



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA
www.aedc.es

**COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN
EUROPEA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN
CONFIDENCIAL PARA LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA
COMPETENCIA DE LA UE POR PARTE DE LOS ÓRGANOS
JURISDICCIONALES NACIONALES**

I. Introducción

La Asociación Española para la Defensa de la Competencia (en adelante, la “**Asociación**”), en su continua labor de estudio, difusión y proposición a organismos e instituciones competentes, tanto a nivel nacional como europeo, de todas aquellas medidas e iniciativas que puedan contribuir a la mejora de la normativa en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal, ha realizado un análisis pormenorizado de la Propuesta de Comunicación de la Comisión Europea sobre la Protección de la Información Confidencial para la aplicación privada del Derecho de la Competencia de la UE por parte de los organos jurisdiccionales nacionales (en adelante, la “**Propuesta de Comunicación**” o la “**Propuesta**”). Tras su análisis, la Asociación considera oportuno realizar los comentarios que se incluyen en el presente documento.

La Propuesta se refiere, tanto en su título como en varias partes del texto, a la aplicación de la comunicación a las acciones por daños referidas a infracciones del Derecho de la Competencia “*de la UE*”. No obstante, tanto el título de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante, “**Directiva de Daños**”), como sus considerandos y varias de sus disposiciones, se refieren al Derecho de la competencia en sentido amplio, incluyendo las normas de la Unión y las nacionales. En concreto, el artículo 2 de la Directiva de Daños define “*infracción del Derecho de la competencia*” como “*toda infracción de los*

artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional en materia de competencia". Esta definición está ya recogida en la nota al pie 3 de la Propuesta de Comunicación.

Al margen de lo anterior, y por coherencia con el tenor de la versión en español de la Directiva de Daños, la expresión "*Derecho de la Competencia*" podría cambiarse por "*Derecho de la competencia*" ("*competencia*" en minúsculas) y "*Derecho de la competencia de la UE*" por "*Derecho de la competencia de la Unión*".

A la hora de definir el ámbito de aplicación, sería útil aclarar si está restringido a acciones por daños en el caso de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión o si, por el contrario, y en línea con la Directiva de Daños, se extiende a acciones por daños concernientes al Derecho de la competencia de la Unión y nacional ¹.

Y ello porque el acceso a las pruebas a disposición de tribunales y autoridades administrativas para el ejercicio de acciones basadas en las normas de competencia plantea cuestiones de varios tipos:

- De una parte, se reconoce el derecho general de acceso a documentos por razones de transparencia de las Administraciones Públicas (Reglamento nº 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), y esta vía se ha empleado en varias ocasiones en asuntos de competencia como Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau, C-139/07 P, Rec. p. I-5885, de 29 de junio de 2010; Comisión/Éditions Odile Jacob, C-404/10 P, de 28 de junio de 2012; y Comisión/Agrofert Holding, C-477/10 P, de 28 de junio de 2012 y en BW/Comisión, 22 de mayo de 2012.
- Por otro lado, respecto al derecho accesorio y necesario para la plena efectividad del artículo 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, "**TFUE**"), basado en Courage y Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, de 20 de septiembre de 2001; Manfredi y otros, C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619, de 13 de julio de 2006; Pfeiderer, C-360/09, Rec. 2011, p. I-5161, de 14 de junio de 2011; y Donau Chemie y otros, C-536/11, de 6 de junio de 2013; y

¹ Ver nota pie 3 de la Propuesta de Comunicación que recuerda que la Directiva define como Derecho de la Competencia también el derecho nacional.

- Por último, el necesario respeto a las reglas específicas contenidas en Reglamento 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, en el Reglamento nº 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE, y en la ya mencionada Directiva de Daños, sobre armonización de la legislación para facilitar las reclamaciones de daños, y en la nueva Directiva 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

II. Capítulo I. Ámbito de aplicación y objetivo de la presente Comunicación.

- *Párrafo 2*

Dentro del marco general de acciones referidas a la aplicación privada del Derecho de la competencia, no hay mención a las acciones de nulidad, que tienen como fin solicitar la nulidad de cláusulas contractuales que contengan restricciones de la competencia de conformidad con el artículo 101.2 TFUE y la norma nacional correspondiente. En este sentido, y a modo de ejemplo, los tribunales españoles han excluido expresamente la aplicación de las normas que emanan de la Directiva de Daños a las acciones de nulidad (sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de abril de 2018, recurso 419/2016, ES:APM:2018:5951).

En consecuencia, podría considerarse añadir al elenco de acciones en materia de aplicación privada las acciones de nulidad.

- *Párrafo 2.(ii)*

Parece haber una inconsistencia en la expresión “*acciones para medidas cautelares*” en la traducción española de la Propuesta de Comunicación. La expresión “*medidas cautelares*” se correspondería con el concepto de “*interim measures*” en inglés.

La definición empleada en la Propuesta de Comunicación a continuación (“*acciones destinadas a detener un comportamiento contrario a las normas sobre competencia de la UE*”) parece corresponderse más bien, bajo Derecho español, con el concepto de

“*acciones de cesación*”. Esto último guardaría, además, relación con el sentido de la expresión utilizada en las versiones inglesa (“*injunctive relief*”) y francesa (“*recours en cessation*”) de la Propuesta de Comunicación.

Sería aconsejable, por lo tanto, sustituir la expresión “*acciones para medidas cautelares*” por “*acciones de cesación*” en la versión definitiva de la Propuesta de Comunicación.

– *Párrafos 3 y 5*

El párrafo 3 parece indicar que los órganos jurisdiccionales pueden recibir solicitudes de acceso en cualquiera de las formas de acción privada que enumera el párrafo 2.

La Propuesta parece sugerir que las solicitudes de exhibición de prueba en el sentido de la Directiva de Daños pueden formularse en todo tipo de acciones de aplicación privada y “*en particular*”, en las acciones por daños. Ahora bien, el ámbito de aplicación de la Directiva de Daños (lo que incluiría las solicitudes de exhibición de prueba) está restringido a las acciones por daños de conformidad con su artículo 1.

Sería aconsejable aclarar si las recomendaciones en materia de confidencialidad de la presente Propuesta de Comunicación comprenden todo tipo de acciones en materia de aplicación privada del Derecho de la competencia o si, por el contrario, se deberían limitar a las acciones por daños.

– *Párrafo 8*

A efectos puramente ilustrativos de cara a los órganos jurisdiccionales nacionales, podría ser útil hacer una referencia a los trabajos informales de la Comisión Europea en materia de confidencialidad (incluyendo círculos de confidencialidad) en lo referido al acceso al expediente, como los documentos “*Guidance on confidentiality claims during Commission antitrust procedures*”² y “*DG Competition informal guidance paper on confidentiality claims*”³.

III. Capítulo II. Exhibición ante los órganos jurisdiccionales nacionales de pruebas que contengan información confidencial

- Apartado A). Consideraciones pertinentes para la exhibición de pruebas.

² https://ec.europa.eu/competition/antitrust/business_secrets_en.pdf

³ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/guidance_en.pdf

– *Párrafo 10*

El párrafo 10 señala que el acceso “*será necesario*”, de cara a demostrar la existencia de una infracción, probar el nexo causal y valorar la cuantía. Esto no es necesariamente así; a lo sumo podrá ser útil o conveniente. De hecho, la Directiva de Daños solo reconoce el derecho de acceso cuando éste sea necesario (véase art 5.3 de la Directiva de Daños). Cabe proponer cambiar la expresión “*será necesario*” por “*podría ser necesario*”, en la medida en que las solicitudes de exhibición de prueba pueden resultar muy útiles, pero no siempre son necesarias para sustanciar una reclamación de daños y perjuicios.

– *Párrafo 11*

El párrafo 11 se refiere a las acciones “*consecutivas*” por daños. Dado lo infrecuente de esa expresión cabe proponer que se indique entre paréntesis la expresión “*follow-on*”.

– *Párrafo 13*

El párrafo 13 asume, citando la sentencia del Tribunal de Justicia (TJUE), de 14 de marzo de 2019, en el asunto *Skanska* (asunto C-724/17, EU:C:2019:204), que una reclamación dirigida a una sociedad debería comprender los documentos de otras sociedades del grupo. Este es un tema quizá debatible, por lo que cabe proponer que se explique con mayor detalle. Los procedimientos judiciales nacionales presentan elementos formales que pueden dificultar una lectura amplia de las obligaciones en base al concepto de “empresa”, como asume ese apartado.

En relación con el concepto de control a los efectos de la solicitud de exhibición de información y, en particular, la expresión “*Por ejemplo, si las pruebas se encuentran en el disco duro de una filial del demandado, se consideraría que dichas pruebas están bajo el control del demandado*”, podría resultar controvertido por parte de algunos órganos jurisdiccionales nacionales que el razonamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el mencionado asunto *Skanska*), en materia de extensión de la responsabilidad por infracción del artículo 101 TFUE, se considerase automáticamente aplicable a una solicitud de exhibición de información.

En este sentido, bajo Derecho procesal nacional, y sin perjuicio de la aplicación de los principios de efectividad y equivalencia, pueden existir en la práctica elementos puramente formales que dificulten por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales la

aplicación extensiva del concepto de “*empresa*” y de “*control*” en el caso de una cuestión procedimental (no sustantiva) tal y como una solicitud de exhibición de prueba. En particular, esta cuestión podría incidir en la determinación de las partes y de los terceros en un procedimiento civil y, por lo tanto, en el derecho de defensa de la parte requerida.

– *Párrafos 11 a 18*

Los párrafos 14 a 18 recuerdan las limitaciones impuestas en la Directiva respecto del acceso a pruebas en poder de la autoridad de competencia. Es lógico que la Comisión intente limitar sus obligaciones y las de los miembros de la RAC/ECN, pero quizá quepa discutir en qué medida esas limitaciones pueden aplicarse cuando se comprometa la efectividad de los arts. 101 y 102 TFUE, como resulta de la jurisprudencia *Pfleiderer/Donau Chemie*.

Concretamente, el párrafo 18 en relación con la solicitud de exhibición de información contenida en el expediente de la autoridad de competencia, podría ser útil hacer referencia al uso del índice del expediente, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto T-437/07, *CDC Hydrogene Peroxide*, EU:T:2011:752, para. 48), como manera de verificar la disponibilidad de las pruebas y de evaluar la proporcionalidad de la solicitud del demandante.

- Apartado B. Divulgación de información confidencial

El ordenamiento español ha introducido recientemente, primero mediante el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen diversas directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, por el que se incorporaron, entre otras, la Directiva de Daños, y después al incorporar la Directiva nº 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (en adelante, “**Directiva de Secretos Comerciales**”), algunas reglas sobre tratamiento de información confidencial en los procedimientos judiciales⁴. Lo reciente de estas reglas y la consiguiente ausencia de una práctica consolidada en la defensa de la información confidencial implica riesgos tanto de excesiva laxitud en el

⁴ ver art. 15.2 de la Ley 1/2019, sobre Secretos Empresariales.

tratamiento de información confidencial como de limitación injustificada de acceso. A modo de ejemplo, técnicas tan conocidas como la entrega de documentos redactados o acceso “in camera” con prohibición a los abogados de compartir la información con sus clientes son, en la práctica, desconocidas en los procedimientos judiciales en España.

Es por ello que cabe agradecer especialmente la iniciativa de la Comisión al plantear una Propuesta de Comunicación específica sobre estas cuestiones.

– *Párrafo 19*

De acuerdo con el párrafo 19, los ejes son efectivamente la efectividad de las normas de competencia y los legítimos derechos de los titulares de información confidencial.

– *Párrafo 20*

En cuanto al párrafo 20, entendemos que la frase “***el hecho de que la información tenga carácter confidencial no supone un obstáculo para su divulgación***” debería matizarse, refiriéndose a que no existe un impedimento absoluto para su divulgación, pero sí es un obstáculo que se ha de superar mediante técnicas como las que relaciona, por ejemplo, el art. 9 de la Directiva de Secretos Comerciales.

Debe tenerse en cuenta que de acuerdo al artículo 5 del Código Deontológico de la Abogacía Española las comunicaciones por escrito abogado-cliente, así como todos los documentos preparatorios para su defensa son confidenciales. Por lo que debe tenerse en cuenta esta condición por el juez a la hora de valorar la necesidad y pertinencia de divulgarse dicha información.

– *Párrafo 21*

Por lo que respecta al párrafo 21, tampoco convence la expresión “***dicha información debería protegerse en la medida de lo posible***”, que debería reemplazarse por “dicha información deberá protegerse salvo en la medida que impida un ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en las normas de defensa de la competencia así como de los derechos de defensa”. Nos encontramos, efectivamente, ante un principio general limitado, como la propia Directiva de Secretos Comerciales reconoce.

– *Párrafo 22 y 23*

Coincidimos con la idea expresada en los apartados 22 y 23 en el sentido de que el concepto de “información confidencial” es más amplio que el de “secretos comerciales”.

– *Párrafo 24*

En cuanto al párrafo 24, entendemos inconveniente que se rehúya ofrecer una definición aludiendo a la necesidad de una evaluación “caso por caso”. Por supuesto se trata de decisiones individuales, pero se agradecería alguna mayor explicación. Concretamente propondríamos fijar como criterio general reconocer un derecho al mantenimiento del carácter secreto/no público de la información, sin mayor exigencia, y luego plantear la necesidad de equilibrio a fin de no perjudicar el ejercicio del derecho protegido por las normas de competencia. Más adelante volvemos sobre esta cuestión.

También se observa en este párrafo un error, inicialmente de traducción, al señalarse que *“las partes del procedimiento administrativo pueden haber presentado solicitudes de confidencialidad frente a otras partes de dicho procedimiento, pero no podrían presentar las mismas solicitudes frente a las partes que soliciten la exhibición ante el órgano jurisdiccional nacional en el procedimiento civil”*. Cabe entender que se quiere decir que “el hecho de que las partes del procedimiento administrativo hubieran presentado solicitudes de confidencialidad frente a otras partes de dicho procedimiento no implica necesariamente que puedan reclamar el mismo tratamiento frente a las partes que soliciten la exhibición ante el órgano jurisdiccional nacional en el procedimiento civil”.

Por último, el hecho de que la propia Comunicación establezca que lo que es información confidencial se podrá evaluar caso por caso, deja abierta la puerta a que distintos jueces con diferentes criterios en situaciones similares consideren determinada información confidencial, y en otras situaciones no. Debería dejarse claro a que, aparte de la información denominada “documentos de la lista negra y de la lista gris”, existen otros documentos que presumiblemente son confidenciales, en concreto, todos aquellos que guarden relación con la estrategia comercial de la empresa.

Además, debería plantearse la posibilidad de que las partes afectadas por la exhibición de pruebas puedan hacer valer las solicitudes de confidencialidad que se plantearon en el proceso administrativo, ya que si no, se estaría dejando sin contenido dichas solicitudes de confidencialidad.

– *Párrafo 25*

Por lo que respecta al párrafo 25, indudablemente el más importante de esta sección, tenemos diversos comentarios:

- i. Desde un punto de vista sistemático, propondríamos abordar esta cuestión después del párrafo 23, que examina qué constituye “información confidencial” por contraposición a “secretos comerciales”, dejando la cuestión que examina el párrafo 24 (la independencia de la evaluación judicial respecto de las eventuales apreciaciones administrativas) para más adelante.
- ii. Del párrafo 25 parece desprenderse que los jueces nacionales deberían partir de las normas o jurisprudencia nacional para la definición de qué es “información confidencial”, y a partir de ello, “encontrar inspiración” en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la UE”. No es una conclusión evidente, y tampoco parece necesaria. Sugeriríamos una redacción más abierta, tipo “sin perjuicio de las normas nacionales de aplicación, los órganos jurisdiccionales de la UE han considerado lo siguiente... “
- iii. En cuanto al contenido material, y como apuntábamos más arriba, sugerimos partir de un derecho al mantenimiento del **carácter secreto de la información empresarial**, con el único límite de la efectividad de las normas de defensa de la competencia. Ello podría hacerse a partir de la primera parte de la definición de la Directiva de Secretos Comerciales, “información desconocida para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice este tipo de información”. El que su divulgación pueda causar un perjuicio debería presumirse por su propio carácter secreto, más que ser un elemento independiente que requiriera una prueba específica. La definición se completaría con dos casos en que, a pesar de haber carácter secreto, no se protegería la información; a saber:
 - o La información, aun secreta, que ha perdido interés por el transcurso del tiempo, como explica la nota a pie 25 de la Propuesta; y
 - o La información sobre la participación en la infracción, dato cuyo derecho a mantener secreto a fin de preservar la imagen de la empresa ha rechazado la jurisprudencia, como recoge la nota 26.

- iv. Los otros elementos que menciona el párrafo 25 no constituyen, a nuestro entender, parte de la definición, sino elementos a considerar adicionalmente, y deberían recogerse en un párrafo aparte. Se trata de:
- La posibilidad de que la información sea secreta para unas partes y no para otras, actualmente examinada en el párrafo 25 (ii);
 - La posibilidad de que la valoración no dependa necesariamente de la realizada en un eventual procedimiento administrativo previo (actualmente en el párrafo 24).

- Apartado C. Cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales en el marco de la exhibición de pruebas

- *Párrafo 26*

En el momento en el que el órgano jurisdiccional nacional solicite a la Comisión que se pronuncie sobre cuestiones relacionadas con la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE, debería notificarse dicha solicitud a las partes interesadas y dar opción a que las partes formulen alegaciones. Y debería ser facilitada una copia de la información aportada por la Comisión a las partes interesadas.

IV. Capítulo III. Medidas para la protección de la información confidencial

- Apartado A. Introducción

- *Párrafo 30 a 35*

Los apartados 30 a 36 proporcionan un marco general sobre las medidas que pueden adoptar los jueces para garantizar el respeto a la información confidencial.

Llama la atención la muy limitada referencia que se realiza a la Directiva de Secretos Comerciales. Si bien la misma no se aplica a todas las informaciones confidenciales, esta Directiva fija criterios respecto del tratamiento de secretos comerciales en el proceso judicial (art. 9 de la Directiva de Secretos Comerciales) que parecen importantes para otros procedimientos, como en este caso los de aplicación privada de las normas de competencia. De hecho, en su incorporación al ordenamiento español se ha previsto la ampliación de las reglas sobre confidencialidad a los otros procedimientos en que se examinen secretos de esa naturaleza.

En este mismo sentido, llama la atención la referencia a la posibilidad que recoge el borrador de Propuesta de Comunicación de limitar el círculo de personas a las que se les permite acceder a la información solo a representantes jurídicos, algo que excluye la Directiva de Secretos Comerciales por razones de derecho de defensa (cfr. Art. 9.2).

También llama la atención la ausencia en esta introducción general de referencia alguna al principio de proporcionalidad. Como ya hemos indicado, el acceso a información confidencial solo se admite cuando ello es necesario para el ejercicio de un derecho, siendo necesario en todo momento mantener el equilibrio entre el derecho a la confidencialidad y la efectividad de las reclamaciones basadas en las normas de competencia, como refleja el párrafo 19 del borrador de la Propuesta de Comunicación.

- Apartado B. Círculos de confidencialidad

Desde un punto de vista sistemático, consideramos preferible cambiar el orden, empezando por las técnicas de tratamiento de información confidencial más sencillas (la denominada “disociación” y el nombramiento de expertos) y pasando luego a los círculos de confidencialidad.

- *Párrafo 38, 38 y 40*

Los párrafos iniciales (38, 39 y 40) de esta sección plantean la opción de los círculos de confidencialidad en términos elogiosos, mostrando sus ventajas. Sin negarlas o desconocerlas en absoluto, se echa en falta una palabra de cautela desde el inicio respecto, por ejemplo, de la necesidad de determinar previamente si es realmente necesario y proporcionado dar este tipo de acceso, qué riesgos implica que la información llegue a determinadas qué personas y por qué no es posible o adecuado recurrir a una de las medidas más seguras, que sin duda son la disociación o el nombramiento de expertos.

- *Párrafo 41*

En el párrafo 41, desarrollado posteriormente en los párrafos 67 a 72, se hace referencia al ahorro que implica la entrega por medios informáticos. Esta descripción es poco precisa respecto de las cautelas que el órgano jurisdiccional deberá valorar, refiriéndose indistintamente a entrega de información en soporte físico, usb, CD-ROM y nube, lo que podría llevar a considerarlos indistintamente. Ello sería un grave error por el riesgo de confusión asociado.

– *Párrafo 63 a 72*

Por último, se echa en falta una referencia concreta a las técnicas que deberían exigirse en todo caso para estas formas de acceso respecto a la imposibilidad de copiar o transmisión de la información confidencial. La referencia contenida en los párrafos 63 y siguientes a los compromisos por escrito de los miembros del círculo no sustituye en caso alguno la presencia de estos mecanismos, sin los cuales generalmente no debería admitirse la organización de un círculo de confidencialidad.

- Apartado C. Disociación

Como ya se ha apuntado al examinar los círculos de confidencialidad, proponemos desde un punto de vista sistemático relacionar las técnicas de menos a más dificultosa desde la perspectiva de su riesgo y técnicas de gestión. Este es, por otra parte, el orden que sigue el párrafo 18 de la Exposición de Motivos de la Directiva de Daños. A tal efecto, y de la misma forma que ese párrafo, propondríamos comenzar por el método denominado de “disociación”, sin duda el más sencillo y, tras este, los basados en audiencias limitadas o círculos de confidencialidad.

Entendemos en efecto que la “disociación”, término que propondríamos sustituir por la expresión “elaboración de versiones no confidenciales”, comúnmente empleada en España, es inicialmente la técnica más fácil de administrar, y en muchos casos permite un acceso suficiente, siempre que se administre adecuadamente. Así lo recoge, por lo que respecta al acceso a los expedientes, Propuesta de Comunicación en su párrafo 17.

No obstante lo anterior, coincidimos con el Borrador que la disociación en algunos casos no es adecuada, siendo necesario combinarla con un círculo de confidencialidad, más o menos restringido.

De otra parte, observamos que el borrador propone que sean las autoridades judiciales las que, en su caso, impartan orientaciones generales de conformidad con las normas procesales nacionales (párrafo 82). Esto tiene sin duda mucho sentido en algunas jurisdicciones, pero podría ser más difícil en otras, por lo que se agradecería una mayor concreción respecto de técnicas comúnmente empleadas a este fin.

– *Párrafo 80, 81 y 84*

En relación con la posibilidad de oír a los terceros afectados, sugerimos añadir en los párrafos 80, 81 y 84 la expresión "*de conformidad con las normas procesales nacionales aplicables*", pues la forma en la que los terceros puedan ser oídos podrá variar según las normas procesales de cada Estado miembro.

– *Párrafo 83*

Además de señalar la posibilidad de apoyo de expertos, sugerimos completar las indicaciones que recoge el párrafo 83 con los elementos siguientes:

- i. Recoger de manera expresa, siguiendo la línea marcada en los párrafos 35 y siguientes de la Propuesta, que el tratamiento confidencial se otorga tras una evaluación caso por caso, correspondiendo al solicitante justificar la necesidad de evitar la entrega de cada información o grupo de datos de manera motivada.
- ii. En cuanto al tratamiento de datos disociados sobre volúmenes e ingresos sobre ventas, cuotas de mercado y demás, propondríamos aclarar que estos datos solo merecen tratamiento confidencial cuando son recientes, como recoge el borrador en un momento anterior (cfr. su párrafo 25 (ii) y nota 25).
- iii. También entendemos útil observar que, además de datos económicos, puede revestir carácter confidencial la identidad de competidores o clientes en caso de riesgo de represalia. Cabe remitirse a este respecto a lo que ya señala la Propuesta de Comunicación, párrafo 19 y las notas que contiene.

• Apartado D. Nombramiento de expertos

Por lo que respecta al empleo de expertos, coincidimos con lo adecuado de promover el uso de esta figura como forma de evitar riesgos en el tratamiento de la información confidencial. Entendemos que, con carácter general, las reglas profesionales garantizan que estos profesionales no compartirán información confidencial. No obstante, por lo que respecta a los abogados, sería preciso asegurar que las reglas deontológicas de los mismos aseguran un tratamiento semejante, permitiendo garantizar de manera efectiva que éstos no trasladarán información confidencial a sus clientes. En ausencia de ello, entendemos que sólo la autoridad judicial y la parte cuya información se examina, eventualmente con el apoyo del experto, podrían consultar las versiones confidenciales de los informes.

– *Párrafo 96*

En este mismo sentido, sugeriríamos revisar la expresión contenida en el párrafo 96 del borrador, que se limita a indicar que “se le pedirá que no comparta con su cliente la información confidencial contenida en el mismo”, párrafo 96 del borrador, a fin de dejar claro que solo se le permitiría el acceso si queda suficientemente garantizado que no trasladará los datos confidenciales a sus clientes, de conformidad con las disposiciones nacionales aplicables, las cuales deberán prever sanciones adecuadas para el caso de incumplimiento. Lo mismo deberá preverse para los expertos o peritos de cualquier naturaleza. A este respecto, sugerimos que en la Propuesta se contemple de forma expresa la posibilidad de que, en aquellos casos en los que las partes hayan nombrado a sus propios expertos, estos puedan también tener acceso a la versión confidencial del informe preparado por el experto independiente, de permitirlo así las disposiciones nacionales, a los efectos de que los representantes jurídicos externos de las partes puedan contar con el asesoramiento de los peritos designados por su parte sobre el informe del perito independiente.

V. **Capítulo IV. Protección de la Información Confidencial durante y después del procedimiento**

– *Párrafo 100*

En el párrafo 100, consideramos oportuno hacer una mención expresa acerca de la necesidad de proteger la información confidencial en solicitudes de acceso a los registros del órgano judicial, tanto durante la tramitación del proceso como una vez que se haya archivado la causa. Asimismo, en dicho párrafo, sería necesario incluir que, en el caso de que los expertos realicen informes confidenciales, estos sean desglosados y devueltos a las partes, una vez se haya archivado la causa.

Teniendo esto en cuenta, se propone la siguiente redacción alternativa del párrafo 100:

“La necesidad de proteger la información confidencial también puede surgir con posterioridad, por ejemplo, en el momento de dictar, notificar o publicar las sentencias, en el caso de solicitudes de acceso a los registros del órgano jurisdiccional durante la pendency del proceso o una vez que se haya archivado la causa, o durante los recursos. De hecho, los informes confidenciales de los expertos podrían formar parte de los autos. En estos casos, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener que adoptar medidas para proteger dicha información una vez archivado el procedimiento civil; si no

fuera posible desde un punto de vista procesal, pedir a los expertos que solo preparen versiones no confidenciales de sus informes o, en su caso, que una vez archivado el procedimiento civil, las partes pidan que las versiones confidenciales de los informes presentados sean desglosados y devueltas a la parte”

- Apartado A. Audiencias a puerta cerrada

- *Párrafo 101 y 102*

En el párrafo 101 creemos necesario hacer hincapié en que los órganos jurisdiccionales, de oficio o a instancia de parte, podrá ponderar el interés en la protección de la información confidencial frente a la necesidad de limitar la interferencia con el principio de justicia abierta.

Por su parte, en la misma línea, en el párrafo 102, sería necesario hacer la misma precisión respecto a que los órganos jurisdiccionales, de oficio o a instancia de parte, podrán excluir las referencias a información confidencial en audiencias públicas, o en su caso celebrar la sesión a puerta cerrada. En este sentido, en el caso de sesiones a puerta cerrada, consideramos oportuno añadir que, a la hora de que los órganos jurisdiccionales tomen la decisión de quién puede acudir a dicha sesión, se debería tener en cuenta, además de los criterios ya plasmados, la persona a la que se le haya dado acceso a la información confidencial.

- *Párrafo 103*

En relación con este párrafo, cuando se hace mención a que las audiencias a puerta cerrada pueden ser un medio eficaz para escuchar a los expertos acerca de las pruebas que hayan incluido en sus informes, sería conveniente incluir a continuación respecto a las pruebas, *“que hayan sido expresamente declaradas como confidenciales o de acceso limitado”* .

- Apartado B. Publicación

- *Párrafo 105 a 107*

Por nuestra parte, consideramos oportuno introducir un nuevo párrafo 106, de tal forma que el actual párrafo 106 de la Propuesta pasaría a ser el párrafo 107 y el actual párrafo 107 sería suprimido. La redacción de este nuevo párrafo 106 sería:

“En este sentido, el órgano jurisdiccional debería considerar cómo proteger la información confidencial en la versión de la sentencia que se notificará a las partes, sin menoscabar su derecho de recurso.”

Además, del que sería entonces el nuevo párrafo 107, creemos necesario realizar ciertas modificaciones respecto a la notificación de la sentencia a las partes y de la inclusión de un plazo a las mismas para que puedan realizar solicitudes de disociación a los órganos jurisdiccionales. A este respecto, proponemos la siguiente redacción alternativa:

“Asimismo, para proteger la información confidencial de las partes o los terceros al dictar la sentencia y ordenar su publicación, los órganos jurisdiccionales nacionales deben plantearse la posibilidad de anonimizar cualquier información que pudiera identificar la fuente de la información, o disociar las partes de la sentencia que hacen referencia a la información confidencial en la versión de la sentencia disponible para el público⁵. Para ello, cuando los órganos jurisdiccionales den traslado a las partes de la sentencia, les otorgarán un plazo para que presenten una solicitud de disociación de forma motivada. Los órganos jurisdiccionales decidirán sobre las solicitudes de disociación recibidas y, cuando rechacen alguna de las solicitudes de las partes, deberán exponer los motivos de la denegación.

- Apartado C. Acceso a los registros del órgano jurisdiccional

- *Párrafo 108 a 112*

En el párrafo 109, creemos necesario precisar que los órganos jurisdiccionales pueden limitar el acceso a una parte de los autos o a la totalidad de los expedientes, de oficio o a instancia de parte. Asimismo, es conveniente incluir el adjetivo “*pública*” en referencia a la audiencia, cuando se menciona la posibilidad, durante una audiencia, de hacer referencia a información sin tener que leerla en el acta.

Por su parte, en el párrafo 110, cuando se está haciendo referencia a la potestad de los órganos jurisdiccionales sobre limitar total o parcialmente el acceso a los autos, sería oportuno incluir que para tomar dicha decisión, además de valorar la persona que solicita el acceso a los autos, debe analizarse también el interés legítimo que puede tener.

⁵ Véase también el artículo 9, párrafo 2, letra c), de la Directiva de Secretos Comerciales.

Por último, proponemos la creación de un párrafo 111 nuevo (que desplazaría el actual al número 112), cuyo tenor literal sería el siguiente:

“Los órganos jurisdiccionales podrán supeditar el acceso a los autos a la asunción de compromisos específicos por parte de la persona que solicite el acceso (por ejemplo, la firma de un acuerdo de confidencialidad).”
