

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera ampliada)
de 17 de septiembre de 2007 *

En los asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03,

Akzo Nobel Chemicals Ltd, con domicilio social en Hersham, Walton on Thames,
Surrey (Reino Unido),

Akcros Chemicals Ltd, con domicilio social en Hersham, Walton on Thames,
Surrey,

representadas por los Sres. C. Swaak, M. Mollica y M. van der Woude, abogados,

partes demandantes,

apoyados por

Conseil des barreaux européens (CCBE), con domicilio en Bruselas (Bélgica),
representado por el Sr. J. Flynn, QC,

* Lengua de procedimiento: inglés.

por

Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, con domicilio en La Haya (Países Bajos), representado por los Sres. O. Brouwer y C. Schillemans, abogados,

por

Association européenne des juristes d'entreprise (AEJE), con domicilio en Bruselas, representada por los Sres. M. Dolmans y K. Nordlander, abogados, y el Sr. J. Temple Lang, Solicitor,

por

American Corporate Counsel Association (ACCA) — European Chapter, con domicilio en París (Francia), representada por el Sr. G. Berrisch, abogado, y el Sr. D. Hull, Solicitor,

y por

International Bar Association (IBA), con domicilio en Londres (Reino Unido), representada por el Sr. J. Buhart, abogado,

partes coadyuvantes,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por el Sr. R. Wainwright y la Sra. C. Ingen-Housz, posteriormente por los Sres. F. Castillo de la Torre y X. Lewis, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tienen por objeto, en primer lugar, un recurso mediante el que se solicita, por un lado, que se anule la Decisión de la Comisión C (2003) 559/4, de 10 de febrero de 2003, y, si resulta necesario, la Decisión de la Comisión C (2003) 85/4, de 30 de enero de 2003, que ordenan a Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akcros Chemicals Ltd y Akcros Chemicals y a sus filiales respectivas que se sometan a verificaciones con arreglo al artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22) (asunto COMP/E-1/38.589), y, por otro lado, que se ordene a la Comisión la devolución de determinados documentos incautados durante la inspección de que se trata y que se le prohíba utilizar el contenido de los mismos (asunto T-125/03), y, en segundo lugar, un recurso mediante el que se solicita la anulación de la Decisión de la Comisión C (2003) 1533 final, de 8 de mayo de 2003, por la que se deniega una solicitud de protección de los mencionados documentos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (asunto T-253/03),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Primera ampliada),

integrado por el Sr. J.D. Cooke, Presidente, y el Sr. R. García-Valdecasas, la Sra. I. Labucka y los Sres. M. Prek y V. Ciucă, Jueces;

Secretaria: Sra. C. Kantza, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 28 junio 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos y procedimiento

- ¹ El 10 de febrero de 2003, la Comisión adoptó la Decisión C (2003) 559/4, que modifica su Decisión C (2003) 85/4, de 30 de enero de 2003, mediante las que se ordena a Akzo Nobel Chemicals Ltd, Akcros Chemicals Ltd y Akcros Chemicals y a sus filiales respectivas que se sometan a verificaciones con arreglo al artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), con objeto de recabar pruebas de eventuales prácticas contrarias a la competencia (en lo sucesivo, consideradas conjuntamente, «Decisión que ordena la verificación»).
- ² Los días 12 y 13 de febrero de 2003, funcionarios de la Comisión asistidos por representantes de la Office of Fair Trading (OFT, autoridad británica de defensa de la competencia) llevaron a cabo, basándose en la Decisión que ordena la verificación, una inspección en los locales de las demandantes situados en Eccles, Manchester (Reino Unido). Durante dicha inspección, los funcionarios de la Comisión hicieron copias de numerosos documentos.

- 3 En el curso de dichas operaciones, los representantes de las demandantes indicaron a los funcionarios de la Comisión que algunos de los documentos podían estar amparados por la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (legal professional privilege ou «LPP»).
- 4 Los funcionarios de la Comisión respondieron a los representantes de las demandantes que necesitaban consultar someramente los documentos de que se trataba para poderse formar su propia opinión sobre la protección de que eventualmente debían gozar dichos documentos. Al término de una larga discusión, y después de que los funcionarios de la Comisión y de la OFT hubieran recordado a los representantes de las demandantes las consecuencias que podían derivarse de una obstrucción a las operaciones de inspección, se decidió que el responsable de la inspección consultara someramente los documentos de que se trataba en presencia de un representante de las demandantes.
- 5 Durante el examen de los documentos en cuestión se produjo una discrepancia en relación con cinco documentos, que finalmente fueron objeto de dos trámites diferentes por parte de la Comisión.
- 6 El primero de dichos documentos es un memorando mecanografiado de dos páginas, fechado el 16 de febrero de 2000 y dirigido por el Director General de Akcros Chemicals a uno de sus superiores. Según las demandantes, este memorando contiene informaciones recogidas por el Director General en el marco de consultas internas con otros empleados. Según las demandantes, tales informaciones fueron recogidas con el fin de recabar un dictamen jurídico externo en el marco del programa de cumplimiento del Derecho de la competencia establecido por Akzo Nobel. El segundo de estos documentos es un segundo ejemplar del mencionado memorando, en el que figuran notas manuscritas referidas a los contactos mantenidos con un abogado de las demandantes en las que se menciona, en particular, su nombre.

- 7 Tras haber oído las explicaciones de las demandantes sobre estos dos primeros documentos, los funcionarios de la Comisión no pudieron llegar inmediatamente a una conclusión definitiva sobre la protección de que eventualmente debían gozar dichos documentos. Por consiguiente, hicieron copia de ellos y la guardaron en un sobre lacrado que se llevaron al término de su inspección. Las demandantes designaron estos dos documentos como pertenecientes a la serie A.
- 8 El tercer documento que suscitó discrepancia está constituido por una serie de notas manuscritas del Director General de Akcros Chemicals que, según las demandantes, fueron redactadas con ocasión de conversaciones mantenidas con empleados y utilizadas para la redacción del memorando mecanografiado de la serie A. Finalmente, los dos últimos documentos de que se trata son dos correos electrónicos entre el Director General de Akcros Chemicals y el Sr. [S], coordinador de Akzo Nobel para el Derecho de la competencia. Este último es un abogado inscrito en un Colegio de Abogados neerlandés que, en el momento de producirse los hechos, pertenecía a los servicios jurídicos de Akzo Nobel y, en consecuencia, estaba empleado de forma permanente por dicha empresa.
- 9 Tras haber examinado estos tres últimos documentos y oído las explicaciones de las demandantes, la responsable de la inspección consideró que ciertamente no estaban protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En consecuencia, hizo copias de ellos y las incorporó al resto del expediente sin aislarlas en sobre lacrado. Las demandantes designaron estos tres documentos como pertenecientes a la serie B.
- 10 El 17 de febrero de 2003, las demandantes hicieron llegar a la Comisión un escrito en el que exponían las razones por las cuales, a su entender, tanto los documentos de la serie A como los de la serie B estaban protegidos por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

- 11 Mediante escrito de 1 de abril de 2003, la Comisión informó a las demandantes de que los argumentos formulados en su escrito de 17 de febrero de 2003 no le permitían concluir que los documentos de que se trataba estuvieran efectivamente amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. La Comisión indicó, sin embargo, que las demandantes tenían la posibilidad de presentar observaciones sobre estas conclusiones preliminares en un plazo de dos semanas, al término del cual la Comisión adoptaría una decisión final.
- 12 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 11 de abril de 2003, las demandantes interpusieron, con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto, un recurso que tenía por objeto, por una parte, la anulación de la Decisión de 10 de febrero de 2003 y, en la medida necesaria, de la Decisión de 30 de enero de 2003, y, por otra parte, la restitución de los documentos litigiosos (asunto T-125/03).
- 13 El 17 de abril de 2003, las demandantes informaron a la Comisión de la presentación de su demanda en el asunto T-125/03. Asimismo, señalaron a la Comisión que las observaciones que les había instado a presentarle el 1 de abril de 2003 estaban contenidas en dicho escrito de demanda. Aquel mismo día, las demandantes presentaron, basándose en los artículos 242 CE y 243 CE, una demanda que tenía por objeto, en particular, la suspensión de la ejecución de la Decisión de 10 de febrero de 2003 (asunto T-125/03 R).
- 14 El 8 de mayo de 2003, la Comisión adoptó la Decisión C (2003) 1533 final, por la que denegaba la solicitud de protección de los documentos controvertidos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, basándose en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 (en lo sucesivo, «Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003»). En el artículo 1 de dicha Decisión, la Comisión deniega la solicitud de las demandantes de que se les devuelvan tanto los documentos de la serie A como los de la serie B y de que la Comisión confirme que ha procedido a la destrucción de cuantas copias de los mencionados documentos obraban en su poder. En el artículo 2 de esa misma Decisión, la Comisión manifiesta su intención de abrir el sobre lacrado que contiene los documentos de la serie A y de incorporar al expediente dichos documentos. La Comisión precisa, sin embargo, que no procederá a efectuar tal operación antes de que finalice el plazo para recurrir contra dicha Decisión.

- 15 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 4 de julio de 2003, las demandantes interpusieron, con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto, un recurso que tenía por objeto la anulación de la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 (asunto T-253/03). Mediante escrito separado registrado el 11 de julio de 2003, las demandantes presentaron una demanda de medidas provisionales que tenía por objeto, en particular, que se suspendiera la ejecución de dicha Decisión (asunto T-253/03 R).
- 16 Mediante demandas presentadas, respectivamente, el 30 de julio, el 7 de agosto y los días 11 y 18 de agosto de 2003, el Conseil des barreaux européens (CCBE, Consejo de la Abogacía Europea), el Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos) y el European Company Lawyers Association (ECLA, Asociación europea de abogados de empresa) solicitaron intervenir en los asuntos T-125/03 y T-253/03 en apoyo de las pretensiones de las demandantes. Mediante dos autos del Presidente de la Sala Quinta de 4 de noviembre de 2003, se admitió la intervención de dichas asociaciones.
- 17 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 1 de agosto de 2003, la Comisión propuso, al amparo del artículo 114 del Reglamento de Procedimiento de este Tribunal, una excepción de inadmisibilidad contra el recurso interpuesto en el asunto T-125/03.
- 18 El 8 de septiembre de 2003, en el marco de los asuntos sobre medidas provisionales T-125/03 R y T-253/03 R y a requerimiento del Presidente del Tribunal de Primera Instancia, la Comisión remitió al Presidente, en pliego confidencial, una copia de los documentos de la serie B, así como el sobre lacrado que contenía los documentos de la serie A.
- 19 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de octubre de 2003, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión (T-125/03 R y T-253/03 R, Rec. p. II-4771), se denegó la demanda de medidas provisionales en el asunto T-125/03 R, mientras que se estimó parcialmente la demanda de medidas provisionales en el asunto T-253/03 R. De este modo, se suspendió la ejecución de aquellas disposiciones de la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 en cuya virtud

la Comisión había decidido abrir el sobre lacrado que contenía los documentos de la serie A. El Presidente del Tribunal de Primera Instancia ordenó que dichos documentos se conservaran en la Secretaría del mismo hasta que dicho Tribunal resolviera el recurso principal. Del mismo modo, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia dejó constancia de la declaración de la Comisión según la cual dicha institución no permitiría el acceso de terceros a los documentos de la serie B hasta que se dictara sentencia en el litigio principal en el asunto T-253/03.

- 20 Mediante demandas presentadas, respectivamente, los días 17 de octubre y 26 de noviembre y el día 25 de noviembre de 2003, el European Council on Legal Affairs (Consejo Europeo de Asuntos Jurídicos) y la Section on Business Law del International Bar Association (sección de Derecho mercantil de la Asociación Internacional de Colegios de Abogados) solicitaron intervenir en los asuntos T-125/03 y T-253/03 en apoyo de las pretensiones de las demandantes. Mediante autos de 28 de mayo de 2004, el Tribunal de Primera Instancia desestimó estas demandas de intervención.
- 21 El 13 de noviembre de 2003, la Comisión presentó una solicitud de tratamiento prioritario al amparo del artículo 55, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. La Comisión reiteró esta solicitud el 8 de octubre de 2004.
- 22 Mediante demanda presentada el 25 de noviembre de 2003, la American Corporate Counsel Association (ACCA) — European Chapter (Asociación americana de abogados de empresa — sección europea) solicitó intervenir en el asunto T-253/03 en apoyo de las pretensiones de las demandantes. Mediante auto del Presidente de la Sala Quinta del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 2004, se admitió la intervención de la ACCA.
- 23 Mediante auto del Tribunal de Primera Instancia de 5 de marzo de 2004, la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión en el asunto T-125/03 se unió al examen del fondo, de conformidad con el artículo 114, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento.

- 24 Mediante auto de 27 de septiembre de 2004, Comisión/Akzo y Akcros [C-7/04 P(R), Rec. p. I-8739], el Presidente del Tribunal de Justicia, resolviendo el recurso de casación interpuesto por la Comisión, anuló aquellos puntos de la parte dispositiva del auto Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión, antes citado, mediante los cuales se había suspendido la ejecución de la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 y decidido que se conservaran los documentos de la serie A en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia. No obstante, se dejó constancia de la declaración de la Comisión según la cual dicha institución no permitiría el acceso de terceros a los documentos de la serie B hasta que se dictara sentencia en el litigio principal en el asunto T-253/03.
- 25 A raíz del auto Comisión/Akzo y Akcros, antes citado, el Secretario del Tribunal de Primera Instancia, mediante carta de 15 de octubre de 2004, devolvió a la Comisión el sobre lacrado que contenía los documentos de la serie A.
- 26 El 20 de febrero de 2006, la International Bar Association (IBA, Asociación internacional de Colegios de Abogados) presentó demandas de intervención en los asuntos T-125/03 y T-253/03 en apoyo de las pretensiones de las demandantes. Mediante dos autos del Presidente de la Sala Primera del Tribunal de Primera Instancia de 26 de febrero de 2007, se admitió la intervención de la IBA.
- 27 Con arreglo al artículo 14 del Reglamento de Procedimiento y a propuesta de la Sala Primera, el 19 de abril de 2007 el Tribunal de Primera Instancia decidió, oídas las partes de conformidad con el artículo 51 de dicho Reglamento, atribuir el asunto a la Sala Primera ampliada.
- 28 Mediante auto del Presidente de la Sala Primera ampliada del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 2007, se dispuso la acumulación de los asuntos T-125/03 y T-253/03 a efectos de la fase oral del procedimiento y de la sentencia, de conformidad con el artículo 50 del Reglamento de Procedimiento.

- 29 Mediante auto de la Sala Primera ampliada de 25 de abril de 2007, el Tribunal de Primera Instancia, basándose en el artículo 24, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia y en los artículos 65, letra b), 66, apartado 1, y 67, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento, requirió a la Comisión para que aportara los documentos de las series A y B. La Comisión cumplimentó dicho requerimiento dentro del plazo señalado para ello.
- 30 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera ampliada) decidió iniciar la fase oral del procedimiento.
- 31 En la vista celebrada el 28 de junio de 2007 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

Pretensiones de las partes

- 32 En el asunto T-125/03, las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime la excepción de inadmisibilidad propuesta por la Comisión.
- Anule la Decisión de 10 de febrero de 2003 y, si resulta necesario, la Decisión de 30 de enero de 2003, en la medida en que la Comisión las interpreta en el sentido de que legitiman y/o constituyen la base de su actuación tendente a incautarse de los documentos litigiosos y/o controlarlos y/o leerlos.

— Ordene a la Comisión que devuelva los documentos litigiosos y prohíba a dicha institución utilizar el contenido de los mismos.

— Condene en costas a la Comisión.

33 En el asunto T-125/03, el CCBE, la ECLA y la IBA solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión de 10 de febrero de 2003.

— Condene en costas a la Comisión.

34 El Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos apoya asimismo las pretensiones formuladas por las demandantes en el asunto T-125/03.

35 La Comisión, por su parte, solicita en el asunto T-125/03 al Tribunal de Primera Instancia que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso.

— Con carácter subsidiario, desestime el recurso por infundado.

— Condene en costas a las demandantes.

³⁶ En el asunto T-253/03, las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003.

— Condene en costas a la Comisión.

³⁷ En el asunto T-253/03, el CCBE, la ECLA, la ACCA y la IBA solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003.

— Condene en costas a la Comisión.

³⁸ El Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos apoya asimismo las pretensiones formuladas por las demandantes en el asunto T-253/03.

39 La Comisión, por su parte, solicita en el asunto T-253/03 al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime el recurso.
- Condene en costas a las demandantes.

Sobre la admisibilidad del recurso en el asunto T-125/03

A. Alegaciones de las partes

40 La Comisión sostiene que procede declarar la inadmisibilidad del recurso en el asunto T-125/03, habida cuenta de que el acto impugnado en dicho asunto, a saber, la Decisión que ordena la verificación, no es el acto que produjo los efectos jurídicos que constituyen el objeto del presente procedimiento. La Comisión alega que un recurso de anulación sólo es admisible, en primer lugar, si el acto impugnado produce efectos jurídicos vinculantes que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de un modo característico la situación jurídica de éste (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9), y, en segundo lugar, si el demandante sigue conservando interés en que se anule dicho acto (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1979, Simmenthal/Comisión, 92/78, Rec. p. 777, apartado 32). Para determinar si un acto o una decisión produce tales efectos jurídicos, hay que atender a su naturaleza (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal+/Comisión, T-251/00, Rec. p. II-4825, apartados 63 y 64). Pues bien, en el caso de autos la Decisión que ordena la verificación no tiene ninguna relación directa con el objeto del presente procedimiento. En efecto, concluye la Comisión, la incautación de los documentos controvertidos puede manifiestamente disociarse de la Decisión que ordena la verificación, la cual no constituye sino su base jurídica.

41 La Comisión subraya que, en las circunstancias del presente caso, el acto que afectó directamente a la situación jurídica de las demandantes es objeto de un procedimiento distinto del acto por el que se ordenó la verificación, a saber, de un procedimiento referido específicamente a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes sobre la que trataba la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1982, AM & S/Comisión (155/79, Rec. p. 1575; en lo sucesivo, «sentencia AM & S»). En el marco de dicho procedimiento, la incautación de los documentos controvertidos constituyó un mero trámite previo a la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003, con la que la Comisión zanjó definitivamente la cuestión específica de la protección de tales documentos. Por consiguiente, añade la Comisión, la mencionada actuación de incautación no constituye por sí misma un acto impugnabile. En cualquier caso, aun admitiendo que la Decisión que ordena la verificación hubiera podido ser impugnada inicialmente, la ulterior adopción de la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 habría privado de objeto dicho recurso. Por lo demás, la Comisión sostiene que, aunque no exista un procedimiento específico de control de la legalidad de los actos de trámite ejecutados en el curso de una verificación, siempre cabrá invocar su eventual irregularidad en el marco del recurso interpuesto contra la decisión final mediante la que se declare la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia.

42 Las demandantes replican que la anulación de la Decisión que ordena la verificación puede tener consecuencias jurídicas para ellas, concretamente convertir en ilegales la posesión y la utilización por la Comisión de los documentos incautados. Las demandantes reconocen que la mencionada Decisión no se refiere específicamente a tales documentos y que, de hecho, lo que afectó a su situación jurídica no fue aquella Decisión sino la posterior incautación y el posterior control de dichos documentos por la Comisión. En todo caso, las demandantes sostienen que cuando la Comisión adquiere conocimiento del contenido de los documentos en cuestión antes de adoptar una decisión *ad hoc*, susceptible de recurso judicial, relativa a una solicitud de confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, la situación jurídica de la empresa resulta de inmediato inexorablemente afectada. Las demandantes añaden que el acto susceptible de impugnación sólo puede ser entonces la Decisión que ordena la verificación.

43 Las demandantes mantienen que, en el caso de autos, no tenían por qué esperar, antes de acudir a los tribunales comunitarios, a la eventual adopción por la Comisión de una decisión *ad hoc* ulterior que denegara la protección de los documentos

controvertidos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Las demandantes añaden que, en cualquier caso, tal decisión no podría ser considerada como el acto que afecta a su situación jurídica, pues ésta ya habría resultado afectada en el momento en el que la Comisión leyó los documentos objeto de controversia. Además, contrariamente a lo que afirma la Comisión, dicha institución en modo alguno garantizó a las demandantes, al término de la inspección, que dentro de un plazo razonable se adoptaría una decisión sobre la confidencialidad de los documentos en cuestión. Por otra parte, las demandantes alegan que tampoco tenían por qué esperar a que la Comisión adoptara una decisión final imponiendo una sanción para acudir al juez comunitario. En efecto, argumentan que es imperativo que estén en condiciones de proteger su derecho a la confidencialidad incluso en el supuesto de que el asunto no concluya ni mediante una decisión que declare una infracción ni mediante una decisión que ponga fin a la investigación. Del mismo modo, concluyen las demandantes, la interposición de un recurso contra la decisión sancionadora no es suficiente para proteger adecuadamente su situación jurídica.

44 Las demandantes mantienen, además, que no puede considerarse que la incautación de los documentos controvertidos y el conocimiento de su contenido por parte de la Comisión constituyan en sí mismos la decisión que afecta a su situación jurídica, ya que tales actos de divulgación no suponen sino la aplicación de la Decisión que ordena la verificación y no son separables de ésta. Las demandantes rechazan asimismo la tesis de la Comisión según la cual la acción de incautarse de los documentos litigiosos no constituyó sino un acto de trámite previo a la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003. De este modo, al menos en lo que atañe a los documentos de la serie B, no cabe duda alguna de que, en el curso de la inspección, la Comisión decidió unilateralmente que tales documentos no gozaban de protección y ordenó a las demandantes que los aportaran, adquiriendo conocimiento de su contenido. La Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 únicamente habría podido ser en el caso de autos el acto susceptible de impugnación si la Comisión hubiera introducido las dos series de documentos en un sobre lacrado sin previo control de los mismos. En el caso de autos, por el contrario —concluyen las demandantes—, la citada Decisión denegatoria se limitó a confirmar la decisión de la Comisión que ordenaba la divulgación de los documentos de la serie B.

B. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

⁴⁵ Según reiterada jurisprudencia, constituyen actos susceptibles de ser objeto de recurso de anulación, a efectos del artículo 230 CE, las medidas que producen efectos jurídicos vinculantes que pueden afectar a los intereses del demandante, modificando sensiblemente su situación jurídica (sentencia IBM/Comisión, antes citada, apartado 9, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 1992, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-10/92 a T-12/92 y T-15/92, Rec. p. II-2667, apartado 28). En principio, los actos de trámite cuyo objetivo es preparar la decisión definitiva no constituyen, por tanto, actos impugnables. No obstante, de la jurisprudencia se desprende que los actos adoptados durante el procedimiento preparatorio que constituyen por sí mismos el último término de un procedimiento especial distinto del que debe permitir a la Comisión pronunciarse sobre el fondo y que producen efectos jurídicos vinculantes que pueden afectar a los intereses del demandante modificando de manera caracterizada la situación jurídica de éste constituyen asimismo actos impugnables (sentencia IBM/Comisión, antes citada, apartados 10 y 11, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de junio de 2006, Österreichische Postsparkasse y Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comisión, T-213/01 y T-214/01, Rec. p. II-1601, apartado 65).

⁴⁶ Cuando una empresa invoca la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes para oponerse a la incautación de un documento en el marco de una inspección realizada en virtud del artículo 14 del Reglamento nº 17, la decisión mediante la cual la Comisión se opone a tal petición produce efectos jurídicos frente a dicha empresa, modificando de manera caracterizada su situación jurídica. En efecto, tal decisión deniega a la empresa el beneficio de una protección prevista por el Derecho comunitario y reviste un carácter definitivo e independiente de la decisión final por la que se declara una infracción de las normas sobre la competencia (véase, en este sentido, la sentencia AM & S, apartados 27 y 29 a 32; véase asimismo, en lo que se refiere a la comunicación a terceros de informaciones confidenciales, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie/Comisión, 53/85, Rec. p. 1965, apartados 18 a 20).

⁴⁷ A este respecto, procede hacer constar que la posibilidad que tiene la empresa de interponer recurso contra una eventual decisión que declare la existencia de una

infracción de las normas sobre la competencia no basta para garantizar a dicha empresa la protección adecuada de sus derechos. Por una parte, puede ocurrir que el procedimiento administrativo finalice sin una decisión que declare la existencia de una infracción. Por otra parte, incluso si tal decisión se adopta, el recurso interpuesto contra la misma no proporciona en todo caso a la empresa el medio de evitar los efectos irreversibles que supondría el conocimiento irregular de documentos que gozan de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (véase, en lo que se refiere a la comunicación a terceros de informaciones confidenciales, la sentencia AKZO Chemie/Comisión, antes citada, apartado 20).

48 De lo anterior resulta que la decisión de la Comisión que deniega una solicitud de protección de un documento determinado en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes —y que ordena, en su caso, que se aporte el documento en cuestión— pone fin a un procedimiento especial distinto del procedimiento que permite a la Comisión pronunciarse sobre la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia y constituye, por tanto, un acto susceptible de recurso de anulación, acompañado, si resulta necesario, de una demanda de medidas provisionales destinada, en particular, a suspender la ejecución hasta que el Tribunal de Primera Instancia resuelva el recurso principal.

49 Del mismo modo, procede declarar que, cuando en el curso de una inspección la Comisión se incauta de un documento cuya protección en virtud de la confidencialidad ha sido invocada e incorpora dicho documento al expediente de la inspección sin introducirlo en un sobre lacrado y sin haber adoptado formalmente una decisión denegatoria, dicho acto material implica necesariamente la decisión tácita de la Comisión de denegar la protección invocada por la empresa (véase, en lo que se refiere a la comunicación a terceros de informaciones confidenciales, la sentencia AKZO Chemie/Comisión, antes citada, apartado 17) y permite que la Comisión adquiera conocimiento inmediato del documento en cuestión (véase *infra*, apartado 86). En consecuencia, también esta decisión tácita debe poder ser objeto de un recurso de anulación.

50 En el caso presente, por lo que respecta, en primer lugar, a los documentos de la serie A, procede declarar que, al llevar a cabo la inspección en los locales de las demandantes, los agentes de la Comisión no pudieron llegar a una conclusión definitiva sobre la protección de que eventualmente debían gozar dichos documentos y se limitaron a hacer copias de ellos y a guardarlas en un sobre lacrado que se llevaron

consigo (véase *supra*, apartado 7). Tan sólo mediante la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 denegó definitivamente la Comisión la solicitud de las demandantes relativa a la protección de dichos documentos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En dicha Decisión, la Comisión manifestó asimismo su intención de abrir el sobre lacrado que contenía los documentos en cuestión y de incorporar al expediente dichos documentos, una vez finalizado el plazo para recurrir contra la misma (véase *supra*, apartado 14). Es pacífico, por lo demás, que la Comisión adoptó la citada Decisión denegatoria sin abrir el sobre lacrado y, por ende, sin adquirir conocimiento del contenido de los documentos de la serie A.

51 Por lo que respecta, en segundo lugar, a los documentos de la serie B, es importante destacar que, en el curso de la inspección, la Comisión consideró que tales documentos, a diferencia de los de la serie A, manifiestamente no gozaban de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, a pesar de la solicitud formulada por las demandantes en este sentido. En consecuencia, hizo copias de ellos y las incorporó al resto del expediente sin aislarlas en sobre lacrado (véase *supra*, apartado 9). Por consiguiente, en lo que atañe a los documentos de la serie B, la denegación de la protección en virtud de la confidencialidad se produjo en el curso de la inspección. Por lo demás, fue en ese momento cuando la Comisión pudo adquirir conocimiento de tales documentos.

52 Habida cuenta de lo que antecede, procede declarar que, a efectos de los presentes asuntos, los actos generadores de efectos jurídicos vinculantes que pueden afectar a los intereses de las demandantes, modificando de manera caracterizada su situación jurídica, fueron, por un lado, en lo que atañe a los documentos de la serie B, la decisión denegatoria tácita concretada en el acto material de incautación de dichos documentos y de incorporación de los mismos al expediente, y, por otro lado, en lo que atañe a los documentos de la serie A, la Decisión formal de 8 de mayo de 2003 por la que se denegó la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Por consiguiente, ambas decisiones constituyen actos susceptibles de ser objeto de recurso de anulación.

53 Del mismo modo, procede declarar que, mediante su Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003, la Comisión rechazó definitivamente —también en lo que atañe a los documentos de la serie B— la solicitud de las demandantes de protección en virtud de

la confidencialidad entre abogados y clientes (véase *supra*, apartado 14). Al proceder de esta manera, la Comisión cumplió su obligación de adoptar formalmente una decisión denegatoria de la solicitud de protección de dichos documentos en virtud de la confidencialidad y, de este modo, puso definitivamente fin al procedimiento especial distinto previsto al efecto. Así pues, la citada Decisión no reviste carácter meramente confirmatorio en lo que atañe a los documentos de la serie B. Por consiguiente, procede declarar que las demandantes estaban también legitimadas para impugnar dicha Decisión en lo que atañe a los documentos de la serie B. Por lo demás, procede hacer constar que, en lo que atañe a tales documentos, la Comisión no se opone a la admisibilidad del recurso interpuesto por las demandantes en el asunto T-253/03 contra la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003.

54 En cambio, procede declarar que la Decisión que ordena la verificación —acto impugnado en el asunto T-125/03— no produjo los efectos jurídicos alegados por las demandantes en el marco de su recurso de anulación.

55 A este respecto, procede recordar que la legalidad de un acto debe apreciarse a la luz de los elementos de hecho y de Derecho existentes en el momento en que se adopte, de tal modo que los actos posteriores a la adopción de una decisión no pueden afectar a la validez de ésta (sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartado 16, y de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. p. 3137, apartado 49). Así, de reiterada jurisprudencia se desprende que, en el marco de una investigación basada en el artículo 14 del Reglamento nº 17, una empresa no puede invocar la ilegalidad del desarrollo del procedimiento de inspección para fundamentar una pretensión de anulación dirigida contra el acto sobre cuya base la Comisión realiza dicha inspección (véanse, en este sentido, la sentencia Dow Benelux/Comisión, antes citada, apartado 49, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931, apartado 413). Por lo tanto, el destino que se da a una decisión que ordena una inspección carece de incidencia sobre la legalidad de la decisión que ordena la inspección (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom/Comisión, T-339/04, Rec. p. II-521, apartado 54, y France Télécom/Comisión, T-340/04, Rec. p. II-573, apartado 126).

56 En el caso de autos, es preciso declarar que los actos y decisiones impugnados por las demandantes se adoptaron a raíz de la adopción de la Decisión que ordena la verificación. Ésta se limita a autorizar que la Comisión acceda a los locales de las demandantes y haga copias de los documentos profesionales pertinentes. Dicha Decisión no contiene referencia alguna a los documentos de las series A y B y no menciona en absoluto la cuestión de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Por lo demás, tal como reconocen las demandantes, lo que afectó a su situación jurídica no fue la Decisión de que se trata sino la posterior incautación y el posterior control de aquellos documentos por la Comisión (véase *supra*, apartado 42). Pues bien, como ya se ha declarado, tales medidas constituyen un procedimiento especial distinto relativo específicamente a la cuestión de la aplicación a documentos concretos de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (véase *supra*, apartados 45 a 48).

57 Habida cuenta de cuanto antecede, procede declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto en el asunto T-125/03 contra la Decisión que ordena la verificación. Por consiguiente, procede examinar el fondo del recurso en el asunto T-253/03.

Sobre el fondo del recurso en el asunto T-253/03

58 Las demandantes sostienen que la Comisión violó el principio de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes y que, al hacerlo, infringió el Tratado CE y el Reglamento nº 17. Más concretamente, las demandantes invocan tres motivos para fundamentar su recurso. El primer motivo se basa en la vulneración del procedimiento relativo a la aplicación del principio de la confidencialidad, el segundo motivo en la denegación injustificada de la protección de la confidencialidad respecto de los cinco documentos controvertidos, y el tercer motivo en la violación de los derechos fundamentales en los que se basa la protección de la confidencialidad.

A. Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del procedimiento relativo a la aplicación del principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes

1. Alegaciones de las partes

59 Las demandantes sostienen que la Comisión vulneró el procedimiento de aplicación de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, conculcó el artículo 242 CE y su derecho a recurrir ante los tribunales comunitarios y violó el principio de igualdad de trato.

60 Las demandantes indican que, en la sentencia AM & S, el Tribunal de Justicia definió el procedimiento que la Comisión debía seguir en el supuesto de que la empresa sometida a inspección con arreglo al artículo 14 del Reglamento nº 17 se negara a aportar determinados documentos profesionales invocando la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Según las demandantes, el procedimiento en cuestión consta de tres fases. En primer lugar, incumbe a la empresa facilitar a los agentes de la Comisión —sin tener por ello el deber de mostrarles el contenido de los documentos en cuestión— los elementos idóneos para probar que tales documentos reúnen los requisitos que justifican su confidencialidad. En segundo lugar, si la Comisión estima que no se ha aportado tal prueba, le incumbirá ordenar, en virtud de una decisión basada en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17, que se aporten los documentos cuestionados. Las demandantes admiten que, subsidiariamente y de conformidad con la lógica subyacente a la sentencia AM & S, la Comisión puede, en el curso de la inspección, hacer copias de los documentos en cuestión y guardarlas en un sobre lacrado. Por último, en tercer lugar, si la empresa inspeccionada persiste en invocar la protección de la confidencialidad, corresponderá al juez comunitario resolver la controversia.

61 Las demandantes estiman que deben destacarse dos puntos fundamentales. En primer lugar, no fue intención del Tribunal de Justicia permitir que la Comisión

controle el contenido mismo de un documento para determinar si resulta aplicable la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En segundo lugar, corresponde exclusivamente a los tribunales comunitarios resolver los litigios relativos a la aplicación de la protección de la confidencialidad. Las demandantes observan asimismo que el mero hecho de leer, en el curso de la inspección, los documentos en relación con los cuales se ha invocado dicha protección conculca el contenido esencial del principio de la confidencialidad. En efecto, añaden las demandantes, se viola dicho principio de modo inmediato e irremediablemente tan pronto como se divulga el contenido de un documento que goza de protección (conclusiones de los Abogados Generales M. Warner y Sir Gordon Slynn en el asunto que dio lugar a la sentencia AM & S, Rec. pp. 1619 y ss., especialmente pp. 1638 y 1639, y Rec. pp. 1642 y ss., especialmente p. 1662, respectivamente). Las demandantes alegan que, en caso de duda, la Comisión, en lugar de proceder a un examen sucinto, debe introducir en un sobre lacrado una copia de los documentos de que se trate, sin consultarlos previamente, con vistas a la ulterior resolución de la controversia.

⁶² Pues bien, en el caso de autos la Comisión no se atuvo, según las demandantes, a ninguna de las tres fases del procedimiento establecido en la sentencia AM & S.

⁶³ En efecto, prosiguen las demandantes, en lo que atañe a la primera fase, la Comisión les obligó a revelar el contenido de los documentos controvertidos, a pesar de que habían invocado la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. A raíz del descubrimiento de dichos documentos, se entablaron largas discusiones entre el abogado local de las demandantes y la Comisión acerca del procedimiento que había de seguirse para el control de tales documentos. La Comisión indicó a las demandantes que todo retraso ulterior relacionado con la entrega y el control de dichos documentos supondría una obstrucción a la inspección y podría constituir una infracción del artículo 65 de la Competition Act del Reino Unido (ley británica de defensa de la competencia), castigada con pena de prisión y multa. Las demandantes afirman que manifestaron las más vivas protestas antes de entregar a la Comisión los documentos de la serie B para su control. Por lo demás, concluyen las demandantes, en el curso de la inspección los inspectores de la Comisión procedieron a leer y a describirse mutuamente el contenido de los documentos de las series A y B durante varios minutos.

64 En lo que atañe a la segunda fase del procedimiento, las demandantes sostienen que, puesto que la Comisión consideró que los datos y argumentos invocados por aquéllas no eran suficientes para probar que los documentos controvertidos gozaban de protección, dicha institución debería haber ordenado a las demandantes mediante decisión que aportaran tales documentos, antes de llevárselos efectivamente de los locales. Pero la Comisión no se comportó de esa manera. En efecto, en lo que atañe a los documentos de la serie B, la Comisión los introdujo en un sobre lacrado y se los llevó a Bruselas. Las demandantes añaden que, si bien el procedimiento del sobre lacrado no vulnera en sí mismo el contenido esencial de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, no se atiene, sin embargo, al procedimiento establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia AM & S. En cuanto a los documentos de la serie B, la Comisión desechó la posibilidad de introducirlos en un sobre lacrado y los unió a los restantes documentos incautados, privando así a las demandantes de toda posibilidad de demostrar que tales documentos debían gozar de protección en virtud del principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

65 En lo que atañe a la tercera fase, las demandantes mantienen que la Comisión manifiestamente no se atuvo el procedimiento establecido en la sentencia AM & S al decidir unilateralmente, en su Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003, que los documentos controvertidos no podían ampararse en la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Según las demandantes, al arrogarse el derecho a resolver en primera instancia, la Comisión privó a los tribunales comunitarios de la posibilidad de resolver el litigio en un momento en el que la protección de la confidencialidad no se había visto aún comprometida.

66 El CCBE sostiene que la finalidad del procedimiento establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia AM & S es velar por que, en los casos en que la Comisión y la empresa objeto de una inspección se muestren incapaces de zanjar una discrepancia relativa al carácter confidencial o no de una comunicación, quien resuelva sea el Tribunal de Justicia, debiendo evitarse que la Comisión adquiera previamente conocimiento del documento. El CCBE añade que la Comisión ni siquiera tiene derecho a proceder a un somero examen de los documentos, pues tal examen entrañaría el riesgo de que se desvelara su contenido. El CCBE reconoce que la reivindicación de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no debe suponer para la empresa la posibilidad de ocultar o destruir documentos, pero considera inadecuado el hecho de que los inspectores de la Comisión tomen posesión de las copias y se las lleven consigo, aunque sea en un sobre lacrado. En caso

de que la Comisión hubiera de retener los documentos, convendría al menos que los enviara directamente a sus consejeros auditores, cuyo mandato debería ampliarse con objeto de garantizar que ningún miembro de la Dirección General de Competencia de la Comisión tuviera acceso a tales documentos. Sea como fuere, el CCBE es partidario de que los documentos se depositen en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia o se encomienden al cuidado de un tercero neutral.

⁶⁷ El Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos sostiene que el principio de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no tiene solamente por objeto impedir la utilización de documentos amparados en el mismo, sino también su divulgación. Un somero examen de un documento ya es suficiente para que se produzca la violación de dicho principio. La ECLA, por su parte, alega que, en la sentencia AM & S, el Tribunal de Justicia elaboró un procedimiento basado en el principio de la confidencialidad que prohibía toda divulgación del documento protegido. La ECLA añade que el método propuesto consiste en guardar dichos documentos en sobres lacrados y hacer que los examine un tercero independiente, como el consejero auditor. En cualquier caso, concluye la ECLA, corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la cuestión de la confidencialidad. La ACCA, por último, sostiene que el cometido de zanjar los litigios relativos a la aplicabilidad de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes debe encomendarse a un árbitro independiente.

⁶⁸ La Comisión observa que, si bien es verdad que en la sentencia AM & S el Tribunal de Justicia estableció un procedimiento específico para resolver los litigios relativos a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, no lo es menos que no atribuyó a tal procedimiento carácter absoluto. La citada sentencia no exige que, cada vez que se invoque el principio de que se trata, la Comisión se abstenga de hacer copias de los documentos y los requiera ulteriormente a la empresa. Y así, añade la Comisión, en el asunto que dio lugar a aquella sentencia, la verificación inicial se basó en el artículo 14, apartado 2, del Reglamento nº 17 —que permite que la empresa se niegue a comunicar los documentos— y no, como en el presente caso, en el apartado 3 de dicho artículo, que obliga a la empresa a someterse a la verificación. En realidad, concluye la Comisión, el único principio que establece aquella sentencia es que dicha institución debe adoptar una decisión motivada sobre el carácter confidencial o no de los documentos de que se trate, a fin de dar a la empresa la oportunidad de llevar el asunto ante los tribunales comunitarios.

69 La Comisión afirma que hasta ahora sigue el siguiente procedimiento: cuando, basándose en un somero examen del aspecto general del documento, el membrete, el título y otras características, así como en las explicaciones pertinentes facilitadas por la empresa, no tiene duda alguna de la confidencialidad de un documento, lo deja de lado; cuando, basándose en el somero examen mencionado, no tiene duda alguna del carácter no confidencial de un documento, hace copia del mismo y la une al expediente de la inspección; por último, cuando el examen somero del documento genera dudas sobre la cuestión de la confidencialidad, se abstiene de todo análisis, difiere su evaluación y guarda una copia del documento en un sobre lacrado que se lleva consigo.

70 Según la Comisión, la única finalidad del examen somero del documento *in situ* es identificar los casos en los que no cabe excluir la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, ya que la más mínima duda beneficia a la empresa, al dar lugar automáticamente a la iniciación del procedimiento del sobre lacrado. La Comisión afirma que la posibilidad que tiene de forjarse una opinión preliminar acerca de si existe o no alguna duda sobre la aplicabilidad de tal protección presenta la ventaja de reducir el riesgo de solicitudes de protección abusivas y resulta conforme con la sentencia AM & S. Añade que el procedimiento del sobre lacrado permite asimismo evitar el riesgo de que la empresa destruya los documentos. La Comisión observa también que, en la mayor parte de los Estados miembros, las autoridades en materia de competencia tratan de un modo similar la cuestión de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes en el ámbito de las inspecciones sobre el terreno.

71 La Comisión sostiene, por otra parte, que el procedimiento descrito no puede vulnerar los derechos procesales de las empresas. Aun suponiendo que se acredite que la revelación de documentos que pudieran estar amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes ocasione a la empresa un perjuicio que afecte a su derecho de defensa, siempre resultará posible reparar tal perjuicio. En efecto, la Comisión afirma que no puede valerse de documentos amparados en la confidencialidad para acreditar una infracción.

72 En el caso de autos, la Comisión estima que observó rigurosamente un procedimiento legítimo y proporcionado para el control de la confidencialidad de los documentos

controvertidos, de conformidad con la sentencia AM & S, y que los derechos procesales de las demandantes fueron plenamente respetados. La Comisión precisa que convino con las demandantes que, durante todo el tiempo que el funcionario de la Comisión responsable de la inspección dedicara a examinar el expediente, permanecería a su lado un representante de aquéllas. En caso de invocarse la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes en lo relativo a un documento concreto, las demandantes deberían presentar la correspondiente solicitud motivándola sobre la base del propio documento. Por otra parte, la Comisión considera que la presentación por las demandantes, en la fase de réplica y sin motivar el retraso, de un acta de la inspección levantada por sus abogados infringe el artículo 48, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento.

73 En lo que atañe a los documentos de la serie A, la Comisión observa que el somero examen de los mismos hizo nacer una duda, concretamente debido al hecho de que, en la primera página de uno de aquellos documentos, figuraba una referencia manuscrita al nombre de un abogado externo. Como ninguna de las explicaciones facilitadas *in situ* por las demandantes resultó suficiente para despejar la duda, los agentes de la Comisión introdujeron los documentos en un sobre lacrado. En cuanto a los documentos de la serie B, el inspector de la Comisión, basándose en el somero examen de los mismos y en la información facilitada por la empresa así como en una reiterada jurisprudencia, consideró que no existía la más mínima duda sobre el hecho de que tales documentos no estaban amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En consecuencia, los agentes de la Comisión hicieron un copia, que incorporaron al expediente de la inspección.

74 La Comisión mantiene, por otra parte, que el examen somero de un documento no es lo mismo que su lectura. Si bien es verdad que la responsable de la verificación tuvo la posibilidad de consultar someramente los documentos de la serie A durante la inspección, sería falso, en cambio, afirmar que los funcionarios de la Comisión los leyeron antes de introducirlos en el sobre. En cuanto a los documentos de la serie B, la Comisión afirma que tan sólo a raíz de la inspección acabó leyéndolos y adquiriendo conocimiento de su contenido. Por otro lado, la Comisión rechaza las alegaciones de las demandantes según las cuales, si estas últimas acabaron accediendo a la entrega de los documentos de la serie B, ello fue debido a la amenaza de sanciones penales. La Comisión aduce la inexactitud material de tales alegaciones, en la medida en que la negativa a permitir el examen se refería, en realidad, al expediente en su totalidad.

En cualquier caso, concluye la Comisión, el hecho de informar a una empresa de que su falta de cooperación pudiera dar lugar a la aplicación del Derecho nacional y, en su caso, de sanciones penales, resulta conforme con el Reglamento nº 17.

75 La Comisión alega que desde el inicio mismo de la inspección se informó a las demandantes acerca de sus derechos y que, posteriormente, éstas estuvieron en todo momento en condiciones de recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia. En el caso de los documentos de la serie A, las demandantes supieron desde el principio que el procedimiento culminaría con la adopción de una decisión susceptible de ser objeto de recurso. En lo que atañe a los documentos de la serie B, la Comisión afirma que dejó abierta la posibilidad de impugnar la apreciación efectuada *in situ* por uno de sus agentes.

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

76 Procede señalar, de entrada, que el Reglamento nº 17 atribuye a la Comisión amplias facultades de investigación y de inspección para comprobar las infracciones de los artículos 81 CE y 82 CE. En particular, a tenor de los artículos 11 y 14 de dicho Reglamento, la Comisión podrá recabar la información y proceder a las inspecciones que resulten necesarias para perseguir las infracciones de las normas sobre la competencia [desde el 1 de mayo de 2004, las facultades de inspección de la Comisión en esta materia se encuentran recogidas en los artículos 17 a 22 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1)]. En particular, el artículo 14, apartado 1, del Reglamento nº 17 habilita a la Comisión para exigir la presentación de documentos profesionales, es decir, de aquellos documentos ligados a la actividad mercantil de la empresa. Pues bien, tal como ha precisado el Tribunal de Justicia, en la medida en que se refiera a dicha actividad, la correspondencia mantenida entre abogado y cliente está comprendida en el tipo de documentos contemplados en los artículos 11 y 14 del Reglamento nº 17 (sentencia AM & S, apartado 16). El Tribunal de Justicia también ha declarado que corresponde a la propia Comisión, y no a la empresa interesada o a un tercero, sea un experto o un árbitro, decidir si un determinado documento debe serle presentado o no (sentencia AM & S, apartado 17).

77 Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Reglamento nº 17 no excluye la posibilidad de reconocer, siempre que se respeten determinadas condiciones, el carácter confidencial de determinados documentos profesionales. Y ha precisado que el Derecho comunitario, surgido de una interpenetración entre los Estados miembros no sólo económica, sino también jurídica, debe tener en cuenta los principios y nociones comunes a los Derechos de dichos Estados en materia de respeto de la confidencialidad, especialmente por lo que respecta a la comunicación entre los abogados y sus clientes. Esta confidencialidad responde, en efecto, a la exigencia, cuya importancia se reconoce en todos los Estados miembros, de que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia consideró que la protección de la confidencialidad de la correspondencia entre abogados y clientes constituye un complemento necesario del pleno ejercicio del derecho de defensa (sentencia AM & S/Comisión, apartados 18 y 23).

78 En consecuencia, procede declarar que el Reglamento nº 17 debe interpretarse en el sentido de que, con sujeción a determinados requisitos, protege la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (sentencia AM & S, apartado 22).

79 En lo que atañe al procedimiento que ha de seguirse para aplicar la protección de que se trata, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en el caso de que una empresa sometida a una inspección con arreglo al artículo 14 del Reglamento nº 17 se niegue, invocando la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, a aportar, entre los documentos profesionales exigidos por la Comisión, la correspondencia intercambiada con su abogado, dicha empresa está obligada en todo caso a proporcionar a los agentes de la Comisión, aunque sin necesidad de desvelar el contenido de los documentos de que se trate, los elementos útiles para probar que tales documentos cumplen los requisitos que justifican su protección legal. El Tribunal de Justicia precisó que, si la Comisión considera que no se ha aportado tal prueba, le corresponde ordenar, al amparo del artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17, que se aporte la correspondencia de que se trate y, en caso necesario, imponer a la empresa una multa o una multa coercitiva en virtud del mismo Reglamento con el fin de sancionar la negativa de ésta ya sea a aportar los elementos de prueba adicionales considerados necesarios por la Comisión, ya a aportar los documentos que la Comisión considere que no tienen un carácter confidencial legalmente protegido (sentencia AM & S/Comisión, apartados 29 a 31). Posteriormente, la empresa

inspeccionada podrá interponer un recurso de anulación contra la Decisión de la Comisión, acompañado, en su caso, de una demanda de medidas provisionales al amparo de los artículos 242 CE y 243 CE (véase, en este sentido, la sentencia AM & S, apartado 32).

80 Resulta, pues, que el mero hecho de que una empresa invoque la confidencialidad de un documento no es suficiente para impedir a la Comisión acceder a dicho documento si, al margen de ello, la empresa no aporta ningún elemento útil para probar que, efectivamente, el documento goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Entre otras cosas, la empresa inspeccionada podrá indicar a la Comisión quiénes son el autor y el destinatario del documento de que se trate, explicar las respectivas funciones y responsabilidades de cada uno de ellos y hacer referencia a la finalidad del documento y al contexto en el que se redactó. Del mismo modo, la empresa puede mencionar el contexto en el que se descubrió el documento y la manera en la que fue clasificado, así como remitirse a otros documentos con los que tenga relación.

81 En un elevado número de casos, bastará un somero examen, por parte de los agentes de la Comisión, del aspecto general del documento o del membrete, título u otras características superficiales del mismo para que dichos agentes puedan verificar la exactitud de las justificaciones invocadas por la empresa y comprobar el carácter confidencial del documento de que se trate, a fin de dejarlo de lado. Mas no debe pasarse por alto que, en algunas ocasiones, incluso un somero examen del documento implica el riesgo de que, pese a su carácter confidencial, los agentes de la Comisión adquieran conocimiento de informaciones amparadas por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Tal podría ser el caso, en particular, si el carácter confidencial del documento en cuestión no se dedujera claramente de los signos externos.

82 Pues bien, tal como se indicó en el anterior apartado 79, de la sentencia AM & S resulta que la empresa afectada, sin tener obligación de desvelar el contenido de los documentos de que se trate, debe presentar a los agentes de la Comisión los elementos de prueba que permitan determinar que tales documentos tienen un carácter confidencial que justifica su protección (apartado 29 de la sentencia). Por

consiguiente, procede declarar que toda empresa que sea objeto de una inspección basada en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 tendrá derecho a negar a los agentes de la Comisión la posibilidad de consultar —incluso someramente— uno o varios documentos concretos que considere que gozan de protección en virtud de la confidencialidad, siempre que la empresa en cuestión estime que tal somero examen resulta imposible sin desvelar el contenido de los documentos de que se trate y que así se lo explique, de manera motivada, a los agentes de la Comisión.

83 En los casos en que, en el curso de una inspección basada en el artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17, la Comisión estime que los elementos presentados por la empresa no son idóneos para probar que un documento está efectivamente protegido por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, especialmente cuando la empresa niega a los agentes de la Comisión la consulta somera de un documento, dichos agentes podrán introducir una copia del documento o documentos de que se trate en un sobre lacrado y llevársela consigo con vistas a la ulterior resolución de la discrepancia. Este procedimiento permite, en efecto, descartar el riesgo de violación de la confidencialidad, dejando al mismo tiempo a la Comisión la posibilidad de conservar cierto control sobre los documentos que son objeto de la inspección y evitando así el riesgo de la desaparición o manipulación ulterior de dichos documentos.

84 Por lo demás, no cabe considerar que el recurso al mencionado procedimiento de sobre lacrado esté en contradicción con la exigencia, establecida en el apartado 31 de la sentencia AM & S, de que, en caso de discrepar con la empresa inspeccionada sobre el carácter confidencial de un documento, la Comisión adopte una decisión mediante la que se ordene la presentación de dicho documento. En efecto, tal exigencia se explicaba por el contexto particular del asunto que dio lugar a la sentencia AM & S, concretamente por el hecho de que la decisión inicial mediante la que se ordenó una inspección en los locales de la empresa en cuestión no era una decisión formal con arreglo al artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 (conclusiones del Abogado General Warner en la sentencia AM & S, antes citadas, Rec. p. 1624), razón por la cual la empresa inspeccionada tenía derecho a negarse a aportar los documentos reclamados por la Comisión, cosa que hizo efectivamente.

85 En todo caso, procede señalar que, en el supuesto de que la Comisión no considere satisfactorios los elementos y explicaciones facilitados por los representantes de la

empresa inspeccionada a fin de probar que el documento de que se trate goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, la Comisión no tiene derecho a conocer el contenido del documento antes de haber adoptado una decisión que permita a la empresa afectada recurrir oportunamente ante el Tribunal de Primera Instancia y, en su caso, ante el juez de las medidas provisionales (véase, en este sentido, la sentencia AM & S, apartado 32).

86 En efecto, habida cuenta de la particular naturaleza del principio de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes —cuyo objeto consiste tanto en salvaguardar el pleno ejercicio del derecho de defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable debe tener la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado (véase *supra*, apartado 77)—, procede considerar que el hecho de que la Comisión adquiera conocimiento de un documento confidencial constituye por sí mismo una violación del referido principio. Así pues, contrariamente a lo que parece sostener la Comisión, la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes resulta más amplia que la exigencia de que la información confiada por la empresa a su abogado o el contenido del asesoramiento de éste no sean utilizados contra dicha empresa en una decisión sancionadora por infracción de las normas sobre la competencia.

87 En primer lugar, la protección de que se trata tiene por objeto garantizar el interés público de una recta administración de la justicia consistente en garantizar que todo cliente tenga la libertad de dirigirse a su abogado sin temor a que la información confidencial que le comunique pueda ser ulteriormente divulgada. En segundo lugar, tiene como finalidad evitar el perjuicio que para el derecho de defensa de la empresa afectada puede suponer el hecho de que la Comisión adquiera conocimiento del contenido de un documento confidencial y de que dicho documento se incorpore irregularmente al expediente de la inspección. En efecto, incluso si dicho documento no se utiliza como medio de prueba para una decisión sancionadora por infracción de las normas sobre la competencia, la empresa puede sufrir perjuicios que no podrán ser objeto de reparación o que sólo podrán serlo con muchas dificultades. Por un lado, la información protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes podría utilizarla la Comisión, directa o indirectamente, para obtener nueva información o nuevos medios de prueba, sin que la empresa afectada estuviera siempre en condiciones de identificarlos y de impedir que sean utilizados contra ella. Por otro lado, no resultaría reparable el perjuicio que sufriría la empresa afectada como consecuencia de la divulgación a terceros de información protegida por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, por ejemplo si tal información se utilizara en un pliego de cargos en el curso del procedimiento

administrativo tramitado por la Comisión. Por consiguiente, el mero hecho de que la Comisión no pueda utilizar los documentos protegidos como elementos de prueba para una decisión sancionadora no es suficiente para reparar o eliminar los perjuicios que resultarían del hecho de que la Comisión adquiriera conocimiento del contenido de dichos documentos.

88 La protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes implica asimismo que, una vez que la Comisión ha adoptado su decisión de denegar una solicitud por este concepto, dicha institución sólo pueda adquirir conocimiento del contenido de los documentos en cuestión después de haber dado a la empresa afectada la oportunidad de recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia. A este respecto, la Comisión, antes de adquirir conocimiento del contenido de los documentos de que se trate, deberá esperar a que haya finalizado el plazo para interponer recurso contra su decisión denegatoria. En todo caso, en la medida en que tal recurso carece de efecto suspensivo, corresponderá a la empresa afectada presentar una demanda de medidas provisionales dirigida a la suspensión de la ejecución de la decisión denegatoria de la solicitud de protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (véase, en este sentido, la sentencia AM & S, apartado 32).

89 Por lo demás, en cuanto a los argumentos de la Comisión relacionados con el riesgo de que las empresas puedan abusar del procedimiento descrito más arriba, bien formulando, con fines meramente dilatorios, solicitudes de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes manifiestamente infundadas, o bien oponiéndose, sin justificación objetiva, a un eventual control sucinto de los documentos en el curso de una inspección, basta con hacer constar que la Comisión dispone de instrumentos para, en su caso, desalentar y sancionar tales prácticas. En efecto, los referidos comportamientos podrían sancionarse en virtud del artículo 23, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 [y anteriormente del artículo 15, apartado 1, del Reglamento nº 17] o tenerse en cuenta en concepto de circunstancias agravantes para el cálculo de una eventual multa impuesta en el marco de una decisión sancionadora por infracción de las normas sobre la competencia.

90 Por último, tal como el Tribunal de Justicia puso de relieve en la sentencia AM & S, procede observar que el principio de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no se opone a que el cliente de un abogado revele la correspondencia mantenida entre ambos si lo considera oportuno (apartado 28 de la sentencia).

91 Procede examinar las imputaciones formuladas por las demandantes a la luz de las consideraciones y principios mencionados más arriba.

92 Con carácter liminar, procede rechazar la tesis de la Comisión según la cual la presentación por las demandantes, en la fase de réplica, de un informe sobre la inspección elaborado por sus abogados infringe el artículo 48, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento (véase *supra*, apartado 72). En efecto, es importante hacer constar que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las demandantes han explicado por qué razón no presentaron el citado informe con anterioridad, a saber, el carácter confidencial del mismo y la necesidad de rebatir los argumentos que la Comisión había alegado en su escrito de contestación. A este respecto, es preciso señalar también que la presentación del citado informe es consecuencia de la presentación por la Comisión, junto con su escrito de contestación, del acta de inspección levantada por sus agentes. Por último, debe recordarse que, cuando las partes discrepan sobre los hechos relatados en la demanda y en el escrito de contestación, es indispensable que puedan presentar en la réplica y en la dúplica las correspondientes pruebas en apoyo de sus respectivas narraciones de los hechos.

93 En lo que atañe a las imputaciones formuladas por las demandantes, éstas sostienen, en primer lugar, que la Comisión les obligó, en el curso de la inspección, a revelar el contenido de los documentos litigiosos, pese a que las demandantes habían invocado, en relación con tales documentos, la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Las demandantes reprochan en particular a los agentes de la Comisión el haber examinado *in situ* tales documentos, a pesar de la oposición de sus representantes.

94 Tanto del anexo del acta de inspección levantada por los agentes de la Comisión como de la versión no confidencial del informe sobre la inspección preparado por los abogados de la demandantes se desprende que, en el curso de dicha inspección, los agentes de la Comisión y los representantes de las demandantes tuvieron largas discusiones acerca del modo de llevar a cabo el control de los documentos controvertidos. En el transcurso de esas discusiones, las demandantes se opusieron con firmeza

a que los agentes de la Comisión examinaran dichos documentos, alegando específicamente que *prima facie* podría parecer que no todos aquellos documentos estaban amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, al no contener necesariamente referencias a abogados externos o a su carácter confidencial, pero que, no obstante, tales documentos habían sido preparados con vistas a pedir asesoramiento jurídico o contenían asesoramiento de este tipo, y adujeron que un somero examen de los mismos no permitía apreciar su carácter confidencial sin desvelar simultáneamente su contenido. Del acta y del informe mencionados más arriba también se desprende que la Comisión insistió en que se efectuara un examen somero de dichos documentos y que los representantes de las demandantes tan sólo prestaron su consentimiento después de que los agentes de la Comisión y del OFT les hubieron indicado que su negativa a permitirles llevar a cabo tal examen equivaldría a una obstrucción a la inspección, castigada con sanciones administrativas y penales.

95 En tales circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión obligó a las demandantes a aceptar un examen somero de los documentos litigiosos a pesar de que, con respecto a las dos copias de los memorandos mecanografiados de la serie A y a las notas manuscritas de la serie B, los representantes de las demandantes hubieran alegado, con justificantes en su apoyo, que tal examen exigía que desvelaran el contenido de los referidos documentos. En efecto, procede hacer constar que un somero examen de dichos documentos no permitía que los agentes de la Comisión apreciaran el eventual carácter confidencial de los mismos sin que tales agentes tuvieran al mismo tiempo la posibilidad de adquirir conocimiento de su contenido. En consecuencia, procede declarar que la Comisión infringió a este respecto el procedimiento de aplicación de la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

96 En segundo lugar, las demandantes sostienen que, al hacer copias de los documentos de la serie A y guardarlas en un sobre lacrado, la Comisión no se atuvo exactamente al procedimiento establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia AM & S y alegan que aquella institución debería haber adoptado formalmente una decisión ordenando la aportación de dichos documentos. Ahora bien, no puede admitirse esta imputación. En efecto, tal como ya se ha declarado, la utilización, en circunstancias

como las del caso de autos, del procedimiento del sobre lacrado no infringe el procedimiento establecido en aquella sentencia (véase *supra*, apartado 84). Por lo demás, es importante subrayar que del acta y del informe mencionados más arriba se desprende que, en el curso de la inspección, los representantes de las demandantes solicitaron repetidas veces a los agentes de la Comisión que se aplicara el procedimiento del sobre lacrado en lo que atañe a los documentos controvertidos.

97 En tercer lugar, las demandantes reprochan a la Comisión el haber denegado, en el curso de la inspección, su solicitud de protección de los documentos de la serie B en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. A este respecto, cabe observar que, en el curso de la inspección, las demandantes invocaron efectivamente tal protección y adujeron varias justificaciones en apoyo de la referida solicitud, entre ellas el hecho de que los documentos controvertidos habían sido elaborados con vistas a pedir asesoramiento jurídico o contenían asesoramiento de este tipo. En tales circunstancias, procede declarar que, al no considerar la Comisión satisfactorias las explicaciones aportadas por las demandantes, le incumbía, antes de adquirir conocimiento del contenido de los documentos de que se trata, la obligación de adoptar formalmente una decisión denegatoria de la solicitud de protección en virtud de la confidencialidad que permitiera que las demandantes recurrieran oportunamente ante el Tribunal de Primera Instancia (véase *supra*, apartado 85).

98 Pues bien, es preciso hacer constar que la Comisión no dio a las demandantes la oportunidad de recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia para evitar que aquella institución adquiriera conocimiento del contenido de los documentos de la serie B. En efecto, debe recordarse que, en el curso de la inspección, los agentes de la Comisión llegaron a la conclusión de que los documentos de la serie B manifestamente no estaban amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, y que hicieron copias de los mismos y las incluyeron en el expediente de la inspección sin introducirlas en un sobre lacrado. Por lo tanto, en ese mismo momento la Comisión pudo adquirir un conocimiento completo del contenido de dichos documentos (véase *supra*, apartado 51). Por consiguiente, procede declarar que la Comisión infringió a este respecto el procedimiento de aplicación de la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

99 En cuarto lugar, las demandantes sostienen que, mediante la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003, la Comisión infringió el procedimiento establecido en la sentencia

AM & S al decidir unilateralmente que los documentos litigiosos no estaban amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. No obstante, procede señalar que, contrariamente a lo que alegan las demandantes, el mero hecho de que la Comisión adopte una decisión denegatoria de una solicitud de confidencialidad no infringe el procedimiento de aplicación de tal protección, siempre que la Comisión no adquiriera conocimiento de los documentos de que se trate antes de haber dado a la empresa afectada la oportunidad de recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia y, en su caso, ante el juez de medidas provisionales, a efectos de impugnar dicha decisión denegatoria (véase *supra*, apartado 85).

100 Pues bien, en el presente caso, en lo que atañe a los documentos de la serie B, por más que la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 se refiera a ellos, es pacífico que la Comisión había adquirido conocimiento de su contenido mucho antes de adoptar aquella Decisión. En cambio, en lo que atañe a los documentos de la serie A, debe recordarse que la Comisión hizo copias de los mismos en el curso de la inspección y las introdujo en un sobre lacrado. Acto seguido adoptó una decisión preliminar sobre la solicitud de las demandantes, pero sin abrir el sobre lacrado ni examinar su contenido, decisión que la Comisión comunicó a las demandantes mediante escrito de 1 de abril de 2003. El 8 de mayo de 2003, la Comisión adoptó finalmente una decisión denegatoria de la solicitud de protección, sin adquirir tampoco entonces conocimiento del contenido de los documentos de la serie A. Tan sólo a raíz de la anulación del auto Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión, antes citado, por el auto Comisión/Akzo y Akros, antes citado, en los asuntos sobre medidas provisionales, tuvo la Comisión por fin conocimiento de los documentos de la serie A. En tales circunstancias, procede declarar que la adopción de la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003 no infringió el procedimiento de aplicación de la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

101 Habida cuenta de lo que antecede, procede declarar que la Comisión infringió el procedimiento de aplicación de la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, al obligar a las demandantes a someter a un examen somero los documentos de la serie A y las notas manuscritas de la serie B, en primer lugar, y al haber adquirido conocimiento de los documentos de la serie B sin haber dado a las demandantes la oportunidad de impugnar ante el Tribunal de Primera Instancia la denegación de su solicitud de protección respecto de dichos documentos, en segundo lugar. En cambio, procede desestimar este primer motivo en lo que atañe a las imputaciones de las demandantes relativas al examen somero

de los correos electrónicos de la serie B, a la aplicación del procedimiento del sobre lacrado en lo que atañe a los documentos de la serie A y a la adopción de la Decisión denegatoria de 8 de mayo de 2003.

B. Sobre el segundo motivo, basado en la injustificada denegación de la solicitud de protección de los documentos litigiosos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes

¹⁰² Las demandantes sostienen que los cinco documentos litigiosos están amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Añaden que los documentos de la serie A y las notas manuscritas de la serie B deben considerarse efectivamente como la base escrita de una comunicación oral entre cliente y abogado externo, que tuvo lugar con el fin de obtener asesoramiento jurídico, mientras que los correos electrónicos de la serie B constituyen comunicaciones entre abogado y cliente en el marco y en interés del derecho de defensa de este último.

¹⁰³ La Comisión alega que, a la luz de los criterios establecidos por la jurisprudencia, los cinco documentos litigiosos quedan claramente excluidos de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

1. En lo que atañe a las dos copias del memorando mecanografiado de la serie A

a) Alegaciones de las partes

¹⁰⁴ Las demandantes indican que la serie A contiene dos copias separadas de un memorando mecanografiado de dos páginas que procede del Director General de Akcros Chemicals y está dirigido a su superior (el sub-business unit manager; en lo sucesivo,

el «SBU manager»), fechado el 16 de febrero del 2000. Ambas copias son idénticas, si se exceptúa el hecho de que en la primera página de una de ellas figuran las siguientes anotaciones manuscritas:

«— entregado a [SBU manager] 16/2/2000

— devuelto por [SBU manager] 17/2/2000

— discutido con [X, abogado externo de las demandantes] 22/2/00 por tel.»

¹⁰⁵ Las demandantes alegan que el mencionado documento debe examinarse en el contexto del programa interno de adaptación al Derecho de la competencia que el grupo de sociedades Akzo Nobel llevó a efecto con el asesoramiento y la coordinación de un abogado externo. En el marco de dicho programa, los empleados y cuadros de las sociedades demandantes habían de identificar las cuestiones potenciales relacionadas con el Derecho de la competencia existentes en sus respectivos sectores de responsabilidad, a fin de someterlas acto seguido al abogado externo, el cual debía emitir un dictamen jurídico como respuesta.

¹⁰⁶ De este modo, según las demandantes, el memorando en cuestión contiene información recogida por el Director General de Akcros Chemicals a partir de las discusiones internas que mantuvo con otros empleados, con el objetivo de obtener asesoramiento jurídico sobre el referido programa. Así pues, dicho documento constituye el resultado directo —y es inseparable— del esfuerzo realizado por las demandantes con la finalidad de identificar los potenciales problemas relacionados con el Derecho de la competencia y de obtener de su abogado externo asesoramiento al respecto.

107 Según las demandantes, la secuencia de los acontecimientos corrobora esta versión de los hechos. Tras recibir la carta del Presidente del Consejo de Administración de Akzo Nobel, de 28 de enero de 2000, relativa al proyecto de programa de adaptación al Derecho de la competencia, el Director General de Akcros Chemicals trató con sus empleados las cuestiones relativas a la observancia del mencionado Derecho. Durante dichas discusiones, tomó notas, las notas manuscritas de la serie B. El miércoles 16 de febrero de 2000, remitió al SBU manager las copias del memorando que constituyen la serie A. El jueves 17 de febrero de 2000, el SBU manager las devolvió al Director General. El martes 22 de febrero de 2000, el memorando sirvió de base para la discusión con el Sr. [X], abogado externo de las sociedades demandantes.

108 Las demandantes sostienen que en el caso de autos concurren los dos criterios que el Tribunal de Justicia definió en la sentencia AM & S como comunes a los Derechos de los diferentes Estados miembros en materia de confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, a saber, que se trate de una correspondencia mantenida en el marco y en interés del derecho de defensa del cliente y que en dicha correspondencia intervengan abogados independientes. Las demandantes precisan que ellas no alegan que el mero hecho de que el documento controvertido haya sido emitido en el marco del programa de adaptación al Derecho de la competencia sea motivo suficiente para garantizar su confidencialidad. Pero añaden que, al negar la posibilidad de que tal programa pueda constituir el marco en el que se genere una correspondencia legalmente protegida, la Comisión pasa por alto aspectos fundamentales de su propio régimen de aplicación del Derecho de la competencia. En efecto, en primer lugar, debido a la supresión del sistema de notificación del artículo 81 CE, apartado 3, si los documentos generados en el contexto de una operación de autoevaluación pudieran desvelarse, la empresa se vería en la imposibilidad de determinar libremente y sin temor, con la asistencia de un abogado externo o interno, si sus prácticas resultan conformes con el Derecho de la competencia. En segundo lugar, concluyen las demandantes, habida cuenta de la naturaleza de una petición de indulgencia y de la necesidad de llevar a cabo una encuesta interna y de obtener pruebas materiales, deben considerarse confidenciales los documentos generados en el contexto de tal operación.

109 Por otra parte, las demandantes discrepan de la tesis de la Comisión según la cual el memorando mecanografiado no contiene indicación alguna de que exista una relación entre las observaciones del Director General y la búsqueda del asesoramiento

jurídico de un abogado externo y según la cual no se ha demostrado que tal asesoramiento se haya solicitado y se haya prestado efectivamente. Las demandantes alegan también que las anotaciones que figuran en la primera página de una de las dos copias del memorando demuestran sin ningún género de dudas que el citado documento fue un medio para pedir asesoramiento jurídico al abogado en cuestión. Del mismo modo, una nota interna de dicho abogado de 22 de febrero de 2000 y la hoja de tiempos que éste cumplimentó aquel mismo día acreditan que se solicitó y se prestó asesoramiento jurídico. En el transcurso de aquel mismo día, el Director General transmitió por fax al abogado externo una información complementaria, haciendo referencia a su conversación telefónica anterior. Las demandantes observan asimismo que la sentencia AM & S y el auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990, Hilti/Comisión (T-30/89, Rec. p. II-163, publicación por extractos), no exigen en modo alguno que en la correspondencia protegida exista una indicación relacionada con la búsqueda de asesoramiento jurídico o que las comunicaciones se hayan preparado con el único fin de pedir asesoramiento de ese tipo.

110 Según las demandantes, la única particularidad del caso de autos en relación con la situación corriente contemplada en la sentencia AM & S estriba en que la información se transmitió oralmente al abogado externo, sobre la base del memorando redactado por el Director General. Las demandantes sostienen que, si este último hubiera consignado el resultado de sus esfuerzos en un memorando dirigido al abogado externo, con copia a su superior, la Comisión habría admitido ciertamente la aplicación de la confidencialidad a dicho documento. Ahora bien, tal y como muestra el auto Hilti/Comisión, antes citado, la aplicación de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no depende tanto de la forma del documento como de su contenido.

111 El CCBE sostiene que los documentos elaborados con el fin de obtener asesoramiento jurídico están amparados por la confidencialidad y que, a este respecto, debe tenerse en cuenta el objetivo predominante con vistas al cual se ha emitido una comunicación. Sin embargo, no basta con que una empresa declare que un documento ha sido elaborado en el contexto de un programa de adaptación al Derecho de la competencia para que dicho documento goce de protección, por más que el programa en cuestión haya sido concebido con la intervención de un abogado externo y haya sido ejecutado siguiendo sus instrucciones. En el caso de autos, sin embargo —añade el CCBE—, el hecho de que la forma externa de los documentos de la serie A no ponga de relieve que han sido elaborados con tales fines no puede ser un criterio decisivo.

Por su parte, el Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos, la ECLA, la ACCA y la IBA sostienen que los documentos preparatorios redactados con el fin de pedir asesoramiento jurídico deben gozar de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

- 112 La Comisión observa que, a tenor de la sentencia AM & S (apartados 21 a 23) y del auto Hilti/Comisión, antes citado (apartado 18), la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes sólo cubre la correspondencia escrita mantenida entre el abogado y el cliente en el marco y en interés del derecho de defensa de este último, así como las notas internas que se limiten a reproducir el texto o el contenido de tal correspondencia.
- 113 En el caso de autos, según la Comisión, los documentos en cuestión no son equiparables a una correspondencia mantenida entre abogados y clientes ni reproducen el contenido de una correspondencia de este tipo. Las observaciones que figuran en el memorando de que se trata reflejan las discusiones internas que el Director General mantuvo con otros empleados en el marco del programa de adaptación al Derecho de la competencia y no las discusiones que supuestamente mantuvo con un abogado externo.
- 114 La Comisión se opone a que el ámbito de aplicación material de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes se amplíe hasta incluir los documentos preparados con vistas a una consulta jurídica. La Comisión añade que tal ampliación no encuentra apoyo ni en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) ni en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. De hecho, la sentencia AM & S establece un elevado nivel de protección en el Derecho comunitario, más amplio que el previsto en numerosos Estados miembros, en la medida en que ampara los documentos que el cliente conserva en su casa y puede también abarcar los documentos intercambiados con un abogado independiente antes de que se haya incoado un procedimiento contra el cliente.

115 En cualquier caso, la Comisión discrepa de la tesis de las demandantes según la cual el memorando cuyas dos copias constituyen los documentos de la serie A fue redactado con el fin de obtener asesoramiento jurídico. Ese memorando mecanografiado no contiene indicación alguna que relacione las observaciones del Director General de Akros con la búsqueda de la asistencia jurídica de un abogado externo. La Comisión añade que la referencia manuscrita al nombre de un abogado externo, que figura en una de las copias del memorando, probaría, a lo sumo, que se celebró con tal abogado una conversación a propósito del memorando. El hecho de que el nombre de un abogado externo fuera añadido de forma manuscrita después de haberse elaborado el memorando en cuestión —y de que lo fuera, además, en una sola de las dos copias— indica que dicho memorando no se emitió con vistas a una consulta jurídica. Del mismo modo, concluye la Comisión, si se exceptúa una mera hoja de tiempos del Sr. [X] y un supuesto informe redactado por éste en el que se consigna el contenido de la conversación que mantuvo con el Director General, las demandantes no han aducido documentos que prueben que se solicitó y se prestó efectivamente asesoramiento jurídico.

116 En lo que atañe a la invocación por las demandantes del programa de Akzo Nobel de adaptación al Derecho de la competencia, la Comisión manifiesta sus dudas en cuanto a su valor probatorio. En efecto, añade, los documentos de la serie A no contienen mención alguna de dicho programa. En cualquier caso, continúa la Comisión, la circunstancia de que un documento haya sido redactado en el marco de un programa de adaptación al Derecho de la competencia no constituye un elemento suficiente para acreditar el carácter confidencial de dicho documento. Un programa de ese tipo es un proceso de evaluación interna que implica contactos entre los miembros del personal y que tiene por objeto determinar si la empresa cumple el Derecho de la competencia, y reviste un carácter a la vez pedagógico, disciplinario y de supervisión, sin limitarse a la protección del derecho de defensa. La Comisión añade que admitir que una empresa reclame la protección de un documento por el mero hecho de que, sin el programa de adaptación al Derecho de la competencia y sin las instrucciones de un abogado externo, dicho documento no se habría redactado nunca, podría conducir a todo tipo de abusos.

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

117 Procede señalar de entrada que, a tenor de la sentencia AM & S, el Reglamento nº 17 debe interpretarse en el sentido de que protege la confidencialidad de las

comunicaciones entre abogados y clientes siempre que, por un lado, se trate de una correspondencia mantenida en el marco y en interés del derecho de defensa del cliente y que, por otro lado, emane de abogados independientes (apartados 21, 22 y 27 de la sentencia). En lo que atañe al primero de estos dos requisitos, para que la protección resulte eficaz debe entenderse en el sentido de que ampara de pleno derecho cualquier correspondencia mantenida una vez incoado el procedimiento administrativo regulado en dicho Reglamento y que pueda dar lugar a una decisión de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE o de imposición a la empresa de una sanción pecuniaria. La protección deberá poder extenderse igualmente a la correspondencia anterior relacionada con el objeto de dicho procedimiento (sentencia AM & S, apartado 23). En el auto Hilti/Comisión, antes citado, se precisó que debe entenderse que la protección concedida a las comunicaciones con los abogados, habida cuenta de su finalidad, se extiende igualmente a las notas internas difundidas en el seno de una empresa que se limiten a reproducir el texto o el contenido de las comunicaciones con abogados independientes que contengan asesoramiento jurídico (apartado 16 a 18 del auto).

118 En el caso de autos, procede hacer constar que los documentos de la serie A no constituyen en sí mismos ni una correspondencia mantenida con un abogado independiente ni una nota interna que reproduzca el contenido de una comunicación con tal abogado. Las demandantes tampoco sostienen que los documentos en cuestión hayan sido elaborados con el fin de ser transmitidos materialmente a un abogado independiente. Por consiguiente, procede considerar que tales documentos no corresponden formalmente a las categorías de documentos expresamente definidos en la mencionada jurisprudencia.

119 Las demandantes alegan, en cualquier caso, que debe entenderse que los documentos de que se trata están amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, puesto que, según ellas, fueron elaborados con el fin de pedir asesoramiento jurídico. En efecto, añaden, tales documento fueron redactados, en particular, con vistas a una consulta telefónica con un abogado con el fin de obtener asesoramiento jurídico.

120 A este respecto, debe recordarse que el principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes constituye un complemento necesario del pleno

ejercicio del derecho de defensa (sentencia AM & S, apartado 23) (véase *supra*, apartado 77). Según reiterada jurisprudencia, el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda llevar a la imposición de sanciones, especialmente de multas o de multas coercitivas, constituye un principio fundamental de Derecho comunitario que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-Laroche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 9, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Cascades/Comisión, T-308/94, Rec. p. II-925, apartado 39). De este modo, ha de evitarse que el derecho de defensa quede irremediabilmente dañado en los procedimientos de investigación previa, especialmente en las verificaciones, que pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859, apartado 15).

¹²¹ Del mismo modo, debe señalarse que la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes responde a la exigencia de que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten (sentencia AM & S, apartado 18). Por lo tanto, el referido principio está íntimamente ligado a la concepción de la función del abogado como un colaborador de la Justicia (sentencia AM & S, apartado 24) (véase *supra*, apartado 77).

¹²² Ahora bien, para que un justiciable pueda dirigirse de un modo útil con entera libertad a su abogado y para que éste pueda ejercer de manera eficaz su función de colaborador de la Justicia y de asistencia jurídica para el pleno ejercicio del derecho de defensa, puede resultar necesario, en determinadas circunstancias, que su cliente elabore documentos de trabajo o de síntesis, concretamente para recabar la información que será útil o incluso indispensable a dicho abogado para comprender el contexto, la naturaleza y el alcance de los hechos en relación con los cuales se requiere su asistencia. Además, la elaboración de tales documentos puede resultar particularmente necesaria en las materias que suponen el manejo de un gran volumen de informaciones complejas, tal como sucede, en particular, en el caso de los procedimientos destinados a sancionar las infracciones de los artículos 81 CE y 82 CE. En tales circunstancias, procede considerar que el conocimiento de tales documentos

por parte de la Comisión, en el curso de una inspección, podría vulnerar el derecho de defensa de la empresa inspeccionada, así como el interés público consistente en garantizar plenamente que todo cliente tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado.

123 Por consiguiente, procede declarar que, aunque los referidos documentos preparatorios no hayan sido intercambiados con un abogado o no se hayan creado para ser transmitidos materialmente a un abogado, podrán estar amparados por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes cuando hayan sido elaborados exclusivamente con vistas a pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa. En cambio, el mero hecho de que un documento haya sido objeto de discusión con un abogado no es suficiente para atribuirle la referida protección.

124 En efecto, debe recordarse que la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes constituye una excepción a las facultades de inspección de la Comisión, que son esenciales para permitir que dicha institución descubra, ponga fin y sancione las infracciones de las normas sobre la competencia. Este tipo de infracciones, por lo demás, son con frecuencia objeto de concienzuda ocultación y resultan en general sumamente perniciosas para el buen funcionamiento del mercado común. Por esta razón, es necesario interpretar restrictivamente la posibilidad de que un documento preparatorio goce de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Incumbe a la empresa que invoca tal protección la carga de probar que los documentos de que se trate han sido redactados con el único fin de pedir asesoramiento jurídico a un abogado. Lo anterior debe deducirse inequívocamente del contenido de los propios documentos o del contexto en el que éstos hayan sido preparados y localizados.

125 Por consiguiente, procede comprobar si, en el caso de autos, las demandantes han demostrado que el memorando del Director General de Ackros Chemicals de 16 de febrero de 2000, cuyas dos copias constituyen los documentos de la serie A, fue elaborado exclusivamente con el fin de pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa.

126 A este respecto, las demandantes sostienen, en primer lugar, que dicho memorando fue elaborado en el marco de su programa de adaptación al Derecho de la competencia, diseñado y coordinado por un bufete de abogados, con el fin de detectar potenciales problemas relacionados con las normas sobre la competencia y de obtener asesoramiento jurídico sobre el tema. Las demandantes precisan, en segundo lugar, que el memorando contiene información recogida por el Director General de Akros Chemicals a partir de las discusiones internas que mantuvo con otros empleados, con la finalidad de obtener asesoramiento jurídico sobre el referido programa. Las demandantes alegan, por último, que diversos datos demuestran que el memorando tenía como objetivo obtener asesoramiento jurídico y que tal asesoramiento se solicitó y se prestó efectivamente.

127 Para empezar, en lo que atañe a la referencia al programa de las demandantes de adaptación al Derecho de competencia, procede señalar que el hecho de que un documento haya sido redactado en el marco de tal programa no basta por sí solo para atribuir a dicho documento protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En efecto, los programas de este tipo, por su magnitud, incluyen tareas y engloban informaciones que con frecuencia exceden ampliamente del ejercicio del derecho de defensa. En particular, el hecho de que un abogado externo haya podido concebir y/o coordinar un programa de adaptación al Derecho de la competencia no puede conferir automáticamente la protección de la confidencialidad a todos los documentos elaborados en el marco de dicho programa o en relación con el mismo.

128 A continuación, en lo que atañe, en primer lugar, a las anotaciones manuscritas que figuran en una de las dos copias del memorando y que hacen referencia a una conversación telefónica mantenida con un abogado externo; en segundo lugar, a la hoja de tiempos cumplimentada por éste y que confirma la referida conversación; en tercer lugar, al hecho de que supuestamente dicho abogado elaboró una nota interna sobre este punto, y, en cuarto lugar, al hecho de que el Director General de Ackros Chemicals pudo transmitir por fax información complementaria al abogado, el Tribunal de Primera Instancia considera que esos diversos elementos muestran únicamente que el contenido del memorando en cuestión fue objeto de una discusión telefónica entre el Director General de Ackros Chemicals y el referido abogado. Ahora bien, tales elementos no son en sí mismos idóneos para demostrar que el memorando de que se trata fue elaborado con el fin —y *a fortiori* con el fin exclusivo— de pedir asesoramiento jurídico al abogado.

129 A este respecto, procede hacer constar que el memorando no iba dirigido al abogado en cuestión, sino a uno de los superiores jerárquicos del Director General de Ackros Chemicals, a saber, el SBU manager. De hecho, de la primera frase de dicho documento se deduce que el mismo se elaboró a instancias de este último. En efecto, el memorando contestaba a una pregunta del SBU manager relativa a la eventual existencia de actividades contrarias a las normas sobre la competencia en una de las divisiones de las sociedades demandantes que se encontraba bajo la responsabilidad del Director General de Ackros Chemicals. El memorando contiene una descripción de diversas actividades y conductas que podrían dar lugar a la aplicación de tales normas. A guisa de conclusión, el Director General de Ackros Chemicals formula dos recomendaciones a su superior jerárquico y recaba su acuerdo en relación con ellas.

130 Pues bien, es importante hacer constar que el memorando en cuestión no contiene mención alguna a la finalidad de obtener asesoramiento o dictámenes jurídicos. En efecto, no se hace mención alguna a la necesidad de valorar la conformidad de determinadas prácticas con el Derecho de la competencia ni a la posibilidad de estudiar la conveniencia de presentar una petición de indulgencia. Por último, ninguna de las dos recomendaciones que se formulan en el memorando alude a la necesidad o a la oportunidad de pedir asesoramiento jurídico en relación con las conductas examinadas o con las acciones que cabría emprender.

131 Por otra parte, cabe señalar que, si bien la recogida de información de que se trata podría inscribirse efectivamente en el marco de la aplicación del programa de las demandantes de adaptación al Derecho de la competencia, la elaboración del memorando no se atiene manifiestamente a la metodología establecida en el referido programa. En efecto, tal como resulta de la carta del Presidente del Consejo de Administración de Akzo Nobel de 28 de enero de 2000, dirigida al SBU manager, entre otras personas, el referido programa de adaptación establecía que toda información o cuestión relacionada con conductas que pudieran infringir el Derecho de la competencia debía comunicarse oral y directamente a los abogados externos de las demandantes, excepto en los asuntos que afectaran a los Estados Unidos o Canadá.

132 En tales circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia estima que ni del contenido del documento ni de los datos y explicaciones facilitados por las demandantes —de

modo aislado o conjuntamente— se desprende que el Director General de Ackros Chemicals haya elaborado el memorando en cuestión exclusivamente con el fin de pedir asesoramiento jurídico. En cambio, el Tribunal de Primera Instancia considera que la explicación más plausible es que el Director General de Ackros Chemicals elaborara dicho memorando con el fin principal de recabar el acuerdo de su superior jerárquico respecto de las recomendaciones que formulaba a propósito de los comportamientos detectados. Por lo demás, las notas manuscritas de la serie B confirman esta interpretación. En efecto, el Director General de Ackros Chemicals indicó expresamente en dichas notas que su superior, el SBU manager, podía tener una opinión diferente sobre la estrategia que había de seguirse en relación con algunas de las situaciones identificadas en el memorando. Ello explicaría por qué el Director General de Ackros Chemicals elaboró un memorando a la atención de su superior presentándole los comportamientos detectados, formulando recomendaciones sobre las acciones que cabría emprender y recabando su acuerdo en relación con estas últimas.

133 La secuencia de los acontecimientos, tal como la presentan las demandantes, tampoco desmiente esta versión de los hechos. En efecto, el 16 de febrero de 2000 el Director General de Ackros Chemicals transmitió al SBU manager el memorando en cuestión. El 17 de febrero de 2000, este último devolvió el memorando a aquél. Tan sólo en un momento posterior, el 22 de febrero de 2000, discutió el Director General de Ackros Chemicals con el abogado acerca del contenido del memorando. Ahora bien, tal como ya se ha indicado, esta ulterior consulta con el abogado no es suficiente para probar que el memorando en cuestión se elaborara con el fin exclusivo de pedir asesoramiento jurídico (véase *supra*, apartado 130).

134 Habida cuenta de cuanto antecede, procede declarar que las demandantes no han probado que el memorando del Director General de Ackros Chemicals de 16 de febrero de 2000 se elaborara exclusivamente con el fin de pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa.

135 Por consiguiente, procede declarar que la Comisión no incurrió en error al considerar que la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no debía amparar a las dos copias del memorando en cuestión que constituyen los documentos de la serie A.

2. En lo que atañe a las notas manuscritas de la serie B

a) Alegaciones de las partes

¹³⁶ Las demandantes precisan que el primer documento de la serie B lo constituyen unas notas manuscritas elaboradas por el Director General de Akcros Chemicals, que éste tomó durante las discusiones que mantuvo con subordinados suyos y que fueron utilizadas para preparar el memorando mecanografiado cuyas copias constituyen los documentos de la serie A. Las demandantes, apoyadas por el CCBE, alegan que, si la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes se admite en lo que atañe a los documentos de la serie A, tal protección debería ampliarse para incluir en ella a estas notas preparatorias.

¹³⁷ La Comisión sostiene que las notas en cuestión no pueden gozar de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, puesto que fueron redactadas para preparar documentos que no están amparados por el referido principio.

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

¹³⁸ Tal y como alegan las demandantes, del análisis de las notas manuscritas de la serie B se desprende que éstas fueron redactadas con el fin principal de preparar el memorando cuyas dos copias constituyen los documentos de la serie A. Pues bien, teniendo en cuenta que el Tribunal de Primera Instancia acaba de declarar que dicho memorando no goza de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, procede declarar que las referidas notas tampoco gozan de tal protección.

139 Por lo demás, procede señalar que las notas manuscritas de que se trata no constituyen correspondencia intercambiada con un abogado y no reproducen el texto ni el contenido de comunicaciones con un abogado que contengan asesoramiento jurídico. Las demandantes tampoco han probado que esas notas manuscritas se hayan elaborado exclusivamente con el fin de pedir asesoramiento jurídico a un abogado en el marco del ejercicio del derecho de defensa.

140 Por consiguiente, procede declarar que la Comisión no incurrió en error al negarse a conceder a las notas manuscritas de la serie B la protección invocada por las demandantes en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

3. En lo que atañe a los correos electrónicos intercambiados con un miembro del servicio jurídico de las demandantes, documentos de la serie B

a) Alegaciones de las partes

141 Las demandantes indican que los otros dos documentos de la serie B consisten en la correspondencia mantenida por correo electrónico entre el Director General de Akcros Chemicals y el Sr. [S], miembro del servicio jurídico de Akzo Nobel. Las demandantes estiman que debe considerarse que esta correspondencia goza de protección contra toda divulgación en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

142 A este respecto, las demandantes alegan dos tesis. Con carácter principal, sostienen que las comunicaciones con abogados de empresa que sean miembros de un Colegio de Abogados de un Estado miembro —y, en todo caso, las comunicaciones con abogados de empresa que sean miembros de algún Colegio de Abogados neerlandés,

como es el caso del Sr. [S]— deben gozar de protección de conformidad con los principios establecidos en la sentencia AM & S. Con carácter subsidiario, las demandantes defienden que, si la sentencia AM & S hubiera de interpretarse en el sentido de que se opone a tal protección, sería entonces necesario ampliar el ámbito de aplicación personal de la protección que garantiza aquella sentencia hasta otorgar a los documentos de que se trata la protección invocada.

143 En lo que atañe, en primer término, a su tesis principal, las demandantes sostienen que, contrariamente a la interpretación restrictiva que de la sentencia AM & S hace la Comisión, las comunicaciones procedentes de abogados de empresa —especialmente de aquellos que son miembros de un Colegio de Abogados— están incluidas en la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Las demandantes reconocen que en aquella sentencia el Tribunal de Justicia circunscribió tal protección a los abogados «independientes», categoría que, según dicho Tribunal, no incluiría a los abogados que fueran empleados de sus clientes. Sin embargo, las demandantes afirman que el elemento determinante establecido en la sentencia AM & S es el de la independencia del abogado. Pues bien, las demandantes estiman que carece de fundamento reconocer esta cualidad exclusivamente al abogado externo. Según ellas, no parece que los abogados internos estén menos sujetos a la prohibición de no participar en actividades ilegales, no ocultar información y no obstaculizar la administración de la Justicia. Las demandantes añaden que lo anterior es aún más cierto en aquellos sistemas jurídicos en los que los abogados internos pueden inscribirse en un Colegio de Abogados y gozan, en cuanto tales, de un estatuto de independencia frente a las empresas para las que prestan servicios.

144 Las demandantes observan que el Sr. [S] está inscrito en un Colegio de Abogados neerlandés y es la persona de referencia del programa de Akzo Nobel de adaptación al Derecho de la competencia. Tan sólo intervino en dicha sociedad en calidad de asesor jurídico, sin haber asumido ninguna función de dirección. Pues bien, el hecho de estar inscrito en un Colegio de Abogados neerlandés implica su sujeción a las normas deontológicas y éticas de esta profesión y le confiere un elevado grado de independencia. Las demandantes añaden que, con arreglo al Derecho neerlandés, el Sr. [S] está cubierto por el acuerdo sobre condiciones de empleo celebrado con su empresa, en virtud del cual la dirección del grupo de sociedades Akzo Nobel convino en que la obligación de independencia y de conformarse a las normas aplicables a los miembros de un Colegio de Abogados que impone el Derecho neerlandés prevalecía sobre la lealtad al grupo. Por consiguiente, desde el punto de vista del principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, la correspondencia entre el Sr. [S] y el Director General de Akcros Chemicals es idéntica a la

correspondencia entre dicha sociedad y un abogado externo. Así pues, concluyen las demandantes, no debe considerarse al Sr. [S] meramente como un abogado interno, sino más bien como un abogado independiente, regularmente inscrito en un Colegio de Abogados neerlandés y que ejerce como abogado interno en el seno de una empresa.

¹⁴⁵ Por otro lado, las demandantes alegan que, en la correspondencia de que se trata, el Sr. [S] proporcionaba asesoramiento jurídico sobre la manera de tratar determinadas cuestiones que se habían suscitado en el contexto del programa de Akzo Nobel de adaptación al Derecho de la competencia. Este asesoramiento jurídico se basaba, a su vez, en el asesoramiento prestado por el abogado externo de las sociedades demandantes.

¹⁴⁶ El CCBE estima que, en el marco de la aplicación de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, no debe distinguirse entre los abogados que son asalariados de la sociedad a la que prestan asesoramiento jurídico y aquellos otros que no lo son, sino entre los abogados que están sujetos a obligaciones profesionales cuyo cumplimiento controla el correspondiente Colegio de Abogados del Estado miembro de que se trate y aquellos otros que no están sujetos a tales obligaciones. Añade que esta solución supone la plena eficacia de los principios subyacentes a la sentencia AM & S, a saber, los criterios de independencia y de sujeción a una normativa profesional oficial. El CCBE sostiene que el Sr. [S], a pesar de su condición de trabajador por cuenta ajena, responde a todos los criterios de independencia que exige aquella sentencia.

¹⁴⁷ La ECLA alega que, en la sentencia AM & S, el Tribunal de Justicia no afirmó expresamente que un abogado de empresa no pudiera nunca ser considerado independiente. Añade que una empresa debe tener derecho a pedir asesoramiento jurídico al abogado de su elección, sin que el asesoramiento prestado por el abogado elegido pueda utilizarse como prueba contra dicha empresa, siempre que el abogado de que se trate esté debidamente cualificado y esté sujeto a las normas deontológicas y disciplinarias apropiadas. La ECLA añade que el Derecho de trabajo de los Estados miembros ampara a los abogados internos contra eventuales despidos motivados por haberse negado a cumplir una orden contraria a la deontología profesional.

148 El Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos alega que el Tribunal de Justicia, en la sentencia AM & S, no se negó categóricamente a reconocer a las comunicaciones procedentes de todos los abogados de empresa la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. A tenor de aquella sentencia, tal protección estaba estrechamente condicionada a la independencia del abogado. Ahora bien, concluye dicho Consejo General, aquellos abogados inscritos en un Colegio de Abogados neerlandés que prestan servicios en el seno de una empresa son tan independientes de su cliente/empresario como los restantes abogados y tienen el mismo estatuto y los mismos derechos y obligaciones que estos últimos, incluida la protección de la confidencialidad, pudiéndoseles imponer las mismas sanciones.

149 A este respecto, el Consejo General de la Abogacía neerlandés observa que en 1996 se promulgó en los Países Bajos un reglamento que autorizaba expresamente a los abogados a prestar sus servicios como empleados de una empresa. La independencia de los abogados de empresa quedaba garantizada por la celebración con sus empresas de un acuerdo sobre las condiciones de empleo, combinado con la aplicación de las normas disciplinarias y deontológicas derivadas de su inscripción en un Colegio de Abogados neerlandés. El citado acuerdo sobre las condiciones de empleo comportaba cierto número de obligaciones estrictas, idóneas para reforzar la independencia del abogado frente a su empresa. Por otra parte, dicho acuerdo obligaba a la empresa a permitir que el abogado interno cumpliera las normas disciplinarias y deontológicas que regulan el ejercicio de su profesión. El Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos deduce de lo anterior que los principios que subyacen a la sentencia AM & S exigen que se aplique al Sr. [S] la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

150 La Comisión sostiene que los correos electrónicos de que se trata no constituyen una comunicación con un abogado independiente, no revelan ninguna intención de comunicar con un abogado independiente y tampoco reproducen el texto o el contenido de comunicaciones escritas con un abogado independiente en el marco y en interés del derecho de defensa de las demandantes. Por lo tanto, añade la Comisión, la cuestión fundamental que se plantea estriba en determinar si tales correos electrónicos deben gozar de protección precisamente porque constituyen una comunicación interna con un miembro del servicio jurídico de las sociedades demandantes. Pues bien, concluye la Comisión, contrariamente a lo que las demandantes parecen defender, en la sentencia AM & S el Tribunal de Justicia declaró expresamente que las comunicaciones entre una empresa y su abogado interno no gozan de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

151 En lo que atañe, en segundo término, a su tesis subsidiaria, las demandantes aducen, en lo sustancial, cinco razones por las que consideran que, si la sentencia AM & S hubiera de interpretarse en el sentido de que excluye con carácter absoluto a los abogados de empresa de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, convendría entonces ampliar el ámbito de aplicación personal de dicha protección más allá de los límites que fija esa jurisprudencia.

152 En primer lugar, las demandantes observan que, con posterioridad a la sentencia AM & S, varios Estados miembros han ampliado el ámbito de aplicación de la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes y han introducido nuevas posibilidades para que los abogados de empresa sean admitidos en los Colegios de Abogados de su país. Según las demandantes, la mayor parte de los Estados miembros admite ahora que los abogados de empresa estén amparados por tal protección.

153 Basándose en un examen del Derecho comparado, la ECLA alega asimismo que las legislaciones de la mayor parte de los Estados miembros reconocen actualmente la independencia de los abogados de empresa y la confidencialidad de sus comunicaciones. La ACCA, por su parte, observa que, desde 1982, viene manifestándose una tendencia creciente entre los Estados miembros a otorgar a los abogados de empresa la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. El CCBE, sin embargo, observa que en Francia, Italia, Luxemburgo, Finlandia, Austria y Suecia no se reconoce a los abogados de empresa la protección de que se trata. Para el CCBE, no obstante, la cuestión esencial estriba en determinar si, en cada uno de los Estados miembros, los abogados de empresa por cuenta ajena están o no sujetos a una normativa profesional, en la medida en que la obligación de proteger la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes generalmente se vincula a la condición de miembro de un Colegio de Abogados. Pues bien, añade el CCBE, algunos países prohíben con carácter absoluto que los abogados inscritos en un Colegio de Abogados trabajen por cuenta ajena —por ejemplo, Bélgica y Grecia—, mientras que otros lo autorizan —concretamente Dinamarca, Alemania, España, Irlanda, los Países Bajos, Portugal y el Reino Unido.

154 La Comisión observa que, en el momento en que se dictó la sentencia AM & S, varios Estados miembros ya otorgaban a los abogados de empresa un estatuto especial. Pues

bien, según dicha institución, la situación no es diferente en la actualidad. Y así, es pacífico que en Francia, Italia, Luxemburgo, Austria y Finlandia no se reconoce a los abogados de empresa protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. La Comisión mantiene, por otra parte, que las conclusiones a las que la ECLA llega en su informe no tienen el valor unívoco que ésta pretende atribuirles.

155 En cuanto al hecho de que los abogados de empresa pertenezcan a un Colegio de Abogados, la Comisión sostiene que, si bien es cierto que en algunos Estados miembros es posible trabajar por cuenta ajena y ser miembro de un Colegio de Abogados —concretamente en España y en el Reino Unido— y que en otros Estados miembros los abogados que trabajan por cuenta ajena pueden ser miembros de un Colegio de Abogados con sujeción a determinados requisitos —concretamente en Alemania y en los Países Bajos—, no es menos cierto que, en un gran número de Estados miembros, la condición de trabajador por cuenta ajena y la pertenencia a un Colegio de Abogados resultan incompatibles, por ejemplo, en la República Checa, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Hungría, Austria y Suecia. Este último grupo de Estados no otorga la protección de la confidencialidad a los documentos intercambiados con dichos abogados. En Finlandia, por último, el ejercicio independiente de la profesión de abogado no requiere pertenecer a un Colegio de Abogados. La Comisión deduce de lo anterior que, en su inmensa mayoría, los Estados miembros no reconocen a los abogados de empresa la protección de la confidencialidad, ni siquiera en los sistemas en que tales abogados pueden ser miembros de un Colegio de Abogados. En cualquier caso, si se erigiera en principio del Derecho comunitario la evolución observada en algunos Estados miembros, se crearía una situación de inseguridad jurídica.

156 En segundo lugar, las demandantes observan que, con posterioridad a la sentencia AM & S, el Derecho comunitario ha experimentado una serie de reformas fundamentales, cuyos efectos obligan a reexaminar la aplicabilidad a los abogados internos de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, concretamente a aquellos que están inscritos en un Colegio de Abogados. Así, en el marco de la modernización del Derecho de la competencia, tanto el Reglamento nº 1/1203 como la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DO 2002, C 45, p. 3) imponen a las empresas responsabilidades crecientes, a fin de que éstas valoren la conformidad de su comportamiento con dichas normas sobre la competencia. Según las

demandantes, aunque esta valoración se efectúa normalmente bajo la dirección de principio de un abogado externo, los abogados de empresa desempeñan en ella un papel decisivo, que resultaría obstaculizado por el hecho de quedar excluidos de la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

157 La Comisión estima, en cambio, que la sustitución del Reglamento nº 17 por el Reglamento nº 1/2003 —el cual exige en mayor medida que las propias empresas valoren la compatibilidad de sus acuerdos con los requisitos del artículo 81 CE, apartado 3— carece de pertinencia para el caso de autos, ya que la cuestión de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes difícilmente podría invocarse en este marco.

158 En tercer lugar, las demandantes alegan que, en el marco de la aplicación de la protección en virtud de la confidencialidad, el tratamiento diferenciado del abogado externo y del abogado de empresa inscrito en un Colegio de Abogados de su país resulta arbitrario y, por consiguiente, contrario al principio de igualdad de trato y suscita cuestiones de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios. También la ACCA sostiene esta tesis, añadiendo que la sentencia AM & S discrimina asimismo a los abogados no comunitarios, en la medida en que la protección de la confidencialidad se reconoce únicamente a los abogados inscritos en un Colegio de Abogados de un Estado miembro (apartado 25 de la sentencia).

159 La Comisión considera que las limitaciones establecidas en la sentencia AM & S. no restringen indebidamente, en lo que atañe a los abogados de empresa, el principio fundamental según el cual las empresas tienen derecho a un proceso justo y, en particular, a consultar libremente al abogado de su elección. Por lo demás, la Comisión alega que la ACCA suscita una cuestión nueva que no fue evocada por las demandantes y que, por tanto, debe declararse la inadmisibilidad de dicha cuestión, la cual, de todos modos, no constituye objeto del presente procedimiento.

160 En cuarto lugar, las demandantes se remiten a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de diciembre de 1999, Interporc/Comisión (T-92/98, Rec. p. II-3521),

confirmada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión (C-41/00 P, Rec. p. I-2125), en la que, según las demandantes, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la correspondencia entre los abogados del Servicio Jurídico de la Comisión y esta última gozaba de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Pues bien, añaden las demandantes, no existe diferencia alguna entre la independencia de los miembros del Servicio Jurídico de la Comisión frente a dicha institución y la independencia de un abogado de empresa inscrito en un Colegio de Abogados frente a la empresa para la que trabaja.

161 La Comisión rechaza esta analogía. La protección que las sentencias de 7 de diciembre de 1999 y de 6 de marzo de 2003, Interporc/Comisión, antes citadas, reconocen a las comunicaciones que emanan de los miembros de su Servicio Jurídico obedece a que el interés público se opone a la divulgación de documentos redactados exclusivamente con vistas a un procedimiento judicial particular.

162 Por último, en quinto lugar las demandantes observan que las comunicaciones entre el Sr. [S] y el Director General de Akcros Chemicals constituyen una correspondencia entre dos personas establecidas, respectivamente, en los Países Bajos y en el Reino Unido. Ahora bien, en virtud del Derecho neerlandés la correspondencia del Sr. [S] goza de la protección de la confidencialidad, al amparo del artículo 51 de la Ley neerlandesa de defensa de la competencia. Tal protección se reconoce asimismo en el Reino Unido. Pues bien, concluyen las demandantes, el Derecho comunitario no debe ser más restrictivo que esos dos Derechos nacionales.

163 El CCBE considera que, a falta de armonización comunitaria de las normas de organización de la profesión de abogado, el ámbito de aplicación personal del concepto comunitario de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes debe regirse por el Derecho nacional. La ECLA alega que, al corresponder al Derecho nacional regular el estatuto, los derechos y las obligaciones de los abogados, la Comisión no puede hacer caso omiso de la protección que confiere dicho Derecho, en virtud del principio de la autonomía del procedimiento nacional. Por último, el Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos hace suya esta tesis y confirma que, en lo que atañe a las inspecciones, el principio de la confidencialidad se aplica en el Derecho neerlandés de la competencia a todos los abogados inscritos en un Colegio de Abogados, estén o no empleados por cuenta ajena.

164 La Comisión niega que deba estar vinculada por las normas nacionales relativas a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Ello resultaría contrario a la primacía del Reglamento nº 1/2003 —y anteriormente a la del Reglamento nº 17—, así como a la sentencia AM & S, que se esforzó en desarrollar un concepto comunitario en la materia. Por otro lado, la Comisión pone de relieve que sus facultades de inspección se extienden a toda la Unión Europea, de modo que el ámbito de aplicación de la protección de que se trata no puede determinarse en virtud de la legislación y de las normas sobre Colegios de Abogados de los Estados miembros. En efecto, ello crearía enormes dificultades de orden jurídico y práctico. En cualquier caso, la Comisión mantiene que, en los Países Bajos, el derecho a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes tiene un alcance mucho más limitado de lo que pretenden las demandantes y los coadyuvantes.

b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

165 Los documentos de la serie B incluyen, además de las notas manuscritas que ya han sido examinadas, la correspondencia mantenida por correo electrónico, en mayo y en junio de 2000, entre el Director General de Akcros Chemicals y el Sr. [S], abogado inscrito en un Colegio de Abogados neerlandés que, en el momento de los hechos, era miembro del servicio jurídico de Akzo Nobel, sociedad en la que desempeñaba, en particular, la función de coordinador en materia de Derecho de la competencia.

166 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la tesis invocada por las demandantes con carácter principal, procede señalar que en la sentencia AM & S el Tribunal de Justicia declaró expresamente que la protección reconocida por el Derecho comunitario, en el marco de la aplicación del Reglamento nº 17, en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes se aplicaba únicamente en la medida en que los abogados en cuestión fueran independientes, es decir, que no estuvieran vinculados a sus clientes por una relación laboral (apartado 21, 22 y 27 de la sentencia). Esta exigencia relativa a la situación y calidad de abogado independiente que debe reunir el asesor legal del que emane la correspondencia protegible procede de la concepción de la función del abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita (sentencia AM & S, apartado 24).

167 De lo anterior se deduce que el Tribunal de Justicia excluyó expresamente de la protección de principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes las comunicaciones con los abogados de empresa, a saber, con los abogados vinculados a sus clientes por una relación laboral. Es importante poner de relieve, además, que el Tribunal de Justicia decidió tal exclusión con pleno conocimiento de causa, dado que la cuestión había sido ampliamente debatida durante el proceso y puesto que el Abogado General Sir Gordon Slynn había propuesto expresamente en sus conclusiones en el asunto AM & S que aquellos abogados vinculados por un contrato de trabajo pero que siguieran siendo miembros de la profesión y continuaran sujetos a las normas disciplinarias y deontológicas de ésta recibieran el mismo trato que los abogados independientes (conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en asunto que dio lugar a la sentencia AM & S, antes citadas, Rec. p. 1655).

168 Procede, pues, declarar que, contrariamente a lo que alegan las demandantes y algunos de los coadyuvantes, en la sentencia AM & S el Tribunal de Justicia definió el concepto de abogado independiente de una manera negativa, en la medida en que exigió que tal abogado no estuviera vinculado a su cliente por una relación laboral (véase *supra*, apartado 166), y no de una manera positiva, basada en la pertenencia a un Colegio de Abogados o en la sujeción a las normas disciplinarias y deontológicas profesionales. De este modo, el Tribunal de Justicia consagra el criterio de la asistencia jurídica prestada «con toda independencia» (sentencia AM & S, apartado 24), que define como la asistencia jurídica prestada por un abogado que, desde el punto de vista orgánico, jerárquico y funcional, tenga la condición de tercero en relación con la empresa que se beneficia de dicha asistencia.

169 Por consiguiente, procede desestimar la tesis invocada con carácter principal por las demandantes y debe declararse que la correspondencia mantenida entre un abogado vinculado a Akzo Nobel por una relación laboral y un director de una sociedad perteneciente a dicho grupo no está amparada por la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, tal como ha sido definida en la sentencia AM & S.

170 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la tesis invocada por las demandantes con carácter subsidiario, según la cual el Tribunal de Primera Instancia debería ampliar el ámbito de aplicación personal de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes más allá de los límites establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia AM & S, procede hacer constar, en primer término, que el examen

de los Derechos de los Estados miembros revela que, si bien es cierto —tal como alegan las demandantes y algunos de los coadyuvantes— que el reconocimiento específico del papel de abogado de empresa y la protección de las comunicaciones con éste en virtud de la confidencialidad se encuentran relativamente más extendidos en la actualidad que en el momento en que se pronunció la sentencia AM & S, no es menos verdad, sin embargo, que no resulta posible identificar al respecto tendencias uniformes —o claramente mayoritarias— en los Derechos de los Estados miembros.

171 En particular, el examen del Derecho comparado muestra, por un lado, que todavía existe un número importante de Estados miembros que excluyen a los abogados de empresa de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En algunos Estados miembros, por lo demás, no parece que dicha cuestión se haya zanjado de modo unívoco y con carácter definitivo. Por último, diversos Estados miembros han alineado sus regímenes con el sistema comunitario tal como resulta de la sentencia AM & S. Por otro lado, el referido examen revela que un número considerable de Estados miembros no permite que los abogados de empresa se inscriban en los Colegios de Abogados y, por lo tanto, no les atribuyen la condición de abogados. En efecto, en varios países la condición de abogado empleado por alguien que no sea a su vez abogado resulta incompatible con la propia condición de abogado. Por lo demás, incluso en aquellos países que admiten esa posibilidad la inscripción de los abogados de empresa en los Colegios de Abogados y su sujeción a las normas deontológicas profesionales no siempre implican que las comunicaciones con tales abogados gocen de protección en virtud de la confidencialidad.

172 Por lo que se refiere, en segundo término, a la tesis de las demandantes según la cual el Derecho comunitario de la competencia ha experimentado una evolución tal que obliga a reconsiderar la solución adoptada por el Tribunal de Justicia en la sentencia AM & S, debe recordarse que la protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes constituye una limitación al ejercicio por parte de la Comisión de sus facultades de inspección y que tales facultades se ejercen principalmente en el marco de la lucha contra las infracciones más graves del artículo 81 CE, apartado 1 —entre las que se incluyen especialmente los acuerdos sobre precios o reparto de mercados—, así como contra las infracciones del artículo 82 CE. Por consiguiente, procede considerar que la supresión, en el marco de la modernización del Derecho comunitario de la competencia, del sistema de notificación y, por ende, el hecho de que el Reglamento nº 1/2003 haya atribuido a las empresas responsabilidades más amplias a la hora de valorar su comportamiento en relación con el artículo 81 CE, apartado 3, no tienen incidencia directa sobre esta problemática.

173 Por lo demás, aun admitiendo que la adopción del Reglamento nº 1/1203 y de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel haya podido incrementar la necesidad de que las empresas examinen su comportamiento y definan sus estrategias jurídicas en relación con el Derecho de la competencia contando con la asistencia de un abogado con amplios conocimientos de la empresa y del mercado de que se trate, no deja de ser cierto que tales actividades de valoración y de orientación estratégica puede realizarlas un abogado externo con la total cooperación de los servicios de la empresa, incluidos sus servicios jurídicos internos. Pues bien, en este contexto, las comunicaciones entre los abogados de la empresa y el abogado externo gozarían, en principio, de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, siempre que se inscribieran en el marco y en el interés del derecho de defensa de la empresa. Procede considerar, pues, que el ámbito de aplicación personal de la referida protección, tal como se delimitó en la sentencia AM & S, no constituye un obstáculo real para que las empresas puedan obtener el asesoramiento jurídico que necesitan ni impide que sus abogados internos participen en las mencionadas actividades de valoración y de orientación estratégica. Por último, es importante hacer constar que la modernización del Derecho de la competencia no significa necesariamente que las respectivas funciones a este respecto de los abogados externos y de los asesores jurídicos internos se hayan modificado sustancialmente desde la sentencia AM & S. En cualquier caso, al tener el Derecho comunitario de la competencia como destinatarias a las empresas, en principio no cabe admitir que las comunicaciones meramente internas en el seno de una empresa puedan quedar al margen de las facultades de inspección de la Comisión, con la única excepción, como ya se ha indicado, de las notas que se circunscriban a reproducir el texto o el contenido de comunicaciones con abogados externos que contengan asesoramiento jurídico y de los documentos preparatorios redactados con el fin de pedir asesoramiento jurídico a un abogado externo en el marco del ejercicio del derecho de defensa.

174 Por lo que se refiere, en tercer término, a las alegaciones de las demandantes y de algunos de los coadyuvantes según las cuales el tratamiento diferenciado de los abogados de empresa en la sentencia AM & S resulta contrario al principio de igualdad de trato y genera problemas desde el punto de vista de la libre circulación de servicios y de la libertad de establecimiento, cabe recordar que, en virtud de reiterada jurisprudencia, únicamente se vulnera el principio de igualdad de trato cuando se traten de manera diferente situaciones que son comparables o situaciones diferentes sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 1990, Hoche, C-174/89, Rec. p. I-2681, apartado 25; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo

de 1998, BPB de Eendracht/Comisión, T-311/94, Rec. p. II-1129, apartado 309, y de 4 de julio de 2006, Hoek Loos/Comisión, T-304/02, Rec. p. II-1887, apartado 96). Pues bien, procede declarar que los abogados de empresa y los abogados externos se encuentran manifiestamente en situaciones diferentes, debido fundamentalmente a la integración funcional, orgánica y jerárquica de los abogados de empresa en el seno de las sociedades para las que trabajan. Por consiguiente, el hecho de tratar de manera diferente a estos profesionales desde el punto de vista de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no supone ninguna violación del principio de igualdad de trato. Por otra parte, en lo que atañe a la alegación de las demandantes relativa a los eventuales perjuicios que la restricción del ámbito de aplicación personal de la confidencialidad ocasionaría a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, basta con hacer constar que dicha alegación no ha sido en modo alguno demostrada. Por último, como subraya la Comisión, las alegaciones formuladas por la ACCA en lo que atañe a la protección de la confidencialidad de los abogados no inscritos en un Colegio Profesional de algún Estado miembro no resultan en modo alguno pertinentes en el marco del presente procedimiento.

175 Por lo que se refiere, en cuarto término, a la jurisprudencia Interporc/Comisión, antes citada, procede declarar que dicha jurisprudencia no versa sobre los límites de las facultades investigadoras de la Comisión en relación con las infracciones de las normas sobre la competencia, sino sobre el acceso de los particulares a los documentos de la Comisión. En cualquier caso, procede señalar que, contrariamente a lo que sostienen las demandantes, en la sentencia de 7 de diciembre de 1999, Interporc/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia no declaró que la correspondencia entre los miembros del Servicio Jurídico de la Comisión y esta última gozara de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia únicamente aplicó la excepción de divulgación basada en la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes a la correspondencia intercambiada entre la Comisión y sus abogados externos; en cambio, la divulgación de las comunicaciones de la Comisión con los miembros de su Servicio Jurídico se denegó sobre la base de la excepción relativa a la protección del trabajo interno de dicha institución (sentencia de 7 de diciembre de 1999, Interporc/Comisión, antes citada, apartado 41).

176 Por último, en quinto término las demandantes sostienen que, puesto que las comunicaciones entre el Sr. [S] y el Director General de Akcros Chemicals gozan de protección en virtud de sus respectivos Derechos nacionales, el Derecho comunitario debería reconocer asimismo dicha protección en virtud de la confidencialidad de las

comunicaciones entre abogados y clientes. Con carácter más general, el CCBE —y, de un modo menos explícito, la ECLA y el Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos— sostienen que el ámbito de aplicación personal del concepto comunitario de confidencialidad debería regirse por el Derecho nacional. A este respecto, procede recordar que la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes constituye una excepción a las facultades de inspección de la Comisión. Por ello, tal protección afecta directamente a las condiciones de actuación de dicha institución en un ámbito tan esencial para el funcionamiento del mercado común como el del cumplimiento de las normas sobre la competencia (sentencia AM & S, apartado 30). Por estas razones, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia se han esforzado en desarrollar un concepto comunitario de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. La tesis de las demandantes y de los coadyuvantes está en contradicción tanto con el establecimiento de dicho concepto comunitario como con la aplicación uniforme de las facultades de la Comisión en el mercado común, de modo que debe ser rechazada.

177 A la vista de cuanto antecede, debe rechazarse la tesis formulada por las demandantes con carácter subsidiario, relativa a la ampliación del ámbito de aplicación personal de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes más allá de los límites establecidos por el Tribunal de Justicia en la sentencia AM & S.

178 Por otra parte, es preciso señalar que las demandantes parecen indicar también que los correos electrónicos controvertidos contenían, entre otra información, el asesoramiento prestado por su abogado externo (véase *supra*, apartado 145). Sin embargo, el examen de los documentos en cuestión en modo alguno demuestra tal alegación.

179 Por consiguiente, procede declarar que la Comisión no incurrió en error al considerar que la correspondencia mantenida entre el Director General de Akzo Nobel y el miembro del servicio jurídico de Akzo Nobel —que constituye una parte de los documentos de la serie B— no debía gozar de protección en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.

180 Por consiguiente, el segundo motivo debe ser desestimado.

C. Sobre el tercer motivo, basado en la vulneración de los derechos fundamentales en que supuestamente se basa la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes

181 Mediante su tercer motivo, las demandantes sostienen que, al vulnerar la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes, la Comisión conculcó asimismo los derechos fundamentales en los que se basa dicho principio. En efecto, las demandantes estiman que la protección de la confidencialidad se basa en varios derechos fundamentales reconocidos en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros y admitidos en el Derecho comunitario, concretamente el derecho de defensa y el respeto de la intimidad personal y de la libertad de expresión. Sin embargo, las demandantes sólo desarrollan este tercer motivo de manera muy sucinta, sin fundamentar su tesis con argumentos concretos.

182 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia considera que este tercer motivo carece de entidad autónoma frente a los dos motivos examinados anteriormente. En efecto, esta alegada vulneración de los derechos fundamentales de las demandantes no se basa en imputaciones distintas de las invocadas para demostrar la supuesta violación del principio de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes. Ahora bien, tales imputaciones ya se analizaron en el marco de los motivos primero y segundo del presente asunto.

183 Por consiguiente, no procede examinar este tercer motivo.

184 Habida cuenta de lo que lo antecede, procede declarar que las violaciones en que incurrió la Comisión durante el procedimiento de control de los documentos en

relación con los cuales las demandantes habían invocado la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes no tuvieron como consecuencia privar ilegalmente a las demandantes de tal protección en lo que atañe a los documentos de que se trata, en la medida en que, como se ha declarado anteriormente, la Comisión no incurrió en error al decidir que ninguno de aquellos documentos estaba materialmente amparado por dicha protección.

185 Por consiguiente, el recurso en el asunto T-253/03 debe ser desestimado.

Costas

186 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Sin embargo, con arreglo al artículo 87, apartado 3, en circunstancias excepcionales o cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Primera Instancia podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas.

187 En el caso de autos, aunque se hayan desestimado las pretensiones de las demandantes, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en cualquier caso, la Comisión incurrió en diversas irregularidades en el procedimiento administrativo previo a los recursos judiciales que ahora se ventilan. Teniendo en cuenta esta circunstancia, el Tribunal de Primera Instancia considera que se produce una valoración justa de las circunstancias del caso de autos si decide que las demandantes carguen con tres quintas partes de sus propias costas y con tres quintas partes de las costas en que haya incurrido la Comisión, tanto en lo relativo al procedimiento principal como en lo que atañe al procedimiento sobre medidas provisionales. La Comisión, por su parte, cargará con dos quintas partes de sus propias costas y con dos quintas partes de las costas en que hayan incurrido las demandantes, tanto en lo relativo al procedimiento principal como en lo que atañe al procedimiento sobre medidas provisionales.

188

A tenor del artículo 87, apartado 4, párrafo tercero, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia podrá ordenar que una parte coadyuvante soporte sus propias costas. En el presente caso, las partes coadyuvantes soportarán sus propias costas, tanto en lo relativo al procedimiento principal como en lo que atañe al procedimiento sobre medidas provisionales.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Primera ampliada)

decide:

- 1) **Declarar la inadmisibilidad del recurso en el asunto T-125/03.**
- 2) **Desestimar por infundado el recurso en el asunto T-253/03.**
- 3) **Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd cargarán con tres quintas partes de sus propias costas, correspondientes al procedimiento principal y al procedimiento sobre medidas provisionales. Cargarán asimismo con tres quintas partes de las costas en que haya incurrido la Comisión, correspondientes al procedimiento principal y al procedimiento sobre medidas provisionales.**

- 4) **La Comisión cargará con dos quintas partes de sus propias costas, correspondientes al procedimiento principal y al procedimiento sobre medidas provisionales. Cargará asimismo con dos quintas partes de las costas en que hayan incurrido Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals, correspondientes al procedimiento principal y al procedimiento sobre medidas provisionales.**
- 5) **Los coadyuvantes cargarán con sus propias costas, correspondientes al procedimiento principal y al procedimiento sobre medidas provisionales.**

Cooke

García-Valdecasas

Labucka

Prek

Ciucă

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 17 de septiembre de 2007.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

J. D. Cooke

Índice

Hechos y procedimiento	II - 3535
Pretensiones de las partes	II - 3542
Sobre la admisibilidad del recurso en el asunto T-125/03	II - 3545
A. Alegaciones de las partes	II - 3545
B. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3548
Sobre el fondo del recurso en el asunto T-253/03	II - 3552
A. Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del procedimiento relativo a la aplicación del principio de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes	II - 3553
1. Alegaciones de las partes	II - 3559
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3559
B. Sobre el segundo motivo, basado en la injustificada denegación de la solicitud de protección de los documentos litigiosos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes	II - 3569
1. En lo que atañe a las dos copias del memorando mecanografiado de la serie A	II - 3569
a) Alegaciones de las partes	II - 3569
b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3574
2. En lo que atañe a las notas manuscritas de la serie B	II - 3581
a) Alegaciones de las partes	II - 3581
b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3581
3. En lo que atañe a los correos electrónicos intercambiados con un miembro del servicio jurídico de las demandantes, documentos de la serie B	II - 3582
a) Alegaciones de las partes	II - 3582
b) Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 3590
C. Sobre el tercer motivo, basado en la vulneración de los derechos fundamentales en que supuestamente se basa la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes	II - 3596
Costas	II - 3597
II - 3600	