyttet til den pågældendes stilling som medlem af et advokatsamfund. I visse lande gælder der et absolut forbud for advokater, som tilhører advokatstanden, mod at være ansat — det gælder f.eks. i Belgien og Grækenland — hvorimod det er tilladt i andre lande, såsom Danmark, Tyskland, Spanien, Irland, Nederlandene, Portugal og Det Forenede Kongerige.

154 Kommissionen har anført, at der allerede på tidspunktet for afsigelsen af AM & S-dommen gjaldt særlige regler i visse medlemsstater for virksomhedsjurister. Efter

Kommissionens opfattelse har denne situation ikke ændret sig siden hen. Det er således ubestridt, at virksomhedsjurister i Frankrig, Italien, Luxembourg, Østrig og Finland ikke nyder en tilsvarende beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen, som gælder i forholder mellem advokater og klienter. I øvrig gør Kommissionen gældende, at de konklusioner, som ECLA har draget i sin rapport, ikke har den entydige karakter, som denne hævder.

155 Hvad angår virksomhedsjuristers tilhørsforhold til advokatstanden anfører Kommissionen, at det ganske vist i visse medlemsstater er muligt at være ansat og advokat på samme tid — bl.a. i Spanien og Det Forenede Kongerige — og at ansatte jurister i andre lande kan være advokater på visse betingelser — bl.a. i Tyskland og Nederlandene — men at det i mange medlemsstater er udelukket samtidig at være ansat og fungere som advokat — f.eks. i Den Tjekkiske Republik, Frankrig, Italien, Letland, Litauen, Ungarn, Østrig og Sverige. I de sidstnævnte medlemsstater er korrespondance med virksomhedsjurister ikke beskyttet af fortrolighedskravet. Endelig er det ikke noget krav i Finland at være medlem af advokatsamfundet for at udøve erhverv som uafhængig advokat. Heraf konkluderer Kommissionen, at langt størstedelen af medlemsstaterne ikke anerkender fortroligheden af virksomhedsjuristers korrespondance, selv når de kan være udøvende advokater. Det ville efter Kommissionens opfattelse under alle omstændigheder medføre retlig usikkerhed, såfremt man fastsatte et princip i fællesskabsretten på grundlag af den udvikling, der har fundet sted i visse medlemsstater.

156 For det andet har sagsøgerne anført, at Fællesskabets konkurrenceret siden AM & S-dommen har gennemgået flere gennemgribende reformer, som gør det nødvendigt at tage op til fornyet vurdering, om beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter også bør gælde for virksomhedsjurister, navnlig dem, som tilhører den nationale advokatstand. Som led i moderniseringen af Fællesskabets konkurrenceret er der således såvel ved forordning nr. 1/2003 som ved Kommissionens meddelelser om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3) pålagt virksomhederne et øget ansvar for at vurdere og sikre sig, at deres handlemåde er i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

Selv om virksomhedens egen vurdering heraf normalt foretages under tilsyn af en ekstern advokat, spiller virksomhedsjuristerne en væsentlig rolle heri, som ville blive hæmmet, hvis de var udelukket fra den beskyttelse, som gælder for korrespondancen mellem advokater og klienter.

157 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at den omstændighed, at forordning nr. 17 er blevet afløst af forordning nr. 1/2003, som stiller større krav til virksomhederne om, at de selv vurderer, om deres aftaler er forenelige med betingelserne i artikel 81, stk. 3, EF, ikke har nogen betydning for den foreliggende sag, da spørgsmålet om fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter vanskeligt kan opstå i denne forbindelse.

158 For det tredje har sagsøgerne gjort gældende, at den forskellige behandling, i henseende til beskyttelsen af deres korrespondances fortrolighed, af eksterne advokater og virksomhedsjurister, som tilhører advokater med bestalling i en medlemsstat, er vilkårlig og derfor i strid med ligebehandlingsprincippet, ligesom den rejser spørgsmål i relation til etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Denne opfattelse støttes af ACCA, som tilføjer, at AM & S-dommen også forskelsbehandler jurister uden for Fællesskabet, da beskyttelsen af fortroligheden kun gælder for advokater med bestalling i en af medlemsstaterne (dommens præmis 25).

159 Kommissionen har anført, at det grundlæggende princip, hvorefter virksomheder er berettiget til en retfærdig rettergang og navnlig til frit at kunne henvende sig til den advokat, de ønsker, ikke indskrænkes urimeligt i forhold til virksomhedsjurister gennem de begrænsninger, som er fastsat i AM & S-dommen. I øvrigt finder Kommissionen, at ACCA har rejst et nyt spørgsmål, som ikke er blevet rejst af sagsøgerne og derfor må afvises fra realitetsbehandling, idet spørgsmålet dog under alle omstændigheder ikke kommer på tale i den foreliggende sag.

160 For det fjerde har sagsøgerne henvist til Rettens dom af 7. december 1999, Interporc mod Kommissionen (sag T-92/98, Sml. II, s. 3521), som Domstolen stadfæstede ved

dom af 6. marts 2003, Interporc mod Kommissionen (sag C-41/00 P, Sml. I, s. 2125), hvori Retten antog, at korrespondance mellem jurister i Kommissionens Juridiske Tjeneste og Kommissionen var beskyttet af hensynet til fortroligheden i korrespondance mellem advokater og klienter. Der er imidlertid ingen forskel mellem den uafhængige stilling, som ansatte i Kommissionens Juridiske Tjeneste indtager i forhold til denne institution, og den uafhængighed, som en virksomhedsjurist med advokatbestalling indtager i forhold til sin arbejdsgiver.

161 Kommissionen afviser, at der gælder en sådan analogi. Den beskyttelse, som ifølge dommene af 7. december 1999 og 6. marts 2003 i sagerne Interporc mod Kommissionen gælder for korrespondance fra ansatte i Kommissionens Juridiske Tjeneste, beror på, at almene interesser er til hinder for at afsløre dokumenter, som alene er udarbejdet til brug for en konkret retslig procedure.

162 Endelig anfører sagsøgerne for det femte, at korrespondancen mellem S. og Akcros Chemicals generaldirektør er en skriftveksling mellem to personer, som er etableret i henholdsvis Nederlandene og Det Forenede Kongerige. Ifølge nederlandsk ret er S.'s korrespondance beskyttet af fortrolighedskravet, nemlig i medfør af artikel 51 i den nederlandske konkurrencelov. Denne beskyttelse gælder også i Det Forenede Kongerige. Fællesskabsretten bør imidlertid ikke være mere restriktiv end de to nationale lovgivninger.

163 CCBE har gjort gældende, at så længe der ikke er foretaget nogen harmonisering på fællesskabsniveau af reglerne for organisationen af advokaterhvervet, må det personelle anvendelsesområde for Fællesskabets begreb vedrørende fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter være reguleret af national ret. ECLA har gjort gældende, at da advokaters stilling samt rettigheder og forpligtelser er reguleret af national ret, kan Kommissionen ikke under hensyn til princippet om den nationale procedures autonomi se bort fra den beskyttelse, som er fastsat i national ret. Også den nederlandske advokatsammenslutning støtter denne opfattelse og bekræfter, at beskyttelsen af fortroligheden i forbindelse med kontrolundersøgelser ifølge nederlandsk konkurrenceret gælder for alle advokater med bestalling, uanset om de er ansat eller ej.

164 Kommissionen bestrider at være bundet af nationale regler vedrørende fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter. Dette er i strid med, at forordning nr. 1/2003 — og forud herfor forordning nr. 17 — har forrang, og at også afgørelsen i AM & S-dommen, hvori er fastlagt fællesskabsretlige kriterier på området, har en sådan forrang. Endvidere fremhæver Kommissionen, at da dens undersøgelsesbeføjelser gælder på hele Den Europæiske Unions område, kan anvendelsesområdet for beskyttelsen ikke fastlægges på grundlag af medlemsstaternes lovgivning og regler for udøvelse af erhvervet som advokat. Dette ville medføre overordentlige store vanskeligheder af juridisk og praktisk art. Efter Kommissionens opfattelse er retten til beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter dog under alle omstændigheder mere begrænset, end det hævdes af sagsøgerne og intervenienterne.

— Rettens bemærkninger

165 Ud over de håndskrevne notater, som er behandlet i det foregående, omfatter kategori B-dokumenterne en korrespondance, som blev udvekslet pr. e-mail i maj og juni 2000 mellem Akcros Chemicals generaldirektør og S., en advokat med bestalling i Nederlandene, som på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var ansat i Akzo Nobels juridiske afdeling, hvor han bl.a. fungerede som koordinator på det konkurrenceretlige område.

166 Hvad for det første angår sagsøgernes hovedargument skal det bemærkes, at Domstolen i AM & S-dommen udtrykkeligt fastslog, at den beskyttelse af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter, som anerkendes i fællesskabsretten ved anvendelsen af forordning nr. 17, kun gjaldt i det omfang, advokaterne var uafhængige, dvs. ikke knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold (dommens præmis 21, 22 og 27). Denne betingelse om, at den juridiske rådgiver, hvorfra den korrespondance, der ønskes beskyttet, hidrører, skal have stilling og status som uafhængig advokat, er baseret på opfattelsen af advokatens rolle som en medarbejder i rettens tjeneste, hvis opgave er i fuld uafhængighed og i dennes overordnede interesse at yde den juridiske bistand, som klienten har behov for (AM & S-dommen, præmis 24).

167 Heraf følger, at Retten udtrykkeligt har udelukket, at korrespondance med virksomhedsjurister, dvs. juridiske rådgivere, som er knyttet til deres klienter ved et ansættelsesforhold, er omfattet af det fortrolighedskrav, som gælder for korrespondancen mellem advokater og klienter. Det skal endvidere fremhæves, at Domstolen bevidst udelukkede denne form for korrespondance, idet spørgsmålet var blevet drøftet længe under retssagen, og idet generaladvokat Sir Gordon Slynn udtrykkeligt foreslog i sit forslag til afgørelse, at en ansat advokat, som stadig er medlem af standen og underkastet dens disciplinære og fagetiske regler, behandles på samme måde som uafhængige advokater (forslag til afgørelse fra generaladvokat Sir Gordon Slynn i AM & S-sagen, Sml. s. 1655).

168 Det må derfor konkluderes, at i modsætning til, hvad sagsøgerne og nogle af intervenienterne har gjort gældende, definerede Domstolen i AM & S-dommen begrebet uafhængig advokat negativt, idet den stillede krav om, at advokaten ikke er knyttet til klienten gennem et ansættelsesforhold (jf. præmis 166 ovenfor) og ikke positivt under henvisning til dennes tilhørsforhold til advokatstanden eller den omstændighed, at han er undergivet dens disciplinære og fagetiske regler. Domstolen har således fastsat et kriterium om, at den juridiske bistand ydes »i fuld uafhængighed« (AM & S-dommen, præmis 24), hvilket kriterium den anser for opfyldt, når den pågældende advokat strukturelt, hierarkisk og funktionelt er tredjemand i forhold til den virksomhed, som den juridiske bistand ydes til.

169 Der kan derfor ikke gives sagsøgerne medhold i deres hovedargument, men må konkluderes, at den korrespondance, som er udvekslet mellem en advokat, der er knyttet til Akzo Nobel gennem et ansættelsesforhold, og en direktør i et selskab, der tilhører denne koncern, ikke er omfattet af det fortrolighedskrav, der gælder for korrespondance mellem advokater og klienter, som dette er fastlagt i AM & S-dommen.

170 Hvad for det andet angår sagsøgernes subsidiære argument, hvorefter Retten bør udvide det personelle anvendelsesområde for det krav om fortrolighed, der gælder i korrespondancen mellem advokater og klienter, ud over hvad Domstolen har fastsat i AM & S-dommen, må det for det første fastslås, at det fremgår af en gennemgang af medlemsstaternes retssystemer, at det ganske vist i dag er noget mere almindeligt,

som sagsøgerne og visse af intervenienterne har gjort gældende, at anerkende den særlige rolle, som virksomhedsjurister indtager, og at beskytte fortroligheden af deres korrespondance, men at det ikke er muligt at fastslå nogen entydig linje eller et klart flertal til støtte herfor i medlemsstaternes lovgivninger.

171 Navnlig fremgår det af den retssammenlignende undersøgelse for det første, at der findes et betydeligt antal medlemsstater, hvori virksomhedsjuristers korrespondance ikke er omfattet af den beskyttelse af fortroligheden, som gælder for korrespondancen mellem advokater og klienter. I nogle medlemsstater synes dette spørgsmål i øvrigt ikke at være blevet entydigt eller endeligt afgjort. Endelig har visse medlemsstater tilnærmet deres retssystem til den retsstilling, som gælder i fællesskabsretten, og som denne er fastlagt i AM & S-dommen. For det andet viser denne undersøgelse, at der findes et betydeligt antal medlemsstater, som ikke giver virksomhedsjurister mulighed for at opnå bestalling og dermed ikke anerkender dem som advokater. I flere lande er det således ikke muligt samtidigt at være ansat jurist hos en, som ikke er advokat, og at udøve erhverv som advokat. Selv i lande, hvor dette er muligt, medfører den omstændighed, at virksomhedsjurister opnår bestalling og undergives de fagetiske regler, ikke altid, at korrespondance til og fra dem beskyttes i kraft af fortrolighedskravet.

172 Hvad for det andet angår sagsøgernes argument om, at Fællesskabets konkurrenceret har gennemgået en udvikling, som gør det nødvendigt at tage den løsning op til fornyet vurdering, som Domstolen antog i AM & S-dommen, bemærkes, at beskyttelsen af hensyn til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter udgør en begrænsning af Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, som denne hovedsagelig udøver til bekæmpelse af de groveste tilsidesættelser af artikel 81, stk. 1, EF, herunder navnlig karteller om prisfastsættelse eller markedsopdeling og tilsidesættelser af artikel 82 EF. Det har derfor ikke direkte relevans for denne problematik, at anmeldelsesordningen er afskaffet som led i moderniseringen af Fællesskabets konkurrenceret, og at der som følge heraf ved forordning nr. 1/2003 er givet virksomhederne større ansvar for selv at vurdere, om deres handlemåde er i overensstemmelse med artikel 81, stk. 3, EF.

173 Selv om det imidlertid anerkendes, at vedtagelsen af forordning nr. 1/2003 og Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager har medført, at virksomhederne har større behov for selv at vurdere deres handlemåde og fastlægge deres juridiske strategier i konkurrenceretlig henseende med hjælp fra en jurist, som har indgående kendskab til virksomheden og det pågældende marked, kan en sådan vurdering og strategisk planlægning gennemføres med hjælp fra en ekstern advokat under fuld medvirken af virksomhedens tjenestegrene, herunder dens interne juridiske afdeling. Den korrespondance, der som led heri føres mellem virksomhedens jurister og den eksterne advokat, er i princippet beskyttet under hensyn til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, såfremt den føres inden for rammerne af og med henblik på virksomhedens ret til forsvar. Det må derfor antages, at det personelle anvendelsesområde for denne beskyttelse, som det er fastlagt i AM & S-dommen, ikke udgør en reel hindring for, at virksomhederne kan indhente den juridiske rådgivning, de har brug for, og ikke forhindrer virksomhedens interne jurister i at deltage i vurderingen og den strategiske planlægning. Endelig må det fastslås, at moderniseringen af konkurrenceretten ikke nødvendigvis indebærer, at rollefordelingen mellem eksterne advokater og interne jurister på dette punkt har ændret sig væsentligt siden AM & S-dommen. Da Fællesskabets konkurrenceret retter sig mod virksomhederne, er det under alle omstændigheder principielt udelukket, at en rent intern korrespondance i virksomheden kan unddrages Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, med den tidligere angivne undtagelse for så vidt angår notater, som blot gengiver ordlyden eller indholdet af korrespondance med eksterne advokater, som indeholder juridiske råd, og forberedende dokumenter, som alene er udarbejdet med henblik på indhentning af et juridisk råd hos en ekstern advokat som led i udøvelsen af retten til forsvar.

174 Hvad for det tredje angår sagsøgernes og visse intervenienters argument om, at den forskellige behandling i AM & S-dommen af virksomhedsjurister er i strid med ligebehandlingsprincippet og rejser nogle problemer i relation til den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsretten, bemærkes, at ifølge fast retspraksis er ligebehandlingsprincippet kun tilsidesat, såfremt ensartede situationer behandles forskelligt, eller forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (Domstolens dom af 28.6.1990, sag C-174/89, Hoche, Sml. I, s. 2681, præmis 25, samt Rettens dom af 14.5.1998, sag T-311/94, BPB de Eendracht mod Kommissionen, Sml. II, s. 1129, præmis 309, og af 4.7.2006, sag T-304/02, Hoek Loos mod Kommissionen, Sml. II, s. 1887, præmis 96). Det må

fastslås, at virksomhedsjurister og eksterne advokater klart befinder sig i forskellige situationer navnlig som følge af, at virksomhedsjuristerne funktionelt, strukturelt og hierarkisk er integreret i den virksomhed, de er ansat i. Ligebehandlingsprincippet er derfor ikke tilsidesat som følge af, at disse faggrupper behandles forskelligt hvad angår beskyttelsen af fortroligheden. Endvidere har sagsøgerne ikke godtgjort deres påstand om, at indskrænkningen af det personelle anvendelsesområde for beskyttelsen af fortroligheden udgør en tilsidesættelse af den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsretten. Endelig er ACCA's argument om beskyttelsen af fortroligheden for advokater, som ikke har bestalling i en medlemsstat, ikke relevante for den foreliggende sag, som anført af Kommissionen.

175 Hvad for det fjerde angår dommen i sagen Interporc mod Kommissionen skal det bemærkes, at denne dom ikke vedrører begrænsningerne i Kommissionens undersøgelsesbeføjelser hvad angår overtrædelser af konkurrencereglerne, men privates adgang til Kommissionens dokumenter. Under alle omstændigheder fastslog Retten ikke, som hævdet af sagsøgerne, i dommen af 7. december 1999 i sagen Interporc mod Kommissionen, at korrespondancen mellem ansatte i Kommissionens Juridiske Tjeneste og Kommissionen var beskyttet på grund af fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter. Retten anvendte nemlig alene den undtagelse fra adgangen til dokumenterne, som gælder under hensyn til kravet om fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter på korrespondancen mellem Kommissionen og dennes eksterne advokater. Hvad angår korrespondancen mellem Kommissionen og ansatte i dennes Juridiske Tjeneste var beskyttelsen mod afsløringen heraf begrundet i den undtagelse, der gælder for Kommissionens interne arbejdsdokumenter (dommen af 7.12.1999 i sagen Interporc mod Kommissionen, præmis 41).

176 Endelig har sagsøgerne for det femte gjort gældende, at korrespondancen mellem S. og Akcros Chemicals' generaldirektør er beskyttet ifølge de respektive nationale lovgivninger, hvorfor de også ifølge fællesskabsretten bør nyde beskyttelse under hensyn til fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter. Mere

generelt har CCBE, ECLA og den nederlandske advokatsammenslutning gjort gældende — men de to sidstnævnte mindre eksplicit — at det personelle anvendelsesområde for Fællesskabets princip om fortrolighed bør reguleres af national ret. I så henseende skal det bemærkes, at beskyttelsen af fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter udgør en undtagelse fra Kommissionens undersøgelsesbeføjelser. Denne beskyttelse har derfor direkte indflydelse på vilkårene for Kommissionens foranstaltninger på et område, der har så afgørende betydning for det fælles markeds funktion, som det er tilfældet med overholdelsen af konkurrencereglerne (AM & S-dommen, præmis 30). Af disse grunde har Domstolen og Retten fundet det nødvendigt at udvikle et fællesskabsretligt princip for fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter. Sagsøgernes og intervenienternes opfattelse er i modstrid såvel med udformningen af dette fællesskabsretlige princip som med den ensartede anvendelse af Kommissionens undersøgelsesbeføjelse på det fælles marked og må derfor forkastes.

177 På grundlag af samtlige de anførte betragtninger kan der ikke gives sagsøgerne medhold i deres subsidiære argument om udvidelsen af det personelle anvendelsesområde for beskyttelse af fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter ud over, hvad Domstolen har fastsat i AM & S-dommen.

178 I øvrigt skal det bemærkes, at sagsøgerne tilsyneladende også har anført, at der blandt de oplysninger, som var indeholdt i de omtvistede e-mails, tillige var omtalt det juridiske råd, som blev givet af deres eksterne advokat (jf. præmis 145 ovenfor). Dette bekræftes dog ikke af en gennemgang af de pågældende dokumenter.

179 Det må derfor konkluderes, at Kommissionen ikke har begået nogen fejl ved at antage, at korrespondancen mellem Akcros Chemicals' generaldirektør og den ansatte i Akzo Nobels juridiske afdeling, som udgjorde en del af kategori B-dokumenterne, ikke var beskyttet som følge af kravet om fortroligheden af korrespondance mellem advokater og klienter.

180 Det andet anbringende må herefter forkastes.

Det tredje anbringende om tilsidesættelse af de grundlæggende rettigheder, hvorpå beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter er baseret

181 Sagsøgernes tredje anbringende er, at Kommissionen med tilsidesættelsen af beskyttelsen af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter tillige har tilsidesat de grundlæggende rettigheder, som dette princip er baseret på. Efter sagsøgernes opfattelse er beskyttelsen af fortroligheden således baseret på flere grundlæggende rettigheder, som er anerkendt i de forskellige medlemsstaters retssystemer og i fællesskabsretten, navnlig retten til forsvar, respekten for privatlivet og ytringsfriheden. Sagsøgernes uddybning af dette tredje anbringende er dog meget rudimentært og støttes ikke af konkrete argumenter.

182 Retten finder ikke, at det tredje anbringende har noget selvstændigt indhold i forhold til de to øvrige anbringender, som er behandlet i det foregående. Påstanden om tilsidesættelse af sagsøgernes grundlæggende rettigheder støttes således ikke af andre indsigelser end dem, som de har gjort gældende til støtte for påstanden om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter. Disse indsigelser er allerede blevet gennemgået i forbindelse med behandlingen af det første og andet anbringende.

183 Det er derfor ufornødent at behandle det tredje anbringende.

184 På grundlag af samtlige foranstående betragtninger må det konkluderes, at de overtrædelser, som Kommissionen har gjort sig skyldig i under proceduren for

undersøgelsen af de dokumenter, for hvilke sagsøgerne påberåbte sig hensynet til fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter, ikke har medført, at sagsøgerne ulovligt er blevet berøvet denne beskyttelse for de pågældende dokumenter, da Kommissionen ikke, som det er fastslået i det foregående, begik nogen fejl ved at beslutte, at ingen af dokumenterne var omfattet af beskyttelsen.

185 Kommissionen må derfor frifindes for påstandene i sag T-253/03.

Sagsomkostningerne

186 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Ifølge artikel 87, stk. 3, kan Retten dog fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

187 Selv om sagsøgerne har tabt sagen, finder Retten dog, at Kommissionen har begået en række ulovligheder under den administrative procedure, som ligger til grund for disse sager. Under hensyn hertil er Retten af den opfattelse, at det efter sagens omstændigheder er rimeligt at lade sagsøgerne betale tre femtedele af deres egne omkostninger og tre femtedele af de omkostninger, som er afholdt af Kommissionen, såvel i hovedsagen som i sagen om de foreløbige forholdsregler. Kommissionen skal herefter afholde to femtedele af sine egne omkostninger og to femtedele af de omkostninger, som er afholdt af sagsøgerne, såvel i hovedsagen som i sagen om de foreløbige forholdsregler.

188 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, kan Retten træffe afgørelse om, at en intervenient skal bære sine egne omkostninger. I den foreliggende sag pålægges de intervenienter, som er indtrådt i sagen til støtte for sagsøgerne påstande, at bære deres egne omkostninger såvel i hovedsagen som i sagen om foreløbige forholdsregler.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Udvidede Afdeling)

1) Søgsmålet i sag T-125/03 afvises.

2) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes i sag T-253/03.

3) Akzo Nobel Chemicals Ltd og Akcros Chemicals Ltd bærer tre femtedele af deres egne omkostninger i hovedsagen og i sagen om foreløbige forholdsregler. De betaler endvidere tre femtedele af de omkostninger, Kommissionen har afholdt i hovedsagen og i sagen om foreløbige forholdsregler.

4) Kommissionen bærer to femtedele af sine egne omkostninger i hovedsagen og i sagen om foreløbige forholdsregler. Den betaler endvidere to femtedele af de omkostninger, som er afholdt af Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals i hovedsagen og i sagen om foreløbige forholdsregler.

5) Intervenienterne bærer deres egne omkostninger i hovedsagen og i sagen om foreløbige forholdsregler.

Cooke García-Valdecasas Labucka

Prek Ciucă

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. september 2007.

E. Coulon J.D. Cooke

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger ..... II - 3535

Parternes påstande ..... II - 3542

Formaliteten i sag T-125/03 ..... II - 3545

Parternes argumenter ..... II - 3545

Rettens bemærkninger ..... II - 3548

Realiteten i sag T-253/03 ..... II - 3552

Første anbringende om tilsidesættelse af procedurerne for anvendelse af princippet om beskyttelse af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter ... II - 3553

Parternes argumenter ..... II - 3553

Rettens bemærkninger ..... II - 3559

Det andet anbringende, hvorefter afslaget på anmodningen om beskyttelse af de omtvistede dokumenter under hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter er uberettiget ..... II - 3569

De to kopier af det maskinskrevne notat i kategori A ..... II - 3569

— Parternes argumenter ..... II - 3569

— Rettens bemærkninger ..... II - 3574

De håndskrevne notater i kategori B ..... II - 3581

— Parternes argumenter ..... II - 3581

— Rettens bemærkninger ..... II - 3581

De e-mails i kategori B, som er udvekslet med en medarbejder i sagsøgernes juridiske afdeling ..... II - 3582

— Parternes argumenter ..... II - 3582

— Rettens bemærkninger ..... II - 3590

Det tredje anbringende om tilsidesættelse af de grundlæggende rettigheder, hvorpå beskyttelsen af fortroligheden i korrespondancen mellem advokater og klienter er baseret ..... II - 3596

Sagsomkostningerne ..... II - 3597