

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
de 27 de febrero de 2014, asunto C-365/12, P,
Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG**

ACCESO A INFORMACIÓN DOCUMENTAL DE INSTITUCIONES EN PROCEDIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA

¿Puede un tercero no denunciante, que se sienta perjudicado por un cártel, obtener acceso a los documentos del expediente administrativo sancionador de la Comisión Europea (incluidos, en particular, los documentos obtenidos en el marco del así llamado programa de clemencia), con base en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 relativo al acceso público a los documentos de las instituciones europeas?

Ésta es esencialmente la cuestión a la que se responde en esta sentencia, fruto del recurso de casación planteado por la Comisión contra la Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012 (as. T- 344/08, EnBW Energie Baden-Württemberg AG/Comisión europea).

Los antecedentes que dieron origen a esta sentencia son los siguientes. La distribuidora de energía EnBW se consideraba perjudicada por un cártel entre productores de conmutadores con aislamiento de gas condenado por la Comisión europea. El procedimiento ante la Comisión se había iniciado en el marco del llamado programa de clemencia por el que la Comisión concede la dispensa o la reducción de la multa a los cartelistas que se autoincriminan y aportan información suficientemente valiosa para la detección y condena del cártel (véase Comunicación sobre el programa de clemencia, *DOUE* C 298 de 2006, p. 17). Tras la condena del cártel por la Comisión europea, EnBW solicitó, con base en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, acceso a ‘todos’ los documentos relativos al procedimiento sancionador con vistas a preparar una acción civil de reclamación de daños y perjuicios contra los cartelistas. Se trataba de una solicitud de máximos pues EnBW quería acceso a los documentos facilitados por los cartelistas en el marco del programa de clemencia, a los requerimientos de información de la Comisión y las respuestas de las partes, a los documentos obtenidos por la Comisión durante las inspecciones en los locales de las empresas, así como otros documentos internos de la Comisión y sus agentes. Alegó que, sin tales documentos, no le sería posible intentar siquiera, con mínimas posibilidades de éxito, una acción de reparación por los daños sufridos. La Comisión Europea, sin embargo, le denegó el acceso por considerar, con carácter general, que todas estas categorías de documentos quedaban cubiertas por algunas de las excepciones al derecho de acceso previstas en el citado reglamento comunitario, en particular para proteger las actividades de inspección e investigación y el proceso de toma de decisiones (artículo 4.2, guión tercero y 4.3 del Reglamento) y/o para proteger los intereses comerciales de los partícipes en el cártel (artículo 4.2, guión primero). Dicha denegación fue recurrida ante el Tribunal General quien estimó el recurso de EnBW dado que, una vez concluido el procedimiento sancionador (como era en su opinión el caso), no cabía aplicar de

manera genérica y abstracta las citadas excepciones y, por el contrario, se imponía un examen concreto e individualizado de cada documento en cuestión. La Comisión Europea recurrió entonces en casación dicha sentencia alegando que (1) era necesario hacer una interpretación armoniosa de las normas generales de acceso previstas en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001 y las normas especiales recogidas en otra normativa específica o sectorial, la normativa de competencia en el caso de autos; (2) era posible denegar el acceso a partir de una presunción general de la necesidad de protección de los documentos para asegurar las actividades de inspección, investigación y toma de decisiones así como los intereses comerciales; (3) la protección se debe mantener mientras el procedimiento no se haya concluido totalmente, lo que no ocurre mientras siga abierta la revisión jurisdiccional de cualesquiera de las resoluciones con la que este procedimiento ha finalizado. El Tribunal de Justicia estimó el recurso de casación dando la razón a la Comisión en los 3 argumentos principales que se acaban de exponer.

El asunto es relevante, en mi opinión, por tres motivos principales:

- primero porque aclara las relaciones entre las normas generales de acceso del Reglamento n.º 1049/2001 y las reglas especiales sobre acceso a documentos de la Comisión europea, en particular en el marco de procedimientos de defensa de la competencia;
- segundo, porque ofrece directrices generales sobre los límites de acceso a la documentación del expediente sancionador de la Comisión, por parte de terceros no denunciados que lo soliciten con vistas a entablar reclamaciones por los daños sufridos por un cártel. Estos límites son un tema especialmente controvertido en lo relativo a los documentos del expediente de clemencia como demuestra jurisprudencia reciente tal como el asunto Pfeiderer (as. C-360/09) o el asunto Donau Chemie (as. C-536/11);
- tercero, porque confirma cuando se debe considerar concluido un procedimiento administrativo sancionador y reflexiona sobre algunas de sus consecuencias en lo relativo al acceso a los documentos del expediente administrativo.

En relación al primer motivo, confirma la necesidad de una interpretación armoniosa de las normas generales y especiales sobre acceso a documentos de las Instituciones. Así considera que, en el caso de autos, a efectos de interpretar las excepciones al derecho de acceso previstas en el Reglamento (CE) n.º 1049/2001, deben tenerse en cuenta las normas de acceso de los reglamentos de competencia n.º 1/2003 y 773/2004 que permiten un acceso limitado solo a las partes y a los denunciados. Asevera que si personas distintas de las que disponen del derecho de acceso al expediente en virtud de los Reglamentos 1/2003 y 773/2004, pudieran obtener acceso generalizado a los documentos con fundamento en el reglamento 1049/2001, se alteraría el régimen instaurado por las reglas especiales y se podría poner en peligro el equilibrio entre distintos intereses que el legislador ha querido asegurar a través de

ese acceso restringido regulado en los Reglamentos 1/2003 y 773/2004. Además la actividad administrativa de la Comisión no exige un acceso tan amplio como el relativo a la actividad legislativa. Por todo ello, el Tribunal acepta que, a efectos de aplicar las excepciones al derecho de acceso regulado en el Reglamento 1049/2001, la Comisión esté facultada para presumir, sin llevar a cabo un examen concreto e individual de cada uno de los documentos que el acceso perjudicaría, en principio tanto la protección de los intereses comerciales de las empresas como los objetivos de las actividades de investigación. Esta presunción general resulta especialmente indicada cuando, como ocurre en el caso de autos, la solicitud de acceso no se refería a un documento o varios documentos en concreto, sino a un conjunto de ellos (todos los del expediente administrativo). A una solicitud global cabe responder de una manera igualmente global. No es la primera vez que el Tribunal ha reconocido a la Comisión la posibilidad de utilizar estas presunciones generales. Ya lo había hecho con anterioridad en relación a procedimientos de defensa de la competencia en el marco del control de ayudas de Estado (as. TGI, C-139/07 P) y control de concentraciones (as. Comisión/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P, y Comisión/Agrofert Holding, C-477/10 P). Ahora lo extiende a procedimientos sobre conductas restrictivas, en particular cárteles. Es importante señalar que la presunción general no excluye la posibilidad de demostrar que un documento concreto no está cubierto por la presunción o que existe un interés público superior que justifica el acceso.

En relación al segundo motivo, la cuestión clave era valorar precisamente si el derecho de EnBW a la reparación de los daños sufridos por el cártel y la intención por ella manifestada de usar la información solicitada a tal fin podía desvirtuar la presunción general o ser considerado un interés superior que respaldase el acceso. Esta valoración exige, como el Tribunal ya señaló en otro contexto en los asuntos Pfeiderer y Donau Chemie, una ponderación de intereses entre, por un lado, el derecho de la víctima de un cártel a la reparación de los daños sufridos y, por otro lado, la necesidad de mantener los incentivos del programa de clemencia que está resultando un instrumento muy efectivo en la lucha contra los cárteles. En efecto el riesgo de facilitar el acceso al expediente de clemencia a los terceros perjudicados por el cártel puede radicar en que los cartelistas carezcan ya de incentivos suficientes para solicitar clemencia. Sin esos incentivos, puede que no se detecte o no se pueda sancionar administrativamente el cártel, lo que a su vez haría mucho más difícil cualquier acción de reclamación de daños. ¿Cómo se realiza esta compleja ponderación en este asunto? Llama la atención la divergencia en este punto del Abogado General y el Tribunal. El primero favorece la posición de EnBW al considerar que la Comisión había basado su denegación en consideraciones abstractas (referida al daño a los programas de clemencia si se facilitaba el acceso) mientras que EnBW había justificado su necesidad de acceso para hacer efectivo su derecho de reparación. Es pues partidario de un derecho de acceso más amplio en estos casos. Aun a riesgo de perjudicar los incentivos para acudir al

programa de clemencia, cree que la máxima eficacia de los mismos no debe justificar el sacrificio sin más del derecho de los afectados a ser indemnizados y, con carácter general, el menoscabo de su tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cambio el Tribunal opina que para garantizar la protección efectiva del derecho a reparación no es necesario que se le transmitan todos los documentos del expediente sancionador dado que es improbable que la acción de indemnización deba fundamentarse en todos ellos. Corresponde pues al solicitante de acceso acreditar la necesidad de acceder a uno o varios documentos concretos del expediente. Solo si se acredita dicha necesidad, existiría un interés público superior que respaldaría el acceso. El Tribunal es pues menos favorable a EnBW: le parece que es esta empresa la que ha basado su solicitud en consideraciones abstractas y no la Comisión como había sugerido el Abogado general.

Por último, en relación al tercer motivo, el Tribunal confirma que la presunción general relativa a la protección de los objetivos de la investigación debe mantenerse mientras el procedimiento no haya concluido y esto no ocurrirá mientras la decisión administrativa no sea firme. No era el caso de autos dado que, tanto en el momento de la solicitud de acceso como en el de su denegación, había revisiones jurisdiccionales pendientes. Si las impugnaciones prosperasen, la Comisión podría tener que reabrir el procedimiento por lo que la situación es equiparable a la de no haber adoptado todavía una decisión. En ambos escenarios, el acceso a ciertos documentos podría dañar los objetivos de la investigación.

Jerónimo MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS
Profesor Titular de Derecho de la Unión Europea
Coordinador del Centro de Política de la Competencia
Instituto de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
maigon@ceu.es