

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 19 de diciembre de 1990

relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE

(IV/33.133-B: Ceniza de sosa — Solvay, CFK)

(Los textos en lengua francesa y alemana son los únicos auténticos)

(91/298/CEE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado ⁽¹⁾, cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de España y de Portugal y, en particular, sus artículos 3 y 15,

Vista la Decisión de la Comisión de 19 de febrero de 1990, de iniciar un procedimiento de oficio con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17,

Después de haber ofrecido a las empresas implicadas la oportunidad de dar a conocer su punto de vista en relación con las objeciones formuladas por la Comisión, con arreglo al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y el 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 ⁽²⁾,

Prevía consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes,

Considerando lo siguiente:

PARTE I

HECHOS

A. Resumen de la infracción

- (1) 1. La presente Decisión resulta de las investigaciones llevadas a cabo por la Comisión en marzo de 1989, con arreglo al apartado 3 del artículo 14 del Reglamento nº 17, sobre los productores comunitarios de ceniza de sosa. Mediante dichas investigaciones y otras posteriores, con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17, la Comisión descubrió pruebas documentales en las que se ponía de manifiesto, en particular, que las siguientes empresas habían infringido el artículo 85 del Tratado:

(1) DO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.

(2) DO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.

— Solvay et Cie SA, Bruselas (Solvay),

— Chemische Fabrik Kalk, Colonia, (CFK).

2. La infracción puede resumirse del siguiente modo:

Infracción del artículo 85 por Solvay y CFK

A partir de una fecha desconocida que se sitúa aproximadamente entre 1987 y, por lo menos, 1989, Solvay y CFK participaron en un acuerdo y/o práctica concertada contraria al artículo 85 del Tratado mediante el cual, para cada uno de los años 1987, 1988 y 1989, Solvay garantizaba a CFK un volumen de ventas mínimo que se calculó mediante una fórmula basada en las ventas realizadas por CFK en Alemania durante 1986, o sea, 179 Kt y compensaba a CFK por la cantidad restante, comprándole las toneladas necesarias para que sus ventas alcanzasen el mínimo garantizado.

B. La infracción del artículo 85 por Solvay y CFK

1. Antecedentes

- (2) Las características del producto y del mercado de la ceniza de sosa se explican en la Parte I B de la Decisión de la Comisión 91/298/CEE (Solvay-ICI) ⁽³⁾.
- (3) CFK, filial de Kali & Salz AG (Grupo BASF), es una de las tres empresas productoras de ceniza de sosa sintética de Alemania. Actualmente, su capacidad de producción gira en torno a los 260 Kt y su participación en el mercado alemán es de aproximadamente el 15 %.

Solvay es con mucho el más importante proveedor del mercado alemán y su participación es superior al 50 %. Durante todo el período, dicha sociedad realizaba sus actividades en el sector de la ceniza de sosa en

(3) Véase la página 1 del presente Diario Oficial.

Alemania por medio de su filial, Deutsche Solvay Werke (DSW). Hasta 1985 hubo otra filial de Solvay, Kali Chemie (KC), que también desarrolló su actividad en el sector de la ceniza de sosa, pero fue totalmente integrada en DSW.

En noviembre de 1989, Solvay anunció que proyectaba reorganizar sus actividades en Alemania mediante la creación de una nueva compañía de su propiedad, Solvay Deutschland GmbH, que controlaría a KC y participaría al 59,7 % en Deutsche Solvay Werke. Los acuerdos no afectan a la responsabilidad de Solvay con respecto a la infracción.

- (4) En 1985, parece ser que DSW intentó debilitar la posición de CFK en el mercado alemán, quitándole una serie de clientes importantes, pero el productor más pequeño compensó su pérdida consiguiendo clientes de Matthes & Weber, el otro productor alemán, por lo que los intentos no tuvieron éxito.

Durante 1986, Solvay se apercebía de que CFK estaba aplicando una política de recorte de precios para mantener o recuperar su cuota de mercado. En una conversación telefónica entre DSW y la oficina central de Solvay en Bruselas el 24 de octubre de 1986, se discutió la posibilidad de un «armisticio» entre Solvay y CFK. Según DSW era imposible un «armisticio» con CFK a menos que se hablara de un aumento de precios en 1987. La postura de Solvay de Bruselas era que debía indicarse a CFK que tras un período de prueba del «armisticio», quizá en el segundo trimestre de 1987, se podría discutir un aumento del precio.

Tanto Solvay como CFK insisten en que nunca se ha acordado un «armisticio» (respuestas con arreglo al artículo 11). No obstante, esta negativa debe juzgarse teniendo en cuenta las pruebas documentales mencionadas en los puntos siguientes.

2. El acuerdo de «garantía»

- (5) Según una evaluación del mercado de ceniza de sosa elaborada por DSW en marzo de 1988, en ese momento los problemas con CFK se habían «calmado». Las pruebas documentales descubiertas por la Comisión ponen en evidencia que se llegó a un acuerdo o arreglo entre Solvay y CFK, mediante el cual Solvay «garantizaba» a CFK un volumen de ventas mínimo anual en el mercado alemán.

En caso de que las ventas de CFK en Alemania descendieran por debajo del mínimo garantizado, Solvay le compraría las cantidades restantes.

- (6) En un principio, la garantía de CFK se estableció en 179 Kt, cifra basada al parecer en las ventas de CFK realizadas en Alemania durante 1986. En ese momento, las partes no previeron que fuera a producirse un

crecimiento real en el mercado de ceniza de sosa alemán, que en 1986 y 1987 fue, en total, de aproximadamente 1 080 Kt.

Tanto en 1987 como en 1988, las ventas realizadas por CFK fueron algo superiores al mínimo garantizado de 179 Kt (183 Kt y 180 Kt respectivamente). En realidad, la demanda en Alemania empezó a aumentar mucho antes de lo esperado y a finales de 1988 se vio claramente que las ventas totales para este año serían de unos 1 170 Kt, un incremento de alrededor del 8,3 % con respecto al año anterior.

Como consecuencia del crecimiento de la demanda, CFK solicitaba una garantía mínima para 1988 y 1989 de 194 Kt, por lo que exigía con efecto retroactivo una «compensación» para 1988 de 14 Kt (194-180), que habida cuenta del crédito para 1987, se quedó en 11 Kt. Las previsiones internas de CFK para 1989, tras la revisión de enero de ese año, confirman la alteración de su planificación inicial para tener en cuenta las ventas del coproductor de 11 Kt en 1989.

En realidad, Solvay compró 2,5 Kt a finales del mes de diciembre de 1988, dejando un saldo de 8,5 Kt que CFK quería que se le comprara durante 1989.

- (7) En respuesta a la reclamación de CFK, Solvay ofreció una compensación máxima para 1988 de 4 Kt en lugar de los 8,5 Kt. Para 1989, propuso un aumento de la garantía de sólo 5,3 % en lugar de 8,3 %, considerando una «zona neutral» de 3 %. Debido a ello, la garantía para 1989 sería de 190 Kt en lugar de los 194 Kt que en un principio había solicitado CFK.

El 14 de marzo de 1989 se celebró una reunión a la que asistieron altos representantes de CFK y de su empresa matriz Kali y Salz por un lado y de DSW por otro. Es importante señalar que no se elaboró ningún documento oficial o acta de esta reunión y, por lo tanto, no hay prueba ninguna de ello en CFK o Kali y Salz. No obstante, se encontró una nota escueta escrita a mano de esta reunión en DSW. Es evidente que el objeto de esa reunión era resolver el único punto pendiente, a saber, si la compensación debía tener efecto retroactivo. No hubo discusión acerca de los términos básicos: en la nota de Solvay se leía «Verständnis System: I.O. (= "in Ordnung")». Solvay, aunque propuso algunos cambios, parecía satisfecho del modo en que quedó redactado el texto («Schiff laufen lassen und nach vorn orientieren»). De la nota se desprende que ambas partes acordaron que para los próximos 8 meses Solvay compraría a CFK al ritmo de 1 000 toneladas por mes.

El mecanismo de compensación entró en vigor con la compra de Solvay a CFK durante la primera mitad de 1989 de los 8,5 Kt adicionales que habían sido reclamados por CFK.

3. Argumentos de la defensa

- (8) Tanto Solvay como CFK niegan que entre ellos haya habido un acuerdo o arreglo colusorio. Solvay explica que las pruebas documentales incriminatorias encontradas en DSW se refieren a un plan que fue concebido de forma totalmente unilateral cuando se estudiaba la posibilidad de adquirir, aproximadamente en 1988, las actividades de CFK. Para que se mantuvieran las actividades de CFK en espera de las negociaciones (en palabras de Solvay), se calculó (de nuevo sin ponerse en contacto con CFK) el volumen que esta empresa necesitaba vender en el mercado alemán para alcanzar un nivel de explotación que garantizara su supervivencia. (No obstante, Solvay no explica por qué debía seguir una política que le iba a llevar a pagar por las actividades de CFK un precio mayor del que hubiera pagado en otras circunstancias, ni por qué, si se trataba únicamente de garantizar un óptimo nivel de utilización de las instalaciones para CFK, debía referirse específicamente a sus ventas en el mercado alemán.) Este «volumen de supervivencia» lo estableció Solvay en 179 Kt para 1986. Las frecuentes referencias en los documentos a la «reclamación» o «petición» efectuada por CFK, y los cálculos pormenorizados sobre esta cuestión no implican, según Solvay, que se estableciera un contacto mayor con esa empresa que las meras referencias a una «oferta» por Solvay o a un «compromiso». En cuanto a la reunión entre DSW y CFK y Kali y Salz el 14 de marzo de 1989, su único propósito era debatir la posible adquisición por Solvay de una parte de las actividades de CFK relacionadas con la sosa: fue en esta reunión cuando Solvay indicó por primera vez a CFK que estaba considerando la posibilidad de ayudar a la empresa a salir adelante pero no se aprobó nada concreto ni se llegó a ningún resultado en la reunión.

Solvay no consideró necesario proponer que las personas interesadas fueran localizadas para que corroboraran estos argumentos de hecho, ni solicitó ser oída.

Por su parte, CFK negó cualquier participación en la colusión: no pudo aportar ninguna explicación sobre los documentos descubiertos en DSW y argumentó que era un asunto que concernía exclusivamente a Solvay, a la vez que declaraba que no había nada en su documentación que pudiera estar relacionado con un acuerdo colusorio.

- (9) La Comisión considera absolutamente inaceptables las explicaciones dadas por Solvay que, en cualquier caso, son totalmente contradictorias con sus propios documentos. Quizá también sea importante señalar que algunos de estos documentos fueron transmitidos por telefax de DSW a las oficinas de Solvay en Bruselas, pero no existen pruebas de que fueran recibidos. Respecto a las explicaciones dadas por

CFK, está claro que los documentos que se encuentran en una empresa que acusa a otra pueden constituir pruebas contra ésta, así como contra el autor (Sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, Suiker Unie y otros/Comisión) ⁽¹⁾. En cualquier caso, hay varios ejemplos de menciones concretas en los propios documentos de CFK que se repiten en los documentos encontrados en Solvay y cuya información no podía conocer esta última, a menos que se le hubiera comunicado expresamente. CFK no pudo explicar la coincidencia de las referencias que figuraban en sus documentos y las provenientes de otro productor.

PARTE II

VALORACIÓN JURÍDICA

A. Artículo 85 del Tratado CEE

1. Apartado 1 del artículo 85

- (10) El apartado 1 del artículo 85 del Tratado prohíbe como incompatibles con el mercado común todos los acuerdos entre empresas o las prácticas concertadas que pueden 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.

El apartado 1 del artículo 85 incluye como ejemplos específicos de acuerdos prohibidos los que fijan directa o indirectamente los precios de venta, los que limitan o controlan el mercado o se reparten los mercados entre los productores.

2. Acuerdos/prácticas concertadas

- (11) El apartado 1 del artículo 85 prohíbe tanto los acuerdos como las prácticas concertadas. En el presente caso, la distinción entre las dos formas de colusión prohibida no tiene objeto, la Comisión considera que el acuerdo entre Solvay y CFK puede clasificarse sin lugar a dudas como «acuerdo» con arreglo al apartado 1 del artículo 85.

Puede existir «acuerdo» cuando las partes llegan a un consenso con respecto a un plan que limita o probablemente limite su libertad comercial, determinando sus líneas de acción o de abstención mutua en el

⁽¹⁾ Rec. 1975, p. 1663, punto 164.

mercado. No es necesario que las partes lo consideren jurídicamente vinculante y, en realidad, si son realmente conscientes de la ilegalidad de su acuerdo, no pueden pretender que éste tenga fuerza contractual. No se exigen mercados de ejecución ni es necesario que dicho acuerdo se celebre por escrito.

3. *Restricción de la competencia*

- (12) En el presente caso, es evidente que el acuerdo tiene por objeto y efecto restringir la competencia.

Es evidente que el objetivo era lograr unas condiciones de estabilidad artificial del mercado. A cambio de volver a un comportamiento en la fijación de precios que a Solvay no le resultara perjudicial, se garantizó a CFK una cuota mínima en el mercado alemán. Eliminando del mercado el tonelaje que CFK no podía vender, Solvay garantizaba que el nivel de los precios no podía reducirse por mor de la competencia. De las pruebas documentales se deduce que se pusieron en práctica los acuerdos y que tuvieron el efecto deseado. Estos acuerdos clásicos del tipo cártel restringen la competencia por su propia naturaleza con arreglo al apartado 1 del artículo 85.

4. *Efectos sobre el comercio entre Estados miembros*

- (13) El hecho de que el volumen mínimo garantizado se refiera únicamente a las ventas en el mercado alemán, no excluye de ningún modo la aplicación del artículo 85. La participación de Solvay en Bruselas dejaba claro que el acuerdo formaba parte de una política global para el control del mercado comunitario de ceniza de sosa. El acuerdo Solvay/CFK no sólo pretendía reducir la competencia en una parte importante de la Comunidad, sino también mantener la rigidez estructural del mercado existente y su separación de acuerdo con las demarcaciones nacionales. Además, es muy posible que, de no haber mediado dicha circunstancia, el volumen absorbido por Solvay con arreglo a la garantía lo habría colocado CFK en otros mercados de la Comunidad.

5. *Conclusión*

- (14) Por consiguiente, la Comisión considera que Solvay y CFK han infringido el artículo 85 del Tratado, participando desde aproximadamente 1986 hasta el momento actual en un acuerdo mediante el cual Solvay garantizó a CFK un determinado volumen mínimo anual en Alemania y compraba a ésta las cantidades necesarias para alcanzar ese mínimo.

B. Remedios y sanciones

1. *Artículo 3 del Reglamento nº 17*

- (15) Si la Comisión comprueba que ha habido una infracción del artículo 85 del Tratado, puede exigir a las empresas de que se trate que pongan fin a la misma, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17.

En el presente caso, los acuerdos se aplicaron en secreto y a pesar de la abrumadora cantidad de pruebas documentales, tanto Solvay como CFK continuaron negando que entre ellos existiera acuerdos colusorios. Por lo tanto, es difícil saber si iniciaron los pasos necesarios para poner fin a la colusión. Por consiguiente, es necesario, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17, exigir a Solvay y CFK que pongan fin de inmediato a la infracción.

Asimismo, debe prohibirse a las partes que se abstengan de cualquier acuerdo o práctica concertada que tenga un efecto equivalente.

2. *Apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17*

- (16) Según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17, la Comisión podrá imponer, mediante decisión, multas entre mil y un millón de ecus, o por un valor superior sin que llegue a exceder del 10 % del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico anterior, a cada empresa que participe en la infracción cuando, deliberadamente o por negligencia, contravengan lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 85 o, en el artículo 86. Para establecer la cuantía de la multa, se tendrá en cuenta tanto la gravedad como la duración de la infracción.

a) *Gravedad*

- (17) En el presente caso, la Comisión considera que la infracción era grave. Los acuerdos de reparto de mercado constituyen, por su propia naturaleza, una importante restricción de la competencia. En el presente caso, las partes restringieron la competencia entre ellas mediante una estrategia que pretendía crear condiciones artificiales de estabilidad en el mercado. Se aceptaron las pretensiones en volumen de CFK sin que dicho volumen entrara en el mercado de los consumidores a precios competitivos. Asimismo, los acuerdos se aplicaron en condiciones de secreto rigurosas.

b) *Duración*

- (18) No es posible determinar con exactitud, puesto que las empresas se negaron a facilitar cualquier información, el momento en que se suscribió el acuerdo de garantía. Los acuerdos se aplicaron por primera vez a las ventas

de CFK para el año 1987. Por consiguiente, se considera que deben establecerse multas basándose en que el acuerdo se celebró durante ese año.

Al determinar el importe de la multa que debe imponerse a cada productor, la Comisión tiene en cuenta la posición dominante en el mercado de Solvay como principal productora en Alemania y en la Comunidad. Por lo tanto, Solvay considera que como tal tiene una especial responsabilidad cuando se trata de garantizar la «estabilidad» del mercado. CFK es un productor relativamente pequeño de ceniza de sosa, pero participó de buen grado en el acuerdo colusorio.

- (19) La infracción fue deliberada y ambas partes debieron tener un conocimiento suficiente de la incompatibilidad evidente de sus acuerdos con la normativa comunitaria.

Solvay ha sido objeto en varias ocasiones anteriores de multas importantes impuestas por la Comisión por colusión en la industria química: Peróxidos Decisión 85/74/CEE ⁽¹⁾, Polipropileno Decisión 86/398/CEE ⁽²⁾, PVC Decisión 89/190/CEE ⁽³⁾. Sus actividades en el sector de la ceniza de sosa fueron objeto de examen por la Comisión en 1980-1982. Aunque en ese momento la Comisión estaba más interesada en los acuerdos de venta exclusiva de Solvay a sus clientes, los responsables de las actividades en el sector de la ceniza de sosa no pueden ignorar su obligación de atenerse a la normativa comunitaria,

HA ADOPTADO LA SIGUIENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Solvay et Cie SA («Solvay») y Chemische Fabrik Kalk GmbH («CFK») han infringido el artículo 85 del Tratado CEE al haber participado desde aproximadamente 1987 hasta el momento actual en un acuerdo de reparto del mercado en el que Solvay garantizó a CFK un volumen de ventas mínimo anual de ceniza de sosa en Alemania, que se calculó teniendo en cuenta las ventas efectuadas por CFK en 1986, y se compensó a CFK de cualquier déficit comprándole las toneladas necesarias para que sus ventas alcanzaran el mínimo garantizado.

Artículo 2

Solvay y CFK pondrán fin a la infracción sin demora (en caso de que no lo hubieren hecho ya) y deberán abstenerse en el futuro de cualquier acuerdo o práctica concertada que pueda tener un objeto o efecto equivalente.

Artículo 3

En relación con la infracción a que se refiere el artículo 1, se imponen las siguientes multas a las empresas que se citan a continuación:

- a) Solvay et Cie, Bruselas, una multa de 3 millones de ecus;
- b) Chemische Fabrik Kalk, de Colonia, una multa de 1 millón de ecus.

Artículo 4

Las multas impuestas en virtud del artículo 3 se harán efectivas en un plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la presente Decisión en la siguiente cuenta bancaria:

Nº 310-0933000-43,
Banque Bruxelles Lambert,
Agence européenne,
Rond-point Schuman 5,
B-1040 Bruxelles.

Transcurrido dicho plazo, se devengará automáticamente un interés al tipo aplicado por el Fondo Europeo de Cooperación Monetaria en sus operaciones en ecus el primer día hábil del mes en que se haya adoptado la presente Decisión, incrementado en 3,5 puntos porcentuales, es decir 14 %.

Si el pago se realiza en la moneda nacional del Estado miembro en el que esté situado el Banco designado, el tipo de cambio aplicable será el vigente el día anterior al pago.

Artículo 5

Los destinatarios de la presente Decisión serán:

- Solvay et Cie SA, 33 rue du Prince Albert, B-1050 Bruselas;
- Chemische Fabrik Kalk GmbH, Kalherhauptstrasse 22, D-5000 Colonia 91.

La presente Decisión será título ejecutivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 192 del Tratado.

Hecho en Bruselas, el 19 de diciembre de 1990.

Por la Comisión
Leon BRITTAN
Vicepresidente

⁽¹⁾ DO nº L 35 de 7. 2. 1985, p. 1.

⁽²⁾ DO nº L 230 de 18. 8. 1986, p. 1.

⁽³⁾ DO nº L 74 de 17. 3. 1989, p. 1.