



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. NIILLO JÄÄSKINEN  
presentadas el 7 de febrero de 2013<sup>1</sup>

**Asunto C-536/11**

**Bundeswettbewerbsbehörde**

**contra**

**Donau Chemie AG,**

**Donauchem GmbH,**

**DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG,**

**Brenntag Austria Holding GmbH,**

**Brenntag CEE GmbH,**

**ASK Chemicals GmbH, formerly Ashland-Südchemie-Kernfest GmbH,**

**ASK Chemicals Austria GmbH, anteriormente Ashland Südchemie Hantos Ges.m.b.H.**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Austria)]

«Competencia — Acción indemnizatoria — Prueba — Admisibilidad — Acceso de terceros a un procedimiento concluido de Derecho público sobre competencia para preparar una demanda civil — Solicitud de acceso por una asociación que representa a terceros potencialmente afectados por un cártel — Prohibición legal de acceso a procedimientos de Derecho público sobre competencia sin el consentimiento de todas las partes — Falta de competencia judicial para ponderar factores relevantes, como la protección de las pruebas reunidas en procedimientos de clemencia o el efecto útil — Principios de equivalencia y efectividad — Artículo 19 TUE, apartado 1 — Artículo 101 TFUE — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 47»

## I. Introducción

1. El artículo 39, apartado 2, de la Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Ley federal austriaca de defensa de la competencia; en lo sucesivo, «KartG») prohíbe a los terceros acceder a los autos de procedimientos de Derecho público sobre competencia sin el consentimiento de las partes en el procedimiento. Verband Druck & Medientechnik (en lo sucesivo, «Asociación») representa los intereses de las empresas del sector de la impresión. Ha solicitado al Oberlandesgericht Wien, en su calidad de tribunal de defensa de la competencia (en lo sucesivo, «Kartellgericht»), que le permita acceder al expediente de un procedimiento de Derecho público sobre competencia, ya concluido, que tuvo lugar entre la Bundeswettbewerbsbehörde (Autoridad de Defensa de la Competencia), por un lado, y Donau Chemie AG y otros seis operadores económicos que actuaban en el mercado de productos químicos de imprenta, por otro.

<sup>1</sup> — Lengua original: inglés.

2. El presente asunto invita al Tribunal de Justicia a profundizar en los principios desarrollados en el asunto *Pfleiderer*,<sup>2</sup> relativo al acceso a expedientes de una autoridad nacional de competencia para terceros que deseen entablar acciones civiles por daños y perjuicios contra empresas que habían infringido el artículo 101 TFUE, cuando parte de la información que contenía el expediente había sido reunida en el marco del programa de clemencia de la autoridad.

3. Reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia limita la autonomía procesal de los Estados miembros en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, ya se trate o no de un litigio sobre competencia. El principio de equivalencia exige que los mismos recursos y normas procesales estén disponibles para las demandas basadas en el Derecho de la Unión y para demandas análogas de carácter meramente interno. El principio de eficacia, o de tutela judicial efectiva, obliga a los Estados miembros a garantizar que los recursos y normas procesales nacionales no hagan que las demandas basadas en el Derecho de la Unión Europea sean imposibles en la práctica o excesivamente difíciles de ejercitar.

4. El primero de esos principios es relevante para la resolución del litigio, pues, con arreglo al Derecho austriaco, ni los procedimientos civiles generales ni los penales imponen ninguna exigencia absoluta de consentimiento de todas las partes para que terceros puedan acceder a los autos. ¿Significa esto que las normas austriacas de procedimiento en cuestión imponen una condición a las demandas civiles de daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Unión en materia de competencia<sup>3</sup> que no rige para demandas análogas de carácter meramente interno?<sup>4</sup>

5. La restricción del acceso de terceros al expediente del *Kartellgericht* también suscita dudas acerca de la tutela judicial efectiva de las demandas basadas en el Derecho de la Unión. En el presente caso, el principio clásico de eficacia, antes expuesto, debe contemplarse a la luz del artículo 19 TUE, apartado 1, que fue introducido por el Tratado de Lisboa. Dicha disposición establece: «Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». Esto, a su vez, se debe considerar a la luz del derecho de acceso a un tribunal recogido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, interpretado a la luz del artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales («CEDH») y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto de dicha disposición.<sup>5</sup>

6. Por último, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea entra también en juego al decidir si sería contrario al derecho a un juicio justo permitir a terceros interesados el acceso a procedimientos concluidos de Derecho público sobre competencia, al menos en caso de que parte de la información haya sido obtenida bajo una garantía pública de clemencia. Esto tiene implicaciones en cuanto al derecho a no declarar contra sí mismo y a la protección de los secretos comerciales.

2 — Sentencia de 14 de junio de 2011 (C-360/09, Rec. p. I-5161).

3 — Véanse las sentencias de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros* (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), y de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan* (C-453/99, Rec. p. I-6297).

4 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de diciembre de 1998, *Levez* (C-326/96, Rec. p. I-7835).

5 — Véanse, en sentido similar, las conclusiones del Abogado General Mazák presentadas el 16 de diciembre de 2010 en el asunto *Pfleiderer*, citado en la nota 2, punto 3.

## II. Marco normativo

### A. Derecho de la Unión Europea

7. La primera frase del primer considerando del Reglamento (CE) n° 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,<sup>6</sup> afirma que, con objeto de establecer un régimen que garantice que no se falsea la competencia en el mercado común, procede velar por la aplicación eficaz y uniforme en la Comunidad de los artículos 81 CE y 82 CE.

8. El artículo 11, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003, titulado «Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros», presenta el siguiente tenor:

«La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración.»

9. El artículo 35, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003 dispone lo siguiente:

«Los Estados miembros designarán a la autoridad o autoridades de competencia competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el presente Reglamento. Las medidas necesarias para dotarlas de los poderes necesarios para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado serán adoptadas antes del 1 de mayo de 2004. Las autoridades designadas podrán incluir órganos jurisdiccionales.»

### B. Normativa nacional

10. El artículo 39, apartado 2, de la KartG dispone lo siguiente:

«Las personas que no sean parte en el procedimiento sólo podrán acceder al expediente del Kartellgericht con el consentimiento de las partes.»

11. Con arreglo al artículo 219, apartado 2, de la Zivilprozessordnung (Ley austriaca de enjuiciamiento civil; en lo sucesivo, «ZPO»):

«Con el consentimiento de ambas partes, los terceros podrán acceder de igual manera al expediente, realizar copias y obtener extractos (impresiones), a su propia costa, siempre que no sea contrario a legítimos intereses imperiosos de otras personas o a legítimos intereses públicos en el sentido del artículo 26, apartado 2, primera frase, de la DSG 2000. A falta de dicho consentimiento, el tercero sólo podrá acceder y obtener copias en la medida en que pueda aducir *fumus boni iuris* tener un interés legítimo en ello.»<sup>7</sup>

12. Con arreglo al artículo 273 de esa misma Ley:

«1. Si hay constancia de que una parte tiene derecho a la reparación de daños y perjuicios o un interés u otro tipo de derecho pero la prueba del importe controvertido del daño, del interés o del derecho no puede conseguirse sin un esfuerzo desproporcionado, el Kartellgericht, a instancia de parte o de oficio, podrá determinar el importe a su libre discreción, considerando incluso la prueba propuesta por la parte. La determinación del importe podrá ir precedida del interrogatorio bajo juramento de una de las partes sobre las circunstancias relevantes.

6 — DO 2003,L 1, p. 1.

7 — El artículo 219, apartado 2, de la ZPO no es aplicable a los procedimientos de Derecho público de la competencia.

2. Si, entre diversos derechos reclamados en la misma causa, ciertos derechos resultan insignificantes en proporción al importe total, son controvertidos y la total aclaración de los hechos relevantes genera dificultades desproporcionadas para la importancia de dichos derechos, el tribunal podrá decidir al respecto en la forma referida en el apartado 1, a su libre discreción. Lo mismo se aplicará a derechos concretos si el importe reclamado en cada caso no excede los 1.000 euros.»

13. Con arreglo al artículo 77, apartado 1, de la *Straffprozessordnung* (Ley austriaca de enjuiciamiento criminal; en lo sucesivo, «SPO»):

«En casos de interés legítimo acreditado, incluidos casos no específicamente previstos en esta Ley, la fiscalía y los tribunales concederán acceso a las conclusiones del sumario o de las diligencias de investigación de que dispongan, siempre que no sea contrario a intereses imperiosos públicos o privados.»

### III. Controversia del procedimiento principal y cuestiones prejudiciales planteadas

14. Mediante resolución de 26 de marzo de 2010, el *Kartellgericht* impuso a las demandadas en el litigio principal sanciones pecuniarias por participar en acuerdos y prácticas concertadas contrarios al artículo 101 TFUE. Dicho procedimiento (en lo sucesivo, «procedimiento de competencia») fue iniciado por la *Bundeswettbewerbsbehörde* a raíz de solicitudes de clemencia formuladas por una de las demandadas. El *Kartellgericht* apreció que se había infringido la prohibición de cárteles, y que un cártel prohibido estaba operando en Austria en el mercado de productos químicos de imprenta. La decisión fue confirmada por el *Oberster Gerichtshof* en su calidad de tribunal superior de competencia mediante resolución de 4 de octubre de 2010, resolución que ha devenido firme.

15. La Asociación solicita acceso al expediente (*Akteneinsicht*) del procedimiento de competencia que posee el *Kartellgericht*.<sup>8</sup> La Asociación afirma que, con arreglo a sus estatutos, está facultada a salvaguardar la defensa de los intereses de sus miembros, entre los que figuran en particular empresas del sector de imprenta. Según la resolución de remisión, la Asociación, a petición de sus miembros, está examinando especialmente el importe del daño causado por las infracciones del Derecho de la competencia, al objeto de preparar demandas por daños y perjuicios.

16. Sostiene que es necesario el acceso al expediente del *Kartellgericht* para determinar el carácter y el alcance de los daños sufridos, o para calcularlos basándose en la información allí contenida. Esto, a su parecer, le confiere un interés legítimo.

17. Las partes en el procedimiento de competencia, salvo la *Bundeswettbewerbsbehörde*, han denegado su consentimiento. La *Bundeswettbewerbsbehörde* habría consentido el acceso al expediente, pero limitándolo a la decisión en primera instancia, es decir, a la resolución del *Kartellgericht*, pero no más. En virtud del Derecho austriaco y, en concreto, con arreglo al artículo 39, apartado 2, de la *KartG* y sus disposiciones sobre la «protección del secreto comercial», esto significa que ni el expediente ni la sentencia del *Kartellgericht* pueden ser facilitados a la Asociación para que los utilice en el ejercicio de demandas de indemnización contra las partes oponentes ni para ningún otro fin.

18. A la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Pfleiderer* y de las indicaciones dadas en ese asunto de que el Derecho de la Unión Europea exige la ponderación de todos los intereses caso por caso cuando un tercero que alegue un perjuicio derivado de una infracción del artículo 101 TFUE solicite el acceso a un expediente elaborado en un procedimiento de Derecho público relativo a esa misma infracción, aunque se trate de un procedimiento de clemencia, el *Kartellgericht* se pregunta si el Derecho austriaco es compatible con el principio de efecto útil y la obligación de los Estados miembros de permitir a los particulares ejercer acciones de responsabilidad por infracción del

<sup>8</sup> — En la solicitud de acceso a documentos, la Asociación se refiere a [*Kartellakt*], 29, Kt 5/09.

Derecho de la competencia.<sup>9</sup> El Kartellgericht también alberga dudas acerca de la compatibilidad del artículo 39, apartado 2, de la KartG con el principio de no discriminación, pues el Derecho austriaco no exige el consentimiento de todas las partes en los procedimientos civiles ordinarios como los de ilícitos civiles o en los procesos penales respecto a los expedientes en poder de los tribunales.

19. En vista de todo lo anterior, el Kartellgericht ha remitido al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales en virtud del artículo 267 TFUE:

- «1) ¿Se opone el Derecho de la Unión Europea, considerando especialmente la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2011, Pfleiderer (C-360/09), a una disposición nacional en materia de cárteles que supedita, sin excepción, la concesión del acceso a expedientes del Kartellgericht a terceros que no sean parte en el procedimiento a fin de preparar una demanda por daños y perjuicios contra los integrantes del cártel (también) en procedimientos en que se aplicaron los artículos 101 TFUE o 102 TFUE, en relación con el Reglamento n° 1/2003, al consentimiento de todas las partes del procedimiento, sin admitir que el órgano jurisdiccional, caso por caso, pondere los intereses protegidos por el Derecho de la Unión para establecer las condiciones en que debe autorizarse o denegarse el acceso al expediente?»

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial:

- 2) ¿Se opone el Derecho de la Unión Europea a una norma nacional como la descrita cuando, si bien ésta se aplica también a un procedimiento en materia de cárteles puramente nacional y tampoco prevé un régimen especial para la documentación aportada por beneficiarios de clemencia, las disposiciones nacionales equivalentes aplicables en otros tipos de procedimiento, especialmente en los procedimientos civiles de jurisdicción voluntaria o contenciosa y penales permiten el acceso a expedientes judiciales aun sin el consentimiento de las partes con la condición de que el tercero que no sea parte del procedimiento acredite un interés jurídico en el acceso al expediente y no se oponga un interés superior de otra persona o un interés público superior al acceso al expediente en el caso concreto?»

20. Han presentado observaciones escritas la Asociación, la Bundeswettbewerbsbehörde, Donau Chemie AG, Donauchem GmbH, Brenntag CEE GmbH, Ask Chemicals GmbH y ASK Chemicals Austria GmbH,<sup>10</sup> DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG, los Gobiernos de Austria, Bélgica, Alemania, España e Italia, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC. Todos los mencionados excepto el Gobierno italiano participaron en la vista celebrada el 4 de octubre de 2012, además de la República Francesa.

#### IV. Análisis jurídico

##### A. Admisibilidad de la cuestión prejudicial

21. Las observaciones escritas de la Comisión cuestionan la admisibilidad de la cuestión planteada. La Comisión señala que la resolución de remisión no ofrece ninguna información sobre si el órgano jurisdiccional remitente está convencido de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 219, apartado 2, de la ZPO. Dicha disposición, según parece, es la norma nacional que regiría el acceso al expediente si se determinase que el artículo 39, apartado 2, de la KartG es incompatible

9 — Sentencias Courage y Crehan y Manfredi, citadas en la nota 3.

10 — ASK Chemicals GmbH era anteriormente Ashland-Südchemie-Kernfest GmbH, y ASK Chemicals Austria GmbH era Ashland Südchemie Hantos Ges.m.b.H.

con el Derecho de la Unión. El artículo 219, apartado 2, de la ZPO exige la demostración de un interés legítimo en acceder al expediente. Por eso, la Comisión se pregunta si las respuestas a las cuestiones planteadas pueden resultar hipotéticas si la Asociación no consigue demostrar un interés legítimo suficiente.

22. También debo señalar que, en las observaciones escritas de la Comisión, se hacen otros comentarios que, aunque dirigidos a responder a la primera cuestión, también son relevantes para la admisibilidad. Esto es así porque la Comisión pregunta, por ejemplo, si el Derecho austriaco ofrece formas alternativas de reunir la prueba requerida. La Comisión observa que es importante conocer la medida en que un tribunal ante el cual se ha interpuesto una acción de responsabilidad tiene en cuenta las pruebas escritas o si da prioridad al testimonio verbal. En este último caso, los documentos que obren en autos serán de menor importancia. Otra cuestión clave es la medida en que la prueba indirecta, en oposición a la prueba directa, está admitida por el Derecho nacional y es suficiente para sustanciar una pretensión de responsabilidad.

23. De forma análoga, la Bundeswettbewerbsbehörde alega que el ordenamiento jurídico austriaco ofrece suficientes medios para obtener pruebas y asegurar el ejercicio efectivo de acciones de responsabilidad basadas en el Derecho de la competencia. Por ejemplo, dicha autoridad cuestiona, en particular, las dificultades con que pueden encontrarse los miembros de la Asociación para cuantificar los daños. Expone que, con arreglo al artículo 273 de la ZPO, si el importe de la pérdida sufrida no puede ser determinado, o sólo puede serlo con gran dificultad, el tribunal puede hacer una libre valoración.

24. Conforme a una jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse, en el marco de un procedimiento prejudicial, sobre la interpretación de las disposiciones nacionales ni para juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional remitente es correcta.<sup>11</sup> Y también corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la exactitud de las afirmaciones formuladas ante él.<sup>12</sup>

25. En este punto es importante hacer una distinción conceptual entre tres expedientes diferentes, es decir, i) los documentos de la autoridad de competencia competente relativos a una investigación sobre prácticas colusorias; ii) los documentos relativos al procedimiento ante un órgano jurisdiccional competente para resolver el asunto y que pueden incluir, entre otros, (todos o algunos de) los documentos de la investigación sobre prácticas colusorias, y iii) pruebas documentales ante un órgano jurisdiccional civil en relación con los posibles recursos de Derecho Privado competente basados en restricciones de la competencia.<sup>13</sup>

11 — Sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri (C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257), apartado 42 y la jurisprudencia allí citada.

12 — Sentencia Orfanopoulos y Oliveri, citada en la nota 11, apartado 45.

13 — En materia de Derecho de la Unión Europea, yo mencionaría: i) los documentos de la Comisión; ii) el expediente del Tribunal de Primera Instancia y iii) las pruebas ante el órgano jurisdiccional nacional que ha de resolver sobre las consecuencias civiles de una restricción ilegal de la competencia. Véase también la sentencia de 21 de septiembre de 2010, Suecia y otros/API y Comisión (C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, Rec. p. I-8533). En los apartados 79 a 82, el Tribunal de Justicia señala que la actividad jurisdiccional como tal está excluida del ámbito de aplicación del derecho de acceso a los documentos garantizado por el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43), y de las obligaciones de transparencia del artículo 255 CE (actualmente, artículo 15 TUE, apartado 3). Las conclusiones del Abogado General Maduro presentadas el 1 de octubre de 2009 en ese mismo asunto (puntos 21 a 39) analizan los distintos planteamientos nacionales e internacionales del acceso a los documentos judiciales.

26. Sea cual sea la distribución de las competencias decisorias entre los distintos órganos de esta estructura legal,<sup>14</sup> nos enfrentamos a tres aspectos diferentes: i) el acceso a los documentos de la investigación sobre cárteles en manos de la autoridad de defensa de la competencia; ii) el acceso al expediente del órgano jurisdiccional competente en procedimientos de competencia, que afecta al acceso a documentos judiciales, y iii) la disponibilidad de estos documentos administrativos o judiciales para interponer acciones civiles. Esto puede implicar la exhibición del sumario u obligaciones de revelar documentos en el procedimiento civil.

27. De conformidad con los términos inequívocos de las cuestiones prejudiciales, el presente caso se incluye en la segunda categoría, es decir, el acceso a documentos en poder de un órgano jurisdiccional con competencia para resolver un procedimiento de Derecho público. La solicitud de dichos documentos, aun cuando (técnicamente) parece haber sido registrada por el Kartellgericht como continuación del procedimiento de competencia, es independiente tanto de la infracción sustantiva del Derecho de la Unión Europea o del nacional en materia de competencia como de cualquier eventual litigio de Derecho privado que pueda interponerse ante los órganos jurisdiccionales civiles competentes en materia de responsabilidad.<sup>15</sup>

28. Por lo tanto, la presente controversia ante el Kartellgericht no es en modo alguno hipotética, y el Derecho de la Unión Europea claramente puede afectar a su resultado, concretamente en cuanto a la concesión o no del acceso a los documentos requeridos. Además, los aspectos relativos a la legitimidad o el interés de la Asociación o de sus miembros en ejercitar la acción en cualquier procedimiento civil que pueda iniciarse, o a las normas probatorias aplicables, son irrelevantes para la admisibilidad de la presente petición de decisión prejudicial, si bien claramente pueden afectar a la aplicación del principio de eficacia, el cual es competencia del órgano jurisdiccional nacional.

29. A mi parecer, con la debida consideración tanto del Derecho aplicable como de los hechos del caso, el Tribunal de Justicia cuenta con toda la información que precisa para resolver la cuestión planteada. Por eso, considero que es admisible la petición de decisión prejudicial.

#### *B. Respuesta a la segunda cuestión*

30. He decidido responder a las cuestiones prejudiciales en orden inverso porque me parece más lógico en este caso discutir primero el principio de equivalencia, aunque sea la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional. Esto es así porque, a mi juicio, desde el punto de vista de los límites de la autonomía procesal nacional, la cuestión de la equivalencia precede lógicamente a la de la eficacia. No obstante, lo afirmado por el órgano jurisdiccional remitente al inicio de la segunda cuestión, desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, ambas cuestiones deben examinarse en orden para poder dar una respuesta útil.

31. A la segunda cuestión prejudicial se puede dar una respuesta muy directa. Estoy de acuerdo con la postura defendida por todas las partes, excepto la Asociación, en cuanto a que el artículo 39, apartado 2, de la KartG simplemente no es una disposición análoga, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al principio de equivalencia, ni al artículo 219, apartado 2, de la ZPO ni al artículo 77, apartado 1, de la SPO, en el contexto de la aplicación del Derecho de la competencia.

14 — Véase, por ejemplo, el informe de 31 de octubre de 2012 del Grupo de Trabajo de la REC, Subgrupo de Cooperación y Procedimiento Debido, «Decision Making Powers». En las páginas 5 y 6 del informe se señala que hay tres modelos institucionales básicos de defensa de la competencia en la UE: i) el modelo puramente administrativo, en que una única autoridad administrativa investiga los casos y adopta decisiones de defensa de la competencia; en algunas jurisdicciones, la autoridad puede no tener poder para imponer sanciones; ii) el modelo administrativo dual, en que la investigación y la toma de decisiones se dividen entre dos organismos: uno se encarga de investigar y los casos son remitidos después al otro, que toma la decisión; iii) el modelo judicial, en que un órgano jurisdiccional, bien toma la decisión tanto sobre los hechos como sobre las sanciones, o bien sólo lo segundo, dejando lo primero a la autoridad de defensa de la competencia. En la página 9 del informe se explica que Austria se incluye en el primero de los dos modelos judiciales: el del modelo judicial puro.

15 — El Tribunal utiliza el número de registro de expediente que se reproduce en la nota 9. La Asociación está registrada como parte coadyuvante en el presente procedimiento.

Procede añadir que esta conclusión no se basa en el principio general de no discriminación, sino en el de equivalencia que, de conformidad con reiterada jurisprudencia, limita la autonomía procesal nacional. El primero de los mencionados principios establece que las situaciones comparables no deben ser tratadas de forma diferente, y no parece que esto sea trasladable a los presentes hechos, puesto que el principio de equivalencia persigue el mismo objetivo.

32. El cumplimiento del principio de equivalencia exige que la norma nacional de que se trate se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión Europea y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y «que tengan un objeto y una causa semejantes». <sup>16</sup> Sin embargo, el principio de equivalencia no puede interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable de cualquier área a todas las acciones entabladas en un determinado ámbito jurídico. <sup>17</sup>

33. Normalmente, la tarea de comparar los diferentes procedimientos, a efectos de equivalencia, se deja al órgano jurisdiccional remitente, que debe verificar la similitud de estos recursos desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales. <sup>18</sup> Para determinar si una disposición procesal nacional es menos favorable, ha de tener en cuenta el lugar que ocupa esa disposición en el conjunto del procedimiento, el desarrollo de éste y sus particularidades. <sup>19</sup>

34. No obstante, el Tribunal de Justicia ocasionalmente se ha pronunciado acerca de si la disposición nacional en cuestión es compatible con el principio de equivalencia. En algunos casos ha dado su parecer, pero dejando la decisión al órgano jurisdiccional nacional, <sup>20</sup> mientras que en otros ha pronunciado una conclusión definitiva sobre la compatibilidad o no de la norma nacional de que se tratara <sup>21</sup> con las exigencias de la equivalencia. En mi opinión, en el presente caso procede la segunda opción.

35. Aquí, la prohibición de que los terceros accedan a los expedientes del Kartellgericht se aplica en los casos basados tanto en el Derecho de la competencia de la Unión Europea como en el austriaco. En otras palabras, no hay diferencia de trato con origen en el ejercicio de una acción derivada del Derecho de la Unión que haya sido clasificada o tratada de modo diferente de una situación puramente interna. <sup>22</sup>

36. En mi opinión, es indiscutible que tal procedimiento es comparable a procedimientos nacionales tanto civiles como penales, pues no le afecta la protección de programas de clemencia ni ninguna otra característica particular de los procedimientos de Derecho público en materia de defensa de la competencia.

37. Por lo tanto, propongo que se responda a la segunda cuestión declarando que el principio de equivalencia en el Derecho de la Unión Europea no se opone a una disposición nacional como la del artículo 39, apartado 2, de la KartG.

16 — Sentencia de 19 de julio de 2012, Littlewoods Retail y otros (C-591/10), apartado 31.

17 — Sentencia Littlewoods Retail y otros, citada en la nota 16, apartado 31.

18 — Sentencia Littlewoods Retail y otros, citada en la nota 16, apartado 31, en remisión a la sentencia de 29 de octubre de 2009, Pontin (C-63/08, Rec. p. I-10467).

19 — Sentencia de 8 de septiembre de 2011, Rosado Santana (C-177/10, Rec. p. I-7907), apartado 90 y la jurisprudencia allí citada.

20 — Véanse las sentencias Rosado Santana, citada en la nota 19, apartado 91, y de 19 de junio de 2003, Pasquini (C-34/02, Rec. p. I-6515), apartados 64 a 73.

21 — Sentencia de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales (C-118/08, Rec. p. I-635), apartado 46.

22 — Sentencia Pasquini, citada en la nota 20, apartado 59.

### C. Respuesta a la primera cuestión

#### 1. Observaciones preliminares

38. En la primera cuestión prejudicial, el Kartellgericht solicita orientación acerca de la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una normativa nacional que prohíbe a los terceros acceder a documentos que han sido presentados ante el Kartellgericht si no consienten las partes en dicho procedimiento de Derecho público sobre competencia. La inquietud del órgano jurisdiccional nacional se refiere, más en concreto, a la cuestión de la compatibilidad de dicha prohibición con el derecho a reclamar el resarcimiento de un perjuicio causado por un pacto o práctica prohibidos, en procedimientos civiles contra las partes de dicho pacto, tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Courage y Crehan*<sup>23</sup> y confirmó en la sentencia *Manfredi*.<sup>24</sup>

39. El presente asunto resulta más complejo por el hecho de que parte de la información solicitada por la Asociación fue obtenida en el marco de un programa de clemencia de manos de una de las empresas contra las que la Asociación desea entablar acciones legales.

40. En la sentencia *Pfleiderer*, el Tribunal de Justicia adoptó una postura que, a mi parecer, es perfectamente válida para el presente litigio. Afirmó que ni las disposiciones del Tratado CE en materia de competencia ni el Reglamento n° 1/2003 establecen normas generales sobre la clemencia ni sobre el derecho de acceso a documentos relativos a un procedimiento de clemencia que hayan sido voluntariamente entregados a una autoridad nacional de defensa de la competencia en virtud de un programa nacional de clemencia.<sup>25</sup> El Kartellgericht continuó concluyendo que, a falta de una normativa imperativa de Derecho de la Unión Europea en esta materia, corresponde a los Estados miembros establecer las normas nacionales sobre el derecho de acceso de las personas perjudicadas por un cártel a los documentos de los procedimientos de clemencia,<sup>26</sup> con la condición de que no pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la ejecución de la normativa de la Unión Europea y, específicamente en el ámbito del Derecho de la competencia, deben velar por que las normas que establecen o aplican no menoscaben la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.<sup>27</sup>

41. Esto llevó al Tribunal de Justicia, en el asunto *Pfleiderer*, a una conclusión que es igualmente válida para el presente litigio, pese al diferente contexto institucional de aquél, que se refería al acceso a documentos administrativos, y no a documentos judiciales. En concreto, declaró que, al examinar una solicitud de acceso a los documentos en el marco de un programa nacional de clemencia, es necesario ponderar la protección de la información aportada voluntariamente por un solicitante de clemencia (cuya eficacia podría verse afectada y, por ende, la aplicación efectiva de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, por el traslado de los documentos de un procedimiento de clemencia a las personas que desean ejercitar una acción por daños y perjuicios),<sup>28</sup> frente a la necesidad de velar por que la

23 — Citada en la nota 3, apartado 26.

24 — Citada en la nota 3, apartado 78.

25 — Sentencia citada en la nota 2, apartado 20. En el apartado 21 de la sentencia *Pfleiderer*, el Tribunal de Justicia observó que ni la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la red de autoridades de competencia (DO 2004, C 101, p. 43), ni la relativa a la dispensa de pago de las multas y a la reducción de su importe en casos de cártel (DO 2006, C 298, p. 17), ambas relacionadas con la clemencia, son vinculantes para los Estados miembros. En el apartado 22 de la sentencia *Pfleiderer* señaló que, en el ámbito de la REC, en el año 2006 se elaboró y adoptó un programa modelo sobre clemencia, que pretendía armonizar determinados elementos de los programas nacionales en la materia. Dicho programa modelo tampoco tenía efectos imperativos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

26 — Sentencia *Pfleiderer*, citada en la nota 2, apartado 23.

27 — Sentencia *Pfleiderer*, citada en la nota 2, apartado 24, y la jurisprudencia citada.

28 — Sentencia *Pfleiderer*, citada en la nota 2, apartados 25 a 26. Asimismo, suscribo el argumento del Abogado General Mazák, en el punto 34 de sus conclusiones presentadas en el asunto *Pfleiderer*, citadas en la nota 5, cuando dice que, «si bien un Estado miembro, a través de sus autoridades de competencia, aplica el programa de clemencia con objeto de garantizar el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, considero que, a pesar de la autonomía procesal que dicho Estado miembro posee para aplicar dicha disposición, debe garantizar el establecimiento del programa y que funcione de forma eficaz».

regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación.<sup>29</sup> Tal ponderación, a juicio del Tribunal de Justicia, sólo puede efectuarse por los órganos jurisdiccionales nacionales caso por caso.<sup>30</sup> En breve volveré sobre el significado de estas conclusiones.

42. Por otro lado, tal como observó el Tribunal de Justicia en el asunto Van Schijndel, cada caso en el que se plantea la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión Europea debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus particularidades, ante las distintas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de la seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento.<sup>31</sup> Por lo tanto, también se ha de tener debidamente en cuenta este principio.

43. Sin embargo, pese a la relevancia de las conclusiones en el asunto Pfeleiderer para el presente litigio, es igualmente importante ser consciente de las diferencias. En aquel caso, el órgano jurisdiccional remitente solicitó orientación sobre las repercusiones que el acceso de un tercero perjudicado a *la información comunicada por un solicitante de clemencia* a una autoridad nacional de competencia podría tener en el sistema de cooperación e intercambio de información establecido en los artículos 11 y 12 del Reglamento n° 1/2003, en el marco de un procedimiento de clemencia.<sup>32</sup>

44. Pero la primera cuestión del presente asunto versa sobre una prohibición impuesta por la legislación nacional para *todos* los documentos que obren en autos ante el Kartellgericht si no consienten las partes, ya correspondan o no a un procedimiento de clemencia, y que impide al órgano jurisdiccional nacional realizar la ponderación ordenada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Pfeleiderer.

45. Dicho de otra manera, en ciertos aspectos, el presente litigio guarda mayor proximidad con el problema analizado por el Tribunal de Justicia en el asunto Courage y Crehan, referido a una prohibición impuesta por el Derecho del Reino Unido a las demandas de indemnización por partes en contratos ilegales que incluyesen pactos contrarios al artículo 101 TFUE. A mi parecer, la idea clave se expresó en el apartado 26 de dicha sentencia:

«La plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la *posibilidad* de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.»<sup>33</sup>

46. Por lo tanto, la cuestión fundamental es la siguiente: ¿significa la restricción austriaca, tal como la describe el Kartellgericht, que no existe posibilidad para la Asociación ni para sus empresas miembros de demandar indemnización por los perjuicios que les causó un cártel ilegal, en el sentido de que la prohibición austriaca lo hace imposible en la práctica o excesivamente difícil?<sup>34</sup> Siguiendo lo declarado

29 — Sentencia Pfeleiderer, citada en la nota 2, apartado 30.

30 — Sentencia Pfeleiderer, citada en la nota 2, apartado 31.

31 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel (C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705), apartado 19.

32 — Véanse las conclusiones del Abogado General Mazák, citadas en la nota 5, punto 22.

33 — El subrayado es mío.

34 — Tal como se apreció, por ejemplo, en la sentencia de 22 de diciembre de 2010, DEB (C-279/09, Rec. p. I-13849), donde se consideró que podría ser contraria al derecho de acceso a los tribunales una normativa nacional que exige el pago anticipado de costas procesales antes de interponer una demanda de responsabilidad en un Estado miembro, no habiendo beneficio de justicia gratuita. La apreciación de si sucedía así se dejó al órgano jurisdiccional nacional.

por el Tribunal de Justicia en la sentencia DEB, se debe comprobar si la Asociación dispone de una vía de recurso que le garantice una tutela judicial efectiva de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>35</sup> ¿puede invocar sus derechos derivados del Derecho de la Unión Europea ante un juez austriaco?<sup>36</sup>

47. Por último, debe tenerse en cuenta el artículo 19 TUE, apartado 1, y en qué medida ofrece una garantía adicional al principio de efectividad. Con arreglo a dicha disposición, los Estados miembros deben establecer las vías de recurso «necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». En otras palabras, en virtud de ese artículo del tratado, la tutela judicial efectiva para los derechos derivados de la normativa de la Unión Europea parece ser de un grado de exigencia mayor que la clásica fórmula referida a la práctica imposibilidad o la excesiva dificultad. En mi opinión, esto significa que los recursos nacionales deben ser accesibles, rápidos y razonablemente económicos.<sup>37</sup>

48. Desde el punto de vista de la política de la competencia, el presente caso se refiere al debate relativo a la llamada aplicación privada de las normas de la competencia. A diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, ese concepto quizás no sea aquí el más adecuado, teniendo en cuenta que, en la normativa de la Unión Europea sobre competencia, no existen instrumentos como una exhibición del sumario, las acciones colectivas y los daños punitivos. En mi opinión, las víctimas de restricciones a la competencia en la Unión Europea, a diferencia, quizá, de sus homólogos estadounidenses, se limitan a pedir protección legal de un derecho privado, y no a pedir que se aplique una política pública.

## 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre las normas probatorias y los principios generales del efecto útil

49. De la jurisprudencia se desprende que los Estados miembros deben velar por que las normas probatorias y, en particular, las que rigen la carga de la prueba en las demandas relativas a infracciones del Derecho de la Unión Europea no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil que los particulares ejerciten los derechos que les otorga el Derecho de la Unión Europea.<sup>38</sup>

50. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha declarado que corresponde al juez nacional comprobar si un justiciable que desee interponer una demanda de responsabilidad del Estado en virtud del Derecho de la Unión Europea puede acogerse al procedimiento excepcional que permite el examen de testigos o, de no ser así, si puede aportar de otro modo, por ejemplo, por escrito, la prueba de los daños sufridos.<sup>39</sup> En caso contrario, el régimen de prueba haría prácticamente imposible o excesivamente difícil (en especial, lo primero) el ejercicio por el justiciable de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.<sup>40</sup> En otras palabras, las restricciones probatorias que son

35 — Sentencia de 11 de septiembre de 2003, Safalero (C-13/01, Rec. p. I-8679), apartado 54.

36 — Véanse las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas el 21 de enero de 2009 en el asunto Mono Car Styling (sentencia de 16 de julio de 2009, C-12/98, Rec. p. I-6653), punto 84, en que cita la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271).

37 — Véase, por analogía, la sentencia DEB, citada en la nota 34.

38 — Sentencias de 3 de febrero de 2000, Dounias (C-228/98, Rec. p. I-577), apartado 69 y la jurisprudencia allí citada, de 29 de abril de 2004, Pusa (C-224/02, Rec. p. I-5763), apartado 44 y de 24 de abril de 2008, Arcor (C-55/06, Rec. p. I-2931), apartado 191 y la jurisprudencia allí citada. Sobre las normas probatorias, véanse las sentencias de 7 de septiembre de 2006, Laboratoires Boiron (C-526/04, Rec. p. I-7259), apartados 52 a 57, y de 1 de julio de 2010, Speranza (C-35/09, Rec. p. I-6581), apartado 47.

39 — Sentencia Dounias, citada en la nota 38, apartado 71.

40 — Sentencia Dounias, citada en la nota 38, apartado 71.

«cruciales para la argumentación de la parte demandante»<sup>41</sup> son incompatibles con el efecto útil. Otras normas probatorias que el Tribunal de Justicia ha considerado sujetas al control de los órganos jurisdiccionales nacionales en cuanto al incumplimiento del principio de efecto útil son las que afectan al principio de igualdad de armas.<sup>42</sup>

51. A mi parecer, condicionar el acceso a expedientes judiciales de Derecho público sobre competencia al consentimiento del infractor de las normas de competencia constituye un considerable factor disuasorio para el ejercicio del derecho a indemnización por infracción de la legislación de la Unión Europea en materia de competencia.<sup>43</sup> El Tribunal de Justicia ha declarado que, si un justiciable ha sido disuadido por el infractor de interponer una demanda en tiempo oportuno, dicho infractor no puede acogerse a las normas procesales nacionales relativas a los plazos para interponer la demanda.<sup>44</sup> Yo no veo motivo para limitar la aplicación de este principio a las normas de plazos, y abogaría por extenderlo a las normas onerosas sobre la prueba con un efecto disuasorio análogo.<sup>45</sup> Asimismo, yo estudiaría la compatibilidad con el artículo 19 TUE, apartado 1, de los recursos que disuaden del ejercicio de derechos derivados del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

### 3. Artículo 47 de la Carta

52. Como recientemente ha observado el Tribunal de Justicia, el principio de tutela judicial efectiva recogido en el artículo 47 de la Carta consta de diversos aspectos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado.<sup>46</sup> Además, el derecho de acceso a los tribunales también incluye, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una «competencia» en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales para examinar todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para el litigio de que conocen.<sup>47</sup> A mi parecer, un tribunal nacional que decida sobre las consecuencias civiles de una restricción ilegal de la competencia no puede tener tal «competencia» si en la práctica le está vedado acceder a pruebas sustanciales, como los autos de procedimientos de Derecho público sobre competencia, y en que se demuestra que se ha cometido una restricción ilegal de la competencia, como un cártel.

53. Por lo tanto, limitar la disponibilidad de material probatorio crucial socava el derecho de los litigantes a la resolución judicial de su controversia,<sup>48</sup> además de afectar a su derecho a defender eficazmente su causa ante un juez.<sup>49</sup>

41 — Véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas el 23 de septiembre de 1999 en el asunto Dounias, citado en la nota 38, punto 50.

42 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 10 de abril de 2003, Steffensen (C-276/01, Rec. p. I-3735), y de 6 de noviembre de 2012, Otis y otros (C-199/11).

43 — Sentencia de 15 de abril de 2010, Barth (C-542/08, Rec. p. I-3189), apartado 40.

44 — Véase, por ejemplo, la sentencia Levez, citada en la nota 4, apartado 32, en que el engaño de un empresario en cuanto al importe de la retribución percibida por los empleados de sexo masculino que hacían igual trabajo se consideró que había «motivado» el retraso de la señora Levez en la presentación de la demanda.

45 — Véase la clásica sentencia de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio (C-199/82, Rec. p. I-3595).

46 — Sentencia Otis y otros, citada en la nota 42, apartado 48.

47 — Sentencia Otis y otros, citada en la nota 42, apartado 49.

48 — Véanse las conclusiones del Abogado General Darmon presentadas el 29 de mayo de 1991 en el asunto Verholen y otros (sentencia de 11 de julio de 1991, C-87/90 a C-89/90, Rec. p. I-3757), punto 33.

49 — Sentencia DEB, citada en la nota 34, apartado 45, citando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de febrero de 2005, Steel y Morris c. Reino Unido, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-II, § 59.

54. No obstante, el derecho de acceso a los tribunales no constituye un derecho absoluto.<sup>50</sup> Puede estar sujeto a limitaciones, siempre que no afecten a la propia esencia de dicho derecho, persigan un fin legítimo y exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.<sup>51</sup>

55. El artículo 47 es relevante también para el presente caso, pues garantiza la justicia del proceso, lo que sirve para proteger los intereses de las empresas que participaron en el cártel. A mi parecer, en principio, no debe concederse el acceso de terceros a las declaraciones autoinculatorias realizadas por un solicitante de clemencia.<sup>52</sup> El derecho a no declarar contra sí mismo está establecido desde hace tiempo en el Derecho de la Unión Europea<sup>53</sup> y se puede oponer directamente frente a las autoridades nacionales de defensa de la competencia que apliquen disposiciones del Derecho de la Unión Europea.<sup>54</sup>

56. Es cierto que los programas de clemencia no garantizan la protección frente a las demandas de indemnización,<sup>55</sup> y que el derecho a no autoinculparse no se aplica en materia de Derecho privado. No obstante, consideraciones de política pública y de equidad hacia la parte que ha realizado declaraciones inculatorias en el marco de un programa de clemencia son sólidos argumentos en contra de permitir el acceso a expedientes judiciales de procedimientos de Derecho público sobre competencia cuando la parte beneficiaria ha actuado como testigo para la autoridad de defensa de la competencia.

#### 4. Aplicación al presente asunto

57. El Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho de la Unión Europea obliga a los Estados miembros a asegurar que la normativa nacional no «vulnere» el derecho a una tutela judicial efectiva,<sup>56</sup> y no se puede impedir a los afectados defender sus derechos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. ¿Tiene tal efecto la prohibición austriaca de acceder a los procedimientos del Kartellgericht sin el consentimiento de todas las partes?

58. El Tribunal de Justicia ha declarado que la divulgación a terceros de los documentos intercambiados entre la Comisión y las empresas en el curso de un procedimiento de control de las operaciones de concentración entre empresas perjudicaría, en principio, tanto la protección de los objetivos de las actividades de investigación como la de los intereses comerciales de las empresas implicadas en dicho procedimiento, aun cuando dicho procedimiento haya concluido.<sup>57</sup> Sin embargo, este tipo de principios<sup>58</sup> entran en colisión en el plano de la Unión Europea con las normas que rigen el acceso a documentos y con la obligación de transparencia, recogidos tanto en la legislación como en el Derecho primario de la Unión Europea.<sup>59</sup>

50 — Sentencia DEB, citada en la nota 34, § 45.

51 — Sentencia DEB, citada en la nota 34, § 47, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 13 de julio de 1995, *Tolstoy-Miloslavsky c. Reino Unido*, serie A n° 316-B, §§ 59 a 67, y de 19 de junio de 2001, *Kreuz c. Polonia*, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-VI, §§ 54 y 55. Véase también el punto 38 de las conclusiones presentadas por la Abogado General Sharpston en el asunto Unibet, sentencia citada en la nota 36.

52 — Conclusiones del Abogado General Mazák en el asunto Pfeleiderer, citadas en la nota 5, punto 46.

53 — Véase la clásica sentencia de 18 de mayo de 1982, *AM & S/Comisión* (C-155/79, Rec. p. I-1575).

54 — Reiterado recientemente en la sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2012, *Nexans France* (T-135/09), apartado 128 y la jurisprudencia allí citada. Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals* (C-550/07 P, Rec. p. I-8301).

55 — Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DO 2006, C 298, p. 22), apartado 39. «El hecho de que se conceda una dispensa del pago o una reducción del importe de la multa no exime a la empresa de las consecuencias civiles de su participación en una infracción del artículo 81 CE.»

56 — Sentencia *Mono Car Styling*, citada en la nota 36, apartado 49 y la jurisprudencia allí citada.

57 — Sentencia de 28 de junio de 2012, *Comisión/Éditions Odile Jacob* (C-404/10 P), apartados 123 a 124.

58 — A esto se podría añadir, por ejemplo, el concepto relacionado de la protección de secretos comerciales. Sentencias de 29 de marzo de 2012, *Interseroh Scrap and Metals Trading*, C-1/11, y de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros (C-305/05, Rec. p. I-5305).

59 — Véase, en particular, el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO L 145, p. 43).

59. En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha desarrollado un cuerpo de jurisprudencia que ha incluido casos que entran en el terreno del acceso a documentos en poder de la Comisión en investigaciones de defensa de la competencia,<sup>60</sup> lo que implica la ponderación entre imperativos de este tipo, y en referencia a la evaluación de cada documento solicitado. Esto significa que, a escala de la Unión Europea, resulta inadmisibles una prohibición absoluta de acceso a documentos de la Comisión reunidos en el marco de una investigación de cárteles.

60. Estos principios, que han sido desarrollados en relación con el acceso a documentos en poder de la Comisión, no se pueden trasladar directamente al plano nacional. Sin embargo, sí ofrecen un contexto, un marco y una perspectiva para valorar la compatibilidad de la prohibición absoluta del Derecho austriaco con el principio de efecto útil.

61. De forma análoga, y tal como quedó patente en la sentencia Pfleiderer, también se debe prestar la debida atención al principio de protección de los programas de clemencia. Con arreglo al punto 26 de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE,<sup>61</sup> «[...] la Comisión no transmitirá a los órganos jurisdiccionales nacionales información proporcionada voluntariamente por un solicitante de clemencia sin su consentimiento», aunque, como ya he mencionado, la concesión de clemencia por parte de la Comisión Europea no ofrece ninguna garantía en el marco de un procedimiento civil de indemnización.<sup>62</sup>

62. Consideraciones de este tipo son igualmente válidas al valorar la compatibilidad del artículo 39, apartado 2, de la KartG, especialmente por el papel complementario que desempeñan en la Unión Europea los procedimientos civiles de indemnización<sup>63</sup> en cuanto a la aplicación del Derecho de la competencia. Así las cosas, el derecho de los particulares reconocido en las sentencias Courage y Crehan y Manfredi a exigir resarcimiento a los operadores económicos que hayan infringido el Derecho de competencia de la Unión Europea, a mi parecer, no se debe llevar al extremo de comprometer la eficacia de los mecanismos de defensa del Derecho público, ya sean de ámbito europeo o nacional.

63. Se ha defendido la disposición austriaca con el argumento de que el legislador austriaco ha efectuado la ponderación necesaria entre los intereses públicos y privados contrapuestos y ha considerado oportuno dar total preferencia al interés público relativo a la aplicación eficaz de las normas de competencia. Sin embargo, yo soy de la opinión de que, salvo en ciertas situaciones ajenas al Derecho de la competencia, un ejercicio de ponderación que no deje margen alguno a uno de los intereses en juego no es compatible con el principio de proporcionalidad.

64. Por lo tanto, desde el punto de vista de la proporcionalidad, entiendo que sería más adecuada una normativa que ofreciese protección absoluta a los participantes en un programa de clemencia pero que exigiese la ponderación entre los intereses de otros participantes en prácticas colusorias y los intereses de las presuntas víctimas. En Austria, la protección de la confidencialidad en los expedientes del

60 — Sentencia Comisión/Éditions Odile Jacob, citada en la nota 57, y sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012, EnBW Energie Baden-Württemberg (T-344/08).

61 — DO 2004, C 101, p. 54.

62 — Cabe mencionar que el Tribunal General recientemente ha apreciado la necesidad de permitir a las partes consultar los expedientes de la Comisión en su registro cuando el asunto se basaba en información facilitada por una empresa en el contexto de clemencia. Véase la sentencia de 14 de noviembre de 2012, Prysmian y Prysmian Cavi e Sistemi Energia (T-140/09).

63 — Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al Libro Blanco sobre acciones de responsabilidad por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, SEC(2008) 404, apartado 2, página 7.

Kartellgericht no se limita a los secretos comerciales de las empresas participantes. Además, a mi parecer y con la excepción de las empresas beneficiarias de la clemencia, la participación en una restricción ilegal de la competencia no constituye un secreto comercial que merezca la protección del Derecho de la Unión Europea.<sup>64</sup>

65. Por lo tanto, entiendo que una prohibición absoluta de acceder a los expedientes judiciales en poder del Kartellgericht sin el consentimiento de las partes es un obstáculo desproporcionado al derecho de acceso a los tribunales garantizado por el artículo 47, especialmente cuando, como se indica en los autos, las sentencias del Kartellgericht no se hacen públicas.

66. En mi opinión, el principio del efecto útil lo que exige es que el juez nacional que ha de decidir sobre el acceso de terceros a los autos disponga de herramientas para efectuar una ponderación del tipo esbozado en la sentencia Pfeleiderer. Tal ponderación permitiría al juez nacional confrontar todos los factores en juego, como la protección de los secretos comerciales legítimos de las empresas participantes en la restricción y la obligación que incumbe los Estados miembros en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, de establecer las vías de recurso «necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». El legislador nacional puede regular qué factores se han de tener en cuenta en esa ponderación, pero no impedir que se realice, salvo, quizá, respecto a la información facilitada por empresas beneficiarias de clemencia.

67. Dicho esto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien «el Tratado CE introdujo una serie de acciones directas que los particulares pueden, en su caso, ejercitar ante el juez comunitario, no se propuso crear, para la preservación del Derecho comunitario, vías jurisdiccionales nacionales distintas de las establecidas en el Derecho nacional. [...] Sólo cabe llegar a una solución diferente cuando el sistema establecido por el ordenamiento jurídico nacional de que se trate no permita ninguna vía jurisdiccional, siquiera de carácter incidental, que garantice el respeto de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables.»<sup>65</sup>

68. Por lo tanto, al realizar su valoración, el Kartellgericht está obligado a considerar debidamente medios alternativos de práctica de prueba disponibles en el Derecho austriaco. Esto incluye, por ejemplo, normas procesales sobre la revelación de documentos en el marco del procedimiento civil, o normas que regulen el acceso a documentos administrativos de la Bundeswettbewerbsbehörde, junto con los artículos 219, apartado 2, y 273 de la ZPO, antes de decidir qué partes de sus expedientes se deben divulgar a terceros, en su caso, para cumplir con la tutela judicial efectiva en las demandas indemnizatorias contra los operadores económicos declarados culpables de infringir el artículo 101 TFUE, a semejanza de los asuntos Courage y Crehan y Manfredi. Esta misma operación se debe realizar con respecto a la cuantificación de los perjuicios.<sup>66</sup>

69. En conclusión, dentro de los parámetros que establezca el legislador nacional y siempre que respete los principios del Derecho de la Unión Europea antes desarrollados, debe haber cierto margen de ponderación entre el interés público relativo a la aplicación eficaz de la normativa sobre competencia y los intereses privados de las víctimas de infracciones de esa misma normativa.

64 — Véanse las observaciones relativas a los secretos comerciales en mis conclusiones presentadas el 7 de junio de 2012 en el asunto Westbahn Management (sentencia de 22 de noviembre de 2012, C-136/11), punto 33. La Comisión siempre ha publicado sus decisiones en aplicación del Derecho europeo de la competencia reservándose, en su caso, los elementos constitutivos de secretos comerciales.

65 — Sentencia Unibet, citada en la nota 36, apartados 40 y 41 y la jurisprudencia citada.

66 — La Abogado General Sharpston ha argumentado que los problemas prácticos de cuantificación no bastan para que la demanda de indemnización sea «prácticamente imposible o excesivamente difícil». Véase el punto 49 de sus conclusiones presentadas en el asunto Unibet, citadas en la nota 51. A mi parecer, se trata aquí de una cuestión del grado de dificultad, que debe ser valorada por el órgano jurisdiccional nacional a la luz del artículo 19 TUE, apartado 1.

70. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión en el sentido de que el principio de tutela judicial efectiva, a la luz del artículo 19 TUE, apartado 1, se opone a una disposición del Derecho nacional de competencia como la del artículo 39, apartado 2, de la KartG, que prohíbe el acceso a los expedientes del Kartellgericht a terceros que deseen interponer demandas civiles de indemnización contra participantes en cárteles sin el consentimiento de éstos.

## V. Conclusión

71. En consecuencia, propongo las siguientes respuestas a las cuestiones planteadas por el Kartellgericht:

- «1) El principio de eficacia del Derecho de la Unión Europea, a la luz del artículo 19 TUE, apartado 1, se opone a una disposición nacional en materia de cárteles que supedita la concesión del acceso a documentos de un órgano jurisdiccional nacional reunidos en un procedimiento nacional sobre Derecho europeo de competencia a terceros que no sean parte en dicho procedimiento pero que deseen preparar una demanda por daños y perjuicios contra los integrantes de un acuerdo que ha sido objeto del procedimiento sobre competencia, a condición de que den su consentimiento todas las partes de dicho procedimiento. Sólo será diferente la respuesta si la normativa nacional ofrece formas alternativas de práctica de prueba de la infracción del Derecho europeo de competencia y de determinación del importe de los daños que ofrezcan una tutela judicial efectiva en cuanto al derecho a reclamar una reparación civil por la infracción de dichas disposiciones y que cumplan el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- 2) El principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea no se opone a una disposición nacional que supedita, sin excepción, al consentimiento de todas las partes del procedimiento, la concesión del acceso a documentos que obren en poder de un órgano jurisdiccional nacional reunidos en un procedimiento sobre la aplicación del Derecho europeo de competencia a terceros que no sean parte en dicho procedimiento, cuando la norma se aplique de igual manera a procedimientos de competencia meramente internos, aunque difiera de disposiciones nacionales aplicables al acceso de terceros a documentos judiciales en el marco de otros tipos de procedimientos, en particular, procedimientos civiles contenciosos y no contenciosos y procedimientos penales.»