

CONCLUSIONES DEL JUEZ SR. BO VESTERDORF,
QUE DESEMPEÑA FUNCIONES DE ABOGADO GENERAL,
presentadas el 10 de julio de 1991 *

Indice

Introducción	II- 875
Los problemas estructurales del mercado del polipropileno entre 1977 y 1983	II- 876
I. Parte general	II- 878
A. Las cuestiones relativas al procedimiento administrativo	II- 878
1. Desarrollo del procedimiento administrativo	II- 878
2. Los principales puntos de vista de las demandantes	II- 883
3. Naturaleza de los asuntos en materia de la competencia	II- 884
4. Las modalidades de trabajo internas de la Comisión	II- 886
a) La organización interna de los trabajos de la Comisión	II- 886
b) El Consejero-Auditor	II- 888
5. Puesta de manifiesto del expediente	II- 889
a) El informe del Consejero-Auditor	II- 889

* Lengua original: danés.

b) Documentos internos de trabajo relativos a la conferencia de prensa	II- 891
c) Otras cuestiones relativas a la puesta de manifiesto del expediente y al traslado de los documentos probatorios a las empresas	II- 892
6. Modificación de la valoración jurídica durante el procedimiento	II- 900
7. Acta de la audiencia ante la Comisión	II- 907
B. Motivación de la Decisión	II- 907
1. La exigencia de motivación en general	II- 907
2. Obligación de la Comisión de comentar en su Decisión las pruebas y los argumentos expuestos con anterioridad a la misma	II- 908
3. Individualizaciones en la Decisión	II- 911
4. Interpretación del artículo 85 desde el punto de vista formal	II- 912
C. Concepto de «empresa» como «autor del acto»	II- 913
D. Interpretación del artículo 85	II- 921
1. Introducción	II- 921
2. El concepto de acuerdo	II- 922
3. El concepto de práctica concertada	II- 923
a) Exposición del problema	II- 923
b) La importancia de la cuestión en el presente caso	II- 924
c) Motivos y alegaciones de las partes	II- 925

d) Antecedentes históricos	II- 927
e) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de práctica concertada	II- 929
f) Observaciones de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia sobre la cuestión	II- 933
g) La doctrina	II- 935
h) El punto de partida de la interpretación	II- 939
i) ¿Supone la «práctica concertada» un comportamiento en el mercado?	II- 939
j) La estructura de ambas formas de infracción	II- 944
4. ¿Es posible elaborar una teoría de la tentativa en el marco del artículo 85?	II- 945
5. ¿Constituye objetivamente el comportamiento de las empresas un medio inadecuado?	II- 946
6. ¿Existe un acuerdo y una práctica concertada?	II- 948
7. ¿Responsabilidad colectiva en virtud del apartado 1 del artículo 85?	II- 950
E. Observaciones generales sobre las pruebas: apreciación y tipos	II- 953
1. Generalidades	II- 953
2. La libre apreciación de las pruebas	II- 954
3. La prueba testifical	II- 954
	II - 871

4. Las pruebas documentales	II- 955
5. Los análisis económicos	II- 957
6. Precios objetivo y cantidades objetivo como objeto de acuerdo o de concertación	II- 957
F. ¿Se ha probado la existencia de las prácticas colusorias?	II- 960
1. Introducción	II- 961
2. Los acuerdos alegados en materia de precios mínimos	II- 961
3. Prolongación del acuerdo en materia de precios mínimos	II- 965
4. Reuniones entre productores	II- 965
5. Valoración de la situación en 1977	II- 965
6. Valoración de la situación en 1978	II- 968
7. Valoración de la situación en 1979	II- 970
8. Las iniciativas sobre precios	II- 971
a) La iniciativa sobre precios de julio a diciembre de 1979	II- 971
b) De enero a mayo de 1981	II- 975
c) De agosto a diciembre de 1981	II- 977
d) Los períodos de junio a julio de 1982 y de septiembre a noviembre de 1982 ...	II- 979
e) El final de las prácticas colusorias en materia de precios	II- 980

9. Los sistemas de cuotas	II- 981
a) Sistema para 1980	II- 981
b) Período 1981-1982	II- 983
1981	II- 984
1982	II- 985
c) Los sistemas de cuotas en 1983	II- 986
10. «Account management» y «account leadership»	II- 987
11. Otras medidas complementarias	II- 988
G. Prescripción	II- 988
II. Los asuntos individualmente considerados	II- 990
A. Rhône-Poulenc (asunto T-1/89)	II- 990
B. Petrofina (asunto T-2/89)	II- 994
C. Atochem (asunto T-3/89)	II- 999
D. BASF (asunto T-4/89)	II-1000
E. Anic (Enichem) (asunto T-6/89)	II-1001
F. Hercules (asunto T-7/89)	II-1002
G. DSM (asunto T-8/89)	II-1006

H. Hüls (asunto T-9/89)	II-1007
I. Hoechst (asunto T-10/89)	II-1009
J. Shell (asunto T-11/89)	II-1010
K. Solvay (asunto T-12/89)	II-1012
L. ICI (asunto T-13/89)	II-1013
M. Montedipe (asunto T-14/89)	II-1015
N. Chemie Linz (asunto T-15/89)	II-1016
III. Las cuestiones relacionadas con la sanción	II-1017
A. La política de la Comisión en materia de multas	II-1020
B. ¿Tuvo en cuenta la Comisión todos los factores oportunos?	II-1024
C. Las circunstancias atenuantes	II-1024
D. Reducción de las multas como consecuencia de la anulación de ciertas partes de la Decisión	II-1026
E. ¿Debe confeccionar la Comisión un «catálogo» de las multas?	II-1026
F. Alcance o intensidad de la participación de las diferentes empresas	II-1028
1. Alcance, tal y como ha sido expuesto por la Comisión en su Decisión	II-1028
2. Los cuatro grandes productores	II-1030
3. Los productores menos importantes	II-1030
IV. Conclusiones	II-1032

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Introducción

A propuesta de su Sala Primera, el Tribunal de Primera Instancia acordó, en Sesión Plenaria de 16 de noviembre de 1989, designar un Abogado General para los asuntos T-1/89 a T-4/89 y T-6/89 a T-15/89 (polipropileno). Posteriormente, el Presidente del Tribunal de Primera Instancia decidió confiarme esta misión. El examen de los autos, así como las impresiones obtenidas en la vista, demuestran que estos asuntos responden plenamente a los criterios para la designación de un Abogado General, establecidos ya en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, a saber, que la dificultad jurídica o la complejidad de los antecedentes de hecho del asunto exijan la designación de un Abogado General.

Estos asuntos se refieren a la Decisión de la Comisión, de 23 de abril de 1986, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.149 — Polipropileno; DO L 230, p. 1). Mediante esta Decisión, la Comisión impuso a quince empresas de la industria química importantes multas por haber participado en un acuerdo y en una práctica concertada, en períodos de duración variable comprendidos entre mediados del año 1977 y, en todo caso, hasta noviembre de 1983, realizando, de este modo, prácticas colusorias en materia de precios e introduciendo un sistema de cuotas y otras medidas en apoyo de las prácticas referidas. Por otra parte, la Comisión instó a las empresas a que pusieran fin a las citadas infracciones.

Catorce de las quince sociedades interpusieron recurso, solicitando todas ellas, con li-

geras variaciones en su formulación, que se anulara la Decisión o, subsidiariamente, que se suprimieran o disminuyeran las multas impuestas. Mediante auto del Tribunal de Primera Instancia de 25 de septiembre de 1990, se acumularon los catorce asuntos a efectos de la fase oral del procedimiento.

Aparte de una serie de críticas de carácter formal sobre el modo en que la Comisión ha tratado estos asuntos desde el punto de vista administrativo, los recursos plantean una serie de cuestiones importantes, relativas a la interpretación del artículo 85 del Tratado CEE. Dichas cuestiones son analizadas en profundidad en el conjunto de documentos procesales y la solución que se les confiera revestirá gran importancia para la futura aplicación del artículo 85. El Tribunal de Primera Instancia recordará que, durante la vista, la Comisión incluso llegó a afirmar que si no obtenía la confirmación de sus principales puntos de vista, en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 85, habría que modificar este último. La cuestión de la interpretación del concepto de «práctica concertada» del artículo 85 constituye un primer punto importante en el presente caso, a menos, naturalmente, que se pueda comprobar globalmente que todos los elementos invocados por la Comisión constituyen «acuerdos» en el sentido del artículo 85. A este respecto, la cuestión consiste en si la Comisión tiene razón al considerar que una práctica concertada, en el sentido del artículo 85, existe desde el momento en que se produce la «concertación», o bien, si debe existir además una «práctica», en el sentido invocado por las demandantes, a saber, que es necesario que se pueda probar la intención de materializar el resultado de la «concertación» en el mercado, actuando directamente frente a los clientes de las empresas para aplicarlo. Otro problema fundamental es en qué medida los «acuerdos-marco», muy discutidos entre las partes, pueden constituir un acuerdo en el sentido del artículo 85, teniendo en cuenta

que, por un lado, no existen elementos para pensar que las medidas adoptadas con posterioridad se basaran principalmente en un acuerdo de cooperación futura entre las demandantes y que, por otro, ha de señalarse que se aplicaron un número importante de medidas, en relación con las cuales puede afirmarse que se basaban en acuerdos o constituían una práctica concertada y que, globalmente, formaban un conjunto estructurado y sumamente sistematizado. La cuestión de la participación individual de las distintas demandantes constituye un tercer problema fundamental. Esta cuestión se compone de dos elementos: por una parte, los problemas probatorios y, por otra, la cuestión de la responsabilidad por cooperación o colaboración o, según los términos empleados en el procedimiento, la cuestión de la responsabilidad colectiva o de la infracción colectiva.

En la mayoría de los asuntos, se reproducen toda una serie de motivos de carácter formal, siendo los problemas que acabo de esbozar comunes, salvo algunas excepciones, a todos los asuntos. Lo mismo sucede con la cuestión de las sanciones. Por esta razón, he optado por la siguiente sistemática: comenzaré por una Parte general relativa a la cuestión de los vicios de forma en la Decisión de la Comisión, la cuestión de interpretación y de aplicación del artículo 85, así como los principios generales que pueden invocarse en lo relativo a la prueba de las infracciones en asuntos tales como los que nos ocupan. A continuación, examinaré cada asunto por separado en la Segunda Parte, con el fin de determinar la situación de cada demandante en relación con las pruebas existentes. Finalmente, la Tercera Parte tratará de las sanciones.

Los problemas estructurales del mercado del polipropileno entre 1977 y 1983

Tal y como se desprende de numerosas declaraciones contenidas en los autos y realizadas durante la vista, así como de la Decisión de la Comisión, los presentes asuntos están marcados por considerables problemas estructurales que afectaron al mercado del polipropileno desde mediados de los años setenta hasta comienzos de los años ochenta. El problema residía en un importante exceso de capacidad, de lo que se derivaba una baja rentabilidad para los productores y, a menudo, pérdidas sustanciales en la producción de polipropileno. Como explica la Comisión en su Decisión (apartado 12), las elevadas inversiones en instalaciones implican costos fijos tan altos que una rentabilidad aceptable depende en gran medida de un alto porcentaje de utilización de las capacidades. Tras la expiración de varias patentes hacia 1977, y basándose en previsiones muy optimistas en cuanto a la evolución de la demanda, siete nuevos productores de Europa occidental se lanzaron a la producción de polipropileno en 1977, lo que implicó un aumento sustancial de la capacidad de producción, sin que la demanda se adaptara, ni siquiera aproximadamente, durante los años siguientes. En mi opinión, no es necesario, a efectos de la sentencia, estudiar con más detalle las circunstancias que súbitamente engendraron tal excedente de capacidad; en efecto, como señalaré más tarde, estoy de acuerdo con la Comisión en que la cuestión de si, o en qué medida, determinadas empresas recibieron ayudas de Estado dentro del sector industrial de que se trata, no es en absoluto relevante.

En una economía de mercado, si se produce un exceso de capacidad en un sector determinado, dicha capacidad, como todo lo demás, ha de reducirse a largo plazo. Por otra parte, la Comisión mencionó (apartado 13 de la Decisión) una propuesta de reducción

de las capacidades, presentada en el marco de las discusiones que sobre este punto tuvieron lugar en 1982. No obstante, la Comisión no quiso admitir un acuerdo de crisis propuesto por una empresa, si ello implicaba una «restricción inadmisibles de la competencia, como es el caso de la fijación de precios o de cuotas».

En caso de exceso de capacidad de un mercado, las empresas existentes que contemplan la llegada de nuevos competidores a dicho mercado suelen adoptar uno de los siguientes comportamientos: o bien intentan eliminar del mercado a las nuevas empresas, o bien detienen o reducen ellas mismas su producción, o bien intentan llegar a un «compromiso» con las nuevas empresas.¹ No es sorprendente que las empresas que atraviesan una situación como la existente en el mercado del polipropileno en 1977 intenten evitar una competencia destructiva sobre los precios, que pueda poner en peligro las elevadas inversiones realizadas en materia de instalaciones, llegando a acuerdos entre ellas para sobrevivir provisionalmente a la espera de tiempos mejores. En el presente caso, las capacidades de producción sufrieron una cierta reducción, más o menos voluntaria, pero dicha reducción no fue decisiva y la crisis de esta industria duró al menos seis años. De este modo, la crisis persistió durante largo tiempo, quizá mucho más de lo que habían previsto las empresas afectadas. Ello se debió, en concreto, a las consecuencias directas e indirectas del segundo gran aumento del precio del petróleo en 1979 y del consiguiente incremento de los precios de la materia prima, el polipropileno, así como a la desaceleración económica general, que implicó una disminución de la demanda.

Estas consideraciones plantean uno de los problemas fundamentales del Derecho de la competencia, que consiste en determinar en qué medida y en qué ámbito las empresas que normalmente compiten entre sí pueden legalmente colaborar para defender sus intereses comunes, ya sea de modo sistemático en el seno de asociaciones por sectores, o similares, o bien en casos concretos cuando se producen problemas específicos. Por un lado, es innegable que, al igual que los trabajadores, las empresas son libres de asociarse y tienen derecho a defender sus intereses económicos frente a las autoridades y, por otro, tampoco puede negarse que reviste un interés público fundamental el que la competencia no sea falseada a causa de ello en el mercado común [véase la letra f) del artículo 3 del Tratado CEE]. De este modo, debe garantizarse un equilibrio entre, por un lado, los intereses de las empresas afectadas y, por otro, la preocupación por garantizar que no se impongan precios o condiciones de negociación inaceptables a los consumidores y otros agentes económicos.

Determinar las posibilidades de cooperación entre las empresas y el momento en que se rebasa la línea de demarcación entre negociaciones lícitas y acuerdos o prácticas ilícitas es como navegar entre Scilla y Caribdis. Como sostuvo el Abogado General Sir Gordon Slynn,² el hecho de que una empresa participe en una reunión en la que otras empresas celebran acuerdos susceptibles de falsear la competencia, no quiere decir que la primera empresa pueda ser considerada como partícipe en un acuerdo o práctica concertada. El representante de la empresa puede perfectamente haber asistido a la reunión con el convencimiento de que no existía en el orden del día ningún punto sospechoso y, como se ha dicho, hay que recono-

1 — Véase, Baden Fuller en *European Law Review*, 1979, p. 439.

2 — Sentencia de 7 de junio de 1983, SA Musique Diffusion Française/Comisión (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. pp. 1825 y ss., especialmente p. 1930).

cer además a las empresas cierta libertad para discutir problemas comunes. Por el contrario, es necesaria una intervención firme frente a los intentos de socavar una de las funciones más importantes del mercado, a saber, la libre formación de los precios, y desconfiamos de la posición de una empresa que, durante un período bastante largo, envía colaboradores a numerosas reuniones donde se discuten medidas, quizá comprensibles desde el punto de vista de las empresas a causa de las dificultades surgidas dentro del sector, pero que son difícilmente conciliables con el apartado 1 del artículo 85.

Como el Tribunal de Justicia afirmó en su sentencia Züchner,³ la exigencia de autonomía en el Derecho comunitario de la competencia se opone «firmemente a todo contacto directo o indirecto entre [...] operadores, que tenga por objeto o efecto crear condiciones de competencia que no se correspondan con las condiciones normales del mercado de referencia, habida cuenta de la naturaleza de los productos o de las prestaciones efectuadas, de la importancia y del número de empresas y del volumen de dicho mercado» (*traducción provisional*). Por el contrario, el Derecho de la competencia, evidentemente, no impide los contactos, en cuanto tales, entre las empresas.

I. Parte general

A. Las cuestiones relativas al procedimiento administrativo

Todas las demandantes han alegado, más o menos vigorosamente y según combinacio-

nes distintas, que la Decisión recurrida adolece de una serie de vicios formales. Para analizar estos argumentos, puede resultar útil examinar, en primer lugar, el modo en que la Comisión ha tramitado el procedimiento administrativo en el presente caso.

1. Desarrollo del procedimiento administrativo

De la Decisión se desprende que, los días 13 y 14 de octubre de 1983, los representantes de la Comisión efectuaron verificaciones, sin previo aviso, conforme el apartado 3 del artículo 14 del Reglamento n^o 17,⁴ en diez empresas productoras de polipropileno, que realizan suministros dentro del mercado común (Atochem, BASF AG, DSM NV, Hercules Chemicals NV, Hoechst AG, Hüls AG, ICI plc, Montedipe,⁵ Shell International Chemicals Co. Ltd y Solvay & Cie). Posteriormente, se impusieron muchas a estas empresas, las cuales interpusieron recurso contra la Comisión. Por otra parte, también se realizaron verificaciones en BP Chimie de Paris. No obstante, la Decisión controvertida no se refiere a BP, puesto que la Comisión consideró que no disponía de pruebas suficientes contra esta empresa (último párrafo del apartado 78 de la Decisión). Tras dichas verificaciones, la Comisión solicitó a las empresas antes citadas diversas informaciones, conforme al artículo 11 del Regla-

4 — Del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

5 — En el procedimiento se hallan, especialmente, las denominaciones de Montedison, Montepolimeri y Montedipe, así como la abreviatura Monte. Los documentos procesales demuestran que la propia sociedad matriz del grupo Montedison, Montedison SpA, fabricó polipropileno hasta finales de 1980, producción que, a partir del 1 de enero de 1981, pasó a la filial, 100 % de su propiedad, Montepolimeri SpA, a la cual se dirigió el pliego de cargos. Como se afirma en el párrafo cuarto del apartado 8 de la Decisión, en relación con sus artículos 3 y 5, el grupo Montedison fue objeto de una reorganización interna, por lo cual la Decisión fue dirigida a Montedipe SpA, que es la demandante en el asunto T-14/89. Esta empresa se designará en lo sucesivo como Montedipe o Monte.

3 — Sentencia de 14 de julio de 1981 (172/80, Rec. pp. 2021 y ss., especialmente p. 2031), apartado 14.

mento nº 17, al igual que a otras cinco empresas (Amoco, Chemie Linz AG, Petrokjemí AS, Petrofina SA y Anic SpA). Tres de estas cinco empresas interpusieron recurso contra la Comisión; una de ellas, Saga Petrokjemí AS & Co., pagó la multa impuesta y, finalmente, la Comisión estimó que no disponía de pruebas suficientes contra la empresa Amoco.

A continuación, los representantes de la Comisión efectuaron verificaciones, conforme al apartado 2 del artículo 14 del Reglamento nº 17, en Anic, así como en relación con los agentes de venta de Chemie Linz en el Reino Unido y en Alemania. Por el contrario, no se efectuó verificación alguna en Rhône-Poulenc a quien, sin embargo, afecta la Decisión.

El 30 de abril de 1984, la Comisión decidió iniciar un procedimiento de oficio, conforme al apartado 1 del artículo 3 del Reglamento nº 17 y, en mayo de 1984, dirigió a las quince empresas un pliego de cargos con arreglo al citado Reglamento. Se trataba, entre otras, de la totalidad de las empresas que ahora han interpuesto recurso, con excepción de Anic y de Rhône-Poulenc. El pliego de cargos constaba de una parte general y de una parte específica dirigida a cada una de las empresas.

De los autos se desprende que todas las empresas afectadas solicitaron, en esta fase, una audiencia, conforme al artículo 7 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 (en lo sucesivo, «Reglamento nº 99»).

En junio de 1984, la Comisión puso de manifiesto los expedientes a las demandantes. Las modalidades según las cuales se concedió este derecho fueron objeto de debates durante el proceso y fueron criticadas por algunas demandantes.

El 24 de octubre de 1984 tuvo lugar una reunión preparatoria de la audiencia que debía comenzar el 12 de noviembre de 1984 entre, por un lado, un funcionario de la Comisión, el Sr. Roland Mussard, cuya misión consistía en dirigir la audiencia y, por otra, los Consejeros Jurídicos de las empresas. De una nota presentada por Shell se desprende que dicho funcionario realizó dos declaraciones, una de las cuales es invocada por una serie de empresas en apoyo de sus puntos de vista, mientras que la Comisión se ciñe a la otra. En primer lugar, el Sr. Mussard habría afirmado que un representante de cada empresa debía estar presente en la audiencia, es decir, que no bastaba con la presencia de un representante externo y que, en su opinión, «lo mas seguro» era que el representante de la empresa fuera empleado del «departamento comercial» de la misma. La segunda declaración se refería a su propio papel. Tras haber indicado que se limitaba a expresar su punto de vista personal y que, además, éste no era «particularmente importante», aludió a una divergencia entre el Comisario responsable y él mismo en cuanto a su misión en la gestión de los asuntos en materia de la competencia o, en otras palabras, a un desacuerdo sobre la interpretación de las normas establecidas para su misión.⁶ Como se indica en una carta de 30 de octubre de 1984, enviada a la Comisión por el Abogado de Shell, este hecho llevó a Shell a anunciar que no participaría en la audiencia ante la Comisión.

⁶ — Conforme a la nota elaborada por el representante de Shell tras la reunión, Anexo 16 del recurso de Shell (asunto T-11/89).

Habida cuenta de la respuesta de las empresas al pliego de cargos, la Comisión envió una serie de documentos a los Abogados de estas últimas, el 31 de octubre de 1984. Entre ellos se encontraban copias de instrucciones sobre precios dadas por las empresas a sus oficinas de venta, así como cuadros resumen de dichos documentos. Los Abogados de las diferentes empresas se negaron a aceptar las condiciones a las que se supeditaba el traslado de tales documentos y devolvieron la documentación antes de la audiencia ante la Comisión. De hecho, los Abogados se negaban a aceptar la condición impuesta por la Comisión, según la cual los documentos no podían darse a conocer a los departamentos comerciales de las empresas afectadas.

La primera serie de audiencias tuvo lugar del 12 al 20 de noviembre de 1984. Durante las mismas, varias empresas se negaron a entrar en un debate sobre la documentación que se les había enviado el 31 de octubre de 1984, alegando que la Comisión había modificado su argumentación; que, en cualquier caso, debía concedérseles la posibilidad de responder por escrito y que, por otra parte, no habían tenido tiempo suficiente para estudiar los citados documentos antes de la audiencia ante la Comisión.

En una carta común, de 28 de noviembre de 1984, de BASF, DSM, Hercules, Hoechst, ICI, Chemie Linz, Montedipe, Petrofina y Solvay (a la cual se unió Hüls, mediante carta de 4 de diciembre de 1984), los Abogados de las empresas afectadas expresaron severas críticas en relación con dos cuestiones. En primer lugar, alegaron que la documentación que les había sido enviada el 31 de octubre de 1984 suscitaba nuevos problemas, tanto jurídicos, como en materia de prueba. Las empresas afirmaron, a continuación, que debían disponer del tiempo suficiente para analizar los documentos y pre-

sentar sus observaciones escritas y tener, después, la posibilidad de tratar estas cuestiones en el marco de una nueva audiencia. Por otra parte, las empresas criticaban la condición según la cual sus departamentos comerciales no podían tener conocimiento de los documentos. En segundo lugar, las empresas alegaron que, tras finalizar la primera serie de audiencias, la situación se caracterizaba por una falta de claridad creciente en cuanto a la argumentación jurídica expuesta por la Comisión, contra la cual las empresas debían defenderse. Según estas empresas, dicha incertidumbre era consecuencia de ambigüedades sustanciales en el pliego de cargos. Finalmente, consideraban que la incertidumbre había aumentado durante las audiencias. Afirmaron que distintos representantes de la Comisión intentaron dar explicaciones verbales sobre el pliego de cargos, que eran difícilmente comprensibles y que les parecían incoherentes y contradictorias entre sí.

Sobre el primer punto, las empresas alegaron, más en concreto, que el contenido de los pliegos de cargos y la documentación que se les envió en aquel momento, no permitían en modo alguno determinar en cuáles de las pruebas aportadas se basaban las diferentes afirmaciones de la Comisión. De este modo, señalaron que era imposible determinar con exactitud, basándose en el conjunto de los documentos, lo que la Comisión alegaba contra cada una de las empresas. Como veremos, esta es una cuestión que volverá a surgir en una fase posterior del procedimiento.

Por otra parte, las empresas suscitaron la cuestión del significado de una expresión contenida en la carta de acompañamiento

de 31 de octubre de 1984, en la que se leía que se trataba de una «muestra representativa» de las instrucciones sobre precios, entre otras cosas. A este respecto, las empresas expresaron su temor de que la Comisión pudiera contemplar la posibilidad de utilizar otras pruebas no dadas a conocer. Las empresas consideraron que esta situación era contradictoria con la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión.⁷ En lo que respecta al primer punto, las empresas exigían, a continuación, que la Comisión, o bien identificara todas las demás instrucciones sobre precios supuestamente comparables de las cuales tuviera intención de servirse, así como los documentos sobre los cuales se basara tal comparación, o bien confirmara su renuncia a basarse en tales comparaciones no identificadas para tomar una decisión. Por otra parte, exigieron que la Comisión levantara la prohibición de mostrar los documentos enviados a los departamentos comerciales de las empresas. Finalmente, exigieron que se les diera la oportunidad de comentar los nuevos documentos, tanto por escrito como en el curso de una nueva audiencia.

En lo que respecta al segundo punto, las empresas plantearon la cuestión, que posteriormente se convirtió en uno de los problemas principales en el presente caso, de en qué medida era necesario que la Comisión precisara, en cada caso, lo que consideraba como un acuerdo en el sentido del artículo 85, y lo que era una práctica concertada. Ya en ese momento, las empresas alegaron que el concepto de práctica concertada implicaba un elemento objetivo, una práctica, mientras que ello no ocurría con el concepto de acuerdo; este punto de vista también constituyó, posteriormente, uno de los argumentos principales.

Tal y como también se afirmó después, las empresas consideraban que el pliego de cargos era muy poco claro sobre este punto y que esta falta de claridad había aumentado aún más durante la audiencia; por esta razón, solicitaron que la Comisión aclarara sus intenciones.

La Comisión respondió a estas peticiones enviando a las empresas, el 29 de marzo de 1985, una nueva serie de instrucciones sobre precios y de cuadros, así como un resumen de las pruebas disponibles en lo relativo a cada iniciativa en materia de precios de la que existía documentación. No obstante, se trataba esencialmente de los mismos documentos enviados el 31 de octubre de 1984. Al mismo tiempo, la Comisión levantó la prohibición de mostrar los documentos a los departamentos comerciales, concediendo a las empresas la posibilidad de responder por escrito y anunciándoles que estaba dispuesta a organizar otra audiencia. Por otra parte, la Comisión envió ese mismo día a las empresas una carta en la que respondía a los argumentos de estas últimas, según los cuales no se había definido con exactitud la práctica colusoria cuya existencia invocaba la Comisión.

El punto de vista de la Comisión con respecto a la relación entre acuerdo y práctica concertada, tal y como fue expuesto a las empresas en la carta de 29 de marzo de 1985, puede resumirse del siguiente modo: durante un largo período, la mayoría de los productores de polipropileno se pusieron de acuerdo para fijar, en el curso de reuniones regulares e institucionalizadas, objetivos sobre precios, tonelajes y cuotas, así como para adoptar diferentes medidas con el fin de llevar a efecto estos proyectos. Tras las

7 — 107/82, Rec. p. 3151.

reuniones, los proyectos acordados fueron llevados a cabo mediante instrucciones dadas a los departamentos comerciales. El grado de consenso alcanzado en materia de precios y de tonelajes, tal y como se desprende de los informes detallados que se realizaron en la misma época que las reuniones, condujo a la conclusión de que la colusión ilícita entre los participantes en las reuniones era asimilable a uno o varios acuerdos, en el sentido del apartado 1 del artículo 85, cuyo objeto o efecto fuera restringir la competencia. Ello es así, a pesar de que su propia naturaleza impidiera consignarlos por escrito, o imponerlos por medios legales. En algunos casos, los compromisos colusorios pueden tener, al mismo tiempo, carácter de acuerdo y de práctica concertada, sobre todo cuando son complejos, extensos y sometidos a una constante revisión. Se pueden hallar ejemplos de ello en el asunto Fedetab, en el cual el Tribunal de Justicia consideró superflua la distinción entre las diferentes formas de comportamiento prohibido. A pesar de que, en el presente caso, algunos de los compromisos contraídos por los productores que participaron en las reuniones no reúnen todas las características detalladas de un «acuerdo», dichos productores adoptaron medidas cuyo objetivo común era, no obstante, la coordinación de sus políticas comerciales. De este modo, la forma exacta de la conducta colusoria imputada sólo posee una importancia secundaria; los productores realizaron prácticas colusorias ilícitas, dado que los distintos elementos puedan entrar en el concepto de «acuerdo» o de «práctica concertada». Del mismo modo, aún cuando se estimara que los compromisos contrarios a la competencia adoptados por los productores debían ser considerados en su conjunto más bien como una práctica concertada que como un acuerdo al cual se sumaría, en su caso, una práctica concertada, la prohibición establecida en el artículo 85 se aplica, no sólo a su conducta uniforme en materia de precios y de venta, sino también, y *a fortiori*, a la fase de preparación y de reunión que la precedió. Desde este punto de vista, los argumen-

tos destinados a probar que la situación descrita por la Comisión constituye una «práctica concertada» más que un «acuerdo», o viceversa, carecen de objeto.

En lo que respecta a Anic y Rhône-Poulenc, que no estaban implicadas en la primera etapa, la Comisión estimó poseer datos suficientes sobre estas empresas como para enviarles, el 29 de octubre de 1984, un pliego de cargos equivalente al dirigido a las demás. La audiencia de estas empresas, al igual que la de ICI, tuvo lugar durante la segunda serie de audiencias en julio de 1985. Todas las empresas, a excepción de Shell que, como he dicho, tampoco participó en la primera serie de audiencias, tomaron parte en esta segunda serie, que se desarrolló entre el 8 y el 11 de julio de 1985, así como el 25 de julio de 1985.

El proyecto de acta de las audiencias fue enviado al Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes el 19 de noviembre de 1985 y a las empresas, el 25 de noviembre de 1985. El acta definitiva con las modificaciones y ampliaciones solicitadas por las empresas fue enviada a estas últimas el 8 de julio de 1986.

Tal y como se desprende de los debates mantenidos ante el Tribunal de Primera Instancia, el Comité Consultivo intervino, a pesar de que no disponía de la versión definitiva del acta, mientras que la Comisión, cuando trató el asunto, disponía al mismo tiempo del proyecto y de la respuesta, así como de las peticiones de modificación de las empresas.

En relación con la publicación de la Decisión recurrida, la Comisión mantuvo una conferencia de prensa y publicó un comunicado de prensa. En la reseña de la conferen-

cia, que fue redactada por la Oficina de Prensa, se decía, en concreto, que uno de los colaboradores del Comisario Sr. Sutherland había declarado que la Comisión pensaba que los precios del polipropileno habían sido aumentados artificialmente, como consecuencia de las prácticas colusorias, entre un 15 % y un 30 % desde 1977 hasta 1982, y un 40 % en 1982.

Estas circunstancias suscitaron una larga serie de críticas de carácter formal contra la Decisión controvertida. Las más importantes serán analizadas aquí en la Primera Parte, mientras que las que emanan de ciertas empresas serán tratadas en la Segunda Parte, en los pasajes relativos a cada demandante.

Entre las numerosas imputaciones que las empresas, las actuales demandantes, calificaron de formales, se hallan algunas que corresponden claramente al ámbito del procedimiento administrativo, tales como la cuestión de la puesta de manifiesto de los expedientes, mientras que otras se hallan en el linde entre lo que normalmente se puede calificar de cuestión formal y los problemas jurídicos de fondo, por ejemplo la alegación de DSM en el sentido de que la Comisión no tuvo suficientemente en cuenta el principio *in dubio pro reo*. En otros casos, parece que algunas de las demandantes consideran una ventaja la redefinición como cuestiones formales de los problemas jurídicos, que son claramente problemas de fondo. Ello puede ocasionar cierta inseguridad en la calificación, por parte de las demandantes, de los problemas tratados, y también resulta claro que, ni la lógica ni el Derecho permiten trazar una frontera clara entre las cuestiones que se pueden calificar de formales y las relativas al fondo. Por otra parte, también es evidente que una cuestión debe dirimirse con independencia de su calificación.

2. Los principales puntos de vista de las demandantes

Como el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de afirmar en una serie de asuntos, el principio de contradicción es un principio absolutamente fundamental de Derecho administrativo comunitario, incluido el Derecho de la competencia. De este modo, a las empresas implicadas se les deben poner de manifiesto los documentos y otras pruebas que la Administración tenga intención de invocar frente a ellas y, asimismo, ellas deben tener la posibilidad de comentar tanto los documentos como los argumentos jurídicos en los que se basa la Decisión.

En los asuntos de que aquí se trata, las demandantes alegaron una serie de motivos cuyo común denominador consiste en que, ni en el desarrollo del procedimiento, ni en la Decisión, se les ha dado plena posibilidad de ejercer su derecho de defensa. Por otra parte, una de las demandantes criticó el modo en que la Comisión trata los asuntos de la competencia.

Las demandantes exponen los siguientes puntos de vista:

— La organización interna de la Comisión no responde a las exigencias que pueden imponérsele, puesto que:

- a) Son las mismas personas las que, por una parte, realizan las investigaciones y, por otra, las que deciden el asunto,

y

b) el ámbito de competencia del Consejero-Auditor fue limitado con respecto a lo que establece la Decisión general de la Comisión sobre las competencias del Consejero-Auditor.

c) La motivación no está suficientemente individualizada con respecto a las diferentes empresas.

— Las empresas no han podido instruirse suficientemente del expediente.

— Las empresas no han recibido la totalidad de los documentos pertinentes.

— Los órganos dotados de poder de decisión no han dispuesto de todos los elementos, ni de los elementos exactos, para fundamentar la Decisión.

— Durante el procedimiento, la Comisión modificó su valoración jurídica del asunto.

— La Decisión no ha sido suficientemente motivada debido, en concreto, a que:

a) No responde de manera satisfactoria a los argumentos de las empresas, así como tampoco define su postura en cuanto a las pruebas aportadas por dichas empresas.

b) La motivación es incoherente.

El primer punto de vista principal citado suscita una cuestión que se refiere a los problemas fundamentales ligados a la actuación de la Comisión en los asuntos en materia de la competencia, lo que nos lleva a estudiar más de cerca el carácter de estos asuntos en general.

Otras dos cuestiones requieren, en cierta medida, un tratamiento aparte, puesto que ya han sido analizadas en el marco de un procedimiento ante el Tribunal de Justicia basado en el artículo 91. Por una parte, se trata de la cuestión de la puesta de manifiesto del informe del Consejero-Auditor y, por otra, de los documentos que sirvieron de base a la conferencia de prensa celebrada en relación con la publicación de la Decisión. Además, un elevado número de problemas relativos a vicios de forma, que se han suscitado en los presentes asuntos, ya han sido debatidos ante el Tribunal de Justicia.

3. *Naturaleza de los asuntos en materia de la competencia*

En relación con diversas cuestiones, las demandantes han realizado críticas de carácter más bien general frente al modo en que la Comisión trata los asuntos en materia de la competencia. Este problema constituye una de las mayores dificultades que el tratamiento de estos asuntos plantea y que aparece aquí, en cierta medida, en relación con el examen de las críticas formales y, en mayor medida aún, en relación con el análisis de las cuestiones jurídicas de fondo. Estoy refiriéndome, en concreto, a la zona de

tensión que puede claramente discernirse —y quizá en los presentes casos más aún que en algunos asuntos de la competencia anteriores planteados ante el Tribunal de Justicia— entre, por un lado, el ámbito formal de los asuntos, constituido por un procedimiento administrativo, seguido de un control judicial de legalidad y, por otro, su contenido que presenta, en esencia, todas las características de un proceso penal. En distintos casos, las alegaciones de las partes sólo son comprensibles gracias a la terminología y a los conceptos del Derecho penal y del proceso penal.

En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el tratamiento del asunto por parte de la Comisión constituye un procedimiento administrativo. Me remito, a este respecto, a la sentencia de 15 de julio de 1970, *Boehringer Mannheim/Comisión* (45/69, Rec. pp. 769 y ss., especialmente p. 802), apartado 23, en la que se declara que el procedimiento ante la Comisión, cuyo objeto es la aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, es de naturaleza administrativa, incluso cuando pueda desembocar en multas. Ello tuvo como consecuencia, en aquel asunto, que la Decisión de la Comisión no fuera declarada ilegal, a pesar de que los miembros de la Comisión no participaron personalmente en las audiencias, sino que encomendaron esta tarea a funcionarios, conforme al apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº 99.

La Comisión tampoco es un Tribunal en el sentido en que este concepto se utiliza en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Esto es lo que el Tribunal de Justicia ha afirmado en varias ocasiones⁸ y no ha sido rebatido por los órganos creados en el marco de este Convenio (véase la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 9 de febrero de 1990,⁹ en la cual tomó postura so-

bre una prórroga de los asuntos *Pioneer*).⁸ No obstante, como el Tribunal de Justicia señala expresamente en las citadas sentencias, la Comisión debe respetar las garantías procedimentales establecidas por el Derecho comunitario durante todo el procedimiento administrativo. De ello se desprende que no se pueden, pura y simplemente, imponer exigencias a la Comisión en lo que respecta al sistema establecido para el tratamiento de las cuestiones de la competencia, sino que la Comisión debe, en cualquier caso, respetar las normas escritas —lo cual es evidente—, pero también los principios no escritos consagrados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En los asuntos *Pioneer*, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre el apartado 1 del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en relación con el argumento según el cual la Decisión controvertida era ilegal, puesto que la Comisión ejercía a la vez la función instructora y decisoria, mientras que en los asuntos *Fedetab*, se pronunció sobre esta cuestión en relación con la supuesta infracción de una serie de normas de procedimiento. En ninguno de estos asuntos, fueron confirmadas las tesis de las empresas.

Habida cuenta de que, en mi opinión, las multas que pueden imponerse a las empresas conforme al artículo 15 del Reglamento nº 17, a pesar del apartado 4 de este artículo, poseen, en realidad, y teniendo en cuenta, en cierta medida, la sentencia *Öztürk*¹⁰ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, carácter penal,¹¹ es esencial que el Tribunal de Primera Instancia se esfuerce en garantizar una situación jurídica que no pueda suscitar crítica alguna justifi-

8 — Sentencias de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck/Comisión*, «*Fedetab*» (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. pp. 3125 y ss., especialmente p. 3248), apartados 79 a 81, y de 7 de junio de 1983, «*Pioneer*», antes citada, apartados 6 a 8.

9 — Asunto 13258/87, *M. y Co./Alemania*.

10 — Sentencia de 21 de febrero de 1984.

11 — Véase también *Pliakos: Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, Bruselas, 1987, pp. 145 y ss.

cada a la vista del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. En cualquier caso, también ha de garantizarse, en el marco fijado por las normas existentes y la jurisprudencia de que disponemos, que la protección jurídica en la Comunidad se corresponda con las normas que se consideran aceptables en toda Europa.

En este contexto, es también importante señalar que, para decidir si la parte o las partes privadas implicadas han tenido suficientes posibilidades de defenderse, hay que considerar en su conjunto las normas, escritas o no, de un determinado ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, si en principio no puede ponerse de manifiesto el expediente completo, incluidos todos los documentos que no tengan carácter de documentos internos de trabajo en el sentido estricto del término —que no existe en el Derecho administrativo comunitario—, las exigencias relativas a las demás garantías jurídicas deben reforzarse de manera importante. En efecto, es necesario que garanticen el respeto del principio fundamental según el cual la parte privada debe haber tenido conocimiento de todos los documentos relevantes para la solución del litigio, y que no existan otros elementos que puedan serlo. Este es el problema que ha sido especialmente debatido durante el procedimiento, en conexión con los temores de las demandantes en cuanto a la existencia de documentos de los que no hubieran tenido conocimiento y que, supuestamente, pudieran probar los efectos de las prácticas colusorias, tal y como se señaló durante la conferencia de prensa, puesto que dichos documentos podrían haber servido de base para la solución del litigio, especialmente para la fijación de las multas. Por tanto, es necesario comprobar en el mínimo detalle que la Decisión posee un fundamento tan sólido que la existencia de documentos relevantes, desconocidos por las empresas,¹² pueda considerarse prácticamente inconcebible.

4. *Las modalidades de trabajo internas de la Comisión*

a) La organización interna de los trabajos de la Comisión

Tanto durante el procedimiento ante la Comisión, como ante el Tribunal de Primera Instancia, Shell alegó que, al tramitar el expediente, la Comisión había prescindido de importantes garantías jurídicas. Dentro del argumento de que la Comisión no cumplió su «deber de actuar equitativamente», Shell precisa que el sistema de trabajo de la Comisión debe organizarse de manera que, por una parte, se garantice en la mayor medida posible que puede cumplirse el citado deber y, por otra, que las empresas implicadas en los asuntos de que la Comisión, al igual que el público, puedan tener un grado razonable de confianza hacia la Comisión como órgano decisorio imparcial. En este contexto, Shell afirma que se puede exigir que, en los procedimientos tramitados conforme a los Reglamentos nº 17 y nº 99, la Comisión adopte una posición objetiva y neutra en lo que respecta al conjunto de las pruebas y que tenga en cuenta los argumentos de las demandantes que puedan suscitar serias dudas en cuanto a la exactitud de los puntos de vista provisionales expresados en el pliego de cargos. Shell añade que estas exigencias sólo pueden satisfacerse mediante una división funcional entre la «fase de instrucción» y la «fase de acusación» en los servicios de la Comisión. En opinión de Shell, tal división no existía en el momento de las verificaciones y del examen de los presentes asuntos y, en todo caso, tampoco cuando se enviaron los pliegos de cargos.

12 — Véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), apartados 5 a 10.

Shell propone una serie de ejemplos concretos que, según esta demandante, ponen de manifiesto que determinados elementos del asunto fueron apreciados de manera tan parcial y desequilibrada, que ha de afirmarse que el desarrollo de los trabajos en el seno de la DG IV pudo, por su propia naturaleza, influir en la Decisión en perjuicio de la demandante.

quizá, mucho que desear en general, pueden realizar un trabajo encomiable. Por esta razón, estoy de acuerdo con la Comisión en que no se pueden invocar posibles errores cometidos durante la tramitación de los presentes asuntos en su conjunto, para afirmar que su organización interna permite suponer *a priori* que se producirán fallos tales como los que la demandante considera haber demostrado.

Tras haber descrito la reorganización de la Dirección General que tuvo lugar en 1984/1985 y que, en opinión de la demandada es suficiente para contrarrestar esta crítica, la Comisión señala que no existen en ninguna parte normas que le impongan modalidades de organización de sus trabajos internos en este ámbito. La Comisión niega, por otra parte, que se pueda vincular la posible existencia de defectos o errores a una determinada manera de organizar el trabajo. Por tanto, según la Comisión, los ejemplos propuestos por la demandante deben remitirse, en su totalidad, al debate sobre las cuestiones de fondo. Finalmente, la Comisión señala que han colaborado en el procedimiento más de veinte miembros de su personal.

Por otra parte, como se indica más adelante, es forzoso admitir con Shell que, en general, el hecho de que el propio órgano administrativo posea una competencia que le permite, aparte de instruir y seguir un procedimiento, infligir multas tan cuantiosas como las del presente caso, puede ser fuente de problemas. No obstante, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada,¹³ es evidente que el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos no contiene ningún elemento jurídico concreto que permita exigir a la Comisión que organice su trabajo de una manera determinada. De este modo, parece que invocando las exigencias normales de buena práctica administrativa, de objetividad y de neutralidad que nadie puede negar, y que Shell acertadamente considera que deben constituir el hilo conductor en materia de la competencia, esta demandante quiere crear un principio que imponga una determinada organización administrativa de los trabajos; sin embargo, no se puede deducir tal principio, ni del Tratado, ni de las normas establecidas conforme a este último en lo que se refiere a los procedimientos en materia de la competencia, ni de ningún fundamento jurídico existente. Por ello, es necesario rechazar los argumentos de Shell en lo que respecta a las modalidades internas de trabajo de la Comisión.

A la vista de estos argumentos, opino que ha de señalarse en primer lugar, que, en principio, no es posible en este caso concreto, deducir de la existencia de posibles defectos o de trabajos de escasa calidad que, en general, la organización interna de los trabajos de la Comisión sea deficiente. Incluso los órganos administrativos mejor organizados que se pueda imaginar en el plano interno y que se rodeen de todas las garantías jurídicas posibles pueden cometer errores. Por el contrario, organizaciones cuyos métodos internos de trabajo dejen,

13 — Véase la nota 8.

b) El Consejero-Auditor

Artículo 6

A principios de los años ochenta, la Comisión consideró oportuno, en lo sucesivo, encargar a una persona de cierta independencia la dirección de las audiencias previstas en el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº 99. Por esta razón, la Comisión creó un puesto de Consejero-Auditor a partir del 1 de septiembre de 1982 y nombró al Sr. Roland Mussard, quien ha dirigido las audiencias en los presentes asuntos. La creación del puesto fue anunciada en el Undécimo Informe sobre la Política de Competencia. En el Decimotercer Informe sobre la Política de Competencia, la Comisión publicó los términos del mandato conferido al Consejero-Auditor, y precisamente sobre la interpretación de sus competencias en el marco de dicho mandato existió un desacuerdo entre el Consejero-Auditor y el Comisario responsable, desacuerdo al que ya he aludido anteriormente en el apartado 1.

Las disposiciones relevantes establecen lo siguiente:

«Artículo 5

El Consejero-Auditor informará al Director General de Competencia sobre el desarrollo de la audiencia y sobre las conclusiones que extraiga de ella. Formulará sus observaciones sobre el curso que debe seguir el procedimiento. Dichas observaciones pueden referirse, entre otras cosas, a la necesidad de información adicional, al abandono de determinados cargos o a la comunicación de nuevos cargos.

En el ejercicio de sus funciones, definidas en el artículo 2 anterior, el Consejero-Auditor podrá, si lo estima necesario, comunicar directamente sus observaciones al miembro de la Comisión encargado de los asuntos de la competencia, cuando se someta a este último el anteproyecto de Decisión destinado al Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes.

Artículo 7

Llegado el caso, el miembro de la Comisión encargado de los asuntos de la competencia podrá decidir, a petición del Consejero-Auditor, adjuntar el Dictamen final emitido por éste al proyecto de Decisión sometido a la Comisión, con el fin de garantizar que esta última, cuando se pronuncie sobre un asunto individual en su calidad de órgano decisorio, esté plenamente informada de todos los elementos del asunto» (*traducción no oficial*).

No hay duda alguna de que las competencias atribuidas por estos artículos al Consejero-Auditor en el marco de su mandato pueden contribuir a que el Comisario responsable en materia de la competencia disponga de los mejores fundamentos posibles para tomar una decisión puesto que, no solamente recibe una orientación de la jerarquía administrativa habitual, sino que también puede recibir un informe escrito o verbal de una persona que, con total independencia frente a otros servicios responsables, ha dirigido la audiencia. De este modo, puede decirse que la propia Comisión ha es-

tablecido garantías jurídicas que van más lejos que las garantías de procedimiento administrativo cuyo respeto ha exigido el Tribunal de Justicia o que se derivan, por otra parte, de disposiciones jurídicas escritas.

Cuando la Comisión ha optado por establecer unas normas que poseen el carácter de garantías jurídicas, puede afirmarse, en cualquier caso, que debe forzosamente respetarlas y ello aún cuando no estuviera jurídicamente obligada a adoptarlas. Y ello es así especialmente en el caso de que dichas normas hayan sido hechas públicas en los círculos interesados, con la mención expresa de que tienen por objeto reforzar las garantías de seguridad jurídica para las empresas que se hallen en el punto de mira de la Comisión. En lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el modo en que una Administración está vinculada por sus propias normas, me remito en especial a la sentencia de 30 de enero de 1974, *Louwage/Comisión* (148/73, Rec. pp. 81 y ss., especialmente p. 89), apartado 12, en la que se lee que, a pesar de que una instrucción interna «no pueda calificarse de norma jurídica que, en todo caso, deba ser respetada por la Administración, no obstante, constituye una regla de conducta orientadora de la práctica que debe seguirse y de la que la Administración no puede apartarse sin explicar las razones que la llevan a ello, so pena de infringir el principio de igualdad de trato» (*traducción provisional*). En el asunto *Comisión/Consejo* (81/72, Rec. 1973, p. 575), el Tribunal de Justicia realizó las mismas afirmaciones e incluso, en este caso, en relación con el Consejo como órgano legislativo.

A este respecto, la disposición relevante es el artículo 6, según el cual el Consejero-Auditor puede dirigirse directamente al Comisario responsable y comunicarle sus observaciones en el momento de enviar el anteproyecto de Decisión al Comité Consultivo

en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes. Ahora bien, en el presente caso no se ha aportado ninguna prueba que indique que el Consejero-Auditor no pudo presentar sus observaciones al Comisario responsable, antes de que el asunto pasara al Comité Consultivo. De igual modo, en lo que respecta al artículo 5, nada indica que el Consejero-Auditor no haya podido exponer su punto de vista al Director General. Finalmente, no es posible deducir del artículo 7 del mandato ninguna obligación del Comisario responsable de transmitir a la Comisión el punto de vista del Consejero-Auditor. Si bien es lamentable, naturalmente, que el Consejero-Auditor y el Comisario responsable no hayan estado del todo de acuerdo sobre los objetivos de las normas, en mi opinión, no existe ningún elemento en los presentes asuntos que corrobore la afirmación de que la Comisión no respetó las normas adoptadas por ella.

Por consiguiente, han de rechazarse los motivos alegados por una serie de demandantes en el sentido de que la Comisión limitó, de manera inaceptable, las competencias del Consejero-Auditor.

5. *Puesta de manifiesto del expediente*

a) El informe del Consejero-Auditor

Tal y como se desprende de los autos, al interponer el presente recurso, ICI solicitó que se le diera traslado de dicho informe, en el marco de un procedimiento especial ante el Tribunal de Justicia, de acuerdo con el artículo 91 del Reglamento de Procedimiento. Del mismo modo, otras demandantes solicitaron sin éxito a la Comisión que les transmitiera dicho informe, alegando posteriormente que la falta de traslado del

mismo constituía un vicio de procedimiento. Durante el procedimiento basado en el artículo 91, ICI sostuvo que existían diferencias importantes entre la Decisión recurrida y algunas de las declaraciones realizadas por el Consejero-Auditor en relación con los presentes asuntos durante la audiencia. A este respecto, la Comisión alega que el mandato del Consejero-Auditor no contiene ninguna cláusula que exija que el informe de éste sea dado a conocer a las empresas. La Comisión considera que se trata de un documento interno cuya publicación podría resultar inoportuna para ella, puesto que una disposición o una práctica en ese sentido implicaría el riesgo de que el Consejero-Auditor, o las personas implicadas en el asunto, se abstuvieran de expresarse libremente durante el procedimiento administrativo.

El Tribunal de Justicia desestimó la demanda de ICI mediante auto de 11 de diciembre de 1986, señalando que el papel de Consejero-Auditor es puramente consultivo y que la Comisión no está obligada, en modo alguno, a seguirlo. Por consiguiente, en opinión del Tribunal de Justicia, el informe del Consejero-Auditor no tiene tal importancia que el Tribunal de Justicia deba tenerlo en cuenta a la hora de ejercer su misión de control.

En la fase actual del proceso, la cuestión consiste en determinar en qué medida el hecho de que no se diera a conocer el informe del Consejero-Auditor puede considerarse como un vicio que afecta a la Decisión. Si las demandantes solicitan que se ponga de manifiesto el informe del Consejero-Auditor, es porque consideran que contiene puntos de vista distintos de los expresados en la Decisión.

Ahora bien, como afirma la Comisión, el objeto del control judicial no es aquí el informe del Consejero-Auditor. La Decisión recurrida no ha de someterse a control a la luz de dicho informe. En una gran organización administrativa, como la DG IV, no resulta sorprendente ni extraño que un conjunto de asuntos tan importante como el que nos ocupa suscite opiniones distintas, tanto en lo relativo a las cuestiones de hecho como de Derecho, algunas de las cuales son, en todo caso, ciertamente controvertidas. Cuando finaliza el debate en el seno de la Comisión sobre la solución que ha de darse al asunto, incluidos los casos en los que actúa como órgano colegiado, se adopta una Decisión y precisamente sobre el fundamento material y jurídico de esta Decisión debe recaer el control del Tribunal de Primera Instancia. En mi opinión, no sería en absoluto lógico que la Comisión se viera obligada a presentar un documento, que posee el carácter de documento interno de trabajo, si el objetivo que se persigue consiste únicamente en probar que uno de los funcionarios de la Comisión tiene, o ha tenido, una visión de los elementos materiales y jurídicos distinta de la que se ha consagrado con carácter definitivo. Por otra parte, es significativo que en once de los doce Estados miembros (salvo el Reino Unido), en los que la legislación permite, en principio, que también se pongan de manifiesto los expedientes a las empresas implicadas en los asuntos de la competencia nacionales, los documentos calificados de documentos de trabajo internos, tales como actas, notas o informes, queden generalmente excluidos. Por regla general, tales documentos reproducen consideraciones provisionales y, en su caso, una valoración anterior del asunto, ya abandonada, que no se considera necesario, ni siquiera oportuno —y creo que con razón— poner en conocimiento de la parte o partes. La única justificación razonable para que, en su caso, se dé a conocer tal documento es la que el Tribunal de Justicia ha expuesto en el auto que acabamos de citar, en el que remite a otro auto de 18 de junio

de 1986, British American Tobacco y Reynolds Industries,¹⁴ a saber, que tal documento pueda servir para probar que existe una desviación de poder. Como el Tribunal de Justicia afirma, el examen del expediente interno de la Comisión con objeto de comprobar si la Decisión de ésta se ha visto influida por otras consideraciones distintas de las indicadas en la motivación de la Decisión constituye una diligencia de prueba excepcional. El hecho de hacer uso de la misma implica que las circunstancias que rodean a la Decisión suscitan serias dudas en cuanto a los motivos reales y, en especial, sospechas de que dichos motivos sean ajenos a los que legítimamente pueden invocarse en Derecho comunitario.

En el presente proceso no ha aparecido elemento alguno que permita presumir la existencia de una desviación de poder. Por ello, la Comisión podía negarse legalmente a aportar dicho informe. En mi opinión, los motivos alegados a este respecto deben, por tanto, desestimarse.

b) Documentos internos de trabajo relativos a la conferencia de prensa

Por otra parte, en su auto de 11 de diciembre de 1986, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre una demanda, formulada por ICI, en la que solicitaba que se pusieran de manifiesto los documentos internos de trabajo elaborados con vistas a la conferencia de prensa antes citada. Del auto se desprende que ICI pensaba —basándose en distintas declaraciones aparecidas en la prensa— que la Comisión había tenido en cuenta elementos a los que no se aludía en el pliego de cargos y que, por tanto, las empresas, entre ellas ICI, no habían tenido la

posibilidad de comentar. Además, la Decisión ahora recurrida tampoco hacía referencia a estas circunstancias. A este respecto, la Comisión declaró que es signo de buena administración permitir a sus colaboradores reflejar libremente por escrito sus reflexiones internas, sin que éstas lleguen automáticamente a manos de terceros. Como he dicho antes en relación con el informe del Consejero-Auditor, el Tribunal de Justicia declaró en primer lugar en el citado auto que la puesta de manifiesto de los documentos de trabajo internos de la Comisión constituía una diligencia de prueba excepcional, que sólo debía efectuarse en caso de existir serias dudas en cuanto a los motivos reales de una Decisión. El Tribunal de Justicia continuó, añadiendo que las afirmaciones de ICI, basadas en declaraciones de prensa y según las cuales la Decisión se basaba en motivos distintos de los contenidos en la Decisión, no quedaban corroboradas por los artículos a los cuales se refería ICI. El Tribunal de Justicia declaró, además, que las declaraciones de periodistas y las entrevistas de colaboradores de la Comisión no podían asimilarse a la postura de la Institución que quedaba fijada en la Decisión controvertida. El Tribunal de Justicia consideró, por consiguiente, que en aquella fase del procedimiento, no existían serias razones para pensar que la Decisión se basara en motivos distintos de los que enunciaba.

Como se señaló durante la vista, el Tribunal de Justicia sólo se pronunció en aquel auto sobre dicha cuestión tal y como se presentaba en aquella época. De este modo, el Tribunal de Justicia dejó expresamente abierta la posibilidad de que, posteriormente, aparecieran nuevos elementos que permitieran analizar la cuestión bajo otro prisma; por otra parte, durante el proceso, el representante de ICI solicitó expresamente al Tribunal de Primera Instancia que volviera a examinar esta cuestión.

14 — Asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 1899.

En mi opinión, no es sorprendente que las demandantes hayan estado enormemente preocupadas al ver que el efecto de las prácticas colusorias imputadas suponía un aumento de los precios de hasta un 40 %, mientras que dicho efecto no se cuantifica en la Decisión. Según la tesis que defenderé posteriormente en estas conclusiones, los efectos de las prácticas colusorias sobre el mercado sólo tienen importancia para la fijación del importe de las multas. Pero, incluso desde esta perspectiva limitada, puede entenderse el temor de las empresas de que el porcentaje indicado durante la conferencia de prensa en relación con dichos efectos se utilizara para determinar el importe de las multas.

Ni en la fase escrita del proceso, ni durante la vista, se ha puesto de manifiesto elemento alguno que aporte una explicación definitiva de lo que ocurrió. El dato más preciso que he obtenido es la declaración de la Comisión en la vista, en el sentido de que era posible que el funcionario encargado de la conferencia de prensa hubiera interpretado mal las curvas que figuran como anexo a la Decisión. En nada favorece a la imagen de la Comisión el hecho de que su portavoz realice tales declaraciones en una conferencia de prensa, si la Decisión no las corrobora en absoluto.

Sin embargo, es un rasgo característico de las conferencias de prensa que las declaraciones que en ellas se realizan pueden fácilmente parecer más categóricas de lo que se desea y, a menudo, se corre el riesgo de hacer declaraciones imprevistas. Por ello, en mi opinión, tales declaraciones no bastan, en general, para justificar la sospecha de la existencia de un error. A este respecto, es necesario señalar que las cifras citadas no figuran en la comunicación de prensa publicada. Por otra parte, hay que mencionar el hecho de que, como la Comisión alegó en

sus observaciones en el procedimiento iniciado conforme al artículo 91, el Anexo IX de la Decisión, que es un documento al que el público tiene acceso, muestra realmente aumentos de la magnitud antes citada. Quizá no resulte del todo incomprensible que el funcionario de la Comisión haya podido declarar en este contexto que dichos aumentos de precios representaban los efectos de las prácticas colusorias. Asimismo, en mi opinión, de los extractos de prensa aportados no se desprende ningún dato relevante para el presente caso. El hecho de que los funcionarios de la Comisión hayan podido tener opiniones divergentes en lo que respecta a la política que debía aplicarse en materia de multas posee tan poca importancia para la solución del litigio como las ocasionales observaciones relativas a los resultados de la actividad de «lobby» ejercida, en opinión de la prensa, por las empresas.

Por su parte, las demandantes no han podido aportar ningún elemento —y menos aún elementos nuevos— que justifique su sospecha de que la Comisión utilizó las citadas cifras para la fijación de las multas, o para cualquier otra cuestión en el marco de su Decisión. De este modo, creo que sigue sin existir razón alguna para afirmar que los documentos elaborados para la conferencia de prensa deberían haber sido aportados al proceso. Por consiguiente, propongo que se desestimen los motivos de las demandantes en lo relativo a esta cuestión.

c) Otras cuestiones relativas a la puesta de manifiesto del expediente y al traslado de los documentos probatorios a las empresas

Como he dicho anteriormente, la preocupación por garantizar una buena administración y una correcta administración de justi-

cia exige que las personas o las empresas que corran el riesgo de ser multadas tengan todas las posibilidades de defenderse. Ello implica que los interesados conozcan todos los documentos pertinentes.

No obstante, el Derecho comunitario no contiene una norma de carácter general que ordene de modo incondicional la puesta de manifiesto de los expedientes (véase, en concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia VBVB y VBBB/Comisión).¹⁵

El método elaborado por el Tribunal de Justicia para garantizar el ejercicio del derecho de defensa es distinto, a saber, que la Administración debe velar por que la «empresa interesada haya tenido la posibilidad de dar a conocer de manera efectiva su punto de vista sobre los documentos invocados por la Comisión para probar la existencia de una infracción» (*traducción provisional*).¹⁶ En el asunto VBVB y VBBB/Comisión, el Tribunal de Justicia parte de la base de que se ordenará que se pongan de manifiesto los expedientes si existen elementos concretos que permitan suponer que se han utilizado documentos de los que las empresas no tuvieron conocimiento, lo que se ajusta al auto citado en los apartados a) y b). A continuación, el Tribunal de Justicia precisó su punto de vista, afirmando que no es un documento determinado en cuanto tal lo que importa, «sino las conclusiones que de él extrae la Comisión». El Tribunal de Justicia añade que una empresa puede legítimamente confiar en que, si un documento no se menciona en el pliego de cargos, no será utilizado en la Decisión. Por tanto, de ello se desprende que dicho documento no

puede ser considerado como un medio de prueba en un futuro proceso jurisdiccional.¹⁷

En su Undécimo Informe sobre la política de competencia, la Comisión anunció que pondría de manifiesto los expedientes a las empresas en los asuntos de la competencia. En concreto, en el citado Informe se lee a este respecto lo siguiente (p. 31-32):

«Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el pliego de cargos debe limitarse a enunciar, incluso sumariamente, pero de manera clara, los hechos esenciales en los que se basa la Comisión, a condición siempre de que ésta proporcione, durante el procedimiento administrativo, los elementos necesarios para la defensa. A este respecto, la Comisión no tiene obligación de transmitir a las empresas interesadas la totalidad de los documentos sobre los cuales basa su razonamiento, sino que basta con que les dé a conocer únicamente los documentos relativos a los hechos esenciales.

Conforme a esta jurisprudencia, la Comisión ya concede a las empresas la posibilidad de comentar cualquier documento y elemento de hecho que invoque frente a ellas en el pliego de cargos. En caso de que las empresas presenten una solicitud justificada por la necesidad de comprender mejor el expediente, la Comisión les concederá igualmente la posibilidad de examinar dichos documentos. La Comisión también suele comunicar a las empresas afectadas, en la medida de lo posible, la parte pertinente de las denuncias formales.

15 — Sentencia de 17 de enero de 1984 (asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. pp. 19 y ss, especialmente p. 59) apartados 23 a 25.

16 — Michelin/Comisión, antes citada, nota 12.

17 — Véase la sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, antes citada, apartado 27.

La Comisión contempla, incluso, la posibilidad de ir más allá de las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia, confiriendo la facultad a las empresas implicadas en un procedimiento de examinar el expediente relativo al asunto de que se trate. No obstante, todo examen de este tipo se halla limitado por la obligación de la Comisión de no divulgar los secretos comerciales de otras empresas y por la necesidad de preservar el carácter confidencial de los documentos internos o de trabajo de la Comisión» (*traducción no oficial*).

Las normas sobre este punto fueron formuladas del siguiente modo en el Duodécimo Informe (p. 40-41):

«La Comisión concretó su intención de ir más allá de las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia, tal y como proclamó en el Undécimo Informe, facilitando el ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento administrativo. En lo sucesivo, concederá a las empresas implicadas en un procedimiento la facultad de examinar el expediente que les afecta.

Las empresas serán informadas del contenido del expediente de la Comisión, adjuntándose al pliego de cargos o a la carta de archivo de la denuncia una lista de todos los documentos que integran el expediente con indicación de los documentos o partes de los mismos que puedan ponerse de manifiesto.

Se solicitará a las empresas que examinen *in situ* los documentos que puedan ponerse de manifiesto. Si una empresa desea examinar solamente algunos de ellos, la Comisión puede expedir copias.

La Comisión considera que los siguientes documentos son confidenciales y, por consiguiente, no pueden ponerse de manifiesto a una determinada empresa:

- Los documentos o partes de los mismos que contengan secretos comerciales de otras empresas.
- Los documentos internos de la Comisión, tales como notas, proyectos u otros documentos de trabajo.
- Cualquier otra información confidencial como, por ejemplo, aquella que permita identificar a los denunciantes que deseen que no se revele su identidad, así como los datos comunicados a la Comisión con la condición de que se respete el carácter confidencial de los mismos.

Cuando una empresa solicite, por causa justificada, la consulta de un documento que no pueda ponerse de manifiesto, la Comisión podrá poner a su disposición un resumen no confidencial del mismo.

Con el fin de poder determinar si dichos documentos pueden ponerse o no de manifiesto, se solicita a las empresas que, en lo sucesivo, cuando proporcionen una información, precisen si ésta debe ser considerada como confidencial y, si es así, en qué medida.

De este modo, las formas previstas para poner de manifiesto los expedientes deben poder aplicarse sin dificultad, salvo en lo rela-

tivo a los expedientes tramitados antes de su entrada en vigor, en los cuales no han podido tenerse en cuenta las nuevas disposiciones y que deberán ser tratados caso por caso» (*traducción no oficial*).

En el Decimotercer Informe, la Comisión expone más detalladamente una serie de elementos relativos a la puesta de manifiesto de los expedientes. Entre otras cosas, se señala (p. 68):

«La Comisión no pondrá de manifiesto su expediente hasta que no se haya iniciado un procedimiento formal. Por tanto, las empresas no tienen posibilidad alguna de consultarlo antes de haber recibido de la Comisión el pliego formal de cargos. A éste se adjuntará una lista de los documentos que integran el expediente de la Comisión, indicando cuáles, o qué partes de ellos, pueden ponerse de manifiesto» (*traducción no oficial*).

En su Decimotavo Informe sobre la política de la competencia (1988), la Comisión escribe lo siguiente sobre las experiencias adquiridas (p. 52-53):

«Las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos "AKZO/segreto profesional" y "BAT/Comisión" obligan a la Comisión a adoptar especiales precauciones a la hora de manejar información confidencial. Tras llevar a cabo un detenido examen del problema, la Comisión ha llegado a la conclusión de que deben mantenerse los principios que inspiran el régimen actual. No obstante, será necesario considerar confidenciales todos los documentos de las empresas cuya divulgación pueda producir efectos adversos significativos sobre las mismas. Entre tales se cuentan los documentos que contienen se-

cretos comerciales, pero también cualesquiera otros pertenecientes a empresas que éstas no deseen dar a conocer a terceros o a las partes del procedimiento. En concreto, no debe darse a conocer a las partes del procedimiento ningún tipo de información confidencial (delicada) facilitada por terceros en el curso de las investigaciones.

Cuando el procedimiento se haya incoado contra diversas empresas competidoras, por motivos de interés público, la Comisión debe cerciorarse de que la puesta de manifiesto de los expedientes no permite a aquéllas intercambiarse información importante desde el punto de vista comercial. Esta regla debe aplicarse aun cuando las empresas renuncien recíprocamente a su derecho de confidencialidad sobre dicha información.

[...]

Los documentos o la información se pondrán a disposición de las partes de los procedimientos, bien permitiéndoseles examinar los expedientes, bien enviándoles copias de los documentos solicitados, en función de las circunstancias [...].»

Por tanto, como se ve, existen por el momento dos sistemas concurrentes cuyo objetivo consiste en que las empresas estén en condiciones de llevar a cabo su defensa. Esta situación contribuyó ciertamente a engendrar ciertos problemas que fueron invocados por las demandantes en relación con sus argumentos en el sentido de que no se les dio traslado de todos los documentos pertinentes.

En su mayoría, las demandantes alegan no haber recibido algunos de los documentos sobre los que se basa la Decisión de la Comisión.

Se trata principalmente de tres categorías de documentos:

- 1) Documentos que no fueron dirigidos a las empresas, pero que les fueron puestos de manifiesto para que los examinaran cuando, en junio de 1984, las demandantes pudieron consultar los archivos de la Comisión.
- 2) Los documentos que se adjuntaron al pliego de cargos general, pero que no se designan de manera expresa o no pueden identificarse en los cargos.
- 3) Documentos que la Comisión reconoce no haber enviado a las empresas a causa de un error.

Además, existe una cuarta categoría, a saber, los documentos que, según la Comisión, no «afectan» a la demandante concreta, y en relación con los cuales la Comisión afirma expresamente en los escritos de contestación que no se invocan frente a la demandante a la que no «afectan».

En cuanto a la primera categoría, varias demandantes alegan, en primer lugar, algunas circunstancias de orden práctico, a saber, que las condiciones de espacio y la posibilidad de hacer copias cuando pudieron consultar los archivos no facilitaban un estudio adecuado de un expediente tan importante como el que se les presentaba. La Comisión niega que existieran problemas a este respecto. No obstante, las demandantes consideran que los problemas prácticos invocados habrían debido bastar para que la Comisión

seleccionara los documentos que pretendía utilizar.

No obstante, si se piensa que las demandantes son empresas que pueden contar con toda la ayuda imaginable por parte de expertos y que recurrieron a dicha ayuda, éstas no pueden válidamente afirmar, sin más detalles, que los citados problemas de orden práctico les impidieron hacer uso de la posibilidad ofrecida de examinar los documentos que les fueron puestos de manifiesto.

Sin embargo, las demandantes alegan, además, que la puesta de manifiesto de los expedientes no era suficiente para que la Comisión pudiera después utilizar frente a ellas los documentos que pudieron consultar. En apoyo de esta afirmación, se remiten a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, antes citada, en cuyos términos los documentos que se utilizan como prueba para la Decisión deben citarse expresamente en el pliego de cargos o, en su caso, en los pliegos complementarios dirigidos a las demandantes. A este respecto, la Comisión considera que los documentos que las empresas han examinado deben poder ser utilizados contra éstas.

Las anteriores consideraciones demuestran claramente el cisma que se ha producido y sobre el cual el Tribunal de Justicia aún no ha tenido ocasión de pronunciarse.

No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que no puede exigirse, pura y simplemente, que la Comisión envíe de *motu proprio* copias de docu-

mentos, cuando estos últimos estén, por lo demás, identificados en el pliego de cargos, de modo que las empresas puedan solicitar una copia.¹⁸ Por otro lado, en la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia ha producido hasta la fecha no existe ninguna indicación de que el Tribunal esté dispuesto a modificar su punto de vista sobre el modo en que debe efectuarse la referencia concreta a un documento para que éste pueda ser utilizado posteriormente como prueba en contra de una empresa. El asunto AEG/Comisión constituye un buen ejemplo a este respecto, puesto que podía suponerse que la empresa conocía los documentos que fueron encontrados en su poder.

La puesta de manifiesto de los expedientes, con arreglo al sistema establecido por la Comisión, se ofreció a las demandantes en los presentes asuntos, a pesar de que dicho sistema ya existía desde hacía al menos un año tras su anuncio en una publicación que, con toda seguridad, llegó a conocimiento de los círculos interesados. Por otra parte, aquellas que pudieron examinar los expedientes no podían adivinar que la Comisión utilizaría la posibilidad que les ofrecía para argumentar que no era necesario referirse expresamente a un documento ni, en cualquier caso, enviarlo. En este contexto, una apreciación global me lleva a pensar que la solución más correcta en los presentes asuntos sería ignorar en cada procedimiento los documentos que no fueron enviados a la empresa, ni mencionados en el pliego de cargos o en los documentos enviados posteriormente.¹⁹

En lo que respecta al segundo grupo de documentos que las empresas recibieron pero que, supuestamente, no fueron identificados en la Decisión, el problema se plantea de manera algo distinta. Se ha demostrado que las empresas recibieron copias de estos documentos y la propia naturaleza del pliego de cargos podía ponerles sobre aviso de que la Comisión pensaba utilizarlos en una futura Decisión. Así, las demandantes tuvieron la posibilidad de pronunciarse sobre el valor probatorio de dichos documentos, debiendo precisamente «mencionarse» el documento en el pliego de cargos a tal fin, según la sentencia del Tribunal de Justicia AEG/Comisión. Ello supone, ciertamente, que las demandantes hayan podido determinar, con cierto grado de seguridad y conforme al pliego de cargos, lo que la Comisión pretendía probar. Como se verá en el párrafo siguiente, pienso que en el pliego de cargos y en sus cartas de 29 de marzo de 1985, la Comisión señaló tan claramente lo que pretendía probar que, a partir de ese momento, las demandantes debían saber, con toda certeza, la óptica bajo la cual debían contemplar cada uno de los documentos y pronunciarse sobre los mismos. Por tanto, opino que no existe motivo alguno para excluir dichos documentos del proceso.

Conforme a la afirmación anterior, han de ignorarse los documentos que por error no fueron enviados, a saber, el tercer grupo mencionado, a menos que se citaran tan claramente en el pliego de cargos o en las cartas de 29 de marzo de 1985 que las empresas hubieran tenido la posibilidad de solicitar una copia. Dichos documentos deben examinarse en relación con la cuestión de en qué medida puede considerarse que podían haber sido importantes para la defensa de las empresas (véase más abajo lo relativo al cuarto grupo de documentos).

18 — Véase Schwarze: *Europäisches Verwaltungsrecht*, II, p. 1294, nota 77, según el cual las empresas implicadas en asuntos de la competencia están facultadas en cualquier caso, si así lo solicitan, para recibir una copia de los documentos relevantes.

19 — Véase la reacción del Tribunal de Justicia en el asunto AEG/Comisión, antes citado, nota 17.

La cuarta categoría plantea menos problemas a este respecto, puesto que la propia Comisión afirmó de *motu proprio* que los documentos no se utilizarían contra las demandantes individuales. Por tanto, mi tarea se limita aquí a comprobar si el documento no se utilizó realmente en el procedimiento contra la empresa de que se trate. El hecho de que la Comisión afirme que determinados documentos no «afectan» o no «se refieren» a una empresa concreta plantea, sin embargo, otros dos problemas.

El primero, en cuanto a la prueba de la propia existencia de las prácticas colusorias y, en concreto, de un acuerdo o de un acuerdo-marco. Conforme al sistema de aportación de pruebas utilizado por la Comisión, ésta quiso, en primer lugar, presentar las pruebas de las propias prácticas colusorias y, después, las de la participación de cada demandante. Los anexos al pliego general de cargos es decir, los «101 documentos probatorios», debían demostrar las prácticas colusorias; los anexos enviados a cada demandante, la participación de las empresas. De este modo, puesto que la Comisión no envió la totalidad de los anexos a todas las demandantes y, por tanto, dividió en dos fases la presentación de las pruebas —según una lógica discutible basada en la idea de que se puede demostrar de manera autónoma la existencia de prácticas colusorias, que difícilmente pueden estar constituidas de otra cosa que de la participación de cada empresa—, el Tribunal de Primera Instancia debe partir de esta situación para valorar las pruebas. Hay que examinar si la propia existencia de las prácticas colusorias puede considerarse probada por los «101 documentos», sin tener en cuenta los anexos enviados únicamente a las demandantes individuales en relación con el pliego de cargos específico. En caso contrario, se podría ciertamente alegar que los documentos fueron utilizados contra la totalidad de las demandantes.

En segundo lugar, el procedimiento utilizado por la Comisión plantea dificultades en relación con la cuestión de la puesta de manifiesto de los documentos exculpativos, sobre la cual insistieron las demandantes durante el proceso. Según lo anteriormente expuesto, los citados documentos no pueden ser utilizados contra las demandantes, pero éstas alegan que el hecho de que estos documentos no fueran puestos de manifiesto constituye un vicio de procedimiento, puesto que podrían posiblemente haber abogado en su favor.

La Comisión describe, por ejemplo, la circunstancia de que los expedientes no fueran puestos de manifiesto en los siguientes términos (BASF, escrito de contestación, p. 61, apartado 3.2):

«De los otros diez documentos citados en el recurso, pp. 9 a 11, nueve no han sido puestos de manifiesto a la demandante, bien porque no eran relevantes en el procedimiento seguido contra ésta (sólo se refieren a las empresas expresamente citadas en los diferentes documentos), bien porque constituían únicamente la confirmación de otros documentos ya conocidos por la demandante (tal es el caso de la nota mencionada en el apartado 29 de la Decisión, relativa a una reunión interna celebrada en Shell, el 5 de julio de 1979) [...]»

Esta cita demuestra no sólo que la Comisión prescindió de la posibilidad de reforzar otras pruebas, quizá no demasiado sólidas, sino que también pensaba que le correspondía, de hecho, en un conjunto de asuntos como éste, determinar qué documentos podrían ser interesantes para la defensa de cada empresa. Es comprensible que, en relación

con el procedimiento, la Comisión hiciera hincapié en gran medida en los documentos que podían fundamentar la Decisión, pero es menos comprensible que no previera los serios problemas a los que se exponía, negándose de entrada y por principio a poner de manifiesto todos los documentos, con excepción de los previstos en el artículo 20 del Reglamento nº 17.

Como se ha señalado durante la vista, la Comisión también considera que el asunto debe juzgarse con arreglo a una valoración global de las pruebas. De este modo, parece justificada la opinión de las demandantes según la cual, los documentos que únicamente se utilizaron en contra de otras empresas también deberían haberles sido puestos de manifiesto. En este contexto, opino que es necesario afirmar que, en principio, deben ponerse de manifiesto a todas las empresas afectadas todos los documentos probatorios en un conjunto de asuntos como el que nos ocupa, en el cual es especialmente necesario poder llegar a un resultado en materia de prueba, con arreglo a una apreciación global de todas las circunstancias del asunto.

Es difícil hallar en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia un indicio claro respecto a la posición del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión. Sin embargo, existe una pista en el asunto AEG/Comisión (Rec. 1983, p. 3192, apartado 24), en el cual se afirma que AEG tuvo razón al alegar que la Comisión no podía servirse de un documento, no dado a conocer íntegramente a la empresa, «y que no correspondía a la parte demandada determinar si un documento, o una parte de un documento, era o no adecuada para la defensa de la empresa interesada» (*traducción provisional*). El Tribunal de Justicia excluyó a continuación la totalidad de dicho documento del procedimiento. De

este modo, se demuestra que no corresponde a la Comisión la tarea de decidir lo que la empresa puede utilizar en su defensa. A primera vista, tales afirmaciones no se ajustan demasiado bien a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, como he señalado más arriba, no existe una puesta de manifiesto general de los documentos y el marco del asunto lo constituyen los documentos que la Comisión ha utilizado como fundamento de su Decisión. Por otra parte, esta jurisprudencia no se ha pronunciado, al menos expresamente, sobre la puesta de manifiesto de los expedientes en relación con los documentos de prueba existentes en un asunto, pero que, según la Comisión, no «afectan» a una demandante determinada.

En estas circunstancias, puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se halla, en ningún caso, en contradicción con la tesis según la cual los documentos utilizados contra otras empresas también deberían haber sido puestos de manifiesto a las demandantes.

De entrada, resulta evidente que no sería una reacción adecuada excluir tales documentos del procedimiento, puesto que el objetivo confesado por las demandantes consiste, precisamente, en utilizar, llegado el caso, dichos documentos para demostrar su falta de participación en una o varias relaciones.²⁰ Por otra parte, tampoco sería razonable excluir, por tal motivo, documentos que ocasionalmente podrían resultar adecuados como prueba contra otras empresas.

Es necesario señalar, entre paréntesis, que las demandantes ciertamente deben tener derecho a servirse de los documentos que, de hecho, hayan logrado obtener, aun

20 — Véase, Lasok, K. P. E.: *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, p. 260, nota 4.

cuando la Comisión piense que no afectan a la empresa de que se trate [véase, por ejemplo, la utilización por parte de Shell del documento de Solvay de 6 de septiembre de 1977, del cual hizo una copia cuando pudo examinar los archivos (escrito de contestación en el asunto Shell, p. 69)]. En modo alguno puede considerarse que los documentos fueron «obtenidos fraudulentamente».

Si, en un asunto, aparecen documentos de los cuales no se dio traslado a las demandantes, cuando debería haber sido así, y que pueden ser importantes para su defensa, sólo existen, que yo sepa, dos actitudes posibles. O bien debe anularse la Decisión si, partiendo del principio de que el papel del Tribunal de Primera Instancia consiste únicamente en un control de legalidad y tras haber valorado el contenido de los documentos, puede afirmarse que podrían tener una importancia real para otras demandantes distintas de aquéllas a quienes, según la Comisión, «afectan» tales documentos. O bien, el Tribunal de Primera Instancia debe encargarse de apreciar, en concreto, qué importancia presentan en el asunto Y las pruebas que sólo se hallan en el asunto X.

No obstante, ha de exigirse, en cualquier caso, que los documentos pudieran haber tenido una importancia real y concreta. En los presentes asuntos, ninguno de los documentos que he analizado y que no fueron enviados a todas las empresas, como por ejemplo el documento de Solvay que acabo de citar, podía modificar ningún aspecto importante de la situación. Dadas las pruebas relativamente claras y convincentes que existen en cuanto a la mayoría de los cargos de la Comisión, no me parece posible, por otra

parte, que el escaso número de dichos documentos que no fueron aportados al procedimiento, pudiera dar lugar a una valoración de conjunto de las pruebas tan distinta que condujera a otro resultado.

6. Modificación de la valoración jurídica durante el procedimiento

Conforme al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 (véanse los artículos 1 y 2 del Reglamento nº 99), la Comisión entregará a las empresas en relación con las cuales se propone adoptar una Decisión, conforme a los artículos 85 y 86 del Tratado, un pliego escrito de los cargos que se le imputan. Por medio de éste se determina el objeto del litigio y con arreglo al mismo las empresas afectadas tienen la posibilidad de expresar sus puntos de vista antes de que se adopte la Decisión (véase el artículo 4 del Reglamento nº 99).

En los presentes asuntos, varias demandantes alegaron una modificación de la valoración jurídica del asunto durante el procedimiento administrativo. Este motivo, invocado con especial insistencia por las demandantes Hoechst, Hüls y Chemie Linz, será examinado posteriormente.

El motivo según el cual la Comisión modificó su valoración jurídica del asunto durante el procedimiento puede resumirse del siguiente modo: según las demandantes, durante todo el procedimiento administrativo, la Comisión señaló una larga serie de infracciones del apartado 1 del artículo 85, a pesar de que únicamente en la Decisión calificó la totalidad de las circunstancias de acuerdo único o, como en el párrafo tercero

del apartado 81 de la Decisión, de «acuerdo-marco global». Las demandantes que invocaron este argumento se basan en los términos utilizados tanto en el pliego de cargos como en las cartas de la Comisión de 29 de marzo de 1985. La Comisión replica sobre este punto que, ya en el pliego de cargos y anteriormente en la carta de 29 de marzo de 1985, su exposición del asunto coincide con el punto de vista expresado en la Decisión. La Comisión añade que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no exige una identidad absoluta entre, por una parte, el pliego de cargos y, por otra, la Decisión.

La argumentación detallada de las demandantes, en el sentido de que la citada modificación de la calificación jurídica limitó sus posibilidades de defensa, puede resumirse del siguiente modo: un acuerdo-marco precede necesariamente y por definición a acuerdos aislados. Un acuerdo-marco constituye un acto jurídico por el cual las partes contratantes fijan por anticipado las normas que, en lo sucesivo, deberán respetarse y ser concretadas en los casos particulares. Un acuerdo-marco se basa, al menos parcialmente, en condiciones de hecho y de Derecho distintas de las de una acción continuada. Mientras que la prueba de un acuerdo-marco dispensa a la Comisión de la obligación de aportar la prueba irrefutable de la existencia de acuerdos aislados o de otras medidas restrictivas de la competencia, la calificación de infracción continuada, en sentido jurídico, consiste en reunir *a posteriori* acciones aisladas para constituir una única acción. Al contrario que el acuerdo-marco, la infracción continuada presupone, no obstante, la prueba de una serie ininterrumpida de acuerdos aislados. El «acuerdo marco global», por una parte, y la «infracción continuada», por otra, son por tanto conceptos distintos, tanto en lo que respecta a los supuestos de hecho como a sus consecuencias jurídicas. Según las demandantes, lo que califican de un cambio de postura de

la Comisión refleja el hecho de que las observaciones de las empresas permitieron a la Comisión darse cuenta de que las pruebas de una infracción continuada eran insuficientes, lo que le condujo a alegar, a continuación, que existía un acuerdo-marco para poder continuar manteniendo que existieron prácticas colusorias durante todo el período comprendido entre 1977 y 1983.

De este modo, las demandantes consideran que se modificó sustancialmente el fundamento de la Decisión, puesto que, en la actualidad, ha de responderse a una acusación formulada como un «acuerdo único y continuo en el sentido del apartado 1 del artículo 85» y contra la acusación de «acuerdo marco global» que se manifestaba en una serie de subacuerdos más detallados que se adoptaban de vez en cuando», lo cual se expresa en el artículo 1 de la Decisión en los términos siguientes: «al participar [...] en un acuerdo y práctica concertada cuyo origen se sitúa a mediados de 1977». Las demandantes de lengua alemana oponen a ello el párrafo primero del pliego de cargos, donde se dice, en alemán, que la Decisión afecta a «eine Vielzahl» (un gran número) de acuerdos y/o prácticas concertadas, y el hecho de que, en todo el pliego de cargos, se hable de acuerdos, de prácticas concertadas, de infracciones, etc., todo ello en plural.

La Comisión rebate este punto, en primer lugar, invocando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,²¹ según la cual la Decisión no debe necesariamente ser una copia de la exposición de los cargos. Conforme a estas sentencias, la Comisión debe tener en cuenta, efectivamente, los elementos resul-

21 — Sentencias de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión (41/69, pp. 661 y ss., especialmente p. 693), apartados 91 a 93, y de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck/Comisión, antes citada, apartados 67 a 74.

tantes del procedimiento administrativo, ya sea para desistir de los cargos que resulten ser infundados, o bien con vistas a reestructurar y completar los argumentos de hecho y de Derecho en que se basen los cargos que mantenga. Como afirma el Tribunal de Justicia, esta posibilidad no se halla en contradicción con el artículo 4 del Reglamento nº 99.

A éste respecto, la Comisión recuerda que, ya en los cargos comunicados a las demandantes el 25 de mayo de 1984, invocaba la existencia de una conducta colusoria continua e institucionalizada (véanse los apartados 128 y 132). En su carta de 29 de marzo de 1985 relativa a los acuerdos y prácticas concertadas, la Comisión afirmó, además, que no descartaba la posibilidad de un «acuerdo central» entre los cuatro mayores productores y que los acuerdos, en lo que respecta a los demás participantes, eran lo suficientemente detallados como para poder ser identificados con un «acuerdo» o «acuerdos» en el sentido del artículo 85. Según la Comisión, estas precisiones eran lo bastante claras como para poder llevar a cabo una defensa adecuada. Durante el procedimiento administrativo, se produjo un debate específico y en profundidad sobre el verdadero carácter de las prácticas colusorias, reflejando la Comisión las consecuencias del mismo en su Decisión y haciendo, del mismo modo, las demandantes amplio uso de la posibilidad de defenderse.

No resulta sorprendente que fueran, precisamente, tres de las demandantes de lengua alemana las que invocaron, en concreto, el argumento que aquí se discute, puesto que el primer punto del pliego general de cargos estaba formulado de manera ligeramente distinta en alemán y en las demás lenguas

utilizadas en el presente caso. Mientras que en inglés se dice que el citado pliego se refiere a «a complex of agreements and/or concerted practices», en francés, a «un ensemble d'accords et/ou de pratiques concertées», en italiano, a «un complesso di accordi e/o di pratiche concordate» y en neerlandés, a «een geheel van overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen», en la versión alemana se lee, como se ha dicho, «eine *Vielzahl* von Vereinbarungen und/oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen» (el subrayado es mío). Mientras que, en sus observaciones escritas, la Comisión no aludió a ello expresamente, en la vista afirmó, refiriéndose en concreto al término «ensemble», que desde el principio había alegado que la infracción del apartado 1 del artículo 85 estaba constituida por la totalidad de los acuerdos, etc. considerados globalmente y no por los acuerdos aislados.

Mientras que en las demás lenguas puede afirmarse razonablemente que el primer punto del pliego de cargos se refiere a una suma o conjunto de acuerdos, en el sentido invocado por la Comisión, no parece que pueda decirse lo mismo en alemán, puesto que el término «*Vielzahl*» sólo puede designar un número (importante) de acuerdos, etc., y no la suma de ellos. La primera etapa del análisis de este motivo debe, pues, consistir en intentar determinar si puede hacerse abstracción de la palabra «*Vielzahl*», en la medida en que el resto del pliego de cargos, así como la carta de la Comisión de 29 de marzo de 1985, facilitarán indicios suficientes a las demandantes para saber de que se trataba. Por tanto, hay que analizar si las demandantes podían saber, con arreglo a otros elementos disponibles, que no se trataba de un «*Vielzahl*», sino de «a complex». En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, debemos preguntarnos, a continuación, si al confrontar, por una parte, el pliego de cargos y la carta de la Comisión de 29 de

marzo de 1985 con, por otra parte, la Decisión, se obtiene una imagen lo bastante homogénea como para que pueda hablarse de una simple reestructuración o de un complemento de la valoración jurídica de los cargos o si, como pretenden las demandantes, los fundamentos eran completamente nuevos.

En el pliego de cargos enviado, la Comisión describía de manera cronológica y en forma detallada lo que en su opinión ocurrió; esta parte, constituida por los antecedentes de hecho del pliego general de cargos, sólo suscitó algunas críticas esporádicas en el contexto que aquí examinamos.

En el apartado 127 de la versión alemana, se lee en concreto «[...] ob sämtliche Regelungen und Massnahmen [...]», mientras que, en las demás versiones hallamos «a complex», «l'ensemble», o expresiones similares. En el apartado 128, la Comisión menciona —de manera concordante en las versiones lingüísticas—²² «[...] la colaboración permanente entre las partes en el marco de las reuniones [...]». En la última frase del apartado 132, los términos utilizados son los siguientes: «En efecto, los productores pretendían controlar el mercado, y el juego normal de la competencia fue sustituido por una cooperación permanente e institucionalizada a alto nivel». El contenido de la carta de 29 de marzo de 1985 se ha resumido más arriba.

Los extractos citados de los documentos relevantes me convencen de que, salvo en lo que respecta a las versiones alemanas, debe-

22 — En el texto alemán se habla de «fortgesetzte Zusammenarbeit», lo que puede significar «colaboración permanente», pero que, naturalmente, hace pensar en «acción continuada» en el sentido penal.

ría resultar claro para las empresas que, según la Comisión, lo que estaba comprendido dentro de la prohibición del artículo 85 eran, no los elementos aislados en cuanto tales y cada uno en sí mismo, sino la cooperación permanente e institucionalizada. En la Decisión, se puede leer, en el mismo sentido, que se trata de un «acuerdo», etc., así como de «todo un conjunto de planes [...]», de un «plan de conjunto», de «todo el conjunto de planes y compromisos», de un «amplio consenso sobre un plan» y de un «acuerdo marco».

Por su parte, la Decisión no está perfectamente clara en cuanto a la cuestión de en qué medida se refiere a un acuerdo anterior, o a lo que algunas demandantes califican de «infracción continuada», o bien se trata, en otras palabras, de si la Comisión considera que la cooperación podía calificarse globalmente de acuerdo-marco, o si piensa que existía un acuerdo desde el principio. Ello fue objeto de vivas críticas. Pero la Decisión da exactamente la misma impresión general —a pesar de que quizá no esté demasiado claro— de que lo que cae en el ámbito del apartado 1 del artículo 85 es la propia cooperación permanente e institucionalizada.

La situación resulta quizá un poco menos clara en lo que se refiere a las versiones alemanas del pliego de cargos, pero, a pesar de las formulaciones algo imprecisas, si se tiene en cuenta quiénes eran sus destinatarios, puede suponerse que estos últimos sabían muy bien que la Comisión no invocaba cada uno de los elementos en sí.

En la sentencia del Tribunal de Justicia ACF Chemiefarma/Comisión,²³ la afirmación an-

23 — Antes citada, nota 21.

tes citada, relativa a la interpretación del artículo 4 del Reglamento nº 99, se concreta algo más, pero sin aclarar, por otra parte, de qué diferencias entre el pliego de cargos y la Decisión se trataban. En el apartado 94 del fallo, se dice que la citada disposición se cumple si la Decisión no imputa a los interesados infracciones distintas de las contempladas en el pliego de cargos y sólo invoca hechos sobre los cuales los interesados hayan tenido ocasión de pronunciarse.

La sentencia Van Landewyck/Comisión²⁴ se refería a una situación en la que la Comisión se limitó a mencionar, en el segundo pliego de cargos, el primero de los requisitos de exención del apartado 3 del artículo 85, mientras que, en la Decisión aludió a otros dos requisitos de exención contemplados en el apartado 3 del artículo 85, lo que en opinión del Tribunal de Justicia constituía dos nuevos cargos (apartado 70). Habida cuenta de que las demandantes, de hecho, dieron amplias explicaciones sobre la totalidad de los requisitos de exención en el momento de la notificación, de que uno de los requisitos se mencionaba expresamente en el primer pliego de cargos y de que la Comisión resumió en su Decisión las declaraciones de las demandantes relativas a este requisito, el motivo fue desestimado en lo que respecta a este último, puesto que, como se dice entre otras cosas, los dos pliegos debían ser considerados en su conjunto. En lo que respecta al segundo requisito, el Tribunal de Justicia desestimó el motivo de la demandante afirmando que el contenido de dicho requisito constituía el fondo mismo del segundo pliego de cargos —al cual respondió la demandante— si bien en otro contexto distinto del descrito en la Decisión.

Como he dicho, nadie alega aquí que la Decisión y el pliego de cargos se basen en circunstancias de hecho distintas. Por consiguiente, se trata de determinar en qué medida la Comisión tiene derecho a modificar los fundamentos jurídicos, reestructurando su argumentación. No parece que la sentencia ACF Chemiefarma/Comisión se pronuncie en realidad sobre esta cuestión. La única conclusión que, probablemente, puede extraerse de la sentencia Landewyck/Comisión es que el hecho de añadir uno o varios elementos jurídicos de la misma naturaleza que los que constituyen el fundamento de la solución adoptada por la Comisión, equivale a añadir uno o varios cargos en el sentido del artículo 4, sin que esta sentencia se pronuncie sobre la cuestión de la modificación de la calificación jurídica. Sin embargo, lo que resulta interesante en esta última sentencia es que el Tribunal de Justicia intenta en realidad determinar, mediante una apreciación concreta de las circunstancias del asunto, en qué medida las demandantes tuvieron realmente la posibilidad, e hicieron uso de ella, de pronunciarse sobre lo que se convirtió posteriormente en una parte de los fundamentos de la Decisión.

Por tanto, parece necesario averiguar, en concreto, si las demandantes afectadas realmente interpretaron el pliego de cargos en sentido equivalente al contenido de la Decisión. En su respuesta al pliego de cargos, Hoechst declaró que la Comisión invocaba «un acuerdo y/o una práctica concertada» frente a la empresa, sin analizar la calificación jurídica en relación con el concepto de «acuerdo-marco» o de «infracción continuada». Ni Hüls ni BASF añaden nada que pueda constituir un indicio en uno u otro sentido. Por el contrario, Chemie Linz se refiere al apartado 1 del pliego de cargos citando las palabras «eine Vielzahl von Vereinbarungen und/oder abgestimmten Verhaltensweisen», sin discutir más pormenori-

24 — Antes citada, nota 8.

zadamente el sentido de esta expresión. Por tanto, no se puede extraer conclusión alguna de este examen de la respuesta de las empresas.

propuesta de modificación enviada por las demandantes, constituye un vicio de procedimiento. Cuando los miembros de la Comisión adoptaron la Decisión, se suscitaron las correspondientes críticas.

La respuesta a los pliegos de cargos demuestra, no obstante, que aparte de determinados debates jurídicos totalmente esporádicos que no se refieren a esta cuestión, las demandantes se conforman con discutir las circunstancias de hecho que les opone la Comisión, sin que dichas respuestas indiquen, en modo alguno, que las empresas pensaban en la forma de articular su defensa posteriormente. Así pues, no existen razones suficientes para creer que la formulación del pliego de cargos condujera a las empresas a utilizar, en el momento de su respuesta, una vía jurídica determinada que no tenía nada que ver con la seguida posteriormente por la Comisión en su Decisión.

Por tanto, a pesar de la falta de concordancia perfecta entre el pliego de cargos y la Decisión, opino que, incluso en lo que respecta a las versiones en lengua alemana, no existe infracción del artículo 4 del Reglamento nº 99, sino, por el contrario, una precisión lícita de la valoración jurídica del asunto, a la luz de las respuestas a los pliegos de cargos.

7. Acta de la audiencia ante la Comisión

Varias demandantes alegan que el hecho de que el Comité Consultivo sólo dispusiera del proyecto de acta elaborado por la Comisión, cuando se pronunció conforme al artículo 10 del Reglamento nº 17, y no de la

La Comisión explicó que no disponía de las observaciones de las demandantes en relación con el acta cuando el Comité Consultivo emitió su Dictamen. Por el contrario, los comentarios de las demandantes se adjuntaron al proyecto de acta cuando se sometió el asunto a la Comisión para que se pronunciara. Por su parte, las demandantes no refutan las explicaciones de la Comisión.

La Comisión no niega expresamente que ello constituya un vicio de procedimiento, pero afirma, refiriéndose en concreto a la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980, *Distillers Company/Comisión*,²⁵ que no podía considerarse que lo ocurrido influyera en el contenido de la Decisión. La Comisión señala que el envío del proyecto de acta no está sujeto a plazo alguno, al igual que, en su opinión, no existe ninguna norma sobre quién debe recibir el proyecto o el acta definitiva.

La Comisión alega, en concreto, que en el presente caso, tanto los Comisarios como el Comité Consultivo se pronunciaron con pleno conocimiento de los puntos de vista de las demandantes. En lo que respecta al Comité Consultivo, esta opinión se basa en el hecho de que los representantes de la totalidad de los Estados miembros participaron en la audiencia ante la Comisión, a pe-

25 — 30/78, Rec. p. 2229.

sar de que Grecia y Luxemburgo no participaron en las reuniones sino en 1984. Según la Comisión, carece de importancia a este respecto que sea el propio funcionario quien, al mismo tiempo, asista a las audiencias y participe en las reuniones del Comité Consultivo. Finalmente, la Comisión invoca de modo general el hecho de que las demandantes no hayan alegado que el proyecto de acta no contenía la reproducción correcta de sus declaraciones más importantes.

Como afirmó el Abogado General Sr. Warner,²⁶ el contenido, en especial, de lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento n° 17 y en el apartado 4 del artículo 9 del Reglamento n° 99 lleva a considerar que, tanto el Comité Consultivo como los miembros de la Comisión deben disponer de un acta definitiva y aprobada de la audiencia ante la Comisión cuando el Comité emita su Dictamen o cuando los Comisarios adopten la Decisión.

Las sentencias del Tribunal de Justicia Buchler & Co./Comisión²⁷ e ICI/Comisión²⁸ parecen corroborar este punto de vista.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia no adopta una postura directa ni expresa en lo que respecta a este problema, pero rechaza las críticas en los asuntos antes citados afirmando que, entre el acta definitiva y aprobada y el proyecto, no se ha comprobado la existencia de divergencias lo suficientemente grandes sobre las cuestiones importantes como para que se pueda pensar que el Co-

mité Consultivo o los miembros de la Comisión hayan podido verse inducidos a error sobre las declaraciones realizadas por las demandantes en la audiencia ante la Comisión.

En mi opinión, conforme a lo expuesto en los presentes asuntos, ha de afirmarse, en primer lugar, que los miembros de la Comisión dispusieron de los fundamentos necesarios para adoptar su Decisión.

En segundo lugar, en lo que respecta al Comité Consultivo, hemos de analizar, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en qué medida existen divergencias que puedan considerarse susceptibles de provocar en los miembros del Comité una impresión inexacta de las declaraciones de las diferentes demandantes. Varias de éstas expusieron su argumentación de manera global sin precisar dónde se hallaban las divergencias. En mi opinión, ello no basta. Debe exigirse que la demandante afectada haga referencia expresa a las divergencias importantes entre el acta y el proyecto. Si las demandantes no realizan tal exposición precisa y detallada sobre los puntos del proyecto de acta que, en su opinión, son realmente equívocos, el Tribunal de Primera Instancia no puede ejercer su función de control. En asuntos tales como los que nos ocupan, el Tribunal de Primera Instancia no puede examinar, página por página, las actas provisional y definitiva para comprobar qué divergencias existen y valorar, a continuación, si las críticas de las demandantes están, en su caso, justificadas. Puesto que ninguna de éstas ha precisado sus motivos, en mi opinión, han de ser desestimados simplemente por las razones de procedimiento antes expuestas.

26 — En el asunto *Distillers Company/Comisión*, antes citado (nota 25), pp. 2294 y ss.

27 — Sentencia de 15 de julio de 1970 (44/69, Rec. pp. 733 y ss., especialmente p. 755).

28 — Sentencia de 14 de julio de 1972 (48/69, Rec. pp. 619 y ss., especialmente p. 654), apartados 27 a 32.

B. Motivación de la Decisión

1. La exigencia de motivación en general

En su mayoría, las demandantes alegan que la Decisión de la Comisión no está suficientemente motivada. Definiré aquí mi postura sobre una serie de puntos de vista que, en lo esencial, son comunes a varias o a todas las demandantes. La cuestión de la motivación en lo que respecta al importe de las multas se tratará posteriormente en la Tercera Parte.

Con arreglo al artículo 190 del Tratado, los actos jurídicos, entre ellos los de la Comisión, deberán ser motivados. La exigencia de motivación tiene por objeto otorgar a los destinatarios de los actos la posibilidad de apreciar si la decisión es correcta desde el punto de vista material, pero también debe servir de base para un control judicial de la decisión administrativa. Por otra parte, la exigencia de motivación detallada de los actos administrativos hace que la Administración se vea obligada a explicar de *motu proprio* las razones de una decisión.²⁹

En lo que respecta a la obligación de motivar los actos, el Tribunal de Justicia ha afirmado de modo general que debe considerarse satisfecha cuando la motivación indica de manera clara y coherente las consideraciones de hecho y de Derecho que sirven de fundamento a la decisión.³⁰ Conforme a esta última sentencia, ello se aplica igualmente cuando se trata de una Decisión por la que se imponen multas. El alcance de la

obligación de motivar los actos depende, en gran medida, de lo que haya de motivarse y debe ser analizado a la luz de las circunstancias de hecho y de Derecho. Así, por ejemplo, en los casos en que la Administración dispone de una amplia facultad de apreciación, ésta debe exponer de modo detallado en la motivación las consideraciones en las cuales se ha basado en el ejercicio de dicha facultad de apreciación.³¹ El carácter relativo de la obligación de motivar los actos se señala con especial claridad, por ejemplo, en la sentencia Usinor/Comisión,³² en la que se afirma, esencialmente, que la cuestión del nivel de cumplimiento de la exigencia de motivación debe valorarse en función de las circunstancias del caso y, en concreto, del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que el destinatario pueda tener en recibir explicaciones.

Aparte de ello, puede resultar difícil indicar más en concreto las exigencias aplicables de manera general al contenido y al alcance de la motivación. En un asunto relativo a otro ámbito jurídico,³³ a saber, la libre circulación de trabajadores, el Tribunal de Justicia declaró que, cuando se trata de garantizar la protección efectiva de un derecho fundamental conferido por el Tratado a los trabajadores de la Comunidad, es necesario que estos últimos puedan defender este derecho en las *mejores condiciones posibles* y se les reconozca la facultad de decidir, *con pleno conocimiento de causa*, si procede recurrir al órgano jurisdiccional. En mi opinión, las exigencias relativas a la motivación en asuntos tales como los que nos ocupan, especialmente a causa de sus drásticas consecuencias, difícilmente pueden ser menos estrictas.

31 — Sentencia de 15 de julio de 1960, Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft y otros/Haute Autorité (36/59, Rec. p. 856).

32 — Sentencia de 1 de julio de 1986, Union sidérurgique du Nord et de l'Est de la France (Usinor) SA/Comisión (185/85, Rec. pp. 2079 y ss., especialmente p. 2098), apartado 20.

33 — Sentencia de 15 de octubre de 1987, Heylens (222/86, Rec. p. 4112).

29 — Véase Schwarze, p. 1349, nota 84.

30 — Véase la sentencia ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada (nota 21), apartados 76 y 77.

Como he dicho anteriormente, la motivación constituye la base del control jurisdiccional según el artículo 173 del Tratado (véase 168 A). Conforme a estas disposiciones, se trata de un control de legalidad que el Tribunal de Justicia ha ejercido con bastante intensidad en anteriores asuntos de la competencia.³⁴ Las disposiciones jurídicas que sirven de fundamento para la actuación del Tribunal de Primera Instancia no han modificado la circunstancia de que únicamente se trata de un control de legalidad. No obstante, de la exposición de motivos de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988³⁵ se desprende claramente que la propia creación del Tribunal de Primera Instancia, como primera y última instancia para el control de los hechos en los asuntos que se le sometan, supone una invitación a que se realice un examen en profundidad de la solidez de las pruebas en las cuales se basa la Comisión para adoptar la Decisión recurrida.

Esta aseveración posee asimismo un efecto derivado en lo que respecta a la motivación. Toda afirmación en materia de prueba debe figurar en la motivación, independientemente de las dificultades que siempre lleva aparejadas su formulación, cuando dicha afirmación se basa en una apreciación de conjunto de una cantidad extraordinaria de hechos probatorios. Esto es lo que se desprende de las normas aplicables y la Comisión debe atenerse a ellas.

En el ámbito que aquí nos ocupa, existe un peligro concreto de que la argumentación se desvíe, de manera que se intente, en cierta

medida, incluir en la exigencia de motivación una cuestión que normalmente debería considerarse como de Derecho material. Por ello, es importante insistir en que la exigencia de motivación es puramente formal, incluso cuando su contenido venga determinado por el carácter del asunto. Así, el hecho de que los fundamentos de Derecho puedan ocasionalmente basarse en una concepción jurídica inexacta o en una falsa apreciación de las pruebas no constituye, por tanto, un defecto de motivación sino, por el contrario, un defecto en la apreciación jurídica o material sobre la cual se basa la solución adoptada en el asunto.

La cuestión relativa al alcance de la obligación de motivar ha dado lugar a importantes controversias sobre los puntos que se tratan en el siguiente apartado.

2. Obligación de la Comisión de comentar en su Decisión las pruebas y los argumentos expuestos con anterioridad a la misma

Este problema se planteó anteriormente en distintos asuntos. En resumen, el punto de vista que las demandantes mantenían, al igual que en los presentes asuntos, consistía en que la Comisión no se libera de su obligación de motivar adecuadamente la Decisión cuando no define en ella su postura sobre todos los argumentos y pruebas presentados por las empresas durante el procedimiento administrativo o, al menos, sobre los principales. Este punto de vista aparece bajo diferentes denominaciones y en distintos contextos, pero el fondo es el mismo.

Dicha tesis implica una definición de postura sobre dos cuestiones distintas. En primer lugar, ha de averiguarse lo que, según el Derecho aplicable, no necesariamente

34 — Véase Everling, U.: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1989, p. 877.

35 — Véase DO C 215, de 21.8.1989, p. 1, que contiene la Decisión del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, tal como fue publicada en el DO L 319, de 25.11.1988 y modificada por la corrección de errores publicada en el DO L 241, de 17.8.1989.

debe figurar en los fundamentos. A continuación, hemos de determinar qué requisitos positivos deben, en su caso, satisfacer los fundamentos de Derecho para cumplir con las exigencias generales impuestas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En su sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig,³⁶ el Tribunal de Justicia afirmó de manera muy general que, en este tipo de procedimiento (es decir, un asunto de Derecho de la competencia ante la Comisión), que no es de carácter jurisdiccional, la Administración no está obligada a motivar el rechazo de los argumentos expuestos por los particulares. En la sentencia ACF Chemiefarma/Comisión,³⁷ el Tribunal de Justicia estructuró su afirmación declarando (Rec. p. 692, apartado 76 y ss.) que no es necesario para que se cumpla la obligación de motivación establecida en el artículo 190 que la Comisión discuta todas las cuestiones de hecho y de Derecho invocadas por las partes durante el procedimiento administrativo. El Tribunal de Justicia afirmó, a continuación, que la motivación es suficiente cuando presenta de manera clara y coherente las consideraciones de hecho y de Derecho de la Comisión, de modo que, tanto el destinatario de la Decisión como el Tribunal de Justicia puedan comprender el razonamiento de la Comisión. Finalmente, el Tribunal de Justicia afirmó que la Comisión no incumple los requisitos sustanciales de forma cuando omite puntos de vista que considera *con razón o sin ella* ajenos al asunto.

En el asunto Van Landewyck/Comisión,³⁸ (Rec. p. 3244), apartados 64 a 66, se afirma en relación con un determinado fundamento

que éste responde parcialmente a los argumentos de la demandante, sin que por ello suponga un rechazo detallado de los mismos. Por el contrario, la motivación implica una exposición autónoma en la que se indiquen, en términos generales, los fundamentos en los que se basa un punto de vista concreto de la Comisión. El Tribunal de Justicia declaró, a continuación, que, efectivamente, no se puede exigir que la Comisión comente todas las cuestiones de hecho y de Derecho suscitadas por cada empresa.

En la sentencia de 2 de marzo de 1983, GVL/Comisión³⁹ (Rec. p. 500), apartado 12, se afirma que la Comisión no está obligada a rebatir todas las observaciones presentadas por las empresas en respuesta al pliego de cargos, cuando los fundamentos expuestos en la Decisión puedan, por su propia naturaleza, justificar las conclusiones a las que ha llegado la Comisión en el marco del procedimiento administrativo.

En primer lugar, puede deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que es precisamente la Comisión quien determina de manera autónoma el objeto del debate en el asunto. Si la Comisión considera que la situación jurídica es X, y que el objeto de las pruebas es Y, no está obligada en su Decisión a tratar la situación jurídica A y el objeto de las pruebas B. De este modo, la Comisión ejerce el dominio en la determinación del marco del asunto y en modo alguno está obligada a examinar más en detalle las pruebas o los argumentos que pueda considerar —con razón o sin ella, como dice el Tribunal de Justicia— irrelevantes en el marco definido. La Comisión tampoco necesita comentar argumentos que son relevantes, pero puede exponer de manera autónoma las razones por las cuales ha llegado a

36 — Asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 492. Este análisis se reprodujo posteriormente: véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión (6/72, Rec. p. 239), apartado 6, así como VBVB y VBBD/Comisión, antes citada, nota 15.

37 — Véase nota 21.

38 — Antes citada, nota 8.

39 — Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten GmbH (GVL)/Comisión (7/82, Rec. p. 483).

un resultado concreto, cuando solamente esta exposición pueda implicar en sí dicho resultado.

Ciertamente, la Comisión puede tener interés en comentar en cierta medida los argumentos y las pruebas presentadas en el marco del procedimiento administrativo para evitar que se afirme, como así ha sucedido en los presentes asuntos desde el inicio del procedimiento, que la Comisión se ciñó a un punto de vista determinado del cual no ha querido apartarse posteriormente. Que tales afirmaciones sean, por otra parte, difícilmente compatibles con los argumentos simultáneamente invocados en el presente caso, según los cuales la Comisión modificó su punto de vista sobre la marcha, es otra cuestión.

Tal y como señala el Abogado General Sir Gordon Slynn en la sentencia de 21 de febrero de 1984, Hasselblad,⁴⁰ no obstante pueden existir casos en los que se deban comparar y analizar entre sí dos concepciones. Ello puede resultar necesario para demostrar que todos los documentos relevantes han sido incluidos en el asunto y que los argumentos invocados por las partes no podían conducir a un resultado distinto. De este modo, en mi opinión, existiría una falta de motivación si la Comisión ignorara documentos probatorios presentados por las empresas con un determinado objetivo que, según el contenido de la Decisión, la Comisión también considerara relevante. Por el contrario, difícilmente puede decirse lo mismo en cuanto a la argumentación jurídica. Normalmente, no existe razón alguna para analizar en un acto administrativo concreto la solución de un problema teórico de carácter jurídico. Es suficiente que la Comisión defina su postura sobre el asunto, tal y como se le presenta, y motive su definición

de postura tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. El hecho de que, por otra parte, la Comisión sólo refute de modo sumario las críticas dirigidas por las empresas contra su apreciación de las pruebas, tal y como consta en el pliego de cargos, carece igualmente de importancia, dado que el contenido de la Decisión puede corroborar el resultado.

La mayor parte de los comentarios de la Comisión en lo que respecta a los puntos de vista y a las pruebas presentadas por las empresas durante el procedimiento administrativo figuran en la Sección E de la Decisión, «Evaluación por la Comisión de los argumentos fácticos expuestos por los productores», es decir, en los apartados 70 a 77. En las letras a), b) y c), interpretadas en relación con el resto de la Decisión, se realiza una exposición notable de las razones por las cuales la Comisión no considera que los argumentos de las empresas resistan al análisis. Aun cuando, conforme al Derecho aplicable, pudiera exigirse que la Comisión rechazara los argumentos de las empresas, así se hizo, en mi opinión, de manera plenamente satisfactoria. La letra c) alude al análisis del mercado alemán realizado por el Profesor Albach. Independientemente de que, como se puso de manifiesto durante la vista, los resultados obtenidos por el Profesor Albach no son indiscutidos ni indiscutibles, esta parte de la Decisión de la Comisión constituye una explicación excelente de los motivos por los cuales la Comisión considera que puede mantener su punto de vista, con independencia de cuáles sean los resultados del estudio de mercado. Las demandantes que utilizaron estos argumentos casi parecen afirmar que la Comisión está obligada a ceder ante afirmaciones irrefutables y a sumarse, además, a los puntos de vista de las empresas. Es posible que la opinión de la Comisión en este aspecto pueda discutirse, pero el hecho de que la Comisión no se haya dejado convencer no constituye una falta de motivación. Puede decirse exactamente lo mismo en lo que respecta a la le-

40 — 86/82, Rec. pp. 883 y ss., especialmente p. 915, segunda columna.

tra d), sobre la auditoría efectuada por una empresa especializada en lo relativo a los precios de venta netos de las empresas. De este modo, en mi opinión, la Comisión comentó suficientemente los documentos probatorios pertinentes que le fueron presentados por las demandantes.

3. *Individualizaciones en la Decisión*

Las demandantes se quejan de que la estructura de la Decisión no permite a cada empresa determinar lo que se alega en su contra. En concreto, Rhône-Poulenc afirmó ser la «víctima» del modo en que la Decisión se había estructurado, puesto que dicha empresa, que abandonó el mercado en 1980, afirma no haber podido determinar en qué basa la Comisión la solución adoptada respecto a ella. Rhône-Poulenc considera, por tanto, que se le atribuye la responsabilidad de hechos cometidos por otras empresas posteriormente. En mi opinión, puede considerarse que el aspecto formal de esta cuestión constituye una parte del problema de en qué medida debe considerarse cumplida la exigencia de motivación en relación con cada una de las demandantes.

En su sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie/Comisión,⁴¹ el Tribunal de Justicia declaró que nada impide a la Comisión pronunciarse en una única Decisión sobre varias infracciones, incluso cuando determinados destinatarios sean ajenos a algunas de ellas, siempre que la Decisión permita a todos los destinatarios conocer con exactitud los cargos que se le imputan. El

Tribunal de Justicia añadió —sin mayores explicaciones— que la Decisión de la Comisión cumplía esta exigencia en lo que respecta a las dos empresas que plantearon el problema. En el asunto Van Landewyck/Comisión,⁴² el Tribunal de Justicia confirma que pueden acumularse procedimientos administrativos distintos con vistas a una Decisión única; ello no aporta, por otro lado, ningún elemento importante para el problema de que aquí se trata.

Por tanto, de la jurisprudencia se desprende —y con razón, en mi opinión— que basta con que cada destinatario pueda conocer «con exactitud» los «cargos» que se le imputan. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no indica —he estado a punto de decir: naturalmente— el grado de concreción que se exige a la Decisión para que se pueda obtener de ella una información «con exactitud».

En los presentes asuntos, la Comisión describe de modo detallado en el Capítulo A de la Decisión los elementos del mercado que considera relevantes. Esta parte no suscita ningún problema. En el Capítulo C, apartados 15 a 68, la Comisión describe los elementos de prueba de que dispone: en primer lugar, la naturaleza de dichas pruebas (apartado 15) y, a continuación, muy cuidadosamente en mi opinión, los acuerdos iniciales sobre los precios mínimos, las reuniones periódicas, el objeto de las reuniones, el sistema de objetivos sobre precios, las iniciativas sobre precios y su aplicación, las iniciativas individuales sobre precios, los regímenes de cuotas invocados y el papel concreto de los cuatro grandes productores. En el Capítulo F se citan expresamente la totalidad de las empresas y la Comisión define su postura sobre el grado de participación de cada una de ellas. En los apartados 79 a 94 la Comi-

41 — 40/73, Rec. pp. 1663 y ss., especialmente p. 1930, apartado 111.

42 — Véase nota 8 (p. 3236, apartado 32).

sión realiza una valoración jurídica detallada, expuesta de tal manera, que si el Tribunal de Primera Instancia la confirmara, podría perfectamente constituir la motivación jurídica de la solución adoptada. La Comisión define su postura en cuanto a su competencia internacional en el apartado 95; en los apartados 96 a 102 se refiere a las cuestiones controvertidas que pudieran surgir en relación con cada empresa como sujeto responsable penalmente, y en el apartado 103 alude al problema de la prescripción. En los apartados 104 y 105 señala el período durante el cual, en su opinión, cada empresa participó en la infracción.

De este modo, disponemos en primer lugar de una delimitación temporal clara, desde un punto de vista general. Por otra parte, la Comisión definió su postura sobre las circunstancias más importantes en las que en cada caso puede basarse la responsabilidad, realizando una descripción detallada de lo que, en su opinión, constituye el contenido de la infracción cometida y exponiendo asimismo su punto de vista sobre el grado de participación de cada empresa. La cuestión que puede suscitar dudas es la de la descripción detallada de las pruebas que la Comisión considera importantes para probar la participación de cada empresa. En este contexto, no creo que el punto de vista de las demandantes relativo a la motivación de la Decisión sea correcto.

4. Interpretación del artículo 85 desde el punto de vista formal

El último problema que puede abordarse dentro de este análisis general del asunto es el planteado por algunas de las demandan-

tes, en cuya opinión el hecho de que la Comisión no haya distinguido en su Decisión entre, por una parte, un acuerdo en el sentido del artículo 85 y, por otra, una práctica concertada, constituye una violación de las garantías jurídicas esenciales que reduce las posibilidades de las demandantes de defenderse eficazmente contra la Decisión de la Comisión.

Este punto de vista se basa en una interpretación del artículo 85 que las demandantes consideran correcta, a saber, que para que se produzca la infracción contenida en el concepto de práctica concertada, es necesario poder demostrar la existencia efectiva de acciones en el mercado. Por consiguiente, su teoría consiste en que la naturaleza de la prueba en los diferentes tipos de infracciones es distinta y que el objeto de las pruebas es, por tanto, diferente. Si ello es así, la Comisión debe estar obligada, en opinión de las demandantes, a señalar con toda exactitud lo que considera un acuerdo y lo que considera una práctica concertada. Si la Comisión no actúa de este modo, las demandantes consideran que se camufla de tal modo la situación que sus posibilidades de defenderse eficazmente se ven mermadas.

No obstante, las demandantes no niegan que la manera en que la Comisión adoptó su Decisión fuera correcta, si ésta tiene razón al opinar que una práctica concertada no presupone necesariamente por definición una manifestación en el mercado. Por su parte, la Comisión probablemente está de acuerdo en que, si las demandantes tienen razón, la Decisión debería haberse estructurado de manera que pudiera entenderse claramente lo que la Comisión consideraba como una práctica concertada y lo que interpretó como un acuerdo.

No obstante, como se ha dicho anteriormente, ha quedado acreditado que la exigencia de motivación debe analizarse en función de la valoración jurídica realizada de hecho por la Comisión.

Como veremos, la respuesta a esta cuestión depende, por tanto, de la interpretación del concepto de práctica concertada del apartado 1 del artículo 85; en mi opinión, la motivación contiene una exposición excelente del punto de vista de la Comisión (véanse, en especial, los párrafos tercero y cuarto del apartado 87 de la Decisión) y cumple, por tanto, las exigencias establecidas en el artículo 190 del Tratado. Si se rechaza la tesis jurídica de la Comisión, la motivación será asimismo defectuosa, pero esta cuestión no presenta un interés autónomo.

C. Concepto de «empresa» como «autor del acto»

En los apartados 96 a 102 de la Decisión, la Comisión realiza sus observaciones sobre la importancia que ha de atribuirse a una serie de reorganizaciones llevadas a cabo dentro de la industria petroquímica europea, con vistas a la atribución de la responsabilidad por las infracciones contempladas en la Decisión. Dichas consideraciones se refieren a Anic, Rhône-Poulenc y Saga Petrokjemi, entre otras.

Concretamente, en el párrafo segundo del apartado 96 de la Decisión puede leerse:

«Montepolimeri se ha hecho cargo del sector polipropileno de Anic [...] Aunque Anic todavía subsiste como empresa. La Comisión no cree que el hecho de que Anic haya ce-

dido sus actividades en el sector [...] la exima de sus responsabilidades derivadas de las infracciones en que ha participado hasta finales de 1982. Lo mismo se aplica a Rhône-Poulenc, que abandonó sus actividades en el sector del polipropileno a principios de 1981.»

En los apartados 97 a 100 de la Decisión, la Comisión describe a continuación, de manera detallada, las modificaciones estructurales efectuadas en Saga Petrokjemi. Entre otras cosas, se desprende que, hasta 1982, Saga Petroleum poseía el 56 %, y posteriormente el 100 %, de las acciones de Saga Petrokjemi, pero la Comisión no consideró que procediera aplicar a ambas empresas el principio de «identidad de empresa», en relación con la responsabilidad del pago de la multa e imputar, de este modo, a Saga Petroleum las infracciones cometidas por Saga Petrokjemi. En 1983, Saga Petroleum fue vendida a Statoil y, el 1 de enero de 1984, Saga Petrokjemi dejó de existir como persona jurídica diferenciada cuando, como se afirma, la empresa se integró en Statoil, es decir, se fusionó con Statoil. A continuación, se lee que la empresa constituye a partir de ese momento un «centro de beneficio separado dentro del conjunto Statoil». Posteriormente se afirma que Statoil gestiona a partir de entonces en su propio nombre el sector de los termoplásticos, representado con anterioridad por Saga Petrokjemi, cuyas filiales de venta en Dinamarca y en el Reino Unido, ahora formalmente filiales de Statoil, conservan exactamente la «misma función que antes en materia de venta y comercialización de los termoplásticos».

La Comisión añade que «es indiscutible» que, si Saga Petrokjemi hubiera continuado en su forma inicial, habría podido imponerle

una multa. Para la Comisión, el problema esencial del presente caso es saber si «tras la fusión y a pesar de las modificaciones que tuvieron lugar en su estructura y forma jurídica, la empresa que cometió la infracción sigue existiendo o ha sido liquidada», cuestión que debe ser resuelta exclusivamente conforme a las normas de Derecho comunitario. La Comisión define, a continuación, el concepto de «empresa» como cualquier ente que ejerza actividades comerciales y puede referirse a una sociedad matriz o a una filial o al conjunto constituido por la sociedad matriz y las filiales.

La Comisión estima que la empresa que ha cometido la infracción, Saga Petrokjemi, «continuó su existencia» a pesar de que se hubiera fusionado dentro de un grupo más amplio. Por tanto, en opinión de la Comisión, el factor determinante es la existencia o no de una continuidad económica y funcional entre la empresa inicial y su sucesora, y ello aún cuando la sucesora no haya continuado el comportamiento ilícito. En lo que respecta a esta continuidad funcional y económica, la Comisión señala, a continuación, que la sucesora, Statoil, no ha disuelto el negocio Saga Petrokjemi, ni liquidado sus activos, sino que por el contrario ha proseguido las actividades económicas de Saga Petrokjemi y mantenido sus funciones esenciales en el marco de la explotación de la fábrica y de la comercialización de sus productos. Por otra parte, alude a una publicidad realizada por Statoil en la prensa especializada, en la que se subrayaba la continuidad de la actividad, de la dirección y del empleo, y el hecho de que el director superior de Saga Petrokjemi, que representaba a ésta en las reuniones a nivel de «jefes», siguió en su anterior puesto y más tarde fue ascendido a presidente de operaciones petroquímicas y plásticas de Statoil. La Comisión deduce de ello que la empresa autora

de la infracción siempre puede ser identificada desde un punto de vista económico, lo que implica que la responsabilidad de hecho de la infracción no queda anulada por la fusión. La responsabilidad de la infracción corresponde por tanto a la empresa que ha absorbido a la que ha cometido la infracción.

La Comisión distingue en la Decisión el caso noruego, por una parte, y la situación de Anic y de Rhône-Poulenc, por otra, afirmando que, en estos dos últimos casos, la empresa que ha cometido la infracción subsiste como ente diferenciado, aunque haya transferido su negocio de polipropileno a otros productores (véase el párrafo primero del apartado 101 de la Decisión).

Rhône-Poulenc no criticó el hecho de que se le considerara responsable de infracciones supuestamente cometidas antes de que dicha empresa vendiera sus actividades en el sector del polipropileno. Por el contrario, Anic alega que la Comisión se equivoca al imponerle una multa por actos cometidos antes de la transmisión a Montedipe de las actividades de Anic en el sector del polipropileno. Anic considera que ello supone una discriminación en su contra con respecto a las empresas noruegas y a la práctica anterior de la Comisión, según la cual la responsabilidad en materia de multas debía «seguir» a la actividad transmitida. Al iniciarse el proceso, Anic también alegó que existía una contradicción entre el punto de vista de la Comisión sobre la relación entre Anic y Montedipe y sobre el vínculo entre Anic y SIR, puesto que Anic consideraba que la Comisión le había imputado infracciones supuestamente cometidas por SIR antes que Anic se hiciera cargo de las actividades de esta empresa en el sector de los polipropilenos.

En lo que respecta a la relación entre SIR y Anic, durante el proceso se puso de manifiesto que existía un malentendido parcial, puesto que la Comisión explicó durante la vista que no había pretendido que Anic asumiera las consecuencias de las acciones cometidas por SIR. Parece ser que el malentendido proviene del hecho de que la Comisión se basó en gran medida en documentos probatorios en los que se aludía a SIR y a Anic conjuntamente y, puesto que Anic efectivamente asumió las actividades de SIR en materia de polipropileno en 1982, por medio de la filial SIL SpA, absorbida posteriormente por Enoxy Química SpA, Anic pensó que la Comisión le había imputado las supuestas infracciones cometidas por SIR. No obstante, la Comisión niega que ello fuera así y no discute ni las afirmaciones de Anic, según las cuales no existía relación alguna entre SIR y Anic hasta la transmisión, ni las consistentes en que de las instalaciones de SIR no salió ninguna producción importante para Anic.

Por tanto, se puede afirmar que la Comisión no ha querido que la responsabilidad en materia de multas «siga» a la transmisión de las actividades de SIR en el sector de los polipropilenos a Anic. No obstante, Anic continúa pensando que la Comisión fijó su multa sin tener debidamente en cuenta la cuota de mercado de SIR durante el período correspondiente. Por otra parte, Anic considera que la Comisión se equivocó al no tener en cuenta, en su favor, el hecho de que, en varios documentos probatorios, se denomina a Anic y a SIR conjuntamente, puesto que, según sus propias palabras, la designación común SIR/Anic puede también significar que la infracción ha sido total o parcialmente cometida por SIR y no por Anic. La Comisión rebate estos dos argumentos de Anic. La cuestión es de carácter probatorio y se tratará más adelante en la parte relativa a Anic.

En lo que respecta a SIR, Anic planteó a continuación la cuestión de por qué la Comisión no había iniciado actuaciones contra esta empresa cuando precisamente ésta afirma que no deseaba que Anic soportara la responsabilidad por las actividades anteriores de SIR. La Comisión explica que no inició procedimiento alguno contra SIR puesto que ésta se hallaba en liquidación. A este respecto, Anic afirmó que SIR continuaba existiendo, puesto que había sido absorbida por un consorcio compuesto fundamentalmente por bancos y formaba parte en la actualidad del grupo Montedison. Las explicaciones facilitadas no permitieron, sin embargo, despejar todas las dudas sobre lo que ocurrió con SIR.

No obstante, según hemos oído decir a la Comisión, resulta claro que ésta considera que, si había que iniciar actuaciones contra alguien por las infracciones cometidas por SIR, no era contra Anic por el hecho de haber asumido las actividades en materia de polipropileno de SIR, sino, por el contrario, contra la parte que quedaba de SIR. El hecho de que la Comisión, seguramente por razones de oportunidad, haya optado por no exigir la responsabilidad de la empresa en liquidación, no permite, en mi opinión, afirmar que la Comisión no ha sido coherente en su actitud frente a las diferentes situaciones, aún cuando el hecho de que no haya iniciado procedimiento alguno se derive de una apreciación errónea en cuanto a las posibilidades de determinar la responsabilidad. De este modo, la postura de la Comisión en lo que respecta a la atribución de responsabilidad resulta, pues, bastante clara en el marco de los presentes asuntos y se repite en la relación entre Anic y Montedipe, en la que el problema suscitado es real.

Por consiguiente, es necesario solucionar la cuestión de cómo actuar frente a una responsabilidad en la que se ha incurrido, pero que aún no ha sido sancionada en el momento en que se produce una transmisión, de cualquier tipo, de la entidad bajo cuyo nombre se comete una infracción. En otras palabras, se trata de determinar lo que ocurre con la empresa, como «autora del acto», en el caso de una reestructuración que dé lugar a otra situación en materia de propiedad. La cuestión fundamental consiste, naturalmente, en si es posible, desde el punto de vista del transmitente, transmitir una empresa con su correspondiente responsabilidad penal latente, según las normas en materia de la competencia, y, desde el punto de vista del adquirente, si puede imponerse una multa a un adquirente, que no ha cometido infracción alguna, como consecuencia de las actividades económicas asumidas después de que el comportamiento ilícito haya tenido lugar. Sobre esta cuestión, hay que señalar, en primer lugar, que mientras que el propio comportamiento ilícito puede imputarse a la empresa objetivamente, lo cual implica que, independientemente de la situación subjetiva del que ha actuado por cuenta de la empresa, se puede instar a esta última a que ponga fin a la infracción, la imposición de una multa supone siempre, según el artículo 15 del Reglamento nº 17, la existencia de propósito deliberado o negligencia (véase el apartado 2 de este artículo).

En segundo lugar, esta cuestión es distinta de la de quién debe responder por las multas como destinatario de la obligación de pago. No sería sensato imponer una multa a una parte de una empresa, si no puede ser cobrada. De este modo, siempre será necesario determinar la persona jurídica o física, según las circunstancias, a quien se puede

exigir la multa (véase sobre este punto el párrafo segundo del apartado 101 de la Decisión que, en sí mismo, puede plantear problemas).

En lo que respecta a la atribución de responsabilidad, Anic alega en concreto que, al analizar su situación, la Comisión ha utilizado otra definición del concepto de «empresa» distinta a la aplicada a las empresas noruegas. En el «caso noruego», la Comisión consideró a la empresa como entidad económica funcional y no como una persona jurídica. No obstante, Anic ya no existe como «empresa» en el sector del polipropileno sino, por el contrario, como entidad jurídica, propietaria de otra serie de entidades económicas funcionales que no se ocupan del polipropileno. Según Anic, la distinción en que se basa la Comisión, en función de que subsista tras la transmisión el autor de la misma, tiene consecuencias absurdas y fortuitas, en la medida en que subordina la responsabilidad del autor de la transmisión únicamente a si éste ejerce actividades económicas y al modo en que éstas se organizan. Anic alega que la comparación entre su situación y los vínculos entre PCUK y Atochem en el asunto de los peróxidos, mencionado en el apartado 101 de la Decisión, pone de relieve las contradicciones del punto de vista de la Comisión. Conforme a este último, la transmisión a otras sociedades del grupo ENI de sus actividades en el resto de los sectores habría bastado para que Anic se liberara de su responsabilidad. De este modo, la distinción realizada por la Comisión carece de todo fundamento. En opinión de Anic, resulta, en efecto, difícil de entender cómo la existencia o no de una «envoltura jurídica» puede justificar que la Comisión persiga tan pronto a la «empresa» como a su «envoltura jurídica». Independientemente de que la Comisión considere a la empresa, o a la forma

jurídica de que se revista, como elemento decisivo para la atribución de responsabilidad, es necesario ser coherente hasta el final con la solución adoptada, exista todavía o no la entidad que la Comisión considera decisiva. Anic alega que la transmisión de su sector «polipropileno» representa una verdadera transmisión de empresa puesto que todos los activos materiales e inmateriales en el sector del polipropileno, entre ellos las máquinas y el «know-how», fueron efectivamente transmitidos a Montedipe. El sector del polipropileno constituía en sí mismo una unidad económica dentro de Anic, unidad económica que fue objeto de transmisión. Como sociedad, Anic puede considerarse como un conjunto de empresas diferentes. El hecho de que una de ellas haya sido transmitida, mientras que las otras han permanecido en el seno de Anic, no parece diferenciar suficientemente la situación de Anic de la de las empresas noruegas.

Sobre este punto, la Comisión indicó que no existía ninguna contradicción en el modo en que había tratado a las empresas noruegas y a Anic. Mientras que la empresa noruega continuaba existiendo como parte de Statoil, con las mismas características económicas y funcionales en lo esencial, Anic siguió siendo la misma empresa tras la transmisión de sus medios de producción del sector del polipropileno. En lo que respecta a las empresas noruegas, la Comisión no se basó en la equiparación del concepto de empresa con un sector de producción o de actividades. Según la Comisión, el concepto de empresa es, por el contrario, un concepto complejo que contiene elementos personales y materiales que participan en el ejercicio de una actividad económica concretamente definida. La opinión de los competidores y de los clientes puede contribuir a la identificación de la empresa. Incluso tras la transmisión de sus actividades en el sector del polipropileno, Anic siguió siendo Anic a los ojos

de sus clientes y de sus competidores. Estos últimos pudieron comprobar que Anic ya no actuaba en el sector del polipropileno, pero también pudieron comprobar que había seguido con sus actividades como empresa. En efecto, Anic no estaba compuesta de varias empresas, es decir, una empresa por sector de producción. Como empresa, Anic posee un único objetivo que no se ha visto modificado por la transmisión de sus actividades en el sector de los polipropilenos y, por tanto, debe considerarse que Anic subsiste como empresa.

El problema para determinar el culpable, o como la Comisión ha expresado posteriormente en los asuntos PVC y LdPE,⁴³ para la «identificación de las empresas», puede presentarse tanto en las relaciones entre sociedad matriz y filiales como en relación con las transmisiones, o cualquier otro cambio de propietarios o forma de reestructuración. En las relaciones entre sociedad matriz y filiales, una empresa puede, en el contexto que aquí debatimos, ser la sociedad matriz, la filial, o la unidad económica constituida conjuntamente por la sociedad matriz y la filial. Este tipo de problema ha sido tratado en varias ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y ha sido analizado de manera detallada por la doctrina.⁴⁴ Existen pocas decisiones sobre esta misma cuestión en los casos de transmisiones.

En la sentencia Suiker Unie/Comisión,⁴⁵ se planteó la cuestión de la imputación de responsabilidad a la «Coöperatieve Vereniging Suiker Unie VA», que inició sus actividades el 2 de enero de 1971 y que negaba que se le pudiera exigir responsabilidad por infrac-

43 — Decisiones de 21 de diciembre de 1988, IV/31.865, PVC, y IV/31.866, LdPE (DO 1989, L 74, pp. 1 y ss., especialmente p. 21).

44 — Véase, recientemente, Rüttsch: *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, Rec. 1987, y Lipowsky: *Die Zurechnung von Wettbewerbsverstößen*, München, 1987.

45 — Antes citada, nota 41.

ciones cometidas antes de dicha fecha. La situación era, en concreto, la siguiente: en 1966, cuatro cooperativas constituyeron, con carácter transitorio, una asociación de la que eran miembros; no obstante, en 1970, se creó una sociedad cooperativa en la cual participaban directamente las cuatro cooperativas de origen. La asociación, que había tomado parte en las infracciones, fue posteriormente disuelta. Suiker Unie alegó entonces que no podía imputársele la responsabilidad por los actos cometidos por la asociación, puesto que no se había hecho cargo de sus activos, sino que únicamente podía ser considerada como sucesora de las cuatro cooperativas de origen, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. El Tribunal de Justicia declaró a este respecto (apartados 84 a 88, p. 1926) que, al haberse hecho cargo de todos los derechos y obligaciones de las cuatro cooperativas de la antigua asociación, Suiker Unie debía ser considerada como la sucesora económica tanto de dicha asociación como de sus miembros, pues estos mismos decidieron asignarle esta función. Por otra parte, el Tribunal de Justicia hizo referencia al hecho de que no se discutía que la denominación «Suiker Unie» se refirió siempre a las mismas empresas, dirigidas en gran parte por las mismas personas y con el mismo domicilio social y que nadie había alegado que el comportamiento de Suiker Unie en el mercado del azúcar hubiera tenido un carácter diferente del observado por la antigua asociación. A continuación, el Tribunal de Justicia terminaba afirmando que el comportamiento de Suiker Unie y de su antecesor se había caracterizado, pues, por una «evidente unidad de acción que hace que dicho comportamiento sea imputable» a Suiker Unie. En sus conclusiones, el Abogado General Sr. Mayras analizó esta cuestión en profundidad (pp. 2070 y 2071). En concreto, señaló que, conforme a las normas relativas a la competencia, las multas se imponen a las empresas como entidades económicas y que la realidad económica debe prevalecer. A continuación, señala el riesgo de utilización improce-

dente de la norma y declara que la Comisión puede imputar los comportamientos anteriores a la nueva persona jurídica a condición de que ésta «abarque la misma entidad económica».

En relación con la sentencia de 28 de marzo de 1984, Rheinzink GmbH/Comisión,⁴⁶ la Abogada General Sra. Rozès llama asimismo la atención sobre el riesgo de utilización improcedente de la norma. Por otra parte, señala que lo decisivo no es la continuación de las actividades, lo que a menudo supondrá la continuación del comportamiento ilícito, sino, por el contrario, un examen de los indicios sobre los cuales se basa el Tribunal de Justicia en los asuntos del azúcar para declarar la continuidad de la acción, a saber, que Suiker Unie asumió la totalidad de los derechos y obligaciones de las cooperativas, que no se discutía que se tratara de las mismas empresas y que ni siquiera se alegó que el comportamiento de Suiker Unie en el mercado fuera distinto del de la antigua asociación. La Sra. Rozès negó que únicamente fuera decisiva la continuación del comportamiento reprochable. Por el contrario, lo decisivo era la asunción de los derechos y obligaciones de la antigua empresa, así como el hecho de que el domicilio social y la dirección de la misma hubieran seguido siendo los mismos. Dicho esto, concluye afirmando en el asunto de que se trata que, a pesar de que no exista identidad entre Rheinzink GmbH y una empresa anterior «Rheinisches Zinkwalzwerk GmbH & Co.», los vínculos existentes, tanto desde el punto de vista económico como jurídico, entre ambas sociedades son tales que «permiten inscribir su acción dentro de una continuidad» que puede justificar la imputación de las infracciones alegadas a Rheinzink. El Tribunal de Justicia declaró (apartado 9, p. 1699) que Rheinzink GmbH absorbió totalmente a la antigua sociedad, continuando

46 — Compagnie royale asturienne des mines SA y Rheinzink GmbH/Comisión (asuntos acumulados 29/83 y 30/83, Rec. pp. 1679 y ss., especialmente p. 1718).

con sus actividades económicas, para a continuación declarar que el cambio de forma jurídica y de nombre de una empresa no exime a la nueva empresa de responsabilidad por comportamientos contrarios a la competencia de la antigua cuando, desde el punto de vista económico, exista identidad entre ambas.

En cuanto a la práctica seguida por la Comisión, podría resultar conveniente, en primer lugar, examinar más en detalle la Decisión sobre los peroxígenos a la cual se refiere la Comisión en el último párrafo del apartado 101 de la Decisión sobre los polipropilenos, y que también se discute en el presente procedimiento. En el párrafo cuarto del apartado 49 de la Decisión «peroxígenos», se puede leer:

«Durante todo el período de referencia, el único proveedor francés distinto de Air Liquide fue PCUK, que formaba parte del grupo Péchiney/Ugine Kuhlmann. En 1983, en el marco de la reorganización de la industria química francesa, el sector del peroxígeno de PCUK fue transmitido a Atochem, miembro del grupo Elf-Aquitaine. La Comisión considera que Atochem, que es la actual propietaria de la entidad económica implicada en las infracciones y que se hizo cargo de los activos y de los objetivos económicos de PCUK en dicho sector, debe ser considerada como destinataria de cualquier Decisión y como responsable del pago de cualquier multa impuesta por las infracciones cometidas por PCUK» (*Traducción no oficial*).

En la Decisión sobre los polipropilenos, la Comisión declaró que, en este caso, PCUK, empresa culpable, había sido escindida después del cese de ésta y su negocio de peroxígeno había sido absorbido por Atochem. La Comisión añade que, en aquel caso, ha-

bía alegado que dada la desaparición de PCUK como ente jurídico independiente, Atochem, que se había hecho cargo de su negocio de peróxidos y de sus objetivos económicos, era el destinatario apropiado de cualquier decisión. Es totalmente cierto que PCUK fue liquidada posteriormente y, además, existen indicios en la Decisión PVC (apartado 43) de que ello fue así, pero no en la Decisión sobre los peroxígenos. De este modo, no consta que, en concreto, la Comisión haya otorgado importancia a la cuestión de en qué medida una parte de la empresa subsistía. Conforme a su redacción, la Comisión más bien parece conferir importancia a la asunción de los activos y de los objetivos económicos, es decir, de los intereses en materia de peróxidos, sin que la cuestión de la subsistencia de la empresa cedente haya sido de interés. El hecho de que la Comisión probablemente se sumó en un principio a la opinión de Anic, a saber, que la responsabilidad sigue a la producción y a los ingresos, parece desprenderse además de la Decisión en materia de PVC (apartado 44) en la que se afirma, en concreto, que Norsk Hydro, que se había hecho cargo de las actividades en materia de PVC de una empresa subsistente, debería ser responsable de las infracciones anteriores, conforme al punto de vista inicial de la Comisión, pero la Comisión reconocía que en la actualidad, es decir en la Decisión PVC, el autor de la transmisión debería ser considerado responsable.

En las Decisiones PVC y LdPE, la Comisión expone de manera general este problema en los siguientes términos:

«En caso de que un productor haya sufrido una reorganización o haya cedido sus actividades en el sector del PVC [respectivamente LdPE], es importante:

- i) Identificar la empresa que ha cometido la infracción, y
- ii) determinar si subsisten los elementos esenciales de dicha empresa o si ha sido liquidada.

La cuestión de la identidad de una empresa debe dirimirse, según el Derecho comunitario, no siendo determinantes las transformaciones realizadas en su organización conforme a los Derechos nacionales en materia de sociedades.

Por tanto, es indiferente que una empresa haya vendido sus actividades dentro del sector del PVC [o LdPE] a otra. El comprador no por ello se hace responsable de la participación del vendedor en las prácticas colusorias. Si la empresa que ha cometido la infracción subsiste, continúa siendo responsable a pesar de la cesión.

Por el contrario, si la empresa que ha cometido la infracción es absorbida por otro productor, su responsabilidad puede seguirla y quedar vinculada a la entidad nueva o fusionada.»

En ambas Decisiones la Comisión examina, a continuación, algunos casos concretos. Sin examinar más en detalle estos ejemplos, puede afirmarse, con toda probabilidad, basándose en cuanto antecede y en lo que la Comisión ha alegado en los presentes asuntos, que la Comisión parte en la actualidad de la idea de que la responsabilidad se desplaza en caso de fusión, cuando toda la empresa anterior se ha integrado en la nueva,

considerada como «empresa». Por el contrario, la responsabilidad continúa correspondiendo a la empresa cuando una parte de ella subsiste, y, en todo caso, cuando «subsiste en sus elementos esenciales».

Parece que la Comisión dudó en sus Decisiones entre el método de individualización utilizado en el asunto Saga Petrokjemi/Statoil y una variante más sencilla, según la cual el elemento decisivo consistiría en si la empresa anterior subsiste en lo esencial. De este modo, la Comisión ha sido presa fácil de los ataques de Anic.

Tal y como se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada y, en cierta medida, también de la práctica de la Comisión, hay que examinar concretamente en cada caso lo que ocurrió con la «empresa» culpable. En la Decisión sobre los polipropilenos y en los documentos procesales del asunto Anic, la Comisión señaló perfectamente la mayoría de los factores que han de tenerse en cuenta. Por otra parte, en la parte de la Decisión relativa a Saga Petrokjemi, la Comisión describe de manera ejemplar por qué Statoil debe, en su opinión, soportar la responsabilidad.

Asimismo, hay que analizar cuidadosamente en todos los casos el modo en que la combinación de elementos materiales y personales, que deben considerarse constitutivos de la «empresa», se integra en la estructura modificada. En este contexto, es necesario recordar, una vez más, que la responsabilidad por el pago de la multa está vinculada a una infracción dolosa o culposa y que ha de atribuirse, por tanto, gran importancia a los factores personales en los cuales el Tribunal de Justicia hizo hincapié en la jurisprudencia antes citada.

El punto de vista, supuestamente atribuido a la Comisión, según el cual puede imputarse en cualquier caso la responsabilidad de la multa a la parte subsistente de la estructura de la empresa, no es por tanto correcto sin más, a pesar de que, en general, pueda corresponder a la verdad. Por otra parte, puede resultar conveniente señalar que las consideraciones generales relativas a los requisitos de la responsabilidad en materia de multa y su función podrían imponer la existencia de razones decisivas para afirmar, a falta de fundamentos concretos, que la responsabilidad puede exigirse por el hecho de la adquisición de una unidad de producción en cuyo ámbito haya sido cometida la infracción por quien cede dicha unidad. Parece que la Comisión también ha percibido esta cuestión. Sin que debamos pronunciarnos sobre la parte de la Decisión relativa a las empresas noruegas, la cuestión de si los órganos de dirección y/o el grupo de personas que se hallan en el origen de las infracciones han sido incluidos en la transmisión constituirá un elemento de gran importancia para la imputación de la responsabilidad.

la dirección y el personal fueron incluidos en la transmisión a Statoil, Anic no precisó si, en concreto, los órganos de dirección y/o los grupos de personas responsables de las actividades en materia de polipropileno pasaron de Anic a Montedipe.

El hecho de que la propia Anic haya transmitido la totalidad de sus derechos materiales e inmateriales a Montedipe, en especial sus instalaciones de producción y el know-how, no basta, en mi opinión, en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada y con arreglo a las consideraciones que acabamos de exponer sobre los requisitos y la función de la responsabilidad en materia de multa, para que Anic se libere de dicha responsabilidad, puesto que ha de partirse de la hipótesis de que, en su forma actual y con sus órganos de dirección y sus dirigentes actuales, Anic sigue existiendo en lo esencial, habiendo abandonado simplemente su actividad de producción de polipropileno.

D. Interpretación del artículo 85

1. Introducción

En lo que respecta al caso de Anic, las explicaciones son sucintas. Frente a la afirmación de la Comisión de que Anic sigue siendo una «empresa» en actividad, en el sentido que ha intentado darse a este concepto anteriormente, en el expediente sólo figura, de hecho, la declaración de Anic según la cual todos los derechos materiales e inmateriales fueron vendidos, incluidas las máquinas y el «know-how». Frente a las afirmaciones de la Comisión según las cuales, por una parte, Anic siguió siendo Anic a los ojos de sus clientes y competidores, incluso tras la transmisión de sus actividades en materia de polipropileno y, por otra parte, frente a lo que la Comisión afirmó en el apartado 101 de la Decisión, en el sentido de que los casos de Anic y de Rhône-Poulenc eran diferentes del de Saga, en el que

El apartado 1 del artículo 85 prohíbe todos los acuerdos entre empresas y todas las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. La enumeración —no exhaustiva— que figura en las letras a) a e) cita los comportamientos de los que la Comisión considera culpables a las demandantes en el presente caso. Conforme al

apartado 2, todos los acuerdos o decisiones prohibidos en virtud del apartado 1 son nulos de pleno derecho.

En los asuntos pendientes en la actualidad ante el Tribunal de Primera Instancia, los puntos controvertidos en relación con la interpretación del artículo 85 han consistido, sobre todo, en la interpretación del concepto de «práctica concertada» y en la cuestión de en qué medida una pluralidad de acciones o, en su caso, de omisiones que son, en parte, de naturaleza totalmente heterogénea, pueden legítimamente considerarse como un acuerdo único, o una práctica concertada única, en el sentido del apartado 1 del artículo 85.

Una cuestión que ciertamente puede tratarse por separado desde el punto de vista teórico, pero que se halla estrechamente vinculada al problema anteriormente citado, consiste en si la prohibición enunciada en el artículo 85 incluye la participación, en cuanto tal, en las prácticas colusorias, lo que provocaría la imputación de la responsabilidad a los participantes, por el propio hecho, de la totalidad de las infracciones cometidas mediante las prácticas colusorias. En los presentes asuntos, esta cuestión ha sido debatida bajo la denominación de «responsabilidad colectiva».

Antes de profundizar en la cuestión de la interpretación del concepto de «práctica concertada», podría resultar pertinente realizar primero unas breves observaciones sobre el concepto de «acuerdo» en el sentido del artículo 85.

2. *El concepto de acuerdo*

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia permite definir de manera relativamente

precisa el concepto de «acuerdo», en el sentido del apartado 1 del artículo 85. Ciertamente, un acuerdo incluido en el artículo 85 podría haber sido celebrado de tal manera que sería jurídicamente vinculante para las partes si el apartado 2 del artículo 85 no le desposeyera precisamente de toda validez. Sin embargo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que un acuerdo en el sentido del artículo 85 puede también ser un «gentlemen's agreement»,⁴⁷ cuyo carácter normativo e imperativo se deriva, no de factores jurídicos, sino de psicología social. El acuerdo puede estar constituido por relaciones contractuales duraderas,⁴⁸ y, con toda probabilidad, puede ser también tácito, no siendo necesaria su consignación por escrito.

Los acuerdos contrarios a la competencia se prohíben siempre que tengan por «objeto» restringir la competencia. El Tribunal de Justicia lo ha afirmado claramente en la sentencia Consten y Grundig.⁴⁹ La cuestión de en qué circunstancias un acuerdo puede tener por objeto restringir la competencia se examinará más adelante en la sección relativa al argumento según el cual los acuerdos de que se trata en el presente caso no tenían por finalidad «objetiva» restringir la competencia.

Es importante señalar, como ha hecho el Tribunal de Justicia recientemente en la sentencia Sandoz, que se trata de un delito puramente formal, de manera que no es necesario intentar demostrar que el acuerdo ha producido efectos concretos. Esta forma de infracción del apartado 1 del artículo 85 ha

47 — Véase el asunto ACF Chemiefarma/Comisión, antes citado, nota 21, apartados 106 a 116.

48 — Véase la sentencia Sandoz.

49 — Antes citada, nota 36.

sido calificada acertadamente de delito abstracto de peligro.⁵⁰

pecíficos que se plantean en la totalidad de los presentes asuntos.

No obstante, un acuerdo en el sentido del artículo 85 («acuerdos [...] efecto [...]») puede también poseer el carácter de un delito puramente material; en tales casos, no es necesario probar la intención de restringir la competencia.⁵¹ Por otra parte, es evidente que ambos elementos pueden darse en un caso concreto.

Al analizar el proceso en el presente caso, se observa que resulta muy difícil llegar a una definición medianamente clara del contenido conceptual del delito de práctica concertada «que tenga por objeto», por una parte, y de la práctica concertada «que tenga por efecto», por otra.

Sin embargo, el concepto de «acuerdo» no ha suscitado dificultades desde el punto de vista interpretativo en los presentes asuntos. Por el contrario, como ya se ha dicho, el concepto de «práctica concertada» ha planteado problemas considerables de interpretación.

Gran parte del debate suscitado en la doctrina y en el presente caso permite pensar que son numerosos los que, en realidad, han llegado a la conclusión de que la calificación que mejor se adapta a la combinación práctica concertada/objeto es la de anomalía conceptual, lo que, de hecho, ha llevado a descartar este tipo de delito mediante una interpretación capciosa. Hay que reconocer que un tipo de delito que parece reunir al mismo tiempo los elementos de un delito formal (objeto) y de un delito material (práctica que se concierta) puede ser un concepto difícil de manejar.

3. *El concepto de práctica concertada*

a) Exposición del problema

Hasta ahora, en muy pocos asuntos se ha planteado al Tribunal de Justicia la cuestión de interpretación del concepto de «práctica concertada», incluido en la prohibición establecida por el artículo 85. Como veremos a continuación, sólo en cierta medida —debido fundamentalmente a que los hechos eran distintos en estos asuntos— es posible extraer de esta jurisprudencia elementos interpretativos para resolver los problemas es-

La Comisión sostiene que ha quedado acreditado que la práctica concertada invocada se manifestó a través de la aplicación de políticas paralelas. Asimismo afirma que tuvo una incidencia sobre el mercado. No obstante, en opinión de la Comisión, para demostrar que se ha infringido el artículo 85 sólo es necesario probar que ha existido concertación. Por tanto, la práctica concertada está constituida, en opinión de la Comisión —tal y como lo ha expuesto en el presente caso—, por la concertación como tal.

50 — Véase Hildebrandt: *Der Irrtum im Bußgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1990, p. 40; Dannecker, Fischer-Fritsch: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, p. 15, Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, artículo 85, nº 28.

51 — Véase, en especial, la sentencia Consten y Grundig, antes citada, nota 36.

Es posible que el Tribunal de Primera Instancia declare probado que los elementos

del presente caso que pueden legítimamente ser calificados de prácticas concertadas han tenido una influencia notable sobre el mercado o, en cualquier caso, que se ha aportado la prueba de la adopción de políticas paralelas. Pero el Tribunal de Primera Instancia también podría llegar a la conclusión de que no es posible demostrar de manera suficientemente taxativa la existencia de efectos sensibles sobre el mercado o, al menos, de comportamientos que puedan explicarse con toda verosimilitud a través de una determinada concertación.

Por otra parte, la cuestión de cómo apreciar una situación cuando se sabe que ha existido concertación, pero es imposible determinar con precisión lo que ocurrió posteriormente, será interesante objetivamente.

En la actualidad, se ha sometido al Tribunal de Primera Instancia un conjunto de asuntos en los que las circunstancias de hecho son tales, que por primera vez habrá de pronunciarse sobre si el concepto de práctica concertada en el sentido del artículo 85 abarca también los casos en los cuales la prueba aportada tiene por objeto, no actuaciones precisas y concretas en el mercado, sino solamente reuniones entre los operadores, durante las cuales se intercambiaron información sobre precios, cuotas de producción, etc., que normalmente se considera confidencial, y cuyo objetivo era probablemente, tal y como se desprende de los debates entre las partes, ponerse de acuerdo sobre el comportamiento que había de adoptarse en el mercado. En otras palabras, se trata de si la práctica concertada en el sentido del artículo 85 supone una manifestación en el mercado como elemento constitutivo de la infracción o si el comportamiento de hecho constituido por la propia concertación a la que se llegó en las reuniones puede considerarse ilegal en virtud de dicha disposición, a

pesar de que no pueda demostrarse la existencia de un comportamiento concreto de las empresas que participaron en la concertación, en relación causal con esta última.

Por otra parte, los escritos procesales de las partes pueden llevar a interrogarse sobre si se puede afirmar que, en el marco del artículo 85, la tentativa entra en el ámbito de aplicación de la ley, en otras palabras, si las «prácticas concertadas [...] que tengan por objeto [...]», en el sentido del artículo 85, constituyen en sí mismas una infracción y no únicamente una *tentativa* de cometer la infracción consistente en una práctica concertada «que tenga por efecto».

b) La importancia de la cuestión en el presente caso

Resulta curioso que el problema se plantee en los presentes asuntos, en los que la Comisión considera —tal y como se desprende del párrafo tercero del apartado 87 de la Decisión— que los hechos esenciales acaecidos deben ser considerados como un acuerdo, en el sentido del apartado 1 del artículo 85. La Comisión únicamente cita, en realidad, dos hechos que ilustran lo que, en su opinión, más bien constituye una práctica concertada que un acuerdo. Se trata del compromiso adquirido, según la Comisión, en relación con las informaciones relativas a los volúmenes de entrega individuales en 1981 y 1982, así como el caso en el que la adhesión y la cooperación de una empresa en determinados aspectos fueron puramente tácitas, por ejemplo la cooperación de Shell, supuestamente más pasiva, en materia de planes de cuota.

No obstante, la Comisión consideró que estos hechos habían de tenerse en cuenta y asimismo declaró o, en todo caso, dio a entender que, por otra parte, podía considerarse que numerosos elementos o aspectos del comportamiento de las empresas más bien poseían determinadas características propias de una práctica concertada.

La Comisión no realizó distinción alguna, lo que nos lleva a interrogarnos sobre la cuestión de si ambas formas de comportamiento ilícito, los acuerdos y las prácticas concertadas, poseen una estructura y unas características tan parecidas que no es necesario, para aplicar la disposición, calificar de una manera o de otra los actos de que se trata.

En el presente caso, en el que, como expondré más adelante en relación con las pruebas y como la Comisión también sostiene, lo que puede calificarse de práctica concertada posee una importancia limitada, sin duda, habría sido posible, sin demasiado aumento de la carga de trabajo, que la Comisión configurara la Decisión de manera diferente, a fin de distinguir entre los elementos que, en su opinión, constituyen un acuerdo y los que considera prácticas concertadas, en previsión de que el Tribunal de Primera Instancia rechazara la tesis principal de la Comisión.

Pero la Comisión no lo hizo así y, por tanto, se trata de lo que ocurrirá si el Tribunal de Primera Instancia no comparte su opinión sobre este punto. ¿Debe el Tribunal de Primera Instancia realizar él mismo la subdivisión o anular la Decisión? Basándose en la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, en el marco de la cual éste ha

realizado una valoración autónoma de los asuntos bastante detallada, no puede excluirse que el Tribunal de Primera Instancia realice su propio examen. Pero tal reexaminación se enfrenta, al menos, con dos dificultades. Por una parte, si la tesis de la Comisión no se acoge, la Decisión será anulada, a mi parecer, por falta de motivación. En efecto, en este caso, la motivación que figura en los apartados 86 a 88 no es en absoluto suficiente para satisfacer los requisitos del artículo 190. La segunda dificultad reside en el hecho de que la Comisión indica, en el apartado 87 de la Decisión, que en su opinión todos los aspectos de la actuación de las demandantes pueden contener elementos, tanto de un acuerdo, como de una práctica concertada. No obstante, el control ejercido por el Tribunal de Primera Instancia en virtud del artículo 173 del Tratado no puede significar, en mi opinión, que el Tribunal de Primera Instancia deba analizar, en realidad, todo el asunto desde el principio, lo cual ocurriría si él mismo tuviera que preguntarse, en relación con cada elemento de las actuaciones, en qué medida se trata de un acuerdo o de una práctica concertada. Por consiguiente, si no se admite la tesis de la Comisión sobre este punto, la Decisión debe ser anulada en su totalidad.

c) Motivos y alegaciones de las partes

En su carta de 29 de marzo de 1985, la Comisión precisó con bastante detalle su tesis relativa a la relación entre los acuerdos y las prácticas concertadas en el marco del apartado 1 del artículo 85. En la Decisión desarrolla esta tesis, tal y como se ha expuesto anteriormente en el apartado 1 de la Sección A de la Primera Parte de las presentes

conclusiones. En los apartados 86 a 88 de la Decisión, la Comisión explica, refiriéndose a lo que el Tribunal de Justicia declaró en las sentencias ICI y Suiker Unie/Comisión, por qué considera que no es necesario realizar tal distinción sino, por el contrario, fijar el límite «inferior» correspondiente al momento a partir del cual puede considerarse que una cooperación infringe el artículo 85.

En la parte general de su escrito de contestación, la Comisión realiza una descripción muy detallada que posteriormente amplió en las vistas celebradas ante el Tribunal de Primera Instancia.

De este modo, la Comisión afirma que los términos «acuerdo» y «práctica concertada» en el sentido del Tratado engloban los diferentes tipos de compromisos por los cuales los productores, en lugar de determinar con toda independencia su línea de conducta futura en materia de competencia, se imponen mutuamente un límite a su libertad de acción. Tales compromisos implican siempre contactos directos o indirectos entre competidores, que adoptan la forma de un contrato formal, de un acuerdo informal del tipo «gentlemen's agreement» o de una simple cooperación de orden práctico. Si el artículo 85 utiliza ambos conceptos de acuerdo y de práctica concertada, ello se debe, en opinión de la Comisión, a la preocupación por evitar cualquier «laguna» en el ámbito de aplicación de esta disposición. De este modo, el artículo 85 puede aplicarse a todos los acuerdos, expresos o tácitos, formales o informales. Asimismo, puede aplicarse a una simple coordinación de hecho o cooperación práctica. Tal cooperación no se traduce necesariamente en comportamientos paralelos en el mercado, puesto que la prohibición del artículo 85 contempla también el simple objetivo de falsear la competencia.

por los acuerdos, que no son por fuerza jurídicamente vinculantes (lo que, por otra parte, nunca son, según el apartado 2 del artículo 85, si se hallan incluidos en el apartado 1). En opinión de la Comisión, ya se opte por considerar los compromisos no obligatorios como acuerdos en el sentido del artículo 85 o bien se prefiera reservar el concepto de práctica concertada para la cooperación práctica sin expresión formal, toda la gama de compromisos colusorios se halla incluida en el artículo 85. El término «práctica concertada» se refiere en realidad a una cooperación práctica de orden puramente fáctico que no se deriva necesariamente de un plan o de una concertación propiamente dicha. Según la Comisión, las sentencias del Tribunal de Justicia Suiker Unie/Comisión⁵² y Züchner⁵³ demuestran que la existencia de una práctica concertada se sitúa ya en el contacto entre competidores, antes de que intervengan en el mercado. Este contacto consistirá, llegado el caso, en un intercambio de informaciones, sin que deba existir un acuerdo sobre ello. Podría posiblemente afirmarse que, incluso un acuerdo de intercambio de información entra en el ámbito de aplicación del artículo 85, si tiene por objeto o por efecto restringir la competencia. Para que tales intercambios de información puedan ser calificados de prácticas concertadas cuyo objeto sea en cualquier caso restringir la competencia, es necesario que las informaciones intercambiadas se refieran a las intenciones de las partes en cuanto a su comportamiento futuro en el mercado y que el simple análisis del mercado no baste a los competidores para discernirlas. La finalidad subyacente a tal intercambio de informaciones consiste en que cada una de las empresas afectadas pueda determinar su línea de conducta futura en el mercado, confiando en un comportamiento paralelo por parte de sus competidores. Tal intercambio de información no se explica sin la existencia de relaciones de «confianza legítima», en el marco de las cuales aquellos que participan en dicho in-

La Comisión describe a continuación los diferentes grados de cooperación. Comienza

52 — Véase nota 41.

53 — Véase nota 3.

tercambio confían en que las otras partes se comportarán como indicaron que lo harían.

Si, por su parte, las demandantes afirman que una práctica concertada debe manifestarse en el mercado, ello se debe, en opinión de la Comisión, a que confunden la cuestión de la prueba de la existencia de una práctica concertada con la propia práctica concertada.

No me parece evidente que las demandantes confundan de manera general los diferentes conceptos o que hayan interpretado mal el planteamiento del problema. Simplemente, no comparten la opinión de la Comisión.

La exposición más concisa del punto de vista de las demandantes fue realizada por el Abogado Sr. Hermann en sus alegaciones durante la vista, donde afirmó, en concreto, que en materia de prácticas concertadas es como mínimo necesario, para que pueda considerarse infringido el apartado 1 del artículo 85, que se acredite, en primer lugar, que al menos dos empresas se han puesto de acuerdo, independientemente de la forma de esta concertación; en segundo lugar, que dicha concertación ha ido seguida de la correspondiente práctica en el mercado; en tercer lugar, que dicha práctica haya tenido por efecto restringir la competencia y, en cuarto lugar, que fuera previsible un posible efecto contrario a la competencia.

Sin embargo, las demandantes reconocen también que una práctica concertada, en el sentido del apartado 1 del artículo 85,

puede estar constituida por una práctica concertada que únicamente tenga «por objeto», sin que deba aportarse la prueba de tal efecto, es decir —en opinión de las demandantes—, cuando las empresas pretenden restringir la competencia adoptando determinado comportamiento en el mercado, pero no se hallen en situación de realizar su objetivo.

Ambas partes analizan en sus escritos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pero llegan a resultados completamente distintos. Por tanto, resultará útil comenzar por el estudio de los antecedentes de la disposición y lo que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, como se ha dicho, no es muy abundante. Las conclusiones presentadas por los Abogados Generales en estos asuntos contienen asimismo observaciones a las cuales las partes se refirieron y que serán estudiadas de manera más detallada. Finalmente, la doctrina aporta determinados elementos interpretativos.

d) Antecedentes históricos

Es sabido que los autores del Tratado se inspiraron, para redactar el apartado 1 del artículo 85, en los conceptos de «concerted actions», «concerts of action» y «concerted practices»,⁵⁴ que surgieron en la jurisprudencia americana a partir del artículo 1 de la Sherman Act, y, en especial, del concepto de «conspiracy» que figura en la misma.

De la jurisprudencia americana se desprende que los efectos contrarios a la competencia no son un elemento indispensable de la

54 — Véase, por ejemplo, Mayras, Rec. 1972, p. 673.

«conspiracy», así como tampoco es necesario que la propia conspiración haya ido seguida de otros actos.⁵⁵

Tal y como indicó el Sr. Joliet,⁵⁶ el concepto de «concerted action» fue utilizado para determinar la importancia jurídica del paralelismo consciente del comportamiento, cuando no existían pruebas directas de una «conspiracy». El concepto, por consiguiente, se utilizó en los casos en los que el problema se examinaba desde el punto de vista del mercado y al analizarlo, basándose en otros indicios, había que decidir si la práctica puesta de relieve podía considerarse «concertada de manera ilícita».

Por el contrario, la prueba directa de una «conspiración» basta, como ya se ha dicho, para demostrar la existencia de una infracción de la Sherman Act.

En el presente caso, los motivos de las demandantes relativos a la génesis del artículo 85 parten de la idea de que los autores del Tratado, influidos por la legislación contra los monopolios y la concentración de empresas («Dekartellierungsgesetzgebung») redactada de manera un poco vaga por los aliados en Alemania tras la guerra, no deseaban adoptar el concepto americano de «conspiracy», el cual, en opinión de las demandantes, era asimismo poco preciso. Se prefirió, por motivos de seguridad jurídica, el concepto de acuerdo, concepto cuyos límites eran algo más precisos, y el concepto de práctica concertada que se inspiraba precisamente, en mi opinión, en la jurisprudencia americana y constituía el elemento de la

«conspiracy» relativo al comportamiento en el mercado.

La interpretación de los Tratados basada en los trabajos preparatorios constituye, como se sabe, un ámbito difícil en Derecho comunitario debido, en particular, a que una gran parte de ellos no ha sido publicada. En el ámbito del Derecho de la competencia, las dificultades quedan ilustradas, en especial, por los comentarios a los conocidos trabajos preparatorios del artículo 85, más o menos oficiales, realizados por Ellis.⁵⁷ Sin duda, también es significativo que las demandantes no hayan basado su tesis en los elementos escritos concretos de la génesis del artículo 85.

Ciertamente no es improbable que las observaciones de las demandantes en cuanto a los antecedentes históricos sean correctas, pero el alcance que puede atribuírseles no es demasiado amplio. Cuando se examina la redacción de la disposición, que evidentemente pretende abarcar de manera exhaustiva toda actividad contraria a la competencia incompatible con el mercado común, es difícil presumir, a falta de indicios serios, que los autores del Tratado quisieran excluir del ámbito de aplicación de la disposición toda una importante serie de iniciativas comerciales dudosas. No es ésta la tesis que el Tribunal de Justicia ha mantenido cuando ha tenido ocasión de pronunciarse, tal y como se desprende de las resoluciones citadas anteriormente. Por mi parte, tampoco encuentro elementos interpretativos que obliguen al Tribunal de Primera Instancia a limitar de este modo el ámbito de aplicación del artículo 85. Por otra parte, las conside-

55 — Véase *U. S. v. Kissel* (U. S. Supr. Court 1910) 173 Fed. 823, 218 US 601; *Multiflex, Inc. v. Samuel Moore & Co., and Eaton Corp.* (5th Circ. 1983), 1983-2 Trade Cases, 65, 307, y *American Tobacco Co. et al. v. U. S.* (CCA-6 1944), 1944-45 Trade Cases, 57, 317 (pp. 57, 587).

56 — *Cahiers de droit européen*, 1974, p. 258.

57 — Véase Ellis, Joseph: «Source material for Article 85 (1) of the EEC TREATY» en *Fordham Law Review*, Vol. XXXII, 1963, n.º 2, pp. 247 a 278.

raciones de naturaleza histórica no confirman tampoco la tesis de la Comisión.

e) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al concepto de práctica concertada

Las primeras sentencias del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión fueron dictadas en 1972.⁵⁸ Provocaron un importante debate, a veces crítico, al que se aludirá más adelante en el apartado g).

En estos asuntos, los antecedentes de hecho eran bastante distintos de los que hoy se someten a la apreciación del Tribunal de Primera Instancia en el presente caso. Las propias alzas de precios en el mercado hicieron sospechar a la Comisión la existencia de una práctica concertada que indiscutiblemente se llevó a cabo en el mercado. El litigio versaba sobre si la uniformidad de las alzas de precios podía explicarse por la naturaleza oligopolística de la estructura del mercado; la sentencia sólo habla de una única reunión (apartado 96), en el curso de la cual las empresas pudieron haber tenido ocasión de concertarse, lo que constituye el núcleo de las discusiones en el presente caso.

En lo que respecta a la definición del concepto, el Tribunal de Justicia comenzó por dirimir la cuestión, hasta entonces controvertida, de si los términos «práctica concertada», en el sentido del apartado 1 del artículo 85, poseían un ámbito propio de aplicación o si se trataba únicamente de un tipo de norma jurídica que suavizaba los requisitos de prueba en los casos en los que sólo se disponía, fundamentalmente, de los hechos

observados en el mercado y en los que sería generalmente imposible aportar la prueba de un acuerdo, a menos que se vaciara el concepto de acuerdo de todo significado.⁵⁹

El Tribunal de Justicia declara a este respecto en los apartados 64 y 65 de la sentencia:

«Considerando que si el artículo 85 distingue el concepto de “práctica concertada” del de “acuerdos entre empresas” o del de “decisiones de asociaciones de empresas”, lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas;

que, por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos del acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes.»

Por tanto, según el Tribunal de Justicia, el concepto de «práctica concertada» posee un ámbito de aplicación autónomo que abarca lo que podría denominarse como una cooperación no constitutiva de un acuerdo. El término clave en este caso es la coordinación y la cuestión que se plantea en el presente caso es si la coordinación, en cuanto tal, es decisiva o si lo es la «coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes».

58 — Sentencias de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries Ltd/Comisión (48/69, Rec. p. 619), y 49/69 a 57/69.

59 — Véase: Piriou, *Cahiers de droit européen*, 1973, p. 52; Joliet, *op. cit.*, p. 266, y las referencias que se hallan en ambos artículos.

Por otra parte, hay que destacar que el Tribunal de Justicia declaró, en los apartados 118 y 119 de la sentencia:

«Si bien es cierto que cada productor puede modificar libremente sus precios y tener en cuenta a tal efecto el comportamiento, actual o previsible, de sus competidores, en cambio es contrario a las normas del Tratado en materia de competencia que un productor coopere con sus competidores, de la forma que fuere, para fijar una línea de acción coordinada relativa a un aumento de precios y para garantizar el éxito de ésta mediante la eliminación previa de cualquier recelo mutuo que pudiera existir respecto de sus comportamientos en cuanto a los elementos esenciales de dicha acción, como los índices, el objeto, la fecha y el lugar de los aumentos;

que por todo ello y en atención a las características del mercado de los productos de que se trata, el comportamiento de la demandante junto con el de otras empresas objeto del procedimiento, perseguía sustituir los riesgos de la competencia y los azares de las reacciones espontáneas de los competidores, por una cooperación constitutiva de una práctica concertada prohibida por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.»

Estas últimas afirmaciones se refieren al análisis del mercado y al punto de vista del propio Tribunal de Justicia en cuanto al carácter de las alzas de precios públicamente anunciadas. No obstante, la cuestión sigue siendo si para el Tribunal de Justicia sólo ha sido determinante la cooperación para establecer una línea de acción coordinada o también lo ha sido el hecho de garantizar el éxito de ésta.

Si se tiene en cuenta, por una parte, que el Tribunal de Justicia se pronunció, evidente-

mente, en el marco de los asuntos considerados en aquel caso, en los cuales se trataba precisamente de si una determinada conducta en el mercado que, de hecho, se había comprobado que era uniforme, se debía a una concertación y que, por otra, con arreglo a la sentencia no puede decirse que al redactar los citados apartados el Tribunal de Justicia tuviera en cuenta situaciones tales como la que hoy se presenta en los asuntos «polipropileno», es difícil encontrar en la sentencia argumentos a favor de la tesis de las demandantes o de la defendida por la Comisión aquí.

La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en los asuntos del «azúcar»⁶⁰ se aproxima más quizá al punto de vista sostenido en la actualidad por la Comisión. En efecto en los apartados 172 a 176 se lee lo siguiente:

«Considerando que SU y CSM alegan que, como el concepto de “prácticas concertadas” supone un plan y la finalidad de eliminar de antemano la incertidumbre relativa al futuro comportamiento de los competidores, no puede considerarse suficiente la conciencia que los interesados puedan haber tenido recíprocamente del carácter complementario o paralelo de sus decisiones respectivas, so pena de condenar cualquier tentativa de una empresa para reaccionar tan inteligentemente como sea posible a la acción del competidor.

Considerando que los criterios de coordinación y cooperación que acoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de exigir la elaboración de un verdadero “plan”, deben entenderse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia y según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que trata de

60 — Véase la nota 41.

seguir en el mercado común, incluida la elección de los destinatarios de sus ofertas y de sus ventas;

que, si bien es verdad que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse inteligentemente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores, se opone sin embargo rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores, que tenga por objeto o efecto o bien influir sobre el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien mostrar a dicho competidor el comportamiento que se ha decidido o que se proyecte seguir en el mercado;

que según los citados documentos, ha habido contactos entre las demandantes y éstas persiguieron precisamente la finalidad de eliminar de antemano la incertidumbre referente al futuro comportamiento de sus competidores;

que por lo tanto no puede estimarse el razonamiento de las demandantes.»

En este asunto, por consiguiente, la discusión versaba sobre en qué medida era necesario, con vistas a la aplicación del apartado 1 del artículo 85, verificar la existencia de un «plan», cuestión a la cual el Tribunal de Justicia respondió negativamente. No obstante, sólo se pronunció sobre la naturaleza de la cooperación contemplada por la disposición y no sobre el momento a partir del cual se puede considerar que se ha cometido la infracción.

En la sentencia Züchner,⁶¹ un Tribunal alemán planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de si en las operaciones de pago y de movimientos de capitales intracomunitarios entre bancos, la percepción de una comisión bancaria uniforme de 0,15 % sobre el importe de la transferencia constituía una práctica concertada.

En la sentencia, el Tribunal de Justicia realizó, en primer lugar, una síntesis de sus observaciones en los asuntos ICI/Comisión y «azúcar», afirmando en los apartados 12 a 14:

«Tal y como este Tribunal de Justicia ha declarado, en especial, en su sentencia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión (48/69, Rec. p. 619), una práctica concertada en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constituye una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.

Este Tribunal de Justicia también afirmó, en la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie/Comisión (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), que los criterios de coordinación y cooperación constitutivos de una práctica concertada, lejos de exigir la elaboración de un verdadero «plan», deben entenderse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia y según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que trata de seguir en el mercado común y las condiciones que pretende ofrecer a su clientela.

61 — Antes citada, nota 3.

Si bien es verdad que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse inteligentemente al comportamiento real o previsto de sus competidores, se opone, sin embargo, rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto crear condiciones de competencia que no se correspondan con las condiciones normales del mercado de referencia, habida cuenta de la naturaleza de los productos o de las prestaciones realizadas, de la importancia y del número de empresas y del volumen del citado mercado». (*traducción provisional*).

El Tribunal de Justicia abordó la cuestión de la concertación un poco más adelante en la sentencia. De este modo declara en el apartado 21:

«Esta es una cuestión de hecho que únicamente el Tribunal que conoce del fondo del asunto es competente para apreciar. A tal fin, es importante examinar si existen entre los bancos cuyo comportamiento es paralelo tomas de contacto o, como mínimo, intercambios de información relativos, entre otras cosas, al porcentaje de las comisiones efectivamente percibidas por operaciones de transferencia similares que hayan sido efectuadas o que se prevean en el futuro y si, a la vista de las condiciones del mercado de referencia, el porcentaje de la comisión uniformemente aplicable no difiere del que habría resultado del libre juego de la competencia. Por otra parte, es necesario tener en cuenta el número y la importancia de los bancos que participan en tal práctica en el mercado de los intercambios monetarios entre Estados miembros [...]» (*traducción provisional*).

El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión planteada del siguiente modo:

«Un comportamiento paralelo en la percepción de una comisión bancaria uniforme sobre las transferencias de cantidades de los fondos de su clientela, efectuadas por los bancos, de un Estado miembro a otro, constituye una práctica concertada, prohibida por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, si el órgano jurisdiccional nacional comprueba que dicho comportamiento paralelo reúne los elementos de coordinación y de cooperación característicos de tal práctica y que ésta puede afectar de manera sensible a las condiciones de la competencia en el mercado de las prestaciones relativas a estas transferencias» (*traducción provisional*).

Como se desprende de la lectura de los extractos citados, esta sentencia no contiene, con respecto a la sentencia Suiker Unie/Comisión, nuevos datos que permitan resolver el problema. En este asunto también existía evidentemente una práctica en el sentido en que las demandantes en el presente caso entienden este concepto y, por tanto, los fundamentos de Derecho del Tribunal de Justicia se refieren en realidad a dicha práctica.

En este contexto, considero que no pueden ciertamente extraerse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia argumentos que contradigan directamente el punto de vista de la Comisión, pero los antecedentes de hecho de los asuntos planteados al Tribunal de Justicia hasta ahora son muy distintos de los del presente caso. La descripción de la práctica concertada realizada por el Tribunal de Justicia debe necesariamente examinarse en este contexto y, por tanto, no puede presumirse que ésta aporta una respuesta a la cuestión de si la infracción tipificada en el apartado 1 del artículo 85, bajo la calificación de práctica concertada, está constituida únicamente por la concertación o si es necesario que dicha concertación vaya acompañada de un comportamiento de

hecho, por parte de las empresas afectadas, que presente un vínculo de causalidad con ésta.

f) Observaciones de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia sobre la cuestión

En el asunto ACF Chemiefarma/Comisión,⁶² el Abogado General Sr. Gand se pronunció en el mismo sentido que las demandantes en el presente caso. De este modo, en el marco de su examen de la cuestión de en qué medida un «gentlemen's agreement» debía ser considerado como un acuerdo o una práctica concertada en el sentido del apartado 1 del artículo 85, afirmó:⁶³

«En primer lugar, ¿debe considerarse el gentlemen's agreement como un acuerdo, tal y como hace la Decisión impugnada, o como una práctica concertada? Si bien ambos están previstos en el artículo 85 del Tratado, la distinción no carece de interés, al menos en el ámbito de la prueba de la infracción. En efecto, con arreglo a la sentencia Grundig [...] cuando un acuerdo tiene por objeto restringir, impedir o falsear el juego de la competencia, no es preciso tomar en consideración, para aplicar el artículo 85, sus efectos concretos. No sucede así en el caso de una práctica concertada, la cual, según la opinión mayoritaria, requiere que la concertación se aplique de modo concreto, de manera que hay que demostrar a la vez un comportamiento de hecho de los interesados y por otro lado la existencia de

una relación entre dicho comportamiento y un plan preestablecido.»⁶⁴

En los asuntos «sustancias colorantes»,⁶⁵ el Abogado General Sr. Mayras se sumó en lo fundamental al punto de vista expresado por el Abogado General Sr. Gand en el asunto ACF Chemiefarma/Comisión. Pero, va más lejos que el Sr. Gand sobre un punto. En primer lugar, se negó a reducir la categoría jurídica de las prácticas concertadas a una simple aplicación concreta del concepto de acuerdo, sosteniendo que había que atribuir un significado propio a la distinción realizada por el Tratado y considerar las prácticas concertadas como una categoría aparte para evitar que las empresas que actuaran de modo que no quedara ninguna pista escrita de sus acuerdos no pudieran eludir estas disposiciones. Como ya se ha expuesto, el Tribunal de Justicia aceptó esta tesis. A continuación afirmó (p. 675):

«Esta interpretación, que tiene realmente en cuenta la distinción efectuada por el artículo 85, reviste un interés evidente respecto a la prueba de la existencia de una práctica concertada que, aún implicando cierta manifestación de la voluntad de las empresas participantes, no puede investigarse en las mismas condiciones que la prueba de un acuerdo explícito.

Pero es preciso también que exista un elemento objetivo, esencial al concepto de práctica concertada; es un comportamiento *de hecho*, común a las empresas participantes. Esta es la primera diferencia de principio con el concepto de acuerdo en el sen-

62 — Antes citada, nota 21.

63 — Rec. p. 718, segunda columna.

64 — En la sentencia, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre la distinción entre el acuerdo y la práctica concertada.

65 — Véase nota 28 (Rec. p. 669).

tido de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el acuerdo está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, siempre que se demuestre su existencia y que tenga por objeto perturbar la competencia dentro del mercado común, sin que proceda investigar el *efecto real* del citado acuerdo sobre la competencia. Por el contrario, opino que por su propia concepción, la práctica concertada no puede disociarse totalmente del efecto real que produce sobre las condiciones de la competencia en el interior del mercado común.»

A continuación, en la parte consagrada a la distorsión de la competencia (p. 687), afirmó:

«Pero una parte de la doctrina que, para definir el concepto de práctica concertada, concede una particular importancia a los elementos objetivos, estima que, para estar comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, esta práctica debe haber alterado la competencia de forma efectiva y concreta.

En las conclusiones presentadas en el asunto ACF Chemiefarma/Comisión, el Abogado General Sr. Gand parecía inclinarse en el mismo sentido. A su juicio [...]

Ya he dejado entrever que mi opinión no se aleja mucho de la así expresada.

¿Sería posible ir más lejos, tener en cuenta no el resultado, el *efecto real* de la práctica, sino también su *efecto virtual*? Sin duda podría parecer extraño admitir que una práctica concertada, que materialmente no ha

tenido efecto alguno sobre el juego de la competencia, a pesar de la intención de los participantes y debido a circunstancias que le son ajenas, escape a la aplicación del artículo 85; en tal caso me inclinaría a pensar que la tentativa o el simple principio de ejecución bastan para justificar la aplicación del apartado 1 del artículo 85.»

En mi opinión, lo interesante de estos argumentos en el presente caso es que el Abogado General Sr. Mayras esboza una teoría de la tentativa en el marco del concepto de práctica concertada, tal y como se utiliza en el apartado 1 del artículo 85. Dicho esbozo, no obstante, no ha sido aceptado ni por el Tribunal de Justicia ni por sus Abogados Generales y tampoco ha sido comentado en sentencias posteriores.

La Comisión invoca las conclusiones del Abogado General Sr. Reischl en los asuntos Fedetab⁶⁶ en apoyo de su argumentación, rebatida por las demandantes. La Comisión considera que los términos «una disputa de calificación sin importancia», utilizados por el Sr. Reischl, demuestran que su opinión es la misma que la de la Comisión. De hecho, el Sr. Reischl afirmó (p. 3310, primera columna):

«Sin embargo, tengo la impresión de que precisamente esta sentencia (ICI) demuestra claramente que el punto de vista que ahora analizamos constituye una disputa de calificación sin importancia. Y ello, debido a que el procedimiento ha puesto de manifiesto que, en cualquier caso, puede precisamente considerarse como práctica concertada, en

66 — Véase nota 7.

el sentido del apartado 1 del artículo 85, una "coordinación que se exterioriza por el comportamiento de los participantes". En efecto, en modo alguno se discute que las directrices de distribución no solamente fueron elaboradas en común, sino que también han sido y son aplicadas [...] (*traducción provisional*).

Una lectura lógica y coherente de la opinión del Sr. Reischl indica más bien, a mi parecer, que considera que todos los elementos constitutivos de la práctica concertada, tal y como las demandantes la interpretan, se conjugan en el asunto Fedetab, por lo cual, la subsunción dentro del concepto de «práctica concertada» de lo que la Comisión calificó de acuerdo en su Decisión únicamente constituía, llegado el caso, una «disputa de calificación sin importancia». Ciertamente puede discutirse si ello es posible, pero si finalmente se extraen otras conclusiones de estas observaciones, éstas respaldan más bien el punto de vista de las demandantes.

Finalmente, la Comisión alude a las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en los asuntos Pioneer.⁶⁷ No obstante, Sir Gordon Slynn no se pronuncia sobre los elementos constitutivos de una práctica concertada, y aborda únicamente la cuestión del modo en que puede probarse una concertación, a saber, especialmente observando la práctica.

El último en pronunciarse sobre esta cuestión ha sido el Abogado General Sr. Van Gerven en la sentencia de 11 de enero de 1990, Sandoz,⁶⁸ en la cual se afirma, sin otra explicación, que debe haberse acredi-

tado que la circunstancia de que se trate haya tenido por efecto restringir el juego de la competencia, sin que el problema que en la actualidad nos ocupa haya sido abordado; por otra parte, tampoco procedía hacerlo en las circunstancias de aquel asunto.

Para resumir las opiniones antes citadas de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, puede concluirse, en mi opinión, que no corroboran el punto de vista de la Comisión, sino que más bien lo rebaten, dado que los tres Abogados Generales Sres. Gand, Mayras y Reischl, en sus argumentaciones relativas a la concertación, exigen que haya ido seguida de un comportamiento de hecho. No obstante, en el caso del Sr. Mayras, antes citado, este punto de vista se contradice con sus observaciones sobre la posibilidad de reaccionar frente a la tentativa. Pero el Sr. Mayras parece confundir lo que denomina el «comportamiento objetivo» que es «necesario», a saber el «comportamiento de hecho común» de las empresas participantes, con el «efecto real [...] sobre las condiciones de competencia» y habla del «efecto real», que se halla incluido, pero también ocasionalmente del «efecto virtual», que se asimila a la tentativa. Por tanto, el Sr. Mayras parece pensar que sólo la práctica concertada que tiene «por efecto» está claramente incluida y que debe considerarse como tentativa la práctica concertada «que tiene por objeto».

g) La doctrina

En este apartado, que no pretende ser exhaustivo, me referiré a algunos autores cuyas observaciones sobre la cuestión me parece que reflejan muy bien el planteamiento del problema.

67 — Véase nota 8, p. 1929.

68 — C-277/87, Rec. p. I-45 (publicación sumaria).

El comentario probablemente más detallado de las sentencias «sustancias colorantes» es el realizado por el Sr. Joliet,⁶⁹ quien señala, esencialmente, en su artículo que hay que evitar confundir el concepto de práctica concertada con su prueba. El Sr. Joliet propuso una definición de la práctica concertada (pp. 271 y 285) como una comunicación recíproca de intenciones entre competidores, previa a cualquier actuación dentro del mercado, mediante la cual cada una de las empresas afectadas incita a las demás a confiar en que actuará en un sentido determinado reduciendo, de este modo, la incertidumbre que reina en el mercado. En opinión del Sr. Joliet, existe práctica concertada desde el momento en que haya una concertación, es decir, haya sido o no llevada a cabo posteriormente por los participantes en la misma y haya provocado o no efectos contrarios a la competencia, con tal de que hubiera podido provocarlos.

El Sr. J. A. Van Damme⁷⁰ se suma a la opinión del Sr. Joliet indicando que la práctica concertada puede dissociarse de los efectos reales sobre las condiciones del mercado. Se basa en el hecho de que el apartado 1 del artículo 85 contempla también las prácticas concertadas que tienen por objeto falsear la competencia. No obstante, es interesante destacar que el Sr. Van Damme sólo parece realizar la distinción entre, por una parte, los casos en los que únicamente se ha acreditado la concertación y, por otra, los casos en los que se ha demostrado la existencia de una concertación que ha tenido incidencia sobre las condiciones del mercado. La última categoría citada por el Sr. Van Damme es la verdadera concertación que «tiene por efecto» y no solamente «por objeto». Por consiguiente, no distingue el grupo intermedio constituido por la concertación «que

tiene por objeto» y que se lleva a cabo posteriormente, pero sin ser, no obstante, eficaz y, por tanto, sin tener efectos reales sobre la competencia.

Por el contrario, en el manual de los Sres. Schapira, Le Tallec y Blaise⁷¹ se dice que, situándose en el terreno de la interpretación literal, es necesario tener en cuenta el término «práctica», que parece excluir que pueda tratarse de un simple proyecto. Para estos autores, hace falta probar no sólo la concertación, sino también una aplicación práctica de la misma.

El Sr. Goldman⁷² afirma en su comentario sobre los asuntos «sustancias colorantes», cuando aborda la cuestión de la definición de práctica concertada, que dicho concepto puede concebirse, ya sea como un intercambio de consentimientos que, no obstante, los participantes no pretenden que sea jurídicamente obligatorio (o como obligaciones de las que es posible liberarse unilateralmente), ya sea como un régimen en el cual la participación concertada nace de intercambios de información y de consultas entre las empresas pero, en definitiva, es libremente decidida por cada una de ellas. El Sr. Goldman continúa afirmando que en el concepto de práctica concertada pueden incluirse no sólo los gentlemen's agreements y los acuerdos denunciados unilateralmente, sino que también puede admitirse que son «concertadas» las prácticas decididas individualmente, pero tras intercambios de información y de consultas. Por consiguiente, de la descripción del concepto de práctica concertada reali-

69 — Véase nota 56.

70 — *La politique de la concurrence dans la CEE*, 1977, publicación del Institut universitaire international, Luxemburgo, ediciones UGA.

71 — *Droit européen des affaires*, Thémis, Droit 1990, p. 278, Presses Universitaires de France.

72 — *Journal du droit international*, 1973, pp. 925, 938.

zada por el Sr. Goldman se desprende que, en su opinión, la práctica concertada «que tenga por objeto» existe *desde el momento* en que se acredite la concertación, por ejemplo, en forma de consultas e intercambios de información y *desde el momento* en que se traduzca en prácticas, aún cuando éstas hayan sido libremente decididas por cada una de las empresas participantes. Por consiguiente, no es necesario que las prácticas hayan sido decididas en común, a condición de que lo hayan sido tras la concertación. Por consiguiente, según el Sr. Goldman, las «prácticas concertadas» pueden ser tanto completamente distintas como paralelas. La concertación «que tenga por objeto» no es, por tanto, suficiente en sí misma; debe traducirse en prácticas.

En su interpretación de las sentencias «sustancias colorantes», la Sra. Piriou⁷³ (*op. cit.*, p. 53) adopta la tesis según la cual el Tribunal de Justicia insistió sobre el efecto que la concertación produce sobre la competencia. De ello deduce que es necesario que la concertación se traduzca, en concreto, en la eliminación de los riesgos derivados de la competencia. Por tanto, pone en duda la sugerencia del Abogado General Sr. Mayras según la cual el efecto virtual de una práctica concertada, es decir, la tentativa considerada en cuanto tal, podría incluirse en el apartado 1 del artículo 85. La Sra. Piriou llega a la conclusión (p. 58) de que de las sentencias se desprende que, en la medida que el Tribunal de Justicia no ha establecido una exigencia mínima en cuanto al grado de cooperación que puede incluirse en el artículo 85, el intercambio de información sobre precios, por ejemplo, puede entrar en el ámbito de aplicación de dicho artículo, a condición, no obstante, de que la concertación se traduzca en una alteración de la situación de hecho en materia de la competencia. Por tanto, no parece que la Sra. Piriou tenga en cuenta la categoría intermedia, en el marco de la cual se ha llevado a

cabo la concertación, sin alcanzar el éxito y, por tanto, sin que haya producido los efectos deseados. Su descripción parece implicar más bien que descarta en su interpretación la categoría de la concertación «que tenga por objeto» en la medida en que exige que ésta se traduzca en una alteración de la competencia, es decir, que la concertación debe haber tenido efectos.

El Sr. Eric Colmant⁷⁴ sostiene una tesis próxima a la de las demandantes en el presente caso, a saber, que una práctica concertada puede poseer un objeto ilícito sin que tenga tal efecto. Según el Sr. Colmant, ello sucede cuando los efectos del comportamiento de las empresas son insuficientes para distorsionar la competencia, pero son lo suficientemente reveladores como para que se pueda deducir la existencia de una intención de crear tal distorsión. El Sr. Colmant afirma que la existencia de una práctica concertada supone la suma de dos elementos: por una parte, la concertación, elemento intencional, y, por otra, un determinado comportamiento de hecho, elemento material, y entre ambos elementos debe existir una relación.

El Sr. Van Gerven⁷⁵ confiere importancia a la prueba de la distorsión de la competencia derivada de la concertación.

El Sr. Schröter, en Groeben/Boech,⁷⁶ se sitúa, en lo esencial, en la línea de los Sres. Joliet y J. A. van Damme. En concreto, afirma que la prohibición de las prácticas colusorias se aplica desde el momento en

74 — *Revue du Marché commun*, 1973, p. 17.

75 — *Kartellrecht*, 1986.

76 — *Handbuch des Europäischen Rechts*, artículo 85, nº 17 y nº 18, p. 106 y ss.

73 — *Cahiers de droit européen*, 1973, p. 50.

que las empresas participantes se ponen de acuerdo sobre el comportamiento a seguir, es decir, antes incluso de que el comportamiento previsto se traduzca en la práctica.

El Sr. Koch, en Grabitz,⁷⁷ afirma igualmente, sin mayores aclaraciones, que la concertación en cuanto tal puede constituir una infracción del apartado 1 del artículo 85.

Los Sres. Bellamy y Child⁷⁸ consideran igualmente que los contactos entre empresas, que en general adoptan la forma de reuniones, discusiones, intercambios de información, o «sondeos», se integran en el concepto de práctica concertada cuando tienen por objeto modificar los comportamientos en el mercado.

El Sr. Kovar⁷⁹ considera que de las sentencias «sustancias colorantes» se desprende que el Tribunal de Justicia destaca dos elementos de la definición, uno objetivo, el paralelismo del comportamiento, y el otro subjetivo, su carácter intencional.

El Sr. Druesne⁸⁰ considera que la práctica concertada implica dos aspectos, a saber, el comportamiento en sí mismo y la voluntad de actuar en conjunto. Según el Sr. Druesne, un simple intercambio de información puede, no obstante, constituir una práctica concertada, en la medida en

que, al hacer partícipes de sus intenciones a los competidores, las empresas ejercen una influencia en su autonomía de decisión.

El Sr. Deringer⁸¹ se interroga sobre si el apartado 1 del artículo 85 sólo se refiere al comportamiento concertado o si la disposición se refiere más bien a la concertación como tentativa.

Tal y como pone de manifiesto este rápido análisis de una parte de la doctrina desde 1973 hasta nuestros días, existen profundas divergencias en cuanto a la interpretación del concepto de «práctica concertada». Una parte de la doctrina concibe el concepto de tal manera que la propia concertación basta y, por consiguiente, ignora el término «práctica» o considera que la concertación en sí misma constituye una práctica. Otro sector doctrinal y, en especial, la doctrina más reciente, sostiene que debe existir tanto una concertación como una práctica, elementos calificados por algunos como subjetivo y objetivo, respectivamente. No obstante, de la doctrina se desprende claramente que la concertación se considera unánimemente como el elemento central. Existe acuerdo en considerar que una práctica en el mercado que no puede vincularse a una concertación no entra, evidentemente, en el ámbito de aplicación del artículo 85.

Sin embargo, igualmente se desprende del examen de la doctrina que los autores que también exigen la concurrencia de una práctica parecen suponer, en cierta medida, que debe aportarse la prueba de un efecto en el mercado y no solamente la de un comportamiento, a pesar de que éste no haya tenido

77 — *Kommentar zum EWG-Vertrag*, artículo 85, n° 28, p. 10.

78 — *Common Market Law of Competition*, tercera edición 1987, apartado 2-040, p. 60.

79 — *Clunet*, 1977, p. 219.

80 — *Droit matériel et politiques de la Communauté européenne*, 1986, p. 163.

81 — *Das Wettbewerbsrecht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, artículo 85, n° 23, p. 799.

consecuencias reales para la competencia. Por consiguiente, considero que el examen de la doctrina no corrobora de manera clara o más concluyente ni la interpretación del concepto de práctica concertada defendida por la Comisión ni la propuesta por las demandantes.

h) El punto de partida de la interpretación

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 85, éste contiene exactamente los mismos elementos tanto en lo que se refiere a la práctica concertada como al acuerdo, a saber, prohíbe al mismo tiempo la práctica concertada que tenga *por objeto* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia y la práctica concertada que tenga tales *efectos*. Por ello, tanto de la interpretación literal como de una interpretación gramatical, se desprende claramente que puede establecerse una categoría específica, la de prácticas concertadas que tengan un objeto (ilícito).

Si se exige, tal y como hace una parte de la doctrina y —parece— de los Abogados Generales, que conforme a la redacción del artículo 85 exista, aparte de la concertación, la prueba de una práctica que presente un vínculo de causalidad con ésta, se plantea el problema de qué elementos deben constituir dicha «práctica» en el caso de una práctica concertada que «tenga por objeto». El hecho de que una práctica, en su caso acreditada, haya tenido efectos concretos sobre la competencia, no posee importancia a este respecto. Por otra parte, en el presente caso, la Comisión experimenta algunas dificultades para explicar en qué consiste el ele-

mento tipificado en la disposición que se califica de práctica, dado que una concertación que tenga por objeto restringir la competencia constituye en sí misma, en opinión de la Comisión, una práctica concertada.

Como intentaré demostrar más adelante, el problema puede probablemente reducirse a la cuestión de a partir de qué momento se produce la infracción. Como veremos, considero que lo único que puede decirse es que el momento situado en el curso de los acontecimientos a partir del cual puede considerarse que la infracción calificada de *práctica concertada cuyo objeto es ilícito* se produce es posterior al momento correspondiente en lo relativo a los *acuerdos cuyo objeto es ilícito*.

i) ¿Supone la «práctica concertada» un comportamiento en el mercado?

Como se desprende de los apartados d) y e), considero que ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ni las conclusiones de los diferentes Abogados Generales citados proporcionan elementos que corroboren el punto de vista de la Comisión y que ésta no puede tampoco basarse de manera clara e inequívoca en la doctrina.

El tenor literal y el contexto histórico del artículo 85⁸² no abogan tampoco en favor de la tesis según la cual puede considerarse

82 — Véase el apartado d) anterior.

existente la práctica concertada siempre que, y por el hecho de que, se intercambien informaciones relativas a la competencia o se realice la concertación por otros medios.

Si se examina la jurisprudencia existente en la actualidad, antes citada en el apartado e), se comprueba que los asuntos han sido considerados desde el punto de vista del mercado. Hasta aquí se trataba de dirimir la cuestión de si un comportamiento de hecho en el mercado y los elementos de prueba —a menudo débiles— existentes permitían acreditar que el comportamiento observado en el mercado se explicaba por una concertación entre las empresas afectadas. También resulta claro que si el mercado se comporta de manera difícilmente explicable, cuando se han celebrado una o varias reuniones entre empresas normalmente competidoras, cuando se han enviado numerosos télex o similares conteniendo, por ejemplo, instrucciones sobre precios, generalmente existirán sólidos fundamentos para pensar que no todo lo ocurrido es correcto, a pesar de que no existan pruebas directas concluyentes.

Cuando se considera una situación desde el punto de vista del mercado, es evidente que los *comportamientos sorprendentemente parecidos* en el mercado son los que normalmente despiertan las sospechas de la Comisión. No obstante, también puede considerarse que una práctica concertada consiste en un entendimiento mutuo entre las empresas participantes para que A haga X (por ejemplo, aplicar un determinado precio), mientras que B, C, D y E harán Y (por ejemplo, aplicar un determinado precio me-

nos 5 Pfennig). También existe práctica concertada en este caso. Si, a efectos de la presente exposición, dejamos de lado el hecho de que unas prácticas colusorias tan sofisticadas difícilmente pueden llevarse a cabo sin algo que puede perfectamente caracterizarse como un acuerdo y si suponemos que A hará a, que B hará b, C hará c, etc., sigue siendo totalmente indiscutible que tal concertación puede resultar particularmente difícil de probar, a menos que hayan podido reunirse otras pruebas que indiquen con suficiente claridad lo ocurrido. A pesar de ello, existe evidentemente una práctica concertada que no se exterioriza sólo mediante comportamientos uniformes y paralelos.

Cuando nos enfrentamos a un mercado que se comporta de manera extraña y en el que existen diferentes indicios de una concertación ilegal, han de coincidir, evidentemente, los distintos factores. Si, por otra parte, el mercado aplica, de manera inexplicable, un precio que equivale al precio «real» del mercado más 15 %, no resulta demasiado útil desde el punto de vista probatorio poseer un télex que menciona el precio «real» menos 15 % o, por ejemplo, el precio «real» más 150 %. Es necesario comprobar la existencia de una relación entre las pruebas; el comportamiento del mercado debe conducir, a través de elementos probatorios convergentes, a una presunción cierta de que ha existido concertación y cómo se ha llevado a cabo.

Pero, ¿qué ocurre si nos situamos al otro lado? ¿Qué ocurre si se tiene conocimiento de una «concertación», pero los demás factores son algo más equívocos? ¿Basta, como afirma la Comisión, con que se pruebe la concertación, es decir, que la consulta o el

intercambio de información son suficientes? O, en otras palabras, ¿la concertación *constituye* en sí misma una práctica concertada?

Como se ha expuesto anteriormente, no existen muchos elementos que corroboren tal interpretación del concepto de «práctica concertada». Podría resultar políticamente deseable adaptar el Derecho en este sentido,⁸³ pero esta interpretación es difícilmente conciliable con el tenor literal de la disposición y tampoco puede basarse en el contexto en el que se inscribe la misma. Por consiguiente, considero que procede descartar tal interpretación.

Podríamos, no obstante, preguntarnos cuáles son las consecuencias de una concertación entre empresas. ¿Por qué la concertación es un elemento tan esencial que el Tribunal de Justicia interpreta el artículo 85 en el sentido de que «cualquier toma de contacto, directa o indirecta, entre tales operadores, que tenga por objeto o por efecto, ya sea influir sobre el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial [...]» está categóricamente prohibida, tal y como ha afirmado por última vez en los asuntos «azúcar» y Züchner, antes citados? En mi opinión, ello se debe a que necesariamente y, por lo general, inevitablemente, tales empresas actuarán a continuación en el mercado, teniendo en cuenta lo que han averiguado y la discusión que ha tenido lugar en el marco de la concertación. Han obtenido información sobre las reflexiones de

los demás; saben que las otras empresas disponen ahora de ciertas informaciones en cuanto a su propia situación y saben, más o menos, lo que puede esperarse o, en cualquier caso, lo que cabría esperar de las demás tras las conversaciones celebradas. En especial, negocian con sus clientes y adaptan su producción disponiendo de otra fuente de información y con otros conocimientos que si únicamente hubieran podido confiar en su propia experiencia, su conocimiento general del mercado y su percepción concreta de éste.

Por consiguiente, considero que puede afirmarse que, en principio, la concertación se traducirá automáticamente en comportamientos posteriores en el mercado que vendrán determinados por ella, ya adopten las empresas una u otra acción en lo que respecta a su política de mercado, es decir, independientemente de que se comporten a continuación en el mercado de manera más o menos uniforme. En mi opinión, lo mismo ocurrirá en el caso de una concertación que adopte la forma de un intercambio de informaciones relativas a la competencia, tales como los precios actuales o previstos, sin más coordinación entre las empresas, es decir, en el entendimiento de que se supone que las empresas reaccionarán racionalmente en relación con su propia situación y con la situación de las demás participantes. En efecto, en tal caso, las empresas también se hallan en situación de apreciar con más exactitud la situación del mercado y de actuar en consecuencia. En cualquier caso, al igual que todo lo demás, el intercambio de información engendrará un riesgo importante de que las condiciones del mercado sean diferentes de lo que de otro modo hu-

83 — Véase Lübbert, Hans-Dieter: *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, p. 90 y nota 51.

bieran sido. Ni que decir tiene que, en general, no será posible en tal caso demostrar una relación de causalidad concreta entre las actuaciones (práctica) y la concertación (intercambio de información con un objetivo ilícito).

Conforme al apartado 1 del artículo 85, *todas* las prácticas concertadas están prohibidas. Esta parte del precepto posee, por consiguiente, el carácter de una disposición omnicomprendensiva,⁸⁴ que, formulada ampliamente, contempla todas las formas de cooperación entre empresas contrarias a la competencia que no se incluyen en el concepto de acuerdo. La afirmación del Tribunal de Justicia, antes citada en el apartado e):

«[...] una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas»,

debe interpretarse de la misma manera.

En este contexto, considero que si se demuestra que la concertación ha tenido un objeto ilícito y si, como he expuesto anteriormente, puede partirse de la idea de que las empresas actuaron posteriormente conforme a dicha concertación, a pesar de que la Comisión no haya aportado la prueba de actuaciones concretas (una práctica), puede afirmarse que existe una práctica concertada cuyo objeto es ilícito y que está compren-

didada dentro del ámbito de aplicación del artículo 85. Cuando las empresas actúan teniendo a su disposición mayor información y expectativas, más o menos justificadas, en cuanto al comportamiento de las demás de lo que normalmente habrían debido tener o habrían tenido, existe siempre un riesgo evidente de que la competencia sea menos intensa que en circunstancias normales. Este riesgo es aún mayor cuando las condiciones del mercado son tales que si el juego de la competencia fuera del todo libre, podría producirse una importante caída de los precios. En la medida en que, como he dicho anteriormente en el apartado 2, un acuerdo cuyo objeto sea ilícito, en el sentido del artículo 85, constituye un «abstraktes Gefährdungsdelikt», no veo ningún impedimento para que se interprete de manera similar la infracción, totalmente paralela a este respecto, que ha sido calificada de práctica concertada cuyo objeto es ilícito. Las infracciones son exactamente de la misma naturaleza. En el caso de la práctica concertada, es necesario que exista, y existirá, aparte de la concertación, un comportamiento de hecho posterior que tenga una relación con la concertación. Nada parecido se exige en el caso del acuerdo. Pero lo que es esencial en ambas infracciones es que los operadores ya no determinen de manera independiente la política que van a seguir y que de ello se derive un riesgo importante de crear condiciones de competencia que no correspondan a las condiciones normales del mercado de que se trate.

Por consiguiente, contrariamente a lo que se desprende de la tesis de la Comisión, considero que es necesario exigir que el comportamiento se haya adaptado en función de los conocimientos y de la percepción derivada de la concertación. La diferencia reside, en primer lugar, en el hecho de que, si no ha existido acción alguna, no hay infracción. Si, por ejemplo, se produce una retirada del mercado inmediatamente posterior a la con-

84 — Véase Schröter en Groeben/Boeckh, *op. cit.*, n.º 13, p. 103.

certación, debida a razones externas sin ninguna relación con ésta, por ejemplo, la destrucción de las instalaciones de producción, no puede aplicarse el artículo 85. Por el contrario, no ocurrirá lo mismo si puede aportarse la prueba de un acuerdo cuyo objeto sea ilícito. Por otra parte, el punto de vista que he sostenido implica en todo caso que, teóricamente, sigue siendo posible demostrar que la práctica seguida no ha sido objeto de concertación, lo que significa que, llegado el caso, puede probarse que se ha prescindido de los vínculos y de los conocimientos derivados de la concertación. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de la transmisión de una empresa en la que la nueva dirección podría intentar poner orden o, simplemente, cuando ignora que ha existido una concertación previa. En el marco de un proceso continuo, como lo fue aquél en el que se llevaron a cabo las prácticas colusorias alegadas en los asuntos «poli-propileno», es evidente que en la práctica puede resultar difícil convencer de que se ha cambiado de rumbo tras una concertación y antes de haber utilizado los conocimientos adquiridos gracias a las reuniones.

Es evidente que, en lo que se refiere a las consecuencias de orden práctico, normalmente no existirán grandes diferencias entre el punto de vista de la Comisión y la interpretación del concepto de práctica concertada que aquí defiendo. Si se parte de la idea de que una concertación poseerá, y deberá poseer, un tipo de efecto automático, será suficiente, en general, aportar la prueba de la concertación y de que los comportamientos posteriores en el mercado han sido adaptados en función de los conocimientos derivados de la concertación. Por tanto, la Comisión no tiene necesidad de probar, en concreto, los comportamientos precisos que

serían consecuencia de la misma. En lo que respecta a las empresas, de lo que acabo de exponer se desprende que, en realidad, les corresponde a ellas la carga de la prueba o, en cualquier caso, una obligación muy amplia de proporcionar información, para que se pueda considerar probado que las informaciones extraídas de la concertación no han sido utilizadas al determinar la política de la empresa. También es necesario destacar, a este respecto, que las demandantes admitieron durante las vistas que las informaciones obtenidas en las reuniones eran útiles.

Opino que aunque, tal y como he expuesto, la interpretación del concepto de práctica concertada que propongo no se basa directa ni expresamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se halla en armonía con esta última o se sitúa en la misma línea. Mi interpretación del concepto refleja, de hecho, la opinión de una gran parte de la doctrina y, en especial, se ajusta al tenor literal de la disposición. Ha de destacarse, a este respecto, que no se trata de una interpretación extensiva de esta disposición que, debido a su naturaleza cuasipenal, sería difícilmente conciliable con las consideraciones de seguridad jurídica generalmente aceptadas, tal y como el Tribunal de Justicia también indicó en la sentencia Parke, Davis and Co.⁸⁵ Finalmente, hay que señalar que la interpretación propuesta permite asimismo no privar a la disposición de su eficacia, lo que ocurriría en el marco de la interpretación que las demandantes han pretendido presentar ante el Tribunal de Primera Instancia como correcta.

85 — Véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de febrero de 1968, Parke, Davis and Co./Probel, Reese, Beintema-Interpharm y Centrafarm (24/67, Rec. p. 81).

j) La estructura de ambas formas de infracción

Las demandantes han sostenido en sus escritos que la Comisión habría debido distinguir entre el «acuerdo» y la «práctica concertada», puesto que estas dos formas de infracción son de naturaleza distinta y, en concreto, el objeto de la prueba es diferente.

He explicado anteriormente, en la parte consagrada a los aspectos formales del problema de la interpretación del artículo 85, qué importancia tiene esta cuestión. No obstante, si se acepta la conclusión a la que he llegado, considero que el paralelismo entre la estructura de ambos tipos de infracción es, en realidad, tan grande que no es necesario proceder a la distinción en una situación como la del presente caso.

En lo que respecta a los acuerdos, el litigio versa fundamentalmente sobre la prueba de dos hechos. Se trata de saber, por una parte, si los acuerdos (que han tenido por objeto, etc.) han sido celebrados y, por otra, si éstos han tenido efectos, tal y como mantiene la Comisión. Los propios efectos deben ser objeto de prueba para saber, por una parte, en qué medida se ha infringido el artículo 85, dado que los acuerdos han tenido tales efectos y, por otra parte, con carácter subsidiario, para demostrar en su caso que los hechos son menos graves debido a que las prácticas colusorias hayan tenido menos o ningún efecto concreto contrario a la competencia. No obstante, la cuestión de los efectos posee también importancia como prueba, o más bien como prueba contraria, respecto de la existencia misma de los acuerdos. Una de las tesis de las demandan-

tes consiste en afirmar que lo que parece un acuerdo no lo es si no posee los efectos perseguidos. Por otra parte, la prueba relativa a la existencia de los acuerdos se presenta también conforme a otros criterios o, en cualquier caso, se pretende atacar verbalmente la alegación de la Comisión sobre su existencia.

En mi opinión, esta cuestión también permite, de modo paralelo, aportar la prueba o, en cualquier caso, desarrollar una argumentación relativa a la existencia de la concertación mediante el examen de las pruebas escritas existentes, de los fundamentos de Derecho, etc., sin tener en cuenta el mercado. En la medida en que, como así lo creo, lo importante en ambos casos es el «objeto», en cuanto elemento autónomo de una categoría de infracciones, en la que únicamente difiere el momento en el que se comete la infracción, considero que no puede decirse que la naturaleza de las infracciones sea tan distinta que resulte necesario realizar la distinción.

Por consiguiente, a pesar de que no puedo compartir la opinión de la Comisión en lo que respecta al concepto de práctica concertada, estoy de acuerdo en afirmar que ambos conceptos, interpretados de la manera que considero correcta, poseen estructuras tan paralelas que no es necesario realizar la distinción, al menos en el presente caso. Por ello, cuando examine las pruebas, no definiré expresamente mi postura en cada ocasión sobre la cuestión de si tal o cual aspecto del comportamiento de las empresas puede calificarse de acuerdo en el sentido del apartado 1 del artículo 85, o si se trata de una práctica concertada.

4. *¿Es posible elaborar una teoría de la tentativa en el marco del artículo 85?*

Como se indicará más adelante, el concepto de práctica concertada debe interpretarse en el sentido de que sólo puede considerarse cometida la infracción, en lo que respecta a esta parte del artículo 85, cuando se produce un comportamiento en el mercado; ya he señalado en qué se distingue esta tesis de la de la Comisión. Por consiguiente, en mi opinión, existe infracción desde el momento en que se puede probar que se ha producido una concertación cuyo objeto es impedir, restringir o falsear el juego de la competencia y que las empresas han actuado posteriormente en el mercado, lo que, en principio, tal y como he expuesto anteriormente, debe considerarse como una consecuencia de la concertación cuando las empresas continúen comercializando el producto o los productos de que se trate tras la concertación. Alternativamente, se produce la infracción cuando una concertación, cuyo objeto no fuera quizá contrario a la competencia, haya tenido por efecto restringir la competencia y cuando las empresas sabían, o habrían debido saber, que tal efecto se produciría.

Si el Tribunal de Primera Instancia se adhiere a este punto de vista, considero que, en la práctica, casi no es necesario intentar determinar si la tentativa puede reprimirse en el ámbito del artículo 85. Por el contrario, parece que la redacción de la Decisión de la Comisión exige un examen de la cuestión de si puede afirmarse que la tentativa es punible, en especial, en lo que respecta a la práctica concertada.

El artículo 85 supone, por una parte, un «abstraktes Gefährungsdelikt», es decir, un acuerdo cuyo objeto es ilícito, y dos delitos

materiales, es decir, los acuerdos y las prácticas concertadas y los efectos que producen. En el marco de la interpretación realizada anteriormente, la práctica concertada/objeto se halla en una posición intermedia.

En lo que respecta al delito acuerdo/objeto, resulta claro que la infracción del artículo 85 se produce cuando el acuerdo se celebra. En lo que se refiere al delito acuerdo/efecto, éste se produce cuando aparecen los efectos del acuerdo contrarios a la competencia (independientemente de su objeto).

Sin duda, influido por el contenido exacto de lo que ha denominado el aspecto «objetivo» de la práctica concertada, el Abogado General Sr. Mayras se preguntó, en los asuntos de los colorantes,⁸⁶ como ya hemos dicho, en qué medida una práctica concertada podía encuadrarse en el ámbito de aplicación del artículo 85, desde la fase de la tentativa, es decir, antes de cualquier comportamiento en el mercado. Su opinión se ha reproducido más arriba en la página II-933.

Si analizamos el delito acuerdo/objeto, opino que de la redacción del artículo 85 se desprende claramente que no se ha pretendido englobar en este concepto la situación en la cual la Comisión logre, por ejemplo, irrumpir en las negociaciones de las empresas antes de la celebración de un acuerdo. Lo mismo ocurre, según el tenor del artículo 85, en lo que respecta a la práctica concertada. Además, elementales consideraciones de seguridad jurídica se oponen a que se intente crear, sin fundamento jurídico expreso, un concepto de tentativa fuera del artículo 85, lo que ampliaría en realidad el

86 — Rec. 1972, p. 693.

ámbito de aplicación de esta norma. Por otra parte, ni la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia ni la doctrina corroboran la afirmación según la cual la tentativa de comisión de las infracciones contempladas en el artículo 85 es ilegal.

Por consiguiente, considero que dentro del marco del artículo 85 no puede elaborarse un concepto autónomo de tentativa. Además, la disposición posee un ámbito de aplicación tan amplio, en el contexto de la interpretación del concepto de acuerdo y de práctica concertada elaborada por el Tribunal de Justicia y de la interpretación de la práctica concertada que he propuesto, que, sin duda, no será realmente necesario, en la práctica, reprimir también la tentativa mediante una multa.

5. *¿Constituye objetivamente el comportamiento de las empresas un medio inadecuado?*

Durante la vista, el Profesor Albach concluyó una de sus intervenciones declarando que su punto de vista personal consistía en que, probablemente, todos los proyectos que las empresas habían intentado llevar a cabo habían tenido fundamentalmente como consecuencia un efecto placebo sobre los comerciantes nerviosos. En concreto, explicó que un acuerdo en materia de precios puede constituir una estrategia eficaz en un oligopolio, cuando el precio de venta no cubre los costes. Pero, prosiguió, la teoría y la práctica demuestran que su aplicación es difícil en un mercado en el que actúan diecisiete productores y prácticamente imposible durante un período de exceso de capacidad importante. A continuación, describió los análisis que le llevaron a la conclusión de que no podía considerarse que los precios denominados «objetivo» tuvieran efectos de importancia alguna en dicho mercado fuertemente competitivo. Por otra parte, las demandantes intentaron probar que las instrucciones enviadas en materia de precios no

estaban relacionadas con los precios objetivo discutidos en las reuniones y que, en cualquier caso, los precios efectivamente aplicados no se correspondían con los primeros. Además, se han aportado pruebas, por ejemplo el informe del profesor Budd, según las cuales el comportamiento de las demandantes no sólo no tuvo incidencia alguna en el mercado, sino que no podía tenerla, puesto que podía considerarse que el mercado era insensible a las tentativas que —como supongo en este contexto— las empresas realizaron.

Ello ha dado lugar, en especial, a una exposición de los argumentos relativos al contenido exacto del concepto de «objeto» que figura en el apartado 1 del artículo 85.

De este modo, se ha mantenido (ICI) que sólo la redacción de la disposición basta para demostrar que lo importante para zanjar el litigio es la finalidad objetiva del acuerdo o de la práctica concertada y no las intenciones subjetivas de los participantes en las reuniones. La demandante sostiene, a este respecto, que el objeto de los compromisos debe valorarse teniendo en cuenta el contexto económico real en el cual se inserta y alude asimismo a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia el 30 de junio de 1966⁸⁷ y el 9 de julio de 1969.⁸⁸ Según la demandante, de ellas se desprende que la valoración de un compromiso no puede dissociarse de sus incidencias concretas sobre la competencia, aún cuando el examen sólo se refiera al objeto del acuerdo o de la práctica concertada. En su opinión, para probar que el objeto de un compromiso era restringir el juego de la competencia, la Comisión debería demostrar que era

87 — Société technique minière/Maschinenbau Ulm (56/65, Rec. p. 337).

88 — Völk/Vervaecke (5/69, Rec. p. 295).

suficientemente probable que dicho objeto pudiera cumplirse. Afirmando haber demostrado que las prácticas colusorias alegadas no habían tenido, y no podían tener, incidencia en el mercado, ICI sostuvo a continuación que la Comisión no había acreditado que su objeto fuera restringir el juego de la competencia. La Comisión respondió que de las sentencias citadas no puede deducirse que un acuerdo, o un compromiso, deba haber tenido un efecto real para que puedan extraerse conclusiones relativas al objeto del acuerdo o del compromiso. Finalmente, la Comisión sostuvo que había demostrado que las prácticas colusorias tenían un efecto, tanto potencial como real, más importante de lo que exige la jurisprudencia antes citada.

Por tanto, según la argumentación de la demandante, el comportamiento seguido no genera responsabilidad alguna cuando se demuestra, tal y como afirma la demandante, que, se hiciera lo que se hiciera, no era posible influir en el mercado. Si el comportamiento no podía producir efecto alguno en las circunstancias del caso, tampoco podía tener por objeto restringir el juego de la competencia en el sentido del artículo 85.

Si, a efectos de la exposición, partimos del supuesto de que el mercado no se ha visto, de hecho, afectado, queda por preguntarse qué juicio merece la intención indiscutible de infringir las normas en materia de la competencia.

Es difícil encontrar en la jurisprudencia antes citada, o en las demás sentencias del Tribunal de Justicia, elementos que corroboren la tesis mantenida por la demandante.

En el asunto Völk/Vervaecke, antes citado, se trataba de si un acuerdo que, por su naturaleza, estaba incurso en la prohibición del apartado 1 del artículo 85 podía, no obstante, escapar a dicha prohibición por causas concretas. El Tribunal de Justicia comenzó afirmando que un acuerdo sólo podía estar incluido en la disposición si se podía prever, con un grado de probabilidad suficiente, que podía ejercer una influencia desfavorable sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros y si tenía por objeto o por efecto perjudicar la competencia. Estos requisitos —prosigue el Tribunal de Justicia— deben interpretarse en relación con el marco en el que se sitúa el acuerdo y, a continuación, termina afirmando que un acuerdo de exclusividad puede escapar a la prohibición del apartado 1 del artículo 85 cuando sólo afecta al mercado de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan las partes en dicho mercado. Las empresas de que se trataba en este asunto sólo poseían una modesta cuota de mercado.

En el presente caso, no se trata de empresas de escasa importancia con una modesta cuota de mercado y en el que el riesgo de incidencia real en el mercado sea insignificante. Se trata, por el contrario, de las mayores empresas petroquímicas de Europa que, en su conjunto, cubren la casi totalidad del mercado. Las circunstancias del asunto Völk/Vervaecke eran, por tanto, muy distintas de las del presente caso y, por consiguiente, esta sentencia no puede prejuzgar la resolución que se adopte sobre este punto.

Asimismo, resulta difícil establecer la relación entre la situación de las demandantes y la que contempla la sentencia Société technique minière/Maschinenbau Ulm. El Tribunal de Justicia afirma que es necesario considerar el objeto del acuerdo, habida

cuenta del contexto económico en el cual debe aplicarse, y que la incidencia sobre la competencia debe derivarse de la totalidad o de parte de las cláusulas del propio acuerdo. También se trataba, en aquel caso, de un acuerdo de concesión exclusiva.

Según la concepción tradicional y, en concreto, la concepción subyacente en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 85, los acuerdos en materia de precios y de producción son perjudiciales para la competencia. Pero, ¿qué ocurriría si resultara que los acuerdos en materia de precios no pudieran normalmente utilizarse para obstaculizar el libre juego de las fuerzas del mercado, o si en este asunto fuera concretamente imposible? ¿Qué hacer si, por tanto, los acuerdos en materia de precios no son o no fueran, de manera general o en el presente caso, medios eficaces?

Si fuera así, habría sin duda que plantear algunas cuestiones fundamentales en materia de Derecho de la competencia. Un demandante que pretenda zanjar la cuestión con tales argumentos, que parecen constituir verdaderas y considerables innovaciones en el ámbito del Derecho de la competencia, deberá no obstante aportar elementos de prueba especialmente convincentes que corroboren sus ideas.

En mi opinión debería exigirse, en cualquier caso, que se pudiera demostrar que la doctrina económica es unánime sobre el hecho de que los medios que se intentaran aplicar no pudieran afectar al mercado; nada parecido se ha demostrado en el presente caso. En mi opinión, como máximo, puede deducirse de los argumentos del profesor Albach que los participantes apenas podían ejercer una influencia significativa sobre el mercado, dadas las condiciones de este último. Los demás documentos aportados tampoco

corroboran especialmente esta afirmación y, en cualquier caso, no se han presentado documentos que —sin haber sido aportados en esta ocasión— proporcionen una respuesta general a esta cuestión.

En este contexto, considero que los argumentos de la demandante (ICI) sobre la interpretación denominada «objetiva» del concepto de objeto en lo relativo a las prácticas concertadas deben rechazarse en el presente caso, aunque sólo sea porque el requisito fundamental, consistente en que el medio sea objetivamente ineficaz, no puede considerarse cumplido.

6. *¿Existe un acuerdo y una práctica concertada?*

Por otra parte, las demandantes se han opuesto a que el conjunto de acontecimientos que se produjeron entre 1977 y 1983 se califique de acuerdo y de práctica concertada o de acuerdo-marco, término que ha sido vigorosamente rebatido por algunas de las demandantes.

Es difícil entender por qué la calificación, en cuanto tal, puede poseer una importancia tan crucial en el contexto del presente caso. Por tanto, considero que no es determinante calificar, en su caso, lo ocurrido de infracción continuada o saber si es más justo utilizar los términos de acuerdo y de práctica concertada.

Ciertamente, si se tiene en cuenta el significado original y corriente del término «acuerdo», sin duda se fuerza algo el sentido de la expresión si se aplica, por ejem-

plo, a una serie de reuniones en el curso de las cuales, a lo largo de los años, se han discutido y decidido, adoptado, modificado, abandonado o retrasado planes.

De igual modo, también sería lógico suprimir la calificación de infracción continuada de los hechos ocurridos. Si, como afirma la Comisión, los representantes de determinado número de empresas, que estaban al tanto de los problemas comunes, se pusieron de acuerdo para discutir las medidas que podían adoptarse para evitar una guerra de precios devastadora y si se acordó, en dicha ocasión, encontrarse a intervalos regulares, idea que posteriormente se materializó transformándose en un sistema completamente desarrollado, destinado a remediar las evidentes dificultades que implicaba lograr que funcionaran unas prácticas colusorias en materia de precios entre diecisiete empresas, en un mercado caracterizado por un importante exceso de capacidad, no veo obstáculo alguno en que ello se califique de acuerdo y de práctica concertada.

No obstante, las demandantes afirman que el concepto de acuerdo-marco es un subterfugio destinado a disimular las lagunas en materia de prueba de la Comisión. No creo que ello sea así. No obstante, hay que reconocer que debe estarse particularmente atento, cuando el concepto de «un acuerdo» sólo se ha extraído de un gran número de elementos probatorios, para no deducir de dicho concepto algo que no figuraba anteriormente en el mismo.

Tal y como algunas empresas han expuesto la cuestión, puede resultar necesario señalar que puede considerarse el «acuerdo-marco» como un concepto colectivo, lo que también parece hacer la Comisión, especialmente en

el apartado 81 de la Decisión. Pero hay que reconocer que a las observaciones realizadas por la Comisión a este respecto en la Decisión les falta algo de claridad. Ciertamente, se ha demostrado que no existía ningún acuerdo previo para adoptar las medidas que, quizá, no fueron puestas en práctica sino años más tarde. Por consiguiente, me sumo en este punto a la teoría del «plano inclinado», que fue expuesta durante la vista.

La Comisión ha impuesto una multa a los participantes debido a cierto número de medidas de apoyo y de iniciativas sobre precios y otras cuestiones, y sobre ello debemos pronunciarnos, independientemente del hecho de que se califique, a efectos de la descripción, de «un acuerdo y una práctica concertada». Por tanto, como instrumento para suministrar una descripción completa de lo ocurrido, el concepto de «un acuerdo y una práctica concertada» es satisfactorio, pero dichos conceptos no pueden utilizarse para enmascarar los puntos débiles de la argumentación.

Por consiguiente, si desde el punto de vista de la infracción continuada puede afirmarse la existencia de un vacío desde mediados de 1978 hasta el otoño de 1979, lo mismo puede decirse del acuerdo-marco, que, por tanto, ya no constituye un acuerdo, sino dos, con los posibles problemas de prescripción que ello puede implicar.

Por consiguiente, opino que la argumentación de las demandantes sobre este punto no puede justificar en sí misma una anulación de la Decisión, pero hay que verificar que la Comisión puede probar sus alegaciones y que su propia descripción de todo lo ocurrido no la ha impulsado a deducir de ella hechos de los que no existe prueba alguna.

7. *¿Responsabilidad colectiva en virtud del apartado 1 del artículo 85?*

En el presente caso, se ha producido un debate, muy vehemente a veces, sobre en qué medida la Comisión ha atribuido en su Decisión una responsabilidad colectiva a las empresas, es decir, si una o varias empresas han sido declaradas responsables de algo que otras han hecho, pero en lo cual ellas ni siquiera han participado. El problema está estrechamente ligado a la descripción de la infracción del artículo 1 de la Decisión. Las demandantes ven en el hecho de que la Comisión haya descrito la infracción como «un acuerdo y una práctica concertada», el riesgo de que se les declare responsables de todos los elementos de la infracción, tal y como se describen en las letras a) a e) del artículo 1 de la Decisión, a pesar de que se admitiera que no participaron en uno o varios de estos elementos.

Tal y como se desprende de mis observaciones en el párrafo anterior, considero que no existe fundamento para afirmar que fuera concebible la existencia de un acuerdo fundamental previo sobre la casi totalidad de los aspectos de lo que se supone ocurrió después. Por otra parte, así lo admitió la Comisión durante las vistas al afirmar que en la Decisión no se decía nada por el estilo. Por tanto, aunque solo sea por esta razón, no puede atribuirse a las distintas demandantes la responsabilidad de todas las acciones emprendidas por todos los participantes en las prácticas colusorias, aún cuando se acreditara que participaron en las mismas durante un período concreto.

No obstante, hay que reconocer que, en varias ocasiones, la Comisión se expresó de tal manera en la Decisión que podría pensarse que simplemente pretendió considerar a todas las empresas como responsables de todas las prácticas colusorias llevadas a cabo durante el período en el cual participaron en las mismas. De este modo, en el párrafo segundo del apartado 83 de la Decisión se lee lo siguiente:

«La esencia de este asunto reside en la asociación de los productores durante un plazo de tiempo considerable para un objetivo común, y cada participante debe asumir las responsabilidades que le incumben por su papel directo, pero también en la ejecución del acuerdo en su conjunto. El grado de participación de cada productor no se fija pues en función del período en que ocurre que se dispone de sus instrucciones en materia de precios, sino para todo el período durante el cual se adhirió a la iniciativa común.»

En su escrito de contestación en el asunto BASF, por ejemplo, la Comisión afirma esencialmente a este respecto:

«Es necesario añadir, con carácter complementario, que las infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE se encuentran entre aquellas que sólo pueden ser cometidas por varias partes actuando de acuerdo. Por consiguiente, la contribución de cada una de las partes a la infracción de las demás participantes en las prácticas colusorias debe necesariamente imputársele en cuanto comportamiento propio, dado que la infracción reside precisamente en esta acción conjunta. Ello no excluye que las diversas partes se sumen a las prácticas colusorias en diferentes momentos [...]»

Mientras que, a pesar de no decir gran cosa, estas últimas palabras de la Comisión aciertan plenamente, el párrafo segundo del apartado 83 de la Decisión puede prestarse a confusión.

Pero la verdadera descripción de la infracción en la Decisión figura, como he dicho, en el artículo 1 de dicho texto, en cuyos términos la infracción reside en el hecho de haber participado en «un acuerdo y una práctica concertada», constituidos por un determinado número de elementos. El hecho mismo de que se designe la infracción mediante los términos de «participación» en un acuerdo, es decir, en unas prácticas colusorias tales como las definidas en la Decisión como un «acuerdo», no parece que deba suscitar objeciones. Alegar que una empresa ha sido parte en un acuerdo o ha participado en una práctica concertada constituye una descripción correcta en sí misma de la infracción.

Por el contrario, cuando la Comisión afirma en el párrafo segundo del apartado 83 que cada participante debe asumir la responsabilidad derivada, no sólo de su contribución, sino también de la ejecución del acuerdo en su conjunto, hace alusión a una responsabilidad que excede de las acciones en las cuales la propia empresa ha participado y es ahí donde se sitúa el problema. No obstante, hay que añadir que la Comisión precisa en el mismo apartado de la Decisión que la responsabilidad en que incurre el participante por el hecho de su participación en las prácticas colusorias sólo se refiere al período durante el cual tomó parte en las prácticas colusorias.

Naturalmente, es cierto que, como la Comisión afirma en su escrito de contestación en el asunto BASF, las infracciones del artículo

85 son colectivas, en el sentido de que al menos dos empresas deben cooperar para cometer la infracción y que la contribución de una a las infracciones de la otra es una consecuencia necesaria y lógica del carácter colectivo de la infracción. Por el contrario, si el requisito básico consiste en que se haya celebrado un acuerdo o se haya participado en una práctica concertada, no creo que pueda imputarse la responsabilidad de infracciones cometidas por las demás de manera que exceda de la propia participación. Por tanto, no es cierto, contrariamente a lo que parece sugerir la Comisión, que se pueda imputar a cada empresa más de lo que se deriva de su propia participación.

No obstante, tras las abundantes discusiones sobre la cuestión de la responsabilidad colectiva en el marco de este proceso, es necesario comenzar precisando lo que *no* puede ser calificado de responsabilidad colectiva, aun cuando así lo crean quizá algunas demandantes.

Si se contempla la manera en que probablemente funcionaron las supuestas prácticas colusorias en la realidad, se comprenderá fácilmente que aún resulte más difícil determinar en detalle la participación de cada empresa. ¿Quién tuvo la idea, quién tomó la iniciativa? ¿Quién se encargó de convencer a los que quizá eran menos entusiastas? ¿Quién llegaba mejor preparado a las reuniones, etc.? Es evidente que cuando no se produce una confesión por parte de las empresas participantes, resulta a menudo imposible aclarar todas estas cuestiones en el marco de un procedimiento administrativo en el cual las pruebas se basan sobre todo en documentos escritos. Evidentemente, existen también límites en cuanto los detalles en los que es necesario entrar en asuntos de este tipo. Por tanto, llegado el caso, podría ser conveniente, por razones de técnica jurídica,

contentarse en cierta medida con una descripción de la participación de cada uno esbozada menos pormenorizadamente. El hecho de que, por ejemplo, en el caso de acuñación de moneda falsa, no sea posible demostrar quién cargó el dispositivo entintador y quién hizo funcionar la prensa de imprenta, ciertamente no constituirá, en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, un obstáculo decisivo para obtener una sentencia condenatoria, cuando pueda suponerse que todos han estado presentes y han participado.

Si esta tesis se aplica razonable y limitadamente, no puede sostenerse que se ha imputado a algunos una responsabilidad colectiva, sino, por el contrario, únicamente que el ordenamiento jurídico no establece exigencias excesivas en cuanto a la descripción detallada y la prueba, que casi siempre será imposible, en caso de que los presuntos autores de la infracción se sitúen ellos mismos en una situación tal en la que el hecho de suavizar los requisitos probatorios no suscite ninguna objeción. En caso contrario, la Comisión probablemente debería renunciar desde el principio a un gran número de acciones judiciales, cuando se hallara claramente en presencia de prácticas ilícitas, pero no fuera posible aportar la prueba concreta de la participación de cada una en las prácticas colusorias. De este modo, el artículo 85 se vería privado, de hecho, de gran parte de su alcance.

Otro aspecto de la cuestión antes citada reside en los requisitos generales que deben exigirse en relación con el valor de las pruebas de la Comisión. Por ejemplo, si las pruebas permiten suponer —basándose en una apreciación de conjunto de todos los elementos probatorios— que una empresa se halla implicada en una iniciativa en materia

de precios, a pesar de que no se haya encontrado ningún documento escrito relativo a instrucciones sobre precios o similares, no se trata en modo alguno de imputar a esta empresa una responsabilidad colectiva, sino pura y simplemente de valorar las pruebas.

La cuestión de lo que las empresas denominan la responsabilidad colectiva, sólo se plantea cuando *no* se pueda presumir que una empresa ha participado en uno o varios elementos de la infracción.

Estos problemas probatorios son probablemente los que se traslucen en la última frase —no muy feliz— del párrafo segundo del apartado 83 de la Decisión.

Si, tal y como yo opino, se piensa que las afirmaciones de la Comisión no hacen sino reflejar estos aspectos, no hay nada que reprocharle.

Si el Tribunal de Primera Instancia considera que no existen suficientes elementos de prueba para afirmar que una empresa ha participado de una determinada manera en la infracción, este elemento contenido en el artículo 1 de la Decisión debe suprimirse en lo que se refiere a dicha empresa. En mi opinión, la Comisión no ha adoptado una Decisión del tipo «todo o nada» (véase mi exposición anterior sobre la naturaleza del acuerdo-marco). Por consiguiente, considero que nada se opone a que, llegado el caso y por razones de prueba, se supriman uno o varios de los elementos que figuran en el artículo 1 de la Decisión, sin que ello afecte a la afirmación de principio de que la

empresa o empresas afectadas han infringido el artículo 85, siempre que se demuestre que esta empresa o estas empresas han participado en otros elementos de las infracciones.

De la lectura de la Decisión de la Comisión, y en especial del apartado 78 y de los apartados 107 a 109, no se desprende claramente que la Comisión haya imputado, de hecho, a determinadas empresas la responsabilidad por la actuación de otras. No obstante, ello deberá analizarse en concreto en relación con cada una de las empresas, análisis que se llevará a cabo más adelante al examinar las pruebas relativas a cada una de las empresas.

A pesar de que la Comisión haya negado sistemáticamente durante la vista su intención de imputar a las empresas una responsabilidad colectiva, algunos extractos de los escritos intercambiados, por ejemplo las páginas 65 y 66 del escrito de contestación en el asunto Hercules, no se explican, sin embargo, si no es por el hecho de que la Comisión pretenda invocar en todos los casos un elemento de responsabilidad colectiva. De este modo, en el pasaje antes citado se indica que en la Decisión se afirmaba que las demandantes eran culpables de un acuerdo «continuado» y de una práctica concertada, *en virtud de los cuales los productores en su conjunto o como grupo* (generalmente) —el subrayado es de la Comisión— realizaron las actividades descritas en las letras a) a e) del artículo 1 de la Decisión.

En mi opinión, nada se opone a que las demandantes manifiesten su desacuerdo sobre este punto. No obstante, esta formulación no se reproduce en el artículo 1 de la Decisión que, junto con la motivación de la misma, es decisivo. Ciertamente corres-

ponde al Tribunal de Primera Instancia y al Tribunal de Justicia, y no a la propia Comisión, realizar la interpretación definitiva de la Decisión. El punto de vista de la Comisión, tal y como se expresa en el escrito de contestación antes citado, puede suscitar objeciones en la medida en que, en realidad, equivale a imponer una multa por el simple contacto con los infractores de la ley o por la pertenencia a un grupo cuyo objeto es ilícito, y ello no encuentra fundamento alguno en el artículo 85, tal y como se ha indicado anteriormente. Si tal disposición se revelara necesaria, correspondería al legislador adoptarla.

E. Observaciones generales sobre las pruebas: apreciación y tipos

1. Generalidades

Si se exceptúan los aspectos más elementales, el estudio de las pruebas desde un punto de vista teórico es un ejercicio difícil. Por el contrario, cuando varias personas, Jueces profesionales, jurados u otros Jueces no profesionales, o cualquier otra persona que se vea enfrentada a las pruebas, deben definir su postura sobre pruebas concretas, sus opiniones son a menudo muy similares.

Por tanto, podríamos sentir la tentación de pasar directamente a las pruebas aportadas en el presente caso. No obstante, las demandantes realizaron un número tan considerable de observaciones sobre la situación en materia de prueba en los presentes asuntos, que parece oportuno hacer algunos comentarios generales sobre estas cuestiones.

2. La libre apreciación de las pruebas

Es importante señalar, en primer lugar, que la actividad del Tribunal de Justicia, y por tanto también la del Tribunal de Primera Instancia, se rige por el principio de la libre apreciación de las pruebas, sin sujeción a las diferentes reglas establecidas en el ámbito de los ordenamientos jurídicos nacionales. Dejando aparte las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico comunitario, el único criterio para apreciar las pruebas aportadas reside en su credibilidad.⁸⁹ En los presentes asuntos, como he dicho anteriormente, las únicas excepciones a este principio son las pruebas que no pueden ser utilizadas por la Comisión frente a las empresas, debido a que no se les dieron a conocer en el marco del procedimiento administrativo.

Por ejemplo, el asunto Suiker Unie/Comisión⁹⁰ demuestra claramente que, para apreciar las pruebas, el Tribunal de Justicia se basa únicamente en una apreciación global de la fuerza probatoria de un documento y en simples reglas de lógica en materia de prueba (véanse, en especial, los apartados 156 a 166 de la sentencia, Rec. pp. 1939 a 1941).

También debe ser así en el presente caso. Naturalmente, las conclusiones extraídas de las pruebas no deben, en ningún caso, convertirse en especulaciones infundadas. Deben poseer un fundamento suficiente y, conforme al principio *in dubio pro reo*, debe admitirse una duda razonable en beneficio de las demandantes.

89 — Véase, por ejemplo, Lasok, K. P. E.: *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 1984, p. 263.

90 — Antes citado, nota 41.

En estos asuntos, resulta de gran importancia apreciar las pruebas en su conjunto. Es evidente que, aun cuando sea posible dar una explicación alternativa razonable de un documento determinado y, quizá incluso, de varios documentos considerados aisladamente, dicha explicación podría no resistir un análisis más profundo en el marco de una apreciación global de toda una serie de pruebas. Del mismo modo, tal y como hace la Comisión, deben extraerse de períodos en los que las pruebas son relativamente abundantes conclusiones relativas a otros períodos en los que el intervalo entre pruebas sea mayor. De este modo, será necesario un argumento realmente sólido para convencer a un órgano jurisdiccional de que, en una determinada fase de una serie de reuniones, sucedieron cosas totalmente distintas de las que ocurrieron en el curso de reuniones anteriores y posteriores, a pesar de que a dichas reuniones asistieran los mismos participantes, de que tuvieran lugar en circunstancias externas similares y de que, indudablemente, poseyeran el mismo objetivo primordial, a saber, debatir problemas internos del sector industrial afectado.

3. La prueba testifical

Durante el procedimiento administrativo, la Comisión no puede exigir la audiencia de testigos bajo juramento. Esta es una de las razones por las cuales las Decisiones de la Comisión en los asuntos de la competencia se basan en gran medida en pruebas documentales. Lo mismo ocurre en el presente caso. Por el contrario, conforme al apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 99, las empresas pueden proponer la audiencia de

testigos. En los asuntos «polipropileno» al igual que en otros muchos asuntos, al menos que yo sepa, no han sido sin embargo las personas directamente relacionadas con los acontecimientos ocurridos las que han explicado lo sucedido en el transcurso de las reuniones y el significado de las notas que redactaron. Por el contrario, son esencialmente asesores y representantes jurídicos y económicos, internos o externos, de las empresas los que expusieron los puntos de vista de estas últimas.

La Comisión ha invocado esta circunstancia para afirmar que, al no haber sido oídas dichas personas, existen menos razones para dar crédito a cierto tipo de explicaciones facilitadas por algunas de las demandantes —por lo demás, con un talento extraordinario de Abogado— para demostrar que los documentos presentados no indican lo que a primera vista parece. Opino que la Comisión tiene razón en este punto. Es sorprendente que fuera necesario elaborar hipótesis alternativas en cuanto al contexto real del asunto, mientras que personas vinculadas a las empresas, y en su mayoría probablemente empleadas aún en las mismas, hubieran podido relatar cuál era en realidad el significado de los documentos en su conjunto.

Ciertamente, no debe concederse una importancia decisiva al hecho de que no se hayan facilitado algunas explicaciones, pero, en mi opinión, la circunstancia puesta de manifiesto por la Comisión constituye, en cualquier caso, un elemento de prueba contrario en cierta medida al intento de las demandantes de desvirtuar las tesis de la Comisión.

Se podría alegar, al igual que Shell, que la fase oral del procedimiento administrativo ante la Comisión inspira tan poca confianza

que se consideró más acertado no participar en la misma. Pero, ¿qué impide, entonces, a las demandantes solicitar que las personas afectadas sean oídas ante el Tribunal de Primera Instancia, conforme al Reglamento de Procedimiento? Ahora bien, no se ha formulado petición alguna en este sentido. El hecho de que las demandantes, que evidentemente tienen problemas para explicarse, no soliciten la declaración de los testigos que pueden facilitar una explicación, no aboga en su favor.

4. *Las pruebas documentales*

En su mayoría, las demandantes han cuestionado la veracidad de los informes de las reuniones y de las notas en las cuales la Comisión basa sus conclusiones.

El grupo más importante de pruebas de la Comisión está integrado precisamente por los documentos, incluidas las notas, hallados en ICI. La Comisión alega (en el párrafo quinto del apartado 70 de la Decisión) que los informes de las reuniones constituyen un relato exacto, fiable y coherente de las mismas. Por otro lado, la Comisión señala que, por su parte, las demandantes no han presentado ninguna prueba escrita u oral que pueda poner en duda la veracidad de los documentos invocados por la Comisión (párrafo primero del apartado 70 de la Decisión).

Sobre este punto, las demandantes, como por ejemplo ICI, sostienen que como medio de comprender lo ocurrido de modo general en sus empresas, debe considerarse que las notas contienen serias lagunas. Las empresas añaden que la única finalidad —limitada—

de las notas era informar a los compañeros de cada una de las empresas participantes en las reuniones de lo que se había dicho en el curso de las mismas y de lo que se podía deducir de ello y que, tras las reuniones, se añadieron a las notas análisis y comparaciones de uso personal del autor del informe.

Por otra parte se alega que, aun cuando las notas pudieran reproducir fielmente lo que se dijo, no podían constituir, ni mucho menos, un relato fiable de la situación real en la industria o de las intenciones de cada productor. Me refiero aquí a las frecuentes observaciones en lo relativo a la falta de confianza entre los participantes y al hecho de que el comportamiento posterior de las empresas demuestra que no querían cumplir los acuerdos que, según las notas, se celebraron durante las reuniones.

Por su parte, la Comisión señala, en especial, que los documentos fueron redactados en estrecha relación con lo ocurrido, y que el autor o los autores de las notas no tenían razón alguna para no hacer un relato exacto; añade que, en su opinión, el contenido de los documentos no parece en modo alguno exagerado. Como he dicho anteriormente, la Comisión señala que ninguna de las empresas solicitó que se oyera a las personas implicadas, conforme al apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 99.

Para apreciar el valor probatorio de un documento es necesario, en primer lugar, comprobar la verosimilitud de la información que en él se contiene. A continuación, es ne-

cesario tener en cuenta, en especial, el origen del documento, las circunstancias de su elaboración, así como su destinatario y preguntarse si, de acuerdo con su contenido, parece razonable y fidedigno.

Desde este punto de vista general, no parece en modo alguno improbable que, como la Comisión afirma, los representantes de las empresas se reunieran para celebrar acuerdos o concertar sus prácticas. Como sabemos, la Comisión ha defendido con éxito ante el Tribunal de Justicia que esto es lo que ha ocurrido en muchos casos.

En los presentes asuntos, los documentos proceden de miembros del personal que debían exponer ante sus compañeros y superiores jerárquicos el objeto de las reuniones en las cuales participaron. Si se exceptúa el asunto Hercules, no existe indicio alguno de que dichas personas no hayan cumplido su misión leal y eficazmente. Conforme a las reglas generales en materia de prueba, ha de atribuirse gran importancia al hecho de que los documentos fueron redactados en estrecha relación con las reuniones y sin que se pensara, evidentemente, que podían llegar a conocimiento de terceros no implicados. En mi opinión, una apreciación global del contenido de los informes de las reuniones demuestra que fueron redactados cuidadosamente por personas que conocían bien la materia y que plasman, en un lenguaje correcto, de manera ponderada y resumida, las opiniones del autor o de los autores de los informes sobre la reunión. Son claros y lógicos y no producen en modo alguno la impresión de que su autor o sus autores hayan podido cometer errores graves de comprensión o de interpretación de lo ocurrido. Además, tampoco es plausible que grandes

empresas industriales envíen a reuniones, que dichas empresas ciertamente consideran importantes, a colaboradores que no puedan exponer de manera razonable y fidedigna lo que allí acontece.

En lo que respecta al asunto ICI, se ha alegado, como ya he dicho, que en varias ocasiones se añadieron a los informes análisis y otros documentos complementarios de uso exclusivo del autor. Ello no se deduce a primera vista de los informes y, a pesar de la invitación de la Comisión en este sentido, ICI no precisó de qué anexos y análisis se trataba. Además, y es ésta la ocasión de subrayarlo de nuevo, ICI no solicitó que se oyera a tal o cual persona implicada en apoyo de sus afirmaciones.

En este contexto, considero que sin duda alguna puede partirse del principio de que los informes y las notas constituyen fuentes fiables para comprender lo ocurrido durante las reuniones y, de este modo, basarse en una interpretación lingüística natural del contenido de los documentos para entender el significado de las discusiones.

5. *Los análisis económicos*

Los análisis económicos constituyen a menudo una parte importante del material de prueba en los asuntos sobre Derecho de la competencia y pueden tener un gran valor para la comprensión, por parte del Tribunal de Primera Instancia, del contexto económico. De este modo, es importante obtener información sobre la manera en que un mercado oligopolístico supuestamente reacciona frente a diferentes factores. Pero —y esto es lo importante— los estudios de ex-

pertos en economía no pueden sustituir a la apreciación y a la solución jurídicas. Por ello, cuando el profesor Albach expresa su opinión sobre lo que pueden ser los precios objetivo dentro de un contexto económico, hay que señalar que tal opinión no constituye, y no puede constituir, una valoración jurídica. Por otra parte, aun cuando se comprobara que no se ha producido una gran incidencia en el mercado, ello no demuestra que no se hayan celebrado los acuerdos o que no haya existido intercambio de informaciones para regular los precios. El Tribunal de Primera Instancia es quien debe pronunciarse sobre lo que prohíbe el apartado 1 del artículo 85 y sobre las correspondientes pruebas, y no los expertos en economía.

Por estas razones, el Tribunal de Primera Instancia debe determinar, conforme a una apreciación global de las pruebas, si lo ocurrido constituye un comportamiento ilícito, aun cuando desde el punto de vista de los expertos en economía, la expresión «precio objetivo» pudiera considerarse que significara algo distinto de un acuerdo sobre precios que todos los participantes se esforzaran en alcanzar. El contenido de los documentos probatorios debe demostrar si los participantes en las reuniones tenían la intención de influir sobre los precios o si querían simplemente informarse recíprocamente sobre lo que, a su parecer, constituían precios razonables conforme a una valoración del mercado; llegado el caso, corresponde al Tribunal de Primera Instancia decir si es ilícito informarse recíprocamente durante un largo período de tiempo sobre lo que se considera que el mercado puede soportar.

6. *Precios objetivo y cantidades objetivo como objeto de acuerdo o de concertación*

Según la Comisión, se intentó poner en marcha las iniciativas sobre precios alegadas

mediante la aplicación de los precios denominados «objetivo». Al apreciar las pruebas disponibles, es necesario determinar en primer lugar el sentido que las empresas atribuyeron al concepto de «precios objetivo» en el marco de sus discusiones durante las reuniones. A continuación, ha de decidirse si dichos precios, en el sentido que se les haya atribuido, pueden entrar en el ámbito de aplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

Sobre esta cuestión, la Comisión declara, por ejemplo, que la «jerga» utilizada en los documentos probatorios relativos a las reuniones habla por sí sola. La Comisión tiene derecho, afirma, a inspirarse en el sentido común y a interpretar las expresiones utilizadas en los documentos conforme a su sentido real. La razón, añade la Comisión, conduce a interpretar el concepto de precios objetivo en el sentido de que representan determinado nivel de precios que los productores han acordado alcanzar en la medida en que el mercado lo permita.

Estoy de acuerdo en que es imposible interpretar de otro modo los informes de las reuniones.

No obstante, quizá el propio concepto de precios objetivo es, en realidad, fuente de no pocas ambigüedades que han marcado el proceso en el presente caso. En efecto, como afirma la Comisión, el término «precios objetivo», tal y como se utiliza en los informes de las reuniones y en otros documentos, debe precisamente interpretarse como la expresión de acuerdos tendentes a que las empresas alcanzaran, en la medida de lo posible, determinado nivel de precios.

En la práctica, la Comisión también lo ha señalado, fue a menudo difícil —imposible, según las demandantes— alcanzar los precios previstos. Las demandantes consideran, de hecho, que el mercado *no* permitía imponer tales precios objetivo, sino que éstos fueron, en realidad, determinados por el mercado.

Es aquí donde se produce el interminable debate sobre la cuestión de en qué medida las demandantes dirigían el mercado o eran dirigidas por éste.

A ello responden igualmente algunas pruebas impresionantes aportadas por las demandantes, tales como informes contables y estudios de expertos en economía, que pretenden demostrar que los precios previstos no fueron alcanzados.

El eslabón siguiente en la argumentación de la mayor parte de las demandantes consiste en demostrar que no habían acordado nada o, en cualquier caso, que no se sentían vinculadas por posibles acuerdos, lo que precisamente quedaba demostrado por el simple hecho de que los precios a los que aspiraban en común no fueron alcanzados.

En realidad, las demandantes se han impuesto una tarea bastante ardua: hacer desaparecer el contenido de las negociaciones que según los informes de las reuniones parece seguro y bien documentado. No creo que lo hayan logrado y considero que, sin duda, se puede partir del principio de que los precios objetivo y otras metas fueron acordados, probablemente en forma de «gentlemen's agreements», como la Comi-

sión afirma y tal y como, por otra parte, corroboran los documentos probatorios.

El hecho de que de algún modo la discusión haya podido tener lugar y que las demandantes hayan querido destinar recursos tan importantes a tal fin se debe probablemente a la elasticidad del concepto contenido en los términos «precios objetivo» en relación con las normas sobre la competencia.

Habrá quien quizá afirme que un acuerdo cuyo único objeto es intentar obtener un precio determinado, en la medida en que el mercado lo permita, no representa en sí mismo un comportamiento contrario a la competencia.

Ahora bien, los informes demuestran claramente que no se trataba de eso. Por el contrario, la intención era obtener un precio más elevado que el que los participantes podían esperar en otras condiciones. Su intención era evidentemente intentar influir sobre el nivel de precios al alza. El «objeto» en el sentido del apartado 1 del artículo 85 concurre sin duda alguna.

En este contexto carece de importancia, en mi opinión, el hecho de que el propio concepto de precios objetivo sea tan intencionalmente vago que resulta difícil determinar, en el marco de las relaciones recíprocas entre los participantes en las prácticas colusorias, en qué momento uno de ellos no respetó un determinado acuerdo. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no es determinante el hecho de que los acuerdos posean más bien el carácter de «gentlemen's

agreements» a causa de su contenido algo incierto y vago, no pudiendo, por tanto, constituir el fundamento de la existencia de obligaciones recíprocas, jurídicas o morales.

Por ello, poco importa si las propias empresas pensaron que tenían una obligación frente a las otras, puesto que, conforme a su contenido, la obligación era bastante incierta desde el principio.

De lo anterior se desprende que incluso un tipo de acuerdo que, *conforme a su contenido*, tenga en cuenta, como indudablemente debe ser, la situación real en el mercado, está comprendido dentro del apartado 1 del artículo 85. Además, puede afirmarse, en cuanto a las pruebas, que las posibles lagunas en la aplicación de los precios previstos o una aplicación de hecho incompleta no constituyen precisamente una prueba en contrario válida frente a acuerdos de este tipo.

Por otra parte, varias demandantes no niegan en realidad las circunstancias materiales, sino solamente las consecuencias jurídicas de dichas circunstancias. Así, por ejemplo, ICI declara que el objetivo discutido durante las reuniones de productores consistía en recomendaciones comunes sobre lo que los productores pretendían obtener o esperaban obtener, con grados de entusiasmo variables.

En mi opinión, estos términos describen con gran exactitud un acuerdo o una concertación prohibidos por el artículo 85, lo que

demuestra que se trata en gran medida únicamente de un problema de definición o de calificación.

Todo el asunto pone de relieve claramente que las empresas no se sentían vinculadas por los acuerdos celebrados o la concertación alcanzada, de la misma manera que se sentirían vinculadas por un contrato de entrega de un lote de polipropileno a un cliente determinado y en una fecha concreta. Cuando, tras un aumento del precio, los clientes fueron a otra parte para intentar obtener un precio inferior, los responsables de ventas no pudieron naturalmente soportar una paralización o una fuerte disminución de sus operaciones comerciales. No obstante, los informes de algunas de las reuniones demuestran claramente que se percibía con nitidez la necesidad de intentar organizar algo en común, aun cuando es evidente que, a menudo, la solidaridad de algunos era dudosa.

En general, no es posible determinar qué empresas eran más o menos solidarias, aun cuando algunas estaban en el punto de mira de otras y no necesariamente siempre las mismas, ni mucho menos. Es posible que se pudiera demostrar que una o dos empresas estaban más dispuestas a «hacer trampas» que las otras, pero el panorama dista mucho de estar claro y el hecho de que la interesada o las interesadas hayan podido obtener algunas ventajas en detrimento de las demás no puede, en mi opinión, servir para demostrar su falta de participación.

Observaciones similares pueden hacerse en lo que respecta a las cantidades objetivo y a las cuotas.

F. *¿Se ha probado la existencia de las prácticas colusorias?*

1. *Introducción*

Como he dicho anteriormente,⁹¹ la cuestión de la existencia de las prácticas colusorias invocadas debe zanjarse, por razones de procedimiento, con arreglo a los documentos que la Comisión dio a conocer a la totalidad de las empresas en el modo en que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lo exige. De este modo, las pruebas que pueden utilizarse para demostrar la existencia de las prácticas colusorias son esencialmente los 101 documentos probatorios enviados como anexo al pliego general de cargos, así como los documentos adjuntos a la carta de la Comisión de 29 de marzo de 1985.

2. *Los acuerdos alegados en materia de precios mínimos*

Conforme a los datos disponibles, a finales de 1977 se inició una serie de reuniones con la participación de cierto número de productores de polipropileno que abastecían el mercado europeo. Las reuniones tuvieron lugar hasta finales del mes de septiembre de 1983. Su frecuencia se fue incrementando. De este modo, y sin que las demandantes lo hayan negado en lo fundamental, parece que se celebraron seis reuniones en 1978; no se conoce la cifra en 1979, pero es posible que fuera inferior; probablemente se celebraran seis en 1980, diez en 1981, veintitrés en 1982 y, en 1983 —hasta finales de septiembre— quince. Según la Comisión, las reuniones tuvieron por finalidad principal

91 — Véase la letra c) del apartado 5 de la Sección A.

intentar influir sobre los precios del polipropileno al alza, mediante la fijación de precios denominados «objetivo» y a través de diferentes medidas de apoyo que debían servir para alcanzar dicho fin.

Según la Comisión, esta serie de reuniones fue precedida por un período en el que varias empresas intentaron aumentar los precios del polipropileno mediante un compromiso por el cual algunas de ellas acordaron aplicar un *precio* denominado «mínimo»; del mismo modo, otras empresas contrajeron compromisos que podían constituir una práctica concertada ilícita.

La prueba fundamental de la Comisión en lo relativo al *sistema de precios mínimos* es una nota que se supone fue elaborada en una fecha situada en la primera mitad de 1977 —quizá en junio— por el director de marketing de Hercules. Se trata de notas tomadas por dicho director durante una conversación telefónica con un interlocutor desconocido. En el documento, que es bastante fragmentario, como suelen ser las notas que reproducen una conversación telefónica, y que no es comprensible a primera vista en todos sus detalles, se alude en primer lugar a un acuerdo celebrado entre los productores más importantes. Frente a este dato, se menciona a las empresas Monte, Hoechst, Shell e ICI. A continuación, se lee en estilo telegráfico: «sistema de precios mínimos — precios mínimos a partir del 1 de julio — en cualquier caso, a partir del 1 de agosto, al término de los contratos existentes — precios mínimos sólo durante un período de cuatro meses». Después figura una observación sobre una alternativa que podría referirse a un sistema existente en aquel momento. Entre estas palabras clave, figuran algunas observaciones sobre importadores, observaciones que a primera vista no parece

que puedan insertarse en algún contexto conocido. A continuación, se halla una frase que significa posiblemente que debería celebrarse una reunión en octubre para apreciar los progresos realizados. Finalmente, figura una observación en el sentido de que los límites cuantitativos deberían introducirse al año siguiente, probablemente —en cualquier caso, esto es lo que piensa la Comisión— a condición de que el sistema de precios mínimos hubiera resultado eficaz. Finalmente, esta nota contiene columnas con datos sobre precios en moneda francesa, británica, belga y alemana, para diferentes calidades. No parece que lo que se lee en la página supuestamente «siguiente» haya sido escrito por la misma mano y creo que el texto, más o menos ilegible, que contiene no ha sido invocado por las partes.

Por tanto, sabemos que el director de marketing de Hercules recibió informaciones, de fuente desconocida, según las cuales los «cuatro grandes» habían celebrado un acuerdo cuyo contenido se esboza en las notas tomadas por teléfono, a pesar de que no resulte tan evidente como la Decisión de la Comisión aparenta.

Por tanto, parece que debió existir, lo que la Comisión llamará más tarde, un «acuerdo central» entre los cuatro productores más importantes (véase la carta de 29 de marzo de 1985, p. 2) y que Hercules tenía conocimiento del mismo. Este documento no nos facilita mayor información y, sobre todo, no sabemos nada sobre otros productores. Sin embargo, el tenor del documento permite razonablemente suponer que se celebró un acuerdo, precisamente entre los cuatro grandes productores, y no entre otras empresas. Por otra parte, esta posible interpretación fue sugerida por la Comisión, tanto en su carta de 29 de marzo de 1985 como posteriormente como alternativa.

Los cuatro grandes productores reaccionaron del siguiente modo en relación con dicho documento y con el supuesto acuerdo.

dría haberlo hecho individualmente. La Comisión añade que ICI y Shell admitieron que esta acción tenía por objeto bloquear la caída de los precios.

Montedipe niega que conforme al apartado 1 del artículo 85 haya existido un acuerdo, en el sentido que esta demandante atribuye al concepto, a saber, que sólo existe acuerdo cuando las partes han expresado sin ambigüedad su intención de obligarse y cuando su comportamiento posterior refleja claramente su voluntad. La demandante se refiere, a este respecto, a la sentencia ACF Chemiefarma/Comisión, probablemente al apartado 112. Independientemente de lo que pueda pensarse de entrada sobre la interpretación realizada por *Montedipe* (en lo sucesivo, «Monte») de esta sentencia, su interés reside, sin embargo, en la descripción que dicha demandante realiza de los hechos ocurridos en 1977. En especial, afirma que este simple documento no demuestra la existencia de un acuerdo ni de un plan. La realidad era bien distinta, señala. A continuación, añade (recurso p. 100):

«En la situación de mercado descrita anteriormente, seis o siete productores, entre ellos [...] [*Monte*] mantuvieron contactos recíprocos, probablemente por teléfono, para examinar qué medidas podrían ocasionalmente adoptarse para remontar las serias dificultades surgidas en aquel momento [...]»

En el marco de estos contactos, prosigue *Monte*, se indicaron los precios que habrían permitido aminorar dichas dificultades.

En mi opinión, las declaraciones de *Monte* deben, en realidad, interpretarse como un *reconocimiento* de las circunstancias de hecho sobre esta cuestión. Como afirma la Comisión, no es de sentido común que grandes empresas se presten ayuda mutua con la única finalidad de realizar simples cálculos de precios. Siempre puede llamarse a las cosas por otro nombre distinto del suyo y, en realidad, el hecho de «indicar» conjuntamente los precios suele ser, en cualquier caso y por lo general, la expresión de una concertación entre empresas sobre una política de precios. Considero que serían necesarios elementos enormemente sólidos para demostrar que tal «indicación» en común no tuvo influencia en la política de precios de las empresas; tales elementos no existen.

ICI reconoce igualmente, en gran medida, las circunstancias de hecho. Por ello, no niega que los productores mantuvieran contactos telefónicos durante el año de crisis (1977) y que las discusiones pudieran versar sobre la importante caída de los precios en Europa occidental. También es posible que algunos productores declararan que sería deseable fijar un nivel de precios mínimo para detener la caída de los mismos. *ICI* se refiere, a continuación, a la nota antes citada, que sin embargo no considera convincente, puesto que en realidad los precios descendieron hasta 1,0 DM/kg.

La Comisión expone a este respecto que, en primer lugar, no existía razón alguna para que las empresas calcularan en común un precio que cubriera los costes. Cada una po-

La Comisión indica, a este respecto, que la nota parece digna de crédito y que, tanto *ICI* como *Shell*, admitieron que los productores habían mantenido contactos por telé-

fono con el fin de hallar soluciones para detener la caída de los precios. En lo que respecta a los precios reales, la Comisión señala que, en noviembre de 1977, Monte anunció un aumento de los precios muy próximo al que figura en la nota y que en el intervalo de algunos días, las otras tres empresas citadas en la nota hicieron públicos aumentos de precios similares. Por otra parte, ICI y toda una serie de productores dieron a conocer públicamente su apoyo a esta iniciativa. Finalmente, según la Comisión, la evolución real de los precios demuestra que la iniciativa en materia de precios se vio coronada por el éxito.

Shell admite que pudieran haber existido negociaciones entre ella misma y Monte en noviembre de 1977 o alrededor de esa fecha y que es posible que Monte hubiera mencionado la posibilidad de aplicar aumentos de precios y hubiera intentado informarse sobre la reacción de Shell en relación con un posible aumento de los precios. Según Shell, ello no es suficiente para afirmar que existe una infracción del artículo 85 sobre esta cuestión. En opinión de Shell, la nota relativa al acuerdo sobre precios mínimos no proporciona elementos suficientes para afirmar que existiera un acuerdo como el alegado por la Comisión. En apoyo de su tesis, Shell alude al documento de 6 de septiembre de 1977, citado en el párrafo quinto del apartado 16 de la Decisión, según el cual se celebró una reunión en Bélgica, el 30 de agosto de 1977, entre Shell y Solvay para discutir el precio del polipropileno. Según Shell, el documento contribuye a demostrar que esta empresa no es culpable de infracción alguna. En concreto, Shell hace constar que, según el informe de la reunión, la política de la empresa consistía en mantener las ventas a toda una serie de clientes en el Benelux, «a cualquier coste», y que Shell no veía otra salida al problema de exceso de capacidad que desarrollar el mercado del polipropileno gracias a una modernización del proceso de

producción y al desarrollo de las posibilidades de utilización. Shell señala, por otra parte, que los participantes en la reunión no se refirieron, ni directa ni indirectamente, a acuerdo alguno sobre precios. Si la caída de los precios constituía un problema importante para ambas empresas y si las suposiciones de la Comisión relativas a un acuerdo sobre un precio mínimo eran correctas, es sorprendente que no se hablara de acuerdo sobre precios.

El documento citado, que se aportó por primera vez en la vista, no figura entre los «101 documentos de prueba» y, por otra parte, no fue dado a conocer a Shell. Por esta razón, como admitió la Comisión durante la vista, sólo puede utilizarse a favor de Shell.

La Comisión sostiene, por su parte, que la nota relativa a un precio mínimo parece creíble, sobre todo si se analiza a la luz de las demás informaciones disponibles. La Comisión considera, por otra parte, que el documento de Solvay de septiembre de 1977 no demuestra en modo alguno que no existiera acuerdo sobre precios ni que no se hubiera hablado de precios.

Hoechst no se pronuncia directamente sobre la cuestión de en qué medida existieron contactos entre las empresas en 1977 y, en concreto, sobre si pudieran haberse celebrado negociaciones sobre los precios. En lo que respecta a la propia nota, Hoechst declara que de ella no se desprende con claridad que la expresión «agreement» utilizada significara un acuerdo en el sentido del artículo 85. También podría perfectamente interpretarse que la expresión sólo significa que se produjo un consenso sobre la necesi-

dad de aumentar los precios. Finalmente, según Hoechst, no puede excluirse que el interlocutor del colaborador de Hercules diera a entender que existía un consenso entre los cuatro grandes, para obtener de este modo el apoyo de Hercules en sus propios esfuerzos. Hoechst añade que la afirmación de la Comisión según la cual se retrasó el aumento de los precios no ha sido corroborada por los documentos de prueba.

A este respecto, la Comisión señala que la nota de Hercules es un documento cuya autenticidad resulta incuestionable, puesto que se confeccionó en la época de las circunstancias invocadas y no existe razón alguna para dudar de su exactitud. Por otra parte, la nota se ajusta perfectamente a los aumentos de precios uniformes anunciados por una serie de productores en la reunión EATP de París, de 22 de noviembre de 1977, así como en la prensa especializada.

Como prueba de la exactitud material de la nota, la Comisión señala además que Hercules, que estaba por tanto al corriente del supuesto acuerdo, había ya declarado en una reunión de mayo de 1977 que correspondía a los líderes tradicionales en esta rama de la industria poner orden en el caos que reinaba en la misma. No obstante, según la Comisión, los datos indicados anteriormente para noviembre de 1977 son los que confirman el contenido de la nota en lo relativo al acuerdo entre los cuatro grandes. El viernes 18 de noviembre de 1977, Monte anunció un aumento de precios en la revista *European Chemical News*, indicando un precio mínimo de 1,30 DM para la rafia y de 1,40 DM y 1,50 DM para otras dos calidades, respectivamente. El martes 22 de noviembre, se celebró una reunión en París en

el marco de la organización EATP, en la cual participaron tanto productores como consumidores de polipropileno.

Durante esta reunión, Hoechst declaró que esta empresa había anunciado un aumento de precios algunos días antes. ICI expresó su apoyo a la iniciativa de Monte, sin que el representante de ICI pudiera dar más detalles, pero afirmó que sus clientes recibirían pronto una comunicación en este sentido. Shell se pronunció asimismo de un modo que puede interpretarse como apoyo a la iniciativa. Por otra parte, Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Saga y Solvay expresaron su apoyo a esta iniciativa. Chemie Linz declaró que era necesario que las empresas se alinearan sobre estos nuevos precios. El representante de Hercules declaró que, a pesar de que no conocía aún los detalles de la iniciativa de Monte y no sabía si dicha iniciativa sería apoyada por los demás líderes reconocidos en esta industria, la política de Hercules consistiría en facilitar su total apoyo a cualquier esfuerzo para aumentar los precios del polipropileno hasta un nivel razonable, equivalente a los costes de producción. Rhône-Poulenc indicó que, el viernes anterior, había tenido conocimiento por la prensa del aumento de los precios previsto por Monte. Según Rhône-Poulenc, no era posible alcanzar de golpe un nivel económicamente aceptable, que se situaba alrededor de 3,50 FF, pero decidió seguir a Monte, de manera que el precio base de Rhône-Poulenc sería de 3 FF a partir del 28 de noviembre de 1977. Solvay anunció que se adaptaría a los precios ya citados por los grandes productores.

Todo ello fue posteriormente relatado en la edición de la misma semana del *European*

Chemical News bajo el título «Los productores europeos respaldan el aumento de precios de Montedison PP».

3. Prolongación del acuerdo en materia de precios mínimos

Según los datos disponibles, el precio del polipropileno aumentó posteriormente hasta 1,20 DM/kg para la calidad básica de la rafia y, en abril de 1978, *European Chemical News* informó de que Montedison proyectaba un aumento de precios de «al menos un 10 %» antes de las vacaciones estivales, probablemente en junio.

Durante una reunión celebrada el 26 de mayo de 1978, en el marco de la EATP, Monte anunció que el aumento de precios de noviembre de 1977 no había situado a la industria en un nivel de precios satisfactorio y que la iniciativa adoptada en noviembre únicamente podía considerarse como un primer paso que debería ir seguido de otros, probablemente durante la segunda mitad de 1978. En la misma reunión, DSM declaró que apoyaría el movimiento tendente a situar los precios a un nivel razonable. Hercules declaró, entre otras cosas, que la necesidad de fijar los precios en un nivel mínimo de 1,30 DM/kg era, y seguía siendo, imperiosa. El representante de ICI declaró, en especial, que esta empresa apoyaría sin restricciones los esfuerzos por alcanzar el nivel de precios propuesto en París. Rhône-Poulenc declaró que el aumento de precios anterior sólo representaba un paso y que era necesario un nuevo aumento de precios de un 10 %. Shell no se expresó claramente sobre los precios. Solvay señaló que los precios en aquel momento no eran suficientes

para garantizar a los productores un beneficio satisfactorio y que los aumentos de precio seguían siendo necesarios.

4. Reuniones entre productores

Según la información facilitada por ICI, un grupo de productores comenzó a reunirse, antes de la reunión de mayo de 1978 antes citada, para discutir los problemas de este sector industrial. Según ICI, las reuniones comenzaron «hacia diciembre de 1977». ICI explica que en 1978 se celebraron unas seis reuniones denominadas «de jefes» y que la idea de los precios objetivo se desarrolló «durante las reuniones precedentes, celebradas en 1978» (y, por tanto, no necesariamente a principios de 1978, como afirma la Comisión). Habida cuenta de que se celebraron seis reuniones en 1978 y que la idea de precios objetivo se desarrolló en 1978, la Comisión opina, por consiguiente, que la solidaridad expresada en mayo de 1978 durante la reunión EATP se debía forzosamente a un acuerdo anterior entre los productores.

5. Valoración de la situación en 1977

Durante el período anterior a 1978, la historia de las prácticas colusorias conoció algo parecido a una fase introductoria que, en cierta medida, puede analizarse por separado, tal y como hace la Comisión. Desde el punto de vista probatorio, esta fase se caracteriza por la importancia decisiva que la Comisión otorga a la nota antes citada relativa al acuerdo sobre precios mínimos entre los cuatro grandes productores. Como se verá, a continuación se produce un cambio en las pruebas en las que la Comisión fundamenta la solución que propone, puesto que, en lo que respecta al período que se inicia a fina-

les de 1977, o a principios de 1978, confiere una importancia decisiva al hecho de que se celebraran reuniones durante las cuales —y esto no se ha negado— los productores discutieron los problemas a los que se enfrentaba el sector industrial.

Por lo que sabemos, el colaborador de Hercules que sostuvo la conversación telefónica recibió sin duda algunas informaciones importantes y parece, conforme a la nota, que no existe razón alguna para dudar de la existencia de un acuerdo o, en cualquier caso, de una «connivencia» entre los cuatro grandes productores. La nota es muy concreta en lo que se refiere a los precios que debían alcanzarse, e incluso las indicaciones en cuanto al nivel de precios equivalen, más o menos, al precio medio real en otoño de 1978 y a lo que se admitió como precio mínimo aceptable durante el otoño de 1977 y la primavera de 1978, es decir 1,30 DM/kg. Es difícil de creer que las informaciones contenidas en la nota hayan sido más o menos inventadas y, en cualquier caso, únicamente si se aportaran pruebas en este sentido, se podría afirmar que alguien habría «sembrado» informaciones en Hercules para incitar a esta empresa a unirse a algo que aún no existía. Además, al menos dos de los cuatro grandes productores admitieron en gran parte las circunstancias de hecho. El documento que Shell invoca como prueba de que esta demandante no estaba implicada en un comportamiento ilícito no constituye, en mi opinión, un fundamento lo suficientemente sólido como para respaldar esta afirmación. Ciertamente, no se menciona en el documento ningún acuerdo sobre precios, pero si el acuerdo había sido precisamente celebrado entre los cuatro grandes productores, tal y como indican las notas de Hercules, el hecho de que no hubiera existido una discusión expresa del acuerdo sobre precios con Solvay no tiene nada de sorprendente. Además, es natural que seamos

prudentes, en general, antes de conferir demasiada importancia a lo que no figura en ningún documento.

Por consiguiente, en mi opinión, debe considerarse probado que, a mediados del año 1977, existía un acuerdo o una concertación tal y como se indicaba en la nota. Lo que ocurriera a continuación, hasta el mes de noviembre, lo ignoro. Pero sabemos que, en aquel momento, Monte aumentó los precios, obteniendo rápidamente el respaldo de los otros grandes productores, aumento que, como hemos dicho, se ajustaba en gran medida al contenido de la nota. También sabemos que, en realidad, los precios aumentaron hasta aproximadamente 1,20 DM/kg. Por otra parte, en este contexto no resulta ilógico presumir que el acuerdo original sobre precios fue aplicado posteriormente, tal y como afirma la Comisión.

La Comisión considera que se trata del «acuerdo central» citado anteriormente y añade que el hecho de que Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz y Solvay apoyaran esta iniciativa sobre precios durante la reunión de París aboga fuertemente en favor de la conclusión de que dichos productores se hallaban implicados en el acuerdo/práctica concertada. Según la Comisión, el hecho de que ICI y Shell admitan haber estado en contacto con otros productores, sin que se haya podido determinar cuáles, corrobora por otra parte esta conclusión. Otra posibilidad, según la Comisión, es que únicamente los cuatro grandes productores hubieran celebrado el acuerdo central, no participando los demás en su elaboración, ni informando a los cuatro grandes de su adhesión al mismo antes de la reunión de la EATP. No obstante, según la Comisión, participaron de

todos modos en una práctica concertada puesto que se ha demostrado que colaboraron con los cuatro grandes en la aplicación del acuerdo celebrado entre estos últimos.

probablemente que los cuatro grandes se habían puesto de acuerdo. Ciertamente, la otra posibilidad es que toda su actuación constituyera una puesta en escena en honor de los clientes de las empresas y del público.

Como ya he dicho, en lo que respecta a los cuatro grandes productores, considero que disponemos de los elementos necesarios para considerarlos culpables en el sentido expuesto por la Comisión. No parece que exista motivo para dudar de la exactitud de la nota de Hercules y una lectura lógica de su contenido corrobora suficientemente el punto de vista de la Comisión. A ello se añade que dos de las empresas expresamente citadas en la nota admitieron de hecho la situación. Por otra parte, lo sucedido a continuación se ajusta perfectamente al contenido de la nota y es fácilmente comprensible que fuera necesario esperar un momento favorable para proceder al aumento de los precios, lo que por otra parte se dijo en varias ocasiones posteriormente.

No pretendo decir que sea impensable o improbable que, en una situación como la existente en aquel momento, hayan podido adoptarse decisiones rápidas para seguir al productor líder, tanto más en cuanto que el 22 de noviembre las empresas disponían precisamente de un foro apropiado para hacer públicas sus intenciones. Como he dicho, sabemos que determinadas empresas tuvieron contactos con los cuatro grandes, pero ignoramos cuáles y la identificación es necesaria para probar una verdadera participación de cada una de las empresas. Es evidente que pudieron haber existido negociaciones de pasillo, en relación con la reunión de París, y que pudieron adoptarse decisiones tras celebrar consultas telefónicas, pero no disponemos de ningún elemento de prueba a este respecto. Por consiguiente, es necesario admitir, en mi opinión, que las demás empresas, es decir Rhône-Poulenc, Chemie Linz, Hercules y Solvay, adoptaron cada una de ellas específica e independientemente la decisión de seguir a Montedipe.

En cuanto a las demás empresas que la Comisión considera implicadas, en mi opinión la situación es distinta. La nota de Hercules cita expresamente a los cuatro grandes productores y es lógico que se parta de la hipótesis de que los demás no participaron. Hercules fue informada de un acuerdo, probablemente al igual que otras empresas, pero no sabemos cuáles. Bien pensado, no sabemos nada importante sobre lo que ocurrió desde esta fecha hasta noviembre, cuando Monte anunció su aumento de precios. La cuestión consiste ahora en si se puede considerar que las empresas que apoyaron la iniciativa sobre precios en la reunión de París adoptaron, por su propia cuenta, entre el viernes 18 y el martes 22 de noviembre, la decisión de sumarse a la iniciativa, sabiendo

En mi opinión, ello es así aun cuando pudiera afirmarse que dichas empresas tuvieron conocimiento del acuerdo —ilícito— entre los cuatro grandes, y es forzoso admitir que Hercules estaba al corriente. En mi opinión, el hecho de alinearse sobre un nivel de precios en cuya fijación no se ha participado no puede ser en sí ilícito, como tampoco lo es el seguir a un «price-leader» y aquí se trata ciertamente del establecimiento en común por los cuatro grandes de un

forma de «price-leadership». ⁹² Un resultado contrario impediría a las empresas comportarse de manera inteligente frente al mercado existente, objetivo que no persiguen las normas en materia de la competencia (véase también la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto ICI, apartado 118).

En estas circunstancias, tampoco puedo sumarme a la tesis alternativa o subsidiaria de la Comisión sobre lo ocurrido. Es cierto que durante la reunión de la EATP, las empresas expresaron su apoyo al aumento de precios y al objetivo consistente en alcanzar un nivel de precios de 1,30 DM/kg. Pero si puede partirse de la hipótesis de que las decisiones fueron adoptadas individualmente, ¿es ilícito comunicarlas en un foro que puede calificarse de público? *A priori*, no es necesariamente así. Ciertamente, no puede descartarse que, existiendo un entendimiento subyacente, se utilicen medios públicos de comunicación para intercambiar signos que, en su conjunto, pueden considerarse como una concertación de prácticas, ⁹³ pero en los presentes asuntos no parece que existan elementos suficientes para que sea así.

Por tanto, en lo que respecta al año 1977, es necesario afirmar, en mi opinión, que los cuatro grandes, Monte, ICI, Hoechst y Shell, participaron en un acuerdo sobre un precio mínimo, tal y como afirma la Comisión, mientras que no existen pruebas que

92 — Véase la jurisprudencia americana, *Hunt/Mobil Oil Corp.* (Supreme Court, 1977) 465 F Supp. 195, 231, según la cual no basta, para considerar acreditado el comportamiento ilícito, que una empresa se halle en el lugar en que se ha cometido el acto ilícito, o haya tenido conocimiento ocasionalmente del comportamiento ilícito de otras personas.

93 — Véase, a este respecto, el modo en que el Sr. Van Damme se aparta en este punto de la crítica antes citada, realizada por el Sr. Joliet, de la sentencia ICI: *La politique de la concurrence dans la CEE*, p. 150.

permitan acreditar que los demás productores hicieran lo mismo.

6. Valoración de la situación en 1978

Como se ha dicho, la Comisión sostiene que la solidaridad expresada en la reunión EATP, en mayo de 1978, puede considerarse como el resultado de negociaciones secretas que, en su opinión, pudieron haberse llevado a cabo en las reuniones de jefes mantenidas en 1978 y en las cuales participaron una gran parte de los productores. Para corroborar su suposición, la Comisión se refiere a la declaración de ICI según la cual la idea de los precios objetivo se desarrolló en el transcurso de 1978.

Finalmente, la Comisión alega de manera general que el contenido de las reuniones de las que existen informes puede utilizarse en conjunto para valorar las reuniones de las que no se dispone de información detallada. A este punto de vista se oponen en general las demandantes y una de ellas (Rhône-Poulenc) alega, en concreto, que la Comisión no ha tenido en cuenta el hecho de que las prácticas colusorias evolucionaron en el transcurso del tiempo, partiendo de una forma quizá más modesta al principio, para convertirse posteriormente en un sistema más refinado.

En relación con el año 1978, no existen pruebas más directas, tales como las que poseemos en relación con períodos posteriores, y la única iniciativa en materia de precios que la Comisión considera haber encontrado es la «segunda parte» del acuerdo sobre precios mínimos de 1977. Ciertamente, circunstancias tales como las descritas por ICI, en las que empresas competidoras cele-

bran reuniones más o menos regulares para discutir sobre el mercado, la demanda, el equilibrio entre oferta y demanda y el nivel de precios de las diferentes partes del mercado, engendran sospechas. Más grave aún resulta cuando discuten sobre precios objetivo, objetivos en materia de cuotas, porcentajes de mercado, medidas compensatorias y sistemas de «account management» de clientes, hechos citados igualmente por ICI. Es evidente que, puesto que se produjo un hecho ilícito en 1977 y, como más adelante diré, existen pruebas de ilegalidades en relación con el año 1979 y siguientes, las primeras reuniones de las que tenemos conocimiento aparecen forzosamente rodeadas de un halo de duda. Por otra parte, una apreciación global de las prácticas colusorias revela que éstas se desarrollaron hasta constituir un haz cada vez más entrelazado de compromisos que debían hacer realidad los deseos de las empresas en materia de precios.

Por consiguiente, la cuestión consiste en determinar a partir de qué fecha es jurídicamente defendible afirmar que las negociaciones celebradas desembocaron en ideas comunes en tal grado que resulta justificada la calificación de acuerdo o de práctica concertada conforme al apartado 1 del artículo 85. Sabemos por ICI que la idea de precios objetivo nació durante el año 1978, pero no ha podido precisarse la fecha exacta. También sabemos por ICI que, hasta finales de 1978 o comienzos de 1979 sólo se celebraron las reuniones denominadas de «jefes», mientras que las reuniones de expertos, en las que participaban colaboradores de menor nivel jerárquico, que conocían mejor la cuestión de las ventas, únicamente se iniciaron en 1979.

En mi opinión, el desarrollo de los acontecimientos, tal y como lo conocemos, no deja

lugar a dudas sobre la existencia de negociaciones en 1978 cuyo objetivo era en cierto modo ilícito y que, posteriormente, tuvieron consecuencias ilícitas, pero es necesario que existan pruebas de que las negociaciones condujeron a tal o cual resultado concreto, en forma de acuerdos o de prácticas concertadas. Ahora bien, no disponemos de pruebas en este sentido durante dicho período.

En este contexto, opino que, en primer lugar, es necesario afirmar que no existen elementos lo suficientemente ciertos como para probar que las ideas en materia de precios objetivo se concretaron desde comienzos de 1978. De este modo, resulta dudoso en mi opinión que pueda considerarse como prueba el hecho de que las declaraciones realizadas en la reunión EATP en 1978 fueran la expresión de un juego concertado con anterioridad. En cualquier caso, en lo que respecta a los productores que no formaban parte del grupo de los cuatro grandes, creo que no existe ningún elemento cierto. Al igual que en 1977, su apoyo en favor del incremento de precios puede perfectamente explicarse como una reacción ante el anuncio del aumento de precios por parte de Monte, apoyo que probablemente se concretó porque conocían la existencia de un acuerdo celebrado entre los cuatro grandes y en el cual no habían participado.

En lo que respecta a estos últimos, quizá sería más fácil demostrar que prosiguieron con la actividad ilícita llevada a cabo, con toda probabilidad, en 1977. No obstante, también en relación con los cuatro grandes productores, existe una notable falta de pruebas de lo ocurrido, al menos durante una parte nada despreciable de 1978.

En resumen, considero que la Comisión no ha aportado, por tanto, pruebas de acuerdos

o de prácticas concertadas contrarias al apartado 1 del artículo 85, en relación con ninguna de las empresas ni, en cualquier caso, respecto de una parte importante de 1978.

En cuanto a los cuatro grandes productores, es necesario señalar, y volveré a ello posteriormente, que se ha extinguido su responsabilidad en lo que se refiere a la multa, responsabilidad que la Comisión, en mi opinión, ha probado respecto de 1977 y principios de 1978.

7. Valoración de la situación en 1979

Los documentos de prueba relativos al año 1979 consisten en diversos cuadros hallados en ICI, a los que se alude en el apartado 54 de la Decisión, así como una nota relativa a una reunión celebrada el 26 de septiembre de 1979. A ello hay que añadir las instrucciones sobre precios que se refieren a la primera iniciativa sobre precios mencionada en la Decisión.

En el primer cuadro (anexo 55 al pliego general de cargos), titulado «las ventas de los productores en Europa occidental (salvo en Turquía)», se calculan las ventas de los productores en los años 1976 a 1978 en las tres primeras columnas. Se trata de cifras de la totalidad de las demandantes en el presente caso, así como de los demás productores de Europa occidental. En una cuarta columna se hallan las cifras del año 1979 bajo el título de «reales». Una quinta columna muestra las cifras correspondientes al año 1979 bajo el título de «objetivo revisado». El cua-

dro siguiente (anexo 56), que se divide en una columna principal titulada «ventas» y en otras columnas tituladas «+ % v. 1979», «cuotas 1980» y «propuesta I», «propuesta II» y «propuesta III», procede probablemente, según ICI —en donde se halló el cuadro—, de uno de los productores alemanes o austríacos. En este último cuadro, se calcularon en primer lugar, según ICI, las ventas reales de los productores en Europa occidental durante los años 1976 a 1979. Siempre según ICI, en la columna «+ % v. 1979» se calculan las cifras de cada empresa en 1979, incrementadas en un 5 o un 10 %. La columna «cuotas 1980» constituye la propuesta del autor como «cantidad objetivo» para 1980. Las columnas «propuestas I, II y III» debían ser completadas por el representante de ICI. En la columna «propuesta III» figura la cantidad objetivo final propuesta como «cuota» para el año 1980.

Las cifras de la columna «1979, reales» del primer cuadro corresponden exactamente a la columna de 1979 del segundo cuadro. Las cifras de la columna «objetivo revisado 1979» del primer cuadro se apartan de las de la columna «1979, reales» en algunos puntos (hasta 5-7 %). En otros gráficos se reproducen las mismas cifras que las de «1979, reales».

En lo que respecta a las cuotas de producción, la nota sobre la reunión de 26 de septiembre de 1979 menciona, por una parte, que se admitió la importancia de un sistema fijo de cuotas y, por otra parte, contiene la frase «go for 80 % scheme as per recent Zurich note». En lo que respecta a esta última observación sibilina, ICI da la explicación siguiente (respuesta ex. artículo 11, p. 23): durante una reunión celebrada en Zúrich, los productores asistentes calcularon la cifra medida de ventas mensuales con arreglo a

las cifras de ventas totales en Europa occidental durante los ocho primeros meses de 1979. Se había previsto que la demanda mensual durante los tres últimos meses del año no sobrepasaría un 80 % de dicha demanda media mensual durante los ocho primeros meses del año. Por esta causa se propuso en la reunión que los productores limitaran sus aspiraciones con el fin de adaptarse a la situación descrita.

Por razones de procedimiento, otro documento, al que la Comisión alude en el párrafo tercero del apartado 54 de su Decisión, y que se refiere a los productores franceses, debe ignorarse, puesto que no fue enviado a todo el mundo [véase más arriba la letra c) del apartado 5 de la Sección A].

Como diré al referirme de nuevo a esta cuestión más adelante, la existencia del compromiso sobre cuotas para 1980 ha quedado suficientemente acreditada. Tampoco aquí existe duda de que la expresión «objetivo revisado» para 1979 significa forzosamente que existió un compromiso relativo a una parte más o menos importante del año 1979. Desconozco en qué momento se elaboró el primero de los cuadros descritos anteriormente, pero comparando las cifras reales para 1979 con algunas «cifras objetivo» revisadas para 1979, me veo fuertemente inclinado a pensar que, para el autor, se trataba de una comprobación *a posteriori* de concordancia o de no concordancia. Lógicamente, es evidente que nada impide que se estableciera durante el año 1979 —probablemente a finales— una cifra objetivo de venta y, en su caso también, un objetivo revisado. El informe de la reunión de 26 de septiembre de 1979 demuestra, en cualquier caso, que en esta época se trabajó sobre dicho problema.

Como se señala más adelante, conforme a las pruebas de que disponemos no existe motivo alguno para dudar de la existencia de una iniciativa sobre precios en la segunda mitad de 1979. Por el contrario, en mi opinión, no se ha demostrado suficientemente la existencia de un compromiso en materia de cuotas vigente desde principios del año 1979. Hemos de suponer que existió uno u otro compromiso durante los últimos meses de 1979, pero las pruebas disponibles no permiten suponer lo mismo en relación con el acuerdo sobre cuotas alegado por la Comisión.

En este contexto, considero que el Tribunal de Primera Instancia —si, por lo demás, está de acuerdo con mi apreciación de las pruebas sobre lo ocurrido posteriormente— debe admitir, a la vista de las pruebas, que salvo el acuerdo sobre precios mínimos de 1977, las primeras infracciones se produjeron en una fecha posterior a mediados de 1979 y no, como afirma la Comisión, en 1978 y a principios de 1979.

8. *Las iniciativas sobre precios*

a) La iniciativa sobre precios de julio a diciembre de 1979

La prueba principal de la Comisión en lo que respecta a esta iniciativa sobre precios reside en una nota de una reunión celebrada los días 26 y 27 de septiembre de 1979. La nota, hallada en ICI, alude en primer lugar a un «nivel general» de «1,70 a 1,75 DM», «4,0 FF/4,1» y «26-27 BFR». A continuación se lee que 2,05 (se ha probado que se trata de DM) sigue siendo el objetivo. Se añade inmediatamente que este precio, es decir 2,05, *no* puede evidentemente alcanzarse en octubre o noviembre, y que la

nueva fecha prevista es el 1 de diciembre. Finalmente, se afirma en relación con la cuestión de los precios «1 de noviembre 1,90 ó 1,95 — que debe decidirse desde ahora [...]» y posteriormente «but decision will be swift», cualquiera que sea el significado de estas palabras en su contexto.

En lo que respecta al resto de las pruebas de la Comisión, señalemos en primer lugar que los documentos procedentes de Shell, citados en el párrafo segundo del apartado 29 y en el párrafo primero del apartado 31 de la Decisión, no deben tenerse en cuenta, puesto que no fueran enviados a todas las empresas en el marco del procedimiento administrativo (véase pp. II-897 y ss.).

En *European Chemical News* (en lo sucesivo, «ECN») de 30 de julio de 1979, se señala, en un artículo titulado «Montedison propone un aumento de los precios del polipropileno en Europa», que Monte planeaba aumentar los precios para toda Europa en un 8 % a partir del 27 de agosto. Según ECN, este aumento situaba los precios en 920 LIT/kg, 2,05 DM/kg, 4,70 FF/kg y 33 BFR/kg, respectivamente, para la venta a los clientes importantes. A continuación, se señala en el artículo que el Director General de la división de plásticos de Monte habría dado a entender, al igual que otros grandes productores, que se produciría una nueva serie de aumentos antes de finales de año. Posteriormente se reproducen las declaraciones del Director del sector de polipropileno de ICI en el sentido de que «ICI apoya totalmente la iniciativa de Montedison», añadiendo que numerosos operadores de este sector industrial confiaban en que ICI anunciara en breve plazo los correspondientes aumentos. Finalmente se señala que Shell apoya a Montedison y que las empresas de Shell en Europa intentarían alcanzar

los 2,05 DM/kg que Monte fijó como objetivo. Según este artículo, Shell planeaba un aumento de los precios del polipropileno para finales de agosto o principios de septiembre.

En una carta de 29 de agosto de 1979, ATO-Chimie fijaba los siguientes precios, a partir del 1 de septiembre de 1979, para los lotes de veinte toneladas: 4,70 FF para la «fibre», 4,70 FF para el «moulage homopolymère», 5,00 FF para el «moulage copolymère» y 4,90 FF para el «film homopolymère». La lista establece asimismo los precios para otras calidades. También figuran aumentos de precios para diferentes calidades y para cantidades inferiores a veinte toneladas.

Mediante circulares prácticamente idénticas de fechas 24 y 26 de julio de 1979, BASF anunció a sus oficinas en Alemania, Reino Unido, Bélgica, Francia e Italia, aumentos de precios aplicables a partir del 20 de agosto de 1979 en Alemania y del 1 de septiembre de 1979 en los demás países. Las cartas justifican el aumento por el alza de los precios de la materia prima durante el tercer trimestre y precisan que se eligió esta fecha para el aumento en razón de las vacaciones, a pesar de que ya era absolutamente necesario. Los precios establecidos para las citadas fechas se indican del siguiente modo: «Grobtextil 2,05 DM/kg, Spritzguß 2,05 DM/kg, Folie 2,10 DM/kg» para una calidad denominada «Novolen 11» y el precio se incrementa en 0,10 DM para una calidad denominada «Novolen 13». Los precios indicados se califican de «precios mínimos», mientras que los «precios máximos» se sitúan en 2,45 DM/kg y 2,55 DM/kg, respectivamente, para ambas calidades. Algunas de estas cartas con instrucciones sobre precios señalan además que los aumen-

tos son necesarios, a pesar de que el aumento de precios comunicado en mayo de 1979 «no pudo imponerse en cualquier caso completamente». Las cartas dirigidas a las oficinas de los demás países citan para la «rafia» y el «Spritzauß» 33 BFR/kg, 4,70 FF/kg, 920 LIT/kg, y 500 y 510 UKL/t.

Mediante circular de 20 de julio de 1979, Hoechst anunció los nuevos precios previstos para el polipropileno, justificando el aumento por el precio al alza del mismo y partiendo de los precios base siguientes para una calidad denominada «Hostalen PP — Homopolymer natur/Granulat im Sack»: Alemania 2,06 DM/kg, Francia 4,70 FF/kg, Gran Bretaña 500 UKL/t, Italia 925 LIT/kg y Bélgica 32,50 BFR/kg. Según la circular, el aumento de precios debía aplicarse a todos los suministros realizados en septiembre. La nueva lista de precios fue enviada mediante circular de 1 de agosto de 1979 y debía aplicarse a todos los suministros realizados a partir del 3 de septiembre. La lista, presentada como de uso interno, indica los precios mínimos y máximos para los suministros de veinte toneladas. Menciona seis calidades diferentes de 202 a 207 DM/100 kg, figurando todas las demás calidades con precios superiores. Por otra parte, existe una columna con precios mínimos ligeramente superiores para los clientes que compran menos de veinte toneladas por entrega. Según la circular, los precios se indican de este modo para permitir cierto margen de maniobra. Finalmente se aconseja consultar con la oficina principal para algunos casos calificados de «casos especiales/clientes importantes».

En el télex de 30 de julio de 1979 de «ICI Europa» a «ICI Germany» figuran los

«precios objetivo mínimos» para septiembre: «rafia 2,05; ho moulding 2,05; co moulding 2,20; ho cast film 2,10»; esta última cifra está tachada a mano y sustituida por «2,05 DM/kg». En las notas relativas a la lista de precios se lee que las primas y descuentos siguen siendo los mismos y que el «oriented film» se paga a 1,90 DM y pasará a 2,05 DM a partir del 1 de septiembre.

Mediante una circular de fecha 30 de julio de 1979, ICI anunció un aumento de precios general de 25 UKL/t, a partir del 1 de septiembre. De este modo, la variedad «Homopolymer — Film Yarn» debía pasar de un precio mínimo de 475 UKL/t a 500 UKL/t. El «Moulding» y el «Film» debían pasar, respectivamente, a 510 y 550 UKL/t y el «Copolymer — General purpose» debía pasar a 550 UKL/t. Por otra parte, se indicaba que ICI esperaba que el nivel de precios en el continente se situara en 2,05 DM/kg en septiembre. En una circular posterior, de 28 de septiembre de 1979, se afirma que el nivel de precios en el continente era algo inferior al nivel de 2,05 DM, anunciado por Montedison a principios de agosto. A continuación figuran datos sobre el nivel de precios en Alemania, en Francia y en Bélgica, situado, respectivamente, en 1,70-1,75 DM/kg; 4,00-4,10 FF, y 26,00-27,00 BFR. Posteriormente se afirma que ya es evidente que el precio de 2,05 DM no se alcanzará en el continente, pero que ICI continúa pensando que lo podría alcanzar en noviembre/diciembre y que esta empresa apoyaría activamente los intentos por alcanzar este nivel de precio. Por consiguiente, la carta da instrucciones de no subir el precio a 500 UKL/t a partir del 1 de octubre, pudiendo aún los clientes importantes, durante un mes, comprar al precio 475 UKL/t.

Mediante télex de 20 de junio de 1979, Chemie Linz informó a sus oficinas de venta en Alemania que se había adoptado, el 19 de junio, una decisión definitiva en el sentido de aumentar los precios hasta 1,90 DM para la rafia. Chemie Linz explica, a continuación, que los competidores intentarían aplicar un aumento de precio el 1 de julio de 1979, según las informaciones difundidas por éstos a sus oficinas locales. Añadía que, dado que la flexibilidad de los precios de los competidores forzosamente disminuiría, cabría esperar más contactos por parte de los consumidores. Finalmente, se decía que era necesario y posible intentar obtener un nuevo aumento de precios, por importe de 0,15 DM, para el 1 de septiembre. A continuación se añade entre paréntesis (DM 2,05), y escrita a mano la palabra «Rafia».

En una carta de 30 de julio de 1979, Shell anunció su intención de aumentar los precios el 1 de septiembre en 25 UKL/t para todas las calidades. Según la misma, habría que transmitir esta información a todos los clientes entre el 30 de julio y el 1 de agosto. En la carta se hablaba también de los precios en el continente y se decía que Montedison había publicado un comunicado de prensa indicando que aumentaría sus precios para el polipropileno en Europa a partir del 27 de agosto, para alcanzar los precios a los que también aludía la noticia de *European Chemical News*. A continuación, se decía que las transacciones en Europa se realizaban en aquel momento al precio de 425 UKL/t, lo cual hacía necesario un importante aumento para alcanzar los precios anunciados. Shell estimaba, además, que quizá se produciría un aumento progresivo a lo largo del mes de septiembre, en vez de un aumento de golpe el 1 de septiembre. Finalmente expresaba su esperanza de evitar este tipo de situación en el Reino Unido. Bajo la firma, se había escrito a mano:

«Floor PPF 500
HPM 510»

Para finalizar, citemos un recorte de prensa de *European Chemical News* de 6 de agosto de 1979, facilitado por Atochem. Bajo el título de «ICI se adhiere a la última iniciativa de precios PP», se afirma que ICI había anunciado, en relación con la iniciativa de precios de Montedison de la semana anterior, que tenía intención de aumentar sus precios del polipropileno en el mercado europeo entre un 5 y un 10 % a partir del 1 de septiembre. De este modo, el homopolímero se situaría en 500 UKL/t, comparado con el nivel de 480 UKL/t del 1 de junio.

Si —como hemos dicho anteriormente en la p. II-972— los informes de las reuniones internas de Shell de los días 5 de julio de 1979 y 12 de septiembre de 1979 no pueden utilizarse como prueba frente a las empresas, el fundamento de algunas de las conclusiones de la Comisión que figuran en los apartados 29 a 31 de la Decisión queda considerablemente debilitado. De este modo, la presunción de que la iniciativa en materia de precios se desencadenó a partir del 1 de julio de 1979 sólo queda corroborada, en cierta medida, por el télex de 20 de julio de 1979 de Chemie Linz. En efecto, el informe de la reunión de los días 26 y 27 de septiembre no aporta directamente ningún dato a este respecto.

Por el contrario, considero que los documentos a los que brevemente acabo de aludir prueban suficientemente la iniciativa emprendida a partir del 1 de septiembre de 1979. En primer lugar, el informe de la reunión de los días 26 y 27 de septiembre de 1979 demuestra que se fijó un precio objetivo, que regiría a partir de una fecha no especificada, pero anterior al 26 de septiembre. Monte anunció un aumento de precios,

reflejado en el *European Chemical News* de 30 de julio, que debía entrar en vigor el 27 de agosto. No obstante, BASF, Hoechst y Chemie Linz habían anunciado exactamente los mismos aumentos de precios, para aproximadamente la misma fecha, poco tiempo antes de dicha publicación. Shell e ICI enviaron sus cartas el 30 de julio y, naturalmente, puede pensarse que, como afirma Shell, dichas empresas actuaron con arreglo a un comunicado de prensa que Monte podía haberles enviado algunos días antes de su publicación en *European Chemical News*. En cualquier caso, estas empresas reaccionan con suma rapidez. Sin embargo, opino que, en la medida en que se ha acreditado que se celebraron reuniones, que es evidente que al menos tres empresas llegaron, de manera difícilmente explicable, a exactamente las mismas conclusiones que Monte en cuanto al nivel de precios que debía practicarse a partir de una determinada fecha y que, del informe de la reunión antes citada se desprende que era precisamente ese nivel de precios el que debía alcanzarse antes del 26 de septiembre, puede afirmarse sin duda alguna que el nivel de precios y su fecha de entrada en vigor fueron objeto de un acuerdo o de una concertación.

b) De enero a mayo de 1981

La Comisión no ha podido encontrar los informes de las reuniones que, como ella misma afirma y como reconocen ICI y otras demandantes, se celebraron en 1980. La iniciativa sobre precios para 1981, que parece hallarse dividida en etapas, se presenta en tres partes en los anexos a la carta de la Comisión de 29 de marzo de 1985 que abarcan, respectivamente, enero de 1981, febrero/marzo de 1981 y mayo de 1981.

El documento interno de Solvay citado en el apartado 32 de la Decisión, con la información que contiene, no puede tenerse en cuenta, puesto que no fue enviado a las empresas en el procedimiento administrativo ni tampoco ha sido aportado en el presente proceso.

En su Decisión, la Comisión afirma que se emprendió una iniciativa sobre precios a finales de 1980, fijando un precio objetivo de 1,50 DM/kg. Esta afirmación se basa únicamente en una serie de instrucciones sobre precios, dictadas por distintas empresas cuyo objeto era elevar los precios hasta dicho nivel, que los productores consideraban alcanzable, según *European Chemical News* de 10 de noviembre de 1980, antes de finales de año.

En un memorándum de 8 de diciembre de 1980, DSM comunicó a sus servicios internos las directrices relativas a los precios de venta que debían regir a partir del 1 de enero de 1981. En relación con una calidad denominada «HEX», las cifras indicadas para Alemania occidental, Francia y el Reino Unido eran de 1,30/1,50, 3,50/3,50, 320/325, respectivamente. En el cuadro figuraba también la observación «Rock Bottom/Verkoop Richtlijn», lo que la Comisión interpreta en su descripción del documento como un precio mínimo y un precio objetivo, respectivamente.

El 22 de octubre de 1980, ICI informó a su filial en Alemania de los «precios objetivo para finales de 1980». Los precios indicados para noviembre eran de 1,30, 1,50 y 1,85 y para diciembre 1,50, 1,70 y 2,00 en lo que se refiere, respectivamente, a la rafia y a los homopolímeros, así como a los «copolymeri general purpose». Mediante un circular interna de 1 de diciembre de 1980, ICI anun-

ció precios mínimos aplicables a partir del 5 de enero de 1981 de 320 UKL/t para la rafia, 380 UKL/t para el «Homopolymer — Moulding» y de 430 UKL/t para el «Copolymer — General purpose». La carta se hacía eco de un rumor según el cual Shell habría escrito a sus clientes para anunciarles un aumento de precio de 30 UKL/t a partir del 1 de enero de 1981. Asimismo, la carta contiene recomendaciones sobre el modo de actuar en caso de que fuera necesario aceptar un compromiso en lo relativo a los precios objetivo. En algunos télex, cuya fecha resulta ilegible, dirigidos a ICI en Francia y en Italia, los precios que se indican como «precios mínimos deseables a partir de comienzos del año próximo» son: (FF) 3,50, 4,10, 4,00 y 4,30 para enero y 4,00, 4,40, 4,30 y 4,60 para febrero, y de (LIT) 720, 760, 750 y 850 para enero y 830, 860, 850 y 950 para febrero.

En un documento interno de Hoechst, que originalmente iba fechado el 29 de octubre de 1980, figuran los «Mindestpreise» y los «Zielpreise/Minimum» probablemente aplicables en diciembre de 1980 y enero de 1981. Este documento indica 1,50 DM/kg, 1,70 DM/kg y 1,95 DM/kg como precios objetivo para las calidades básicas. Los precios mínimos indicados son inferiores entre 0,25 DM y un 0,30 DM. Los datos que figuran en el documento están tachados y se ha escrito a mano la fecha de 5 de enero de 1981 y, como fecha de entrada en vigor, se indica febrero de 1981. Los precios que se señalan como objetivo para las calidades básicas son 1,75, 1,85 y 2,00 DM/kg.

Mediante télex de 31 de diciembre de 1980, Chemie Linz informó a su oficina de ventas en Alemania de que los precios se situarían, a partir de enero, en 1,50, 1,70 y 1,95 DM/kg para las calidades básicas y, a

partir de febrero, en 1,75, 1,85 y 2,00 DM/kg. Entre otras cosas, se indica en la carta que sería probablemente necesario hallar soluciones provisionales en algunos casos.

El 9 de diciembre de 1980, Monte informó a su oficina de venta en Italia de que, a partir del 31 de diciembre de 1980, los precios serían de 720, 750 y 870 LIT. Monte indicaba que se realizaría un seguimiento de la evolución de la situación con el fin de garantizar los mejores resultados posibles en cuanto a la relación precio/cantidad.

El 17 de diciembre de 1980, Shell publicó la información según la cual varias sociedades Shell habían fijado los precios mínimos válidos a partir del 1 de enero de 1981 en 1,50 DM/kg, 1,70 DM/kg y 2,00 DM/kg para las calidades básicas. Shell añadía que se había anunciado un nuevo aumento de los precios de 0,25 DM/kg a partir del 1 de febrero.

Finalmente, en las instrucciones dadas a Saga en Gran Bretaña figuran importes equivalentes.

Como he dicho anteriormente en la p. II-975, ICI había señalado en su circular de 1 de diciembre de 1980: «It has become clear today via various messages from the marketplace that Shell [...]». ICI justificaba frente a sus filiales el hecho de que ella misma deseaba aumentos de precio equivalentes: «We will be supporting Shell's initiative [...]». Por el contrario, ningún otro elemento en los presentes asuntos demuestra que un «price leader» hubiera anunciado un nivel de precios al que los demás simplemente se ha-

brian ajustado. De este modo, las declaraciones anónimas, bastante vagas, realizadas a *European Chemical News*, no parece que puedan explicar por qué, de hecho, se fijó un nivel de precios tan uniforme en tantas empresas. A ello hay que añadir que la similitud de las comunicaciones de dichos precios resulta particularmente chocante.

En estas circunstancias, opino que la descripción que figura en el apartado 32 de la Decisión es correcta, con la salvedad de que no se entiende en qué se basa la Comisión para presumir la existencia de un plan original para aplicar el aumento de precio el 1 de diciembre de 1980.

El contenido de la Decisión queda corroborado por el informe, sumamente detallado, de dos reuniones celebradas en enero de 1981 en las cuales participaron numerosas empresas (pero no Petrofina, como la Comisión admitió durante la vista). En él se señala el nivel de precios en una serie de países. En lo que respecta a Alemania, se lee que los precios habían aumentado, pero no al nivel acordado, sobre todo en lo que respecta a la rafia.

El informe finaliza con un «consenso» sobre el hecho de que el objetivo de 1,75 DM debía mantenerse y pasar a 2,00 DM el 1 de marzo «sin excepción», tal y como se afirma en el apartado 33 de la Decisión.

Las instrucciones sobre precios enviadas, y a las que se refiere el último párrafo del apartado 33 de la Decisión, se ajustan en lo esencial a dicho consenso, con excepción de las instrucciones de ATO que se apartan algo del mismo.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, no veo razón alguna para dudar de las afirmaciones esenciales de la Comisión en materia de prueba, contenidas en los apartados 32 y 33 de la Decisión.

Según los elementos de que disponemos, la última parte de la «iniciativa» de enero a mayo de 1981 parece haber sido, más o menos, un fiasco. El análisis de las instrucciones sobre precios citadas en el apartado 34 de la Decisión demuestra que las empresas de que se trata intentaron fijar los precios al nivel indicado, aparentemente sin éxito. No obstante, como he dicho anteriormente, considero que para apreciar si se ha producido una infracción, el hecho de que la iniciativa haya fracasado, en mayor o menor medida, no es decisivo. En este contexto, habida cuenta de que las empresas se reunieron inmediatamente antes y que no se ha aportado ningún elemento que pueda ofrecer otra explicación creíble, no se puede razonablemente dudar de que forzosamente los precios fueron concertados o acordados.

c) De agosto a diciembre de 1981

El análisis detallado, que figura más arriba, de los documentos de prueba relativos a las primeras iniciativas sobre precios ha puesto de manifiesto que, en lo esencial, la apreciación de las pruebas por parte de la Comisión estaba sólidamente fundada. De este modo, en general, únicamente la obligación de no tener en cuenta los documentos que no pueden utilizarse por razones procesales —como se ha explicado antes más en detalle en la letra c) del apartado 5 de la Sección A— ha modificado ligeramente el telón de fondo de la situación.

Por esta razón —teniendo en cuenta asimismo la extensión de las presentes conclusiones— me limitaré a los pasajes de la Decisión relativos a las iniciativas sobre precios posteriores, en relación con las cuales deseo realizar algunas observaciones concretas.

Según el cuadro 3, anexo a la Decisión de la Comisión, durante el período relativo a la iniciativa sobre precios citada en el encabezamiento, se celebraron reuniones los días 28 de julio, 4 de agosto, 28 de agosto, 17 de noviembre, 20 de noviembre, así como los días 16 y 18 de diciembre de 1981.

Durante la reunión de 15 de junio de 1981, citada en el apartado 35 de la Decisión, los Sres. C. R. Green de ICI, J. E. Lane de Shell y E. Zacchi de Monte discutieron las distintas soluciones posibles para el problema de que la tendencia al alza de los precios cesó a lo largo de los cuatro o cinco primeros meses del año. Una de las posibilidades a que se aludió fue aumentar los precios 0,20 DM/kg a partir del 1 de julio.

Tal y como la Comisión expone en su Decisión como introducción a este punto, Shell e ICI ya habían contemplado la posibilidad, desde las cartas antes citadas, de aumentar los precios en septiembre/octubre.

Según la Decisión, «pocos días» después de la reunión de 15 de junio, ICI y Shell dieron instrucciones a sus colaboradores de preparar el mercado para un aumento de los precios en septiembre, basándose en un precio de la rafia de 2,30 DM/kg. Esta rela-

ción directa entre la reunión de 15 de junio y las comunicaciones de ICI y de Shell, enviadas respectivamente el 17 y 19 de junio, no resulta evidente a primera vista. Ciertamente, Shell habla de un precio mínimo de 2,00 DM/kg en julio, pero la única información equivalente en el presente caso es la que figura en el informe de una reunión celebrada el 27 de mayo de 1981 entre los Sres. C. R. Green de ICI y J. E. Lane y G. Dewick de Shell, en el que al comparar los precios resulta un precio medio de 1,8 DM para la rafia y 2,1-2,2 DM para los copolímeros (anexo 64/1 al pliego general de cargos). Ahora bien, la Comisión ni siquiera invoca el documento en este contexto. Lo único que se desprende de los datos más precisos de ambas comunicaciones es que se deseaba aumentar los precios hasta 2,30 DM/kg a principios de septiembre y esto no tiene nada que ver *a priori* con los posibles aumentos de precios para el 1 de julio de 1981, citados en el informe de la reunión. De este modo, no puede afirmarse que existe una relación directa entre ambos documentos.

La carta de 17 de julio de 1981 de Solvay a sus oficinas de venta en el Benelux, que creo no ha sido aportada en el presente caso, no puede servir de prueba frente a las empresas.

Según los datos de que dispongo, el 28 de julio de 1981 tuvo lugar una reunión de expertos y existe un documento que parece que podría presentar cierta relación con esta reunión, a saber, una nota escrita por uno de los directores de Hercules al Sr. Bastiaens. En ella se dice que los precios «oficiales» para agosto y septiembre son, respectivamente, de 2,00 DM y 2,20 DM para la rafia, de 2,25 y 2,40 DM para el «Moulding» y de 2,40 DM y 2,55 DM para los copolímeros.

En el párrafo segundo del apartado 35 de la Decisión, la Comisión se refiere a la existencia de un proyecto inicial centrado en un precio de 2,30 DM/kg en septiembre de 1981 y al hecho de que este proyecto fue probablemente revisado en la reunión de 28 de julio. Como se deducirá de lo anterior, el único elemento que permite presumir la existencia de un proyecto inicial concertado reside en las cartas de los días 17 y 19 de junio de 1981 de Shell y de ICI a este respecto, y no poseemos información alguna sobre la celebración de reuniones durante el período anterior al 28 de julio, con excepción de la del 15 de junio.

Por consiguiente, lo que sabemos es que, tras la reunión de 15 de junio, ICI y Shell planearon alcanzar un nivel de precio de 2,30 DM el 1 de septiembre. Sin embargo, el primer indicio sólido que aparece es la celebración de la reunión del 28 de julio de 1981, en relación con la nota de 29 de julio de Hercules sobre los «precios oficiales» para agosto y septiembre.

En este contexto, opino que no existen pruebas suficientes de un «proyecto inicial» como el contemplado al principio del párrafo segundo del apartado 35 de la Decisión.

Las instrucciones sobre precios citadas en el párrafo tercero del apartado 35 de la Decisión, relativas a los precios para el 1 de octubre de 1981, fueron enviadas de la siguiente manera: el 7 de agosto, BASF comunicó los precios para el 1 de septiembre y, el 7 de septiembre, los precios para el 1 de octubre. DSM envió instrucciones sobre precios mediante carta de 6 de agosto de 1981. Hoechst envió dos cartas (probablemente) el 29 de julio y el 13 de agosto, respectivamente. ICI envió el 4 de agosto y el 7 de septiembre de 1981 cartas relativas a los

precios a partir del 1 de septiembre y el 5 de octubre, respectivamente. Monte envió una carta el 4 de septiembre de 1981 para los meses de septiembre y de octubre. Shell comunicó el 28 de agosto el nivel de precios para el 1 de septiembre y el 1 de octubre. Este aumento de precios, al que alude el párrafo primero del apartado 36 de la Decisión, únicamente se cita en esta carta como «nov. 2,5 DM/kg».

El 23 de diciembre de 1981, ICI comunicó los precios para enero de 1982. Shell informó, el 5 de noviembre de 1981, de los precios objetivo para noviembre y diciembre. El 27 de noviembre, comunicó los precios para enero de 1982.

El análisis de estas instrucciones sobre precios pone de manifiesto que la Comisión puede legítimamente calificarlas de casi idénticas. Teniendo en cuenta el hecho de que es evidente que se celebraron reuniones poco tiempo antes del envío de la mayor parte de las instrucciones sobre precios y que, además, existen iniciativas sobre precios bien demostradas, opino que sin vacilación alguna puede considerarse probado que dicha iniciativa también tuvo lugar en lo que respecta a septiembre y, probablemente, al resto del año 1981.

d) Los períodos de junio a julio de 1982 y de septiembre a noviembre de 1982

En lo que respecta a este período, la Comisión denunció dos iniciativas sobre precios. Han quedado particularmente bien probadas a través de los informes de las reuniones y no requieren comentarios especiales.

e) El final de las prácticas colusorias en materia de precios

La última iniciativa sobre precios citada en la Decisión comienza, según ésta, en julio de 1983. En lo que respecta al período que abarca hasta la última reunión, celebrada el 29 de septiembre de 1983 (quizá el 30 de septiembre), antes de la visita de inspección de la Comisión, el contenido de la Decisión no requiere ningún comentario. Al igual que para el período de junio de 1982 a noviembre de 1982, las pruebas son tan abundantes que no procede tratarlas en detalle en las presentes conclusiones. Señalemos que dos documentos procedentes de Shell, citados en el apartado 49 de la Decisión, no pueden invocarse para probar la existencia de las prácticas colusorias. Se trata de un documento titulado: «PP W. Europe-Pricing» y de un informe interno de 14 de junio de 1983. Según la Comisión, todas las demandantes tuvieron la posibilidad de examinar estos documentos cuando se les puso de manifiesto el expediente. Como he dicho anteriormente, considero que ello no basta.

No obstante, el hecho de que ninguno de estos dos documentos pueda ser utilizado no debilita en modo alguno, en mi opinión, la conclusión de la Comisión.

Finalmente, se ha planteado la cuestión de cómo debía valorarse el período posterior a la última reunión y, en su caso, a la visita de inspección de la Comisión.

Varias demandantes han alegado que las prácticas colusorias en materia de precios deben considerarse, en cualquier caso, fina-

lizadas cuando se celebró la última reunión. Por el contrario, la Comisión considera que, incluso tras el 29 de septiembre de 1983, las empresas concertaron sus prácticas basándose en los acuerdos celebrados con anterioridad.

No parece particularmente importante, en el presente caso, saber en qué medida las prácticas colusorias produjeron también determinados efectos tras la visita de inspección de la Comisión, puesto que, en cualquier caso, esta posibilidad sólo se refiere a algunos meses más. Habida cuenta de la duración de las prácticas colusorias, la cuestión de si los acuerdos celebrados antes del 13 y 14 de octubre de 1983 fueron aplicados algún tiempo después de las mencionadas fechas no posee evidentemente gran importancia para determinar el importe de las multas.

No obstante, la opinión de las demandantes en lo que respecta a la situación jurídica durante el último período de las prácticas colusorias no es correcta. No puede considerarse finalizada la actividad ilícita cuando la Comisión interviene y posiblemente detiene de este modo la actividad organizada en forma de reuniones. Lo decisivo son los efectos de las prácticas colusorias.

Respecto a este problema, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1985, Binon,⁹⁴ se afirma: «Por otra parte, el artículo 85 también se aplicaría si se prolongara el comportamiento paralelo de los editores tras la extinción del antiguo acuerdo sin que se celebrara uno nuevo [...] el régimen de competencia establecido por los artículos 85 y siguientes del Tratado se ocupa del resultado económico de los acuerdos, o

94 — (243/83, Rec. pp. 2015 y ss., especialmente p. 2040), apartado 17.

de cualquier forma similar de concertación o de coordinación, más que de su forma jurídica» (*traducción provisional*). Del mismo modo, puede leerse en la sentencia de 25 de julio de 1976, EMI Records/CBS United Kingdom,⁹⁵ que los acuerdos (prácticas colusorias) cuyos efectos se prolonguen tras haber dejado formalmente de existir también caen en el ámbito de aplicación del artículo 85. En ambos casos, el contexto era algo distinto del de los presentes asuntos. Se trataba de acuerdos regulares que habían dejado formalmente de existir y no de medidas adoptadas en el marco de las prácticas colusorias, en el que los acuerdos, por naturaleza, se caracterizan por el hecho de que las partes eran perfectamente conscientes de la ilegalidad de sus proyectos.

No obstante, los principios deben ser los mismos. De este modo, si puede afirmarse que se siguieron modelos paralelos durante un determinado período tras haber sido suspendidas las reuniones, es lógico suponer que se pusieron en práctica acuerdos o una concertación anteriores durante un período posterior a la visita de inspección de la Comisión. En mi opinión, no existe apenas duda de que las instrucciones sobre precios para el período de que se trata, es decir, octubre y noviembre de 1983, ponen de manifiesto que deben haber existido acuerdos o una concertación. Por esta razón, estoy de acuerdo con la Comisión en que, probablemente, las prácticas colusorias no dejaron de existir sino algunos meses después de la última reunión. Ello es así, a pesar de que el documento citado en el párrafo tercero del apartado 51 de la Decisión, hallado en ATO, no pueda utilizarse contra las empresas, puesto que no fue enviado a todas ellas.

9. Los sistemas de cuotas

Como se desprende de las observaciones realizadas en el apartado 7 anterior, en lo relativo a la situación durante 1979, opino que no disponemos de fundamentos suficientes para afirmar la existencia de un sistema de cuotas durante todo el año 1979. Por tanto, el primer sistema de cuotas que se abordará en esta parte es el acuerdo sobre cuotas invocado por la Comisión en relación con el año 1980.

Tal y como expone la Comisión en el Capítulo VII de la Decisión y como demuestran los documentos de prueba, las empresas utilizaron «objetivos en materia de volumen», «objetivos de volumen», «cuotas» o «aspiraciones». Estos conceptos presentan exactamente las mismas dificultades de interpretación que los «precios objetivo». No obstante, como he dicho anteriormente, apartado 6 de la Sección E, debemos presumir que los acuerdos o la concertación caen bajo la prohibición del apartado 1 del artículo 85, a pesar de que, con arreglo a su contenido, tengan en cuenta en gran medida las condiciones materiales del mercado. Lo mismo puede afirmarse en relación con los objetivos en materia de cuotas.

a) Sistema para 1980

Como he dicho anteriormente, en el informe de la reunión de 26 de septiembre de 1979 se afirma que es esencial («essential») un sistema fijo de cuotas. Ello demuestra que en aquel momento el problema se había debatido y, como he dicho en el apartado 7 anterior, existen determinados elementos que apuntan a la existencia de cierto tipo de sistema de cuotas a finales de 1979.

95 — (51/75, Rec. pp. 811 y ss., especialmente p. 849), apartados 30 a 32.

En el otro extremo del período de tiempo de dicho sistema de cuotas, tenemos el informe de una reunión de expertos celebrada en enero de 1981. En él figuran las cifras de venta provisionales para 1980 y se comparan las ventas respectivas del cuarto trimestre de 1980 y de los mismos meses de 1979. Se afirma que, en cada uno de los meses del último trimestre de 1980, las ventas fueron superiores a las de los meses correspondientes de 1979 y que las ventas globales en 1980 sólo eran inferiores en un 3 % a las ventas en 1979. A continuación, se calculan las cifras de venta de cada empresa en una columna. Junto a ésta, figura una segunda columna con el cálculo de un objetivo para cada empresa basado, en los propios términos del informe, en «un mercado de 1,2 millones de toneladas en Europa occidental para 1980». En un comentario a estas cifras se puede leer que, de los cuatro grandes productores, únicamente ICI se ha apartado del objetivo. El informe añade que DSM negó haber asumido cualquier tipo de compromiso para reducir el objetivo inicial, que las cifras de Amoco eran, en general, pura conjetura y que las correspondientes a Hercules parecían no ajustarse a la impresión que daba la actividad de esta empresa en 1980. El informe explica, a continuación, que no se ha facilitado ninguna cifra de Solvay y BP, pero que, al comparar las demás cifras, se llegaba a una estimación de las ventas totales de noventa mil toneladas contra un objetivo de setenta y un mil toneladas.

intentado anteriormente aumentar los precios durante el año, constituía un factor importante.

En lo que se refiere al propio año 1980, existe un cuadro (anexo 60 al pliego general de cargos) al cual se remiten los párrafos primero y segundo del apartado 55 de la Decisión. Sobre el cuadro escrito a máquina y titulado «polipropileno — objetivos de ventas 1980 (en miles de toneladas)» se ha añadido, a mano, la fecha del 28 (o quizá del 26) de febrero de 1980. El cuadro contiene cuatro columnas tituladas «objetivos 1980/basados en 1979; revisiones Petrofina», «propuesta inicial», «revisiones propuestas» y «objetivos acordados». En esta última columna figura una cifra para cada empresa cuyo total suma lo que se califica de «max. 1390» (miles de toneladas). Al final del documento se ha escrito «1.390.000 toneladas representarán + 12,1 % con respecto a 1979». Al lado de las empresa Saga, Tagasa/Paular, BASF y Petrofina figura un asterisco que remite a una nota en el documento según la cual las cifras «serán controladas». En la columna «revisiones propuestas» de Petrofina figura la observación «max. 20», que se repite en la columna «objetivos acordados». Esto se debe a que, según los datos facilitados, Petrofina no entró en el mercado hasta 1980.

El objetivo indicado para ICI es de 139.200 toneladas y sus ventas reales de 128.100 toneladas. En lo que respecta a la situación de ICI, en el informe se lee que una parte del problema de esta empresa se debía evidentemente a una severa recesión en el Reino Unido, pero que la «retirada de Dundee», provocada por el hecho de que ICI había

Las cifras que figuran en la columna «propuesta inicial» equivalen, casi sin excepción, a las cifras citadas en la columna «propuesta I» en el documento al que hemos aludido anteriormente (anexo 56), encontrado en ICI, pero que podría proceder de uno de los productores alemanes. Por otra parte, la misma columna de este documento contiene

una serie de cifras entre paréntesis que, si se las compara con las cifras que figuran en la columna «propuesta II» del documento, equivalen a las de la columna «agreed targets» del documento citado en primer lugar, en lo que respecta a las empresas para las que se propusieron «revisiones». En la columna «propuesta III» del anexo 56 figuran cifras que, en lo fundamental, equivalen a los «objetivos acordados» del documento citado en primer lugar y que suman un total de 1.378.000 toneladas. Existen diferencias en relación con Petrofina (15.000 en lugar de 20.000), BASF (60.000 en lugar de 64.000) y Saga (35.000 en lugar de 38.000), es decir, en total 12.000 toneladas, diferencias que se refieren a tres de las cuatro empresas que, según el anexo 60, debían ser controladas.

Las cifras que figuran en la columna «objetivos acordados» del anexo 60 se reproducen en el anexo 57, un documento procedente de ICI, de fecha 8 de octubre de 1980, en el que se comparan las cuotas para 1980 y las capacidades teóricas de las distintas empresas. También se reproducen en la columna «ventas 1980, aspiraciones» del anexo 58. En este documento, que procede de ICI y está fechado el 9 de octubre de 1980, figuran, por otra parte, las ventas reales de cada empresa que suman un total de 1.170.000 toneladas. Finalmente, en el anexo 59, que también procede de ICI, se hallan columnas que indican los «objetivos» para 1980, por un total de 1.382.000 toneladas, comparadas con las ventas «reales» presentadas en dos columnas, una escrita a máquina en cifras redondeadas y la otra escrita a mano con las cifras exactas, sumando estas últimas un total de 1.207.900 toneladas. Estas cifras se corresponden, con muy ligeras diferencias, con las cifras citadas en el informe de la reunión de enero de 1981.

Así pues, analizando los elementos de que disponemos, la observación que se impone de inmediato es el hecho extraordinariamente llamativo de que tres fuentes distintas, a saber ATO, ICI y una empresa alemana no identificada, nos ofrezcan esquemas detallados con cálculos de cuotas en forma de «propuesta inicial», de propuesta modificada y de propuesta definitiva o de decisiones, iguales entre ellas casi hasta el mínimo detalle.

Si se añaden los informes respectivos de las reuniones de 26-27 de septiembre de 1979 y de enero de 1981 que confirman que durante el último semestre de 1979 se celebraron negociaciones y que corroboran el contenido de los cuadros, no veo que exista razón alguna para dudar de que la exposición realizada en el apartado 55 de la Decisión sobre el desarrollo de los acontecimientos en 1980 debe considerarse, en lo esencial, correcta y bien fundada. Considero especialmente revelador el comentario que figura en el informe de la reunión de enero de 1981, en el sentido de que DSM negó que alguna vez hubiera existido acuerdo sobre una reducción con respecto al objetivo inicial. Se dice que DSM vendió 46.100 toneladas, lo que hay que comparar con el hecho de que, en el documento de 28 de febrero de 1980, se atribuyó una cuota de 45.000 toneladas a dicha empresa.

b) Período 1981-1982

Según la Comisión, no existía ningún acuerdo definitivo sobre las cuotas en lo relativo a este período (apartados 56 a 59 de la Decisión). En la letra e) del artículo 1 de la Decisión, se describe la infracción imputada a las empresas como un reparto del

mercado que se habría llevado a cabo de tal manera que, a falta de un acuerdo definitivo para todo el año, los productores estaban obligados a «limitar sus ventas mensuales con referencia a un período anterior [...]».

Una situación como la descrita constituye, indudablemente, una infracción del apartado 1 del artículo 85, si la Comisión puede aportar la prueba de su afirmación.

1981

El primer documento citado por la Comisión en este contexto es el informe de la reunión de expertos de enero de 1981, anteriormente citado. Como hemos expuesto en la letra b) del apartado 8, en el informe puede leerse que existía un consenso sobre el mantenimiento de un precio objetivo de 1,75 DM en febrero (1981) y que el precio de 2,00 DM debería aplicarse, sin excepción, en marzo. A continuación se afirma: «Entre tanto, las cantidades mensuales deben limitarse a 1/12 del 85 % del objetivo para 1980 [...]» y, tal y como se señala, «with a freeze on customers».

De una nota interna, no fechada, hallada en ICI (citada en el párrafo tercero del apartado 56 de la Decisión; anexo 63) se desprende que durante una reunión se discutieron diferentes alternativas en relación con el sistema de cuotas. La nota no indica si se trata de una reunión interna en ICI o de una reunión de productores. Según la nota, ICI mantenía la postura de que era necesario limitar la cantidad de toneladas hasta el nivel que pudiera verse que el mercado podría absorber, a saber, 1.350.000 tonela-

das. A continuación, se afirma que «a pesar de que no ha habido negociaciones adicionales con Shell», los cuatro grandes productores podrían dar ejemplo aceptando una reducción de 0,35 % de la cuota de mercado fijada como objetivo para 1980, a condición de que los pequeños productores más ambiciosos, tales como Solvay, Saga, DSM, Chemie Linz o Anic/SIR moderaran igualmente sus pretensiones. Finalmente se afirma que, siempre que los cuatro grandes productores estuvieran de acuerdo, las anomalías podrían tratarse probablemente en el marco de negociaciones individuales a un nivel jerárquico elevado, si era posible «antes de las reuniones de Zúrich». A continuación, figura un cuadro en el que se señala la posibilidad de un compromiso entre las cuotas de las diferentes empresas expresadas en un porcentaje de sus objetivos sobre cantidades de toneladas para 1980.

Por otra parte, disponemos del anexo 61 a la parte general del pliego de cargos, citado en la parte relativa a 1980, que contiene un cuadro donde figura una columna suplementaria titulada «1981 — aspiraciones». Como anexo 62 se añade un esquema relativo a tres propuestas distintas que se intentó poner a punto en común y que se comparan con las aspiraciones de las empresas.

El informe de una reunión de 27 de mayo de 1981, mantenida entre Shell e ICI y citado en la Decisión (anexo 64), demuestra claramente que, en aquel momento, no se había celebrado ningún acuerdo sobre cuotas. El informe de la reunión de 17 de junio de 1981, asimismo citado, demuestra que en aquella época tampoco se había establecido ningún sistema de cuotas.

En un esquema hallado en ICI, pero que supuestamente procede de Monte (anexo 65),

figura una comparación, para el período de enero a diciembre de 1981, entre las ventas denominadas «reales» y las denominadas «teóricas». El último de estos esquemas (anexo 67), que data del 21 de diciembre de 1981, muestra las ventas mensuales de la totalidad de los productores en 1981. Hasta el mes de octubre incluido, las cifras están escritas a máquina; para noviembre y diciembre están escritas a mano. En otra columna se efectúa una comparación, escrita a mano, para todo el año.

El último documento de prueba invocado por la Comisión es una nota elaborada por un colaborador de ICI, el Sr. E. Robinson, a mediados del año 1981, cuando acababa de ser nombrado Director de marketing para los termoplásticos (anexo 66). La Comisión cita la parte importante de la nota: «Carecemos de acuerdo para 1981, pero se utiliza como modelo el de 1980».

Como he dicho, la Comisión considera que las empresas se comprometieron mutuamente a limitar su producción. En el párrafo segundo del apartado 57 de la Decisión, la Comisión alude a una solución de emergencia consistente en regular las ventas conforme a un reparto teórico del mercado disponible, reparto basado en las cuotas de 1980.

Si se exceptúan los primeros meses del año, los documentos de prueba ponen de manifiesto con bastante claridad que los productores no pudieron ponerse de acuerdo sobre ningún sistema de cuotas. No obstante, en apoyo de la presunción de la Comisión en cuanto a la existencia de una solución de emergencia que, por su propia naturaleza, debería considerarse comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del ar-

tículo 85, sólo disponemos de un dato según el cual «se utilizó la cuota de 1980. El hecho de que, en una fecha quizá situada a finales de 1981 o principios de 1982, un colaborador de Monte o de ICI hubiera podido realizar una comparación entre una base teórica y una base real, parece constituir un fundamento bastante endeble para las importantes conclusiones que la Comisión deduce del mismo. Ciertamente, es sospechoso que un colaborador de ICI dispusiera con toda certeza de las cifras de venta exactas de cada empresa; ello constituye un indicio válido de que se intercambiò información sobre las ventas durante las reuniones. No obstante, en mi opinión, no existe relación suficiente entre los datos citados para probar que las empresas se obligaron mutuamente a limitar sus ventas.

Siendo así, considero que existen pruebas suficientes de que, durante los primeros meses del año, se acordó el establecimiento de un sistema de cuotas para apoyar la iniciativa sobre precios en febrero y marzo, según el contenido del informe de la reunión de enero. Salvo esta excepción, los esquemas disponibles y la afirmación lapidaria de la nota citada no contienen, por el contrario, elementos suficientes que corroboren la apreciación de las pruebas realizada por la Comisión. Por consiguiente, no considero oportuno sumarme a la opinión de la Comisión sobre este punto.

1982

Según la Comisión, las empresas también se obligaron mutuamente a limitar sus ventas para 1982, sin que no obstante pudieran llegar a un consenso sobre un sistema de cuotas. Los anexos 69 a 71 del pliego general de cargos muestran las propuestas presentadas, pero la nota de la reunión citada en el

apartado 58 de la Decisión, relativa a una reunión de 10 de marzo 1982, no puede utilizarse contra las empresas, puesto que por lo que sabemos, sólo fue dada a conocer a ICI. Según los escritos de contestación de algunos de los asuntos, el documento sólo se dio a conocer a ICI quien, por otra parte, tampoco alega que no se le diera traslado del mismo en la debida forma. No obstante, parece que este documento no se ha aportado en el presente caso. La Comisión reconoció que se trataba de un error y se refirió al informe de la misma reunión procedente de Hercules, informe que figuraba como anexo 23 al pliego general de cargos. Sin embargo, en lo que respecta a las propuestas de control de las cantidades, dicho informe no contiene más elementos relevantes que una lista de las capacidades de producción teórica de las diferentes empresas. De este modo, opino que no disponemos de fundamento suficiente para pensar que durante el primer semestre de 1982, las empresas hicieran otra cosa, en lo relativo al control de las cantidades, que intercambiar información sobre sus ventas reales y datos más generales sobre la situación de las diferentes empresas.

En el apartado 59 de la Decisión se alude a la iniciativa de ICI cuando ésta asumió la presidencia del «grupo». En lo que respecta al sistema de cuotas, es evidente que ICI deseaba y solicitaba un régimen de cuotas que funcionara realmente y que debería entrar en vigor a principios de 1983. Entretanto, se señalaba —según el informe de la reunión de agosto de 1982 parece que era ICI quien lo señalaba a los demás— que las empresas debían intentar limitar las ventas a su cuota de mercado correspondiente a los primeros meses del año y —siempre según el informe

de la reunión del mes de agosto— con respecto a un mercado de 120.000 toneladas.

Las informaciones procedentes de ATO, a las que se refieren los párrafos segundo y tercero del apartado 59, únicamente contienen, en lo relativo a los acuerdos o similares, una observación en el sentido de que, a finales de 1982, se llegó a algo parecido a un consenso sobre las aspiraciones y las cuotas de mercado.

En mi opinión, estas pruebas no demuestran con suficiente certeza que se produjera un consenso sobre la limitación de las ventas en 1982. Lo único que parece existir, a este respecto, es una propuesta de ICI y no sabemos nada concreto sobre el modo en que fue recibida por las otras empresas. De este modo, parece que los esfuerzos se concentraron en la búsqueda de un sistema utilizable para 1983.

En este contexto, no puedo estar de acuerdo con la Comisión en que existen pruebas de que las empresas llegaron a cierta forma de consenso sobre la limitación de sus ventas en 1982.

c) Los sistemas de cuotas en 1983

La Comisión considera haber demostrado la existencia de un consenso sobre un sistema de cuotas entre los productores en los dos primeros trimestres de 1983.

Es cierto que los documentos aportados demuestran con claridad que, al asumir la pre-

sidencia del «grupo» a mediados de 1982, ICI insistió mucho sobre la introducción de un sistema de cuotas. Por otra parte, las pruebas demuestran que los colaboradores de ICI desplegaron importantes esfuerzos para establecer dicho sistema.

No obstante, y sobre todo si deben excluirse los documentos que no pueden utilizarse contra las empresas por razones de procedimiento (se trata de una circular redactada por ICI para preparar una reunión con Shell en mayo de 1983 —segunda frase del párrafo segundo del apartado 63 de la Decisión— y del proyecto de Shell para el primer trimestre de 1983 —párrafo tercero del apartado 63 de la Decisión), resulta difícil hallar prueba alguna de que se llegó a un consenso sobre el acuerdo de cuotas que afirma la Comisión. De entre todas las pruebas, el único elemento que pone de relieve algo parecido a un consenso es el documento interno de Shell, citado en el apartado 64 de la Decisión (anexo 90), donde se habla de «objetivo convenido para Shell». Sin embargo, en el presente caso, no existe nada más en lo relativo al segundo trimestre de 1983. En mi opinión, estas pruebas son demasiado débiles para que se considere probado que existió un acuerdo para el segundo trimestre.

En cuanto al primer trimestre, la Comisión expone en el párrafo primero del apartado 63 de la Decisión que algunas empresas consideraron aceptable una distribución de cuotas discutida en una reunión de 2 de diciembre de 1982. Por el contrario, no se dice nada sobre la reacción de las demás y, por otra parte, no se precisa con claridad cómo reaccionarían las empresas que habían aceptado si las demás exigieran cuotas de mercado más importantes. Por lo demás, en mi opinión, tampoco podemos basarnos en

las pruebas disponibles para afirmar que se alcanzó un consenso en relación con el primer trimestre.

De este modo, opino que carecemos de fundamento suficiente para afirmar que existiera un acuerdo sobre un sistema de cuotas para algún periodo del año 1983.

10. «Account management» y «account leadership»

En la letra c) del artículo 1 de la Decisión, se afirma expresamente que el «sistema de account management» formaba parte de las medidas adoptadas por las empresas para aplicar las alzas de precios que deseaban.

Los sistemas de «account management» que se describen más detalladamente en el apartado 27 de la Decisión tenían por objeto controlar los desplazamientos de la clientela o «turismo de la clientela», que se discuten en diversos documentos de prueba. Como ha señalado ICI, probablemente se intentó establecer dos sistemas. En lo que respecta al primero, la información no es muy abundante, pero de ella se desprende que, en cualquier caso, se realizaron preparativos para establecer un sistema y se presentaron proyectos detallados para varios países. Ello ocurrió en una reunión de 2 de septiembre de 1982. En el curso de ésta, se propuso llevar a cabo la idea de una manera más general y fueron elegidos los numerosos clientes que deberían ser integrados en el sistema. En el informe de una reunión de 3 de mayo

de 1983, se relatan los debates detallados relativos a la situación de cada cliente.

En mi opinión, estas pruebas excluyen cualquier duda razonable en cuanto a la fundamentación de las conclusiones de la Comisión, en el sentido de que se utilizaron uno o varios sistemas de control, con vistas a intentar detener o neutralizar los desplazamientos de la clientela. No es difícil imaginar que un sistema, tal y como el que ha sido descrito, se derrumbara tras algún tiempo. Indudablemente, resulta difícil hacer funcionar dicho sistema en un mercado con veinte vendedores y un número muy importante de compradores. No obstante, los informes de las reuniones de 1983 demuestran que funcionó durante algunos meses.

11. *Otras medidas complementarias*

En su mayoría, las demás medidas a que alude el apartado 27 de la Decisión, destinadas a facilitar la aplicación de los aumentos de precios, deben considerarse parte integrante de las infracciones principales, a saber, los acuerdos sobre precios y tonelajes. De este modo, no es necesario tratar por separado estos puntos, puesto que constituyen más bien detalles de un conjunto más importante. Precisemos, no obstante, que las pruebas disponibles no dejan lugar a dudas en cuanto a la exactitud de las suposiciones de la Comisión a este respecto.

Pero, en mi opinión, existe una excepción cuando la Comisión afirma que las empresas acordaron desviar los suministros hacia los mercados de ultramar con el fin de crear en Europa una situación de penuria favorable a

un aumento de los precios. Según las pruebas disponibles, nos parece dudoso que las empresas hayan hecho algo más que informarse sobre las ventas efectuadas a los mercados de ultramar, a los que se alude en los documentos de prueba como «resto del mundo». Es natural que las empresas intenten comercializar su producción excedentaria en otros mercados que no sean el más próximo. No obstante, los documentos de prueba deben contener elementos sólidos para probar que el objetivo perseguido por las empresas era crear una situación de penuria en el mercado de Europa occidental. Considero que no disponemos de tales elementos y, en mi opinión, sería más correcto, en el marco de las sentencias, prescindir de la afirmación de la Comisión en cuanto a la existencia de un acuerdo para desviar los suministros fuera de Europa occidental.

G. *Prescripción*

Conforme a la letra b) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CEE) nº 2988/74,⁹⁶ la facultad de la Comisión de imponer multas o sanciones por infracciones a las disposiciones del Derecho de transportes o del de la competencia de la Comunidad Económica Europea estará sujeta a un plazo de prescripción de cinco años para infracciones como las que constituyen el objeto de los presentes asuntos.

Conforme al apartado 2 del artículo 1, la prescripción se empezará a contar a partir del día en que se haya cometido la infrac-

⁹⁶ — Del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea (DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41).

ción. Para las infracciones continuas o continuadas, la prescripción empezará a contar a partir del día en que haya finalizado la infracción.

Conforme al párrafo primero del apartado 1 del artículo 2, la prescripción quedará interrumpida por cualquier acto de la Comisión o de un Estado miembro que actúe a petición de la Comisión, encaminado a la investigación o a la actuación contra la infracción. La interrupción de la prescripción surtirá efecto el día en que el acto se haya notificado por lo menos a una empresa que hubiera participado en la infracción y, según el apartado 2 de este artículo, será válida para todas las empresas que hubieran participado en la infracción.

En el presente caso, una serie de empresas alegaron durante el procedimiento administrativo que los acuerdos sobre precios mínimos de 1977 funcionaron independientemente de los compromisos posteriores y que, de este modo, la prescripción debería haber jugado en relación con la multa, respecto de esta parte del asunto. En el apartado 103 de la Decisión, la Comisión rebatió este punto de vista alegando el «vínculo manifiesto que existe entre los hechos e indicios» entre los distintos compromisos.

Algunas demandantes invocaron normas en materia de prescripción durante el proceso ante el Tribunal de Primera Instancia. Habida cuenta de la naturaleza de dichas normas, no es necesario que el demandante se refiera expresamente al Reglamento nº 2988/74. Basta con que la empresa haya alegado que no podía imponérsele una multa en relación con un elemento concreto del asunto.

La Comisión considera *a priori* que lo ocurrido constituye una infracción continua o continuada y alega, asimismo, en la Decisión que existe tal vínculo mutuo, entre los acuerdos sobre precios mínimos de 1977 y los acontecimientos posteriores, que la infracción que comenzó en 1977 sólo puede considerarse que cesó algún tiempo después de la visita de inspección de la Comisión a las empresas, los días 13 y 14 de octubre de 1983.

A este respecto, las demandantes mantienen su punto de vista según el cual los compromisos que pudieran haber existido en 1977 eran, por su propia naturaleza, diferentes y totalmente independientes de lo ocurrido a continuación.

No se discute que un posible plazo de prescripción en curso se interrumpiera el 13 de octubre de 1983, cuando la Comisión comenzó sus visitas de inspección; la cuestión consiste, por tanto, en saber si puede considerarse que una infracción, o una parte de ella, se iniciara o cesara antes del 13 de octubre de 1978.

Si el Tribunal de Primera Instancia está de acuerdo con mi apreciación de las pruebas, tal y como ha sido descrita anteriormente, no dudo de que deberá declarar que todo lo relativo a los acuerdos sobre precios mínimos de 1977 ha prescrito. En mi opinión, el acuerdo sobre precios mínimos era, como máximo, una suerte de preliminar de lo que se produjo a continuación. Ciertamente, poseía el mismo objetivo que los acuerdos posteriores pero, por lo que sabemos, no fue el resultado de negociaciones celebradas en el mismo ámbito. Por otra parte, según las afirmaciones realizadas en materia de prueba, el acuerdo sobre precios mínimos y los primeros resultados de la serie de reuniones de las demandantes de los que podemos hablar con suficiente certeza, es decir,

la iniciativa sobre precios de la última mitad de 1979, se hallan claramente separados en el tiempo. Ciertamente, la serie de reuniones que constituyó el marco de las infracciones posteriores se inició con cierta relación temporal con el acuerdo sobre precios mínimos, pero no se ha demostrado la existencia de ningún resultado ilícito concreto de dichas reuniones antes de 1979.

Por consiguiente, considero que ha de afirmarse que, en lo relativo al acuerdo sobre precios mínimos, las infracciones cesaron como máximo durante la primavera de 1978 y que, por tanto, la obligación de responder de las mismas mediante el pago de una multa se ha extinguido. Como se verá en la Tercera Parte, relativa a las multas, ello deberá dar lugar a cierta reducción de las mismas.

II. Los asuntos individualmente considerados

En esta parte examinaremos, por un lado, la situación en materia de prueba en relación con cada demandante y, por otro, los diferentes motivos que sólo son invocados por una demandante o por un pequeño número de ellas. No comentaré en detalle el conjunto de la argumentación de las demandantes, puesto que ello no es posible si queremos —a pesar de todo— mantener estas conclusiones dentro de límites razonables. Ello se aplica, en especial, a los argumentos y motivos de naturaleza económica a los que, como se deduce de lo anterior, únicamente puede atribuirseles un valor limitado para determinar si el apartado 1 del artículo 85 ha sido infringido. Lo mismo puede decirse en relación con la situación en materia de prueba, puesto que sería superfluo discutir en detalle cada elemento de una serie de pruebas en los casos en que las pruebas ma-

teriales son claras e inequívocas. Recordemos que ya he definido mi postura anteriormente, en el apartado 5 de la Sección F de la Primera Parte, sobre la cuestión de la participación de las empresas menos importantes en el acuerdo sobre precios mínimos de 1977, razón por la cual no haré, en principio, ninguna observación a este respecto en lo sucesivo.

A. *Rhône-Poulenc* (asunto T-1/89)

Ha quedado acreditado que Rhône-Poulenc cedió sus actividades del sector del polipropileno a finales de 1980. Asimismo, esta demandante forma parte de las empresas en relación con las cuales existen relativamente pocas pruebas directas. El período objeto de nuestro análisis es el que comienza en otoño de 1979, cuando —como he explicado anteriormente en el apartado 7 de la Sección F de la Primera Parte— las pruebas permiten afirmar que las prácticas colusorias se iniciaron, y se extiende hasta finales de 1980. El hecho de que las pruebas directas no sean numerosas ha conferido un carácter especial a la argumentación de las partes en el presente caso y hace necesaria, en sí misma, una postura clara sobre uno de los problemas probatorios fundamentales aquí, a saber, la importancia, desde el punto de vista de las pruebas, de la simple participación en las reuniones.

En mi opinión, las pruebas en el asunto Rhône-Poulenc son más frágiles que en cualquiera de los demás. Como documentos probatorios, sólo disponemos del informe de la reunión de los días 26 y 27 de septiembre de 1979, así como de los cuadros que reflejan los sistemas de cuota, incluida la nota hallada en ATO y relativa a los productores que ejercen su actividad en Francia. También figuran como pruebas las informaciones facilitadas por ICI, según las cuales

Rhône-Poulenc participó en las reuniones relativas a las prácticas colusorias, en cualquier caso a partir de 1979. Finalmente, este asunto reposa sobre toda una serie de deducciones extraídas de otros elementos. Asimismo, este asunto nos lleva a reflexionar sobre las exigencias relativas al valor de las pruebas de las que ha de disponer la Comisión para fundamentar una Decisión. En este contexto, ha de tenerse muy en cuenta que los asuntos en materia de la competencia tales como los presentes poseen, en realidad, un carácter penal, lo que ciertamente aboga en favor de un alto nivel de exigencia en materia de prueba. Por otra parte, no se puede infravalorar la importancia y el peso de las pruebas indirectas.

Rhône-Poulenc alega que la Comisión no dispone de ninguna prueba importante frente a ella. Alude, sobre todo, al hecho de que la parte, sin duda más importante, de los documentos de prueba existentes se refiere a un período posterior a su salida del mercado lo que, en su opinión, implica necesariamente que no pueden oponérsele dichas pruebas. Según la demandante, las afirmaciones de la Comisión en materia de prueba, que Rhône-Poulenc califica como un tipo de presunción retroactiva, no son, por tanto, correctas. Según Rhône-Poulenc, la Comisión adoptó una Decisión sin tener en cuenta, en especial, la evolución del mercado, puesto que la situación hasta 1982 se caracterizó por un desequilibrio y una baja rentabilidad, lo que no permite valorar el comportamiento de las empresas de la misma manera antes y después de finales de 1980. En su opinión, la Comisión tampoco ha tenido en cuenta la evolución de las prácticas colusorias.

En lo que respecta a los documentos de prueba relativos al período durante el cual Rhône-Poulenc se hallaba presente en el

mercado, la demandante señala, en primer lugar, que el informe relativo a la reunión de los días 26 y 27 de septiembre de 1979, que sólo consiste en una simple nota manuscrita anónima, no menciona ninguno de los nombres de las participantes. En lo que respecta a los cuadros sobre cuotas, alega que no contienen ningún indicio serio en cuanto a un acuerdo en el cual hubiera participado Rhône-Poulenc. En este contexto, Rhône-Poulenc señala en primer lugar que, a pesar de que también se cita en este cuadro a las empresas Amoco, Taqsa, Paular y BP, la Comisión admitió, expresa o tácitamente, que no participaron en ninguna práctica colusoria. En segundo lugar, Rhône-Poulenc niega que se pueda calificar de «cuotas», tal y como hace la Comisión, lo que en realidad sólo constituyen objetivos de venta, hecho que explica, por otra parte, la revisión periódica de estas cifras en función de las ventas reales durante el año. En lo que respecta a la tesis de la Comisión según la cual Rhône-Poulenc participó en las reuniones de jefes y de expertos a partir de 1979, ésta señala que la única prueba que existe a tal efecto reside en las declaraciones de ICI en este sentido. Según la demandante, estas declaraciones fueron efectuadas en términos tan vagos y generales que no pueden ser suficientes en sí mismas para demostrar la participación de Rhône-Poulenc en las reuniones o en las prácticas colusorias invocadas. Finalmente, la demandante señala que no se ha encontrado la más mínima prueba, como instrucciones de precios o similares, que atestigüe su comportamiento en el mercado.

A ello contesta la Comisión refiriéndose, en primer lugar, a su tesis principal, según la cual el objeto de las reuniones de las que no existe informe debía ser el mismo que el de las reuniones cuyo objeto es conocido. De este modo, la Comisión fundamenta su punto de vista precisamente en la presunción retroactiva puesta en tela de juicio por

Rhône-Poulenc. Para apoyar esta actitud, la Comisión se refiere sobre todo a las declaraciones de ICI en el sentido de que los proyectos relativos a los objetivos sobre precios fueron desarrollados en 1978 y que, en cualquier caso, había que considerar que las prácticas colusorias se llevaron completamente a cabo a partir de 1979. En cuanto a los cuadros descubiertos, la Comisión señala que no parecen contener cifras precisas en relación con Amoco y Hercules y que del informe de una reunión posterior se desprende que las cifras de Amoco se calificaron de pura conjetura. En lo que respecta a los cuadros relativos al año 1980, la Comisión afirma, por otra parte, que la cuota atribuida según dichos documentos a Rhône-Poulenc equivale exactamente a las cifras reales de venta (2,97 % frente a 2,98 % de un mercado estimado en un principio en 1.382.000 toneladas pero que, en realidad, era de 1.207.900 toneladas). La Comisión lo interpreta como un comportamiento que demuestra que Rhône-Poulenc tomó en serio los acuerdos celebrados. La Comisión considera como prueba de la participación de Rhône-Poulenc las informaciones suministradas por ICI y el hecho de que Rhône-Poulenc nunca negara haber participado en dichas reuniones.

Como he dicho, el caso de Rhône-Poulenc incita especialmente a reflexionar sobre la cuestión de en qué medida, en materia de prueba, la participación en las reuniones, en relación con algunos indicios complementarios, puede considerarse suficiente en sí misma para demostrar la participación en las prácticas colusorias.

En lo que respecta a la propia participación, Rhône-Poulenc asistió regularmente a las reuniones, al menos desde 1979, según los

datos suministrados por ICI. Ni Rhône-Poulenc ni nadie ha podido explicar por qué ICI habría facilitado tal información, si sabía que no podía responder de ella. No se entiende qué motivo válido podría tener ICI para pretender desacreditar de este modo a sus competidores, y más bien hay que suponer que ICI fue prudente en su respuesta a las preguntas de la Comisión. En lo que respecta a la fiabilidad de las declaraciones de ICI, es necesario señalar, por otra parte, que la mayoría de las demás demandantes que, según ICI, participaron en las reuniones, admitieron de hecho su participación, tal y como ICI afirmó. Por el contrario, sólo disponemos de la afirmación de Rhône-Poulenc según la cual la información facilitada por ICI no demuestra su participación. Por otra parte, Rhône-Poulenc no negó dicha participación. A pesar de que, tal y como se desprende de su contestación al pliego de cargos, Rhône-Poulenc ya no contara entre su personal con ninguna de las personas que se ocupaban en aquel momento de la producción del polipropileno, lo menos que se podía esperar de esta empresa es que estudiara la cuestión minuciosamente para poder negar su participación en las reuniones. Ello habría permitido a la Comisión profundizar en sus investigaciones para obtener una confirmación o un rechazo de este punto de vista. En mi opinión, ante declaraciones que constituyen indicios fiables de la participación, no basta con comportarse de manera pasiva. En estas circunstancias, opino que puede legítimamente considerarse acreditado que Rhône-Poulenc participó en las reuniones de 1979 hasta finales de 1980.

En lo que respecta a Rhône-Poulenc, la única prueba de su participación en las prácticas colusorias, aparte de los datos que figuran en los cuadros sobre cuotas, reside en su participación en las reuniones. Como he afirmado en la introducción de las presentes conclusiones y como admite la jurisprudencia

cia americana,⁹⁷ la participación en una reunión durante la cual otros participantes acuerdan algo ilícito no basta, en general, para que se considere acreditada la participación en el acto ilícito. En principio, puede admitirse la explicación de que se ha asistido sin intención de participar en una infracción a las normas en materia de la competencia. Pero, en mi opinión, tales explicaciones difícilmente podrán eliminar toda sospecha de participación en el comportamiento ilícito de las demás participantes, si se refieren a más de una o, incluso, a un número muy pequeño de reuniones. Si a ello se añade que no se ha facilitado aclaración alguna que alternativamente explique de manera razonable el sentido de su presencia en las reuniones, y que se indican cifras precisas para Rhône-Poulenc (y no para Amoco y BP), opino que puede legítimamente considerarse que Rhône-Poulenc participó en las prácticas colusorias desde su comienzo, en otoño de 1979, y hasta que dicha empresa abandonó el mercado a finales del año 1980.

En lo que se refiere, ante todo, a las iniciativas sobre precios citadas por la Comisión, de las cuales únicamente la iniciativa de julio a diciembre de 1979 data de la época en que Rhône-Poulenc se hallaba en el mercado, la demandante alega que no existe ningún tipo de prueba de la participación de Rhône-Poulenc ni tampoco indicios en este sentido. En realidad, se desconoce por completo el comportamiento de esta empresa.

A este respecto, la Comisión recuerda que como participante en reuniones clandestinas, en las cuales se acordaban precios objetivo, Rhône-Poulenc no puede eludir su respon-

sabilidad por la participación en las prácticas colusorias, simplemente porque no se hayan descubierto instrucciones escritas sobre precios en relación con dicha empresa. La Comisión añade que los datos disponibles sobre el cumplimiento por parte de Rhône-Poulenc del sistema de cuotas más bien indican que esta empresa no participaba gratuitamente en las reuniones y que su comportamiento se ajustaba a lo acordado. Además, estima la Comisión, no se pueden considerar aisladamente los sistemas de cuotas y los compromisos sobre precios.

En lo que respecta a los argumentos de Rhône-Poulenc, es necesario afirmar, en primer lugar, que el hecho de que un comportamiento resulte desconocido no equivale evidentemente a descartar la existencia de un comportamiento conforme con los acuerdos celebrados. Como afirma la Comisión, existen, por otra parte, elementos importantes que permiten pensar que Rhône-Poulenc efectivamente respetó las cuotas fijadas para esta empresa en 1980. En este contexto, y si se admite que Rhône-Poulenc participó en las reuniones, creo que no existen razones de peso para dudar de que Rhône-Poulenc hizo uso de los conocimientos adquiridos en el marco de las reuniones.

En lo que respecta al grado de participación de Rhône-Poulenc, no disponemos de datos que indiquen que esta demandante haya sido particularmente activa, o particularmente reservada.

Rhône-Poulenc afirma, y éste es un motivo que posee cierta relación con la situación en materia de prueba, que la Comisión ha violado el principio de igualdad al considerar

97 — Véase nota 92; véanse asimismo las conclusiones del Abogado General Sir Gordon Slynn en el asunto SA Musique Diffusion Française y otros/Comisión (véase nota 2).

que esta empresa participó en las prácticas colusorias, mientras que no ha actuado frente a BP y Amoco, a pesar de que, según esta demandante, la Comisión disponía de pruebas más importantes contra ambas empresas que contra ella.

La Comisión aclara, a este respecto, que el elemento decisivo en su apreciación de las pruebas fue que la participación de estas empresas en las reuniones no había podido probarse y que, por consiguiente, consideró que debía renunciar a actuar contra ellas, a pesar de ciertas sospechas.

No creo que el punto de vista de Rhône-Poulenc sea correcto. Independientemente de la cuestión de si una denuncia de una persona legitimada a tal efecto habría obligado a la Comisión a intentar iniciar un procedimiento contra BP y Amoco —lo que, de por sí, resulta bastante dudoso—, el hecho de que no se haya actuado contra estas empresas no puede, en circunstancias normales, tener consecuencias para otras empresas. En los presentes asuntos, debido a los documentos de prueba existentes en relación con las distintas partes, el caso de Amoco y de BP, por un lado, y el de Rhône-Poulenc, por otro, no son comparables. Además, nadie ha alegado todavía que el hecho de que la Comisión actúe contra determinadas empresas, mientras que renuncia a actuar contra otras, no se base en criterios objetivos. Si pueden descartarse los criterios no objetivos, opino que es necesario dejar a la Comisión cierto margen de apreciación sobre los asuntos en los que considera que puede iniciar un procedimiento y los que no. En los asuntos «poli-propileno», la Comisión estableció límites relativos a la prueba de la participación en las reuniones y, de este modo, consideró

que las acciones contra BP y Amoco no prosperarían. Es evidente que el margen de apreciación de la Comisión implica, necesariamente, una facultad de apreciación de esta naturaleza en materia de prueba, aun cuando otras personas consideraran que las acciones podrían haber prosperado. Además, la apreciación de la Comisión me parece razonable. Por consiguiente, considero que el motivo de Rhône-Poulenc a este respecto debe desestimarse.

Rhône-Poulenc alega, finalmente, que la Decisión no está suficientemente fundamentada en lo relativo a esta empresa, puesto que la Comisión no ha tenido en cuenta el hecho de que las prácticas colusorias evolucionaron durante toda su existencia y que, de este modo, ha hecho injustamente responsable a Rhône-Poulenc de los actos cometidos después de que esta demandante abandonara el mercado.

Resulta difícil comprender la fundamentación de este punto de vista. Naturalmente, debe entenderse que la Decisión reprocha a las empresas el haber participado en lo ocurrido mientras participaron en las prácticas colusorias y los datos de que disponemos tampoco aportan ningún elemento que permita afirmar que la Comisión opinó lo contrario.

B. *Petrofina* (asunto T-2/89)

De lo expuesto anteriormente se deduce que estoy de acuerdo con la Comisión en que la participación en las reuniones, durante las cuales se celebraron los debates que, ciertamente, tuvieron por objeto la adopción de medidas restrictivas de la competencia,

constituye en sí un elemento de prueba importante contra una empresa. En la medida en que no sea posible acreditar una participación más regular, se necesitan otros elementos más sólidos para afirmar la participación en las prácticas colusorias. Al igual que en el caso de Rhône-Poulenc, la cuestión de la participación en las reuniones suscita algunos problemas en lo que respecta a Petrofina.

Como se señala, en especial, en el párrafo octavo del apartado 78 de la Decisión, Petrofina colaboró con Montedipe, desde principios de 1980 hasta marzo de 1982, en la dirección de las instalaciones de producción en Feluy (Bélgica). Esta cooperación se produjo en el marco de la sociedad Montefina, que ambas poseían en común. En marzo de 1982, Petrofina comenzó a hacerse cargo, ella misma, de la venta de su cuota de producción a través de su servicio de ventas de productos químicos.

En los autos, Petrofina reconoce haber participado en las reuniones desde mayo de 1982 hasta el final de la serie de reuniones en septiembre de 1983. En lo que respecta al período comprendido entre marzo y mayo de 1982, la postura de Petrofina es bastante vaga. En su respuesta de 12 de enero de 1984 a la solicitud de información de la Comisión, se lee que los colaboradores de la empresa participaron en reuniones «a partir de marzo de 1982». En un anexo a la respuesta, Petrofina enumera a continuación las reuniones en las que participó, entre mayo de 1982 y septiembre de 1983, empezando por una reunión el 18 de mayo de 1982, indicando asimismo los nombres de los representantes de la empresa. Podría presumirse, con arreglo a ello, que Petrofina participó en las reuniones a partir de marzo de 1982, sin que dicha empresa haya podido precisar quién participó en las mismas. Por otra parte, Petrofina niega expresamente que la empresa estuviera representada en la reunión que, según el párrafo segundo del

apartado 58 de la Decisión, se celebró el 10 de marzo de 1982. Durante el proceso no se ha aportado prueba alguna que invalide esta afirmación.

En lo que respecta al período anterior a marzo de 1982, la situación está bastante poco clara. En su respuesta de 12 de enero de 1984, Petrofina alega que, debido a su colaboración con Montedipe, no estaba facultada para obligar por sí sola a Montefina y que, por consiguiente, no podía asumir la responsabilidad de dicha sociedad. En relación con una o dos reuniones concretas, a saber, las reuniones de enero de 1981, de cuyo informe disponemos (véase el párrafo tercero del apartado 33 de la Decisión), Petrofina respondió a la pregunta del Tribunal de Primera Instancia en el sentido de que tras nuevas averiguaciones no parecía que dicha empresa hubiera participado en estas reuniones.

La Comisión respondió a una pregunta similar del Tribunal de Primera Instancia diciendo que había cometido un error al afirmar en el párrafo tercero del apartado 33, antes citado, que Petrofina había participado en estas reuniones. En lo que respecta a la posible participación de Petrofina en este período, la Comisión declara, además, en el párrafo octavo del apartado 78 de la Decisión, que no se podía demostrar con certeza que esta empresa estuviera representada de manera autónoma antes de marzo de 1982.

Habida cuenta de que la Comisión no afirma directamente que Petrofina estuviera representada en las reuniones de enero de 1981 o en las demás reuniones hasta marzo de 1982 y que las declaraciones de Petrofina deben considerarse más bien como una negativa, opino que el Tribunal de Primera Instancia debe considerar probado que los

colaboradores de Petrofina no participaron en estas reuniones. Lo mínimo que podía esperarse de la Comisión es que, cuando Petrofina respondió que no podía imputársele la responsabilidad de Montefina, averiguara lo que se escondía tras esta respuesta.

En lo que respecta a las reuniones celebradas durante el período comprendido entre marzo y mayo de 1982, tal vez debemos considerar probado que Petrofina participó en las reuniones a partir de marzo de 1982 (con excepción de la reunión de 10 de marzo de 1982), según admitió la propia Petrofina en su respuesta al pliego de cargos.

No obstante, la Comisión considera que, también en el período comprendido desde principios de 1980 hasta marzo de 1982, Petrofina estuvo implicada en los diferentes compromisos asumidos por las empresas participantes en las prácticas colusorias, y el párrafo octavo del apartado 78 de la Decisión da a entender que Petrofina pudo estar indirectamente representada en las reuniones a través de su cooperación con Montedipe en la fábrica de Feluy.

La Comisión se basa en dos puntos de vista distintos para afirmar que Petrofina participó en las prácticas colusorias o que es también responsable de lo ocurrido desde 1980 hasta marzo de 1982. Como se lee en el párrafo tercero del apartado 102 de la Decisión, la Comisión alega con carácter principal que Petrofina participó de manera autónoma en las prácticas colusorias a partir de 1980. Con carácter subsidiario considera, no obstante, que la empresa debe asumir una parte de la responsabilidad de la participación de Montefina en las prácticas colusorias hasta marzo de 1982.

En el pliego individual de cargos contra Petrofina se lee que ambas sociedades matrices, es decir, Petrofina y Montedipe, son responsables en la medida en que las infracciones de las normas comunitarias en materia de la competencia fueron cometidas (antes de marzo de 1982) por Montefina. Además, en el pliego de cargos contra Montedipe figura un pasaje equivalente.

No obstante, no disponemos de ninguna información en el sentido de que Montefina hubiera estado representada de manera autónoma en las reuniones, generando, por esta razón o de otra manera, la responsabilidad de las sociedades matrices. Tampoco existe información en el sentido de que Montefina hubiera representado directamente a las sociedades matrices, si exceptuamos el hecho de que, como he dicho, la primera respuesta de Petrofina debería haber incitado a la Comisión a formular una nueva pregunta. En estas circunstancias, deberíamos descartar totalmente el punto de vista expresado con carácter subsidiario por la Comisión. Una tercera posibilidad ha sido planteada por el Tribunal de Primera Instancia durante la vista, en forma de pregunta a la Comisión, a saber, si ésta consideraba que Montedipe había representado también a Petrofina en el marco de su cooperación en el seno de Montefina. El Tribunal de Primera Instancia no obtuvo una verdadera respuesta a esta pregunta.

En estas circunstancias, ha de afirmarse que existe una gran incertidumbre sobre el modo en que Petrofina estuvo representada en las reuniones —suponiendo que lo estuviera— y cuál era, por otra parte, la relación de Petrofina con estas reuniones.

El resto de las pruebas utilizadas por la Comisión como fundamento de su presunción de que Petrofina estaba implicada en las prácticas colusorias desde 1980 se resume en la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita nº 33 del Tribunal de Primera Instancia. De ella se desprende que, en lo esencial, la Comisión se basa en el Anexo 60 al pliego general de cargos en el que se lee, entre otras cosas, «objetivos 1980 (basados en 1979 + revisiones Petrofina)». Según la Comisión, ello demuestra que Petrofina participó desde 1980 y que, por tanto, debe haber participado en las iniciativas sobre precios de principios del año 1980. Por otra parte, la tesis de la Comisión se basa en el hecho de que, durante el período de que se trata, se adjudicaron cuotas individuales a Petrofina que, por tanto, no estaban ligadas a las cuotas de Montedipe.

En la medida en que, como he dicho anteriormente, la relación de Petrofina con las reuniones no está en absoluto clara, considero que el fundamento de las pruebas invocadas por la Comisión es tan débil que creo que el Tribunal de Primera Instancia debe llegar a la conclusión de que es imposible afirmar la existencia de cualquier tipo de participación en las prácticas colusorias por parte de Petrofina con anterioridad a marzo de 1982. Puesto que Petrofina colaboró con Montedipe durante el período anterior a dicha fecha, no es ciertamente impensable que esta empresa hubiera estado implicada de una manera u otra; pero no disponemos, en realidad, de la más mínima prueba a este respecto.

En lo que respecta al resto del período, es decir, de marzo de 1982 a noviembre de 1983, Petrofina alega que es cierto que participó en las reuniones, pero que su participación era puramente pasiva y no tenía otro objeto que recoger datos importantes sobre las posibilidades de competir de Petrofina.

Únicamente disponemos de dos instrucciones escritas sobre precios de Petrofina, quien indica que, por otra parte, se dieron instrucciones verbales sobre precios a los vendedores de la empresa.

No obstante, el hecho de que no se dieran instrucciones sobre precios por escrito no significa en modo alguno que no se dieran. Simplemente, los datos relativos al contenido de las instrucciones verbales sobre precios no constituyen un elemento de prueba en el presente caso. Puede que fueran exactamente iguales a las instrucciones escritas enviadas por otras empresas y puede que fueran completamente distintas. Con los medios de información que la normativa ofrece a la Comisión, esta última no tiene grandes posibilidades de obtener datos fiables sobre el objetivo de las instrucciones verbales. Sin embargo, Petrofina no ha hecho nada, por su parte, para corroborar su afirmación en el sentido de que actuó totalmente al margen de los acuerdos o de la concertación llevados a cabo entre las demás empresas. Como he dicho anteriormente, el hecho de que una empresa haya fijado precios inferiores a los precios objetivo, como alega Petrofina, no demuestra que la afirmación de haber participado en un acuerdo, o en una práctica concertada, esté desprovista de fundamento. Por otra parte, habría que exigir que la empresa proporcionara datos que demostraran que ni siquiera intentó utilizar como objetivo propio un precio objetivo acordado o concertado, y que tampoco se dejó influenciar en su comportamiento en el mercado por los acuerdos o la práctica concertada.

De este modo, no puede invocarse la inexistencia misma de instrucciones escritas sobre precios para demostrar que una empresa no ha participado en las prácticas colusorias.

En el presente asunto, disponemos, como ya he dicho, de dos instrucciones sobre precios. La primera está fechada el 11 de marzo de 1982, es decir, al día siguiente de una reunión en la cual, como se ha expuesto, hay que considerar que la empresa no participó. Petrofina considera que podía legítimamente esperar que la Comisión no utilizara este documento contra ella, en la medida en que no figura ni entre los documentos enviados a la vez que la carta de la Comisión de 29 de marzo de 1985 ni entre los citados en la Decisión o en sus anexos. Me limitaré a señalar, a este respecto, que el anexo se adjuntó a la parte individual del pliego de cargos, donde se dice expresamente que dicho anexo se invoca frente a la demandante y que, por otra parte, no existe en todo el procedimiento ningún elemento que indique que la Comisión hubiera renunciado a servirse del citado anexo. La explicación del hecho de que el anexo no se adjuntara a la carta de 29 de marzo de 1985 es, naturalmente, que la Comisión no invocó expresamente una iniciativa sobre precios para el 1 de abril de 1982 como prueba de las prácticas colusorias. No obstante, ha quedado acreditado que la instrucción sobre precios de Petrofina equivale a la contenida en el informe de la reunión de 10 de marzo de 1982. Como afirma la Comisión en el apartado 83 de la Decisión, cuando una empresa ha participado habitualmente en las reuniones, su ausencia en una única reunión, quizá por ocasionales razones prácticas, no es decisiva. Ciertamente todos tenían interés en informar a los ausentes de lo ocurrido. La cuestión de si un documento, relativo a un hecho al cual no se alude expresamente en la Decisión, puede utilizarse contra la empresa, puede ciertamente discutirse, pero en cualquier caso el hecho de que este documento exista no invalida en absoluto las tesis de la Comisión. En lo que respecta al contenido del documento, no hay gran cosa que añadir a mis observaciones generales sobre las iniciativas de precios. Se indica un precio de catálogo, así como cierto margen de maniobra en las negociaciones entre las

oficinas de venta y los clientes. El hecho de no vender al precio de catálogo es totalmente normal, pero ello no significa en modo alguno que este precio no fuera el que se intentaba obtener.

La segunda instrucción escrita sobre precios data del 20 de julio de 1983. En ella se dan instrucciones de exigir, con efecto inmediato, los precios que parecen equivaler a los acordados en una reunión de 1 de junio de 1983. El télex hace referencia a problemas técnicos que provocaron la suspensión de la producción. Petrofina alega que el télex no tiene relación alguna con posibles acuerdos celebrados en una reunión mantenida el 1 de junio. Según Petrofina, su único objetivo era frenar las ventas, y ello se hizo fijando los precios a un nivel superior al vigente en el mercado. La Comisión no rebate estas explicaciones sobre dicho punto, pero señala que, en cualquier caso, la instrucción sobre precios equivale, en lo relativo a las cantidades, a lo que se había acordado que debía regir, a partir del 1 de julio de 1983, en la reunión de 1 de junio de 1983 en la cual participó Petrofina.

Según los datos que conocemos, ha de considerarse probado que la instrucción escrita sobre precios de Petrofina fue enviada por dicha empresa por los motivos expuestos. No obstante, ha quedado acreditado que en la instrucción sobre precios se requería la aplicación del precio acordado en la reunión de 1 de junio. Por tanto, aunque dicho documento no pueda invocarse para probar que Petrofina únicamente comunicó el citado precio, debido a que éste había sido acordado en la reunión, la instrucción sobre precios de que se trata tampoco desmiente la tesis de la Comisión. De este modo, en conjunto, apenas si puede atribuirse importancia a este documento.

Incluso admitiendo que no puede atribuirse demasiada importancia a ambas instrucciones escritas sobre precios, considero que, conforme al resto de las pruebas, la participación de Petrofina no ofrece duda alguna. Petrofina forma parte de las empresas que explican su presencia en las reuniones por la necesidad de obtener las informaciones necesarias para poder subsistir, en su calidad de nuevas empresas, entre los competidores. Independientemente del hecho de que en tal circunstancia la simple obtención, meramente pasiva, de información puede plantear la cuestión de la responsabilidad, la explicación facilitada sencillamente no parece creíble. Es tan poco probable que un papel puramente pasivo no haya dejado ni la más mínima traza en las pruebas escritas que no puede admitirse esta explicación.

Reproduciendo el símil utilizado durante la vista, cuando se comentaron las alegaciones de las diferentes empresas que supuestamente habían desempeñado un papel puramente pasivo, repito que sencillamente no es verosímil que, en varias ocasiones, un grupo de jefes de empresas de diferentes países de la Comunidad se hayan sentado alrededor de una mesa, contentándose con escuchar, como un grupo de ornitólogos, a la espera de un canto que no llega.

Por otra parte, en lo que respecta a Petrofina, las pruebas abogan en contra de tal tesis. Los documentos contienen datos sobre la participación de Petrofina, tanto en relación con las iniciativas sobre precios como con las cantidades objetivo y el sistema de «account management».

En mi opinión, es necesario, por tanto, afirmar que Petrofina participó en las prácticas

colusorias, pero sólo a partir de marzo de 1982 y hasta que finalizaron las mismas, hacia noviembre de 1983.

C. *Atochem* (asunto T-3/89)

Según el artículo 1 de la Decisión, *Atochem* participó en las prácticas colusorias como mínimo desde 1978 y hasta que finalizaron éstas. Esta parte de la Decisión es difícilmente compatible con la motivación realizada por la Comisión en el párrafo segundo del apartado 105 de la Decisión, en el cual se sitúa a *Atochem* en el mismo plano que a Anic, BASF, DSM y Hüls. En este sentido, existe una falta de motivación. No obstante, como, según la apreciación de las pruebas que he realizado, la infracción del apartado 1 del artículo 85 cometida por las empresas participantes en las prácticas colusorias no puede considerarse probada sino a partir del otoño de 1979, este error no tiene consecuencia alguna.

Atochem admite haber participado en determinado número de reuniones con otros productores de polipropileno desde 1978 hasta 1983, pero niega haber participado en ninguna infracción del apartado 1 del artículo 85. *Atochem* alega que, como recién llegada al mercado, la empresa tenía necesidad de recoger toda la información posible, incluida la facilitada en el marco de las reuniones de productores, sin vincularse a ningún acuerdo sobre precios o cantidades. ICI cita a *Atochem* como participante habitual durante todo el período.

Atochem envió instrucciones escritas sobre precios que equivalen a lo que se dijo en las reuniones de productores y disponemos de

los mismos elementos de prueba que para el resto de las empresas en lo relativo a su participación en los sistemas de cuotas y en los sistemas de «account management».

Atochem alega, más en concreto, que las instrucciones escritas sobre precios que dictó fueron elaboradas conforme a los datos obtenidos por la empresa gracias a su lectura de *European Chemical News*. A este respecto, la Comisión señala que lo decisivo no es saber quién fue el primero en anunciar un aumento de precios, sino cómo se decidió dicho aumento.

Sobre esta cuestión, considero que es necesario dar la razón a la Comisión. En lo que respecta a las iniciativas sobre precios que datan de 1979 y a las posteriores, no se trataba, como en 1977, de un grupo restringido de productores que podían, por su propia iniciativa, haber adoptado decisiones a las cuales los demás se adherieron tras haber leído la correspondiente información en la prensa especializada. Por el contrario, las pruebas demuestran claramente que la situación era la siguiente: durante las reuniones se adoptaron decisiones o se llegó a un entendimiento sobre los precios objetivo que, a continuación, fueron hechos públicos, fundamentalmente a través de la prensa especializada.

Conforme a lo que acabo de exponer, considero que existen pruebas suficientes para afirmar que Atochem participó en las prácticas colusorias desde el otoño de 1979 hasta la finalización de las mismas, durante el otoño de 1983.

D. BASF (asunto T-4/89)

En el artículo 1 de la Decisión se señala que BASF, al igual que DSM y Hüls, participó en las prácticas colusorias desde una fecha indeterminada, entre 1977 y 1979, hasta el otoño de 1983. Si el Tribunal de Primera Instancia opina como yo y declara que sólo puede considerarse que la actividad consistente en las prácticas colusorias constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85, a partir del otoño de 1979, ello me dispensa de una parte importante del debate sobre la cuestión del comienzo de la participación de BASF.

En su respuesta a la solicitud de información de la Comisión, BASF expone que sus colaboradores participaron esporádicamente en las reuniones durante el período anterior al 1 de enero de 1980. En lo que respecta al período posterior a esta fecha, BASF facilita información sobre cuatro reuniones celebradas en 1981 en las cuales participó y sobre un mayor número de reuniones que tuvieron lugar en junio de 1982 y con posterioridad a esta fecha. En su demanda, BASF califica su participación de ocasional antes de junio de 1982.

En mi opinión, no hay necesidad alguna de conferir demasiada importancia al modo en que BASF califica en los autos su participación en las reuniones antes de junio de 1982. Por otra parte, la participación de esta demandante en las prácticas colusorias a partir del otoño de 1979 queda probada por otros medios, en especial, por las instrucciones sobre precios utilizadas por la Comisión para demostrar la conducta colusoria derivada de los acuerdos celebrados, o de la práctica concertada, en el transcurso de las reuniones. En tercer lugar, ICI cita a la de-

mandante como participante en las reuniones sin limitación temporal. Como mínimo, debemos concluir que la participación de BASF en las reuniones era suficiente para mantenerse al corriente de lo que ocurría durante las reuniones y para actuar en consecuencia.

En lo que respecta a las cantidades objetivo, los cuadros presentados demuestran claramente que BASF participó en pie de igualdad con los demás. El desmentido de BASF en lo que respecta a su participación en sistema alguno de «account management» no parece sostenible. Además, parece que fue el Sr. Arenz, de BASF, quien primero llamó la atención sobre el riesgo que corrían las empresas si exigían todas al mismo tiempo exactamente el mismo precio, cuando un cliente se dirigiera a ellas. Según el informe de la reunión celebrada en septiembre de 1982, en la que se realizó esta declaración, los participantes acordaron que, cualquier otra empresa que no fuera el proveedor principal del cliente individual, debería ofrecerle un precio de venta superior en algunos pfennigs al precio acordado en dicha fecha, que era de 2,00 DM. Los informes de reuniones posteriores demuestran que, como las demás empresas, BASF participó en los esfuerzos para evitar las consecuencias derivadas del hecho de que los clientes pudieran dirigirse a la empresa que les ofreciera los precios más ventajosos.

En estas circunstancias, considero que puede afirmarse que, como alega la Comisión, BASF participó en las prácticas colusorias durante el período comprendido entre el otoño de 1979 y el otoño de 1983, en la misma medida que las demás empresas.

E. *Anic* (Enichem; asunto T-6/89)

Anic admite haber participado en las reuniones de productores, en todo caso, a partir del otoño de 1979. Por el contrario, la fecha en que finalizó la participación de Anic en las reuniones resulta algo incierta. En su respuesta a la solicitud de información de la Comisión, Anic afirma que comenzó a participar en las reuniones de productores en una fecha probablemente próxima al comienzo de la serie de reuniones. En el párrafo primero del apartado 19 de la Decisión, puede leerse que Anic ya no participaba en las reuniones a partir de mediados o finales de 1982, cuando Montedipe se hizo cargo de su negocio de polipropileno. La Comisión considera, no obstante, que la participación de Anic en las prácticas colusorias duró hasta finales del año 1982 o comienzos de 1983 (véase el artículo 1 de la Decisión).

En su respuesta a la solicitud de información de la Comisión, Anic explica que su última participación en una reunión se remontaba a octubre de 1982, en Zúrich. Anic indica, a continuación, que esta información era errónea y que probablemente a comienzos de 1982 fue cuando la empresa dejó de participar en las reuniones.

En un informe de una reunión de mayo de 1982, se afirma que Anic/SIR ya no asistían. En un informe de una reunión celebrada en septiembre de 1982, se lee que Anic era conflictiva. Se señala que era necesario ejercer presión y que el Sr. Zacchi (Monte) había sido encargado de pedir al Sr. Morioni que hablara con el Sr. Corradini (Anic). En un informe relativo a una reunión celebrada

el 2 de noviembre de 1982, se afirma, en relación con la situación en Italia, que según Monte, Anic, al igual que Saga, Amoco y BP podían causar problemas.

Como la Comisión admitió durante la vista, no existen muchas pruebas en el presente caso de que Anic hubiera participado en las reuniones después de mediados del año 1982 y, en cualquier caso, la observación contenida en el informe de las reuniones de mayo de 1982, en el sentido de que Anic ya no participaba, no parece ser rebatida por otras pruebas. Es posible que Anic hubiera podido facilitar información útil con vistas a las tentativas para establecer un acuerdo sobre cuotas en 1983 pero, en mi opinión, no existen suficientes elementos de prueba para suponer que Anic participara en las prácticas colusorias a partir de la segunda mitad del año 1982. Por consiguiente, hay que considerar acreditado que Anic participó desde el otoño de 1979 hasta mediados de 1982 y no, como estima la Comisión, hasta finales de 1982 o comienzos de 1983.

En el período que se extiende hasta mediados de 1982, la participación de Anic en las iniciativas sobre precios llevadas a cabo en el marco de las prácticas colusorias ha quedado probada, en lo fundamental, a través de su participación en las reuniones. Como he dicho en la parte dedicada a Rhône-Poulenc, hay que considerar esta participación como prueba suficiente en una situación como ésta, en la que resulta difícil concebir la participación en numerosas reuniones, durante un largo período, sin una participación en las medidas adoptadas en el curso de la mismas. Por otra parte, no existe ningún elemento que permita afirmar, como hace Anic, que las actuaciones que se le atribuyen lo mismo habrían podido ser obra de los representantes de SIR. En realidad, Anic ni siquiera niega su participación y,

por otra parte, en la mayoría de los cuadros encontrados, se cita a ambas empresas independientemente. El hecho de que se cite a Anic y a SIR conjuntamente en el informe de la reunión de mayo de 1982 significa probablemente que ninguna de las empresas participaba ya en las reuniones.

En lo que respecta a los sistemas de cuotas del período de participación de Anic, disponemos de las mismas pruebas que frente a otras empresas. El sistema de «account management» no se introdujo sino a partir de una fecha posterior al momento en que Anic probablemente dejó de participar.

F. *Hercules* (asunto T-7/89)

Hercules planteó fundamentalmente la cuestión de en qué medida se le podía imponer una multa en caso de que un empleado hubiera actuado en nombre propio y contrariamente a las instrucciones de sus superiores.

Dicha empresa alega que la participación del Sr. Bastiaens no era oficial, no había sido autorizada por sus superiores y era contraria a la política de la empresa. A ello, la Comisión responde que la participación del Sr. Bastiaens era —o hubiera debido ser— conocida por sus superiores quienes, en su opinión, le habían dado como mínimo su acuerdo tácito.

La participación del Sr. Bastiaens en las reuniones se halla rodeada de misterio o, en cualquier caso, es la impresión que intenta

darse. La primera pregunta que se plantea es naturalmente: ¿qué hacía en las reuniones? La demandante explica su participación por el hecho de que la dirección de la empresa no informó con suficiente claridad al Sr. Bastiaens de que ésta no deseaba participar en los compromisos de los que había tenido conocimiento durante la primera etapa, es decir, en 1977. Afirma que, como una mariposa, el Sr. Bastiaens, al comenzar a participar en las reuniones, revoloteó alrededor de la vela hasta quemarse las alas. Según la demandante, el Sr. Bastiaens era responsable de la previsión de los movimientos de precios en el mercado y de la preparación de las instrucciones sobre precios para las filiales de venta y, ciertamente, el hecho de conocer las intenciones de las demás empresas no podía sino mejorar su capacidad de cumplir esta tarea. La demandante admite, a continuación, que hay que reconocer que los principales dirigentes de la empresa no prestaron suficiente atención a lo que pasaba, pero considera que una falta de vigilancia no puede asimilarse a una participación consciente de la empresa.

Como he dicho, la Comisión considera que los superiores del Sr. Bastiaens debían haber tenido conocimiento de lo que ocurría y se remite a la nota original relativa al acuerdo sobre precios mínimos y a un memorándum interno de 29 de julio de 1981 que, en su opinión y sin que Hercules lo haya negado, iban dirigidos ambos al Sr. Bastiaens y fueron redactados por sus superiores. En este último memorándum, se puede leer: «Créalo o no, éstos son los precios "oficiales" para agosto y septiembre», y a continuación una serie de indicaciones sobre los precios. El memorándum termina afirmando: «Un señor barbudo que ha bajado de una montaña, me ha entregado estos precios en dos tablas».

Por otra parte, la demandante explica de manera detallada que el puesto del Sr. Bastiaens no conllevaba facultad alguna de obligar a la empresa, puesto que, en concreto, no poseía ninguna atribución en materia de producción y, por tanto, no podía comprometerse a celebrar acuerdos sobre cuotas. Asimismo indica que los superiores del Sr. Bastiaens eran, a la vez, un Director de marketing y el Director Gerente de la empresa, del cual dependía el Director de marketing. Por su parte, la Comisión sostiene que el Sr. Bastiaens desempeñaba el puesto de Jefe de ventas. La demandante señala que, en varias ocasiones, el Sr. Bastiaens declaró que su participación «no era oficial» y que, probablemente, había obtenido más información de la que había dado. A este respecto, la Comisión señala en concreto que al parecer el Sr. Bastiaens fue muy activo y aportó buenas ideas y que, en cualquier caso, se hallaba presente.

De este modo, los datos de que disponemos no nos proporcionan una imagen muy clara. ¿Se trata, como pretende Hercules, de un empleado ambicioso que, por razones de carrera profesional, ignoró las órdenes que, quizá, no se formularon con demasiada claridad? ¿O se trata, como se desprende implícitamente de la tesis de la Comisión, de una empresa que intentó conscientemente limitar el riesgo de ser descubierta y/o de que se le impusiera una multa?

De las explicaciones facilitadas por el Sr. Bastiaens se desprende que era Jefe de ventas y responsable de la evaluación del mercado y, por consiguiente, debía poseer una influencia real en la determinación de los precios. De este modo, la demandante indudablemente se benefició de la información obtenida. La Comisión ha demostrado asimismo que, en algunos casos, los superiores

del Sr. Bastiaens estaban al corriente de lo ocurrido durante las reuniones y el memorándum de 29 de julio de 1981 no da la impresión, en cualquier caso, de que el Sr. Bastiaens y sus superiores ignoraran cómo se planteaba el problema en general. Por el contrario, parece que existió un amplio grado de complicidad. Finalmente, se ha afirmado que el Sr. Bastiaens fue contratado por una empresa importante en un puesto correspondiente al tercer nivel de la jerarquía.

Me parece difícil explicar cómo fue posible disimular que un colaborador que ocupaba un puesto relativamente alto participaba en reuniones sobre las cuales los dirigentes recibían informaciones esporádicas por otras vías. Es posible que el Sr. Bastiaens jugara, en mayor o menor medida, un doble juego frente a sus superiores. También es posible que, por medio del Sr. Bastiaens, Hercules jugara un doble juego frente a sus competidores y hubiera intentado limitar sus riesgos gracias a la participación, bastante misteriosa, del Sr. Bastiaens. A pesar de todo, una apreciación de conjunto nos lleva más bien a creer que los superiores del Sr. Bastiaens no podían ignorar y aprobar, al menos tácitamente, lo que ocurría y ello es ya suficiente para desestimar el motivo de Hercules sobre este punto.

En el asunto *Melchers et Cie/Comisión*,⁹⁸ el Tribunal de Justicia confirió importancia al mandato inherente a un empleo ocupado por quien actuaba en nombre de la empresa. Además, el Tribunal de Justicia desplazó hacia la empresa la carga de la prueba de que se habían transgredido los límites de dicho mandato, inherente a un empleo.

98 — 101/80 (uno de los asuntos *Pioneer*), antes citado, notas 2 y 8.

Cuando se trata de un mandato inherente a un empleo, es evidente que los límites del mismo deben determinarse conforme a factores objetivos. Los actos que los terceros puedan conocer y constituyan claramente abuso de facultades no pueden normalmente generar la responsabilidad de la empresa. Por el contrario, la situación jurídica parece algo distinta cuando un empleado actúa en el marco de un mandato general, inherente a su empleo, pero contrariamente a las órdenes, o cuando actúa en el límite extremo de su mandato.

En ninguno de los documentos existentes se indica que el Sr. Bastiaens hubiera señalado, claramente y sin ambigüedad, que no poseía facultad alguna para actuar en nombre de su empresa y que su participación no tendría influencia sobre el comportamiento de Hercules en el mercado. Por otra parte, ello sería difícilmente compatible con el puesto que de hecho ocupaba en la empresa demandante, a lo que hay que añadir que es dudoso que las demás participantes en las reuniones le hubieran autorizado a participar en tal caso. Su propio puesto en Hercules no podía inducir a las demás participantes a pensar que lo que decía no tenía el más mínimo valor. Por el contrario, si nos basamos en los documentos de prueba existentes, parecen haber partido de la base de que poseía facultades para actuar en nombre de Hercules.

En mi opinión, si se tiene en cuenta el puesto que en realidad ocupaba —y que Hercules admite—, junto con la circunstancia de que dicho puesto le permitió, durante un largo período, dar a los demás la impresión de que disponía de determinadas facultades, de ello ha de deducirse que Hercules no ha demostrado que el Sr. Bastiaens actuara más allá de los límites del mandato in-

herente a su empleo. Considero que no basta que la demandante afirme ahora, *a posteriori*, que el Sr. Bastiaens no ejercía una influencia decisiva en la producción y en otros factores, mientras que, desde el simple punto de vista de los hechos, la demandante permitió que un colaborador de alto rango, que evidentemente ejercía una influencia importante sobre la política de precios, disfrutara de suficiente libertad de acción como para poder participar en las reuniones. Por consiguiente, considero que este motivo debe desestimarse.

Según la Comisión, Hercules participó en las prácticas colusorias desde el principio hasta que finalizaron en noviembre de 1983. A este respecto, la demandante alega que, como máximo, la empresa jugó un papel bastante menos importante y participó durante un período notablemente más corto de lo que alega la Comisión.

Hercules admite haber participado en las reuniones a partir de mayo de 1979, pero afirma que, hasta mayo de 1982, su participación fue esporádica y, tras esa fecha, en cualquier caso irregular. Después de agosto de 1983, ningún representante de Hercules participó en las reuniones ni mantuvo contactos con los competidores. A este respecto, la demandante alude ante todo al hecho de que, en su respuesta a la solicitud de información de la Comisión, ICI indica que la participación de Hercules en las reuniones era irregular y que esta empresa no comunicó sus propias cifras durante las mismas. Además, Hercules señala que, en su respuesta a la Comisión, Monte declaró que los productores europeos más importantes participaron, en general, en las reuniones, con excepción de Amoco, Shell, BP y Hercules, no excluyendo Monte totalmente, sin embargo, que esta última empresa hubiera

participado en algunas reuniones. Según Hercules, la Comisión ha ignorado injustamente la escasa participación de Hercules, tanto en la apreciación de su culpabilidad como al fijar la multa.

Durante el período anterior a mayo de 1982, la participación del Sr. Bastiaens no fue ciertamente tan regular, según las pruebas de que disponemos, como la de buen número de otros participantes. En el marco de una investigación interna, la propia Hercules descubrió que antes de mayo de 1982, el Sr. Bastiaens había participado, con seguridad o probablemente, en las reuniones de los días 10 u 11 de mayo de 1979, 1 ó 2 de octubre de 1980, 27 ó 28 de agosto de 1981, 16 de diciembre de 1981, 4 de febrero de 1982 y 9 ó 10 de marzo de 1982. A ello hay que añadir una reunión en Amsterdam, quizá en 1979, y, posiblemente, otra reunión en Londres. Por otra parte, la Comisión señala que, en los informes de las reuniones de 1983, se considera a Hercules como un participante habitual.

En materia de informes y similares, disponemos del informe de una reunión celebrada el 10 de marzo de 1982, citado en la letra b) del apartado 15 de la Decisión (anexo 23 del pliego general de cargos), así como, por otra parte, de un informe de una reunión de 13 de mayo de 1982. Existen instrucciones escritas sobre precios para el período que se inició en marzo de 1982. Para el período anterior a marzo de 1982, tenemos el memorándum anteriormente citado, según el cual los precios oficiales fueron comunicados «en dos tablas». Finalmente, existe una copia de un cuadro sobre la evolución de los precios, supuestamente utilizado por el Sr. Bastiaens como base de una exposición realizada para los vendedores de la empresa. Entre otras cosas se señala que la firmeza general había permitido elevar los precios a 2,05 DM, es decir, al nivel más próximo a

los precios objetivo publicados alcanzado hasta entonces. Finalmente, señalaré que la nota relativa al acuerdo original sobre los precios mínimos de 1977 procede de Hercules.

Todo lo anterior demuestra con claridad que Hercules participó forzosamente en las prácticas colusorias, al menos desde marzo de 1982. No otorgaré una importancia decisiva al hecho de que, según los datos disponibles, el propio Sr. Bastiaens no facilitara cifras relativas a su empresario. Su participación en las reuniones y en las discusiones, así como el envío por parte de Hercules de instrucciones sobre precios que se correspondían con los precios acordados, no permite, en efecto, albergar serias dudas sobre el hecho de que las demás empresas podían confiar en que la política de precios de Hercules se alinearía con la suya, lo que debe bastar para afirmar que se ha infringido el apartado 1 del artículo 85. En lo que respecta al período comprendido entre otoño de 1979 y marzo de 1982, las pruebas parecen algo más frágiles. No obstante, ha quedado acreditado que Hercules admitió haber participado en un número nada despreciable de reuniones durante dicho período, y de igual modo otras pruebas demuestran que, en cualquier caso, Hercules se hallaba particularmente bien informada de lo que ocurría en el marco de las prácticas colusorias. Por consiguiente, considero que existe fundamento suficiente para declarar que la participación de Hercules duró desde el otoño de 1979 hasta que finalizaron las prácticas colusorias en 1983. A este respecto, señalaré que nada me induce a pensar que la participación de Hercules en el sistema de cuotas para 1980, cuya existencia debe considerarse acreditada, esté peor documentada que respecto de las demás empresas.

En su defensa, Hercules insistió en el hecho de que los documentos de prueba invocados

por la Comisión son informes de segunda o tercera mano sobre circunstancias que Hercules no pudo estudiar más de cerca, sobre todo, porque no poseía datos suficientes sobre el origen de los documentos. Sin embargo, como he expuesto anteriormente en el apartado 2 de la Sección E de la Primera Parte, la fuerza probatoria de un documento se determina en función de una apreciación global y, a decir verdad, la mayor parte de los documentos invocados por la Comisión poseen una gran fuerza probatoria. Por otra parte, no se comprende lo que impediría a Hercules intentar determinar el autor de tal o cual documento, en la medida en que fuera conocido, dirigiéndose por ejemplo a la Comisión.

G. DSM (asunto T-8/89)

DSM admite haber participado con cierta regularidad en las reuniones de las empresas participantes en las prácticas colusorias a partir del 1 de enero de 1981. En lo que respecta al período anterior, la demandante niega haber participado regularmente en dichas reuniones o haberlo hecho de manera estructurada.

La Comisión, que según el artículo 1 de la Decisión, considera que DSM participó en ellas a partir de una fecha indeterminada, entre 1977 y 1979, alega a este respecto que, según los gráficos disponibles sobre cantidades objetivo para 1979 y 1980, DSM debe haber participado, en cualquier caso, a partir de 1979.

Si el Tribunal de Primera Instancia admite mi apreciación de las pruebas en lo que respecta al período comprendido entre 1977 y el otoño de 1979, será suficiente analizar la

participación de DSM en las reuniones celebradas desde el otoño de 1979 hasta finales del año 1980. Si se tiene en cuenta que, en su respuesta a la solicitud de información de la Comisión, ICI afirmó que DSM se hallaba entre los participantes habituales, no es necesario, en mi opinión, conceder demasiada importancia al hecho de que la propia empresa afirme que su participación en las reuniones anteriores a enero de 1981 no fue ni sistemática ni estructurada, sobre todo tratándose de un período durante el cual las reuniones fueron bastante menos numerosas que posteriormente. Como, además, en los gráficos donde figuran las cuotas y tonelajes para 1979 y 1980 se coloca a DSM en el mismo plano que a las demás participantes, me parece que puede afirmarse sin vacilación alguna que DSM participó en las prácticas colusorias a partir del otoño de 1979.

Por otra parte, DSM envió diferentes instrucciones sobre precios, y, asimismo, se cita a dicha empresa en las pruebas disponibles como «account leader». En lo que respecta al sistema de cuotas, disponemos de pruebas tan sólidas como frente a las demás demandantes.

Por otra parte, DSM invoca el principio *in dubio pro reo* y alega, en concreto, que la Comisión no puede tener derecho a exigir que las empresas faciliten una explicación alternativa convincente sobre lo que ella considera pruebas materiales. Me resulta difícil entender qué luz sobre el problema de las pruebas pueden aportar aquí consideraciones tan generales. La realidad es bien distinta: hay que disponer de pruebas de una infracción y aquél a quien corresponde la apreciación de las mismas debe, conforme a una valoración global de su importancia, sentirse convencido de lo que alega la Comisión. Como hemos visto, opino que es necesario establecer exigencias más estrictas

que la Comisión sobre el valor de las pruebas, pero resulta imposible hallar en el texto de la Decisión ningún elemento que permita afirmar que, en general, la Comisión haya interpretado incorrectamente los principios generales de apreciación de la prueba, entre ellos el principio *in dubio pro reo*. Por consiguiente, considero que ha de desestimarse este motivo.

H. Hüls (asunto T-9/89)

Conforme al artículo 1 de la Decisión, Hüls debió de participar en las prácticas colusorias desde una fecha indeterminada, entre 1977 y 1979, hasta al menos noviembre de 1983. No obstante, según el punto de vista expresado anteriormente en la parte general, ha de excluirse toda responsabilidad durante el período anterior al otoño de 1979.

Por otra parte, en lo que respecta a las iniciativas sobre precios, Hüls basó su defensa fundamentalmente sobre el hecho de que no existió, ni *pudo* existir, ningún acuerdo o práctica concertada que cayera en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. La primera parte de su argumentación está relacionada con el problema de interpretación que constituye el núcleo en los presentes asuntos, a saber, la interpretación de los conceptos de acuerdo y de práctica concertada, a la luz de las circunstancias materiales de dichos asuntos. La segunda parte de la argumentación se basa en consideraciones relativas a las posibles consecuencias del comportamiento sobre el mercado y a las conclusiones que algunos querrían extraer de ello. Hüls invoca, en concreto, la opinión del Profesor Albach, según el cual la manera en que en realidad se formaron los precios resulta difícilmente conciliable con la tesis de que los precios pudieron ser fijados

por medio de acuerdos celebrados en el marco de las prácticas colusorias.

Los argumentos expuestos por Hüls no requieren otras observaciones que las realizadas anteriormente a propósito de la interpretación del artículo 85 y sobre la situación general en materia de prueba en el presente caso. No obstante, quizá resulte útil señalar de nuevo que no puede, ni debe, corresponder a la doctrina económica determinar, con arreglo a consideraciones de orden teórico, los casos en que existe un acuerdo o una práctica concertada en el sentido del artículo 85. Se trata de una decisión de carácter jurídico que debe adoptarse basándose en una apreciación global de todas las pruebas propuestas, incluidos los testimonios de expertos prestados ante el Tribunal de Primera Instancia.

Queda, pues, por examinar la cuestión de la participación de Hüls en las reuniones y, por otra parte, lo que se desprende de los documentos de prueba en cuanto al papel de Hüls en el presente caso. A este respecto, Hüls alega, en primer lugar, que conforme a los anexos presentados por la Comisión, la empresa participó en las reuniones una vez en 1981 y más a menudo a partir de 1982. La empresa no participó en las reuniones locales relativas a algunos sectores de la Comunidad Europea. Tampoco participó en una reunión de 18 de octubre de 1982 celebrada en el Reino Unido.

En su respuesta al pliego de cargos de la Comisión, Hüls no quiso negar su participación en la reunión plenaria de enero de 1981 y tampoco se excluyó que los colaboradores de Hüls hubieran participado en algunas otras reuniones en 1981. En cualquier caso, según Hüls, se debe partir de la base

de que no participó en las reuniones sino, como mucho, a partir de enero de 1981 y que sólo participó en ellas de modo habitual aproximadamente a partir de mayo de 1982, como máximo. En lo que respecta a las reuniones locales, Hüls declara que un representante de la empresa tomó parte en uno o dos debates sobre el mercado escandinavo.

A este respecto, la Comisión se remite, ante todo, a las declaraciones de ICI relativas a la participación de las demás empresas en las reuniones, en las cuales ICI explica que Hüls formaba parte de los participantes habituales. La Comisión señala, por otra parte, que se cita a Hüls en la lista de las cantidades objetivo «revisadas» para 1979.

En estas circunstancias debe considerarse probado que, en lo fundamental, Hüls ha admitido su participación a partir de principios de 1981 y que la ha negado en cuanto al período anterior. En sentido contrario, poseemos las declaraciones de ICI, cuya autenticidad ha sido, por otra parte, corroborada en lo esencial, por medio de los testimonios, más o menos completos, de las demás demandantes y por el hecho de que, contrariamente al caso de Petrofina, no disponemos de otros elementos que indiquen, de una manera o de otra, que la participación de Hüls pudo comenzar en una fecha posterior a la época en que, según toda probabilidad, realmente comenzaron las prácticas colusorias, a saber, el otoño de 1979.

Por otra parte, las instrucciones escritas sobre precios constituyen indicios claros de que Hüls participó en las mismas condiciones que los otros productores menos importantes y en ellas se cita a Hüls exactamente de la misma manera que a las demás.

En cuanto al resto, la estrategia de defensa de Hüls consiste fundamentalmente en afirmar que, durante las reuniones, la demandante siguió una política mixta de reserva mental y de falsas informaciones, que se manifestó principalmente en la diferencia entre los precios objetivo fijados y los precios realmente obtenidos.

Como se desprende de mis observaciones generales, la diferencia entre los precios objetivo y los precios de venta reales no demuestra, en mi opinión, que la empresa no participara en la realización de proyectos comunes. Ciertamente, es casi inevitable que, al intentar cooperar, las empresas que también son competidoras intenten en gran medida hacer valer sus propios intereses en detrimento de las demás, pero una actitud desleal frente a las otras, como la que Hüls pretende haber adoptado, difícilmente habría podido mantenerse durante un largo período sin dejar indicios de ella en los documentos existentes. La expresión más fuerte que puede encontrarse a este respecto es que en algunas notas de las reuniones se afirma que algunos pequeños productores (no Hüls, por lo demás) eran ambiciosos, y que algunos eran «pendencieros». A falta de elementos concretos en sentido contrario, podemos afirmar que la explicación de Hüls no es convincente. Según los documentos existentes, Hüls participó igualmente en los sistemas de cuotas y de «account management».

En estas circunstancias, considero que existen pruebas suficientes para afirmar que, en conjunto, Hüls participó en las prácticas colusorias desde el otoño de 1979, hasta aproximadamente noviembre de 1983.

I. Hoechst (asunto T-10/89)

En su Decisión, la Comisión considera que Hoechst era uno de los cuatro grandes productores que debían asumir una especial responsabilidad en las prácticas colusorias (véanse, en concreto, los apartados 67, 68 y 78 de la Decisión).

Hoechst no niega su participación en las reuniones celebradas, pero señala que éstas no fueron especialmente numerosas hasta 1981.

La defensa de Hoechst consiste, en lo fundamental, en demostrar que no vendió a los precios objetivo acordados y que las ventas de la empresa no se correspondían tampoco con las cuotas fijadas. Por otra parte, Hoechst señala en los autos las notorias debilidades de que adolecen las pruebas invocadas por la Comisión. Finalmente, Hoechst pone de manifiesto que, con toda probabilidad, las informaciones intercambiadas durante las reuniones no podían disipar la incertidumbre de los participantes en cuanto al comportamiento posterior de las demás en el mercado y, de este modo, no podían eliminar la competencia. Todas estas cuestiones se abordan en la parte general de mis conclusiones.

En lo que respecta a la participación de Hoechst en el grupo concreto de grandes productores, del anexo relativo al acuerdo sobre precios mínimos de 1977 se desprende que Hoechst formaba parte del mismo. Como se deduce de mi apreciación de las pruebas en lo que respecta a la situación en 1977, estoy de acuerdo con la Comisión en que hay que considerar probado que, en

esta época, Hoechst participó en el acuerdo central alegado por la Comisión. Conforme a la respuesta de ICI a la solicitud de información de la Comisión y como se afirma en el párrafo primero del apartado 68 de la Decisión, debió existir cierta «connivencia» entre los cuatro mayores productores para afirmar que cualquier aumento de los precios exigía que estas cuatro empresas dirigieran el movimiento, incluso en detrimento de sus propias ventas. En una nota de Shell (anexo 94 al pliego general de cargos) se puede leer: «Las iniciativas adoptadas por los grandes en materia de precios [Hoechst, M-P, ICI, Shell] apenas han surtido efecto». A finales de 1982, los cuatro grandes comenzaron a celebrar reuniones separadas. Conforme al cuadro nº 5 de la Decisión, todas estas empresas debían haber participado, en total, en siete reuniones de este tipo durante el período comprendido entre el 13 de octubre de 1982 y el 22 de agosto de 1983. Hoechst niega haber participado en la reunión de 13 de octubre de 1982 en Heathrow y, por otra parte, ICI no declaró que Hoechst estuviera presente en la misma. Como se afirma en el párrafo segundo del apartado 67 de la Decisión, Hoechst tampoco participó en una reunión con los otros grandes productores el 17 de junio de 1981, durante la cual se discutieron distintas posibilidades.

Teniendo en cuenta el hecho de que Hoechst —salvo excepciones— no niega haber participado tanto en las reuniones generales como en las reuniones particulares de los cuatro grandes y que no rebate la información suministrada por ICI en cuanto al contenido y al objeto de las reuniones, las citadas pruebas escritas constituyen, en mi opinión, fundamento más que suficiente para declarar que Hoechst participó en las prácticas colusorias en la medida alegada por la Comisión, salvo lo que, conforme a la parte general de las presentes conclusiones, no pueda considerarse suficientemente probado.

J. Shell (asunto T-11/89)

El papel de Shell en el marco de las prácticas colusorias parece, de entrada, el menos acreditado, puesto que Shell no participó en las reuniones de «expertos» y de «jefes» de las demás empresas.

No obstante, como he afirmado en los apartados anteriores, Shell participó en las reuniones celebradas entre los cuatro grandes productores y, del mismo modo, participó en una serie de reuniones denominadas «locales». Las reuniones entre los cuatro grandes productores, descritas en el párrafo segundo del apartado 68 de la Decisión como «pre-reuniones» y celebradas antes que las reuniones denominadas de «jefes», tenían lugar evidentemente la víspera de las reuniones de jefes, «por razones prácticas» en palabras de ICI, puesto que el nivel jerárquico de los participantes era el mismo que el de las reuniones de jefes.

Tanto durante el proceso como durante el procedimiento administrativo, Shell negó que estas reuniones pudieran ser consideradas en modo alguno como reuniones preparatorias de las reuniones de jefes o que constituyeran el marco de una concertación entre los puntos de vista de los participantes sobre las cuestiones que debían debatirse al día siguiente. Durante la vista, tuve la impresión de que se hablaba de reuniones mundanas, sin objeto concreto. De este modo, la explicación facilitada por Shell parece, *a priori*, muy poco creíble y, como afirma la Comisión en la Decisión, las informaciones disponibles, incluidas las relativas al contenido de las reuniones entre los cuatro grandes productores en octubre de 1982 y mayo de 1983, contradicen las alegaciones de Shell.

En cuanto a la participación de Shell en la iniciativa original en materia de precios mínimos, mi opinión se deduce de las observaciones que he realizado a este respecto en la parte general de estas conclusiones (véase el apartado 5 de la Sección F de la Primera Parte).

En lo que respecta al período comprendido entre el otoño de 1979 y finales del año 1982, sabemos que Shell ha admitido haber recibido informaciones de ICI relativas, entre otras cosas, a los precios objetivo. Por diversos informes de reuniones también sabemos que la comunicación funcionó en gran medida en sentido inverso, en forma de datos facilitados a los participantes en las reuniones plenarias sobre la postura de Shell en relación con diferentes cuestiones. La existencia de frecuentes contactos entre ICI y Shell se deduce de los informes de las reuniones de 27 de mayo de 1981, de 17 de junio de 1981 y de 9 y 10 de septiembre de 1982. Por otra parte, hay que citar la reunión de 1 de julio de 1981, a la que alude el párrafo segundo del apartado 67 de la Decisión, en la cual también participó Montedipe.

Disponemos de «consejos en materia de precios» y de instrucciones sobre precios de, respectivamente, Shell International Chemical Company y Shell en el Reino Unido que se ajustan a los acuerdos o a la concertación alcanzada en las reuniones plenarias. Por otra parte, existen suficientes elementos como para considerar que Shell participó en el sistema de cuotas para 1980. Finalmente, según las pruebas, las sociedades Shell a escala nacional participaron, en cierta medida, en los sistemas de «account management» como coordinadoras.

El conjunto de las pruebas proporciona, en mi opinión, fundamento suficiente para estimar, como afirma la Comisión, que Shell participó tanto en las prácticas colusorias en cuanto tales como en el grupo concreto de los cuatro grandes. El hecho de que Shell no haya participado físicamente en las reuniones plenarias, ni de expertos ni de jefes, no es en mi opinión decisivo en la medida en que, tal y como ha quedado acreditado en el presente caso, Shell facilitó a los participantes, y recibió de ellos, las informaciones oportunas y, asimismo, en la medida en que parece haberse ajustado a los resultados de las reuniones.

Finalmente, conviene señalar que no puede otorgarse una importancia especial a las objeciones de Shell, basadas en la estructura u organización interna del grupo Shell, que se halla relativamente descentralizada (véanse, sobre esta cuestión, los párrafos primero y segundo del apartado 102 de la Decisión). La tesis principal de Shell consiste en afirmar que la empresa destinataria de la Decisión, es decir, Shell International Chemical Company, no disponía de facultad alguna para dar instrucciones a las sociedades encargadas de la venta del polipropileno y que Shell International Chemical Company, descrita por Shell como una simple sociedad de servicios, debía obtener la autorización de las empresas nacionales de Shell para celebrar cualquier tipo de acuerdo. No obstante, conforme a los documentos existentes, es evidente que Shell International Chemical Company era la que participaba en las reuniones preparatorias y coordinaba la información sobre precios. De este modo, apenas si existe duda de que esta sociedad era la que se hallaba en el centro de los acontecimientos en lo que respecta a Shell y, en mi opinión, es necesario, por tanto, interpretar el hecho de que Shell invoque su estructura interna como un intento de eximirse, gracias a este pretexto «estructural», de su responsabilidad en materia de multa, lo que naturalmente es inadmisibile.

K. *Solvay* (asunto T-12/89)

En su respuesta a la solicitud de información de la Comisión, esta demandante admite haber participado en las reuniones de productores a partir de principios del año 1978, lo que se ajusta a la información facilitada por ICI. De este modo, *Solvay* participó en las prácticas colusorias durante el período en el que existen pruebas de la infracción del apartado 1 del artículo 85, es decir, desde el otoño de 1979 hasta finales de 1983. Sobre este punto, he de señalar especialmente que la participación en el acuerdo original sobre precios mínimos no puede considerarse acreditada, puesto que la nota de 6 de septiembre de 1977, muy discutida durante el proceso, y a la que alude el párrafo quinto del apartado 16 de la Decisión, ni siquiera fue dada a conocer a *Solvay* de la manera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera adecuada.

Solvay forma parte de las empresas que describen su participación como totalmente pasiva. Los informes de las reuniones existentes contradicen esta afirmación y las circunstancias de hecho en las cuales la Comisión basa la solución adoptada apenas si han sido, en realidad, rebatidas. En la demanda, se afirma que *Solvay* únicamente participó en las reuniones con el fin de obtener informaciones técnicas y comerciales que pudieran ser utilizadas para superar los handicaps derivados del hecho de que la empresa era nueva en el mercado. No obstante, también señala que «por otra parte, la demandante no niega que, a su parecer, este intercambio de información podía servir para limitar los efectos de la crisis derivada del exceso de capacidad». Además, la demandante afirma que ella misma y algunas otras empresas jugaron un doble juego. De este modo, hace referencia a sus declaraciones en las audiencias ante la Comisión, en el sentido de que

el arte del «bluff» alcanzaba un nivel particularmente elevado en las reuniones de que se trata.

La lectura de los informes de las reuniones da la impresión total de un clima de desconfianza constructiva recíproca entre los participantes, pero también de un trabajo serio de dichos participantes con relación a los problemas a los cuales se enfrentaban. No creo que de la teoría de *Solvay* relativa al doble juego pueda deducirse algo importante para la apreciación de si existió infracción del apartado 1 del artículo 85.

Lo mismo puede decirse del argumento según el cual los intereses de los participantes eran tan distintos e incompatibles entre sí que este hecho era suficiente en sí mismo para descartar toda posibilidad de celebrar acuerdos o de llegar a una concertación. En realidad, tal argumento se refiere, en gran medida, al móvil de los participantes. Este punto de vista consiste en afirmar que mientras que las empresas instaladas en el mercado en 1977 debían intentar conservar su cuota de mercado y, por otra parte, obtener precios más elevados, el interés de los nuevos productores era luchar por obtener cuotas de mercado «rompiendo», en su caso, los precios de las empresas existentes.

Como se ha visto en el presente caso, este punto de vista no se corresponde con la realidad. En efecto, en varios pasajes de los documentos de prueba se puede leer que «los otros», es decir, fundamentalmente los grandes productores, limitaban sus ventas y renunciaban voluntariamente a sus cuotas de mercado. Incluso desde el punto de vista

teórico, este argumento no se sostiene. Como he dicho anteriormente en la nota 1, según las circunstancias, puede ser tan razonable que una empresa existente intente integrar pacíficamente en el mercado a un nuevo operador como que, por ejemplo, entable una guerra de precios.

Los demás argumentos de Solvay se refieren a cuestiones tratadas anteriormente en la parte general de estas conclusiones. Tampoco en lo que respecta a Solvay existe razón alguna para dudar de que existieran acuerdos o una concertación en materia de precios y de cuotas, a pesar de que Solvay vendiera a precios más bajos y a pesar de que las cantidades vendidas no equivalían siempre a las cuotas que le fueron atribuidas.

Por tanto, considero que es necesario afirmar que Solvay participó en las prácticas colusorias desde el otoño de 1979 hasta su finalización, en el otoño de 1983.

L. ICI (asunto T-13/89)

En relación con ICI y Montedipe, demandantes que ocupan una posición central, la situación en materia de prueba es, en cierto modo, la más sencilla. En estos asuntos, la argumentación se basa de hecho, en gran medida, en la cuestión de los límites de un comportamiento lícito, y no tanto sobre la apreciación de las pruebas existentes contra estas empresas, que sin exagerar pueden calificarse de bastante abundantes. En ambos casos, a decir verdad, las circunstancias de hecho que, según la Comisión, constituyen la infracción del apartado 1 del artículo 85 han sido admitidas y, en ambos casos, se intenta probar de diferentes modos la licitud del comportamiento demostrado.

Además, la estrategia de ICI en el presente caso consiste en atacar todos los puntos, siempre que sea posible, de una manera o de otra. En lo fundamental, he definido mi postura sobre los argumentos de ICI en la parte general de estas conclusiones.

Por otra parte, ICI alega que no puede considerarse que su comportamiento influyera realmente en el comercio entre Estados miembros. Según ICI, la puesta en marcha de las prácticas colusorias no incrementó ni redujo el comercio entre Estados miembros, del mismo modo que tampoco tuvo influencia alguna sobre las estructuras de la competencia. El comercio entre los Estados miembros era ya importante y se incrementó durante el período en el que se llevaron a cabo las prácticas colusorias.

Este argumento debe confrontarse con las afirmaciones de la Comisión, cuando ésta señala (apartados 93 y 94 de la Decisión) que la fijación de precios objetivo, etc. podía afectar y, necesariamente alteró, las modalidades del comercio entre Estados miembros.

Es evidente que, si se parte de la idea de que las prácticas colusorias no tuvieron la menor influencia sobre la competencia, debe afirmarse al mismo tiempo que tampoco influyeron en el comercio entre Estados miembros. No obstante, también es evidente que unos acuerdos y una práctica concertada, tales como los llevados a cabo por las empresas como medio para intentar obtener precios más elevados, *pueden* influir en el comercio entre Estados miembros, lo que, repitémoslo, es el criterio acogido en el apartado 1 del artículo 85 y confirmado por reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Una o varias empresas, por ejemplo, podrían haberse visto obligadas a retirarse

del mercado porque, al no existir las prácticas colusorias, la competencia fuera demasiado brutal. Resulta claro que, en este caso, el mercado habría sido distinto de lo que fue en realidad. Por tanto, no puede admitirse la objeción de ICI.

Por otra parte, el papel de dirección de ICI en el seno de las prácticas colusorias requiere algunas observaciones. ICI alega que el hecho de dirigir el grupo no implicaba una función cualificada. Según ICI, el dirigente del grupo sólo desempeñaba funciones prácticas de coordinación. Por el contrario, la Comisión considera que ICI desempeñó un papel principal en las prácticas colusorias. De las pruebas existentes se desprende que, aparte de participar en las reuniones plenarias, en las reuniones entre los cuatro grandes productores y en una larga serie de reuniones denominadas locales en varios países, ICI más bien desempeñó el papel de una suerte de «cabecilla». Me refiero aquí, en concreto, a los documentos citados en los apartados 40 y 59 de la Decisión que, de entrada, ponen de manifiesto que, a partir de mediados de 1982, ICI debía de ser la empresa que actuaba con mayor celo para hacer funcionar las prácticas colusorias según su concepción. Por consiguiente, considero que ha de admitirse la apreciación de la Comisión relativa al papel de ICI en el seno de las prácticas colusorias.

ICI alega que la apreciación de la Comisión sobre el mercado del producto fue incorrecta en distintos puntos (que no se citan en otro lugar en las presentes conclusiones). De este modo, ICI declara que las cantidades de polipropileno, «relativamente poco importantes» según el apartado 7 de la Decisión, que fueron importadas a la Comuni-

dad pueden ejercer una influencia negativa especialmente significativa sobre los precios del mercado. Por otra parte, en opinión de ICI, únicamente en el segundo semestre de 1983 (y, por tanto, no en 1982) se produjo de nuevo un equilibrio razonable entre la oferta y la demanda en el mercado de Europa occidental. Finalmente, ICI alega que la Comisión subestimó los problemas de este sector industrial al no tener en cuenta la importante caída, a partir de 1977, de los precios de los productos que podían sustituir a los polipropilenos, incluidos otros productos plásticos. La amenaza de que la demanda se orientara hacia otros materiales hacía así difícil el mantenimiento de los precios del polipropileno a un alto nivel, lo que acentuaba aún más los problemas de las empresas.

Como acertadamente señala la Comisión, es difícil entender cómo los posibles errores de apreciación sobre los puntos citados pueden afectar a la legalidad o a la pertinencia de la Decisión. La cuestión de si la importación de cantidades reducidas afecta, más o menos, a los precios es totalmente irrelevante para la apreciación de la responsabilidad y de la gravedad de la infracción. Era evidente que resultaba difícil mantener los precios del polipropileno a un nivel alto y el modo de pensar de ICI casi equivale a proponer que se recompense a las empresas por lanzarse a una infracción difícil de llevar a cabo con éxito, puesto que se trataba en sí de una ardua tarea. Opino que el hecho de que el mercado alcanzara un equilibrio más tarde de lo que los participantes pensaban no afecta en nada al hecho, que ha de considerarse —en todo caso— una circunstancia agravante, de que las participantes quisieran actuar de modo ilícito en una época en la que creían —con razón o sin ella— que el mercado se hallaba en equilibrio (véase el párrafo tercero del apartado 37 de la Decisión y, más adelante, la Sección B de la Tercera Parte).

M. *Montedipe* (asunto T-14/89)

Al igual que ICI, *Montedipe* admite, en lo esencial, las circunstancias materiales sobre las que se basa la Decisión de la Comisión. Como señala esta última, la defensa de *Monte* contra la Decisión se basa fundamentalmente en la tesis de que, dadas las circunstancias concretas que caracterizaban el sector del polipropileno durante el período de que se trata, debe considerarse lícito el comportamiento demostrado. Las tesis de *Monte*, que poseen una gran originalidad, pueden resumirse en algunos puntos.

En primer lugar, según *Montedipe*, el funcionamiento de las prácticas colusorias debía considerarse lícito, puesto que su objetivo era impedir a las empresas participantes romper los precios, lo que habría constituido una competencia desleal. Puesto que el apartado 1 del artículo 85 no ampara la competencia desleal, las prácticas colusorias no se hallaban en contradicción con esta disposición. Como acertadamente señala la Comisión, este argumento de la demandante no puede servir, en modo alguno, para demostrar que las prácticas colusorias eran lícitas. Las normas relativas a la competencia tienen por objeto, entre otros, impedir que una o varias empresas que ocupan una posición dominante en el mercado mantengan artificialmente bajos precios, ya sea de manera autónoma, ya sea en virtud de un acuerdo, para impedir a otras empresas introducirse en el mercado.

En los casos objeto del presente análisis, la situación era, sin embargo, inversa. Las empresas existentes, al igual que las nuevas, intentaron mantener artificialmente precios elevados y, en cualquier caso, es difícil cali-

ficar de competencia desleal aquellos casos en los que las empresas se conforman con los precios —bajos— que pueden obtenerse. Por otra parte, es revelador que *Monte* haya declarado, en respuesta a una pregunta formulada durante la vista, que nadie por sí solo hubiera sido capaz de eliminar a los nuevos productores del mercado.

Como he dicho en la introducción de estas conclusiones, las empresas tienen derecho a reunirse y defender sus intereses en común. Nadie lo niega. No obstante, según *Monte*, la Decisión de la Comisión representa una violación de la libertad de opinión, de información, de reunión y de asociación. Es evidente que ha de desconfiarse siempre de los funcionarios que desarrollan su labor con demasiado celo, que, en cualquier reunión de dirigentes de empresa, ven la génesis de acuerdos o de prácticas concertadas ilícitas. A pesar de las evidentes dificultades que pueden encontrar las autoridades comunitarias para obtener pruebas en asuntos como los presentes, las consideraciones en materia de prueba no deben nunca convertirse en pura especulación. Por otra parte, como he dicho, debe ser posible, sin que ello constituya una violación de las libertades fundamentales, deducir de la participación en numerosas reuniones, en cuyo marco se llevaron a cabo actos ilícitos, que existió participación en los mismos. En realidad, se trata de situar la apreciación de las pruebas en un marco aceptable para todos. En el presente caso, no tengo duda alguna de que las pruebas son en sí mismas lo suficientemente convincentes como para desmentir toda teoría de que la Decisión constituye *de facto* una violación de cualquier libertad.

El resto de la argumentación de *Montedipe* —en lo que respecta a las cuestiones no tratadas en otro lugar— puede probablemente resumirse diciendo que *Monte* considera

que pueden invocarse conceptos relativos al estado de necesidad para demostrar el carácter lícito de las prácticas colusorias. Sirviéndose de un bonito ejemplo, Monte expone que el comportamiento de la empresa debe compararse con el de los naufragos que obedecen todos a una exhortación de uno de ellos para nadar hacia la orilla, lo cual sería el único comportamiento racional. Monte se pregunta si la exhortación a salvarse es una propuesta de acuerdo o más bien la simple expresión del único medio de salvación. En el ámbito del Derecho de la competencia, la respuesta sólo puede ser la siguiente: existe una exhortación a celebrar un acuerdo. El mecanismo del Derecho de la competencia establecido por el artículo 85 del Tratado CEE no tiene, en efecto, por finalidad impedir los naufragios. Contrariamente al Tratado CECA, el Tratado CEE no establece ningún principio de solidaridad en el marco del Derecho de la competencia y, en cualquier caso, no son las empresas —que supuestamente son competidoras— las que pueden intentar introducirlo. Monte afirma, en otro motivo, que las prácticas colusorias tuvieron efectos particularmente favorables, en la medida en que se produjo un incremento de la producción, de las ventas y del consumo, así como una disminución de las importaciones. Tal y como expone la Comisión, podría discutirse ampliamente la cuestión de si las prácticas colusorias tuvieron, o hubieran podido tener, tales efectos. En cualquier caso, no se han probado y la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 85 se aplica, independientemente de que algunas empresas hayan estado o no en situación de aumentar sus ventas, por medio de los acuerdos celebrados por las empresas participantes en las prácticas colusorias.

El papel dirigente de Monte no está tan acreditado como el de ICI. Por otra parte, no se ha negado que Monte dirigiera el grupo hasta mediados de 1982 y no existe razón alguna para creer que esta actividad de dirección abarcara tareas menos importantes, antes de que ICI la asumiera.

N. *Chemie Linz* (asunto T-15/89)

Según el artículo 1 de la Decisión, *Chemie Linz* participó en las prácticas colusorias desde noviembre de 1977 hasta finalizar las mismas.

Linz alega que, en cualquier caso, la empresa no participó en las reuniones desde su inicio. Linz señaló que únicamente se encuentran pruebas de su participación a partir de principios del año 1981. Por otra parte, declara que ya no se halla en situación de determinar a partir de qué fecha comenzó a participar en las reuniones. En su respuesta al pliego de cargos, Linz indicó a este respecto que la participación de la empresa en las reuniones desde su inicio parece del todo improbable habida cuenta de la débil posición de la misma en el mercado común. Por otra parte, se refiere a la información suministrada por ICI sobre la participación de las demás empresas en las reuniones, en las cuales no se precisa en qué período podría hablarse de su participación. Por otra parte, Linz alega esencialmente que su participación no tenía otro objeto que obtener información.

La Comisión responde afirmando que Linz debió de participar en el sistema de cuotas de 1979 y que, según los datos facilitados por ICI, Linz era un participante habitual en las reuniones, sin ninguna limitación en el tiempo.

En mi opinión, el examen de los informes y de las notas de las reuniones presentados como prueba en el presente caso, junto con las declaraciones de ICI sobre la participa-

ción de Linz en las prácticas colusorias, demuestra que dicha empresa participó, en las mismas condiciones que la mayoría de las otras pequeñas empresas, en lo relativo a los precios objetivo, las cuotas y los sistemas de «account management». Finalmente, los informes de las reuniones ponen claramente de manifiesto que, mediante instrucciones sobre precios estrechamente relacionadas con las distintas reuniones de las empresas participantes en las prácticas colusorias, Linz intentó imponer los objetivos sobre precios. Aparte de las propias declaraciones de Linz, no existe en el presente caso ningún elemento que pueda restar fiabilidad a los indicios sobre su participación en las reuniones, a partir del otoño de 1979, derivados del análisis de las pruebas.

Por consiguiente, considero que las pruebas obrantes en autos requieren que se afirme que Chemie Linz participó en las prácticas colusorias desde el otoño de 1979 hasta, aproximadamente, noviembre de 1983.

III. Las cuestiones relacionadas con la sanción

A. *La política de la Comisión en materia de multas*

Es sabido que el artículo 15 del Reglamento nº 17 faculta a la Comisión para imponer multas a las empresas por infracciones a las normas en materia de la competencia, cometidas deliberadamente o por negligencia. Las multas pueden elevarse hasta un 10 % del volumen de negocios de la empresa afectada alcanzado durante el ejercicio económico precedente. Conforme a esta disposición, se tomará en cuenta, además de la gravedad de la infracción, la duración de ésta.

En los presentes asuntos, las multas impuestas parecen, de entrada, demasiado elevadas con respecto al nivel de las multas fijadas en otros asuntos en materia de la competencia. De este modo ha podido afirmarse, sin exageración, que el total de las multas fijado en estos asuntos de polipropileno era superior a la suma de todas las multas impuestas anteriormente. Si lo comparamos, por ejemplo, con el cuadro presentado por Bellamy y Child,⁹⁹ también obtendremos la impresión de que se trata aquí de un nivel de multas elevado. No obstante, no se ha negado, y es innegable, que en el presente caso las multas sólo representan una pequeña parte del 10 % del volumen de negocios global de las empresas, máximo autorizado por el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17.

No obstante, todas las empresas han alegado que las multas eran demasiado elevadas. Ciertamente, las objeciones de las demandantes se dividen en dos categorías: las que se refieren al nivel general de las multas y las que aluden, más en concreto, a la situación específica de cada una de ellas.

Aunque no se afirma expresamente en la Decisión, tanto el importe de las multas, comparado con las multas impuestas anteriormente, como la parte general del escrito de contestación de la Comisión permiten suponer que, a pesar de que no se ha producido una agravación del nivel general propiamente dicho, la Comisión ha impuesto multas que son, en cualquier caso, la expresión de una tendencia al alza. Por consiguiente, puede resultar conveniente examinar la cuestión de la postura de los órganos jurisdiccionales frente a la política de la Comisión en materia de multas, en cuanto tal.

⁹⁹ — *Common Market Law of Competition*, pp. 498 a 500, véase nota 78.

En 1979, con su Decisión Pioneer,¹⁰⁰ la Comisión elevó de manera sensible el nivel de las multas en aquellos tipos de infracciones en relación con las cuales existía una jurisprudencia o una práctica bien establecida o que, por otra parte, le parecieran especialmente graves. Según la Comisión, el nivel de las multas no era lo suficientemente elevado como para tener un efecto preventivo frente a las empresas que confiaban, quizá, en obtener ventajas tan importantes a través de su comportamiento ilícito, que podían permitirse el lujo de correr el riesgo de una multa modesta. En su Decimotercer Informe sobre la política de competencia, la Comisión expresó de manera más general el endurecimiento de su postura en materia de multas (pp. 60 y ss.).

La Comisión indicó en el citado Informe que, en el curso de los casi veinte años de aplicación del Derecho de la competencia, únicamente se habían impuesto multas relativamente bajas y que había comprobado que tales multas eran insuficientes para disuadir a las empresas de continuar infringiendo las disposiciones de este Derecho, incluso en el caso de infracciones bien caracterizadas. La Comisión declaró, a continuación, que en una Decisión adoptada a finales de 1979 indicó su intención de reforzar los efectos disuasorios de las multas mediante un aumento de su nivel general en los casos de infracciones graves, es decir, aquellas que en concreto ya hubieran sido sancionadas mediante multas impuestas a través de Decisiones de la Comisión o de sentencias del Tribunal de Justicia. En lo que respecta a los acuerdos entre empresas, citó, entre otros, precisando que la lista no era exhaustiva, las prohibiciones de exportar, las compartimentaciones del mercado, las fijaciones de precios horizontales o verticales y los sistemas de cuotas. En lo que respecta a los abusos de posición dominante, aludió a

las negativas injustificadas de venta, a las discriminaciones en materia de precios, a los acuerdos exclusivos o preferenciales de suministros a largo plazo y a la concesión de descuentos de fidelidad.

En cuanto a la fijación del importe de la multa, la Comisión precisó que tenía en cuenta toda una serie de elementos diferentes y que ello explicaba que no podía tratarse de una operación matemática basada en una fórmula fija, sino únicamente de una apreciación jurídica y económica efectuada, caso por caso, con arreglo a los principios anteriormente expuestos.

En la sentencia Pioneer,¹⁰¹ el Tribunal de Justicia respaldó la nueva actitud, más estricta, de la Comisión. El Tribunal de Justicia declaró de este modo (p. 1905 y ss.):

«A este respecto, conviene recordar que la competencia de la Comisión de imponer multas a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, cometen una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo 85, o del artículo 86, del Tratado, constituye uno de los medios atribuidos a la Comisión con el fin de permitirle cumplir la misión de vigilancia que le otorga el Derecho comunitario. Esta misión comprende, ciertamente, la labor de investigar y reprimir las infracciones individuales, pero engloba igualmente el deber de proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas.

100 — De 14 de diciembre de 1979 (DO 1980, L 60, p. 21).

101 — Antes citada, nota 8.

De ello se deduce que para apreciar la gravedad de una infracción con el fin de determinar el importe de la multa, la Comisión debe tener en cuenta no sólo las circunstancias particulares del caso sino también el contexto en que se sitúa la infracción y asegurar el carácter disuasorio de su actuación, sobre todo para infracciones especialmente perjudiciales para la consecución de los objetivos de la Comunidad.

[...]

Asimismo, la Comisión podía tener en cuenta el hecho de que las prácticas de este tipo son todavía relativamente frecuentes, a pesar de que su ilegalidad fue establecida desde el principio de la política comunitaria de la competencia, en razón del beneficio que determinadas empresas interesadas pueden sacar de ello, y por tanto, la Comisión podía estimar que debía elevar el nivel de las multas para reforzar el efecto disuasorio de las mismas.

Por los mismos motivos, el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarle de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento nº 17, si ello resulta necesario para aplicar la política comunitaria de la competencia. Por el contrario, la aplicación eficaz de las normas comunitarias de la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de esta política.»

Esta sentencia realmente aclaró varios aspectos que también han sido debatidos en

los presentes asuntos. En mi opinión, la sentencia indudablemente confirma, en primer lugar, el punto de vista de la Comisión según el cual es ella la que, en principio, define la política en materia de sanciones en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia. De hecho, ésta es la solución correcta. La Comisión es quien tiene contacto directo con el ámbito de este Derecho y es la Comisión la que trata los numerosos asuntos mientras que, por su propia naturaleza, es el azar el que determina los asuntos que serán planteados ante el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia.

En mi opinión, de ello se desprende que los órganos jurisdiccionales de la Comunidad normalmente no deben aplicar su propia política en materia de sanciones, sino —en el marco del Reglamento nº 17— dejar en manos de la Comisión la tarea de fijar el nivel general de las multas. Por ello, estoy de acuerdo sobre este punto con el Abogado General Sr. Warner cuando, en el asunto BMW/Comisión,¹⁰² afirmó que la competencia jurisdiccional plena atribuida al Tribunal de Justicia por el artículo 17 del Reglamento nº 17 (véase el artículo 172 del Tratado) no significa que en todos los casos deba prevalecer su propia evaluación de la multa adecuada sobre la de la Comisión.

En mi opinión, sólo procede intervenir cuando la Comisión se aparta, sin motivo, en un caso concreto de un nivel relativamente fijo e infringe, de este modo, el principio de igualdad de trato. No obstante, a mi parecer, no puede sostenerse que, como las demandantes afirman, la Comisión actuara de tal modo en los presentes asuntos. De este modo, en las Decisiones paralelas en los asuntos PVC y LdPE,¹⁰³ el importe

102 — Sentencia de 12 de julio de 1979, BMW Belgium/Comisión (asuntos acumulados 32/78 y 36/78 a 82/78, Rec. p. 2435 y ss., especialmente p. 2494).

103 — Véase la nota p. 43.

de las multas parece elevado, sobre todo si se considera que, para fijar dicho importe en estos asuntos, se tuvo en cuenta el hecho de que la mayoría de las empresas habían sido multadas por su participación en las prácticas colusorias en el sector del polipropileno. En las Decisiones similares más recientes,¹⁰⁴ el importe de las multas también es elevado: 7 millones de ECU para cada una de las empresas Solvay e ICI en el asunto IV/33.133-A, 3 millones de ECU a Solvay y 1 millón de ECU a Chemische Fabrik Kalk en el asunto IV/33.133-B, a las cuales hay que añadir las multas de 20 millones de ECU a Solvay en el asunto IV/33.133-C y de 10 millones de ECU a ICI en el asunto IV/33.133-D.

Como, por tanto, no procede considerar que, en su Decisión sobre los polipropilenos, la Comisión se apartara del nivel general de las multas aplicadas desde la sentencia Pioneer, el Tribunal de Primera Instancia debe, en mi opinión, partir del nivel de las multas fijado por la Comisión en los presentes asuntos.

Aun cuando esta circunstancia no sea decisiva, no es menos cierto que, en mi opinión, las prácticas colusorias en el sector del polipropileno continuaron llevándose tranquilamente a cabo tras el 5 de marzo de 1980, fecha de publicación de la Decisión Pioneer, a pesar de que, de este modo, se había llamado la atención de las demandantes sobre el hecho de que las infracciones a la normas en materia de la competencia podían costarles muy caras.

104 — Decisiones de la Comisión de 19 de diciembre de 1990: IV/33.133-A, carbonato de sodio, Solvay/ICI, IV/33.133-B, carbonato de sodio Solvay/CFK, IV/33.133-C, carbonato de sodio, Solvay y IV/33.133-D, carbonato de sodio, ICI.

B. *¿Tuvo en cuenta la Comisión todos los factores oportunos?*

Una vez establecido, de este modo, el nivel general de las multas, es necesario preguntarse si la Comisión tuvo en cuenta todos los factores oportunos para la fijación de las mismas. Naturalmente, ello debe deducirse de la Decisión.

Conforme al apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17, los criterios básicos para determinar la cuantía de las multas son, aparte del límite fijado para dicha cuantía, la gravedad de la infracción así como su duración.

En su Decisión, la Comisión expone, en primer lugar, que la infracción fue deliberada (párrafo segundo del apartado 107). Conforme a las pruebas existentes, me parece que no existe duda alguna de que la Comisión afirma con toda razón que las empresas se hallaban perfectamente al corriente, tanto de la ilegalidad de su comportamiento como de las serias sanciones a las que se exponían. Por tanto, se han producido indudablemente infracciones deliberadas que, en cualquier caso, deben juzgarse mucho más severamente que las negligencias.¹⁰⁵

En lo que respecta al último de los criterios que debe aplicarse, según el apartado 2 del artículo 15, la Comisión declara que la infracción fue relativamente del larga duración.

105 — Véanse por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Sr. Warner en el asunto BMW Belgium/Comisión, antes citado (nota 102), p. 2493.

Conforme al criterio expuesto anteriormente, ha de considerarse que las prácticas colusorias duraron desde el otoño de 1979 hasta el otoño de 1983, es decir, alrededor de cuatro años, y no seis años, duración que la Comisión toma como base para su Decisión y, por tanto, también para fijar el importe de las multas. Es necesario señalar que la responsabilidad, en forma de multa, por las infracciones cometidas por ICI, Montedipe, Shell y Hoechst desde el otoño de 1977 a la primavera de 1978 debe considerarse extinguida, como he dicho anteriormente en la Sección G de la Primera Parte.

pló, la duración global de las distintas iniciativas sobre precios y no la duración del período durante el cual se celebraron reuniones. A pesar de que, como he expuesto anteriormente, no estoy totalmente de acuerdo con la Comisión cuando considera el conjunto de los asuntos como «acuerdo-marco», la concepción estrictamente matemática de la duración de las prácticas colusorias presentada por las demandantes no es, en mi opinión, correcta. La duración debe apreciarse en función de todo el período durante el cual se produjo una actividad que puede considerarse estrechamente vinculada a las infracciones.

Puesto que, como he expuesto anteriormente, es necesario tomar como base el nivel general de las multas establecido por la Comisión, el hecho de que no puede decirse que la infracción durara tanto tiempo como afirma la Comisión debe llevar consigo cierta reducción de las multas. No obstante, la reducción no debe ser proporcional a la duración del período que no se tiene en cuenta, puesto que durante el período posterior al otoño de 1979, la organización de las prácticas colusorias adoptó un giro cada vez más «profesional», mientras que en lo que respecta a los períodos anteriores, la Comisión opina que adoptó una forma menos grave, actuando en consecuencia en la Decisión. Me inclino a pensar que una reducción de las multas de un 10 a un 15 %, aproximadamente, sería adecuada.

En relación con la discusión sobre este punto, algunas demandantes han alegado que la duración de las prácticas colusorias sólo podía apreciarse en función de los períodos durante los cuales la Comisión afirma en su Decisión que existieron actos ilícitos y así es necesario tener en cuenta, por ejem-

No existe necesidad alguna de realizar una exposición más detallada para afirmar, como hace la Comisión (párrafo cuarto del apartado 107), que se trataba de una infracción particularmente grave. Las demandantes tuvieron claramente la intención de intentar obtener un nivel de precios superior al del mercado y, en cualquier caso, en lo que respecta al período posterior a mediados de 1982, es difícil tomar completamente en serio las vigorosas alegaciones de las demandantes en cuanto a los motivos razonables y loables para cometer la infracción. Sin que sea mi intención averiguar si los participantes en las reuniones consideraron acertadamente que el mercado estaba, más o menos, en equilibrio en aquella fecha, la observación que figura en el informe de una reunión y que se cita en el párrafo tercero del apartado 37 de la Decisión demuestra que el nivel de precios debía ser determinado no por el mercado, sino por las participantes, y ello, aun cuando existiera un equilibrio entre la oferta y la demanda y que, en cualquier caso, el objetivo no era únicamente preservar, durante un período de crisis, una capacidad de producción que pudiera mantenerse a largo plazo en condiciones de competencia normales. El objetivo era simplemente obtener una remuneración más elevada por las mercancías que la que habría podido obtenerse sin infringir el apartado 1

del artículo 85. Como señala la Comisión, el propio Tribunal de Justicia estimó que los acuerdos sobre precios constituían precisamente infracciones particularmente graves del artículo 85,¹⁰⁶ al declarar que los acuerdos «que impiden el suministro a los usuarios a los precios más ventajosos revisten una gravedad particular que justifica que la Comisión haga estricto uso de su facultad de sancionar» (*traducción provisional*).

En mi opinión, la gravedad de la infracción no puede apreciarse sin más, basándose únicamente en el alcance de sus efectos perjudiciales reales y comprobados. En primer lugar, una parte de lo que según el artículo 85 constituye la infracción no tiene en cuenta en absoluto los efectos. Los acuerdos o la práctica concertada que tengan por objeto afectar a la competencia pueden constituir infracciones tan graves como las infracciones que se sitúan en el mismo plano y que tienen por efecto limitar la competencia de manera ilícita. Cada vez que se afirma que un comportamiento no ha tenido por objeto sino que ha tenido por efecto que la competencia resulte afectada, es necesario al menos, para que se pueda imponer una multa, que se puedan atribuir las consecuencias ilícitas al autor del comportamiento, en razón de su negligencia. En los casos en los que se trata únicamente de infracción en forma de «acuerdos [...] o de prácticas concertadas [...] que tengan por efecto», sólo nos hallamos ante una intención en el grado mínimo, puesto que el propósito deliberado más cualificado —el objeto— constituye un elemento de la descripción de la propia infracción en la segunda parte de la misma, en el apartado 1 del artículo 85.

106 — Véase la sentencia de 10 de diciembre de 1985, Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión (asuntos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82 y 269/82, Rec. pp. 3831 y ss., especialmente p. 3881), apartado 82.

Las infracciones que, por una u otra razón, y quizá fortuitamente, no tienen los efectos pretendidos, pero en las que la intención alcanza el más alto grado son, en mi opinión, más graves en realidad que las infracciones cuyas consecuencias son más importantes, pero en las cuales, al contrario que en los presentes asuntos, dichas consecuencias no han sido directamente deseadas.

No sólo hay que otorgar importancia a los efectos perjudiciales reales, sino también, y en gran medida, a los efectos potenciales. Suponiendo que el artículo 85 hubiera sido formulado de manera que se describiera únicamente un delito «de resultado», pero vinculado a una disposición sobre la intención, la apreciación de la gravedad de dicha intención no sería probablemente muy distinta de la valoración de la infracción cometida, cuando la tentativa pusiera de manifiesto la firme voluntad de adoptar todas las medidas posibles para llevar a cabo el proyecto ilícito. Por tanto opino, al igual que la Comisión, que, en lo esencial, la gravedad de la infracción debe apreciarse conforme a los datos que se nos han facilitado sobre la voluntad de las empresas participantes en las prácticas colusorias de intentar influir en el mercado.

Considero que, en lo que respecta a la voluntad de las empresas de intentar poner algo en marcha conjuntamente, no existen en el presente caso grandes dudas. En mi opinión, el hecho de que, a menudo, hayan faltado las bases materiales que hubieran permitido poner en marcha las iniciativas sobre precios planeadas no cambia nada. Durante el período que nos ocupa, las prácticas colusorias no fueron, en modo alguno, llevadas a cabo por aficionados, ni tampoco carecían de estructuras. Por el contrario, pa-

rece que los compromisos estaban impregnados del mayor profesionalismo, lo que considero que debe influir en gran medida en la apreciación de la gravedad. Por consiguiente, opino que deben rechazarse todas las objeciones formuladas contra la apreciación, por parte de la Comisión, de la gravedad de la infracción.

No obstante, la Comisión basó la solución adoptada en el hecho de que las prácticas colusorias habían tenido cierto efecto. Si la Comisión se equivocó en sus apreciaciones, el importe de las multas debe por supuesto modificarse. Tal y como la Comisión ha descrito su opinión sobre los efectos de las prácticas colusorias, en los apartados 72 a 74 de la Decisión, no puede excluirse que ella también haya considerado que los precios tuvieron efectos reales relativamente modestos. Lo que cuenta, dice la Comisión, es que los precios acordados o concertados sirvieron de base para las negociaciones con los clientes. En mi opinión, ello es correcto y, de este modo, los acuerdos o la práctica concertada ejercieron indudablemente cierta influencia en la formación de los precios. Mi impresión a todo lo largo del asunto es que la fijación de los precios se produjo, en gran medida, de manera individual, para cada lote de mercancías, y es evidente que era beneficioso que las oficinas de venta de las empresas dispusieran de un precio común concreto, para actuar en función de este último.

Por otra parte, resulta algo dudoso en qué medida el comportamiento ilícito influyó de hecho sobre los precios. Es posible que la Comisión haya exagerado un poco al ver un nexo de causalidad directo entre los precios objetivo fijados (apartados 90 y 91 de la Decisión) y los precios reales, en el sentido de que los primeros habrían influido en los segundos, mientras que el nexo de causalidad

podría más bien darse, en principio, en sentido contrario, como afirman las empresas. Pero, incluso en este último caso, la influencia de los precios obtenidos de hecho, más bajos que los acordados, dio lugar a nuevos precios objetivo, revisados, que era necesario alcanzar. Los elementos materiales de prueba, en forma de informes de reuniones, demuestran con absoluta certeza cuáles eran las intenciones en relación con los precios objetivo acordados o concertados. Como su propio nombre indica, representaban un nivel de precios que había que intentar obtener en el mercado y se trataba siempre de precios más elevados que los obtenidos, de hecho, hasta entonces. En el presente caso, se nos han facilitado estudios realizados por el Profesor Albach, quien intentó simular los precios que probablemente se hubieran aplicado, a falta de acuerdos o de práctica concertada, en una parte del mercado de que se trata. Como ya he dicho, el resultado fue que el mercado se habría comportado, en lo fundamental, de la misma manera sin acuerdos o práctica concertada y que la propia valoración de los participantes en las reuniones de los resultados de sus numerosos esfuerzos era insostenible.

Independientemente de los problemas de método relacionados con tales simulacros de precios, y como la Comisión ha hecho constar durante la vista, el Tribunal de Primera Instancia recordará que, no obstante, el Profesor Albach admitió expresamente que era del todo posible que el mercado se hubiera visto influido en cierta medida.

En estas circunstancias, no creo que proceda rebajar el importe de las multas basándose en consideraciones relacionadas con los efectos reales de las prácticas colusorias, aun cuando la opinión de la Comisión sobre la relación causa-efecto haya podido ser ex-

presada de una manera un tanto brusca. En cualquier caso, las consideraciones sobre los efectos reales de las prácticas colusorias sólo deben tener, en mi opinión, una influencia relativamente modesta en lo que respecta al importe de las multas, dada la claridad de la intención de los autores de la infracción.

Por otra parte, considero, al igual que la Comisión, que todos los factores enumerados en el apartado 108 de la Decisión (con excepción del último guión) nos llevan a considerar que la infracción fue grave.

C. *Las circunstancias atenuantes*

En el último guión del apartado 108, la Comisión enumera las circunstancias atenuantes que ha admitido:

- Las pérdidas de las empresas en la explotación de su sector polipropileno durante un período muy largo.
- El hecho de que las iniciativas sobre precios no alcanzaron plenamente su objetivo.
- La inexistencia, finalmente, de ninguna medida coactiva con respecto a cada productor.

En mi opinión, esta enumeración de las circunstancias atenuantes no es criticable.

Sin embargo, en opinión de las demandantes, los factores citados distan mucho de haber sido suficientemente tenidos en cuenta a la hora de determinar el importe de las multas y algunas demandantes incluso consideran que éstas deberían suprimirse puesto que, en su opinión, las importantes pérdidas sufridas, sobre todo, deben considerarse como una circunstancia particularmente atenuante, que puede justificar la supresión de las multas.

La tesis de las demandantes es insostenible. Como declaró el Tribunal de Justicia en su sentencia IAZ y otros/Comisión,¹⁰⁷ el hecho de obligar a la Comisión a tener en cuenta las dificultades económicas de una empresa equivaldría a crear una ventaja competitiva injustificada en favor de las empresas mal adaptadas a las condiciones del mercado.

En realidad, al tratarse de todo un sector industrial, el hecho de conferir demasiada importancia a las pérdidas derivadas de problemas estructurales supondría la legalización, de hecho, de cualquier tentativa de eludir la necesidad de realizar las adaptaciones estructurales impuestas por las fuerzas del mercado. Salta a la vista que tal solución sería incompatible con la concepción de economía de mercado que subyace en el artículo 85.

Es posible que, independientemente de las circunstancias, fuera sensato intentar mantener una capacidad de producción, empleos, etc., durante un determinado período, a la espera de un incremento de la demanda en un sector que indudablemente tenía porvenir. No obstante, conforme al sistema del

107 — Sentencia de 8 de noviembre de 1983, «Anseau-Naveva» (asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. pp. 3369y ss., especialmente p. 3417), apartado 55.

Tratado, repitámoslo, no se deja a la iniciativa privada la opción de ignorar las reglas básicas del artículo 85 y, por esta razón, han de rechazarse las objeciones de las demandantes a este respecto.

También es posible que, como ha alegado ICI sobre todo, durante el período de que se trata se produjera una cierta adaptación estructural, definitiva o provisional, en el sector del polipropileno. Sin embargo, es necesario partir del principio de que las ilegalidades deben valorarse en sí mismas. El hecho de que los autores de las infracciones también adoptaran medidas lícitas, sin duda razonables y sensatas, no es sorprendente ni anormal en modo alguno, pero, en mi opinión, ello no debe provocar una mayor indulgencia en relación con las infracciones.

Finalmente, es posible que las ayudas de Estado falsearan, en cierta medida, las relaciones de la competencia en el mercado del polipropileno. Como acertadamente señaló la Comisión, el apartado 1 del artículo 85 se aplica, en cualquier caso. Por otra parte, es significativo que, *grosso modo*, todas las empresas del sector afectado se hayan visto implicadas en las infracciones, independientemente de que recibieran o no ayudas de Estado. Por tanto, no se trataba de prácticas colusorias llevadas a cabo por algunas empresas que pretendían defenderse contra una competencia injusta por parte de otras, apoyadas por el Estado. También deben rechazarse las objeciones de las demandantes sobre este punto.

En el último párrafo del apartado 109 de la Decisión, la Comisión afirma que un número muy pequeño de productores cooperó en la investigación de la Comisión, en todo caso, tras el descubrimiento de la mayor

parte de los documentos probatorios. En la vista se ha podido saber que se trataba sobre todo de ICI y de Hercules, quienes suministraron a la Comisión cierto número de pruebas que podían ser útiles en la instrucción del asunto. Ahora bien, como afirma la Comisión, las empresas estaban obligadas, en cualquier caso, a suministrar los citados documentos y considero, al igual que ella, que sólo cabe una modesta reducción de las multas por tal motivo. Según afirma la Comisión, la diferencia entre la multa de 10 millones de ECU impuesta a ICI y la de 11 millones impuesta a Montedipe debe precisamente interpretarse a la luz de la cooperación de ICI con la Comisión.

Ya he expuesto anteriormente mi punto de vista sobre los efectos de las prácticas colusorias como elemento para la apreciación de la gravedad de la infracción. Finalmente, estoy de acuerdo con la Comisión en que las multas probablemente deberían haber sido aún más elevadas si, además, se hubieran adoptado medidas, en el marco de las prácticas colusorias, para establecer verdaderos medios de coacción frente a las empresas que no respetaran los acuerdos celebrados, etc.

En resumen, considero que teniendo en cuenta que se trata de infracciones muy graves, las multas no son desproporcionadas y que se han valorado, en la medida necesaria, las circunstancias atenuantes que razonablemente pueden y deben tomarse en consideración.

D. *Reducción de las multas como consecuencia de la anulación de ciertas partes de la Decisión*

Como he dicho en la Sección B, si se afirma que la duración de las prácticas colusorias fue inferior a lo que sostiene la Comisión, opino que es necesario reducir las multas. En la medida en que proceda afirmar, en relación con el período así determinado (otoño de 1979 a otoño de 1983), que no existen pruebas suficientes que respalden las conclusiones de la Comisión sobre algunos puntos de la Decisión, es necesario que se efectúe una nueva reducción.

Conforme a lo que he dicho anteriormente, no disponemos de pruebas suficientes que confirmen el compromiso ilícito alegado por la Comisión para los años 1981 y 1982 en lo que respecta al control de los tonelajes, al igual que no existe fundamento suficiente para afirmar que existiera un sistema de cuotas en 1983. Por otra parte, en mi opinión, no puede afirmarse que las empresas desviarán ilegalmente las mercancías del territorio geográfico de la Comunidad, a fin de crear artificialmente una situación de penuria en el mercado europeo.

La necesaria anulación de la Decisión en lo que respecta al período comprendido entre 1977 y el otoño de 1979 y, en cuanto a los puntos citados en el párrafo anterior, en 1981, 1982 y 1983 debe conducir, en mi opinión, a una reducción general de las multas de aproximadamente un 20 %.

E. *¿Debe confeccionar la Comisión un «catálogo» de las multas?*

Se ha debatido mucho en el presente caso la cuestión de en qué medida la Comisión debería estar obligada a exponer más detalladamente los criterios de cálculo utilizados para determinar el importe de cada multa.

La cuestión está relacionada con los factores enumerados por la Comisión en el párrafo primero del apartado 109 de la Decisión, que han sido decisivos para determinar el importe de cada una de las multas. Se trata 1) del papel desempeñado por cada empresa, 2) de la duración de la participación de cada una de ellas, 3) de sus entregas respectivas en la Comunidad y 4) del volumen de negocios total de cada una de ellas. No se discute que se pueden, y se deben, tener en cuenta estos factores.

Entre los elementos citados, los dos últimos son totalmente cuantificables, salvo que aún puedan aportarse cifras exactas sobre las ventas de polipropileno y el volumen de negocios global. La duración también es cuantificable pero, como ya he dicho, no puede considerarse de manera simplemente proporcional, puesto que la actividad de las empresas participantes en las prácticas colusorias adoptó formas cada vez más graves. Por el contrario, la medida o la intensidad de la participación de cada empresa no puede cuantificarse de manera que sirva de base para determinar en cifras el importe de las multas; sin embargo, es necesario valorarlas para fijar la multa.

Ni que decir tiene que resulta sumamente difícil explicar, aunque sólo sea de manera

medianamente razonable, el relativo equilibrio entre los diferentes factores, de los cuales sólo algunos son completamente cuantificables. Forzosamente, la solución que se adopte se basará en gran medida en estimaciones. Asimismo, la Comisión ha negado, en última ocasión en su respuesta a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia, así como durante la vista, que para fijar el importe de las multas hubiese realizado cálculos exactos basados en los factores cuantificables.

No creo que exista razón alguna para creer que la exposición realizada por la Comisión en cuanto al modo en que determinó el importe de cada multa no se ajuste a la realidad. La Comisión ha mantenido que solucionó esta cuestión basándose en una apreciación global. Como he dicho, no creo que pueda criticarse a la Comisión sobre este punto y, en mi opinión, ni de la jurisprudencia ni de ningún otro elemento se deduce que la Comisión esté obligada a establecer modelos-tipo de cálculo.¹⁰⁸

Además, y como también ha señalado la Comisión, podría no ser conveniente, por consideraciones generales de prevención, elaborar un verdadero «catálogo» de las multas en un ámbito tal como éste, en el que el equilibrio de las ventajas económicas y de los posibles inconvenientes de una infracción proyectada juega indudablemente un importante papel para que la empresa decida cometer la infracción o renunciar a ella.

Los puntos de vista expresados se aplican igualmente en relación con los fundamentos expuestos en el apartado 2 de la Sección B de la Decisión, para la fijación de las mul-

tas. La mayoría de las demandantes alegan que la solución adoptada estaba insuficientemente motivada, en la medida en que no se ha justificado individualmente la multa impuesta a cada empresa. En mi opinión, la Comisión ha expuesto los fundamentos que era posible exponer en función de la naturaleza del asunto. Puesto que no se pueden cuantificar todos los factores que constituyen la base del cálculo de la multa, no se entiende qué otros elementos podrían añadirse a los citados por la Comisión.

Finalmente, lo expuesto tiene repercusiones en la apreciación de la función de control del Tribunal de Primera Instancia en lo que respecta al importe de las multas. Como se ha visto especialmente durante la vista, si no se conoce con precisión la importancia que la Comisión otorga a los diferentes factores, recíprocamente relacionados, puede resultar difícil ejercer un control sobre el importe de las multas. Pero, si bien es necesario admitir —como yo opino— que, en este ámbito, la Comisión debe gozar de amplia libertad para determinar las multas, conforme a su apreciación del conjunto de circunstancias del asunto, este problema no es diferente del que se suscita en otros ámbitos jurídicos, en los que la Administración goza de una facultad de apreciación, más o menos amplia.

Por el contrario, en el sistema jurídico comunitario la diferencia reside en el hecho de que, en lo que respecta al importe de la multa, el Tribunal de Primera Instancia dispone de una competencia jurisdiccional plena pudiendo, de este modo, si lo desea, sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia. Por consiguiente, se trata, en realidad, de una facultad de apreciación independiente en beneficio de este órgano jurisdiccional. En mi opinión, el Tribunal de

108 — Véase Bellamy y Child, *loc. cit.*, p. 497, nota 56.

Primera Instancia debe, no obstante, dar prueba de circunspección a este respecto y sólo modificar este importe si considera que la Comisión ha cometido un evidente error de apreciación. Por ejemplo, podría darse este caso si se pusiera de manifiesto que la Comisión adoptó una solución basándose en un volumen de negocios o en cifras de ventas claramente erróneas.

Finalmente, quizá sea necesario expresar mis reservas sobre una tesis presentada a debate, consistente en que, al no imponer multa a BP y a Amoco, a pesar de que en opinión de algunas de las demandantes dichas empresas estuvieron implicadas en el funcionamiento de las prácticas colusorias, la Comisión ha infringido el principio de igualdad de trato. Opino que este punto de vista se basa en un error de lógica y confunde prueba y sanción. Una vez acreditado que, a causa de la falta de pruebas, no podía actuarse contra BP y Amoco, estas empresas han quedado ya definitivamente apartadas y su situación no puede influir en la apreciación de las multas impuestas a las demás empresas.

Puede resultar interesante hacer alusión a un último elemento en esta Sección: durante la vista, la Comisión precisó que la referencia contenida en el párrafo segundo del apartado 107 de la Decisión, por el hecho de que BASF, Hoechst e ICI estuvieron anteriormente implicadas en infracciones a las normas en materia de competencia comunitarias, no significaba que hubiera impuesto multas más elevadas por reincidencia. Conforme a las explicaciones que la Comisión facilitó durante la vista, dicha alusión únicamente tenía por objeto demostrar aún más, en relación con estas empresas, que se trataba de una infracción deliberada. La Comisión explicó que no había tenido en cuenta los efectos de la reincidencia, puesto que los hechos anteriores databan de hacía más de

quince años y el nivel general de las multas se había incrementado notablemente en ese intervalo. No existe razón alguna para no admitir esta explicación y considero que tampoco podemos ver, a falta de consecuencias de la reincidencia en este sentido, la violación del principio de igualdad o de cualquier otro.

F. Alcance o intensidad de la participación de las diferentes empresas

1. Alcance, tal y como ha sido expuesto por la Comisión en su Decisión

En mi opinión, no existe duda razonable de que la Comisión considera acertadamente que los cuatro grandes productores, *Montedipe*, *Hoechst*, *ICI* y *Shell* se hallaban en el núcleo de los compromisos contraídos y formaban un grupo dirigente autónomo. Así lo demuestra el objeto de las reuniones separadas celebradas entre estas empresas (véase el cuadro 5 de la Decisión) y las demás alusiones que figuran en los documentos de prueba sobre el papel de las cuatro grandes empresas. Por consiguiente, la Comisión también tiene razón al estimar que los cuatro grandes productores deben soportar una parte importante de la responsabilidad de lo ocurrido. A pesar de que no puede decirse que existan pruebas de inducción, en el sentido real del término, las cuatro grandes empresas desempeñaron —casi diríamos: naturalmente— un papel central. Ello se aplica sobre todo a *Montedipe* y a *ICI*, quienes presidieron el grupo, cada una a su turno, durante determinado período. Esto justifica ampliamente que dichas empresas soporten severas multas.

Los autos no indican por qué Shell no participó en las reuniones plenarias regulares. No obstante opino, al igual que la Comisión, que el hecho de no participar en reuniones con la totalidad de los productores no puede constituir en sí mismo una circunstancia atenuante. La participación de Shell debe, por tanto, apreciarse en igualdad de condiciones con la participación de las demás empresas, en la medida en que existen pruebas que permiten actuar contra dicha empresa. Estas últimas se han descrito, en detalle, anteriormente en la Sección J de la Segunda Parte.

Como he expuesto más arriba, en la Sección F de la Segunda Parte, el papel de *Hercules* aparece rodeado de cierta ambigüedad. No obstante opino, al igual que la Comisión, que el hecho de que Hercules no comunicara sus cifras de venta a las demás empresas no debe considerarse como una circunstancia atenuante, puesto que, por otra parte, la empresa participó en las prácticas colusorias, obteniendo ventajas de las mismas o pretendiendo hacerlo.

Conforme al párrafo sexto del apartado 109 de la Decisión, la Comisión niega que puedan establecerse diferencias importantes entre las *restantes empresas*, es decir, aquellas distintas de los cuatro grandes productores. Estoy de acuerdo en que las pruebas no permiten apreciar con toda certeza qué empresas actuaban, más o menos enérgicamente, para que funcionara la colusión. Conforme a la impresión general, resulta claro que todas estaban interesadas y que las diferencias residían, sobre todo, en un mayor o menor grado de optimismo. Como he dicho anteriormente, Solvay tuvo la buena idea de sugerir, en una reunión celebrada en mayo de 1982, que se dejaran de organizar reuniones puesto que el equilibrio entre oferta y de-

manda se había producido. Esto podría interpretarse como el testimonio de un compromiso algo menos enérgico, si no fuera porque Solvay continuó participando en el grupo, incluso tras esta fecha.

Algunos productores menos importantes fueron, a veces, calificados de «perturbadores» y tachados de agresividad por los demás. En este contexto, ello podría interpretarse como la expresión de que demostraron un compromiso un poco menor que los demás. No obstante, resulta muy revelador el hecho de que siempre intentaron defender sus intereses en el marco de las prácticas colusorias. El hecho de que algunos hayan logrado alcanzar una cuota de mercado nada despreciable, durante el período en el que se produjeron las prácticas colusorias, no puede considerarse, de este modo, como testimonio de un compromiso menor que el de los demás, sino más bien, del hecho de que eran más hábiles para utilizar las prácticas colusorias en su propio beneficio, es decir, para obtener una mejor situación en el mercado «según el reparto más equitativo posible».

Finalmente, en el párrafo séptimo del apartado 109 de la Decisión, la Comisión indica que tres empresas participaron durante un período más corto que las demás. Es necesario señalar que, según el resultado de nuestra apreciación de las pruebas, Petrofina únicamente participó a partir de marzo de 1982 y no de 1980, como afirma la Comisión.

Por consiguiente, en una primera etapa, las empresas pueden dividirse en dos grupos: los cuatro grandes productores y las demás.

2. *Los cuatro grandes productores*

De la Decisión se desprende que, de entre los cuatro grandes, la Comisión impuso a Montedipe y a ICI una multa más importante por el hecho de que estas dos empresas desempeñaran un papel dirigente durante cierto tiempo, si bien se indica que la multa de ICI se redujo como consecuencia de cierta cooperación durante la investigación. Comparadas con el volumen de negocios de las empresas en el sector del polipropileno, las multas de ambas parecen más o menos idénticas. Es necesario señalar que la Comisión no ha tenido en cuenta las objeciones conforme a las cuales sólo debían tomarse en consideración las ventas externas de polipropileno de las empresas. Más bien parece que la Comisión haya conferido importancia al volumen de negocios correspondiente a lo que las propias empresas estimaban como la cuota de mercado de cada una de ellas. En mi opinión, éste es un criterio correcto para determinar el importe de las multas. Independientemente del hecho de que el volumen de negocios total de las empresas no haya sido discutido en el proceso, no existen muchos elementos que indiquen que la Comisión le otorgara una particular importancia a la hora de determinar el importe de las multas. Ello no resulta sorprendente, puesto que se trata, en todo caso, de empresas muy grandes cuya fuerza en el mercado es indiscutible, al igual que su capacidad para pagar una multa de la importancia de las que aquí se examinan. De este modo, parece existir un buen equilibrio entre las multas de 11 y 10 millones de ECU impuestas a Montedipe y a ICI, respectivamente. Lo mismo puede decirse en lo que respecta a las multas de 9 millones de ECU impuestas a Shell y a Hoechst, quienes fueron evidentemente consideradas como elementos centrales del grupo, pero sin llegar a

desempeñar el papel dirigente de Montedipe o de ICI.

3. *Los productores menos importantes*

Los otros productores, menos importantes, pueden a su vez dividirse entre los que participaron en las prácticas colusorias a todo lo largo de su duración y los que se sumaron o abandonaron las mismas durante dicho período.

En lo que respecta al primer grupo, el nivel de las multas parece ser bastante uniforme, en función de las ventas realizadas dentro de la Comunidad, lo que, en principio, también debe ser así, puesto que no se ha realizado distinción alguna en función de la intensidad o del alcance de la participación y puesto que, tal y como opino, no se ha otorgado una importancia decisiva al volumen de negocios global de las empresas. Como porcentaje de las ventas, el nivel de las multas es, en general, un poco más bajo que para los cuatro grandes productores. En lo que respecta a BASF, no existe acuerdo entre las partes sobre en qué medida las cifras de ventas de la producción de la Rheinische Olefinwerke GmbH, que constituye un «joint venture» (50/50) entre BASF y Shell, deben incluirse en la base de cálculo de la multa. BASF alega que únicamente actuó como agente de ventas en relación con la parte de la producción que correspondía a Shell. La cuestión no se ha aclarado en absoluto y la Comisión habría debido examinarla antes más detalladamente, durante el desarrollo del procedimiento. En mi opinión, debería conferirse, por este motivo, mayor peso a las propias cifras de BASF, lo que implicaría cierta reducción de la multa en relación con esta empresa. Probable-

mente, la reducción debería ser de alrededor de un 10 %, de modo que, para esta empresa, la multa se reduciría en un total de un 30 %.

Como se afirma en la Decisión, se fijó una multa relativamente más baja para el último grupo de empresas citado, es decir *Anic*, *Petrofina* y *Rhône-Poulenc*. Prescindiendo del hecho de que la multa debe reducirse aún más para *Petrofina*, dado que el período durante el cual opino que su participación puede considerarse acreditada es más corto, parece que también existe aquí un buen equilibrio, tanto entre las multas impuestas a estas empresas como con respecto a las impuestas a las demás. La multa impuesta a *Rhône-Poulenc* debe reducirse teniendo en cuenta, por una parte, que el período del que existen pruebas de su participación es bastante más corto de lo que la Comisión afirma y que, por otra parte, el período que, de este modo, no se computa se caracterizaba por el hecho de que las prácticas colusorias se hallaban en una fase introductoria. Por consiguiente, la multa de *Rhône-Poulenc* debe reducirse en un total de un 40 %. La participación de *Petrofina* fue bastante más corta de lo que afirma la Comisión y una parte de este período que no se computa es posterior a la fecha en la que las prácticas colusorias habían adoptado su forma definitiva. En estas circunstancias, propongo que la multa de *Petrofina* se reduzca a la mitad. La cuestión de en qué medida la Comisión incluyó el volumen de negocios de *SIR* en la base de cálculo para fijar la multa de *Anic* plantea un problema especial. Conforme a lo que sabemos, como base del cálculo se adoptó el volumen de negocios (= cuota de mercado) para el año 1982. Sin embargo, no existe duda de que la cuota de mercado que *SIR* poseía en 1982, en la época en que esta empresa —durante un corto período— producía por

cuenta de *Anic*, era muy reducida. Aun cuando no existe razón alguna para respaldar demasiado el punto de vista de *Anic*, según el cual hay que tener también en cuenta el volumen de negocios de los años anteriores, opino que es necesario tomar en consideración el hecho de que *Anic*, precisamente, sólo participó en las prácticas colusorias durante el primer semestre de 1982; por esta razón, es necesario rebajar la multa en cierta medida, poco importante. Por consiguiente, la multa de *Anic* debe reducirse en un total de un 30 %.

Por tanto, salvo lo que acabo de decir, no creo que la Comisión haya cometido errores de apreciación.

En este contexto propongo, pues, que las multas se fijen del siguiente modo:

Anic SpA	525.000 ECU
Atochem SA	1.400.000 ECU
BASF AG	1.750.000 ECU
DSM NV	2.200.000 ECU
Hercules Chemicals NV	2.200.000 ECU
Hoechst AG	7.200.000 ECU
Hüls AG	2.200.000 ECU
ICI plc	8.000.000 ECU
Chemische Werke Linz AG	800.000 ECU
Montedipe SpA	8.800.000 ECU
Petrofina SA	300.000 ECU
Rhône-Poulenc SA	300.000 ECU
Shell International Chemical Co. Ltd	7.200.000 ECU
Solvay & Cie	2.000.000 ECU

IV. Conclusiones

Habida cuenta de cuanto acabo de exponer, propongo al Tribunal de Primera Instancia que se pronuncie del siguiente modo:

- 1) *El artículo 1 de la Decisión de la Comisión, de 23 de abril de 1986 (IV/31.149 — polipropileno), se anula, en la medida en que en él se afirma:*

Que las demandantes Anic, Rhône-Poulenc, Hercules, Chemie Linz, Solvay, Atochem, BASF, DSM y Hüls participaron en un acuerdo o en una práctica concertada antes del otoño de 1979;

que las demandantes Hoechst, Shell, ICI y Montedipe participaron en el citado acuerdo o práctica concertada a partir del segundo semestre de 1978, aproximadamente, hasta el otoño de 1979;

que Anic SpA participó en el citado acuerdo o práctica concertada después de mediados de 1982;

que Petrofina SA participó en el citado acuerdo o práctica concertada antes de marzo de 1982;

que Hercules Chemicals NV proporcionó informaciones detalladas sobre sus entregas;

que los productores desviaron sus suministros hacia los mercados de ultramar con el fin de crear una situación de penuria en Europa occidental;

que las demandantes se repartieron el mercado con el fin de atribuir a cada productor una «cuota» para los dos primeros trimestres de 1983, así como

que los productores se exigieron unos a otros en 1981 (salvo en los primeros meses del año), y en 1982, la limitación de sus ventas mensuales con respecto a sus ventas en el período anterior.

2) *El artículo 3 de la Decisión se modifica de manera que el importe de las multas establecidas en dicho artículo quede como sigue:*

Anic SpA	525.000 ECU
Atochem SA	1.400.000 ECU
BASF AG	1.750.000 ECU
DSM NV	2.200.000 ECU
Hercules Chemicals NV	2.200.000 ECU
Hoechst AG	7.200.000 ECU
Hüls AG	2.200.000 ECU
ICI plc	8.000.000 ECU
Chemische Werke Linz AG	800.000 ECU
Montedipe SpA	8.800.000 ECU
Petrofina SA	300.000 ECU
Rhône-Poulenc SA	300.000 ECU
Shell International Chemical Co. Ltd	7.200.000 ECU
Solvay & Cie	2.000.000 ECU

3) *Desestimar el recurso en todo lo demás*

4) *Costas*

En lo que respecta a las costas, es necesario señalar que, en la mayoría de los asuntos, se han acogido la mayor parte de los motivos de la Comisión. No obstante, se han suscitado críticas justificadas contra la Decisión, de modo que deben anularse varios puntos de esta última. Por consiguiente, no era ilógico interponer recurso y, en mi opinión, sería correcto aplicar lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (véase, en la actualidad, el apartado 3 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia), y que cada parte cargara con sus propias costas. Esta es la solución que propongo para los asuntos T-1/89, T-3/89, T-4/89 y T-6/89 a T-15/89. En lo que respecta al asunto T-2/89, Petrofina, habida cuenta de la solución propuesta, la Comisión debe cargar, aparte de con sus propias costas, también con la mitad de las costas de la demandante.