

AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA  
de 20 de diciembre de 2001 \*

En el asunto T-213/01 R,

Österreichische Postsparkasse AG, con domicilio social en Viena (Austria),  
representada por los Sres. M. Klusmann, F. Wiemer y A. Reidlinger, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. S. Rating, en  
calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

que tiene por objeto, con carácter principal, una demanda de suspensión de la  
ejecución de la Decisión COMP/D-1/36.571, de 9 de agosto de 2001, y, con  
carácter subsidiario, que se ordene a la Comisión no transmitir el pliego de cargos

\* Lengua de procedimiento: alemán.

de 10 de septiembre de 1999 y el pliego de cargos complementario de 21 de noviembre de 2000, en el asunto COMP/36.571, al Freiheitliche Partei Österreichs,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

dicta el siguiente

**Auto**

**Hechos y procedimiento**

- 1 La demandante es un establecimiento de crédito austriaco que gestiona sus filiales a través de agencias ubicadas en determinadas oficinas de correos en Austria y que, desde finales de 2000, forma parte del grupo BAWAG.
  
- 2 El 6 de mayo de 1997, la Comisión tuvo conocimiento de un documento titulado «Lombard 8.5» y, a la luz de dicho documento, incoó de oficio un procedimiento por infracción del artículo 81 CE contra la demandante y otros siete bancos austriacos, con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

- 3 Mediante escrito de 24 de junio de 1997, el Freiheitliche Partei Österreichs (en lo sucesivo, «FPÖ») transmitió a la Comisión el documento «Lombard 8.5» y solicitó que incoase un procedimiento por infracción del artículo 81 CE contra ocho bancos, entre los que no figuraba la demandante.
- 4 Mediante escrito de 26 de febrero de 1998, la Comisión anunció al FPÖ, en el procedimiento COMP/36.571 y con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), que tenía intención de desestimar su solicitud. La Comisión motivó su postura indicando que sólo las personas u asociaciones de personas que tienen un interés legítimo, en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 17, pueden solicitar que se ponga fin a una infracción.
- 5 El FPÖ respondió, mediante escrito de 2 de junio de 1998, que él mismo y sus miembros participan en la vida económica y que, por tanto, se ven afectados económicamente. Indicó que efectúa a diario innumerables operaciones bancarias. Por tales razones, solicitó de nuevo participar en el procedimiento por infracción para conocer así las objeciones formuladas.
- 6 El 16 de diciembre de 1998, los bancos afectados transmitieron a la Comisión, en el procedimiento COMP/36.571, una exposición conjunta de los hechos, acompañada de 40 000 folios de documentos justificativos. En una nota preliminar, solicitaron a la Comisión que diese un tratamiento confidencial a la referida exposición. A tenor de dicha nota:

«Todos los bancos a los que concierne el procedimiento IV/36.571 pueden consultar la exposición de los hechos que se adjunta a la presente. Se ruega a la Comisión, conforme al artículo 20 del Reglamento nº 17/62, que no la divulgue a terceras personas.»

- 7 Mediante escrito de 13 de septiembre de 1999, la Comisión comunicó a la demandante el pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999, en el que le reprochaba que hubiese celebrado con otros bancos austriacos acuerdos contrarios a la competencia en materia de gastos y condiciones aplicables a la clientela —particulares y empresas— y que hubiese, por tanto, infringido el artículo 81 CE.
- 8 El 6 de octubre de 1999, se ofreció a la demandante la oportunidad de examinar el expediente del procedimiento. Con tal ocasión, la Comisión informó verbalmente a la demandante de su intención de transmitir al FPÖ todas las objeciones formuladas en el procedimiento, con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado CE (DO L 354, p. 18).
- 9 La demandante dirigió el mismo día un escrito a la Comisión en el que le indicó que transmitir al FPÖ copia del pliego de cargos era, según ella, inadmisibile. Alegó que el FPÖ no podía invocar ningún interés legítimo y que, por consiguiente, no podía ser considerado solicitante en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 17.
- 10 La Comisión respondió mediante escrito de 5 de noviembre de 1999. Indicó que, en su condición de cliente de un banco, el FPÖ tenía interés legítimo en que se le comunicasen los cargos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento n° 2842/98. Transmitió a la demandante, al mismo tiempo, una copia de la relación de los pasajes que no debían comunicarse al FPÖ.
- 11 La demandante respondió mediante escrito de 17 de noviembre de 1999 y protestó de nuevo por la transmisión al FPÖ de una copia del pliego de cargos y, en particular, por el envío de la versión íntegra de éste, sin perjuicio, como reconoció la Comisión en su escrito de 5 de noviembre de 1999, de que se ocultaran los nombres de determinadas personas físicas a las que se hace referencia en dicho pliego de cargos o se sustituyera su nombre por una

descripción de su cargo. A raíz de ello, en un primer momento, no se accedió a la solicitud del FPÖ.

- 12 Los días 18 y 19 de enero de 2000, se organizó una audiencia sobre los comportamientos imputados en el pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999. El FPÖ no participó en dicha audiencia.
- 13 El 21 de noviembre de 2000, la Comisión notificó a la demandante un pliego de cargos complementario en el que reprochaba a la demandante haber celebrado con otros bancos austriacos acuerdos contrarios a la competencia en materia de gastos bancarios aplicables al cambio entre divisas y euros.
- 14 El 27 de febrero de 2001 tuvo lugar una segunda audiencia, a la que el FPÖ tampoco asistió.
- 15 Mediante escrito de 27 de marzo de 2001, el consejero auditor señaló a la demandante que el FPÖ había reiterado su solicitud de que se le transmitiera una copia no confidencial de los pliegos de cargos y que tenía intención de acoger favorablemente dicha solicitud. Como anexo a su escrito, el consejero auditor adjuntó una lista que, según él, debía salvaguardar el secreto comercial y que preveía la supresión de determinados nombres y descripciones de cargos de personas físicas. El consejero auditor indicó además que sólo debía transmitirse el anexo A al pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999, que incluye una relación de las referencias a todos los documentos adjuntos a dicho pliego de cargos, en lugar de los propios documentos.
- 16 Mediante escrito de 24 de abril de 2001, la demandante se opuso de nuevo a que se transmitieran los pliegos de cargos.

- 17 Mediante escrito de 5 de junio de 2001, el consejero auditor confirmó su tesis de que debían transmitirse al FPÖ los dos pliegos de cargos, salvo determinados datos que figuran en las listas 1 y 2 adjuntas a dicho escrito y que él consideraba confidenciales. Añadió que el hecho de que se reconozca al FPÖ su condición de solicitante no puede ser objeto de un recurso distinto.
  
- 18 Mediante escrito de 25 de junio de 2001, la demandante invitó a la Comisión a adoptar una decisión susceptible de impugnación.
  
- 19 Así, la Decisión adoptada en el asunto COMP/36.571 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada») fue comunicada a la demandante mediante escrito de 9 de agosto de 2001. En ella se indica, en particular, lo siguiente:

«Tras examinar de nuevo los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho, decidimos resolver las cuestiones sobre las que se enfrentan su mandante y la Comisión de igual manera que en nuestro escrito de 5 de enero de 2001. Nuestra decisión se basa en las razones siguientes:

1. El consejero auditor no es quien aprecia la condición de solicitante, en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 17, de una persona o de una asociación de personas, sino, en nombre de la Comisión, el miembro de ésta que sea competente en materia de competencia. La decisión en favor del FPÖ ya la adoptó el Sr. Van Miert en el transcurso de 1999 y la confirmó después el Sr. Monti. [...]
  
2. El reconocimiento de la condición de “denunciante” del FPÖ en el asunto COMP/36.571 constituye un acto jurídico de procedimiento que no puede ser objeto de un recurso distinto. Por el contrario, las objeciones referidas a

dicho acto sólo pueden formularse en el ámbito de un recurso contra la decisión de la Comisión que ponga fin al procedimiento. El reconocimiento del derecho a presentar una solicitud en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 17 tiene la consecuencia, con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2842/98 [...], de que ha de transmitirse al solicitante una versión no confidencial de las objeciones. El hecho de que el procedimiento se incoase de oficio o a raíz de una solicitud presentada al amparo del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 17, carece de importancia. El artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2842/98 tiene, en contra de sus afirmaciones, carácter vinculante. [...]

3. [...]

4. Habida cuenta de lo antes expuesto, se plantea además la cuestión de cuáles son los datos que han de omitirse en el texto del pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999 y en el pliego de cargos complementario de 21 de noviembre de 2000 para salvaguardar el interés legítimo de su mandante en que se dispense un tratamiento confidencial a sus secretos comerciales y a otros datos confidenciales.

a) Vds. sugirieron que se retirasen de los escritos antes mencionados los nombres de los bancos austriacos afectados. Procede señalar al respecto que la identidad de una empresa que participa en una supuesta infracción no constituye un secreto comercial contemplado por el Derecho comunitario ni un dato confidencial susceptible de ser protegida. Además, el hecho de ocultar el nombre de los bancos afectados les resultaría a éstas actualmente de escasa utilidad habida cuenta de que su identidad quedará desvelada en cualquier caso en la decisión de la Comisión que ponga fin al procedimiento. [...]

b) En la versión de los pliegos de cargos destinada al FPÖ han de omitirse todos los datos internos que puedan facilitar información sobre la política comercial actual o futura de su mandante. No obstante, procede aplicar al

respecto una medida más estricta cuando se trata de datos que se remontan a varios años atrás. Por esta razón, no es necesario eliminar ningún dato numérico de los dos pliegos de cargos. En aras de la protección de la persona, han de omitirse en la copia que debe transmitirse todos los datos que permitan identificar a las personas físicas de que se trate. Ello significa que los nombres y cargos de dichas personas han de quedar irreconocibles.

Con el fin de establecer una versión no confidencial del pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999 y del pliego complementario de 21 de noviembre de 2000 para transmitirla al FPÖ, procede retirar de los textos originales de que se trate los datos que figuran en las listas 1 y 2 que se adjuntan como anexos. Deducimos de su escrito en el presente asunto que Vds. están de acuerdo con el contenido de dichas listas, salvo la cuestión del anonimato del primer pliego de cargos.

En resumen, llegamos a la conclusión de que procede transmitir al FPÖ, para que se pronuncie en el asunto en curso COMP/36.571 — Bancos austriacos, la versión actual adaptada del pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999 y del pliego de cargos complementario de 21 de noviembre de 2000.

Tal decisión se adopta en virtud del artículo 9, apartado 2, de la Decisión (2001/462/CE, CECA) de la Comisión, de 23 de mayo de 2001, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia (DO L 162, p. 21).

Le rogamos nos indiquen Vds., en el plazo de una semana a partir de la notificación de la presente decisión, si su mandante tiene intención de impugnarla ante el Tribunal de Primera Instancia y de solicitar una medida provisional contra

la ejecución de dicha decisión. La Comisión no transmitirá al FPÖ los referidos pliegos de cargos hasta que expire dicho plazo de una semana.»

- 20 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 19 de septiembre de 2001, la demandante interpuso un recurso de anulación de la Decisión impugnada.
- 21 Mediante escrito separado presentado el mismo día en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia, la demandante interpuso ante el juez de medidas provisionales la presente demanda que tiene por objeto, con carácter principal, la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada y, con carácter subsidiario, que se ordene a la Comisión no transmitir el pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999 y el pliego de cargos complementario de 21 de noviembre de 2000, en el asunto COMP/36.571, al FPÖ.
- 22 El 5 de octubre de 2001, la Comisión formuló sus observaciones sobre la presente demanda de medidas provisionales.
- 23 Las explicaciones de las partes se oyeron el 8 de noviembre de 2001. Tras la audiencia, el juez de medidas provisionales instó a la Comisión a indicar si estaba dispuesta a aceptar una solución amistosa renunciando a transmitir al FPÖ los pliegos de cargos hasta que recaiga resolución en el litigio principal, a condición de que la demandante consienta, como contrapartida, acelerar el procedimiento renunciando a presentar un escrito de réplica y solicitando al Tribunal de Primera Instancia que dispense un tratamiento prioritario al asunto. El juez de medidas provisionales señaló a la Comisión un plazo para que se pronunciara, hasta el 15 de noviembre de 2001.
- 24 Mediante escrito de 15 de noviembre de 2001, la Comisión indicó que no podía aceptar el acuerdo amistoso propuesto. Por el contrario, la Comisión anunció, respecto de los datos confidenciales alegados, que se disponía a modificar las

referencias a un empleado de alto nivel de la demandante que figuran en los considerandos 193 y 215 del pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999 de la misma manera que lo fueron en los pasajes mencionados en la lista 1 del anexo al escrito del consejero auditor de 5 de junio de 2001.

- 25 Mediante fax de 27 de noviembre de 2001, la demandante presentó sus observaciones sobre el escrito de la Comisión de 15 de octubre de 2001.

### Fundamentos de Derecho

- 26 En virtud de los artículos 242 CE y 243 CE en relación con el artículo 4 de la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (DO L 319, p. 1), en su versión modificada por la Decisión 93/350/Euratom, CECA, CEE del Consejo, de 8 de junio de 1993 (DO L 144, p. 21), el Tribunal de Justicia puede, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado u ordenar las medidas provisionales necesarias.
- 27 Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, las demandas de suspensión de la ejecución de un acto sólo serán admisibles si el demandante hubiera impugnado dicho acto mediante recurso ante el Tribunal de Primera Instancia. Esta norma no es una mera formalidad sino que presupone que el recurso en cuanto al fondo, al que se une la demanda de medidas provisionales, sea efectivamente competencia del Tribunal de Primera Instancia.
- 28 El artículo 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento establece que las demandas relativas a medidas provisionales deben especificar las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista (*fumus boni juris*) la

concesión de la medida provisional solicitada. Estos requisitos son acumulativos, de manera que las medidas provisionales deben ser desestimadas cuando no se dé alguno de ellos [auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1996, SCK y FNK/Comisión, C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971, apartado 30]. Asimismo, el juez de medidas provisionales debe ponderar, en su caso, los intereses en juego (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 1999, Italia/Comisión, C-107/99 R, Rec. I-4011, apartado 59).

### *Sobre la admisibilidad*

#### Alegaciones de las partes

- 29 La Comisión alega que corresponde al juez de medidas provisionales comprobar que, a primera vista, la demanda principal presenta elementos que permiten deducir, con una cierta probabilidad, su admisibilidad. Ahora bien, en el presente asunto, según ella, el recurso principal es manifiestamente inadmisibile.
- 30 A este respecto, la Comisión destaca que la demanda principal tiene por objeto la anulación de la Decisión impugnada. Pues bien, la única decisión que contiene la Decisión impugnada es la respuesta negativa a la cuestión de si procede eliminar de las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos que han de transmitirse al FPÖ otras indicaciones además de las enumeradas en los anexos 1 y 2 a la referida Decisión impugnada, habiéndose comprobado que la índole de estas otras indicaciones no obliga a que se les dé el tratamiento confidencial garantizado por el Derecho comunitario.
- 31 Para impugnar dicha Decisión, la demandante se limita, en su demanda principal y en su demanda de medidas provisionales, a hacer una exposición consistente en enumerar determinados principios de Derecho, sin indicar los hechos y menos

aún vincularlos con una norma. Dicha exposición no reúne los requisitos de los artículos 44, apartado 1, letra c), y 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.

- 32 Según la Comisión, el recurso también debe declararse inadmisibile en la medida en que la demandante se esfuerza en impedir cualquier transmisión de los pliegos de cargos al FPÖ antes de la adopción de la decisión en cuanto al fondo, independientemente de la supresión de los nombres de las entidades de crédito afectadas. Sin embargo, la transmisión de versiones no confidenciales de los pliegos de cargos a los «solicitantes» es obligatoria con arreglo al artículo 7 del Reglamento n° 2842/98. Ésta no presupone la existencia de una decisión y, por consiguiente, no es impugnabile.
- 33 Por otra parte, la Comisión ya avisó a la demandante, mediante escrito de 5 de noviembre de 1999, de que tenía intención de actuar con arreglo a dicha disposición. Ahora bien, la presente demanda no tiene por objeto la anulación de una decisión adoptada en aquel momento.
- 34 La Comisión alega, por último, que suponiendo que hubiera adoptado una decisión relativa al «reconocimiento» del FPÖ como «solicitante», se trataría de una mera diligencia de ordenación del procedimiento. Dicha decisión no surte ningún efecto jurídico que pueda afectar a los intereses de la demandante, modificando de forma caracterizada su situación jurídica, de manera que no cabe impugnarla mediante un recurso distinto. La Comisión señala que, en su escrito de 27 de marzo de 2001, el consejero auditor se limitó a confirmar a la demandante el reconocimiento del interés de la FPÖ en presentar una solicitud y reiteró su explicación al respecto. En lo referente al reconocimiento del interés del FPÖ, dicho escrito no constituye una nueva decisión, sino una mera confirmación que no es posible impugnar.
- 35 La demandante alega que debe declararse la admisibilidad de la demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada. En primer lugar, niega que la Comisión adoptase una decisión en su escrito de 5 de noviembre de 1999, en lo que se refiere a la condición de solicitante del FPÖ. A este respecto, - la

demandante alega que dicho escrito está firmado por un Director y no por un miembro de la Comisión. Además, en su escrito de 27 de marzo de 2001, el consejero auditor indicó que las novedades que se produjeron en dicho asunto obligaron a la Comisión a abordar de nuevo un problema que fue discutido durante la segunda mitad de 1999, al que todavía no se ha dado una solución definitiva. Dicho problema consiste en si debe considerarse al FPÖ solicitante en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento n° 17. Pues bien, dicho problema no se solventó definitivamente en 1999.

- 36 Considera que la Decisión impugnada puede ser objeto más concretamente de un recurso distinto del recurso interpuesto contra la decisión final de la Comisión porque produce efectos jurídicos vinculantes y perjudica a los intereses de la demandante. Alega que ha quedado demostrado el interés que tiene la demandante en solicitar la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada y, con carácter subsidiario, la orden de no transmitir los pliegos de cargos.
- 37 Según la demandante, la transmisión a terceros de documentos presentados a la Comisión en un procedimiento de investigación puede ser objeto de un recurso distinto del recurso interpuesto contra la decisión final de la Comisión porque el derecho al tratamiento confidencial de los secretos comerciales de la empresa afectada por dicha transmisión podría verse afectado de manera definitiva e irreversible. La transmisión del pliegos de cargos a terceras personas no es una mera medida preparatoria de una decisión que pone fin al procedimiento. Ello resulta, en particular, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie/Comisión (53/85, Rec. p. 1965, apartado 20), y del auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 1 de diciembre de 1994, Postbank/Comisión (T-353/94 R, Rec. p. II-1141, apartado 25).
- 38 La demandante aduce que la Decisión impugnada produce efectos jurídicos que pueden afectar de manera definitiva e irreversible a los derechos de la demandante a la confidencialidad de la información expuesta en los pliegos de cargos. Por consiguiente, la posibilidad de interponer un recurso distinto contra la Decisión impugnada resulta necesaria para salvaguardar los derechos de la demandante. Considera que una protección jurídica en forma de recurso contra la decisión que pone fin al procedimiento resultaría tardía.

Apreciación del juez de medidas provisionales

- 39 En lo referente a la alegación de la Comisión de que la demanda de medidas provisionales no reúne los requisitos que figuran en los artículos 44, apartado 1, letra c), y 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la Comisión se limita a alegar que, frente a la única decisión que contiene la Decisión impugnada, a saber la respuesta negativa a la cuestión de si procede eliminar de las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos otras indicaciones además de las enumeradas en los anexos 1 y 2 a la referida Decisión impugnada, la demandante sólo hizo valer, en su demanda de medidas provisionales, una enumeración de principios de Derecho, sin indicar los hechos y menos aún vincularlos con norma alguna.
- 40 Sin embargo, de una lectura simple y coherente de la demanda de medidas provisionales, en particular del punto 18 en relación con el 29, resulta que la demandante impugnó la negativa de la Comisión a considerar las indicaciones referentes al nombre y dirección de las empresas que participan en el procedimiento como secretos comerciales que merezcan un tratamiento confidencial y que la Comisión se limitó a suprimir determinados nombres propios y descripciones de los cargos de los particulares citados.
- 41 De lo antes expuesto resulta que la demanda de medidas provisionales se ajusta a las exigencias que se establecen en los artículos 44, apartado 1, letra c), y 104, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento para que ésta sea formalmente admisible.
- 42 En cuanto a la causa de inadmisión basada en la supuesta inadmisibilidad del recurso principal, es jurisprudencia reiterada que dicho problema no debe, en principio, examinarse en el marco de un procedimiento sobre medidas provisionales so pena de prejuzgar el fondo del asunto. Sin embargo, cuando, como en el presente asunto, lo que se plantea es la inadmisibilidad manifiesta del

recurso principal en el que se basa la demanda de medidas provisionales, puede resultar necesario determinar si existen elementos que permitan, a primera vista, inferir la admisibilidad de dicho recurso [autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1988, Distrivet/Consejo, 376/87 R, Rec. p. 209, apartado 21, y de 12 de octubre de 2000, Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa y otros/Consejo, C-300/00 P(R), Rec. p. I-8797, apartado 34; auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 1999, Pfizer Animal Health/Consejo, T-13/99 R, Rec. p. II-1961, apartado 121].

- 43 En el presente asunto, el juez de medidas provisionales considera que, vistas las alegaciones formuladas por la Comisión, procede comprobar si el recurso de anulación presenta tal carácter manifiestamente inadmisibile.
- 44 En primer lugar, en lo referente a la alegación de la Comisión basada en la inadmisibilidad manifiesta del recurso principal por no ajustarse la demanda de anulación a las exigencias del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, de la lectura de los puntos 18 y 29 de la referida demanda resulta que la demandante formuló en ella las mismas imputaciones que en la demanda de medidas provisionales, descritas en el apartado 40 *supra*. De lo antedicho se infiere que, por idénticas razones a las que llevaron a declarar la admisibilidad de la demanda de medidas provisionales, el recurso de anulación no es manifiestamente inadmisibile a la luz del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento.
- 45 A continuación, en lo referente a la alegación de la Comisión basada en la inadmisibilidad manifiesta del recurso principal en la medida en que dicho recurso pretende impedir cualquier transmisión al FPÖ de los pliegos de cargos, incluso no confidenciales, procede subrayar, con carácter preliminar, que la referida alegación de la Comisión se basa en esencia en la tesis de que la decisión de reconocer el interés legítimo, en el sentido del artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 17, de una persona física o jurídica, no trae consigo efectos jurídicos autónomos y que la transmisión del pliego de cargos a tal persona no constituye una decisión impugnabile, sino que resulta directa y automáticamente del artículo 7 del Reglamento nº 2842/98.

- 46 Procede comprobar si, como exigió el Tribunal de Justicia en su sentencia de 11 de noviembre de 1981 (IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9), la decisión impugnada constituye una medida que produce efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de la demandante, modificando de forma caracterizada la situación jurídica de ésta, o si es una mera medida preparatoria frente a cuya ilegalidad garantiza una protección suficiente el recurso contra la decisión que ponga fin al procedimiento.
- 47 A este respecto, la decisión de transmitir los pliegos de cargos al FPÖ constituye un acto desde el punto de vista formal. Dicho acto presupone la existencia de una decisión anterior en la que la Comisión consideró que el FPÖ tenía la condición de solicitante en el sentido del artículo 3, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 17 y que, por consiguiente, éste tenía derecho, con arreglo al artículo 7 del Reglamento n° 2842/98, a recibir una versión no confidencial de los pliegos de cargos.
- 48 Pues bien, en lo referente a la decisión en la que se determina la situación procesal del FPÖ, la Comisión sólo puede indicar, en sus observaciones escritas, que dicha decisión se adoptó en 1999. Pues bien, en su escrito de 27 de marzo de 2001, el consejero auditor indicó que las novedades que se habían producido en dicho asunto obligaron a la Comisión a abordar de nuevo un problema sobre el que se debatió durante la segunda mitad de 1999 y al que todavía no se había dado una solución definitiva. Se trataba de la solicitud del FPÖ de que se le considerase solicitante en el sentido de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento n° 17 y de poder participar por consiguiente en el procedimiento y obtener versiones no confidenciales de los pliegos de cargos. De ello resulta por tanto, a primera vista, que la decisión por la que se determinó la situación procesal del FPÖ no se materializó hasta que se adoptó la Decisión impugnada.
- 49 En lo que se refiere a los escritos que dirigieron la Comisión y el consejero auditor a la demandante antes de la adopción de la Decisión impugnada, en ninguno de ellos se anunciaba que la Comisión se dispusiera a transmitir automáticamente al FPÖ versiones no confidenciales de los pliegos de cargos. Al contrario, todos los referidos escritos brindaban a la demandante la oportunidad de presentar sus observaciones sobre las eventuales versiones de dichos pliegos de cargos que debían transmitirse. De ello resulta que tales escritos parecen constituir actos preparatorios, mientras que la Decisión impugnada contiene, a primera vista, la

postura definitiva de la Comisión sobre la transmisión de las versiones no confidenciales, según la Comisión, de los pliegos de cargos al FPÖ (véase, en este sentido, el auto del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 1997, Peugeot/Comisión, T-90/96, Rec. p. II-663, apartados 34 y 36).

- 50 Dichas circunstancias respaldan la conclusión *prima facie* de que hasta la adopción de la Decisión impugnada no pudo modificarse de forma caracterizada la situación jurídica de la demandante ni pudieron quedar afectados sus intereses.
- 51 Ciertamente la finalidad de la eventual transmisión de los documentos es facilitar la instrucción del asunto. A este respecto y pese a que no cabe excluir que la Decisión impugnada revista carácter definitivo, procede considerarla independiente de la decisión que deba adoptarse sobre la existencia de la infracción del artículo 81 CE. La posibilidad que tiene la demandante de formular un recurso contra una decisión final que declare una infracción a las reglas de la competencia no puede llegar a darle una protección adecuada de sus derechos en esta materia (véase, en este sentido, la sentencia AKZO Chemie/Comisión, antes citada, apartado 20). Por una parte, el procedimiento administrativo puede finalizar sin una decisión que declare la infracción. Por otra, el recurso interpuesto contra esta decisión, si es adoptada, no proporciona en todo caso a la demandante el medio de evitar los efectos irreversibles que supondría una comunicación irregular de los pliegos de cargos controvertidos.
- 52 No queda excluido, en semejantes circunstancias, que la Decisión impugnada, en la medida en que tenga también por objeto la transmisión al FPÖ de las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos, constituya un acto impugnabile y, por tanto, que la demandante pueda solicitar su anulación con arreglo al artículo 230 CE, párrafo cuarto. Por consiguiente, no cabe excluir la admisibilidad de la presente demanda de medidas provisionales.
- 53 En tales circunstancias, el juez de medidas provisionales considera que ha de examinarse si concurren los requisitos relativos a la urgencia y a la ponderación de intereses.

*Sobre la urgencia y la ponderación de intereses*

Alegaciones de las partes

- 54 La demandante alega que la ejecución inmediata de la Decisión impugnada le ocasionaría graves daños materiales e inmateriales que no sería posible resarcir, ni siquiera tras la anulación de la Decisión impugnada.
- 55 Según ella, las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos, que la Comisión desea transmitir al FPÖ, contienen datos cuya confidencialidad puede exigir la demandante. El hecho de que el consejero auditor tenga intención de eliminar determinados nombres y descripciones de funciones de personas físicas no basta para salvaguardar dicha confidencialidad. En la audiencia, la demandante precisó que debían considerarse confidenciales también otros datos. A este respecto, se refirió en particular a los nombres de los destinatarios de los pliegos de cargos. En efecto, la demandante estima que el hecho de que el FPÖ no la nombrase expresamente en su denuncia de 24 de junio de 1997 permite pensar que el FPÖ ignora que la Comisión la mencionó en los referidos pliegos de cargos. La demandante hace referencia asimismo a los puntos 216, 218 y 219 del pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999, que contiene referencias directas a los cargos de las personas que asistieron a determinadas reuniones. Alega que, en el presente asunto, dichas referencias permiten identificar directamente a las personas citadas. El punto 219 contiene además datos relativos a determinadas condiciones aplicadas por los bancos, que la demandante considera secretos comerciales.
- 56 La demandante alega, por otra parte, que el hecho de que la Comisión haya decidido no transmitir parte de los documentos que figuran como anexos a los pliegos de cargos no impide que se ocasione a la demandante un perjuicio grave e irreparable, en la medida en que en los referidos pliegos de cargos la Comisión cita dichos documentos de manera literal y extensiva.

- 57 Según la demandante, el interés que puede tener en que se dispense un tratamiento confidencial a los datos que figuran en los pliegos de cargos resulta en esencia del hecho de que las objeciones no se formularon tras un procedimiento contradictorio. Los pliegos de cargos no reflejan en qué medida se defendió la demandante frente a los reproches que se le hicieron. El carácter unilateral del contenido de los pliegos de cargos y la posibilidad de que éstos carezcan de fundamento puede no resultar evidente para terceros, quienes podrían sacar conclusiones injustas y contrarias a los intereses de la demandante o incluso condenarla por adelantado.
- 58 La demandante añade que tal riesgo resulta especialmente pertinente en el contexto de una acción colectiva sobre la que han de pronunciarse determinados órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos de América. En efecto, en el ámbito de dicha acción, las partes demandantes pueden diseccionar las imputaciones haciendo caso omiso de su carácter provisional y unilateral y sin que la demandante disponga al respecto de recurso jurisdiccional alguno. La Comisión, al igual que la demandante, no dispone de medios jurídicos que le permitan evitar que, tras su transmisión al FPÖ, se entreguen o vendan los pliegos de cargos a dichas partes demandantes.
- 59 En tales circunstancias, la demandante alega que la ejecución inmediata de la Decisión impugnada le ocasionaría daños materiales e inmateriales graves e irreparables. Es más que probable que el FPÖ haga públicos los pliegos de cargos o su contenido y descredite a la demandante ante sus clientes, empleados y público en general. Tal condena por adelantado le ocasionaría una pérdida de clientela que redundaría en beneficio de otros bancos.
- 60 La aplicación de la Decisión impugnada antes de que se dicte la resolución en el litigio principal privaría de todo efecto la eventual anulación de dicha decisión mediante la referida resolución, pues sería imposible rectificar la transmisión de los pliegos de cargos. El FPÖ —al igual que el público— tendrían ya conocimiento de las imputaciones.

- 61 Según la demandante, tampoco cabe negar la urgencia basándose en que ella pudiera elegir, como afirma la Comisión, la posibilidad de incoar una acción judicial ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Considera que la Comisión no puede transferir el control de legalidad a los órganos jurisdiccionales nacionales. Como en el presente asunto, en la medida en que se trata de la interpretación del artículo 3 del Reglamento nº 17 y del artículo 7 del Reglamento nº 2842/98, los órganos jurisdiccionales nacionales estarían en todo caso obligados a someter el asunto al Tribunal de Justicia con el fin de obtener una decisión prejudicial.
- 62 Las consecuencias, antes descritas, de una ejecución inmediata de la Decisión impugnada confieren a la demandante un interés preponderante en que se suspenda provisionalmente su ejecución y en que se ordene una medida provisional que prohíba la transmisión de los pliegos de cargos al FPÖ.
- 63 La demandante alega que, en el presente asunto, el interés de la Comisión en que se ponga fin rápidamente al procedimiento de investigación no merece protección en la medida de que la Comisión ha desatendido, hasta ahora, la resolución definitiva del conflicto existente entre las partes sobre la legalidad de la transmisión, que existe desde 1997 o, al menos, desde octubre de 1999. En cualquier caso, no cabe imputar a la demandante que la Comisión sólo esté dispuesta a transmitir los pliegos de cargos ahora que la investigación llega a su término. Considera que, en tales circunstancias, debe darse prioridad al interés de la demandante en evitar que se causen daños irreversibles y se salvaguarde el *statu quo*.
- 64 La Comisión aduce que la argumentación de la demandante sobre la supuesta urgencia de su demanda de medidas provisionales se basa en un razonamiento circular. La demandante sólo puede oponerse a la transmisión de los pliegos de cargos al FPÖ si dicha comunicación pudiera ocasionar los «daños morales irreversibles» alegados por la demandante. Según afirma la propia demandante, ello sólo puede producirse si las versiones transmitidas de los pliegos de cargos incluyen datos confidenciales. Pues bien, las únicas indicaciones confidenciales que figuran en las versiones cuya transmisión se evoca en la Decisión impugnada son, según las declaraciones que efectuó la demandante en la audiencia anterior a

la adopción de la Decisión impugnada y en su demanda de medidas provisionales, los nombres de las entidades de crédito afectadas. La demandante motivó dicha alegación invocando únicamente el posible uso abusivo que de dichos nombres podría hacer el FPÖ con fines políticos.

- 65 No obstante, los nombres de las entidades de crédito austriacas afectadas no son de índole confidencial. El uso que de ellas podría hacer el FPÖ carece por tanto de pertinencia en el presente asunto.

#### Apresiasi3n del juez de medidas provisionales

#### Sobre la urgencia

- 66 De una jurisprudencia reiterada se desprende que el car3cter urgente de una demanda de medidas provisionales debe apreciarse en relaci3n con la necesidad que haya de resolver provisionalmente a fin de evitar que la parte que solicita la medida provisional sufra un perjuicio grave e irreparable. Corresponde a esta 3ltima aportar la prueba de que no puede esperar a que se resuelva el procedimiento principal sin sufrir un perjuicio de esa naturaleza (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 12 de octubre de 2000, Grecia/Comisi3n, C-278/00 R, Rec. p. I-8787, apartado 14; autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1998, Prayon-Rupel/Comisi3n, T-73/98 R, Rec. p. II-2769, apartado 36, y de 20 de julio de 2000, Esedra/Comisi3n, T-169/00 R, Rec. p. II-2951, apartado 43).

- 67 Si bien es cierto que, para demostrar que existe un da3o grave e irreparable, no es necesario exigir que se pruebe con una certeza absoluta que se producir3 el

perjuicio y basta con que éste sea previsible con un grado suficiente de probabilidad, no es menos cierto que la demandante sigue estando obligada a probar los hechos que supuestamente sirven de base a la creencia de que se producirá el mencionado daño grave e irreparable [autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1999, HFB y otros/Comisión, C-335/99 P(R), Rec. p. I-8705, apartado 67, y Grecia/Comisión, antes citado, apartado 15].

- 68 Para apreciar los daños alegados, procede distinguir los producidos por la divulgación de datos que la demandante considera confidenciales y los provocados por la mera transmisión de los pliegos de cargos al FPÖ, independientemente de la información supuestamente confidencial.

— Sobre la divulgación al FPÖ de datos supuestamente confidenciales

- 69 Procede recordar en primer lugar que, según la Comisión, las versiones no confidenciales de los pliegos de cargos contienen los datos de que se trata, versiones que la Comisión se dispone a establecer y a transmitir al FPÖ. La demandante alega que dichos datos, y en particular su nombre, deberían suprimirse en las referidas versiones. No obstante, es preciso señalar que la demandante no ha demostrado que la transmisión al FPÖ de las versiones de los pliegos de cargos que contienen su nombre puedan ocasionarle un perjuicio grave e irreparable. Por otra parte, dicho riesgo es aún menor teniendo en cuenta que ya se cita expresamente a la demandante como una de las partes demandadas en la acción colectiva sobre la que han de pronunciarse determinados órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos de América. Por otra parte, en la audiencia, la demandante no desmintió que la prensa hubiera mencionado ya su nombre, en relación con el asunto COMP/36.571. Por último, si bien es cierto, como alega la demandante, que su nombre no figuraba en la denuncia que presentó el FPÖ ante la Comisión el 24 de junio de 1997, semejante hecho no basta para que su nombre se convierta en un dato confidencial.

- 70 En la audiencia, la demandante precisó que debían considerarse confidenciales también otros datos que figuran en la versión no confidencial del pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999. A este respecto, la demandante se refirió a los puntos 193, 215, 216, 218 y 219 de dicho pliego de cargos. Con arreglo al apartado 24 *supra*, la Comisión aceptó modificar, en su escrito de 15 de noviembre de 2001, los referidos puntos 193 y 215 en el sentido solicitado por la demandante. Por consiguiente, el presente examen debe centrarse en los puntos 216, 218 y 219 de dicho pliego de cargos.
- 71 En lo referente a dichos puntos, que contienen referencias directas a los cargos de determinadas personas físicas, procede recordar que es jurisprudencia reiterada que los perjuicios que pueda sufrir la demandante sólo se tendrán en cuenta a la hora de examinar el requisito de urgencia (auto Pfizer Animal Health/Consejo, antes citado, apartado 136). De lo antedicho se infiere que el eventual daño ocasionado a la reputación personal de determinados empleados de la demandante no puede tomarse en consideración en el ámbito del examen de dicho requisito, salvo si la demandante consigue demostrar que dicho perjuicio puede afectar gravemente a su propia reputación. Pues bien, tal no es el caso en el presente asunto. En efecto, la demandante se limita a efectuar afirmaciones sobre el supuesto daño sufrido por la reputación de sus empleados, sin añadir precisiones al respecto y sin demostrar, por consiguiente, la posible relación causal existente entre los eventuales perjuicios y el daño alegado a su propia reputación.
- 72 Por otra parte, en el punto 219 del pliego de cargos de 10 de septiembre de 1999, la Comisión se refiere a determinadas condiciones aplicadas por los bancos sobre las que, según ella, ya se debatió en la reunión de 30 de abril de 1996. En la audiencia, la demandante reconoció implícitamente que dichos datos, que tienen cinco años, ya no son de actualidad. Además, no ha demostrado en qué su divulgación podría causarle un perjuicio grave e irreparable.

73 Es preciso señalar, por consiguiente, que la demandante no ha demostrado que la divulgación de los datos que considera confidenciales pueda servir de base para creer que se producirá un daño grave e irreparable.

— Sobre la mera transmisión de los pliegos de cargos al FPÖ, independientemente de la información supuestamente confidencial

74 Los perjuicios graves e irreparables que alega la demandante constituyen, en primer lugar, daños materiales, a saber una pérdida de clientela y, en segundo lugar, daños inmateriales, a saber el descrédito de su reputación. Dichos perjuicios se derivan de la condena por adelantado que la demandante teme sufrir por parte de terceras personas y de la probabilidad, según la demandante, de que se presenten los pliegos de cargos en la acción colectiva pendiente en los Estados Unidos de América.

75 En cuanto a los daños materiales alegados y, más concretamente, a la supuesta pérdida de clientela, ésta reviste un carácter económico habida cuenta de que consiste en un lucro cesante. Pues bien, es jurisprudencia reiterada que un perjuicio económico no puede, salvo en circunstancias excepcionales, ser considerado irreparable, ni siquiera difícilmente reparable, ya que puede ser objeto de una compensación económica posterior (auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1991, Abertal y otros/Comisión, C-213/91 R, Rec. p. I-5109, apartado 24, y auto del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1995, Eridania y otros/Consejo, T-168/95 R, Rec. p. II-2817, apartado 42).

76 De conformidad con estos principios, la suspensión solicitada únicamente estaría justificada, en las circunstancias del presente asunto, si se pusiera de manifiesto que, de no adoptarse tal medida, la demandante se vería expuesta a una situación que podría poner en peligro su propia existencia o modificar de modo

irremediable sus cuotas de mercado. Pues bien, la demandante no ha aportado prueba alguna que permita considerar que, de no adoptarse tal medida de suspensión de la ejecución, se encontraría en semejante situación.

- 77 En cualquier caso, procede señalar que la pérdida de clientela que teme la demandante constituye un perjuicio de índole puramente hipotética, en la medida en que se basa en sucesos futuros e inciertos, a saber la explotación pública por el FPÓ de los pliegos de cargos con el fin de denigrarla (véanse, en este sentido, los autos del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1994, EISA/Comisión, T-239/94 R, Rec. p. II-703, apartado 20; de 2 de diciembre de 1994, Union Carbide/Comisión, T-322/94 R, Rec. p. II-1159, apartado 31, y de 15 de enero de 2001, Le Canne/Comisión, T-241/00 R, Rec. p. II-37, apartado 37).
- 78 Tratándose del perjuicio grave e irreparable que se derivaría según la demandante de la presentación de los pliegos de cargos en el contexto de la acción colectiva pendiente en los Estados Unidos de América, procede señalar que se trata también de un perjuicio de índole puramente hipotética, en la medida en que supone, en primer lugar, la transmisión por el FPÓ de dichos pliegos de cargos a las partes demandantes en la referida acción colectiva y, en segundo lugar, el reconocimiento de tales documentos como elementos de prueba por los órganos jurisdiccionales norteamericanos.
- 79 En cuanto a los daños inmateriales alegados, procede señalar que la demandante no ha aportado elemento alguno que sirva de base, con un grado de probabilidad suficiente, a la afirmación de que se ocasionará un daño grave e irreparable a su reputación. La mera creencia, por otra parte hipotética, de que el FPÓ utilice los pliegos de cargos con fines políticos o haga públicos datos no confidenciales referidos a la demandante no permite que el juez de medidas provisionales llegue a otra conclusión. Procede destacar al respecto que, como recordó en esencia el consejero auditor a la demandante en su escrito de 27 de marzo de 2001, la transmisión del pliego de cargos al denunciante se efectúa sólo en el ámbito del procedimiento incoado por la Comisión y únicamente a los efectos de éste. Se supone, por tanto, que el denunciante ha de emplear los datos que contiene el referido pliego de cargos sólo en dicho contexto. A este respecto, procede señalar que cualquier empleo impropio o engañoso de los datos que contienen los pliegos de cargos puede, en su caso, ser impugnado ante el juez nacional.

- 80 De lo antedicho se infiere que la demandante no ha conseguido demostrar que concurra el requisito de urgencia. La desestimación de la presente demanda de medidas provisionales se justifica por esta única razón.

### Sobre la ponderación de intereses

- 81 En cualquier caso, la ponderación, por una parte, del interés de la demandante en obtener la suspensión de la ejecución solicitada y, por otra parte, del interés público inherente a la ejecución de las decisiones adoptadas en el marco de los Reglamentos n° 17 y n° 2842/98 así como de los intereses de terceros que se verían directamente afectados por la suspensión de la Decisión impugnada, conduce a la desestimación de la presente demanda.
- 82 En efecto, en el presente asunto, el interés comunitario en que los terceros cuyo interés legítimo en presentar una solicitud al amparo del artículo 3 del Reglamento n° 17 haya reconocido la Comisión puedan presentar observaciones útiles sobre las objeciones formuladas por la Comisión debe prevalecer sobre el de la demandante en aplazar la transmisión de los pliegos de cargos.
- 83 Habida cuenta de que no concurre el requisito de urgencia y que la ponderación de intereses no se inclina en favor de la suspensión de la ejecución de la Decisión impugnada, debe desestimarse la presente demanda, sin que resulte necesario examinar las demás alegaciones formuladas por la demandante referidas al *fumus boni juris* de su demanda.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

resuelve:

- 1) Desestimar la demanda de medidas provisionales.
- 2) Reservar la decisión sobre las costas.

Dictado en Luxemburgo, a 20 de diciembre de 2001.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

B. Vesterdorf