

ARGUMENTACIJA ZA
STJECANJE PRAVA NA POVJERLJIVU KOMUNIKACIJU
ZA KORPORATIVNE PRAVNIKE
U PRAVU EZ-A

Rasprava o pravu na povjerljivu komunikaciju za korporativne pravnike u zakonu Zajednice vodi se još od 1982. godine kada je Europski sud pravde u sporu AM&S presudio da se ta doktrina treba primjenjivati isključivo na komunikaciju između tvrtke i njezinih vanjskih pravnih savjetnika. Odluku su od samoga početka oštro kritizirali korporativni pravници čiju je nedoumicu opisao Carl Belding, pravnik zaposlen u IBM-u na slijedeći način:

„Kako stvari stoje, pravnik koji napravi temeljit posao analizirajući činjenice i rizike kako bi mogao pružiti bolji savjet svom poslovnom klijentu, izlaže se znatnom riziku da će se njegov rad iskoristiti protiv njegovog klijenta. Sadašnja politika onemogućava temeljnu profesionalnu obvezu pravnika da savjetuje klijente da se pridržavaju zakona.“¹

Spor je dosegao vrhunac objavom Bijele knjige Europske komisije o modernizaciji članaka 81. i 82. Rimskog sporazuma u kojem se, malo iznenađujuće, uopće ne govori o pravu na povjerljivu komunikaciju. Druge stranke, uključujući Europski parlament i saveze poslodavaca, počeli su se zanimati za ovo pitanje.

Da li je stoga pravo vrijeme da preispitamo da li je običajno pravo slučaja AM&S valjano za budućnost ili da li bi se propis trebao ublažiti kako bi se omogućilo proširivanje prava na povjerljivu komunikaciju i na komunikaciju korporativnih pravnika.

1. Ljudska prava

IV. razlog protivljenja Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a pravu na povjerljivu komunikaciju za korporativne pravnike je neprestana želja da se pravni odjeli u tvrtkama koriste kao mogući izvori kompromitirajućih dokaza za kršenje zakona o zaštiti tržišnog natjecanja. Time se krše određena ljudska prava.

U nedavnom je engleskom sporu² ustanovljeno da se upletanjem u nečije pravo da se savjetuje s pravnikom vlastitog izbora krši članak 6. Europske konvencije o ljudskim pravima koja jamči pravo na pravičnu sudsku raspravu, uključujući pravnu pomoć. U istom je slučaju odlučeno da se upletanjem u prijepisku između pravnika i klijenta krši načelo poštivanja privatnosti koje se jamči člankom 8. Europske konvencije o ljudskim pravima.

Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a (koja se još navodi i kao „DG C“) obznanjuje da je Sud pravde u obzir uzeo Europsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava u svojoj sudskoj reviziji odluka Komisije. Dok se daje na znanje da Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava štiti pravo na savjetovanje s pravnikom vlastitog

¹ Josephine Carr. „Da li bi korporativni pravnici trebali imati pravo na povjerljivu komunikaciju između pravnika i klijenta?“, Međunarodni korporativni pravnik, prosinac 1996. godine.

² General Mediterranean Holdings SA protiv Patel and another, Odjel kraljevskog suda, Sva izvješća engleskog prava, 11. kolovoz 1999. godine, na stranici 673 i dalje.

izbora, Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a sastavlja ovu odredbu, koja se, međutim, primjenjuje isključivo na komunikaciju s pravnikom u privatnoj praksi. A izgleda da nema pravne osnove za takvu izjavu. Pravo pristupa do korporativnog pravnika zajamčeno je nacionalnim pravima i institucijama država članica. Čak i zemlje u kojima korporativni pravnici nisu članovi odvjetničke komore, kao što je Belgija ili Francuska, nacionalno zakonodavstvo posebno priznaje postojanje ovoga zvanja. Prigovor Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja na omjer primjene članaka 6. i 8. Europske deklaracije o zaštiti ljudskih prava temelji se isključivo na razlikovanju između statusa korporativnog pravnika u usporedbi sa statusom vanjskog pravnika. Međutim, zaista je oprečno uvjetovati provedbu ljudskih prava u demokratskom društvu diskriminacijom između dviju grana istoga zvanja. U bilo kojem slučaju, stav Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a u ovom smislu krši članka 14. Europske deklaracije o zaštiti ljudskih prava koja omogućava zaštitu svih prava iz Europske deklaracije o zaštiti ljudskih prava bez diskriminacije.

2. Pravo na obranu

Bijela knjiga povećava potrebu tvrtki za samo ocjenom zakonitosti svojih ugovora napuštajući sustav negativno riješenih slučajeva. Stoga će ocjenu iz članka 81.(3.) kojom se osigurava usklađenost ugovora sa zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja neizbježno provoditi korporativni pravnici. To će sigurno osnažiti ulogu korporativnih pravnika u usklađivanju sa zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja. Iz toga slijedi da će potreba za povjerljivom komunikacijom biti veća nego ikada do sada tijekom toga procesa, budući da će korporativni pravnici morati biti spremi, više nego ikada do sada, pružiti savjet bez straha da će se taj savjet kasnije iskoristiti protiv tvrtke.

Odgovor Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a na ovo pitanje izražen je kako slijedi:³

„Slučajevi velikih povreda članka 81. kada Komisija vrši istragu s ciljem nametanja globa obično ne uključuju ocjenu iz članka 81.(3.). (Bijela) Knjiga ne mijenja ništa glede pitanja prava na povjerljivu komunikaciju za korporativne pravnike. Tvrtke se na taj način mogu savjetovati s njihovim korporativnim pravicima glede slučajeva koji obuhvaćaju članak 81.(3.) bez ikakvih rizika.“

Upravo stoga što Bijela knjiga ne mijenja ništa u svezi s pravom na povjerljivu komunikaciju postupak samoocjenjivanja iz članka 81.(3.) izlaže tvrtke još i većem riziku nego ikada prije.

Isto tako, proširenjem mogućnosti istrage Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a omogućavanjem pozivanja uposlenika da svjedoče, kako se predlaže u Bijeloj knjizi, bi moglo, ako se primijeni na korporativne pravnike, ugroziti najelementarnije nazore prava na obranu i krši pravičan sudski postupak.⁴

³ Pismo člana Komisije Montia od 11. travnja 2000. godine Colmu Manninu, predsjedniku ECLA-e, Europske konfederacije udruga korporativnih pravnika.

⁴ Peter Plompen: Učinkovita ovrha Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja EZ-a, Konferencija o reformi zakona o zaštiti tržišnog natjecanja EZ-a, Freiburg, 9. – 10. studeni, 2000. godine

3. Opravdani interes

Uprava ima neosporno opravdani interes za dobivanje kompetentnog pravnog savjeta, te zasigurno ima i obvezu prema svojim dioničarima da takav savjet i dobije. Predsjednik njemačkog BDI-a, g. Henkel u tom je smislu primijetio:

„Korporativni se pravnik ne može lako zamijeniti vanjskim pravnikom. On mora imati saznanja bliska korporativnom pravniku o poslovanju, proizvodima, postupcima i ponašanju ljudi kako bi mogao pružiti vrijedan pravni savjet u kompleksnom okružju današnjih korporacija. Vanjskog biste pravnika morali integrirati u tvrtku na način na koji je integriran korporativni pravnik da biste dobili jednakovrijednu uslugu. Isto je tako potrebna potpuna profesionalna neovisnost korporativnog pravnika da bi se dobio (uprava) valjani pravni savjet. A ja kao izvršni direktor moram imati mogućnost da se, naravno, pouzdam u profesionalnu povjerljivost korporativnog pravnika. Ne mogu živjeti u situaciji u kojoj moram paziti tijekom savjetovanja s mojim korporativnim pravnikom jer bi se njegovi pravni savjeti mogli iskoristiti protiv mene ili bi on mogao biti prisiljen da protiv mene svjedoči. Ja moram imati mogućnost potpuno otvorene komunikacije s njim. U suprotnom gubim svoj najbližiji i najdragocjeniji izvor pravnih savjeta.“⁵

Konfederacija britanske industrije (CBI) dijeli zabrinutost svojih njemačkih kolega.⁶ Slična stajališta ponovila je Savezna Republika Njemačka u svojim primjedbama na Bijelu knjigu:

„Za razliku od vanjskih pravnika, pravnici u radnom odnosu kao stalni pravni savjetnici tvrtke ne mogu se pozvati na svoje pravo da odbiju svjedočiti i na vezanu zabranu zapljene. To bi značilo da bi bile na sigurnoj strani, da bi se mnoge tvrtke osjećale obveznima češće oslanjati na usluge vanjskih pravnika. Kao posljedica toga narasti će troškovi i prevagnuti nad birokratskim rasterećenjima. Prve reakcije privrede pokazuju da se očekuju mali učinci rasterećenja u usporedbi s pretpostavljenim nedostacima izravnih iznimki u primjeni“.⁷

Znatne praktične zapreke u pružanju savjeta korporativnim klijentima proizlaze kao izravni rezultat slučaja običajnog prava AM&S.

Prvo, korporativni pravnik ne može dati pisani savjet o zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja. To je frustrirajuće i neizbježno smanjuje učinkovitost budući da, kako je primijetio glavni savjetnik veće europske tvrtke:

„Kada nešto stavite na papir zasigurno ćete time okupirati misli poslovnih ljudi“⁸

⁵ Pismo članu Komisije za zaštitu tržišnog natjecanja, Mariu Moniu od 30. lipnja 2000. godine

⁶ Pismo preliminarne diskusije CBI-a o nacrtu propisa o modernizaciji EZ-A, 8. studeni 2000. godine

⁷ Primjedbe Savezne Republike Njemačke na Bijelu knjigu.

⁸ Josephine Carr. „Da li bi korporativni pravnici trebali imati pravo na povjerljivu komunikaciju između pravnika i klijenta?“, Međunarodni korporativni pravnik, prosinac 1996. godine.

Daljnja posljedica je da se važan savjet mora dobiti od vanjskog pravnika kako bi se osigurala zaštita prava na povjerljivu komunikaciju. To povećava kašnjenje i troškove, posebno za male i srednje tvrtke. To isto utječe na vrijednost dobivenog savjeta budući da su saznanja i razumijevanje vanjske odvjetničke tvrtke o poslovanju klijenta neusporedivo manja u usporedbi s korporativnim pravnikom.

Na kraju, ne može se osigurati učinkovito upravljanje tvrtkom ako se od tvrtke traži da radi na opisani način. Jettie Van Caenegem, glavni pravnik tvrtke UCB SA u Belgiji i potpredsjednik ECLA-e primijetio je da ova situacija ne pridonosi izgradnji poštivanja zakona o zaštiti tržišnog poslovanja i usklađivanja tvrtki i njihovih uprava s tim zakonom.

*„Ako pravnik ne može dati jasan savjet o tome što se smije ili ako ne smije provesti analizu kako bi se vidjelo da li tvrtka, na primjer, ima ili nema dominantan položaj, tvrtka je onemogućena da upravlja svojim poslovanjem“.*⁹

Ova viđenja uvelike dijele i udruženja korporativnih pravnika u cijeloj Europi koja naglašavaju da Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a ne može razumno očekivati od njih da provode provjere usklađenosti i druge preventivne aktivnosti ako postoji vjerojatnost da će se rezultati koristiti protiv njihovih poslodavaca.

4. Ugovorne obveze

Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a navodi da bi je dodjela prava na povjerljivu komunikaciju sprečavala u ispunjavanju njezinog zadatka iz Ugovora da osigura usklađenost s propisima za zaštitu tržišnog natjecanja na zajedničkom tržištu.¹⁰

ECLA, Europski savez udruga korporativnih pravnika, koji predstavlja trideset tisuća korporativnih pravnika u šesnaest zemalja, smatra da odbijanje Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a da dodijeli pravo na povjerljivu komunikaciju u stvari krši obvezu iz Ugovora da se osigura učinkovito usklađenje sa zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja. ECLA navodi da je slučaj običajnog prava AM&S dokazao kontra produktivnost. Umjesto da ohrabri usklađivanje sa zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja, imao je obrnuti učinak budući da su tvrtke izbjegavale tražiti savjete od korporativnih pravnika i stoga su bile onemogućene u ispunjavanju svoje aktivne uloge u osiguravanju usklađenosti s propisima o zaštiti tržišnog natjecanja.

Kao potporu stanovišta ECLA-e, Europska podružnica Američke udruge korporativnih pravnika ističe praktične posljedice osporavanja prava na povjerljivu komunikaciju:

„Ova situacija ni na koji način ne pridonosi provođenju, pa čak ni razumijevanju europskog Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, koji je kompleksan i bez ovakvih poteškoća. To isto tako izaziva nesvjesno kršenje zakona budući da se zakon ne može dostatno objasniti i da se ne mogu

⁹ Ibid.

¹⁰ Pismo člana Komisije Montia upućeno predsjedniku ECLA-e, Ibid.

procijeniti alternative. Tako je u končanici opterećenje službenika Komisije još veće.¹¹

5. Učinkovito i proaktivno usklađivanje s antitrustovskim zakonom

Korporativni se pravници nalaze u iznimnom položaju glede savjetovanje o pitanjima tržišnog natjecanja, te na taj način pridonose usklađivanju iz razloga njihovog sveobuhvatnog poznavanja i iskustva s tvrtkama u kojima rade. Oni su sami kadri provesti pravnu ekspertizu na ekskluzivnoj osnovi svojim upravama. I to čine u samoj žiži događaja, cijelo radno vrijeme uz minimalne troškove.

Neograničeni pristup savjetima korporativnog pravnika stoga daje mogućnost informiranog i troškovno učinkovitog pravnog savjetovanja o usklađenju s antitrustovskim zakonima. Na kraju, to mora rezultirati smanjenjem kršenja toga zakona i na taj način smanjenjem posla za Upravu za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a. Sve dok ne zaniječe ove prednosti, mi smatramo da pružanje prava na povjerljivu komunikaciju ne bi trebalo onemogućiti učinkovitu politiku prema kršenju.

6. Moderno rješenje

ECLA smatra da je nastavak osporavanja prava na povjerljivu komunikaciju suprotan vladavini prava, nekonzistentan sa skorašnjim odlukama Europske Komisije za pravosuđe (vidi odjeljak 10. u nastavku) i potpuno samo poražavajuće u smislu osiguranja usklađenja sa zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja. Sigurno je da se mnogo toga promijenilo od 1982. godine kada je donesena presuda u slučaju AM&S:

- Bilježi se ogroman porast pravnika u stalnom radnom odnosu u europskoj privredi, više od 90% pravnih savjeta korporativnim klijentima danas pružaju korporativni pravници – stoga je moderno rješenje nužno.
- Praktične smetnje nametnute savjetovanju tvrtki o propisima za zaštitu tržišnog natjecanja postale su očiglednije, osobito u slučajevima *John Deere* i *Sabena*; u oba slučaja je Europska komisija koristila odnosna pisana mišljenja korporativnih pravnika da dokaže kršenje propisa o zaštiti tržišnog natjecanja.
- Komora korporativnih pravnika prepoznala je potrebu za reformom primjenjivih propisa i uspostavom ECLA-e usvojila je kodeks ponašanja CCBE za svoje nacionalne udruge.
- Pritisci korporativnog upravljanja osvijestili su uprave tvrtki o potrebi da osiguraju usklađenost sa zakonom i pristup učinkovitom pravnom savjetu koji će im to omogućiti.
- Propisi i odredbe o zaštiti tržišnog natjecanja postali su kompleksniji i samim time povećali su važnost da tvrtka ima pouzdano vođenje i pomoć dobro upućenog pravnog savjetnika.

¹¹ Američka udruga korporativnih pravnika (Europska podružnica) daje primjedbe na Bijelu knjigu o modernizaciji europskog Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja i prava na povjerljivu komunikaciju korporativnih pravnika, 30. lipanj 1999. godine.

Kako ti trendovi pokazuju, situacija se tako dramatično izmijenila u proteklih 18 godina, da je čak i Glavni revizor Europskog suda pravde izjavio 1993. godine da se diskriminacija u slučaju AM&S treba ispraviti.¹²

Prema stajalištu ECLA-e, prosvjetljenje koje bi sada trebalo provesti bilo bi obrnuto od onoga što se smatra opasnim i zastarjelim slučajem običajnog prava uvođenjem budućih propisa koji bi se naveli u člancima 81. i 82. i sadržavali bi slijedeću odredbu:

„Komunikacija između klijenta i vanjskog pravника ili korporativnog pravnika koja sadrži ili kojom se traži pravni savjet podlijezat će pravu na povjerljivu komunikaciju, pod uvjetom da je taj pravni savjetnik stekao odgovarajuću izobrazbu i da je podložan i usklađen s odgovarajućim propisima profesionalne etike i discipline koje su utemeljile i koje provode profesionalne udruge kojima pravni savjetnik pripada.“

Europski je parlament usvojio ovu rezoluciju u travnju 1999. godine i prijedlog su poduprla i neka nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica s kojima su razgovore obavile ECLA i njezine udruge članice o tom pitanju u smislu Bijele knjige.

7. Etika

Glavni direktor Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a, Alexander Schaub spreman je priznati pravo na povjerljivu komunikaciju korporativnim pravnicima koji podliježu etičkim pravilima.¹³ Članovi ECLA-e potpisali su kodeks ponašanja Saveza savjeta komora i udruga pravnika Europske zajednice (Confederation of the Council of the Bars and Law Societies – CCBE), čiji prvi članak zahtijeva od pravnika da se ponaša unutar okvira primjenjivih zakona.

Povrh toga, postoje dobro definirani propisi za primjenu prava na povjerljivu komunikaciju kako bi se spriječile povrede. U stvari je sam opseg doktrine ograničen. Ona se ne primjenjuje na sve dokumente u vlasništvu korporativnog pravnika. Obuhvaća isključivo materijale koji su poslani i pismena koje je primio u svrhu primanja i davanja pravnog savjeta.

Na kraju, traženje prava na povjerljivu komunikaciju uvijek se na sudu može osporiti, a obuhvaćeni se materijal može u međuvremenu posebno čuvati.

Dok se prihvaća činjenica da se situacija u odnosu na etički kodeks za korporativne pravnike od slučaja AM&S iz 1982. godine promijenila na bolje, Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a vjeruje da su veće šanse da će se zakona za zaštitu tržišnog natjecanja pridržavati neka odvjetnička tvrtka zato što bi ugled te tvrtke pao da to ne učini. Korporativni pravnici smatraju da je ovakvo rasuđivanje ne odgovara realnosti. Oni naglašavaju da ugled tvrtke može biti narušen narušavanjem propisa o zaštiti tržišnog natjecanja i da pri tom može zaraditi teške kazne za takvo ponašanje. Stoga uprava i očekuje od korporativnog pravnika da pruži otvoreni savjet dodajući

¹² Ibid., Josephine Carr. „Da li bi korporativni pravnici trebali imati pravo na povjerljivu komunikaciju između pravnika i klijenta?“, Međunarodni korporativni pravnik, prosinac 1996. godine

¹³ „IV. razlog Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a, Europski savjet, listopad 1997. godine, stranica 18.

da je integracija toga pravnika u tvrtku takva da on zauzima odlično jedinstveno mjesto na kojem može dati „know how“ savjet na najbolji mogući način tako da su mogućnosti da se taj savjet prihvati i primijeni maksimalne.

8. Postupci prihvaćanja presuda donesenih u drugoj državi (ex comitas)

Postupci prihvaćanja presuda donesenih u drugoj državi važan su element ovrha u međunarodnim antitrustovskim sporovima. Dvostrana suradnja zahtijeva pažljivo odlučivanje o takvim pitanjima među kojima je pravo na povjerljivu komunikaciju ključni čimbenik koji je očigledno povezan s razmjenom informacija između tijela zaduženih za zaštitu tržišnog natjecanja u različitim zakonodavstvima.

Savjet europske kemijske industrije ponavlja zabrinutost mnogih drugih industrijskih grana na slijedeći način:

„Pravo na povjerljivu komunikaciju za korporativne pravnike bi se trebalo priznati, na jednak način u svim zakonodavstvima, uključujući EZ. Ovo pitanje ima ključnu važnost za korporativne pravnike koji su bazirani u EZ-u i predstavlja znatan doprinos stavovima europske kemijske industrije u odnosu na opsežniju i sistematičniju razmjenu povjerljivih podataka preko Atlantika.“¹⁴

Korporativne pravnike u SAD-u brine rastuća suradnja između Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a i Antitrustovskih agencija SAD-a. Boje se da postoji opasnost da bi Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a mogla na raspolaganje Antitrustovskim agencijama SAD-a staviti materijal koji je u SAD-u zaštićen pravom na povjerljivu komunikaciju koje ne uživaju korporativni pravnici u Europi.

9. Razvoj običajnog prava

AM&S slučaj običajnog prava uvelike se smatra zastarjelim. Započeo je 1979. godine u vrijeme kada članovi sudstva nisu bili najbolje upoznati s prirodom prakse korporativnih pravnika, koja je još uvijek bila u fazi razvoja u mnogim tadašnjim europskim državama.

Zanimljivo je da je Europska komisija poduprla pravo na povjerljivu komunikaciju korporativnih pravnika u slučaju AM&S. Glavni branitelj Slynn naveo je da

„Uvelike smo razmatrali položaj pravnika koji je u radnom odnosu na mjestu korporativnog pravnika... Ja smatram da bi pravičan savjet Komisiji bio da prihvati da bi se prema pravniku koji prima plaću, te koji se podvrgava propisima profesionalne discipline i etike, u ove svrhe trebalo postupati na jednak način kao i prema pravniku u privatnoj praksi.“¹⁵

Presedan slučaja običajnog prava AM&S umanjen je nedavnim odlukama Europskog suda pravde, kojima se, ironično priznaje pravo na povjerljivu komunikaciju korporativnim pravicima Europske komisije. (*Carlsen protiv Savjeta Europske zajednice, Slučaj T-610/97 od 3. ožujka 1998. godine*).

¹⁴ Dokument CMA-a-CEFIC-a o stajalištu prema dvostranim pitanjima koji se odnose na antitrustovsku politiku, rujan 1996. godine

¹⁵ E.C.R. 1655 (1982.) 2 CC.J.L.R. 309-310

Komisija je pokušala shvatiti Carlsenove zaključke kao primjenjive na svoj Pravni odjel u usporedbi s korporativnim pravnicima u privredi:

„Ova presuda navodi da se unutarnji dokumenti neke institucije koji se odnose na prihvaćanje zakonskog akta ne mogu otkrivati budući da bi omogućili javnu raspravu unutar institucija kao i slabljenje zakonskog akta koji je već usvojen. Postoji temeljna razlika između unutarnjih dokumenta tvrtke i javne institucije koja radi u općem interesu.“¹⁶

Postoji određena potpora ovakvome razmišljanju u *presudi* slučaja Carlsen, u kojoj je sud nastojao načiniti učinkovitu razliku u odnosu na slučaj AM&S na temelju činjenice da je pravo na povjerljivu komunikaciju opravdano za pravni odjel Komisije na osnovu „zaštite općeg interesa stabilnosti zakona Zajednice i ispravnog rada institucija.“¹⁷

Zaštita općeg interesa nije, međutim, isključivi kriterij za donošenje presude da se pravo na povjerljivu komunikaciju primijeni na komunikaciju s pravnim odjelom Komisije. Sud je temeljio svoju presudu na druga dva čimbenika, na potrebi da izbjegne situaciju u kojoj bi Komisija ili Savjet „*mogli izgubiti sav interes u traženju pisanog mišljenja od pravnog odjela*“ (sic)¹⁸ i drugo, važnost „*osiguranja da Savjet ima mogućnost dobiti neovisan pravni savjet*.“¹⁹ Ne treba niti spominjati da su članovi komore korporativnih pravnika brzo istakli da se oba od navedenih čimbenika jednako odnose i na njih. Kako je Maurits Dolmens iz briselskog ureda Cleary Bottlieba istaknuo u trenutku donošenja presude u slučaju Carlsen:

„Umak koji je pripremljen za puricu, umak je i za purana. Komisija zasigurno ne bi oduzela drugima ono što traži (i dobiva) za sebe?“²⁰

Članovi Pravnog odjela Komisije su uposlenici koji čak nisu niti članovi komore ili profesionalne udruge. Dolmens navodi da je sud izbjegao to pitanje sugerirajući da je slučaj AM&S bio utemeljen na različitom omjeru interesa.

„To je upitno. Obadva slučaja tiču se pristupa spisima i obadva uključuju potrebu za zaštitom pravnog savjeta da bi se zaštitio opći interes. Stoga Carlsen podupire stajalište korporativnih pravnika da se pravnik bez obzira da li je uposlenik svoga klijenta ili se sam upošljava treba smatrati nevažnim za pitanje da li on ili ona zaslužuje pravo na povjerljivu komunikaciju.“²¹

Carlsenova presuda je pružila još jedan presedan u skorijem slučaju *Interporc* u kojoj je sud ponovno potvrdio pravo na povjerljivu komunikaciju primijenjeno na prijepisku između Glavnih uprava Komisije i Pravnog odjela.²²

¹⁶ Europski savjet, veljača 1999. godine.

¹⁷ Carlsen protiv Savjeta Europske zajednice, Slučaj T.610/97 od 3. ožujka 1998. godine, stavak 52.

¹⁸ Ibid. stavak 46.

¹⁹ Ibid. stavak 47.

²⁰ Europski savjet, veljača 1999. godine

²¹ Ibid.

²² Interporc Im i Export GmbH protiv Komisije Europskih zajednica, Slučaj T-92/98 od 7. prosinca 1999. godine

Presuda u slučaju *Carlsen* i *Interporc* potvrđuju da slučaj AM&S nije kamena palača. U najmanjem mogućem obimu, ECLA ističe da su napokon napustili neodrživu tvrdnju da pružanje neovisnog pravnog savjeta nije kompatibilno s radnim odnosom. Što je još važnije, obje odluke priznaju zakonitost prava korporativnih pravnika na povjerljivu komunikaciju u zakonu Zajednice. U slučaju *Carlsen*, sud je shvatio da bi slučaj običajnog prava AM&S-a mogao ozbiljno ugroziti funkcioniranje institucija Zajednice ako se primijeni na pravni odjel Komisije. Međutim, na taj je način prešao Rubikon i obrnuo svoju raniju pravnu doktrinu i samim tim ponovno je potvrđujući u slučaju *Interporc*.

Opće je priznato da se presuda u slučaju AM&S dokazala potpuno kontra produktivnom. Postoji opće priznanje, uključujući i priznanje unutar same Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a, da striktna interpretacija slučaja AM&S ne vodi naprijed. Umjesto poticanja usklađivanja sa zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja, kako je već rečeno, ona u stvari ima suprotan efekt. Krajnji rezultat, kako je već navedeno u ovom članku, je da Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a doprinose povećanju, a ne smanjivanju problema tržišnog natjecanja, što je potpuno apsurdno.

10. Jednakost

Prvo na povjerljivu komunikaciju korporativnih pravnika priznato je u nekoliko država članica. Time se stvara nejednakost u Zajednici koja će biti i problematičnija u svjetlu razmjene povjerljivih informacija koja je predviđena u novom ovršnom sustavu. Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a smatra da bi trebalo ostaviti državama članicama da reguliraju omjer u kojem će se podaci koje dobivaju od Komisije ili od tijela zaštite tržišnog natjecanja druge države članice moći koristiti u nacionalnim parnicama.

Ovakvo je razmišljanje po mišljenju ECLA-e manjkavo. Primjena članaka 81. i 82. kako ga je predložila Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a na nacionalnoj razini bilo da ga primjenjuju nacionalne vlasti ili sudovi, uključujući nacionalne postupkovne propise, stvorit će nejednakost u primjeni prava EZ-a. U sadašnjem trenutku pravo na povjerljivu komunikaciju korporativnih pravnika postoji u određenom broju država članica, te su mnoga nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja vezana nacionalnim zakonom da poštuju povjerljivost savjeta korporativnih pravnika tijekom istraživanja navodnih kršenja zakona. Budući da Komisija i nacionalne vlasti proširuju broj slučajeva kojima će se baviti nacionalne vlasti prema zakonu EZ-a, propis koji se primjenjuje u cijeloj Zajednici o pravu na povjerljivu komunikaciju je ključan kako bi se izbjegle razlike u postupanju sa savjetima korporativnih pravnika u različitim država članicama i u Komisiji.

11. Jednako postupanje

Jednakost pred pravnim institucijama Europske zajednice za sve građane, uključujući i pravne subjekte, svih država članica zahtijeva postojanje iste razine prava na povjerljivu komunikaciju u cijelom EZ-u. Ne bi smjelo biti razlika između korporativnih pravnika i pravnika koji rade u privatnoj praksi. I jedni i drugi imaju ugovorni odnos s klijentom; korporativni pravnik vezan je ugovorom o radu, dok je vanjski pravnik vezan ugovorom o pružanju usluga. I jedan i drugi pružaju iste usluge savjetovanja o zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja. I jedan i drugi imaju profesionalnu obvezu pružati

pouzdanu pravnu pomoć istom klijentu. I jedan i drugi izloženi su istim pritiscima klijenta.

Što je još važnije u kontekstu prava na povjerljivu komunikaciju, i jedan i drugi su neovisni o klijentu iako iz različitih razloga. Pravnik u radnom odnosu ima sigurnost stalnog zaposlenja koje pojačava njegovu mogućnost da daje neovisan savjet budući da ga ne mogu otpustiti bez otpremnine. Pravnik u privatnoj praksi ima i druge klijente

12. Pravičnost i proporcionalnost

Pravično je i razumno da tvrtke moraju imati mogućnost slobodnog odabira svoga izvora pravne pomoći. Budući da su odgovorni svojim dioničarima i jednako su odgovorni za dobrobit svojih uposlenika, od rukovoditelja se može razumno očekivati da će potražiti najbolji mogući savjet. Jasno je da ograničavanje opsega njihovog izbora nije pravično.

Isto tako, pravično je i razumno da se s korporativnim pravnicima postupa na jednakoj osnovi kao i s njihovim kolegama u privatnoj praksi glede savjetovanja u pitanjima zaštite tržišnog nadmetanja budući da i jedni i drugi pružaju iste usluge.

U stvari, komunikacija s korporativnim pravnikom može opravdati čak i veću zaštitu komunikacije od komunikacije s pravnicima u privatnoj praksi.

„Pravni odjeli mogu primati i davati podatke o povjerljivim detaljima strategija tvrtke i aktivnostima koji su od velikog značaja tijelima koja istražuju slučajeve za koje postoji sumnja da krše propise o zaštiti tržišnog natjecanja.“²³

Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a pravi razliku između korporativnih pravnika i pravnika u privatnoj praksi na temelju činjenice da status uposlenika korporativnim pravnicima oduzima neovisnost, prema viđenju Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a, te na taj način od njih zahtijeva da se povinuju uputama svoje uprave.

Članak 2.1.1. CCBE-ovog kodeksa ponašanja navodi kako slijedi:

„Mnoge dužnosti kojima je podvrgnut pravnik zahtijevaju njegovu apsolutnu neovisnost, slobodnu od bilo kakvih utjecaja, a posebno onih koji bi mogli proizići iz njegovog osobnog interesa ili iz vanjskog pritiska.“

Neovisnost razmišljanja i prosudbe očekuje se od korporativnih pravnika baš kao i od njihovih vanjskih kolega. Takva neovisnost ni u kojem slučaju nije inkompatibilna s postojanjem ugovora o radu. Ovo su načelo podržali žalbeni sudovi u mnogim sudstvima EZ-a.²⁴ U jednom takvom slučaju sud je presudio da ugovor o radu

²³ Jonathan Faull, zamjenik glavnog direktora Zaštite tržišnog natjecanja pri Europskoj komisiji: Korporativni pravnici i pravo na povjerljivu komunikaciju profesionalnih pravnika: ponovno otvoreni problem (1997. godine).

²⁴ Cour de cassation France 29/03/1963; cour de cassation Belgium 27/3/68 (pas 1968., 1, 916); Hof van Discipline Nederland 18/12/1974 (Advokatenblad 1975. str. 366. et seq)

pravnik nije ugrozio njegovu slobodu i neovisnost čak i kada je radio za svog poslodavca.²⁵

Međutim, Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a smatra da se korporativni pravници mogu iskoristiti kao instrument za kršenje zakona i za sakrivanje dokumenta. Član Komisije Monti se tako boji da bi davanje prava na povjerljivu komunikaciju moglo dovesti do onoga što opisuje kao „pravo utočište unutar tvrtki“ i da bi smanjilo učinkovitost istraga.

Stajalište člana Komisije Montia ne dijele udruge poslodavaca. Hans-Olaf Henkel, predsjednik Njemačke udruge poslodavaca, Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) pita:

„Da li zaista mislite da ja i moji kolege izvršni direktori na taj način zlorabimo korporativne pravnike?“

Ne čudi što su se navodima Komisije pozabavili i korporativni pravници. Gilles Mauduit, predsjednik udruge Francaise des Juristes d'Entreprise, koji predstavlja oko 2500 korporativnih pravnikā u Francuskoj svoje je stajalište izrazio na slijedeći način:

„Prvo, nije korektno izjavljivati da korporativni pravnik nije neovisan u svome savjetovanju. Da li itko ozbiljno vjeruje da uprava plaća korporativne pravnike kako bi oni davali lažna pravna mišljenja? To je uvreda ne samo za pravnička zvanja, već i za europske rukovoditelje. Nadalje, kako Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a objašnjava da se pravo na povjerljivu komunikaciju priznaje korporativnim pravnicima u pravnim sustavima običajnog prava uključujući Sjedinjene Države i Kanadu ako, kako kaže Monti, oni nisu neovisni?“

Nadalje, dodaje, zakon o radu u europskim državama članicama štiti uposlenike od zahtjeva za provođenjem nezakonitih radnji.

ECLA smatra da je strah Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a da će pravni odjeli skrivati dokazni materijal uvelike pretjeran i ističe iskustvo s ovrhom antitrustovskih presuda u SAD-u i drugim pravosudnim ustavima koji priznaju korporativnim pravnicima pravo na povjerljivu komunikaciju.

Bez obzira na to, Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a smatra da je njezino stajalište nešto drugačije od stajališta njezinih kolega na drugim geografskim širinama budući da Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a ima ograničene izvore i ograničene načine istrage, navodeći, na primjer, da ne može koristiti „snimanje telefonskih razgovora“. Međutim, nedostatak izvora nekog upravnog tijela ne može s druge strane biti opravdanje za nepravilno postupanje prema tvrtkama i njihovim pravnim savjetnicima.

Komisija je objavila da „dok je velika većina tvrtki potpuno spremna za suradnju u postupcima vezanim uz zakon za zaštitu tržišnog poslovanja, manjina si i dalje dopušta kršenje toga zakona, a priznavanje prava na povjerljivu komunikaciju bi

²⁵ Hof van Discipline Nederland ibid.

moglo spriječiti EZ da ta kršenja otkrije“.²⁶ To je isto kao da izjavljujemo da se odvjetničkim tvrtkama ne bi trebalo dopusti da upravljaju sredstvima klijenta jer ih određeni broj ponekad i pronevjeri.

Predsjednik BDI-a, Henkel, smatra da je objašnjenje Komisije nepravično i nerazmjerno, dodajući slijedeće upozoravajuće riječi:

„Istraga nije ništa drugo, već samo način ispravljanja tamo gdje usklađenje u prvom redu nije provedeno. Nemojte propustiti svoj primarni cilj, da bi se odveć bavili sekundarnim.“

Maurits Dolmens podržava argument nerazmjernosti:

*„Ne radi se o tome da je Komisiji potreban sav taj dokazni materijal. U svim slučajevima u kojima je korištena prijepiska korporativnih pravnika, na raspolaganju su bili i drugi dokazni materijali.“*²⁷

Mnogi vjeruju da je Uprava za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a usvojila negativan pristup ulozu pravnih odjela u pitanjima zaštite tržišnog natjecanja držeći da se korporativni pravници mogu koristiti kao instrumenti za kršenje zakona i skrivanje dokumentacije. Sigurno je da je pretjerano sumnjičiti korporativne pravnike kao rezervirane suučesnike u kršenju antitrustovskih zakona i delinkventne sakupljače kompromitirajućih dokaza.

Upravo je suprotno ponašanje daleko vjerojatnije budući da je uloga koju imaju korporativni pravници u usklađenju s antitrustovskim zakonom u prvom redu preventivne naravi radi čega bi mogli postati najveći saveznici Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a. Međutim, to pretpostavlja da im se daju sredstva za obavljanje njihovog rada za koji se zaista čini da je pravo na povjerljivu komunikaciju temeljna pretpostavka.

ZAKLJUČAK

Presuda u slučaju AM&S iz 1982. godine bila je iznenađenje za mnoge, a poprilično neugodno za korporativne pravnike i njihove korporativne poslodavce. Iako je Komisija nastupila u korist korporativnih pravnika na glavnoj raspravi u slučaju AM&S, razumljivo je da je rezervirala svoje stajalište nakon donošenja presude o provođenju strateškog napretka koji ta odluka pruža inspektorima zaštite tržišnog natjecanja u upadima u tvrtke.

Od tada je zabilježen značajan razvoj ovog pitanja. Slučajevi John Deere i Sabena ojačali su odlučnost Uprave za zaštitu tržišnog natjecanja EZ-a da koristi slučaj običajnog prava AM&S u postavljanju pravnih odjela u tvrtkama za cilj u pronalaženju kompromitirajućih dokaznih materijala. Kao reakcija na navedeno intenzivirale su se i kampanje za priznavanje prava na povjerljivu komunikaciju korporativnim pravnicima koje podupiru posljednjih godina države članice, Europski parlament i Sud pravde u presudama slučajeva *Carlsen* i *InterPorc*.

²⁶ Pismo člana Komisije Montia od 6. rujna 2000. godine upućeno gospodinu Georgeu Jacobsu, Predsjedniku UNICE-a, Europskog saveza poslodavaca

²⁷ Europski savjet, veljača 1999. godine ibid.

Presuda u slučaju AM&S zasigurno je najkontroverznija presuda Europskog suda pravde koja je ikada donijeta. Rasprava koju je izazvala postupno je na svjetlo iznijela određeni broj objektivnih čimbenika koji podupiru stajalište da bi zakon EZ-a trebao priznati korporativnim pravnicima pravo na povjerljivu komunikaciju, kao što se ono priznaje u zakonima nekolicine država članica i u zakonima poslovnih partnera EZ-a.

Važno je napomenuti da se argumentacija za priznavanje prava na povjerljivu komunikaciju korporativnim pravnicima izgrađuje godinama dok se argumentacija protiv sve više smanjuje. Nikakvi novi argumenti protiv priznavanja prava na povjerljivu komunikaciju nisu iznijeti od trenutka presude u slučaju AM&S dok su mnogi od navedenih u tom slučaju izgubili svoj značaj. Sada je jasno da postoji određeni broj čimbenika koji podupire argumentaciju za zakonsku izmjenu koja će donijeti obrat slučaja običajnog prava AM&S, dok se čini da su prigovori Komisije navedenome više isprika za nedostatak izvora nego opravdanje za provođenje zakona o zaštiti tržišnog natjecanja.

Cae/bvbj2001/LP-ARGUMENT-UK-L