

Efectivamente, la anulación de tal decisión puede tener, por sí misma, consecuencias jurídicas, en particular evitar que vuelva a repetirse una comunicación irregular de documentos confidenciales por parte de la Comisión y tachar de ilegal la utilización por el tercero de los documentos irregularmente comunicados.

2. Si ciertas disposiciones del Reglamento nº 17 prevén, en el marco del procedimiento de aplicación de las reglas de la competencia, algunas atenuaciones a la obligación de guardar el secreto profesional formulada por el artículo 214 del Tratado CEE, especialmente frente al tercero reclamante, cuando la comunicación de ciertas informaciones amparadas por este secreto es necesaria para el buen desarrollo de la instrucción, es sin perjuicio del interés legítimo de las empresas de que sus secretos comerciales no sean divulgados. El principio general, aplicable durante todo el desarrollo del procedimiento administrativo, de protección de

los secretos comerciales se opone a que un tercero reclamante reciba comunicación de documentos que contengan tales secretos.

3. Corresponde a la Comisión, en el marco del procedimiento de aplicación de las reglas de la competencia, apreciar si determinado documento contiene o no secretos comerciales. Después de haber dado a la empresa la oportunidad de que manifieste su punto de vista, está obligada a tomar a este respecto una decisión motivada que debe ser comunicada a la empresa. Habida cuenta del perjuicio en extremo grave que podrá resultar de la comunicación irregular de documentos a un competidor, la Comisión debe, antes de ejecutar su decisión, dar a la empresa la posibilidad de recurrir al Tribunal, para que se revisen las apreciaciones de que se trata para evitar que, por aplicación del artículo 173 en relación con el artículo 185 del Tratado, se efectúe la comunicación impugnada.

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. CARL OTTO LENZ
presentadas el 22 de enero de 1986 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

A — El caso en que voy a emitir mis conclusiones en el día de hoy afecta a los límites marcados a los poderes y posición legal de la Comisión de las Comunidades Europeas, a las empresas que están siendo investigadas

bajo la sospecha de abusar de su posición dominante en el mercado y a las personas y grupos de personas que tienen un interés legítimo en que se declare que ha habido violación del artículo 86 del Tratado CEE. En particular, este caso está relacionado con la cuestión de hasta qué extremo la Comisión puede permitir a un litigante, al amparo del artículo 3, apartado 2, letra b), del Regla-

* Traducido del alemán.

mento nº 17,¹ examinar documentos pertenecientes a una empresa que la Comisión está investigando bajo la sospecha de que está actuando en violación del artículo 86 del Tratado CEE.

I — 1. Los demandantes, AKZO Chemie BV y AKZO Chemie UK Ltd forman parte del grupo AKZO, que en la Comunidad es el mayor suministrador de peróxido de benzoilo, producto químico que se usa en la fabricación de plásticos y como blanqueador para el tratamiento de la harina.

Engineering & Chemical Supplies (Epsom & Gloucester) Ltd (en lo sucesivo llamado «ECS»), la parte coadyuvante, es una pequeña empresa cuyos negocios, desde que fue creada en 1969, consistían inicialmente en la venta de peróxido de benzoilo, comprado a AKZO UK, a la industria molturadora británica y, más tarde, además, en la producción de tal sustancia. En 1979, la coadyuvante extendió su actividad al sector de los plásticos, primero en el Reino Unido y después en Alemania.

2. El 15 de junio de 1982, ECS solicitó de la Comisión de las Comunidades Europeas, la parte demandada en este caso, ejercitar acciones legales contra los demandantes basándose en que habían violado el artículo 86 del Tratado CEE llevando a cabo una política de rebaja de precios con vistas a excluir a ECS del mercado.

En diciembre de 1982, funcionarios de la Comisión llevaron a cabo verificaciones sin previa comunicación en los locales de ambos demandantes, de conformidad con el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17.

Además, el 10 de octubre de 1983, la parte coadyuvante ejercitó una acción judicial contra AKZO ante la High Court of Justice reclamando daños y perjuicios por violación del artículo 86 del Tratado CEE. Actualmente, dicho procedimiento está suspendido a la espera de la decisión de la Comisión.

3. Mediante decisión del 29 de julio de 1983,² la Comisión bajo la conminación a AKZO Chemie UK Ltd de someterla al pago de una multa coercitiva y hasta la adopción de una decisión que pusiera fin al procedimiento por ella iniciado, le ordenó:

- entre otros extremos, abstenerse de ofrecer peróxido de benzoilo a empresa alguna de harina en el Reino Unido a precios inferiores a los que fueron fijados por la Comisión o a precios inferiores a los ofrecidos por AKZO Chemie UK Ltd a otros compradores comparables;
- abstenerse de conceder condiciones de crédito o condiciones de suministro que directa o indirectamente causen o puedan causar que el precio efectivo señalado para cualquiera de los mencionados productos sea inferior al precio fijado por la Comisión;
- suministrar mensualmente a la Comisión, a partir del 15 de agosto de 1983, una copia de cada pedido, oferta, factura, nota de abono u otros documentos equivalentes relativos a cualquier oferta o venta de los mencionados productos a cualquier comprador en el Reino Unido, emitidos en el mes anterior.

No obstante tales exigencias, la Comisión autorizó a AKZO Chemie UK Ltd a ofrecer los mencionados productos a precios inferiores cuando fuera necesario el hacerlo así, de buena fe, con objeto de alinearse con un precio inferior ofrecido por otro suministrador.

1 — Reglamento nº 17, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, p. 204; EE 08/01, p. 22).

2 — DO 1983, L 252, p. 13.

4. El 3 de septiembre de 1984, la Comisión envió un pliego de cargos a los demandantes, en el cual les reprochaba en particular haber abusado de su posición dominante en el mercado amenazando con vender a los clientes de ECS a precios especialmente bajos, discriminatorios y antieconómicos y de haber vendido efectivamente o de haber presentado ofertas con tales condiciones para sustraer clientes de ECS, causando con ello un grave perjuicio a la actividad comercial de ésta. El pliego de cargos iba acompañado de 127 anexos.

En la misma fecha, la Comisión envió el pliego de cargos a ECS, pero sin incluir los anexos antes mencionados. En la carta que acompañaba, la Comisión llamó la atención de ECS sobre este hecho y se refirió a la posibilidad de que ECS pudiera solicitar el tener acceso a los anexos si necesitaba hacerlo así para formular sus observaciones. Al propio tiempo, la Comisión señaló que, si a ECS se le concedió acceso a los anexos, éstos tan sólo podían usarse en relación con el procedimiento ante la Comisión.

Los demandantes replicaron al pliego de cargos mediante cartas de 22 de octubre y 16 de noviembre de 1984 que fueron entregadas por la Comisión a ECS.

5. Para ejercer plenamente su derecho a ser oído durante el procedimiento administrativo, al amparo del artículo 19, apartado 2, del Reglamento nº 17, ECS solicitó, mediante carta de 19 de noviembre de 1984, acceso a los anexos al pliego de cargos.

Mediante carta de 29 de noviembre de 1984, la Comisión informó a los demandantes de la solicitud de ECS. La Comisión declaró que estaba dispuesta a revelar a ECS tan sólo aquellos documentos o partes de los mismos, en la forma en que estaban adjuntados al pliego de cargos y no estuvieran amparados por un «auténtico secreto comercial» («genuine business secrecy»). Recalcaba, sin embargo, a este respecto que la prueba directa de una infracción del artículo 86 del Tratado CEE no constituía un secreto comercial que requiriera protección.

Finalmente, la Comisión informó a los demandantes de que consideraba apropiado, antes de decidir acerca de la solicitud de ECS, darles diez días para hacer saber sus puntos de vista.

En su respuesta de fecha 7 de diciembre de 1984, los demandantes declararon, en primer lugar, que era prematuro hablar de prueba directa de una infracción del artículo 86 del Tratado CEE. En esta fase del procedimiento, la Comisión ha alegado simplemente que se había cometido tal infracción. En tales circunstancias, era innecesario expresar una opinión acerca de la aseveración de la Comisión en el sentido de que estaba autorizada para revelar secretos comerciales, así como otras informaciones confidenciales que hubiera obtenido en la investigación antes de decidirse formalmente si había sido vulnerado el artículo 86 del Tratado CEE.

Además, los demandantes se quejaban del hecho de que la Comisión había comunicado su postura sobre el pliego de cargos en su integridad a ECS, sin haberles preguntado si ciertos pasajes de la misma eran confidenciales.

Con respecto a la solicitud de ECS de acceso a los anexos, los demandantes ofrecieron resumirlos o hacer ilegibles los párrafos confidenciales. Los demandantes trataron de saber de ECS ante todo y sobre todo qué pasajes particulares en su respuesta requerían ulteriores explicaciones. Los anexos al pliego de cargos, referidos en el anexo a la carta de los demandantes, no podían, a causa de su índole confidencial, ser comunicados a ECS en ninguna circunstancia. Los demandantes habían confiado en que los citados anexos no serían comunicados a ninguna otra persona.

Mediante carta de 18 de diciembre de 1984, la Comisión informó a los demandantes de que, con fecha 14 de diciembre, había dado a los representantes legales de ECS acceso a los documentos en cuestión. La Comisión decidió qué documentos habían de revelarse; no obstante, la lista de los demandantes había sido cuidadosamente considerada y fue respetada salvo unas pocas excepciones, respecto a las cuales la Comisión no estimaba que el documento o pasaje quedaba de hecho sujeto a protección como secreto comercial.

La Comisión declaró que consideraba necesario dar a ECS acceso a las pruebas para la correcta consideración del caso por la propia Comisión y para permitir que ECS ejerciera sus derechos para hacer conocer sus puntos de vista según el artículo 5 del Reglamento nº 99/63³.

La Comisión adjuntó con su carta copias de los anexos al pliego de cargos, que, contrariamente a los deseos de los demandantes, había puesto a disposición de ECS, mos-

trando la forma en que se dio traslado de los mismos. Con respecto al anexo 21,⁴ la Comisión declaró que no consideraba el documento como un secreto comercial, pues constituía un elemento de prueba crucial. En los gráficos A a C, fueron suprimidos los detalles de los costos de los demandantes y los representantes legales de ECS fueron advertidos de que no podían comunicar dichos gráficos a sus clientes.

Los documentos referentes a la sociedad Diaflex fueron retirados de los anexos, pero se permitió a los representantes legales de ECS tomar nota de los precios fijados por esta empresa, también con la condición de que no fueran revelados a sus clientes.

Mediante escrito de 22 de febrero de 1985, los demandantes ejercitaron la presente acción. Mediante auto de 10 de julio de 1985, el Tribunal de Justicia admitió a ECS a que interviniera en el procedimiento en apoyo de la demandada.

Con fecha 14 de diciembre de 1985, la Comisión adoptó una decisión sobre el fondo del asunto e impuso una multa de 10 millones de ECU a los demandantes, entre otros motivos por su abuso de posición dominante en el mercado.⁵

II — *Pretensiones de las partes*

1. Los demandantes solicitan al Tribunal que:

— declare la demanda admisible y bien fundada;

— anule la decisión de la Comisión comunicada a los demandantes mediante carta de fecha 18 de diciembre de 1984;

3 — Reglamento nº 99/63 de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, p. 2268; EE 08/01, p. 22).

4 — Memorándum interno de los demandantes referente a las relaciones comerciales con ECS.

5 — DO 1985, L 374, p. 1.

— ordene a la Comisión que exija a ECS la devolución de los documentos confidenciales que le fueron transmitidos;

— condene en costas a la Comisión.

2. La Comisión solicita al Tribunal que:

— declare la inadmisibilidad del recurso;

— o, subsidiariamente, lo desestime por infundado;

— en ambos casos, condene en costas a los demandantes.

3. La parte coadyuvante solicita al Tribunal que:

— declare la inadmisibilidad del recurso;

— subsidiariamente, declare la demanda infundada;

— en ambos casos, condene a los demandantes a cargar con las costas de la parte coadyuvante.

B — Mi punto de vista en este asunto es el siguiente:

I — Sobre la admisibilidad

1. La Comisión y la parte coadyuvante consideran la demanda de anulación inadmisibles por no haber una decisión frente a la cual pueda entablarse un procedimiento al amparo del artículo 173 del Tratado CEE.

En su opinión, es necesario, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, considerar el fondo de las medidas impugnadas para comprobar si son actos en el sentido del artículo 173. El Tribunal ha declarado que cualquier medida cuyos efectos legales sean

vinculantes y que puedan afectar a los intereses del demandante produciendo un cambio en su situación jurídica es un acto o decisión que puede ser objeto de un recurso de anulación al amparo del artículo 173.⁶ Dichas condiciones no se cumplen por cuanto, en este caso, no ha habido cambios en la situación jurídica de los demandantes. En el supuesto de que el procedimiento en este caso llevara a una decisión que fuera adoptada por la Comisión, los demandantes podrían impugnar tal decisión y después prevalecerse de un posible defecto de procedimiento, principalmente incumplimiento de la obligación de no revelar información confidencial.

A juicio de la demandada, su conducta es únicamente una fase preparatoria para la decisión final. La comunicación de documentos al coadyuvante tenía por finalidad facilitar a la demandada el determinar si se había producido una infracción del artículo 86 del Tratado CEE. Es una parte inseparable del procedimiento preparatorio para su decisión final y no la «culminación de un procedimiento especial distinto del procedimiento principal». Habida cuenta de la complejidad de la materia de este asunto, la transmisión de los documentos pertinentes a la parte coadyuvante y las observaciones de ésta han hecho que en este caso avanzara y se acelerara la investigación. Las sospechas de la parte demandada se han visto confirmadas. Consideró apropiado oír a las dos partes interesadas, aun cuando el resultado final fuera que la información suministrada por el coadyuvante no aclarara más la situación.

Si la demanda fuera considerada admisible en la presente fase, crearía confusión entre el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial. Los argumentos de los demandantes con respecto a la admisibilidad se relacionan abiertamente con la cuestión

⁶ — Sentencia de 11 de noviembre de 1981 en el asunto 60/81, International Business Machines (IBM) Corporation contra Comisión, Rec. 1981, p. 2639, apartado 9.

de si los documentos estaban amparados por el secreto profesional. Sin embargo, sería prematuro emprender una revisión judicial a este respecto, dado que el procedimiento administrativo aún está en trámite. Ello sería incompatible con la división de poderes entre la Comisión y el Tribunal de Justicia.

La *parte coadyuvante* también se refiere a la necesidad de distinguir entre una posible infracción de los derechos de los demandantes y un cambio en la situación jurídica de los demandantes. Una mera vulneración de derechos no supone necesariamente la adopción de una medida cuyos efectos legales son vinculantes y afectan los intereses del demandante provocando un cambio en su situación jurídica.

Sin embargo, los *demandantes* son abiertamente de la opinión de que la medida adoptada por la Comisión es un acto contra el cual puede iniciarse un procedimiento al amparo del artículo 173 del Tratado CEE. También se apoyan en la mencionada sentencia de 11 de noviembre de 1981 en el asunto 60/81, pero extraen de ella la conclusión opuesta. Como resultado de su actitud, la demandada suprimió la protección garantizada por el Tratado CEE contra la divulgación de información de la índole amparada por el secreto profesional. Además, los intereses de los demandantes quedaron adversamente afectados por tal conducta por cuanto el coadyuvante podía usar en otros procedimientos la información confidencial que había obtenido de la demandada.

Teniendo en cuenta sus consecuencias jurídicas, la demandada no puede, a su juicio, argumentar que su conducta constituye meramente una fase preparatoria. Esta conducta impidió que los documentos aportados por los demandantes recibieran la protección adecuada para la información confidencial. Esto constituye una manifestación definitiva de voluntad por parte de la Comi-

sión. Además, es la culminación de un procedimiento especial que debe distinguirse de los propios procedimientos en materia de competencia, que se terminan con la decisión de la Comisión sobre el fondo del asunto. Además, la decisión impugnada se dirige a ambos demandantes por cuanto establece que, en lo que les afecta, cierta información no está amparada por el secreto profesional.

Los demandantes mantienen que el recurso de anulación debe ejercitarse contra tal medida antes de que el procedimiento en cuestión llegue a su fin. Este procedimiento puede durar cierto tiempo y puede incluso terminar sin una decisión sobre el fondo del asunto. Por tanto, las partes deben poder ejercitar su acción de reparación jurídica cuando su derecho a protección con respecto a sus secretos comerciales haya sido vulnerado de forma deliberada.

2. A mi juicio, deben distinguirse varios grupos de problemas a la hora de considerar el tema de la admisibilidad del recurso de anulación:

- la cuestión de si la medida controvertida de la demandada es un acto de mero trámite o una decisión;
- la cuestión de si la conducta de la demandada constituye una decisión definitiva conforme a lo previsto en el artículo 173 del Tratado CEE o si es meramente una medida provisional que abre camino a una decisión final;
- la cuestión de si los demandantes tienen un interés que la ley protege y, en particular, si el recurso ya no tiene objeto a este respecto, pues la demandada ha dado realmente al coadyuvante acceso a los documentos y los demandantes deben por ello ejercitar acciones legales en

reclamación de indemnización de daños y perjuicios.

a) En primer lugar, debe distinguirse una decisión de un acto de mero trámite. A este respecto, el coadyuvante tiene razón al argumentar que la infracción de un derecho protegido por la ley debe distinguirse de un cambio en la situación jurídica.

La cuestión de si una solicitud de que se dé acceso a documentos requiere una decisión no puede ser constestada en términos generales, ya sean afirmativos o negativos, en particular cuando el acceso ya ha sido concedido por haber hecho entrega de los documentos. A este respecto, el factor crucial es si la solicitud de acceso a los documentos se concede automáticamente por un mero acto físico o si las autoridades responsables para conceder tal acceso tienen que tomar en consideración otros factores.

Con vistas a hacer la distinción necesaria, los diversos elementos del procedimiento que nos ocupa deben describirse con referencia a su contexto legal.

En el presente caso, el coadyuvante solicitó tener acceso a los documentos que la demandada había obtenido en el procedimiento en materia de competencia y que estaban amparados por el secreto profesional conforme al artículo 214 del Tratado CEE y el artículo 20, apartado 2, del Reglamento nº 17. La demandada invitó a los demandantes a que expusieran sus pareceres acerca de la solicitud del coadyuvante. Luego de considerar estos pareceres, la demandada decidió qué documentos habían de transmitirse al coadyuvante en su integridad, cuáles habían de transmitirse en parte y cuáles no habían de transmitirse en absoluto.

La conclusión que puede extraerse de todo esto es que la Comisión sopesó varios inte-

reses unos frente a otros: la protección del secreto profesional, el interés de los demandantes de proteger sus secretos comerciales, la necesidad de información por parte del coadyuvante al objeto de la audiencia y el derecho de supervisión efectiva para asegurar la conformidad con las reglas de competencia del Tratado CEE. Habiendo sopesado tales intereses, la demandada decidió finalmente qué documentos comerciales internos de los demandantes habían de ser revelados al coadyuvante en relación con el procedimiento de competencia pendiente, es decir, determinó en qué medida el interés de los demandantes, en lo que se refiere a la protección de sus secretos profesionales y comerciales, no podía prevalecer sobre la aplicación efectiva de las reglas de competencia del Tratado CEE.

La demandada estableció una distinción entre la situación jurídica de los demandantes y la de la parte coadyuvante, determinando al propio tiempo en qué medida podía apartarse de la obligación de guardar secreto profesional en interés de la aplicación de las normas de competencia de la Comunidad. Por ello, desde un punto de vista legal, el aspecto esencial de la medida de la Comisión no es la entrega efectiva de los documentos a la parte coadyuvante, sino determinar jurídicamente el alcance en que podía darse acceso a tales documentos. La demandada adoptó una decisión, que era vinculante, sobre qué documentos de los demandantes podían ponerse a disposición del coadyuvante. En consecuencia, desde el punto de vista jurídico, estableció la línea divisoria entre el *derecho* del coadyuvante a la *información* y el derecho de los demandantes a la protección de la confidencialidad de sus documentos comerciales. Adoptó una medida cuyos efectos legales eran vinculantes y que afectaba a los intereses de los demandantes, ocasionando un cambio en su situación jurídica. Por ello, esta medida constituye una decisión. El hecho de que la decisión no fuera redactada por escrito y de que sus condiciones fueran notificadas a los deman-

dantes cuatro días después de que al coadyuvante se le diera efectivamente acceso a los documentos no altera el hecho de que sea una decisión, por cuanto la forma en que ésta se manifieste es indiferente.⁷

b) Debe considerarse también si esta decisión puede ser impugnada separadamente mediante una acción ejercitada ante el Tribunal. El Tribunal ha mantenido que, en el caso de actos o decisiones que hayan sido adoptados por medio de un procedimiento que contenga varias fases, en particular cuando son la culminación de un procedimiento interno, un acto está sujeto a revisión tan sólo en el caso de que sea una medida que establezca de forma definitiva la posición de la autoridad al término del procedimiento y no una medida provisional dirigida a allanar el camino para la decisión final.⁸

Pueden surgir dudas acerca de si la decisión de la demandada puede ser impugnada separadamente ante el Tribunal, puesto que esta decisión marca los límites entre secreto profesional y comercial y la necesidad de aplicar las reglas sobre la competencia, es decir, define los propios poderes de investigación de la Comisión. A este respecto, puede afirmarse que las medidas en cuestión tratan de allanar el camino para la decisión final y es comparable al inicio de un procedimiento en materia de competencia o a la comunicación del pliego de cargos, según expuso el Tribunal en su sentencia de 11 de noviembre de 1981.⁹

Estas objeciones no pueden mantenerse, sin embargo, por cuanto la decisión adoptada por la demandada tiene varios aspectos. Además de decidir el alcance en el que la protección de los secretos comerciales debe ceder ante el derecho de la demandada a realizar una investigación, también define,

como se ha visto, la situación jurídica de los demandantes y del coadyuvante. A este respecto, hay un aspecto asociado y autónomo desde un punto de vista jurídico de la decisión de la demandada que difiere de los aspectos con los que se relaciona la decisión sobre el fondo en los procedimientos de competencia. Supone no solamente allanar el camino a la decisión final de la Comisión, sino además definir la posición jurídica de las empresas afectadas en este asunto. Por tal razón, esta parte de la decisión de la demandada no puede compararse con una decisión que dé comienzo al procedimiento o que comunique un pliego de cargos.

Sin embargo, desde el momento en que varios aspectos de una sola medida son inseparables, la decisión de la demandada de conceder al coadyuvante el acceso a ciertos documentos comerciales de los demandantes es una decisión que puede ser impugnada separadamente al amparo del artículo 173 del Tratado CEE.

El esquema general del Reglamento nº 17 apoya también la conclusión de que la medida adoptada por la demandada es una decisión a los efectos del artículo 173 del Tratado CEE. En todos los casos en los que la demandada no puede contar con la cooperación voluntaria de las empresas afectadas y debe aplicar medidas coercitivas, tales medidas tienen que adoptar la forma de una decisión que debe indicar, entre otras cosas, que las empresas afectadas tienen la facultad de pedir ante el Tribunal de Justicia la revisión de la decisión. Ello viene exigido por el artículo 11, apartado 5, del Reglamento nº 17 con respecto a las peticiones de información y por el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 en lo relativo a las verificaciones.

Este principio fue mantenido por el Tribunal en su sentencia de 17 de enero de 1980, en la que estableció que la Comisión estaba facultada, aunque no viene expresamente previsto en el Reglamento nº 17, para

7 — Sentencia de 11 de noviembre de 1981 en el asunto 60/81, IBM contra Comisión, Rec. 1981, p. 2639.

8 — Sentencia de 11 de noviembre de 1981, en el asunto 60/81, antes citada, apartado 10.

9 — Sentencia de 11 de noviembre de 1981 en el asunto 60/81, antes citada.

adoptar provisionalmente medidas cautelares durante el procedimiento administrativo. Dichas decisiones «deben tomarse de forma que la acción pueda ejercitarse ante el Tribunal de Justicia por cualquier parte que se considere perjudicada»¹⁰.

c) En la vista se planteó el problema de si la demanda ha quedado resuelta por el hecho de que el coadyuvante ha obtenido, en efecto, libre acceso a los documentos y que los conocimientos adquiridos por ello no podían borrarse mediante la declaración de nulidad de la decisión de la demandada, con el resultado de que el único camino que aún podía estar abierto para los demandantes era una acción de daños y perjuicios.

Yo no estoy de acuerdo con este argumento por dos razones.

El mismo hecho de que algunos de los documentos comerciales de los demandantes hayan sido entregados al coadyuvante y aún estén en su poder debe ser considerado como originador de un efecto adverso sobre la posición jurídica de los demandantes, lo cual sólo puede remediarse con la anulación de la decisión de la demandada. Es cierto que en esos procedimientos el Tribunal no puede ordenar directamente al coadyuvante que devuelva a la demandada los documentos de los demandantes. Esto, sin embargo, sería necesario, de conformidad con el artículo 176 del Tratado CEE, para procurar garantizar la devolución de tales documentos. Ello remediaría el efecto adverso producido en la situación jurídica de los demandantes a causa de la entrega de los documentos.

Una consecuencia ulterior de la anulación de la decisión de la demandada sería que el coadyuvante no podría confiar por más tiempo, ya sea en el procedimiento ante la High Court of Justice o en la audiencia concedida por la Comisión, en la informa-

ción indebidamente comunicada a la misma. Desde el momento que no puede decidirse que ello habría de afectar a la posición jurídica de los demandantes en los procedimientos en materia de competencia, soy de la opinión de que la demanda no queda resuelta por el hecho de que se garantice en efecto el acceso a los citados documentos.

Por todo ello, considero admisible la demanda de anulación.

3. Sin embargo, ello no se aplica a la petición de los demandantes de que la demandada debe ser obligada a pedir la devolución de los documentos confidenciales transmitidos al coadyuvante.

No hay fundamento para tal reclamación en el sistema de acciones sujetas a control jurisdiccional establecido por el Derecho comunitario. Es cierto que, de conformidad con el artículo 176 del Tratado CEE, la institución cuyo acto ha sido declarado nulo está obligada a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia. Sin embargo, corresponde en primer lugar a la institución afectada el decidir, con sujeción al poder de control del Tribunal, cuáles son las medidas apropiadas a tal objeto. Una demanda separada sobre cumplimiento de las obligaciones legales que pueden resultar de una sentencia del Tribunal de Justicia, del estilo de la que los demandantes persisten de forma expresa en mantener aún en la vista, no viene, sin embargo, establecida en el Tratado y debe rechazarse como inadmisibile.

II — *Sobre el fundamento de la demanda*

Los demandantes han basado su demanda en tres motivos:

— infracción de la obligación de guardar secreto profesional establecida en el artículo 214 del Tratado CEE y en el artículo 20, apartado 2, del Reglamento nº 17;

¹⁰ — Sentencia de 17 de enero de 1980 en el asunto 792/79 R, Camera Care Lid contra Comisión, Rec. 1980, p. 119, apartado 19.

— infracción del artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 17, de acuerdo con el cual la información adquirida en el transcurso del procedimiento en materia de competencia sólo puede usarse a los fines de estos procedimientos;

— infracción del artículo 185 del Tratado CEE, que establece un equilibrio institucional entre la Comisión y el Tribunal de Justicia y la limitación de las posibilidades de los demandantes de obtener protección jurídica.

1. Infracción de la obligación de guardar secreto profesional

a) De acuerdo con los *demandantes*, el artículo 214 del Tratado CEE, que ha sido desarrollado en materia de competencia por el artículo 20 del Reglamento nº 17, dispone expresamente que la Comisión no debe revelar las informaciones que, por su naturaleza, están amparadas por el secreto profesional. Esto supone, entre otras, una prohibición de comunicar información, cuyo carácter confidencial ha sido puesto de relieve, como en este caso, a un reclamante (interesado) en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 17 o a cualquier otra persona a las que se refiere el artículo 19, apartado 2, de la misma disposición. Caso de que la información haya de ser comunicada a un reclamante (interesado), deberá hacerse de forma que no menoscabe la protección de la información confidencial. Además, los demandantes mantienen que así se lo sugirieron a la demandada, pero que no fueron escuchados.

A juicio de los demandantes, el principio de la protección de la información confidencial también se aplica a los documentos que hacen posible, en ciertas circunstancias, comprobar la existencia de una infracción del artículo 86 del Tratado CEE. Mientras la demandada no haya comprobado la infracción del artículo 86 del Tratado CEE, es

prematureo asumir que los documentos en cuestión constituyen prueba de tal infracción.

Mantienen, además, que en las disposiciones del Tratado CEE no se distingue entre las decisiones que establecen una infracción y otras decisiones. La obligación de guardar secreto profesional se establece en el artículo 214 del Tratado CEE en términos generales y sin excepción. De acuerdo con el artículo 21 del Reglamento nº 17, la publicación de decisiones por la Comisión estableciendo que las reglas de competencia del Tratado CEE han sido infringidas debe tener en cuenta los legítimos intereses de las empresas en la protección de sus secretos comerciales. Ello también es específicamente aplicable a la comprobación de infracciones del artículo 86 del Tratado CEE.

En su respuesta, la *demandada* afirma que, para determinar con cuidado los hechos y circunstancias del caso, fue necesario conocer el punto de vista del reclamante, es decir, del coadyuvante. Además, los documentos que se pusieron a disposición del coadyuvante no contenían ningún secreto comercial protegido.

La demandada afirma que, en cualquier caso, la obligación de no revelar secretos comerciales no se aplica a aquellos documentos que, por su naturaleza o contenido, constituyen una prueba de una infracción, ya sea del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado CEE. El hecho de que ciertos documentos fueran descritos como confidenciales por la empresa afectada no es vinculante para la demandada. De la misma forma, el hecho de que la publicación de ciertos documentos pueda ser embarazosa para las empresas afectadas no significa que tales documentos constituyan, tan sólo por este motivo, secretos comerciales protegidos.

La demandada también se refiere a las reglas aplicables a los procedimientos anti-dumping, que, en su opinión, son comparables. De conformidad con el artículo 7, apartado 4, letra a), del Reglamento

nº 3017/79,¹¹ quien haya presentado la queja tendrá acceso a todas las informaciones facilitadas a la Comisión por cualquiera de las partes afectadas por la investigación, en la medida en que dichas infracciones sean relevantes para la defensa de sus intereses y no sean confidenciales. Con respecto a esta disposición, el Tribunal entendió, en su sentencia de 20 de marzo de 1985,¹² que, aun cuando las instituciones comunitarias estén obligadas por el artículo 214 del Tratado CEE a respetar el principio del tratamiento confidencial de la información, tal obligación debe interpretarse de forma que los derechos que emanan del artículo 7, apartado 4, letra a), del Reglamento nº 3017/79 no queden desprovistos de su contenido.

La parte reclamante tiene derecho a defender su punto de vista de la forma adecuada y ello tan sólo es posible si se le da acceso a ciertos documentos. Aun cuando la información confidencial no debe ser desvelada, dicha obligación quedó eliminada con respecto a los documentos transmitidos al coadyuvante.

El *coadyuvante* subraya el hecho de que tiene derecho a manifestar sus opiniones tanto por escrito como oralmente al amparo del artículo 19, apartado 2, del Reglamento nº 17. No habría podido ejercer plenamente su derecho a ser oído sin tener acceso a los documentos en que se basa el pliego de cargos.

A su juicio, la protección de los secretos comerciales no tiene primacía de forma automática sobre el derecho de ser oído. Debe establecerse un equilibrio entre el interés de las empresas afectadas en la protección de

sus secretos comerciales y el derecho de la parte reclamante a ser oída. La demandada halló el equilibrio adecuado. Los documentos en litigio son principalmente de interés histórico y contienen información que no difiere del resto de la información que los propios demandantes no consideraban confidencial. Fueron transmitidos al coadyuvante al solo fin del procedimiento administrativo y carecían de valor comercial para éste. Finalmente, a primera vista, constituyen la prueba de una infracción del artículo 86 del Tratado CEE. En tal caso, ya no se protege más la confidencialidad de los secretos comerciales.

b) Antes de examinar esta alegación, considero apropiado referirme a las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario relativas a la confidencialidad y al secreto oficial.

El artículo 214 del Tratado CEE reza del siguiente modo:

«Los miembros de las instituciones de la Comunidad, los miembros de los comités y los funcionarios y agentes de la Comunidad estarán obligados, incluso después de haber cesado en sus cargos, a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes.»

Por su parte, el artículo 20, apartado 2, del Reglamento nº 17 dispone:

«Sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones de los artículos 19 y 21, la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros, así como sus funcionarios y agentes, estarán obligados a no divulgar las informaciones que hayan recogido en aplicación del presente Reglamento, las cuales, por su propia naturaleza, se hallan amparadas por el secreto profesional.»

Finalmente, el artículo 21 del Reglamento nº 17 dispone lo que sigue:

11 — Reglamento (CEE) nº 3017/79 del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Europea (DO L 339, p. 1), reemplazado por el Reglamento (CEE) nº 2176/84, de 23 de julio de 1984 (DO 1984, L 201, p. 1; EE 11/21, p. 3).

12 — Asunto 264/82, *Timex Corporation contra Consejo y Comisión*, Rec. 1985, p. 849.

«1) La Comisión publicará las decisiones que adopte en aplicación de los artículos 2, 3, 6, 7 y 8.

2) La publicación mencionará las partes interesadas y los elementos esenciales de la decisión; deberá tener en cuenta el legítimo interés de las empresas en que no se divulguen sus secretos comerciales.»

aa) El deber de confidencialidad, por tanto, se aplica al tipo de información que, por su propia naturaleza, está amparada por el secreto profesional. A este respecto, el artículo 214 del Tratado se refiere en particular a «los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes». De esta formulación resulta que el legislador comunitario no dio una definición exhaustiva de la expresión «secreto profesional». Su significado debe ser deducido de los términos de las disposiciones pertinentes, en particular las del Reglamento nº 17.

El Reglamento nº 17 impone a las empresas amplias obligaciones con respecto a la información y a la publicación. Tales obligaciones tienen su contrapartida en las disposiciones antes señaladas dirigidas a garantizar la protección de los intereses legítimos de las empresas en lo referente a la confidencialidad de sus operaciones comerciales internas.

Sin embargo, la gama de informaciones amparadas por el secreto profesional va más allá de los secretos comerciales de las empresas. Toda la información recogida por los funcionarios y otros agentes de la Comisión en el ejercicio de sus deberes está amparada por el secreto profesional, con independencia de si se obtuvo en el curso de una investigación formal o bien de manera in-

formal. Quedan excluidas, sin embargo, cualesquiera informaciones a las que tenga acceso el público.¹³

En términos conceptuales, la expresión «secreto profesional» («Berufsgeheimnis») es, en todo caso, demasiado estrecha, puesto que, al menos en Alemania, tan sólo cubre la obligación de secreto impuesta a las profesiones «liberales» por sus propias normas profesionales. Esta noción debería ser designada por la expresión más general de «secreto oficial»¹⁴.

Entre las informaciones que, «por su naturaleza», están amparadas por el secreto oficial figuran, entre otras, no sólo los secretos industriales y comerciales de las empresas, sino también otras operaciones realizadas por las empresas, que son confidenciales e inaccesibles al gran público.¹⁵ Esto es así cualquiera que sea el tipo de secreto comercial o industrial u otra operación confidencial relacionada.

Pero, como estos documentos y las operaciones internas, «por su naturaleza», deben estar amparadas por el secreto oficial, tan sólo puede tratarse de materias que sean de alguna importancia para la empresa y que no puedan ser reveladas a terceros sin producir inconvenientes a la empresa. No toda la información que una empresa desee que no se revele puede ser considerada objetivamente, tan sólo por esta razón, como secreto comercial. El parecer de la empresa de la que proviene la información no es en sí mismo decisivo, pero por regla general es un indicio importante.¹⁶

13 — Véanse Pernice en: Grabitz, Comentarios al Tratado CEE, nota 8 al artículo 20 del Reglamento nº 17, y Hummer en: Grabitz, Comentarios al Tratado CEE, nota 14 al artículo 214.

14 — Véase Hummer, op. cit.; Gleiss/Hirsch, Comentarios a EWG-Kartellrecht, nota 9 al artículo 20 del Reglamento nº 17.

15 — Gleiss/Hirsch, op. cit., nota 13.

16 — Véanse Pernice, op. cit., nota 24 al artículo 19 del Reglamento nº 17, y Gleiss/Hirsch, op. cit., nota 11 al artículo 20 del Reglamento nº 17.

Tal información no puede ser divulgada, es decir, no debe ser comunicada a personas que no estén autorizadas para recibirla.¹⁷ Ello incluye no solamente a los terceros, sino también, en la medida en que se trate de secretos comerciales, a aquellas personas que tienen el derecho a ser oídas en virtud del artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 17 y, en particular, a los reclamantes en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra b), de este Reglamento. Ello fue claramente sentado por el Tribunal en su sentencia de 29 de octubre de 1980 en los asuntos acumulados 209 a 215 y 218/78,¹⁸ en la que expuso la doctrina siguiente:

«Las informaciones que tengan carácter de secreto profesional, comunicadas a una asociación profesional por sus miembros y que, por ello, han perdido su carácter confidencial entre éstos, no lo pierden con respecto a terceros. En el supuesto de que esta asociación comunique tales informaciones a la Comisión con motivo de un procedimiento iniciado con arreglo al Reglamento n° 17, la Comisión no puede prevalerse de las disposiciones del artículo 19 y del artículo 20 de este Reglamento para justificar la entrega de la información a terceros que formulan reclamaciones. *El artículo 19, apartado 2, da a estos últimos el derecho a ser oídos y no les da el derecho a recibir información confidencial.*»

Esta interpretación es absolutamente vinculante. La interpretación contraria llevaría a una situación en la que las empresas buscarían el acceso a los secretos comerciales de otras empresas por medio de una solicitud conforme al artículo 3 o de la segunda frase del apartado 2 del artículo 19 del Reglamento n° 17.

bb) Por consiguiente, la Comisión no está autorizada para comunicar información

confidencial a una parte reclamante conforme al artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 17, en el marco del procedimiento de audiencia del artículo 19 del Reglamento n° 17. La sentencia del Tribunal, de 20 de marzo de 1985, en el asunto 264/82¹⁹ tampoco desvirtúa tal interpretación. En esta sentencia, el Tribunal decidió:

«Los demandados se equivocan al afirmar que la información en cuestión era confidencial y no podía ser revelada al reclamante. Las instituciones comunitarias están obligadas, por el artículo 214 del Tratado, a respetar el principio de tratamiento confidencial de la información relativa a las empresas, sobre todo a las empresas de terceros Estados que han expresado su conformidad a cooperar con la Comisión, aun en el caso de que no haya petición expresa de que se le dé tal tratamiento. Sin embargo, tal obligación debe interpretarse de forma que los derechos concedidos por el artículo 7, apartado 4, letra a), del [...] Reglamento n° 3017/79 no queden privados de su contenido esencial.

De ello se sigue que, en el presente caso, la Comisión debe hacer todos los esfuerzos, en cuanto sean compatibles con la obligación de no revelar los secretos comerciales, por suministrar al demandante información pertinente para la defensa de sus intereses, eligiendo, caso de ser necesario, por su propia iniciativa, los medios apropiados para dar tal información [...]» (*traducción provisoria*).

También en esta sentencia, el Tribunal sostuvo que el derecho a revelar documentos confidenciales quedaba limitado por la obligación de proteger los secretos comerciales de las empresas afectadas.

Además, debe hacerse referencia a las importantes diferencias que existen entre el

17 — Deringer, op. cit., nota 9 al artículo 20 del Reglamento n° 17; Pernice, op. cit., nota 9 al artículo 20 del Reglamento n° 17.

18 — Sentencia de 29 de octubre de 1980 en los asuntos acumulados 209 a 215 y 218/78, Van Landewyck SARL y otros contra Comisión, Rec. 1980, p. 3125, apartado 46 de la sentencia; el subrayado es mío.

19 — Sentencia de 20 de marzo de 1985 en el asunto 264/82, Timex Corporation y otros contra Consejo y Comisión, Rec. 1985, p. 849, apartado 29 y siguientes de la sentencia.

Reglamento nº 17 y el nº 3017/79, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea, en lo que afecta a la posición jurídica de las partes en los procedimientos respectivos.

A diferencia del Reglamento nº 17, el Reglamento nº 3017/79 dispone, expresamente, en el artículo 7, apartado 4, que el reclamante tendrá acceso a todas las informaciones facilitadas a la Comisión por cualquier parte afectada por la investigación, en la medida en que sean relevantes para la defensa de sus intereses y no sean confidenciales con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento. El artículo 8 establece que cualquier información de índole confidencial o cualquier información dada con carácter confidencial por una parte afectada por la investigación no puede ser revelada sin autorización expresa de la parte que la ha suministrado. Además, se considerará que una información es confidencial cuando su divulgación pueda tener consecuencias desfavorables significativas para quien la haya facilitado o sea la fuente de la misma.

Sin embargo, no hay fundamento en el Reglamento nº 17 para un derecho comparable de acceso a los documentos. Incluso, no es jurídicamente necesario, conforme al artículo 19 del Reglamento nº 17, oír a un reclamante en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra b), de este Reglamento. Al igual que otros terceros, debe, de conformidad con el artículo 19, apartado 2, acreditar un interés suficiente en ser oído. Puede ser el caso si se ha visto afectado por la conducta de una empresa contra la cual se ha iniciado un procedimiento en materia de competencia. Al amparo del Reglamento nº 17, sin embargo, no está automáticamente facultado para tomar parte en el procedimiento, sino que debe formular una solicitud al efecto. Tan sólo cuando la Comisión, a la que se haya formulado una queja en aplicación del artículo 3, apartado 2, del

Reglamento nº 17, considere que los elementos que ha recogido no justifican que se dé curso favorable, deberá indicar los motivos a la persona que lo solicite, conforme al artículo 5 del Reglamento nº 99/63, y darle un plazo para que presente por escrito sus eventuales observaciones. Los procedimientos en materia de competencia ante la Comisión, en consecuencia, no han de considerarse como procedimientos contradictorios en los que se enfrentan el reclamante y la empresa afectada. El reclamante queda limitado ya a un papel que corresponde al del denunciante en el procedimiento penal. Los procedimientos propios son llevados por la Comisión.

Sin embargo, la distinción que sigue entre los dos Reglamentos me parece de crucial importancia: en los procedimientos en materia de competencia, la Comisión tiene poderosas medidas coercitivas a su disposición con objeto de llevar a cabo sus investigaciones. Por ejemplo, cuando se deniega una solicitud de información, la Comisión está facultada, al amparo del artículo 11, apartado 5, del Reglamento nº 17, para obtener la información imponiendo o amenazando con imponer multas y multas coercitivas, y el artículo 14 del Reglamento nº 17 le autoriza para llevar a cabo verificaciones aun en contra de la voluntad de las empresas afectadas y sin previa comunicación. Tal y como ya se ha indicado, tales poderes de investigación, así como las medidas coercitivas, están contrarrestadas por la protección de las informaciones confidenciales.

Ninguna de las mencionadas medidas coercitivas está prevista en el reglamento antidumping que autoriza a la Comisión para llevar a cabo investigaciones e inspecciones tan sólo en el caso de que haya cooperación voluntaria con las empresas afectadas con el resultado de que la información confidencial no necesita verse protegida en el mismo grado desde el momento en que las empresas pueden simplemente negarse a suministrarla.

Podemos establecer el principio de que la Comisión no puede revelar secretos comerciales a los reclamantes, aun en el caso de una audiencia al amparo del artículo 19, apartado 2, del Reglamento nº 17.

cc) Una excepción a tal principio tan sólo podría hacerse presumiblemente en el caso de que fuera imposible determinar si se han infringido las reglas de competencia del Tratado CEE sin lograr acceso a los secretos comerciales de las empresas afectadas. En tal caso, debe observarse que las normas reguladoras del secreto oficial o profesional vienen establecidas en el artículo 214 del Tratado CEE. Las disposiciones sustantivas de las normas de competencia de la Comunidad y las facultades básicas de investigación de la Comisión vienen reguladas en los artículos 85 y siguientes del Tratado CEE. La protección de la información confidencial, por un lado, y la determinación del contenido de las normas de competencia, así como la forma en que la Comisión aplica tales disposiciones o asegura su observancia, por otro, se basan en las normas de Derecho primario comunitario que son del mismo rango. Sin embargo, en casos excepcionales, creo que puede establecerse un equilibrio entre los intereses jurídicos englobados en el artículo 214 del Tratado CEE y los contenidos en los artículos 85 y siguientes del Tratado CEE, cuando las reglas sustantivas del Derecho comunitario de la competencia no puedan desarrollarse de otra forma. Séame permitido, sin embargo, una vez más, destacar el hecho de que tal situación podría surgir presumiblemente tan sólo en unos cuantos casos excepcionales, de forma que la Comisión, sobre la base de las facultades de intervención que le confiere el Reglamento nº 17, podría revelar prácticas comerciales que restrinjan la competencia, sin comunicar los secretos comerciales a terceros, especialmente, por cuanto en todo caso puede tener acceso a tales secretos.

Sin embargo, la demandada no puede pasar por alto la exigencia de confidencialidad, simplemente para simplificar o acelerar sus investigaciones.

En este caso, no había necesidad en diciembre de 1984 de llevar a una rápida conclusión los procedimientos en materia de competencia que estaban pendientes desde el 15 de julio de 1982, por cuanto un posible abuso de la posición dominante en el mercado por parte de los demandantes había sido impedida por la medida cautelar de la demandada de fecha 29 de julio de 1983.

dd) Examinaré ahora en concreto el primer motivo. En relación con ello deben tenerse en cuenta los siguientes puntos:

En primer lugar, la demandada puso a disposición del coadyuvante el pliego de cargos (excluyendo la documentación) y el texto completo de la respuesta de los demandantes. No es necesario decidir aquí si se puede admitir esto por cuanto los demandantes no se han quejado de esta conducta al Tribunal. Estimulado por la demandada, el coadyuvante solicitó acceso a ciertos documentos comerciales de los demandantes que, de acuerdo con el coadyuvante, habían llegado a posesión de la demandada como resultado de las medidas coercitivas, consistentes en una investigación sin previo aviso, al amparo del artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17. Cuando los demandantes descubrieron que el coadyuvante había solicitado acceso a los documentos, invocaron la protección de los secretos comerciales y, al mismo tiempo, ofrecieron suministrar extractos no confidenciales de tales documentos. La parte demandada no aceptó tal oferta, sino que puso algunos de estos documentos a disposición del coadyuvante en forma resumida, o exclusivamente para uso del representante legal del coadyuvante o tan sólo para inspección de aquél.

ee) Surge ahora la cuestión de si el Tribunal debe examinar si los documentos en cuestión son en realidad secreto comercial de los demandantes, aun cuando se ha dicho muy poco acerca de esta cuestión por parte de ambas partes en el procedimiento ante el Tribunal.

Ciertamente, para el Tribunal sería posible llevar a cabo tal examen, pero soy de la opinión de que no es necesario hacerlo para pronunciarse sobre este asunto.

En su carta de 18 de diciembre de 1984, en la que se notificaba a los demandantes su decisión de transmitir ciertos documentos al coadyuvante, la demandada se limitó a exponer que no consideraba un buen número de documentos como constitutivos del secreto comercial. Con la excepción de ciertas referencias breves al anexo 21 del pliego de cargos, la demandada no expuso las razones por las cuales había dejado de considerar las sugerencias realizadas por los demandantes referentes a la índole confidencial de tales documentos. Tan sólo en el caso del anexo 21, manifestó la demandada que el documento no podía considerarse amparado por el secreto comercial por cuanto constituía una prueba evidente de una infracción del artículo 86 del Tratado CEE.

aaa) En este estado del procedimiento, no se puede compartir el punto de vista de la demandada de que el anexo 21 al pliego de cargos no podía considerarse confidencial por constituir prueba documental de una infracción del artículo 86.

Es cierto que la doctrina admite que el secreto comercial también puede tener por objeto la infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE respecto de la cual debería

adoptarse una decisión publicada conforme al artículo 21 del Reglamento; en este caso, el interés a guardar el secreto ya no estaría justificado y, por tanto, no se opondría a la publicación.²⁰

Esta opinión parece correcta con respecto a la publicación de la decisión *final* de la Comisión. Sin embargo, de conformidad con el artículo 21, apartado 2, aun esta decisión debe publicarse de una forma que tenga en consideración los legítimos intereses de las empresas en lo que se refiere a la protección de sus secretos comerciales. Puede afirmarse que el interés en la protección de los secretos comerciales no puede ser considerado por más tiempo como legítimo una vez que se ha descubierto en el curso del procedimiento administrativo que se ha producido una infracción de las reglas de competencia del Tratado.

En este caso, el acceso a los documentos del demandante ya ha sido concedido antes de la audiencia oficial a las empresas afectadas en el sentido del artículo 19, apartado 1, del Reglamento nº 17. Es muy posible que de tal audiencia y de la consulta subsiguiente del Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes exigida por el artículo 10, apartado 3, del Reglamento nº 17 surjan factores que muestren de otra manera la conducta de las empresas afectadas. Tan sólo cuando han terminado estas dos fases del procedimiento y la Comisión estima que se han infringido las reglas de competencia del Tratado, puede parecer adecuado pasar por alto el interés de las empresas afectadas en que no se divulguen sus secretos comerciales. Sin embargo, hasta que no hayan terminado las dos fases, que garantizan cierto grado de protección a las empresas afectadas, la Comisión no puede, por regla general, revelar los secretos comerciales de tales empresas.

20 — Véase Gleiss/Hirsch, nota 6 al artículo 21 del Reglamento nº 17.

bbb) Si la confianza en el hecho de que un documento comercial concreto constituye prueba evidente de una infracción del artículo 86 del Tratado CEE no es suficiente para justificar la anulación de la exigencia de confidencialidad en la fase del procedimiento en la que se llevó a cabo, la única razón restante por la que puede explicarse la comunicación de los documentos al coadyuvante es la declaración general de la demandada de que no constituyen secretos comerciales.

Sin embargo, esta declaración lacónica no es suficiente para cumplir la obligación de motivar sus decisiones, impuesta a la Comisión por el artículo 190 del Tratado CEE.

El alcance de la obligación de motivación que se establece en el artículo 190 del Tratado CEE depende de la naturaleza del acto jurídico en cuestión²¹. La Comisión debe exponer los fundamentos de hecho y de derecho que constituyen la base legal de la medida y las consideraciones que la llevaron a adoptar su decisión. Esta disposición no sólo toma en cuenta las meras consideraciones formales, sino que busca dar a las partes la oportunidad de defender sus derechos y al Tribunal la oportunidad de ejercitar sus funciones de control. Para alcanzar tales objetivos, es suficiente que la decisión exponga los principales fundamentos de hecho y de derecho en que se basa y que son necesarios para comprender el razonamiento que ha llevado a que la Comisión adopte su decisión. Pueden exponerse de forma concisa con tal que sea clara y pertinente²².

En el presente asunto, la demandada no cumplió tales exigencias. Ello puede tener algo que ver con el hecho de que no consi-

deraba como una decisión la propia comunicación de los documentos.

ff) Aun admitiendo que fuera necesario que el coadyuvante tuviera acceso a los documentos comerciales, es evidente que la forma en que se concedió el acceso era contraria al principio de proporcionalidad.

Los demandantes ofrecieron poner sus documentos a disposición, caso de ser necesario, en forma resumida o en versiones que no contuvieran información confidencial. La demandada, sin embargo, no aceptó tal oferta y decidió bajo su responsabilidad qué documentos habían de ser considerados confidenciales.

Este procedimiento era claramente prematuro en el momento en que se practicó por cuanto la demandada no podía saber todavía si los documentos ofrecidos por los demandantes bastarían para satisfacer las necesidades de información de la parte coadyuvante.

Personalmente, considero el primer motivo de los demandantes como bien fundado.

gg) Sin embargo, si el Tribunal estimara que aún procede examinar la cuestión de si los documentos transmitidos al coadyuvante constituyen auténticos secretos comerciales, sugeriría al Tribunal que abriera nuevamente la fase oral, dado que las partes aún no han expresado en detalle sus pareceres sobre el asunto; permítaseme presentar unas conclusiones suplementarias a este respecto.

2. a) En su segundo motivo, los *demandantes* alegan que la demandada ha incumplido el artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 17, que dispone que las informaciones recogidas durante la investigación no podrán

21 — Sentencia de 13 de noviembre de 1978 en el asunto 87/78, *Welding & Co. contra Hauptzollamt Hamburg-Waltershof*, Rec. 1978, p. 2457.

22 — Sentencia de 4 de julio de 1963 en el asunto 24/62, *República Federal de Alemania contra Comisión*, Rec. 1963, p. 129.

ser utilizadas más que para el fin para el que hayan sido pedidas. Al transmitir los documentos al coadyuvante, la demandada infringió esta disposición por cuanto hay un serio riesgo de que el coadyuvante pueda utilizar los documentos contra los demandantes en procedimientos judiciales en el Reino Unido. Además, no se ha probado que el coadyuvante se comprometiera a utilizar los documentos en cuestión tan sólo en el procedimiento administrativo.

La *demandada* afirma haber exigido a los representantes legales del coadyuvante que se comprometieran a que los documentos comunicados tan sólo habrían de usarse en el procedimiento administrativo. Además, con respecto al procedimiento incoado en el Reino Unido, de acuerdo con las disposiciones del Derecho procesal inglés, los demandantes deben, en todo caso, presentar los documentos que poseen.

El *coadyuvante* mantiene que se le dio acceso a los documentos en cuestión tan sólo bajo la condición de que no hiciera uso de los mismos salvo en el caso del procedimiento administrativo y que ha cumplido tal compromiso. Además, en el procedimiento judicial en el Reino Unido, cada parte tiene el deber de comunicar a la otra parte una lista de los documentos que obran en su poder relativos a cualquier punto debatido en el litigio y debe autorizar a la otra parte a inspeccionar los documentos mencionados en la lista. De conformidad con ello, no ha habido cambios en la posición de los demandantes por el hecho de que la demandada haya revelado los documentos al coadyuvante.

b) Se sigue del esquema general del artículo 20 del Reglamento nº 17 que el apartado 1 se refiere únicamente a la *utilización* de la

información recogida y no a la divulgación de la misma, lo cual se regula en el apartado 2. Ello evidencia que el argumento de los demandantes a este respecto no es concluyente por cuanto no sostiene en realidad que la demandada haya utilizado indebidamente la información recogida. Además, desde el momento en que la demandada obtuvo del coadyuvante la garantía de que la información puesta a su disposición habría de usarse tan sólo en el procedimiento administrativo y no se ha probado hasta este momento del procedimiento que el coadyuvante no lo haya cumplido, no procede examinar la cuestión básica de si el coadyuvante cae dentro del ámbito de las personas a las que se refiere el artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 17 y tampoco cabe examinar si la demandada ha contribuido al mal uso de la información por parte del coadyuvante.

No se puede estimar el motivo basado en la infracción del artículo 20, apartado 1, del Reglamento nº 17.

3. a) En su tercer motivo, los *demandantes* alegan infracción del artículo 185 del Tratado CEE. Afirman que la demandada decidió dar al coadyuvante acceso a los documentos y ejecutó de forma irreversible su decisión antes de informar de ello a los demandantes. Si está en cuestión la índole confidencial de ciertos documentos, la Comisión debe adoptar una decisión en el asunto, pero sujeta a revisión por parte del Tribunal de Justicia, que debe poder ejercitar las competencias que le confieren los artículos 185 y 186 del Tratado CEE y ordenar la suspensión de la ejecución de la decisión de que se trata o adoptar cualquier otra medida provisional. Mediante su conducta, la demandada privó a los demandantes de la oportunidad de solicitar la suspensión de la ejecución de la decisión impugnada.

La *demandada* afirma meramente que no ha habido infracción del artículo 185 por cuanto en este caso no se adoptó ninguna decisión. Con carácter subsidiario arguye que no está obligada a suspender la ejecución de una decisión hasta que las personas afectadas hayan tenido la oportunidad de solicitar al Tribunal de Justicia la adopción de medidas provisionales.

El *coadyuvante* también señala que la Comisión no ha adoptado ninguna decisión formal a la que pudiera aplicarse el artículo 185 del Tratado CEE. Además, la exigencia de tal decisión susceptible de impugnación llevaría consigo retrasos inaceptables en el procedimiento administrativo.

b) Aunque hay que decir gran número de cosas sobre este motivo, es decir que, a la vista del carácter irreversible de la divulgación de los documentos comerciales de los demandantes, la *demandada*, antes de llevar a cabo su decisión, debía haber adoptado la medida excepcional de dar a los demandantes la oportunidad de obtener la protección jurídica proporcionada en el artículo 185 del Tratado CEE, soy, no obstante, de la opinión que no hay necesidad de seguir discutiendo más tiempo sobre este motivo. Éste se refiere a la *ejecución* de la decisión de la *demandada* de dar a la parte *coadyuvante* acceso a los documentos y no a la propia

decisión. La cuestión de si era legal la decisión inicial de dar acceso a los documentos no puede depender de la forma en que se llevó a cabo con posterioridad.

Si la decisión fuera ilegal en sí, el hecho de que pudiera haber sido ejecutada de forma incorrecta no añade nada nuevo. Si, contrariamente a lo que se expresa aquí, es legal, seguirá siéndolo, aun en el caso de que se hubiera ejecutado de forma ilegal. La ejecución ilegal llevaría a una infracción separada de los intereses jurídicos afectados, que deben ser objeto de una acción separada a la de la impugnación de la propia decisión; sin embargo, no se hizo así en este caso.

Por consiguiente, este motivo debe ser rechazado igualmente.

4. Costas

Por cuanto soy de la opinión que deben prosperar los motivos principales de los demandantes y ha de rechazarse su motivo referente a las consecuencias que debe deducir la *demandada* de una declaración del Tribunal de Justicia de que su decisión es nula, considero que se debe condenar en costas a la *demandada* de conformidad con el artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, con exclusión de las costas de la parte *coadyuvante*. Esta deberá soportar sus propias costas.

C — Como conclusión, propongo que en el asunto 53/85 el Tribunal:

- «1) Anule la decisión de la *demandada* comunicada a los demandantes mediante carta de 18 de diciembre de 1984.
- 2) Desestime el recurso en todo lo demás.
- 3) Condene a la *demandada* en costas salvo las de la parte *coadyuvante*.
- 4) Condene a la parte *coadyuvante* a cargar con sus propias costas.»