

AVISO JURÍDICO IMPORTANTE: La información que se ofrece en estas páginas está sujeta a una cláusula de exención de responsabilidad y a un aviso de Copyright

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 29 de abril de 2010 ¹⁽¹⁾

Asunto C-550/07 P

**Akzo Nobel Chemicals Ltd y otros
contra
Comisión Europea**

«Recurso de casación – Competencia – Procedimiento administrativo – Facultades de verificación de la Comisión – Escritos copiados en una inspección e incorporados posteriormente al expediente – Protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes («secreto profesional») – Correspondencia interna con un jurista de empresa – Abogado interno – Artículo 14 del Reglamento (CEE) nº 17 – Reglamento (CE) nº 1/2003»

I. Introducción

1. Conforme al Derecho de la Unión Europea, ¿se extiende la protección, garantizada como derecho fundamental, de las comunicaciones entre un abogado y sus clientes (conocida como *secreto profesional*) (2) también al intercambio de opiniones e información entre los administradores de una empresa y el abogado interno, que trabaja por cuenta de la empresa? (3) Ésta es, en esencia, la cuestión que debe aclarar el Tribunal de Justicia en el presente procedimiento de casación. (4) Esta cuestión tiene una importancia no desdeñable para la futura aplicación y puesta en práctica de la normativa europea en materia de competencia y la modernización de la normativa procesal en materia de prácticas colusorias que ha llevado a cabo el Reglamento (CE) nº 1/2003 (5) tampoco le ha restado relevancia.

2. Este asunto tiene como trasfondo una inspección *in situ* (llamada «verificación»), que la Comisión Europea, en su calidad de autoridad de defensa de la competencia, llevó a cabo en febrero de 2003 en el Reino Unido en los locales de Akzo Nobel Chemicals Ltd. (Akzo) y Akros Chemicals Ltd. (Akros). (6) En ella funcionarios de la Comisión se apropiaron de fotocopias que los representantes de Akzo y Akros consideraban que no debían ser objeto de incautación porque, en su opinión, estaban amparadas por el secreto profesional.

3. Las dos empresas afectadas y la Comisión litigaron a este respecto. Akzo y Akros interpusieron ante el Tribunal de Primera Instancia (actualmente, Tribunal General) dos recursos en los que solicitaban la anulación, por una parte, de la Decisión que ordenaba la verificación y, por otra parte, de la Decisión de incluir en el expediente varios documentos objeto del litigio. Mediante sentencia de 17 de septiembre de 2007 (7) (en lo sucesivo, «sentencia recurrida») el Tribunal General acordó la inadmisibilidad del primer recurso y desestimó por infundado el segundo.

4. El presente recurso de casación se refiere exclusivamente a la cuestión de si el Tribunal General obró conforme a Derecho al desestimar por infundado el segundo recurso. En esta fase procesal el interés se centra únicamente en dos de los documentos litigiosos. Uno de ellos son impresiones de correos electrónicos entre el Director General de Akcros y un empleado del departamento jurídico del grupo de empresas de Akzo que también era abogado en ejercicio en los Países Bajos.

II. Marco jurídico

5. El marco jurídico del presente asunto viene determinado por el Reglamento nº 17, (8) cuyo artículo 14 presentaba el siguiente tenor:

«1. En el cumplimiento de las tareas que le son asignadas por el artículo [105 TFUE] y por las disposiciones adoptadas en aplicación del artículo [103 TFUE], la Comisión podrá proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en las empresas y las asociaciones de empresas.

A este fin, los agentes acreditados por la Comisión estarán facultados para:

- a) controlar los libros y demás documentos profesionales;
- b) hacer copias o extractos de los libros y documentos profesionales;
- c) pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales;
- d) acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas.

2. Los agentes acreditados por la Comisión para efectuar esas verificaciones ejercerán sus facultades en base a la presentación de un mandato escrito [...]

3. Las empresas y asociaciones de empresas deberán someterse a las verificaciones que la Comisión haya ordenado mediante decisión. En ésta se señalará el objeto y la finalidad de la verificación [...]

[...]]»

6. El Reglamento nº 1/2003, mediante el que se modernizó la normativa procesal europea en materia de competencia y se derogó y sustituyó el Reglamento nº 17, no es aplicable *ratione temporis* al presente asunto, ya que los hechos pertinentes acaecieron antes del 1 de mayo de 2004. (9)

III. Trasfondo del asunto

A. Verificaciones efectuadas por la Comisión y corolario administrativo

7. Como se desprende de los hechos considerados probados por el Tribunal General, (10) el trasfondo de este litigio es el procedimiento de verificación que llevó a cabo la Comisión Europea, como autoridad en materia de competencia. A principios de 2003 la Comisión ordenó, mediante decisión, (11) la práctica de inspecciones a Akzo y Akcros y a sus filiales con arreglo al artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17, con objeto de recabar pruebas de eventuales prácticas contrarias a la competencia (en lo sucesivo, «Decisión que ordena la verificación»). Mediante dicha Decisión se ordenaba a las sociedades afectadas que se sometieran a tales verificaciones.

8. Los días 12 y 13 de febrero de 2003, funcionarios de la Comisión asistidos por representantes de la Office of Fair Trading (OFT) (12) llevaron a cabo, basándose en la Decisión que ordena la verificación, una inspección en locales de Akzo y Akcros situados en Eccles, Manchester (Reino Unido). (13) Durante dicha inspección, los funcionarios de la Comisión hicieron copias de numerosos documentos.

9. En el curso de dichas operaciones, los representantes de Akzo y Akcros 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. Los funcionarios de la Comisión respondieron 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 Akzo y Akcros 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 Akzo y Akcros.

10. Durante el examen de los documentos en cuestión se produjo una discrepancia en relación con varios documentos, que el Tribunal General, tomando como base las alegaciones de Akzo y Akcros – clasificó en dos grupos («serie A» y «serie B»).

11. La serie A consta de dos documentos. 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 a uno de sus superiores que, según las recurrentes, contiene informaciones recogidas por su autor en el marco de consultas internas con otros empleados con el fin de recabar un dictamen jurídico externo en el marco del programa de cumplimiento del Derecho de la competencia establecido por Akzo. El segundo de estos documentos es otro ejemplar del mencionado memorando, en el que figuran notas manuscritas referidas a los contactos mantenidos con un abogado de Akzo y Akcros en las que se menciona, en particular, su nombre.

12. Tras haber oído las explicaciones de las recurrentes 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 copias y las guardaron en un sobre lacrado que se llevaron al término de su inspección.

13. La serie B también consta de varios documentos. Se trata, en primer lugar, de una serie de notas manuscritas del Director General de Akcros que, según las recurrentes, fueron redactadas con ocasión de conversaciones mantenidas con empleados y utilizadas para la redacción del memorando mecanografiado de la serie A. En segundo lugar se trata de dos correos electrónicos entre el Director General de Akcros y el Sr. S., un abogado inscrito en un Colegio de Abogados neerlandés, que, en el momento de producirse los hechos, pertenecía a los servicios jurídicos del grupo de empresas Akzo y, en consecuencia, estaba empleado de forma permanente por dicha empresa.

14. Tras haber examinado los documentos de la serie B y oído las explicaciones de Akzo y Akcros, 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.

15. El 17 de febrero de 2003, Akzo y Akcros 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. Mediante escrito de 1 de abril de 2003, la Comisión informó a las empresas interesadas 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.

16. Mediante decisión de 8 de mayo de 2003, (14) la Comisión denegó a Akzo y Akcros la solicitud de protección de los documentos controvertidos en virtud de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes (en lo sucesivo, «Decisión denegatoria»). En el artículo 1 de dicha Decisión, la Comisión deniega la solicitud de Akzo y Akcros 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.

B. *Procedimiento judicial*

1. Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia

17. Akzo y Akcros interpusieron en común dos recursos de nulidad ante el Tribunal de Primera Instancia (actualmente, Tribunal General), una de las cuales se dirigía contra la Decisión de verificación (15) (asunto T-125/03) y la otra, contra la Decisión denegatoria (16) (asunto T-253/03). Respecto a ambas solicitaban además la adopción de medidas provisionales con arreglo a los artículos 242 CE y 243 CE (actualmente, artículos 278 TFUE y 279 TFUE) (asuntos T-125/03 R y T-253/03 R).

18. El 8 de septiembre de 2003, en el marco del procedimiento sobre medidas provisionales y a requerimiento del Presidente del Tribunal General, la Comisión remitió a éste, 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. El 30 de octubre de 2003, (17) el Presidente del Tribunal General 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. Ordenó, además, que dichos documentos se conservaran en la Secretaría del Tribunal General hasta que éste resolviera el recurso principal. Del mismo modo, el Presidente del Tribunal General 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. El 27 de septiembre de 2004 (18) el Presidente del Tribunal de Justicia, resolviendo el recurso de casación interpuesto por la Comisión, anuló aquellos puntos de la parte dispositiva del auto del Presidente del Tribunal General, de 30 de octubre de 2003, de medidas provisionales en la medida en que 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 General. 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.

21. A raíz de ello, el Secretario del Tribunal General, mediante carta de 15 de octubre de 2004, devolvió a la Comisión el sobre lacrado que contenía los documentos de la serie A.

22. En el procedimiento que resolvía sobre el fondo, el Tribunal General dictó el 17 de septiembre de 2007 la sentencia impugnada, mediante la que declaró la inadmisibilidad del recurso de nulidad de Akzo y Akcros contra la Decisión que ordena la verificación (asunto T-125/03) y desestimó por infundado el recurso contra la Decisión denegatoria (asunto T-253/03).

2. Procedimiento de casación contra la sentencia recurrida

23. Mediante escrito de 30 de noviembre de 2007 (19) Akzo y Akcros interpusieron conjuntamente el presente recurso de casación contra la sentencia de 17 de septiembre de 2007. Dicho recurso tiene como único objeto la cuestión de si los dos correos electrónicos intercambiados entre el Sr. S. y el Director General de Akcros están amparados por la protección de la confidencialidad de las comunicaciones con el abogado o no. Las partes recurrentes solicitan al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida en la medida en que ésta desestima la pretensión relativa a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones con el abogado interno de Akzo Nobel.
- Anule la Decisión denegatoria de la Comisión de 8 de mayo de 2003, en la medida en que ésta denegó la devolución de la correspondencia electrónica mantenida con el abogado interno de Akzo Nobel.
- Condene a la Comisión al pago de las costas tanto del presente recurso de casación como de las ocasionadas por el procedimiento ante el Tribunal General, en la medida en que se refieren al motivo suscitado con ocasión del presente recurso de casación.

24. La Comisión solicita, por su parte, al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso de casación.
- Condene en costas a las partes recurrentes.

25. Ante el Tribunal de Justicia se desarrolló, en primer lugar, la fase escrita del procedimiento de casación y, a continuación, se celebró la vista el 9 de febrero de 2010.

3. Otras partes en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y nuevas partes coadyuvantes

26. En el procedimiento en primera instancia el Tribunal de Primera Instancia admitió la intervención de las siguientes asociaciones como partes coadyuvantes en apoyo de las pretensiones de Akzo y Akcros en los asuntos T-125/03 y T-253/03: (20) Conseil des barreaux européens (CCBE, Consejo de la Abogacía Europea), Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Consejo General de la Abogacía de los Países Bajos), European Company Lawyers Association (ECLA, Asociación europea de abogados de empresa), American Corporate Counsel Association (ACCA) – European Chapter (Asociación americana de abogados de empresa – sección europea) e International Bar Association (IBA, Asociación internacional de Colegios de Abogados). Dichas asociaciones también son parte en el presente procedimiento de casación, como *otras partes en el procedimiento*, en apoyo de las pretensiones de Akzo y Akcros.

27. Además, el Presidente del Tribunal de Justicia admitió la intervención en el procedimiento de recurso de casación, conforme al artículo 40, apartado 1, del Estatuto y al artículo 93, apartado 1, en relación con el artículo 123 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de los siguientes Estados miembros como *partes coadyuvantes* en apoyo de las pretensiones de Akzo y Akcros: (21) Irlanda, Reino de los Países Bajos y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

28. En cambio, el Presidente del Tribunal de Justicia no admitió las demandas de intervención en el procedimiento de casación en apoyo de las pretensiones de Akzo y Akcros de las siguientes asociaciones por considerar que no habían acreditado interés legítimo en la solución del litigio (artículo 40, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia). (22) Association of General Counsel and Company Secretaries of the FTSE 100 (GC 100), Chamber of Commerce of the United States of America (CCUSA, Cámara de Comercio de los Estados Unidos de América), International Chamber of Commerce (ICC, Cámara Internacional de Comercio), American Bar Association (ABA, Colegio Americano de Abogados), Law Society of England and Wales (LSEW) y United States Council for International Business (USCIB).

29. El Tribunal General ya había desestimado las demandas de intervención de otras dos asociaciones en apoyo de las pretensiones de Akzo y Akcros en los asuntos T-125/03 y T-253/03: (23) 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).

C. *Conclusión por la Comisión en el ínterin del procedimiento administrativo*

30. Como comunicó la Comisión al Tribunal de Justicia una vez concluida la fase escrita del procedimiento de casación, el procedimiento administrativo que se tramitó para las verificaciones en los locales de Akzo y Akcros en 2003 ha concluido. Mediante Decisión de 11 de noviembre de 2009, adoptada sobre la base del artículo 81 CE en relación con los artículos 7 y 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, la Comisión impuso multas por un importe total de 173.860.400 euros a 24 fabricantes de aditivos sintéticos. (24) Entre las destinatarias de esa Decisión se encuentran, además de Akcros Chemicals Ltd., varias sociedades del grupo Akzo Nobel, pero no Akzo Nobel Chemicals Ltd.

31. Según los datos proporcionados por la Comisión y no discutidos, en la citada Decisión de imposición de multas de 11 de noviembre de 2009 la Comisión *no* se basó en los dos correos electrónicos objeto de controversia.

IV. Apreciación jurídica

32. En su recurso de casación Akzo y Akcros ya no impugnan todos los actos que fueron objeto del procedimiento en primera instancia. El debate jurídico en el procedimiento de casación se limita a una parte de los documentos de la «serie B», en concreto, los dos correos electrónicos que se intercambiaron el Sr. S. y el Director General de Akcros de los que la Comisión hizo copias y las incorporó al expediente a raíz de la verificación.

A. *Interés en ejercitar la acción*

33. Antes de analizar el fondo del recurso de casación debe examinarse si Akzo y Akcros pueden alegar interés en ejercitar la acción en el presente procedimiento.

34. La exigencia de un interés en ejercitar la acción tiene como objetivo procesal evitar que se sometan a los tribunales cuestiones jurídicas de carácter meramente hipotético. El interés en ejercitar la acción constituye, por lo tanto, un requisito ineludible de admisibilidad, que debe ser examinado de oficio y puede ser relevante en varias fases del proceso. Así, dicho requisito debe concurrir de manera indubitable ya en el momento de la interposición de la demanda o del recurso y también debe subsistir hasta que recaiga la resolución judicial. (25)

35. Existe un interés en ejercitar la acción mientras que el recurso de casación pueda procurar, por su resultado, un beneficio a la parte que lo haya interpuesto. (26)

36. La Comisión duda de que suceda así en el presente asunto por dos motivos. En primer lugar, entiende que los dos correos electrónicos a los que actualmente se circumscribe el litigio desde un primer momento no quedaron amparados por el secreto profesional porque no fueron redactados en el marco del ejercicio de los derechos de defensa. Por otra parte, continúa la Comisión, entre tanto se adoptó la Decisión de imposición de multa, de 11 de noviembre de 2009, en la que la Comisión no se basó en dichos dos correos electrónicos; de ello deduce que, a más tardar en ese momento, Akzo y Akcros dejaron de tener interés en ejercitar la acción.

37. Ninguna de las dos objeciones de la Comisión es pertinente.

38. Por lo que se refiere a la primera alegación, la cuestión de si el Tribunal General denegó acertadamente a los dos documentos controvertidos la protección que proporciona el secreto profesional no es una cuestión de admisibilidad, sino de fundamentación del recurso. Las partes recurrentes únicamente carecerían de interés en ejercitar la acción si fuera *manifiesto* que, por su contenido, los dos correos electrónicos entre el Sr. S. y el Director General de Akcros no estaban amparados bajo ningún concepto por el secreto profesional. Sin embargo, la sentencia recurrida no

contiene ninguna mención respecto al contenido de dichos correos electrónicos y las circunstancias en que se enviaron porque estos extremos carecían de relevancia, habida cuenta del razonamiento seguido por el Tribunal General para dirimir el asunto. Por consiguiente, en el presente procedimiento de casación, no es posible descartar de antemano la existencia de interés en ejercitar la acción. En la fase actual del procedimiento, cualquier intento de determinar el contenido y el contexto de los correos electrónicos controvertidos generaría una inevitable confusión entre cuestiones de admisibilidad y de fundamentación y carecería asimismo de sentido desde el punto de vista de la economía procesal.

39. Tampoco lleva a ninguna parte la segunda alegación de la Comisión cuando afirma que el interés de las partes recurrentes en ejercitar este recurso de casación desapareció al adoptarse la Decisión de imposición de multa de 11 de noviembre de 2009.

40. Así, la Comisión tuvo que reconocer, a preguntas formuladas en la vista, que una de las dos recurrentes en el presente procedimiento, en concreto Akzo Nobel Chemicals Ltd., ni siquiera es destinataria de la Decisión de imposición de multa de 11 de noviembre de 2009. Por tanto, el interés en ejercitar la acción de esa sociedad no puede ponerse en entredicho aduciendo la citada Decisión de imposición de multa. Este mero hecho basta para afirmar que tampoco es necesario analizar la existencia de un interés en ejercitar la acción también en relación con Akros Chemicals Ltd., la segunda recurrente, puesto que se trata de un recurso de casación interpuesto conjuntamente. (27)

41. Pero, en cualquier caso, la tutela jurídica de las empresas afectadas contra medidas de inspección no puede supeditarse al hecho de que la Comisión, en una Decisión posterior de imposición de multas, se haya basado o no en un documento que posiblemente esté amparado por el secreto profesional. La eventual vulneración del secreto profesional en una verificación constituye un menoscabo grave de un derecho fundamental, que no se concreta cuando la Comisión basa efectivamente una decisión en documentos de los que no pueda incautarse, sino antes, cuando un funcionario de la Comisión se apropiá del documento o de una copia de él. Consiguientemente, esta vulneración de un derecho fundamental tampoco desaparece o queda «subsanada» por el hecho de que la Comisión no emplee finalmente el documento en cuestión como medio de prueba. Al contrario, la vulneración del derecho fundamental subsiste al menos tanto tiempo como la Comisión conserve el documento o su copia. Mientras tanto, la empresa afectada también mantiene su interés en ejercitar una acción judicial contra dicha medida. (28)

42. A este respecto debe mencionarse el principio de tutela judicial efectiva, que ha sido reconocido, en jurisprudencia reiterada, como principio general del Derecho de la Unión (29) y se desprende de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de los artículos 6 y 13 del CEDH. (30) Este principio también ha quedado reflejado entre tanto en el artículo 47, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; (31) esta Carta es vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (artículo 6 TUE, apartado 1) y, por lo tanto, en la fase actual del procedimiento constituye el parámetro con el que ha de apreciarse la cuestión de si las partes recurrentes siguen teniendo actualmente interés en ejercitar la acción.

43. Las empresas en cuyos locales la Comisión llevó a cabo la verificación tienen que tener la posibilidad de instar el control judicial completo y efectivo de la legalidad tanto de la Decisión por la que se ordenó llevar a cabo dicha verificación como de los actos concretos realizados durante dicha verificación.

44. Por lo general, en las verificaciones los funcionarios de la Comisión se incautan de numerosos escritos (o de copias). Es natural que muchos de los documentos que parecen pertinentes a primera vista tras examinarlos más detalladamente no resulten válidos como medios de prueba. También puede suceder que procedimientos en materia de competencia incaudos inicialmente contra determinadas empresas sean archivados posteriormente, una vez analizados los resultados de una comprobación, por falta de pruebas. En esos supuestos, negar a las empresas afectadas el acceso a

los tribunales de la Unión con el fin de comprobar la legalidad de la verificación o de actos concretos llevados a cabo por los funcionarios de la Comisión en el marco de dicha verificación generaría un «espacio carente de tutela judicial».

45. Consiguientemente, las partes recurrentes conservan un interés en continuar el procedimiento. Procede admitir a trámite su recurso de casación.

B. *Análisis del fondo del recurso de casación*

46. El recurso de Akzo y Akcros se basa en tres motivos de recurso que se dirigen contra los apartados 165 a 185 de la sentencia recurrida. En esencia las partes recurrentes alegan que el Tribunal General obró indebidamente al denegarles invocar el secreto profesional en relación con la correspondencia mantenida con el abogado interno en el seno del grupo de empresas Akzo.

47. En el Derecho de la Unión la protección del secreto profesional tiene el rango de un principio general del Derecho con carácter de derecho fundamental. Así se deduce, por una parte, de los principios comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. (32) Conforme al estándar actual, los 27 Estados miembros de la Unión Europea reconocen el secreto profesional aunque, sin embargo, garantizan su protección hasta la fecha únicamente a nivel jurisprudencial, (33) aunque tiene, al menos rango de ley ordinaria o incluso de derecho constitucional. (34) Por otra parte, la protección del secreto profesional también puede deducirse del artículo 8, apartado 1, del CEDH (protección de la correspondencia) en relación con el artículo 6, apartados 1 y 3, letra c), del CEDH (35) (derecho a un juicio justo) así como del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (36) (respeto de las comunicaciones) en relación con los artículos 47, párrafos primero y segundo, segunda frase, y 48, apartado 2, de dicha Carta (derecho a hacerse aconsejar, defender y representar y respeto de los derechos de la defensa).

48. El secreto profesional tiene por objeto proteger la confidencialidad de la correspondencia entre el cliente y el abogado independiente. Constituye, por una parte, el complemento necesario del derecho de defensa del cliente (37) y, por otra parte, se basa en la función específica del abogado como «colaborador de la Justicia», (38) que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita. (39)

49. El abogado no estaría en condiciones de cumplir adecuadamente su misión de consejo, defensa y representación del cliente, quedando éste, por tanto, privado de los derechos que le confieren el artículo 6 del CEDH y los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales, si, en el contexto de un procedimiento judicial o de su preparación, aquél estuviera obligado a cooperar con los poderes públicos transmitiéndoles la información obtenida con ocasión de las consultas jurídicas efectuadas en el marco de tal procedimiento. (40)

50. En el presente procedimiento ninguna de las partes duda seriamente de la existencia del secreto profesional en cuanto a tal. Lo que, en cambio, se discute enconadamente es el alcance de la protección que ofrece el secreto profesional. En concreto, se trata de aclarar si, en el Derecho de la Unión, las comunicaciones mantenidas con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas están amparadas por el secreto profesional y, de ser así, en qué medida. De la respuesta a esta cuestión depende en último término el alcance de las facultades de verificación de la Comisión en asuntos de competencia con arreglo al artículo 14 del Reglamento nº 17 (en futuros asunto, artículos 20 y 21 del Reglamento nº 1/2003). (41)

1. Sobre el alcance del secreto profesional y la supuesta vulneración del principio de igualdad (primer motivo de casación)

51. En primer lugar las partes recurrentes se basan en su primer motivo de recurso. En él Akzo y Akcros censuran al Tribunal General haber interpretado erróneamente el principio de secreto profesional como lo aclaró el Tribunal de Justicia en la sentencia AM&S (42) y, de esa forma, haber violado el principio de igualdad.

a) Sobre el alcance del secreto profesional con arreglo a la sentencia AM&S (primera parte del primer motivo de casación)

52. En la primera parte del primer motivo de casación (43) Akzo y Akcros, a quienes apoyan algunas de las otras partes en el procedimiento, alega que el Tribunal General erró al interpretar de manera puramente «literal» la sentencia AM&S del Tribunal de Justicia en lugar de interpretarla y aplicarla según su sentido y finalidad. Las partes recurrentes consideran que, «interpretando teleológicamente» la sentencia AM&S, el Tribunal General tendría que haber llegado a la conclusión de que la correspondencia electrónica controvertida mantenida con el Sr. S., abogado interno de Akzo, estaba amparada por el secreto profesional.

53. En primer lugar, hay que convenir con el Reino Unido en que la sentencia AM&S no es un acto legislativo. Desde ese punto de vista resulta dudoso que la referencia de las partes recurrentes a métodos de interpretación como el gramatical o el teleológico sea pertinente en el presente contexto. Pero, en definitiva, no es preciso despejar estas dudas porque lo que realmente censuran Akzo y Akcros es que el Tribunal General no tuvo en cuenta el alcance del secreto profesional tal como se entendió en la sentencia AM&S. Esta es la crítica que paso a analizar a continuación.

54. En la sentencia AM&S, el Tribunal de Justicia reconoció que, a nivel comunitario (actualmente, a nivel de la Unión), también ha de protegerse la «confidencialidad de la correspondencia entre los abogados y sus clientes». Para invocar esta protección el Tribunal de Justicia precisó dos requisitos acumulativos («criterios»), que dedujo del examen de los Derechos internos de los Estados miembros a la sazón: (44)

- Por una parte, las comunicaciones con el abogado deben guardar relación con el ejercicio de los derechos de defensa del cliente: debe tratarse de la «correspondencia» mantenida «en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente» (*relación con los derechos de defensa*).
- Por otra parte, debe tratarse de comunicaciones con un abogado independiente, es decir, con un abogado «no vinculado a su cliente mediante una relación laboral» (*independencia del abogado*).

55. Las partes procesales coinciden en considerar que, en la fase actual, el litigio pendiente entre ellas únicamente se refiere al segundo de estos criterios, es decir, a la independencia del abogado con el que se mantienen las comunicaciones. (45) Sin embargo discrepan vivamente sobre cómo ha de interpretarse este criterio de la independencia. En especial, en la vista cada una de las partes censuró a la otra aplicar una perspectiva excesivamente formalista y perder de vista los principios en que se sustenta el criterio de la independencia.

56. A diferencia de la Comisión, las partes recurrentes, las coadyuvantes y las otras parte en el procedimiento opinan que el criterio de independencia del abogado no debe interpretarse de manera *negativa*, que excluya a los abogados internos, sino *positiva*, que tome como base las obligaciones profesionales y deontológicas a las que normalmente se someten los juristas que pueden ejercer libremente la profesión. (46) Alegan que un jurista de empresa que al mismo tiempo ejerce libremente la profesión de abogado goza, por el mero hecho de sus obligaciones profesional, de la misma independencia que un abogado externo que ejerce su profesión de manera independiente o como empleado de un bufete de abogados. Conforme al Derecho neerlandés, las garantías de independencia de un *advocaat in dienstbetrekking* (47) (denominado también «*Cohen advocaat*»), (48) como se aplican en el presente asunto al Sr. S. tienen incluso una naturaleza especialmente amplia.

57. Esta alegación no me resulta convincente

58. En la sentencia AM&S el requisito de independencia se vincula indubitablemente al hecho de que el abogado de que se trate *no esté vinculado a su cliente mediante una relación laboral*. Esta mención expresa en dos pasajes de los fundamentos de la sentencia (49) habría resultado superflua si el Tribunal de Justicia hubiera entendido que el mero acto formal de admisión al ejercicio de la abogacía y las obligaciones

profesionales y deontológicas consecuentes bastaban como garantía de independencia de los juristas.

59. De esta forma, en la sentencia AM&S, el Tribunal de Justicia interpretó conscientemente el secreto profesional en el sentido de que la protección que confiere no se extiende a las comunicaciones con el abogado interno en el seno de la empresa o del grupo de empresas. Así se desprende con claridad especialmente cuando se compara la sentencia con las conclusiones del Abogado General Flynn: Éste se remitió a la prolífica descripción de la posición de abogados de empresa que se realizó en aquel asunto y se inclinó decididamente por extender el secreto profesional también a los abogados «habilitados profesionalmente y sujetos a la disciplina profesional, que trabajan a tiempo completo por cuenta de [...] servicios jurídicos de empresas privadas». (50) En la sentencia AM&S el Tribunal de Justicia no siguió su propuesta.

60. Al contrario, en la sentencia AM&S el concepto de independencia del abogado se determina de manera *no sólo positiva* –tomando como referencia las obligaciones derivadas de la disciplina profesional (51) –*sino también negativa*– haciendo hincapié en la inexistencia de una vinculación mediante una relación laboral, (52) – (53) Conforme al Derecho de la Unión, las comunicaciones entre el jurista y su cliente están protegidas por el secreto profesional únicamente cuando aquél está sometido, como abogado, a las obligaciones normalmente derivadas de la disciplina profesional en la Unión Europea y, además, no está vinculado a su cliente mediante una relación laboral.

61. Tras esta conclusión se esconde la idea de que, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio y, consiguientemente, sometido a la disciplina profesional, los abogados internos no tienen *el mismo grado de independencia* respecto a su empresario que los abogados de un bufete externo respecto a sus clientes. En esas circunstancias, el abogado interno no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo.

62. El primer indicio de que los abogados internos no tienen suficiente independencia es que, en su condición de empleado, en muchos casos están sometidos a las instrucciones que imparte su empresario y, en cualquier caso, se encuentran ligados a la estructura de la empresa o del grupo de empresas de éste. Para expresarlo con las palabras del Tribunal General, el abogado interno depende de su empresario «desde el punto de vista orgánico, jerárquico y funcional», (54) mientras que no sucede así en el caso de un abogado externo en relación con sus clientes.

63. Las partes recurrentes y algunas de las otras partes en el procedimiento objetan que, conforme al Derecho neerlandés, un *advocaat in dienstbetrekking* como el Sr. S. está expresamente exento de la obligación de seguir las instrucciones de su empresario en su labor de asesoramiento jurídico. Para ello la empresa y su abogado interno celebran un acuerdo especial (55) que está sometido al control del Colegio de Abogados. Las diferencias de opinión respecto a la naturaleza y al contenido del asesoramiento jurídico del abogado interno no facultan al empresario para reprender al abogado o para concluir la relación laboral. En caso de discrepancias, es posible acudir, por una parte, al *Raad van Toezicht*, un órgano de vigilancia profesional creado por el Colegio de Abogados, y, por otra parte, a los tribunales estatales.

64. Tales medidas son, indudablemente, ejemplares. Fortalecen la posición del abogado interno en el seno de la empresa para la que trabaja, pero no le garantizan una independencia comparable a la de un abogado externo porque el papel aguanta todo. Por tanto, aun cuando un empresario se obligue contractualmente a no impartir instrucciones materiales al abogado de la empresa, con ello no se garantiza que la relación entre el abogado interno y su empleador esté efectivamente exenta de presiones e instrucciones directas o indirectas en el día a día. La posibilidad de que el abogado interno proporcione asesoramiento jurídico realmente independiente depende mucho más en cada caso del comportamiento y la buena voluntad de su empresario.

65. Aparte de todo ello es dudoso que en la práctica realmente puedan perseguirse con eficacia todos los casos en los que un empresario ponga en entredicho, de manera

deliberada o no, la independencia del abogado de su empresa, puesto que los afectados probablemente teman una escalada de conflictos concretos y que, de esa forma, la base para proseguir su relación laboral quede permanentemente en peligro. Además, existe el riesgo real de que los abogados internos, en su afán por obedecer al empresario, den *motu proprio* al asesoramiento legal el contenido que complazca al empresario.

66. Pero incluso en el supuesto de que se comparta la opinión de las partes recurrentes de que las precauciones adoptadas por el Derecho neerlandés son eficaces, ello no disminuye la *dependencia económica* que preside, por regla general, las relaciones entre el abogado interno y su empresario; las partes en el procedimiento han discutido vivamente este tema en sus escritos y, sobre todo, en la vista ante el Tribunal de Justicia. (56)

67. Ciertamente los abogados externos también dependen económicamente en cierta medida de sus clientes. Si un cliente no está satisfecho con el asesoramiento jurídico o la defensa que le proporciona un abogado externo, puede revocarle el mandato o, en su caso, no encargarle en el futuro otros cometidos. En ese caso, el abogado externo, a diferencia del abogado interno o de cualquier jurista de empresa, no dispone de ninguna protección frente a la rescisión del contrato. Esto puede poner gravemente en peligro la independencia de los abogados que viven esencialmente de su actividad de asesoramiento y defensa judicial de uno o varios clientes importantes.

68. Sin embargo, este peligro es excepcional en el caso de abogados externos y no coincide con la imagen profesional típica de los abogados o de los bufetes de abogados independientes que ejerce libremente su profesión. Un abogado independiente trabaja normalmente para numerosos clientes, lo que le permite, en caso de conflicto de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos e intereses del cliente, renunciar por iniciativa propia a la representación del cliente para, de esa forma, mantener su independencia.

69. Distinta es la situación de los abogados internos. Como empleados por cuenta ajena se encuentran normalmente, y no sólo excepcionalmente, en una situación de completa dependencia económica de su empleador, única persona de la que obtienen la parte esencial de sus ingresos en forma de salario. En los casos en que la correspondiente normativa profesional nacional permite a un abogado interno asumir, al margen de su actividad por cuenta de su empresa, la defensa y representación de otros clientes, (57) éste trabajo tendrá, por lo general, una importancia secundaria y no atenuará la dependencia económica de su empresario. De esta forma, el grado de dependencia económica de un abogado de la empresa respecto a su empresario es, por lo general, mucho mayor que la de un abogado externo respecto a sus clientes. Esta dependencia económica no se ve alterada por el hecho, señalado por alguna de las partes del procedimiento, de que los abogados internos estén amparados por las normas laborales de protección contra el despido.

70. A la dependencia económica del abogado interno frente a su empresario se añade normalmente una *identificación personal* con la empresa de que se trata y con su política y estrategia empresarial mucho más fuerte que la que existe entre abogados externos con la actividad comercial de sus clientes.

71. Tanto su mayor dependencia económica como su más intensa identificación con el mandante –su empresario– inducen a afirmar que el abogado interno no debe poder ampararse en la protección de la confidencialidad de la correspondencia mantenida en el seno de la empresa o del grupo de empresas. (58)

72. Por consiguiente, deben desestimarse las alegaciones realizadas en este sentido por las partes recurrentes y las demás partes que intervienen en apoyo de sus pretensiones.

73. Algunas de las partes procesales, especialmente los Países Bajos y ARNOVA, objetan que no resulta proporcionado denegar de forma general a la correspondencia interna con el abogado de la empresa la protección que confiere el secreto profesional. Aducen que sería un «medio menos restrictivo» que la Comisión se cerciorara en cada

caso si el abogado interno de que se trata cumple los requisitos de independencia; a tal fin podría ponerse de acuerdo con las autoridades nacionales. Evidentemente los Países Bajos y el ARNOVA opinan que la información general sobre la normativa profesional vigente en cada Estado miembro basta para poder apreciar definitivamente la cuestión de la independencia de un jurista de empresa.

74. Pero esta alegación también es errónea. Como ya se ha indicado, el hecho de que un abogado interno pueda proporcionar asesoramiento jurídico independiente o esté expuesto a la presión y a las injerencias del empresario depende decisivamente de la práctica concreta de la empresa en el trabajo cotidiano. A este respecto, el análisis abstracto de las disposiciones legales vigentes encada Estado miembro respecto al estatuto de los abogados internos no es, por sí solo, determinante, puesto que no resulta concluyente ni sobre la realidad de las relaciones laborales en el seno de cada empresa ni sobre la dependencia económica y el grado de identificación personal del abogado de la empresa con su empresario.

75. Por consiguiente, la primera parte del primer motivo de casación es infundada.

b) Sobre la supuesta violación del principio de igualdad (segunda parte del primer motivo de casación)

76. En la segunda parte del primer motivo de casación Akzo y Akcros así como la mayoría de las partes coadyuvantes en ambas instancias alegan que el Tribunal General violó el principio de igualdad de trato al dispensar un trato distinto, en materia de secreto profesional, a los juristas de empresa y a los abogados externos. (59)

77. El principio de igualdad de trato y de no discriminación es un principio general del Derecho de la Unión, (60) que, entre tanto, también ha sido recogido en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales. El mismo principio está reconocido, además, en el artículo 14 del CEDH y en el Protocolo número 12 al CEDH, a los que se han remitido algunas de las partes procesales a mayor abundamiento. (61)

78. Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato o de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente. (62)

79. Los elementos que caracterizan distintas situaciones y, de este modo, su carácter comparable, deben apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto comunitario que establece la distinción de que se trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión. (63)

80. Como ya se ha señalado, (64) el secreto profesional tiene por objeto proteger la confidencialidad de la correspondencia entre el cliente y el abogado independiente. Constituye, por una parte, el complemento necesario del derecho de defensa del cliente y, por otra parte, se basa en la función específica del abogado como «colaborador de la Justicia», que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita.

81. A diferencia de lo que afirma la ECLA, al apreciar la independencia de un abogado reviste especial importancia su relación laboral como jurista de empresa puesto que, como ya se ha explicado detalladamente, (65) el jurista que trabaja por cuenta de una empresa, aunque eventualmente esté facultado para ejercer como abogado y a pesar de las obligaciones profesionales que de ello se derivan, no tiene el mismo grado de independencia respecto de su empresario que un abogado que trabaja en un bufete externo respecto de sus clientes. Por regla general, el abogado interno trabaja exclusiva o, al menos, principalmente, para un único «cliente» -su empresario-, mientras que el abogado que ejerce libremente su profesión se caracteriza por defender a un grupo mucho más numeroso y cambiante de clientes y proporciona asesoramiento jurídico a «todos aquellos que lo soliciten». (66)

82. Por tanto, en lo tocante al respectivo grado de independencia en el asesoramiento jurídico y la representación procesal, existe normalmente una enorme diferencia entre el abogado que ejerce libremente su profesión o está empleado en un despacho de abogados, por una parte, y el abogado interno, por otra. Debido a que es claramente menos independiente, a éste le resulta difícil hacer frente de manera eficaz a los conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de su empresa.

83. En contra de la opinión del ARNOVA, la citada diferencia no es irrelevante por el mero hecho de que el legislador nacional, en el presente asunto, el de los Países Bajos, haya equiparado jurídicamente los abogados externos y los internos (*advocaten in dienstbetrekking*), pues tal equiparación se refiere exclusivamente al acto formal de autorización concedida el jurista de una empresa para ejercer como abogado y a las obligaciones profesionales que se derivan para él de tal autorización. Al contrario, esta equiparación legal no cambia en nada la dependencia económica y la identificación personal infinitamente superior del abogado interno con su cliente, (67) que también es su empleador. Por tanto, con independencia de la eventual equiparación jurídica, entre los abogados que ejercen libremente su profesión o trabajan en un bufete de abogados y los abogados internos sigue existiendo una gran diferencia en el grado de independencia.

84. Precisamente por esa diferencia el Tribunal General no incurrió en ningún error jurídico al llegar a la conclusión de que no se justificaba objetivamente extender el privilegio del secreto profesional a las comunicaciones con abogados internos mantenidas en el seno de la empresa o del grupo de empresas. Por consiguiente, no es posible constatar una violación del principio de igualdad de trato.

85. Por tanto, la segunda parte del primer motivo de casación también es infundada.

c) Conclusión parcial

86. Puesto que el primer motivo de casación es, en conjunto infundado, procede analizar a continuación el segundo motivo de casación, alegado con carácter subsidiario.

2. Sobre la supuesta necesidad de ampliar el secreto profesional (segundo motivo de casación)

87. Mediante su segundo motivo de casación Akzo y Akcros censuran que el Tribunal General, al determinar el alcance del secreto profesional, hizo caso omiso de significativos avances en el «mundo del Derecho», que obligan a replantearse la jurisprudencia AM&S con el fin, asimismo, de evitar el riesgo de que se vulneren el derecho de defensa y el principio de seguridad jurídica. Estas alegaciones cuentan con el apoyo de muchas de las partes coadyuvantes en primera y segunda instancia.

a) Sobre los supuestos avances «en el mundo del Derecho» (primera parte del segundo motivo de casación)

88. Los avances en el «mundo del Derecho» esgrimidos por las partes recurrentes se refieren, por una parte, a la posición de los abogados internos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y, por otra parte, a la modernización de la normativa sobre procedimientos en materia de competencia llevada a cabo por el Reglamento nº 1/2003.

i) Sobre la posición de los abogados internos en los ordenamientos jurídicos nacionales

89. Por lo que atañe, en primer lugar, a la posición de los juristas de empresa en general y de los abogados internos, en particular, en los ordenamientos jurídicos nacionales, las partes en el procedimiento están de acuerdo en que las disposiciones pertinentes en los actualmente 27 Estados miembros de la Unión Europea presentan

grandes diferencias. Especialmente por lo que se refiere al secreto profesional no se puede constatar ninguna tendencia general a equiparar los abogados internos a los abogados que ejercen libremente su profesión. La ECLA lo expresa de una forma muy plástica: «No existe una respuesta uniforme en todos los Estados miembros a la cuestión del secreto profesional en el caso de juristas de empresa». (68) En el mismo sentido las propias partes recurrentes hablan de la «inexistencia de una tendencia uniforme a nivel nacional». (69)

90. El Tribunal General comparte esta apreciación. Constata que «no resulta posible identificar al respecto tendencias uniformes –o claramente mayoritarias– en los Derechos de los Estados miembros». Basándose en esta constatación, el Tribunal General se niega a dejar vía libre a una «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.» (70)

91. Por el contrario, las partes recurrentes y muchas de las otras partes en el procedimiento consideran que el mero hecho de que se hayan producido modificaciones en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros en el sentido de ampliar el secreto profesional a los abogados internos permite modificar a nivel de la Unión la jurisprudencia AM&S. Entienden que el Tribunal General obró indebidamente al supeditar el desarrollo de esta jurisprudencia a la existencia de una tendencia generalizada en los Estados miembros.

92. \Para responder a esta crítica es preciso recordar, en primer lugar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que comprende el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados, garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (Art. 19 TUE, apartado 1). (71) Del carácter de la Comunidad (actualmente, Unión) como comunidad de Derecho el Tribunal de Justicia ya ha tiempo dedujo que, en su ámbito de aplicación rigen determinados principios fundamentales del Estado de Derecho y una tutela judicial adecuada, aunque (todavía) no estén formulados por escrito. (72)

93. Cuando el Tribunal de Justicia responde a la cuestión de la existencia o inexistencia de un principio general del Derecho recurriendo a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo hace, por lo general, basándose en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (73) o a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros. (74)

94. Este recurrir a las tradiciones constitucionales o a los principios generales del Derecho comunes a los Estados miembros no presupone forzosamente que se trate de una tendencia uniforme o claramente mayoritaria en los ordenamientos de los Estados miembros. De lo que se trata, más bien, es de llevar a cabo una *comparación crítica* de los ordenamientos jurídicos, en la que también se tengan debidamente en cuenta los objetivos y tareas de la Unión Europea y el carácter especial de la integración europea y del Derecho de la Unión. (75)

95. Desde este punto de vista no cabe excluir que los tribunales de la Unión identifiquen como parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión un principio general del Derecho conocido o anclado únicamente en una minoría de los ordenamientos jurídicos nacionales. Así cabe afirmarlo en especial cuando dicho principio general del Derecho tenga especial relevancia desde el punto de vista de las peculiaridades del Derecho de la Unión, de los objetivos y tareas de la Unión y de la actividad de sus instituciones (76) o cuando responda a una tendencia que va consolidándose.

96. Así, recientemente el Tribunal de Justicia ha reconocido la prohibición de la discriminación por razón de la edad como un principio general del Derecho de la Unión, (77) a pesar de que, a la sazón, no parecía constituir una tendencia uniforme o claramente mayoritaria en los ordenamientos jurídicos nacionales o, si quiera, en el Derecho constitucional de los Estados miembros. (78) Sin embargo, dicho principio atendía a una política específica de la Unión en el marco de la lucha contra la discriminación (artículo 19 TFUE, antiguo artículo 13 CE) y, además, se concretó en

forma de una Directiva comunitaria; (79) constituye, además, la expresión de una tendencia actual en el ámbito de la protección de derechos fundamentales a nivel de la Unión que el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión manifestaron conjuntamente con ocasión de la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales (véase, en especial, su artículo 21), (80) con la aprobación previa de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros en el Consejo Europeo de Biarritz (octubre de 2000).

97. El derecho a consultar el expediente, mencionado por algunas de las partes procesales en la vista, tal como lo reconocieron los tribunales de la Unión en relación con los procedimientos tramitados por la Comisión como autoridad en materia de competencia, (81) probablemente tampoco esté recogido en todos los Estados miembros en esa forma. Ello puede deberse a que algunos Estados miembros no tenían anteriormente ninguna autoridad en materia de competencia y, en otros, la autoridad en materia de defensa de competencia se limitaba a actuar como parte demandante ante los tribunales. En cambio, la Comisión se encarga tanto de la investigación como de adoptar una decisión al término del procedimiento: en un procedimiento administrativo de esta naturaleza, el derecho a consultar el expediente es un elemento esencial del derecho de defensa y, consiguientemente, la expresión de una garantía procesal esencial en el Estado de Derecho. Por tanto, era una consecuencia lógica que los tribunales de la Unión reconocieran a nivel europeo el derecho a consultar el expediente.

98. En cambio, por lo que atañe al secreto profesional que aquí interesa, no consta la existencia de circunstancias comparables, que abogen por reflejar en el Derecho de la Unión la situación jurídica de una pequeña parte de los Estados miembros. Ampliar la protección que confiere el secreto profesional a las comunicaciones mantenidas con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas no se justifica ni por las eventuales peculiaridades de las tareas y la actividad de la Comisión Europea como autoridad de defensa de la competencia ni se corresponde, en la fase actual, con una tendencia que vaya consolidándose en los Estados miembros, ni en Derecho de la competencia ni en otros ámbitos.

99. Por lo que se refiere, en primer lugar, a las tareas, las competencias y, en general, a la actividad de la Comisión Europea como autoridad en materia de competencia, éstas no difieren esencialmente en procedimientos de competencia de las de los organismos nacionales de defensa de la competencia; en especial, las facultades de investigación que tiene la Comisión en el marco de la verificación son, incluso, menores que las de muchos organismos nacionales. (82) Por tanto, si en la gran mayoría de los Estados miembros no existe la necesidad de proteger de la autoridad en materia de competencia las comunicaciones entre una empresa y su abogado interno, cabe afirmar que, en la Unión, no existe una necesidad imperiosa de ampliar el secreto profesional.

100. A continuación, por lo que se refiere a los últimos avances en los ordenamientos jurídicos nacionales, tampoco es posible descubrir una tendencia clara, ni mucho menos una tendencia que vaya consolidándose, de proteger las comunicaciones entre la empresa o el grupo de empresas y sus abogados internos.

101. Un número considerable de los actualmente 27 Estados miembros de la Unión Europea sigue prohibiendo a los juristas de empresa el ejercicio libre de la profesión; (83) de ello se deduce automáticamente en la mayor parte de estos Estados miembros que la protección que proporciona el secreto profesional no ampara las comunicaciones con sus asesores jurídicos internos en el seno de la empresa. (84)

102. En otros Estados miembros, la situación jurídica respecto al secreto profesional en relación con los abogados internos no puede considerarse cierta, puesto que, respecto a esta cuestión, no existen disposiciones específicas o no se ha desarrollado una jurisprudencia o una práctica administrativa continua. (85) En determinados casos la legislación, la práctica administrativa o la jurisprudencia nacional parecen orientarse más bien por las soluciones aplicadas a nivel de la Unión que al contrario. (86)

103. La protección del secreto profesional también en el caso de comunicaciones con los abogados internos de la empresa o el grupo de empresas en el seno de ésta únicamente rige en una pequeña parte de los 27 Estados miembros. Este fenómeno se limita a los países anglosajones (87) y a algunos otros pocos Estados miembros, entre ellos los Países Bajos, (88) pero no constituye ciertamente una nueva tendencia que vaya imponiéndose en los Estados miembros. Las modificaciones legislativas producidas a nivel nacional tras la sentencia AM&S (89) en el sentido de ampliar el secreto profesional a determinados juristas de empresa también son demasiado escasas para poder hablar de una tendencia clara.

104. Habida cuenta de todo ello considero que, incluso cerca de 28 años tras la sentencia AM&S, la situación jurídica en los actuales 27 Estados miembros de la Unión Europea no se ha desarrollado en un sentido que haga necesario modificar hoy o en un futuro cercano la jurisprudencia a nivel de la Unión, en el sentido de reconocer que los abogados internos puedan ampararse en el secreto profesional.

105. A ello hay que añadir que el legislador comunitario también ha enviado señales en el pasado que pueden interpretarse más bien como contrarias a la equiparación de abogados que ejercen libremente la profesión y abogados internos por lo que se refiere al secreto profesional. En la vista las partes procesales debatieron intensamente esta cuestión.

106. Así, aunque en el procedimiento legislativo para la modernización de la normativa procesal europea en materia de competencia (Reglamento nº 1/2003) y en la nueva versión del Reglamento comunitario de concentraciones (Reglamento nº 139/2004) hubo iniciativas, procedentes del Parlamento Europeo, que tenían como objetivo ampliar el secreto profesional a los juristas de empresa, (90) el legislador no las tuvo en cuenta. (91)

107. En contra de lo que opina la ECLA, los criterios del legislador de la Unión que ahí se reflejan sí tienen relevancia por el mero hecho de que puedan responder, entre otras, a motivaciones de política legislativa. (92) Al contrario, precisamente cuando se espera del Tribunal de Justicia que desarrolle el Derecho de la Unión reconociendo principios generales del Derecho, no puede hacer caso omiso de las opiniones de las instituciones de la Unión motivadas por consideraciones de política legislativa.

108. A diferencia de lo que opinan las partes recurrentes y otras partes en el procedimiento, de las dos directivas para facilitar el ejercicio de la profesión de abogado tampoco puede deducirse ningún criterio que obligue a equiparar a los abogados independientes y a los abogados de empresa en materia de secreto profesional.

109. Es cierto que, según dispone el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 98/5, (93) ésta se aplica tanto a los abogados independientes como a los que trabajan por cuenta ajena. El artículo 8 de dicha Directiva establece que el abogado inscrito en el Estado miembro de acogida con su título profesional de origen puede ejercer en calidad de abogado por cuenta de otro abogado, de una asociación o sociedad de abogados, o de una empresa pública o privada, en la medida en que así lo permita el Estado miembro de acogida a los abogados inscritos con el título profesional de dicho Estado miembro. Sin embargo, esta disposición se limita a aclarar que un Estado miembro cuyo ordenamiento jurídico reconozca la figura del abogado interno no puede prohibir esta forma de ejercicio de la profesión a abogados de otros Estados miembros. Esta disposición no implica en ningún caso que los abogados que ejercen libremente la profesión y los abogados internos tengan, en opinión del legislador de la Unión, el mismo grado de independencia.

110. Por lo demás, la Directiva 77/294 (94) contiene una referencia a los «abogados asalariados, vinculados por un contrato de trabajo a una empresa pública o privada». El Tribunal de Justicia incluso se refirió expresamente a esta Directiva en la sentencia AM&S, aunque sin deducir de ella que los abogados internos pudieran ampararse en el secreto profesional. (95)

111. Por tanto, en resumidas cuentas, ninguna de las dos Directivas sobre abogados contiene indicios de que el secreto profesional ampare a los abogados internos.

112. Por último, en la vista ante el Tribunal de Justicia se debatió sobre las disposiciones de la Unión relativas a la represión del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en las que se reconoce expresamente el secreto profesional de los «profesionales independientes del Derecho». (96) Akzo interpreta esta norma en el sentido de que también se aplica a los abogados internos. A primera vista, esta tesis podría encontrar apoyo en la exposición de motivos de la Directiva 2005/60, en la que se habla de «los profesionales del Derecho, tal y como han sido definidos por los Estados miembros». (97) Sin embargo, la recomendación de la llamada *Financial Action Task Force* (FATF), (98) a la que se remite la Comisión y a la que debe acudirse para interpretar dicha Directiva, se opone a dicha tesis; en ella los juristas empleados de las empresas quedan expresamente excluidos del grupo de los obligados. (99) Lo que es cierto es que el presente procedimiento no es el marco adecuado para interpretar de manera concluyente la Directiva 2005/60. En el marco pertinente en este asunto basta con constatar que de las disposiciones de la Unión en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo no puede deducirse en ningún caso, indicio alguno a favor de ampliar el secreto profesional a los abogados internos.

113. Por todos estos motivos procede desestimar la alegación de las partes recurrentes y de las partes que intervienen en apoyo de sus pretensiones mediante la que invocan los avances producidos en el «mundo del Derecho» en materia del estatuto de los abogados internos.

ii) Modernización de la normativa procesal de la competencia a través del Reglamento nº 1/2003

114. Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en los apartados 172 y 173 de la sentencia recurrida, las partes recurrentes alegan otro motivo que, en su opinión, justifica ampliar el secreto profesional a las comunicaciones con el abogado interno en el seno de la empresa o grupo de empresas: entienden que la modernización de la normativa procesal comunitaria de la competencia llevada a cabo por el Reglamento nº 1/2003 ha incrementado la necesidad de asesoramiento jurídico interno cuya función preventiva de las infracciones de la normativa en materia de competencia no debe infravalorarse. Afirman que el asesoramiento jurídico que proporcionan los abogados internos en la vida cotidiana de la empresa es especialmente valioso porque puede obtenerse de manera más rápida y más económica y se basa en el conocimiento profundo de la empresa y sus negocios. Además, algunas de las coadyuvantes han llamado la atención sobre la creciente importancia de los llamados programas de «compliance» en el seno de la empresa, destinados a garantizar el cumplimiento de las normas de competencia.

115. En opinión de gran parte de quienes intervienen en el procedimiento, la eficacia del asesoramiento jurídico interno y el éxito de los programas de «compliance» exige que sea posible mantener comunicaciones con el abogado interno sin interferencias y de manera confidencial. De no ser así, por una parte la dirección de la empresa sería reticente a confiar al abogado interno hechos delicados y, por otra parte, el abogado interno se vería tentado a proporcionar información verbalmente, en lugar de por escrito, con lo que disminuiría la calidad y la utilidad de su asesoramiento.

116. A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que, las modificaciones llevadas a cabo en el marco de la modernización de la normativa procesal en materia de competencia aún no eran aplicables respecto al alcance de las facultades de verificación de la Comisión en la investigación que realizó en los locales de Akzo y Akcros que aquí se discute. En efecto, la verificación tuvo lugar a principios de 2003, es decir, antes del 1 de mayo de 2004, fecha en la que comienza vigencia del Reglamento nº 1/2003 (véase el artículo 45, apartado 2, del Reglamento). Sin embargo, la alegación basada en la nueva normativa procesal de la competencia no debe rechazarse únicamente debido al período de vigencia del Reglamento nº 1/2003, pues el incremento de la necesidad de obtener asesoramiento interno también puede haberse producido antes de la entrada en vigor del nuevo régimen.

117. No obstante, en definitiva, en el presente asunto ni la importancia cada vez mayor de los abogados internos ni la indiscutible utilidad de su asesoramiento jurídico, también y precisamente en el régimen establecido por el Reglamento nº 1/2003, constituyen elementos a favor de amparar las comunicaciones internas de la empresa bajo el paraguas del secreto profesional, como tampoco puede justificarse la ampliación del secreto profesional a los abogados internos aduciendo meramente su mayor conocimiento de la empresa y sus negocios.

118. Al contrario, la mención hecha por varias partes del procedimiento al conocimiento que tiene el abogado interno de su empresa es un arma de doble filo: por una parte, este conocimiento ahorra al abogado interno mucho tiempo, al no tener que familiarizarse cada vez con los hechos concretos, y le permite crear un clima de confianza con su interlocutor interno. Pero, por otra parte, precisamente esta cercanía especial a la empresa y a sus negocios pone gravemente en entredicho la independencia del abogado interno. (100) Éste carece de la distancia necesaria respecto al cliente, su empleador, que sería característica de un asesoramiento jurídico realmente independiente.

119. En definitiva, cuando un empresario se dirige a su abogado interno, no se comunica con un tercero neutral, sino con una persona que es uno de sus empleados, a pesar de todas las obligaciones profesionales a que esté sometido para poder ejercer la profesión libremente. Tales comunicaciones «en el seno de la empresa» no merecen quedar amparadas por el secreto profesional, con independencia de la frecuencia con que se produzcan y de la importancia y utilidad para la empresa.

120. La referencia de muchos de quienes intervienen en el procedimiento a los programas de «compliance» de algunas empresas tampoco nos llevan a otro resultado. Como señaló la Comisión, sin que nadie la contradijera, una gran parte del asesoramiento jurídico interno realizado en el seno de la empresa en el marco de dichos programas tiene carácter general y no guarda relación concreta con el ejercicio presente o futuro del derecho de defensa. Por tanto, las comunicaciones que se realizan «a efectos de compliance» entre una empresa y su abogado interno ni siquiera cumplen, por lo general, el primer requisito exigido en la sentencia AM&S. (101) Por ese motivo el Tribunal General indicó acertadamente que este tipo de asesoramiento jurídico interno no tienen «incidencia directa» sobre la problemática del secreto profesional. (102)

121. Por tanto, la referencia a las ventajas y a la importancia del asesoramiento jurídico interno así como a la reforma de la normativa procedural llevada a cabo por el Reglamento nº 1/2003 no justifican, en definitiva, revisar la jurisprudencia AM&S.

b) Sobre la supuesta vulneración del derecho de defensa y del principio de seguridad jurídica (segunda parte del segundo motivo de casación)

122. Las partes recurrentes y, con mayor insistencia, algunas de sus coadyuvantes en primera y segunda instancia hacen hincapié en que excluir de la protección del secreto profesional las comunicaciones con el abogado interno mantenidas en el seno de la empresa viola el derecho de defensa. Añaden que tal proceder también vulnera el principio de seguridad jurídica.

i) El principio de seguridad jurídica desde el punto de vista del derecho de defensa

123. Al alegar este motivo, Akzo und Akcros se basan en el derecho de defensa en relación con el principio de seguridad jurídica. Aducen que en la normativa europea sobre competencia el artículo 81 CE (actual artículo 101 TFUE) se aplica paralelamente a las disposiciones equivalentes del Derecho nacional (véase a este respecto el artículo 3 del Reglamento nº 1/2003). Alegan que no puede aceptarse que la protección de las comunicaciones con los abogados internos dependa de que las verificaciones las lleve a cabo la Comisión o un organismo nacional de defensa de la competencia.

124. El principio general de seguridad jurídica es un principio general y fundamental del Derecho de la Unión. (103) Este principio exige en particular, que una normativa

que entrañe consecuencias desfavorables para los particulares sea clara y precisa y su aplicación previsible para los justiciables. (104) En otras palabras, los justiciables deben poder conocer, sin ambigüedad, sus derechos y obligaciones, y adoptar las medidas oportunas en consecuencia. (105)

125. Trasladado al presente asunto, ello significa que las empresas cuyos locales han sido inspeccionados por un organismo de defensa de la competencia en el marco de sus investigaciones deben saber perfectamente si pueden o no invocar el secreto profesional en relación con las comunicaciones con los abogados internos mantenidas en el seno de la empresa.

126. El Derecho de la Unión aplicable cumple estos requisitos. En la interpretación que le dio la mencionada sentencia AM&S (106) establece que las conversaciones con abogados internos mantenidas en el seno de la empresa no están amparadas por el secreto profesional. A este respecto no existe inseguridad jurídica.

127. Por lo que atañe a la combinación de investigaciones de la Comisión Europea con investigaciones a nivel nacional, el Reglamento nº 17, al igual que el Reglamento nº 1/2003 se basa en una clara delimitación de las competencias de los organismos de defensa de la competencia. Las inspecciones se realizan bien por orden de la Comisión o por orden de un organismo nacional de defensa de la competencia. Qué autoridad ha ordenado la inspección se deduce siempre de manera indubitable de la decisión que ordene la inspección (mandamiento escrito), que ha de presentarse a la empresa (artículo 14, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 17 y artículo 20, apartados 3 y 4, del Reglamento nº 1/2003).

128. Si es la Comisión quien lleva a cabo la verificación, las normas por las que debe regirse son las establecidas por el Derecho de la Unión; si es la autoridad nacional, dichas normas serán las que establezca el Derecho nacional (así lo establece expresamente el artículo 22, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003). (107) Ello incluye las respectivas normas sobre el secreto profesional.

129. Aunque los agentes de la autoridad nacionales de competencia deban prestar asistencia a la Comisión en las verificaciones que ésta lleve a cabo (artículo 14, apartados 5 y 6 del Reglamento nº 17 y artículo 20, apartados 5 y 6, del Reglamento nº 1/2003) y, a la inversa, los agentes de la Comisión puedan prestar asistencia a los agentes de la autoridad nacional de competencia (artículo 13, apartado 2, del Reglamento nº 17 y artículo 22, apartado 2, segundo párrafo, del Reglamento nº 1/2003), el reparto de competencias para ordenar y llevar a cabo la verificación y las disposiciones aplicables, incluidas las relativas al secreto profesional, siguen siendo las mismas.

130. De esta forma se respeta suficientemente el principio fundamental de seguridad jurídica por lo que se refiere al derecho de defensa, en especial en relación con las normas sobre el secreto profesional aplicables en cada caso.

131. Las partes recurrentes objetan que no cabe admitir que el destino de un documento dependa de que quien se pretenda incautárselo en una verificación sea una autoridad de competencia nacional o la Comisión.

132. Aunque esta objeción refleje una preocupación comprensible, no es pertinente desde el punto de vista jurídico.

133. Ni el principio fundamental de seguridad jurídica ni el derecho de defensa exigen que el Derecho de la Unión y el Derecho nacional se basen en los mismos criterios en sus respectivos ámbitos de aplicación y, consiguientemente, confieran la misma protección del secreto profesional. Los principios generales del Derecho de la Unión y la protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario únicamente pueden regir en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. (108) Y viceversa, los principios generales del Derecho nacionales y los derechos fundamentales nacionales no pueden ir más allá de las competencias nacionales.

134. Ciertamente uniformar a nivel de la Unión las disposiciones procedimentales en materia de competencia vigentes para las inspecciones y las correspondientes normas sobre el secreto profesional contribuiría a simplificar la situación jurídica. Sin embargo, en el estado actual del Derecho de la Unión, no existe esta armonización total. Que deba llevarse a cabo o no es una cuestión de política legislativa cuya respuesta está reservada al legislador de la Unión; en todo caso, las empresas afectadas no pueden realizar tal armonización por su propia cuenta, invocando el derecho de defensa y el principio de seguridad jurídica. (109)

135. Por último, las partes recurrentes, apoyadas, en particular, por Irlanda, alegan que el secreto profesional aplicable a nivel nacional a las comunicaciones con los abogados internos realizadas en el seno de la empresa o del grupo de empresas podría quedar privado de contenido a consecuencia del régimen de intercambio de información entre las autoridades de competencia nacionales conforme al artículo 12 del Reglamento nº 1/2003.

136. Como indica la Comisión, sin que nadie le contradiga al respecto, en el presente asunto no se produjo ningún intercambio de información entre autoridades de competencia. Por tanto, la alegación basada en el artículo 12 del Reglamento nº 1/2003 queda privada de contenido.

137. Por ese motivo no es preciso dirimir, a efectos del presente procedimiento de casación, si el artículo 12 del Reglamento nº 1/2003 puede siquiera dar lugar a un intercambio de correspondencia e información amparado por el secreto profesional y, de ser así, en qué medida. Únicamente puede señalarse que es perfectamente posible interpretar esta disposición, especialmente su referencia a la «información confidencial», de manera conforme con los derechos fundamentales, por una parte, y, por otra parte, de manera conforme con el principio de cooperación leal (artículo 4 TUE, apartado 3), de forma que no obligue a ninguna de las autoridades de competencia que intervengan a hacer algo que vulnere las disposiciones sobre el secreto profesional que les sean aplicables. (110)

138. Por tanto, la alegación de que el Tribunal General ha vulnerado el principio de seguridad jurídica por lo que se refiere al derecho de defensa es infundada en su conjunto.

ii) Derecho a obtener consejo, defensa y representación libre de injerencias

139. Además, la supuesta violación del derecho de defensa, especialmente en opinión de Irlanda, la ACCE y la ECLA –radica en que a las empresas les resulta menos atractivo hacer uso del asesoramiento jurídico de un abogado interno si las comunicaciones con él en el seno de la empresa no están amparadas por el secreto profesional. Estas partes del procedimiento entienden que ello constituye una infracción del artículo 6, apartado 3, letra b) o c) del CEDH, conforme al cual todo acusado tiene derecho a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa y a ser asistido por un defensor de su elección. (111) A este respecto, algunas partes procesales se remiten también, a mayor abundamiento, al artículo 8 del CEDH y a los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales.

140. Esta alegación carece de pertinencia.

141. Por lo que se refiere, en primer lugar, al CEDH, no nos consta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hayan pronunciado hasta hoy a favor del reconocimiento del secreto profesional a las comunicaciones con el abogado interno en el seno de la empresa o del grupo de empresas. Al contrario, las consideraciones hechas por el TEDH en su sentencia André y otros/Francia respecto al papel del abogado como colaborador de la Justicia («auxiliaire de justice») y como intermediario entre tribunales y justiciables («intermédiaire») indican que interpreta la independencia del abogado en un sentido similar al que tomó como base este Tribunal de Justicia en la sentencia AM&S. (112)

142. En estas circunstancias, el Derecho de la Unión, en su estado actual, *no* ofrece un nivel de protección inferior al garantizado por el CEDH al limitar el secreto profesional a las comunicaciones con abogados externos. Por consiguiente, el principio de coherencia del artículo 52, apartado 3, primera frase de la Carta de los Derechos Fundamentales no obliga a ampliar la protección del secreto profesional a las comunicaciones con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas.

143. Ciertamente, en la protección de los derechos fundamentales, el CEDH garantiza únicamente un nivel mínimo, por encima del cual el Derecho de la Unión puede conceder una protección más extensa (artículo 52, apartado 3, segunda frase, de la Carta de los Derechos Fundamentales). Así lo ha señalado Irlanda con buen criterio. Sin embargo, por los motivos que se exponen a continuación no sería adecuado ampliar el ámbito de protección del secreto profesional que ofrece el Derecho de la Unión a las comunicaciones con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas.

144. En primer lugar, ya resulta dudoso que el artículo 47, apartado 2, segunda frase, de la Carta de los Derechos Fundamentales (en su caso, en relación con su artículo 48, apartado 2) pueda interpretarse en el sentido de que garantiza a las empresas el derecho a ser aconsejadas, defendidas y representadas por su abogado interno, en relación de dependencia laboral.

145. Pero aún suponiendo que el derecho a consejo, defensa y representación que confiere la Carta de los Derechos Fundamentales también se extendiera a las consultas con los abogados internos, ello no excluye en absoluto que, al recurrir a abogados internos, haya que aplicar determinadas restricciones justificadas objetivamente. En efecto, la intensidad de la protección que ofrece un derecho fundamental puede ser mayor o menor dependiendo de las circunstancias. (113)

146. Por ejemplo, no siempre se permite a los juristas de una empresa representar ante los tribunales a su empleador, es decir, a la empresa en cuyo departamento de asesoría jurídica trabajan. (114) Tampoco constituye una violación de un derecho fundamental el hecho de que no todos los abogados puedan comparecer ante todos los tribunales nacionales, (115) aunque ello claramente restringe las opciones de clientes potenciales en la búsqueda del representante procesal más adecuado.

147. En el mismo sentido, la protección de las comunicaciones entre un cliente y su abogado puede tener alcance diverso dependiendo de si entre ambos existe una relación laboral o no. Ello no significa que las comunicaciones entre un empresario y su abogado interno no estén protegidas en absoluto. Como cualquier comunicación normal entre privados, está amparada por el secreto postal y de comunicaciones *general*, garantizado en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales (artículo 8 del CEDH). La controversia únicamente gira en torno a si las comunicaciones con los abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas también son merecedoras de la *protección especial* contra las incautaciones, como la que concede el secreto profesional con el fin de permitir el ejercicio del derecho de defensa y garantizar los servicios jurídicos sean adecuados.

148. La ECLA indica acertadamente que, debido a su importancia esencial, los derechos fundamentales de que se trata en el presente asunto deben interpretados, en principio, de manera amplia. Pero, incluso si se interpretan de manera amplia, el secreto profesional que de ellos se deriva no puede extenderse más allá del sentido y la finalidad propios. En efecto, el secreto profesional no tiene como único objetivo garantizar el derecho de defensa del cliente, sino que constituye también una expresión de la posición del abogado como asesor jurídico independiente y «colaborador de la Justicia», que asesora jurídicamente «a todos aquellos que lo soliciten». (116) Por ese motivo, el espacio de libertad que proporciona el secreto profesional para mantener libremente comunicaciones confidencias debe ser utilizado por el abogado en el sentido de un asesoramiento adecuado. Para evitar eficazmente que surjan conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de su cliente, el abogado no puede ponerse en situación de dependencia de su cliente. (117)

149. Es esta situación de dependencia en la que se encuentra precisamente el abogado interno. Como ya se ha indicado, el abogado interno no sólo está integrado completamente en la estructura de la empresa, en cuyo departamento jurídico trabaja como empleado, sino que también se encuentra en una situación de gran dependencia económica de dicha empresa y se identifica con ella mucho más que cualquier abogado externo. (118) Por tanto, existe un riesgo estructural de que el abogado interno, incluso aunque, como sucede por lo general, sea personalmente íntegro y tenga las mejores intenciones, entre en un conflicto de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de su empresario.

150. La exposición del abogado interno al riesgo del conflicto de intereses también le hace más difícil oponerse eficazmente a posibles abusos del secreto profesional. Un abuso puede consistir, por ejemplo, en hacer llegar al departamento jurídico de una empresa, con el pretexto de solicitar asesoramiento jurídico, medios de prueba e información con el fin general o predominante de evitar que caigan en manos de las autoridades de competencia. En el peor de los casos, los departamentos operativos de una empresa pueden tener la tentación de utilizar abusivamente el departamento jurídico de la empresa o del grupo de empresas como lugar para almacenar documentos ilegales, como acuerdos de prácticas colusorias y notas relativas a encuentros de empresas que participen en dichas prácticas o al mecanismo de la práctica colusoria.

151. Habida cuenta de los conflictos de intereses y del riesgo de abuso específicos que pueden surgir en el seno de una empresa o de un grupo de empresa, considero adecuado *no* ampliar la protección conferida del secreto profesional en el Derecho de la Unión a las comunicaciones con abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas. Entiendo que los mismos motivos que he analizado anteriormente en relación con la Carta de los Derechos Fundamentales pueden predicarse de las correspondientes disposiciones del CEDH.

152. Irlanda, invocando la jurisprudencia del TEDH, alega que la confidencialidad de la relación entre un cliente y su abogado predomina sobre la mera posibilidad del abuso. (119) Sin embargo, al hacer esta afirmación, Irlanda olvida que la jurisprudencia que cita se refiere a la clásica comunicación de un cliente con su abogado externo, en la que, por regla general, no existen los riesgos específicos de abuso que se acaban de mencionar respecto a las comunicaciones con abogados internos en el seno de la empresa y en la que, por lo demás, no ha de temerse la existencia de conflictos de intereses.

153. La ECLA opone que la independencia de un abogado interno no puede apreciarse de manera abstracta teniendo en cuenta su posición como empleado, y debe ser analizada en cada caso concreto, tomando como base, en particular, sus obligaciones profesionales como abogado en ejercicio. Esta alegación debe ser desestimada por los motivos ya citados: (120) Las obligaciones profesionales no garantizan por sí sola al abogado interno la independencia equiparable a la de los abogados que trabajan por cuenta propia, pues no proporcionan información sobre la práctica real en la vida cotidiana de la empresa. Además, la ECLA olvida que los abogados internos se encuentran en general en una situación de dependencia económica de sus empleadores mucho mayor y se identifican personalmente con ellos en un grado mucho mayor que los abogados independientes frente a sus clientes. Desde el punto de vista de estas diferencias esenciales, está justificado objetivamente llevar a cabo un análisis tipificador y distinguir, por lo que se refiere al secreto profesional, entre abogados internos y externos.

154. Consiguientemente, el motivo de vulneración del derecho a consejo, defensa y representación libre de ingerencias es infundado.

iii) Otros derechos fundamentales

155. Algunas de las partes del procedimiento, especialmente Irlanda y la ECLA, alegan la violación de otros derechos fundamentales, en concreto, el derecho de propiedad y la libertad profesional. (121) En opinión de Irlanda y la ECLA, la libertad profesional se ve menoscabada porque la inexistencia del secreto profesional de las comunicaciones

con el abogado interno en el seno de la empresa o del grupo de empresas dificulta a dicho abogado el ejercicio de su profesión y lo discrimina en relación con los abogados que trabajan por cuenta propia. Afirman asimismo que se ha vulnerado el derecho de propiedad porque negar la protección del secreto profesional a las comunicaciones con los abogados internos en el seno de la empresa obliga a las empresas a recurrir en determinados casos al asesoramiento jurídico externo, lo que origina considerables costes adicionales.

– Admisibilidad de estos motivos

156. En la medida en que Irlanda, como parte coadyuvante, invoca la vulneración de la libertad profesional, esta alegación resulta inadmisible. Es jurisprudencia reiterada que, aunque el coadyuvante puede formular alegaciones nuevas o distintas de las de la parte que apoya, siempre y cuando pretenda apoyar las pretensiones de esta parte, (122) sin embargo, no deben formular otros motivos distintos de los formulados por la parte cuyas pretensiones apoya. (123) Puesto que Akzo y Akcros, en su calidad de partes recurrentes, no han alegado la violación del derecho de propiedad y de la libertad profesional, Irlanda no puede, como parte coadyuvante, alegar en el presente procedimiento de casación la violación de dichos derechos fundamentales.

157. A diferencia de Irlanda, la ECLA tiene, como parte coadyuvante en primera instancia, el estatuto de «otra parte en el procedimiento», lo que produce como consecuencia que ya no está sometida a las limitaciones que rigen específicamente para las partes coadyuvantes (artículos 115 y 116, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento). Sin embargo, el escrito de contestación de la ECLA tampoco puede ir más allá del objeto del litigio planteado en primera instancia (artículo 116, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento). Puesto que ni Akzo ni Akcros ni la propia ECLA hicieron de la vulneración del derecho de propiedad y de la libertad de profesión alegada por la ECLA objeto del procedimiento en primera instancia, no cabe admitir que se formulen estas alegaciones actualmente, en la fase de casación. (124)

– Fundamentación de las alegaciones

158. Desde el punto de vista material, las alegaciones de Irlanda y de la ECLA tampoco son pertinentes.

159. Por lo que atañe, en primer lugar, a la *libertad profesional*, no cabe afirmar que la falta de protección de las comunicaciones en el seno de la empresa a través del secreto profesional dificulte sobremanera a los abogados internos el ejercicio de su profesión o incluso lo impidan absolutamente. En primer lugar, como han señalado muchas de las partes que intervienen en el presente procedimiento de casación, la importancia del asesoramiento interno en la Unión Europea se ha incrementado constantemente en los últimos años, aunque en la mayoría de los Estados miembros los juristas de empresa no pueden invocar el secreto profesional. En segundo lugar, el principal ámbito de la actividad de los juristas de empresa, incluidos los que pueden ejercer libremente la profesión, no es el asesoramiento y la representación de sus empleadores en procedimientos judiciales y asimilados, sino el asesoramiento general, sin relación concreta con el ejercicio de derechos de defensa.

160. Por lo que atañe, a continuación, al *derecho de propiedad*, no es posible descubrir cómo la situación jurídica vigente a nivel de la Unión respecto al secreto profesional puede vulnerar este derecho fundamental. Negar el secreto profesional a las comunicaciones con abogados internos en el seno de la empresa o del grupo de empresas no da lugar a un menoscabo ni mucho menos a una privación del estatuto de propietario por parte de las instituciones de la Unión. El hecho de que una empresa asuma unos gastos para obtener asesoramiento jurídico interno se debe sobre todo a su libre decisión. Aunque al decidirse a hacerlo puedan desempeñar un cierto papel las condiciones jurídicas relativas al secreto profesional, la conexión con la propiedad de la empresa es demasiado indirecta y lejana para poder hablar de menoscabo de dicho derecho fundamental.

161. Por consiguiente, los motivos formulados por Irlanda y la ECLA respecto a estos derechos fundamentales no deben ser admitidos y, en cualquier caso, han de ser desestimados por infundados.

c) Conclusión parcial

162. Puesto que, por consiguiente, el segundo motivo de casación también es infundado, es preciso analizar el tercer motivo de recurso alegado con carácter aún más subsidiario.

3. Sobre los principios de atribución y de autonomía procesal nacional (tercer motivo de casación)

163. Mediante su tercer motivo de casación Akzo y Akcros, apoyadas por varias de las partes coadyuvantes en primera y segunda instancia, alegan que los Estados miembros son los únicos competentes para determinar al alcance exacto del secreto profesional. En apoyo de esta alegación invocan especialmente la autonomía procesal de los Estados miembros. Además aducen la competencia de los Estados miembros para dictar las normas que regulan el ejercicio de la profesión de abogado y el principio de atribución.

a) Sobre el principio de autonomía procesal de los Estados miembros y la supuesta remisión del Derecho de la Unión al Derecho nacional

164. En primer lugar se alega que el secreto profesional forma parte del derecho de defensa y, por ese motivo, es parte del Derecho procesal. A falta de una normativa de la Unión, la autonomía procesal de los Estados miembros produce la consecuencia de que sean éstos los facultados para determinar el alcance del secreto profesional. En el mismo sentido otras partes en el procedimiento, especialmente la ECLA y el CCBCE afirman que, en materia de secreto profesional, el Derecho de la Unión efectúa una remisión («*renvoi*») a la normativa nacional que regula la profesión de abogado. Aunque, conforme al Derecho de la Unión, se exija la independencia de los abogados, incumbe a las disposiciones nacionales definir qué jurista puede ser considerado en cada Estado miembro abogado independiente a efectos del secreto profesional.

165. Esta alegación no es convincente.

166. Ni el artículo 14, apartados 1 a 3, del Reglamento nº 17 ni el principio general de protección del secreto profesional se remiten en forma alguna al Derecho nacional. Ciertamente, en la sentencia AM&S el Tribunal de Justicia se remite al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Sin embargo, lo hace con el objetivo declarado de desarrollar criterios aplicables a nivel de la Unión para la protección del secreto profesional a pesar de todas las diferencias existentes entre las disposiciones nacionales. (125)

167. Esta uniformidad a nivel de la Unión en la interpretación y aplicación del secreto profesional en relación con las verificaciones llevadas a cabo por la Comisión en procedimientos de competencia también es imprescindible.

168. El recurso a normas o principios jurídicos del Derecho nacional para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Unión tendría por efecto menoscabar la vigencia uniforme del Derecho comunitario; la validez de dichos actos, en el presente asunto, la legalidad de las medidas de inspección de la Comisión como autoridad europea de competencia, sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho de la Unión. (126) Establecer criterios particulares de apreciación a partir de la legislación o del ordenamiento constitucional de un determinado estado miembro iría en contra de la unidad material y la eficacia del Derecho de la Unión y rompería ineluctablemente la unidad del mercado común. (127)

169. las diferencias en el contenido y el alcance del secreto profesional, dependiendo de en qué Estado miembro lleve a cabo la Comisión la verificación generaría en definitiva un mosaico jurídico que no sería compatible con el principio del mercado

común. La designación de la Comisión como autoridad supranacional en materia de competencia tenía precisamente como objetivo someter a todas las empresas de la Unión Europea a normas uniformes en materia de Derecho de la competencia y crear para ellas idénticas condiciones de competencia en el mercado común (el llamado «level playing field»).

170. Además, a favor de una interpretación autónoma del alcance de su garantía se encuentra el hecho de que el secreto profesional que garantiza el Derecho de la Unión tiene carácter de derecho fundamental. Los derechos fundamentales vigentes en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión deben tener el mismo contenido para todos los ciudadanos de la Unión y para todas las empresas a las que le sea aplicable el Derecho de la Unión. En el procedimiento de competencia todas las empresas en las que la Comisión lleve a cabo verificaciones deben poder invocar frente a dicha autoridad a la misma protección de los derechos fundamentales que garantiza el Derecho de la Unión, con independencia del lugar en que se lleve a cabo la inspección.

171. En contra de la opinión del CCBÉ la determinación del contenido y el alcance del secreto profesional en procedimientos de competencia no puede dejarse en manos de los Estados miembros invocando el principio de subsidiariedad. En efecto, por una parte, la normativa procesal en asuntos de competencia (Reglamento nº 17 o Reglamento nº 1/2003) forma parte de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior cuya determinación es competencia exclusiva de la Unión (artículo 3 TFUE, apartado 1); de esta forma, el principio de subsidiariedad no se aplica en este ámbito (artículo 5 TUE, apartado 3). Por otra parte, el ejercicio de los derechos conferidos por el Tratado a los particulares (en el presente asunto, invocar el secreto profesional) no puede depender de consideraciones basadas en la subsidiariedad. (128)

172. En el caso de verificaciones realizadas por la Comisión en su calidad de autoridad europea de competencia, el Derecho nacional únicamente se aplica cuando las autoridades de los Estados miembros le prestan asistencia, especialmente cuando haya que hacer frente, empleando la acción directa de la fuerza pública, a la oposición de las empresas que haya de inspeccionarse (artículo 14, apartado 6, del Reglamento nº 17 y artículo 20, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003). En cambio, el Derecho de la Unión es el único que regula qué escritos y documentos mercantiles puede examinar y copiar la Comisión en el marco de las inspecciones a que le faculten las normas sobre competencia.

173. Por tanto, en conjunto debe desestimarse la alegación de las partes recurrentes y de las partes en el procedimiento que las apoyan de que el contenido y el alcance del secreto profesional dependen del Derecho nacional.

b) Sobre el principio de atribución

174. Con carácter complementario, las partes recurrentes y algunas de las coadyuvantes, especialmente la ECLA, invocan el principio de atribución. Alegan que la Unión carece de competencia para determinar qué abogados pueden acogerse al secreto profesional de las comunicaciones con sus clientes.

175. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan (artículo 5 TUE, apartado 2, primera frase, en relación con el apartado 1, primera frase, antiguo artículo 5 CE, apartado 1). (129) Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros (artículos 4 TUE, apartado 1, y 5 TUE, apartado 2, segunda frase).

176. La afirmación de que la Unión no dispone de competencias para determinar el alcance del secreto profesional a efectos de las verificaciones realizadas por la Comisión en procedimientos de competencia carece de fundamento.

177. El artículo 14 del Reglamento nº 17, que faculta a la Comisión para llevar a cabo verificaciones en procedimientos de competencia, se basa en el artículo 87 del

Tratado CE (actualmente, artículo 103 TFUE). (130) Como aclara el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra b), se trata incluso de una competencia exclusiva de la Unión.

178. Como ya se ha señalado, el secreto profesional, que traza los límites de las competencias de verificación de la Comisión, (131) se basa, por su parte, en un principio general del Derecho de la Unión que tiene carácter de derecho fundamental. (132) Determinar su contenido y alcance forma parte de las tareas propias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, llamado a garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados (artículo 19 TUE, apartado 1, segunda frase).

179. Por tanto, debe desestimarse la alegación basada en la falta de competencia de la Unión que han formulado las partes recurrentes y algunas de sus coadyuvantes.

180. Con carácter complementario, la ECLA y otras partes en el procedimiento alegan que la circunstancia de que el Derecho de la Unión no se oriente por las correspondientes normas nacionales vigentes en materia de protección del secreto profesional a las comunicaciones con juristas de la empresa constituye una injerencia en la competencia de los Estados miembros para regular la profesión de abogado.

181. Esta objeción también carece de pertinencia. Aunque es indiscutible que, en la fase actual del Derecho de la Unión, los Estados miembros son competentes para regular el ejercicio de la profesión de abogado, (133) al ejercer esta competencia deben, al igual que en otros ámbitos jurídicos, (134) tener en cuenta las normas de la Unión aplicables y respetar las competencias de la Unión. (135)

182. Como ya se ha indicado, incumbe exclusivamente a la Unión determinar las normas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior y el contenido y los límites de las facultades de verificación de la Comisión como autoridad europea de competencia. Estas últimas medidas no tienen carácter específico de normas profesionales, ni por su objeto ni por su finalidad. En todo caso, podrían tener repercusiones indirectas en la actividad de las empresas afectadas, como también de los abogados a quienes confíen sus asuntos. No obstante, tales repercusiones tienen un carácter meramente general, al igual que numerosas normas de la Unión y de los Estados miembros en los más diversos ámbitos jurídicos (baste pensar en la normativa tributaria, penal o contable, o en la normativa sobre contratación pública), puede influir por regla general en el trabajo cotidiano de empresas y abogados. Ello no constituye una injerencia en las competencias de los Estados miembros para regular el ejercicio de la profesión de abogado.

183. Por consiguiente, la alegación de algunas de las partes del procedimiento basada en el reparto de competencias es infundada en su conjunto.

c) Otras alegaciones

184. Por último analizaré otras dos alegaciones formuladas contra la sentencia del Tribunal General recurrida.

185. En primer lugar, la ECLA aduce que el Derecho de la Unión no puede «privar» a las comunicaciones con juristas de empresa de la protección del secreto profesional que confiere el Derecho nacional o «vaciarla de contenido».

186. A este respecto debe señalarse que el Derecho nacional únicamente puede conferir tal protección en su respectivo ámbito de aplicación, es decir, especialmente a efectos de las verificaciones llevadas a cabo por las autoridades nacionales de defensa de la competencia en los procedimientos que tramiten. En lo que atañe a tales procedimientos y medidas de inspección nacionales, el Derecho de la Unión no «priva» ni «vacía de contenido» la eventual protección del secreto profesional. Al contrario, éste no sufre ninguna restricción. La jurisprudencia AM&S únicamente se aplica a los procedimientos de competencia y verificaciones realizadas por la Comisión y no afecta en absoluto al derecho aplicable a los procedimientos nacionales.

187. En general, es lógico que en un sistema de varios niveles, como la Unión Europea, puedan existir normativas de distinto contenido a nivel local, regional, nacional y supranacional, cuyos ámbitos de aplicación son, sin embargo, distintos. Como ya se ha indicado, una armonización de la situación jurídica a nivel de la Unión y a nivel nacional debe quedar reservada al legislador de la Unión. (136)

188. En segundo lugar, la ACCA alega que el Derecho de la Unión debe ampliar la protección del secreto profesional incluso a las comunicaciones con juristas de la empresa autorizados en terceros Estados para ejercer como abogados.

189. No cabe admitir este criterio. Incluso aunque, a diferencia de la solución que propongo, se quisiera ampliar el secreto profesional a las comunicaciones mantenidas en el seno de la empresa o del grupo de empresas con juristas de la empresa autorizados para ejercer como abogados en el Espacio Económico Europeo, en ningún caso estaría justificado incluir en ese grupo a los abogados de terceros Estados.

190. En efecto, a diferencia de lo que ocurre entre Estados miembros, en las relaciones con terceros Estados no existe, en general, una base jurídica suficiente que permita reconocer recíprocamente los títulos de abogado y las obligaciones profesionales a que están sometidos los abogados en el ejercicio de su profesión. En algunos casos ni siquiera será posible cerciorarse de que el tercer Estado tiene una tradición asentada de Estado de Derecho que permita a los abogados ejercer su profesión con la independencia necesaria, de forma que puedan asumir su función de cooperadores de la Justicia. No puede ser tarea de la Comisión o de los tribunales de la Unión comprobarlo exactamente en cada caso, analizando las normas vigentes en el tercer Estado de que se trate, sobre todo teniendo en cuenta que no siempre puede garantizarse una colaboración eficaz con las autoridades de estos Estados.

d) Conclusión parcial

191. Por tanto, el tercer motivo de casación también es infundado.

4. Resumen

192. Puesto que ninguno de los motivos de casación aducidos por Akzo y Akcros es fundado y ninguna de las alegaciones formuladas por las coadyuvantes es pertinente, procede desestimar el recurso en su totalidad.

193. No obstante, si el Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que las comunicaciones con los abogados internos mantenidas en el seno de la empresa o del grupo de empresas están amparadas por el secreto profesional, procederá devolver el asunto al Tribunal General, previa anulación de la sentencia recurrida, con el fin de que éste pueda aclarar aspectos de hecho (artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia). En efecto, habría que determinar si los dos correos electrónicos controvertidos estaban destinados, por su contenido y su contexto, al ejercicio del derecho de defensa.

V. Costas

194. En caso de desestimarse el recurso de casación, como propongo en el presente asunto, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas (artículo 122, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento); los detalles se derivan del artículo 69 en relación con el artículo 118 del Reglamento de Procedimiento.

195. Del artículo 69, apartado 2, párrafo primero, en relación con el artículo 118 del Reglamento de Procedimiento, se desprende que la parte que pierda el proceso ha de ser condenada en costas si así se hubiera solicitado. Conforme al artículo 69, apartado 2, párrafo segundo del Reglamento de Procedimiento, si son varias las partes que pierden el proceso, el Tribunal de Justicia decidirá sobre el reparto de las costas. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas a las recurrentes y haber sido desestimados los motivos formulados por éstas, procede condenarlas al pago de las

costas. Las recurrentes deberán soportar las costas solidariamente, ya que han presentado el recurso de casación de forma conjunta. (137)

196. Sin embargo, Irlanda, el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte soportarán sus propias costas como partes coadyuvantes, en aplicación del artículo 69, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento.

197. Las otras partes del procedimiento que han apoyado el recurso formulando pretensiones ante el Tribunal de Justicia, también pueden ser condenadas a soportar sus propias costas por aplicación analógica del artículo 69, apartado 4, párrafo tercero, del Reglamento de Procedimiento. (138) Puesto que el CCBE, el ARNOVA, la ECLA, la ACCE y la IBA han apoyado el recurso de casación de Akzo y Akcros con sus pretensiones y éstas han sido desestimadas, considero adecuado que deban soportar sus propias costas, a diferencia de lo dicho en el apartado 195.

VI. Conclusión

198. Sobre la base de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que decida:

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Irlanda, el Reino de los Países Bajos y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte soportarán sus propias costas.
- 3) El Conseil des barreaux européens, el Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, la European Company Lawyers Association, la American Corporate Counsel Association (European Chapter) y la International Bar Association soportarán sus propias costas.
- 4) Por lo demás, Akzo Nobel Chemicals Ltd. Y Akcros Chemicals Ltd. Soportarán de forma solidaria las costas procesales.

1 – Lengua original: alemán.

2 – En la lengua de procedimiento, «legal professional privilege».

3 – Denominaré en lo sucesivo abogado interno al jurista que trabaja como empleado en el departamento jurídico de una empresa o de un grupo de empresas y que, al mismo tiempo, puede ejercer como abogado de acuerdo con las normas nacionales aplicables.

4 – Las publicaciones especializadas han prestado gran atención a este asunto (véanse, entre otros, Gray, M., «The Akzo Nobel Judgment of the Court of First Instance», en *Irish Journal of European Law* 14 (2007), pp. 229 a 242; Prieto, C., «Pouvoirs de vérification de la Commission et protection de la confidentialité des communications entre avocats et clients», en *La semaine juridique - édition générale* 2007, II-10201, pp. 35 a 37; Cheynel, B., «Heurs et malheurs du "legal privilege" devant les jurisdictions communautaires», en *Revue Lamy de la Concurrence - Droit, Économie, Régulation* 2008, nº 14, pp. 89 a 93; Mykolaitis, D., «Developments of Legal Professional Privilege under the Akzo/Akcros Judgment», en *International Trade Law and Regulation* 2008, pp. 1 a 6; Weiβ, W., «Neues zum legal professional privilege», en *Europarecht* 2008, pp. 546 a 557). Las expectativas de una decisión de la más alta jurisdicción han sido tan grandes en alguna ocasión que ya el año

pasado fue objeto de un coloquio una supuesta sentencia del Tribunal de Justicia (Brüssow, R., «Das Anwaltsprivileg des Syndikus im Wirtschaftsstrafverfahren», en Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins [eds.], *Strafverteidigung im Rechtsstaat*, Baden-Baden 2009, pp. 91 a 106; a este respecto, véase también Huff, M., «Recht und Spiel», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* nº 183, 10 de agosto de 2009, p. 28).

5 – 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 y 82 del Tratado (DO L 1, p. 1).

6 – En lo sucesivo, «partes recurrentes».

7 – Sentencia de 17 de septiembre de 2007, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión (T-125/03 y T-253/03, Rec. p. II-3523).

8 – Reglamento (CEE) nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

9 – Respecto a la sustitución del Reglamento nº 17 por el Reglamento nº 1/2003, véase el artículo 43, apartado 1, en relación con el artículo 45 del Reglamento nº 1/2003.

10 – A este respecto, véanse los apartados 1 a 14 de la sentencia recurrida.

11 – Decisión C(2003) 85/4 de la Comisión, de 30 de enero de 2003, modificada mediante Decisión C(2003) 559/4 de la Comisión, de 10 de febrero de 2003.

12 – Autoridad británica de defensa de la competencia.

13 – La verificación se realizó en el marco del procedimiento COMP/38.589 sobre aditivos sintéticos, especialmente estabilizadores térmicos; a este respecto véanse los datos publicados por la Comisión el 14 de febrero de 2003 (MEMO/03/33).

14 – C(2003) 1533 final.

15 – Véase el punto 7 de las presentes conclusiones.

16 – Véase el punto 16 de las presentes conclusiones.

17 – Auto del Presidente del Tribunal General, 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).

-
- 18 – Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2004, Comisión /Akzo y Akcros (C-7/04 P [R], Rec. p. I-8739).
-
- 19 – El original del escrito de interposición de recurso remitido por telefax fue depositado en la Secretaría del Tribunal de justicia el 8 de diciembre de 2007.
-
- 20 – Autos del Presidente de la Sala Quinta del Tribunal General de 4 de noviembre de 2003 y de 10 de marzo de 2004 y auto del Presidente de la Sala Primera del Tribunal de General de 26 de febrero de 2007.
-
- 21 – Auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 8 de julio de 2008, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros (C-550/07 P, no publicado en la Recopilación).
-
- 22 – Véanse los seis autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 2009, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros. (C-550/07 P, no publicados en la Recopilación), y, respecto a la renovada pretensión de LSEW, su auto de 17 de noviembre de 2009, Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros (C-550/07 P, no publicado en la Recopilación).
-
- 23 – Autos del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 28 de mayo de 2004.
-
- 24 – Asunto COMP/38.589 – «Estabilizadores térmicos»; a este respecto, véase el comunicado de prensa de la Comisión de 11 de noviembre de 2009 (IP/09/1695).
-
- 25 – Sobre el requisito de interés en ejercitar la acción en el procedimiento de casación, véase la sentencia de 19 de octubre de 1995, Rendo y otros/Comisión (C-19/93 P, Rec. p. I-3319), apartado 13, y las conclusiones que presenté el 13 de diciembre de 2007 en el asunto Bertelsmann & Sony/Impala (C-413/06 P, Rec. 2008, p. I-4951), punto 74.
-
- 26 – Sentencias Rendo y otros/Comisión, citada en la nota 25, apartado 13; de 13 de julio de 2000, Parlamento/Richard (C-174/99 P, Rec. p. I-6189), apartado 33; de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo (C-50/00 P, Rec. p. I-6677), apartado 21; de 3 de abril de 2003, Parlamento/Samper (C-277/01 P, Rec. p. I-3019), apartado 28; de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, Rec. p. I-0000), apartado 33, y de 17 de septiembre de 2009, Comisión/Koninklijke Friesland Campina (C-519/07 P, Rec. p. I-0000); apartado 63.
-
- 27 – En este sentido, véase la sentencia de 24 de marzo de 1993, CIRFS y otros/Comisión (C-313/90, Rec. p. I-1125), apartados 30 y 31.
-

28 – Si los funcionarios de la Comisión averiguan el contenido del documento, la vulneración del derecho fundamental también puede subsistir después de la devolución o destrucción del documento. En ese caso, también subsiste el interés en ejercitar la acción.

29 – Sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartados 18 y 19, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, citada en la nota 26, apartado 39; de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 37, y de 3 de septiembre de 2008, Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión (C-402/05 P y C-415/05 P, Rec. p. I-6351), apartado 335.

30 – Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales («CEDH», hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950). Según jurisprudencia reiterada, el CEDH reviste una importancia especial a la hora de determinar el nivel de la protección de los derechos fundamentales que debe mantener la Unión Europea; véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros (C-305/05, Rec. p. I-5305), apartado 29, y jurisprudencia allí citada; véase asimismo el artículo 6 TUE, apartado 3.

31 – La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada solemnemente en un primer momento, el 7 de diciembre de 2000, en Niza (DO C 364, p. 1) y de nuevo en Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007 (DO C 303, p. 1).

32 – Así se declaró ya en la sentencia de 18 de mayo de 1982, AM&S/Comisión (conocida como sentencia «AM&S», 155/79, Rec. p. 1575) especialmente apartado 18. Véanse, además, las conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 10 de julio de 2001 para la sentencia Wouters y otros (C-309/99, Rec. 2002, p. I-1577), punto 182), y del Abogado General Poiares Maduro presentadas el 14 de diciembre de 2006 para la sentencia Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, citada en la nota 30, punto 39. Véase, además, el auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990, Hilti/Comisión (T-30/89, Rec. p. II-163), apartados 13 y 4.

33 – Así cabe afirmarlo también del Reino Unido y de Irlanda, cuyos sistemas jurídicos están marcados por la «Common Law».

34 – El secreto profesional tiene rango constitucional en especial en Bulgaria (artículo 30, apartado 5, de la Constitución búlgara) y en España (artículo 24, apartado 2, de la Constitución Española). En Italia, Portugal y Rumanía, entre otros Estados miembros, también se ampara en disposiciones de la Constitución y en Suecia, en disposiciones legales de rango constitucional.

35 – La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se basa, por regla general, únicamente en el artículo 8 del CEDH; a este respecto véanse, en particular, las sentencias de 25 de marzo de 1992, Campbell/Reino Unido, (asunto nº 13590/88, serie A, nº 233); de 16 de

diciembre de 1992, Niemietz/Alemania, (asunto nº 13710/88, serie A, nº 51-B); de 20 de septiembre de 2000, Foxley/Reino Unido (asunto nº 33274/96); de 7 de junio de 2007, Smirnov/Rusia (asunto nº 71362/01) y de 24 de julio de 2008, André y otros/Francia (asunto nº 18603/03). No obstante, actualmente también se pone en relación con el artículo 6 del CEDH (véanse, por ejemplo, las sentencias Niemietz/Alemania, *loc. cit.*, § 37, y Foxley/Reino Unido, *loc. cit.*, § 50).

- 36 – Aunque, en la fecha en que se adoptó la Decisión de la Comisión controvertida, la Carta de los Derechos Fundamentales aún no tenía efectos vinculantes similares a los del Derecho primario, como fuente de conocimiento del Derecho ya permitía en ese momento interpretar los derechos fundamentales garantizados por el Derecho de la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 37, y de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, Rec. p. I-5769, apartado 38, así como el punto 108 de las conclusiones que presenté en el último asunto).
-
- 37 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 20 y 23; en el mismo sentido, véase la sentencia del TEDH André y otros/Francia, citada en la nota 35, § 41.
-
- 38 – En alemán se califica más usualmente al abogado como «órgano de la Justicia», calificación que, sin embargo y por lo que interesa al presente asunto, no presenta diferencias materiales con el concepto de «colaborador de la Justicia» que emplea el Tribunal de Justicia en la sentencia AM&S.
-
- 39 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 20, 23 y 24; en un sentido similar se pronuncia el TEDH en la sentencia Niemietz/Alemania, citada en la nota 35, § 37.
-
- 40 – Sentencia Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, citada en la nota 30, apartado 32.
-
- 41 – Las competencias de verificación de la Comisión en el control de concentraciones europeas conforme al artículo 13 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DO L 24, p. 1), se asemejan a las del artículo 20 del Reglamento nº 1/2003 y le van a la zaga.
-
- 42 – Citada en el apartado 32.
-
- 43 – La contenida en los apartados 10 a 43 del escrito de interposición del recurso de casación.
-
- 44 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 21 y 22.
-

45 – Cuando, en el presente asunto, la Comisión pone en entredicho la relación con el derecho de defensa, lo hace únicamente respecto al *interés en ejercitar la acción* de las partes recurrentes; a este respecto véanse los puntos 33 a 45 de las presentes conclusiones.

46 – Al parecer, Irlanda interpreta el secreto profesional de manera aún más amplia, extendiéndolo a los juristas de empresa cuya «*independencia*» únicamente está garantizado por disposiciones laborales (apartado 12 del escrito de formalización de la intervención).

47 – En español, abogado dependiente o abogado interno.

48 – Con la denominación «*Cohen advocaat*» se recuerda al presidente de un gremio de expertos que participó en la elaboración del anteproyecto de la reforma del Estatuto neerlandés de la Abogacía.

49 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 21 y 27.

50 – Conclusiones del Abogado General Sir Gordon Lynn de 26 de enero de 1982 en el asunto AM&S, sentencia citada en la nota 32, p. 1655.

51 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartado 24.

52 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 21 y 27.

53 – Véanse también las conclusiones del Abogado General Léger que dieron lugar a la sentencia Wouters y otros, citada en la nota 32, punto 181: «[La independencia del abogado] también se manifiesta con respecto al cliente, que no puede convertirse en el empresario de su abogado.»

54 – Apartado 168 de la sentencia recurrida.

55 – Se trata del llamado *professioneel statuut voor de advocaat in dienstbetrekking* (Estatuto profesional de los abogados de empresa).

56 – El trasfondo de esta discusión son las diversas opiniones de las partes respecto a la «estructura de incentivos» («*incentive structure*») de la actividad de los abogados internos y externos.

57 – Así sucede, en particular, en Alemania. Según la información proporcionada al Tribunal de Justicia en la vista, en los Países Bajos el *advocaat in dienstbetrekking* también puede trabajar para clientes propios.

58 – Sólo cabría afirmar otra cosa en el supuesto de que el abogado interno, al margen de su actividad en el departamento jurídico de una empresa o grupo de empresas, trabaje para clientes externos que no estén vinculados con su empresario. La correspondencia que mantenga con

tales clientes propios está amparada por el secreto profesional, porque el abogado interno es independiente de éstos.

59 – Apartados 44 a 48 del escrito de interposición de recurso.

60 – Sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Portugal (C-334/03, Rec. p. I-8911), apartado 24, y de 12 de septiembre de 2006, Eman y Sevinger (C-300/04, Rec. p. I-8055), apartado 57; en un sentido similar ya se pronunciaban las sentencias de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753), apartado 7; de 12 de marzo de 1987, Raiffeisen Hauptgenossenschaft (215/85, Rec. p. 1279), apartado 23, y de 19 de noviembre de 1998, SFI (C-85/97, Rec. p. I-7447), apartado 30.

61 – El Protocolo número 12 al CEDH se firmó en Roma el 4 de noviembre de 2000 y entró en vigor el 1 de abril de 2005. Hasta ahora no ha sido firmado por todos los Estados miembros de la Unión Europea y sólo ha sido ratificado por unos pocos (España, Luxemburgo, Países Bajos, Rumanía, Chipre y Finlandia); a este respecto véase, en la página Internet del Consejo de Europa, el estado de las ratificaciones en <http://conventions.coe.int> (visitado por última vez el 21 de febrero de 2010). Este escaso grado de participación relativiza la utilidad del protocolo en la resolución del presente asunto.

62 – Sentencias de 10 de enero de 2006, IATA y ELFAA (C-344/04, Rec. p. I-403), apartado 95; de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Rec. p. I-3633), apartado 56; de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (conocida como «Arcelor», C-127/07, Rec. p. I-9895), apartado 23, y de 7 de julio de 2009, S.P.C.M. y otros (C-558/07, Rec. p. I-0000), apartado 74.

63 – En el mismo sentido, véase la sentencia Arcelor, citada en la nota 62, apartado 26.

64 – Véanse los puntos 48 y 49 de las presentes conclusiones.

65 – Véanse las consideraciones hechas a propósito de la primera parte del primer motivo de casación, en especial las contenidas en los puntos 61 a 72 de las presentes conclusiones.

66 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartado 18.

67 – A este respecto, véase de nuevo las consideraciones realizadas a propósito de la primera parte del primer motivo de casación, en particular, las contenidas en los puntos 66 a 71 de las presentes conclusiones.

68 – En la lengua original: «[t]here is no uniform answer to the question of privilege of in-house lawyers in all Member States» (apartado 52 del escrito de intervención de ECLA).

69 – En la lengua original: «lack of uniform tendency at national level» (apartado 52 del escrito de interposición de recurso de Akzo y Akcros).

70 – Apartado 170 en relación con el apartado 177 de la sentencia recurrida.

71 – En el mismo sentido véanse los artículos 220 CE, apartado 1, y 164 del Tratado CE.

72 – Así, por ejemplo, respecto a la revocación de actos administrativos favorables, véase la sentencia de 12 de julio de 1957, *Algera y otros/Asamblea común de la CECA* (conocida como «*Algera*», 7/56 y 3/57 a 7/57, Rec. p. 85, especialmente, p. 118), y, respecto a la tutela de los derechos fundamentales a nivel de la Unión, la sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (11/70, Rec. p. 1125), apartado 4.

73 – Véanse, en particular, las sentencias *Internationale Handelsgesellschaft*, citada en la nota 72, apartado 4; de 14 de mayo de 1974, *Nold/Comisión* (4/73, Rec. p. 491); apartado 13; de 13 de diciembre de 1979, *Hauer* (44/79, Rec. p. 3727), apartado 15; de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión* (46/87 y 227/88, Rec. p. 2859), apartado 13; de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros* (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), apartados 68 y 69; *Advocaten voor de Wereld*, citada en la nota 62, apartado 45, y de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci* (C-555/07, Rec. p. I-0000), apartado 20.

74 – Véanse, en particular, las sentencias *Algera*, citada en la nota 72, p. 118; *AM&S*, citada en la nota 32, apartados 18 a 21, y de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM* y *FIAMM Technologies/Consejo y Comisión* (conocida como «*FIAMM*», C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. p. I-6513), apartados 170, 171 y 176.

75 – En este sentido, véanse, en particular, la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, citada en la nota 72, apartado 4, y las conclusiones del Abogado General Roemer, de 13 de julio de 1971, en el asunto *Zuckerfabrik Schöppenstedt/Consejo* (5/71, Rec. p. 1971, p. 975, especialmente p. 990) y del Abogado General Poiares Maduro el 20 de febrero de 2008 en el asunto *FIAMM*, sentencia citada en la nota 74, puntos 55 y 56.

76 – En el mismo sentido, véanse las conclusiones del Abogado General Romer en el asunto *Zuckerfabrik Schöppenstedt/Consejo* (citada en la nota 75, p. 990), y del Abogado General Poiares Maduro en el asunto *FIAMM*, sentencia citada en la nota 74, puntos 55 y 56.

77 – Sentencias de 22 de noviembre de 2005, *Mangold* (C-144/04, Rec. p. I-9981), apartado 75, y *Küçükdeveci*, citada en la nota 73, apartado 21.

78 – La prohibición de discriminación por motivos de edad está recogida, entre otros, en el artículo 6 de la Constitución finlandesa y, por lo que se refiere específicamente, a la vida profesional, en el artículo 59, apartado 1, de la Constitución portuguesa.

79 – Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16); a este respecto, véase la sentencia Kücükdeveci, citada en la nota 73, apartado 21.

80 – Así también se pronuncia expresamente la sentencia Kücükdeveci, citada en la nota 73, apartado 22.

81 – La jurisprudencia esencial a este respecto se encuentra en las sentencias del Tribunal General de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión (T-7/89, Rec. p. II-1711), apartado 54; 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 38, y de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (T-65/89, Rec. p. II-389), apartados 29 y 30, confirmada mediante sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (C-310/93 P, Rec. p. I-865).

82 – En particular, como se señaló en la vista, en el marco del artículo 14 del Reglamento nº 17 o en los artículos 20 y 21 del Reglamento nº 1/2003, la Comisión no dispone de facultades para aplicar mecanismos coercitivos.

83 – Así sucede, en particular, con Bulgaria, la República Checa, Estonia, Grecia, Francia, Italia, Chipre, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumania, Eslovenia, la República Eslovaca, Finlandia y Suecia. Por lo que se refiere, en particular, a la situación jurídica en Chipre, debe señalarse además que los *practising advocates* (abogados en ejercicio), aunque puedan ser miembros del *board of directors* de una empresa, les está prohibido trabajar como *employees* (empleados) o como *managing directors* de dicha empresa.

84 – Si bien el Derecho alemán permite a los juristas internos el ejercicio de la profesión de abogado (denominándolos abogados internos), no confiere a sus comunicaciones internas en la empresa con su empresario el amparo del secreto profesional. En cambio, en Grecia, los juristas de empresa, a pesar de no poder ejercer libremente la profesión de abogado, parecen poder ampararse, en determinadas circunstancias, en el secreto profesional de alcance similar al de estos abogados.

85 – En este grupo puede incluirse a Dinamarca, España, Letonia, Lituana, Malta y Rumania. Además, actualmente la situación jurídica en Bélgica resulta poco clara. Aunque desde el año 2000 están vigentes en Bélgica normas específicas para la profesión de *juristes d'entreprise* (juristas de empresa), que están sujetos a determinadas obligaciones profesionales si están inscritos en el *Institut des juristes d'entreprise* (IJE – Colegio de juristas de empresa), el secreto profesional aplicable a

los juristes d'entreprise belgas parece tener menor alcance que el que rige para los avocats (abogados), sobre todo habida cuenta de que el artículo 5 de la Ley de 1 de marzo de 2000 no se remite al artículo 458 del Code pénal belga (Código Penal), a lo que hay que añadir que, al parecer, la *Auditoriat du Conseil de la concurrence* (órgano belga de defensa de la competencia) actualmente no lo reconoce el sentido de que constituye una protección de las comunicaciones internas con juristas de empresa (a este respecto, véanse Marchandise, P., y Sabbe, S., «Akzo "op zijn Belgisch": de renaissance van het surrealisme?», en *TBM-RCB* 2009, p. 54; Cattaruzza, J., «Reactie IBJ op het gewijzigd standpunt van het Auditoriaat inzake vertrouwelijkheid adviezen bedrijfsjurist», en *TBM-RCB* 2008, p. 42); esta cuestión debería ser aclarada por la jurisprudencia belga.

-
- 86 – Así parece suceder, por ejemplo, en Finlandia y Eslovenia. En Bélgica, el criterio actual de las autoridades de defensa de la competencia (véase la nota 85) parece deberse, en último término, a que se orientan en la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, en concreto, a la sentencia del Tribunal General en los asuntos acumulados T-125/03 y T-253/03, recurrida en el presente asunto.
-
- 87 – El fenómeno afecta al Reino Unido y a Irlanda, pero no a Chipre (véase la nota 83). En Malta la situación no está clara. En aras de la exhaustividad puede señalarse que en algunos Estados terceros de tradición anglosajona, en concreto, en los Estados Unidos de América, la protección del secreto profesional también ampara a los juristas de empresa en algunas circunstancias (a este respecto, véase la sentencia fundamental de la US Supreme Court de 13 de enero de 1981, *Upjohn v United States*, 449 U.S. 383 [1981]; véase asimismo Walkowiak, V.S., «Attorney-client privilege in civil litigation», en American Bar Association, Illinois, 2008, p. 7). Pero ello no parece constituir una tendencia ininterrumpida en el ámbito anglosajón; así, por ejemplo, el tribunal federal australiano, a pesar de reconocer, en principio, el «legal professional privilege for in-house counsel», actualmente cada vez pone más a menudo en entredicho la independencia de los juristas de empresa (véase Federal Court of Australia, resoluciones de 12 de septiembre de 2007, *Telstra v Minister for Communications, Information Technology and the Arts* [No 2] [2007] FCA 1445, y de 13 de diciembre de 2007, *Rich v Harrington* [2007] FCA 1987).
-
- 88 – Aparte de los Países Bajos, cabe mencionar a Grecia, Portugal y Polonia. Respecto a Polonia debe señalarse que su ordenamiento jurídico conoce la figura profesional particular del *radcowie prawni* (asesor jurídico), sometido a obligaciones profesionales similares a las de los *adwokaci* (abogados); cuando trabajan por cuenta ajena como juristas de empresa también pueden ampararse en la confidencialidad con un alcance similar al del secreto profesional.
-
- 89 – Especialmente en los Países Bajos y Polonia. La normativa vigente en Bélgica también se encuentra en una ley reciente, pero, como ya se ha indicado, no resulta clara (véase la nota 85). En Francia se discute sobre una «réforme des professions du droit» (reforma de las profesiones jurídicas) (a este respecto véase, en particular, el informe de la llamada *Comisión Darrois*, presentado el 8 de abril de 2009 al Presidente de la

República), pero que, al parecer, aún no se ha materializado en una modificación de la normativa jurídica vigente respecto al secreto profesional o en un proyecto de ley, relativo a esta cuestión específica. El proyecto de Ley nº 2383 relativo a la modernización de las profesiones jurídicas («projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées»), presentado en marzo de 2010, sólo tiene, en todo caso, por objeto algunos aspectos parciales de esa reforma, entre los que no se encuentra el secreto profesional.

90 – Respecto al Reglamento nº 1/2003, véase el Informe Evans, A5-0229/2001 final, con la enmienda nº 10 al artículo 14, apartado 3, de la Propuesta de Reglamento COM(2000) 582 final de la Comisión; respecto al Reglamento nº 139/2004, véase el informe Della Vedova, A5-0257/2003 final, con la enmienda nº 5 al considerando trigésimo cuarto y la enmienda nº 25 al artículo 13, apartado 1, de la Propuesta de Reglamento COM (2002) 711 final de la Comisión.

91 – En el caso del Reglamento nº 1/2003, el Parlamento en conjunto no aprobó las enmiendas procedentes del centro. En el caso del Reglamento nº 139/2004, en que las enmiendas fueron aprobadas por el Parlamento, no fueron recogidas por el Consejo en el Reglamento.

92 – En la lengua de procedimiento: «policy considerations».

93 – Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (DO L 77, p. 36).

94 – Véanse, en particular, los artículos 2 y 6 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados (DO L 78, p. 17).

95 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartado 26.

96 – Artículo 23, apartado 2, en relación con el artículo 2, apartado 1, nº 3, letra b), de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DO L 309, p. 15); en el mismo sentido ya se pronunciaba el artículo 6, apartado 3, párrafo segundo, en relación con el artículo 2 bis, nº 5, de la Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DO L 166, p. 77), modificada por la Directiva 2001/97/CE (DO L 344, p. 76); a este respecto, véase también la sentencia Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, citada en la nota 30.

97 – Décimo noveno considerando de la Directiva 2005/60.

98 – La FATF (o *Groupe d'action financière*, GAFI) es un organismo intergubernamental fundado en 1989 en París por los siete Estados integrantes a la sazón del «G 7» que actualmente ya cuenta con 35 miembros, entre ellos la Comisión Europea.

99 – Los criterios interpretativos se contienen en las llamadas «40 Recommendations», publicadas por la FATF en 2003 (accesibles en <http://www.fatf-gafi.org>, consultada por última vez el 10 de febrero de 2010). En la letra e) del glosario que contiene, los *employés* (empleados) quedan excluidos del concepto de «Designated non-financial businesses and professions».

100 – Respecto a la independencia véanse, por lo demás, las consideraciones realizadas a propósito del primer motivo de casación, especialmente las contenidas en los apartados 61 a 72 de las presentes conclusiones.

101 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 21 y 23; véase también la sentencia *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros, citada en la nota 30, apartados 32 y 35, en la que se hace hincapié en la relación entre secreto profesional con los procedimientos judiciales y su preparación; véanse asimismo mis consideraciones a propósito del primer motivo de casación (punto 54 de las presentes conclusiones).

102 – Apartado 172, *in fine*, de la sentencia recurrida.

103 – Sentencias de 14 de abril de 2005, Bélgica/Comisión (C-110/03, Rec. p. I-2801), apartado 30; de 12 de febrero de 2008, Kempter (C-2/06, Rec. p. I-411), apartado 37, y de 10 de septiembre de 2009, Plantanol (C-201/08, Rec. p. I-0000), apartados 43 y 44.

104 – Sentencia de 14 de enero de 2010, Stadt Papenburg (C-226/08, Rec. p. I-0000), apartado 45; en un sentido similar se pronuncian las sentencias de 15 de febrero de 1996, Duff y otros (C-63/93, Rec. p. I-569), apartado 20, y de 7 de junio de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión (C-76/06 P, Rec. p. I-4405); apartado 79.

105 – Sentencias de 21 de junio de 2007, ROM-projecten (C-158/06, Rec. p. I-5103); apartado 25, y de 10 de marzo de 2009, Heinrich (C-345/06, Rec. p. I-0000); apartado 44.

106 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32; a este respecto véanse mis consideraciones a propósito del primer motivo de casación (puntos 52 a 75 de las presentes conclusiones).

107 – Véase también el quinto considerando del Reglamento nº 1/2003, conforme al cual la carga de la prueba en el ámbito la aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE (actualmente, artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE) debe hacerse «conforme a derecho», sin perjuicio de las normas nacionales en materia de valoración de la prueba.

108 – En este sentido, véanse el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales y las sentencias de 12 de febrero de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915), apartado 31, Mangold, citada en la nota 77, apartado 75, y de 23 de septiembre de 2008, Bartsch (C-427/06, Rec. p. I-7245), apartados 15 y 25.

109 – De todas formas, la mera invocación del derecho de defensa no podría siempre dar lugar a una armonización de la situación jurídica. Al contrario, una eventual revisión de la jurisprudencia AM&S produciría divergencias entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión en la mayor parte de los Estados miembros, cuyo Derecho nacional actualmente no extiende la protección del secreto profesional a las comunicaciones con el jurista de la empresas mantenidas en el seno de la empresa o del grupo de empresas.

110 – Respecto a la interpretación de actos de Derecho de la Unión conforme a los derechos fundamentales, véanse, en particular, las sentencias Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros, citada en la nota 30, apartado 28, y de 19 de noviembre de 2009, Sturgeon y otros (C-402/07 y C-432/07, Rec. p. I-0000), apartados 47 y 48. En un sentido similar se pronuncia la sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann & Sony/Impala (C-413/06 P, Rec. p. I-4951), apartado 174.

111 – Aunque, como ha objetado acertadamente la Comisión, la Unión no está directamente vinculada al artículo 6 del CEDH por no haberse adherido aún a la misma, esta disposición constituye la expresión de principios fundamentales del Estado de Derecho que también son reconocidos en el Derecho de la Unión como principios generales del Derecho (véanse, en particular, las sentencias de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, Rec. p. I-8417), apartado 21, y de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123), apartado 68. A ello hay que añadir que los derechos contemplados en la Carta de los Derechos Fundamentales que se correspondan con los garantizados por el CEDH tienen un sentido y alcance iguales a los que les confiere dicho Convenio (artículo 52, apartado 3, primera frase, de la Carta de los Derechos Fundamentales).

112 – Sentencia André y otros/Francia, citada en la nota 35, § 42 *in fine*); al principio de esta sentencia (§ 15) el TEDH cita, bajo el epígrafe «*5. Le droit communautaire*» («5. Derecho comunitario») incluso algunos extractos de, entre otras, la sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 18 a 24.

113 – En este sentido el TEDH, por ejemplo, amplia la protección del artículo 8 del CEDH a las dependencias mercantiles, pero indica al mismo tiempo que esta protección no debe tener necesariamente la misma intensidad que en el caso de dependencias privadas (en la sentencia Niemietz/Alemania, citada en la nota 35, § 31, última frase, de dice: «[the entitlement of Contracting States to interfere] might well be more far-reaching where professional or business activities or premises were involved than would otherwise be the case»; un sentido similar tiene la

expresión «to a certain degree» del § 29 de la misma sentencia; véase además, la sentencia del TEDH de 16 de abril de 2002 en el asunto Société Colas Est y otros/Francia, asunto nº 37971/97, en *Recueil des arrêts et décisions* 2002-III, §§ 41 y 49). En el mismo sentido el Bundesverfassungsgericht alemán declaró, respecto a la protección de la intimidad, que sólo está protegido de toda injerencia de los poderes públicos el «núcleo central de la vida privada» (resolución de 14 de septiembre de 1989, en BVerfGE 80, p. 367, en la que se define con matices la protección de anotaciones personales en los diarios frente a incautaciones por parte de los organismos de persecución de la criminalidad.

114 – En Alemania, por ejemplo, el artículo 46, apartado 1, del Reglamento de la Abogacía prohíbe al abogado interno representar a su empleador ante los tribunales y los tribunales arbitrales en su condición de abogado, por lo que el abogado interno únicamente puede actuar en nombre de su empleador ante tribunales en los que no es preceptiva la representación letrada, como podría hacer cualquier particular, aunque no sea jurista. Lo mismo sucede en la práctica en los tribunales de la Unión: respecto a recursos firmados por los gerentes de las demandantes autorizados para ejercer libremente la abogacía, véanse los autos del Tribunal de Primera Instancia de 8 de diciembre de 1999, Euro-Lex/OAMI (T-79/99, Rec. p. II-3555), apartados 28 y 29; de 13 de enero de 2005, Sulvida/Comisión (T-184/04, Rec. p. II-85), apartados 9 y 10; y de 19 de noviembre de 2009, EREF/Comisión (T-40/08, no publicada en la Recopilación), apartados 25 y 26, aunque está pendiente un recurso de casación interpuesto contra este último auto (asunto C-75/10 P, EREF/Comisión); respecto a un escrito de interposición de recurso firmado por el propio demandante véase, además, el auto del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 1996, Lopes/Tribunal de Justicia (C-174/96 P, Rec. p. I-6401), apartado 11.

115 – Sentencia del TEDH de 26 de julio de 2002, Meftah y otros/Francia (asunto nº 32911/96 y otros, en *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII), §§ 45 a 48 y la jurisprudencia allí citada.

116 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartado 18.

117 – Véanse de nuevo las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto Wouters y otros, sentencia citada en la nota 32, punto 181.

118 – Véanse mis consideraciones a propósito de la primera parte del primer motivo de casación, especialmente las contenidas en los puntos 61 a 72 de las presentes conclusiones.

119 – «[...] [t]he mere possibility of abuse is outweighed by the need to respect the confidentiality attached to the lawyer-client relationship» (sentencia del TEDH Campbell/Reino Unido, citada en la nota 35, § 52 *in fine*).

120 – A este respecto, véanse mis consideraciones que a propósito del primer motivo de casación se contienen en los puntos 64 a 71 de las presentes conclusiones.

121 – A este respecto Irlanda invoca el artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales, y la ECLA al artículo 1 del protocolo adicional nº 1 al CEDH.

122 – Sentencias de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad, (30/59, Rec. p. 1, especialmente p. 37), de 27 de noviembre de 2003, Comisión/Finlandia (C-185/00, Rec. p. I-14189), apartado 91, y de 26 de marzo de 2009, Selex Sistemi Integrati/Comisión y Eurocontrol (C-113/07 P, Rec. p. I-0000), apartado 54.

123 – Sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 1993, Comisión/Consejo (C-155/91, Rec. p. I-939), apartados 23 y 24, y del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003, BaByliss/Comisión (T-114/02, Rec. p. II-1279), apartado 417; en el mismo sentido se pronuncia, en definitiva, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2009, Irlanda/Parlamento y Consejo (C-301/06, Rec. p. I-0000), apartado 34 en relación con el apartado 57, en la que el Tribunal de Justicia no entró a analizar los motivos, relativos a los derechos fundamentales, alegados por la República de Eslovaquia en su condición de parte coadyuvante.

124 – Jurisprudencia reiterada; véanse las recientes sentencias de 2 de abril de 2009, France Télécom/Comisión (C-202/07 P, Rec. p. I-0000), apartados 59 y 60; Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, citada en la nota 26), apartado 38, y de 12 de noviembre de 2009, Carbone-Lorraine/Comisión (C-554/08 P, Rec. p. I-0000), apartado 32).

125 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, apartados 18 a 22, especialmente apartado 21; en el mismo sentido véanse también las conclusiones presentadas por el Abogado General Warner el 20 de enero de 1981 en ese asunto (pp. 1630 y 1631). Véase además la jurisprudencia reiterada sobre la interpretación autónoma de conceptos del Derecho comunitario o de la Unión, por ejemplo las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107), apartado 11; de 18 de octubre de 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Rec. p. I-8817), apartado 24, y de 17 de julio de 2008, Kozlowski (C-66/08, Rec. p. I-6041), apartado 42.

126 – Sentencias Internationale Handelsgesellschaft, citada en la nota 72, apartado 3, y Hauer, citada en la nota 73, apartado 14.

127 – Sentencia Hauer, citada en la nota 73, apartado 14.

128 – En este sentido y en relación con el ejercicio de las libertades fundamentales del mercado interior, véase la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 81.

129 – Véanse también el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996 («adhesión al CEDH», Rec. p. I-1759, apartados 23 y 24) y la sentencia de 23 de octubre de 2007, Parlamento/Comisión (C-403/05, Rec. p. I-9045), apartado 49.

130 – De forma similar, los artículos 20 y 21 del Reglamento nº 1/2003, aplicables a futuros asuntos, encuentran su base jurídica en los Tratados, en concreto, en el artículo 83 CE (actualmente artículo 103 TFUE).

131 – Sentencia AM&S, citada en la nota 32, especialmente sus apartados 18 y 22.

132 – Véase el punto 47 de las presentes conclusiones.

133 – Sentencias de 12 de julio de 1984, Klopp (107/83, Rec. p. 2971), apartado 17), y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros. (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 99.

134 – Véanse, entre otras, las sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 21, en materia de impuestos directos; de 23 de octubre de 2007, Morgan y Bucher (C-11/06 y C-12/06, Rec. p. I-9161), apartado 24, relativa a la configuración de los sistemas de enseñanza y a la determinación de los contenidos lectivos; de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-0000), apartado 29, relativa a la configuración de los regímenes de seguridad social.

135 – En este sentido, véase la sentencia Klopp, citada en la nota 133, apartados 17 y 18, y las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 1 de febrero de 2006 en los asuntos acumulados Cipolla y otros (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421); punto 82.

136 – A este respecto, véanse los puntos 133 y 134 de las presentes conclusiones.

137 – En el mismo sentido véase la sentencia de 31 de mayo de 2001, D y Suecia/Consejo (C-122/99 P y C-125/99 P, Rec. p. I-4319), apartado 65; en ese asunto D y el Reino de Suecia interpusieron incluso dos recursos distintos y, no obstante se les condenó al pago solidario de las costas.

138 – En este sentido véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 2002, Consejo/Boehringer (C-23/00 P, Rec. p. I-1873), apartado 56; de 2 de octubre de 2003, International Power y otros./NALOO (C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P y C-180/01 P, Rec. p. I-11421), apartado 187, y de 1 de octubre de 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consejo (C-141/08 P, Rec. p. I-0000), apartado 118.

