

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)  
de 20 de marzo de 2002 \*

En el asunto T-9/99,

**HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG**,  
con domicilio social en Rosenheim (Alemania),

**HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft**, con domicilio social en Rosenheim,

**Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH**, con domicilio social en Rosenheim,

**Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH**, con domicilio social en Hohenberg (Austria),

**Isoplus Fernwärmetechnik GmbH**, con domicilio social en Sondershausen (Alemania),

representadas por los Sres. P. Krömer y F. Nusterer, abogados, que designan domicilio en Luxemburgo,

partes demandantes,

\* Lengua de procedimiento: alemán.

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. W. Mölls y É. Gippini Fournier, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

que tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados) (DO 1999, L 24, p. 1), y, con carácter subsidiario, la reducción de la multa impuesta en dicha Decisión a las demandantes,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. P. Mengozzi, Presidente, y la Sra. V. Tiili y el Sr. R.M. Moura Ramos, Jueces;

Secretario: Sr. J. Palacio González, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 20 de octubre de 2000;

dicta la siguiente

### Sentencia <sup>1</sup>

#### Hechos que dieron lugar al litigio

- 1 Las demandantes son sociedades alemanas y austriacas que desarrollan su actividad en el sector de la calefacción urbana y que la Comisión considera miembros del «grupo Henss/Isoplus».

<sup>2</sup>  
<sup>a</sup>  
7

[...]

- 8 El 21 de octubre de 1998, la Comisión adoptó la Decisión 1999/60/CE, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados) (DO L 1999, L 24, p. 1), rectificada antes de su publicación por una Decisión de 6 de noviembre de 1998 [C(1998) 3415 final] (en lo sucesivo, «Decisión» o «Decisión impugnada»), que declaraba probada la participación de diversas empresas, entre ellas varias de las demandantes, en un conjunto de acuerdos y de prácticas concertadas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1) (en lo sucesivo, «cartel»).

1 — Sólo se transcriben los apartados de los fundamentos de Derecho de la presente sentencia cuya publicación considera útil el Tribunal de Primera Instancia. El marco fáctico y jurídico del presente asunto está recogido en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión (T-23/99, Rec. p. II-1705).

- 9 Según la Decisión, a finales de 1990 los cuatro productores daneses de tubos de calefacción urbana llegaron a un acuerdo para una cooperación general en el mercado nacional. En dicho acuerdo participaron ABB IC Møller A/S, filial danesa del grupo helvético-sueco ABB Asea Brown Boveri Ltd (en lo sucesivo, «ABB»); Dansk Rørindustri A/S, también denominada Starpipen (en lo sucesivo, «Dansk Rørindustri»), Løgstør Rør A/S (en lo sucesivo, «Løgstør») y Tarco Energi A/S (en lo sucesivo, «Tarco») (en lo sucesivo, consideradas conjuntamente, «productores daneses»). Una de las primeras medidas consistió en coordinar un aumento de precios, tanto en el mercado danés como en los mercados de exportación. Para el reparto del mercado danés se establecieron cuotas que fueron posteriormente aplicadas y controladas por un «grupo de contacto» en el que participaban los responsables de ventas de las empresas implicadas. Para cada proyecto comercial (en lo sucesivo, «proyecto»), la empresa a la que le había sido atribuido por el grupo de contacto informaba a los demás participantes del precio que pensaba proponer y estos últimos presentaban ofertas más elevadas a fin de proteger al proveedor designado por el cartel.
- 10 Según la Decisión, a partir del otoño de 1991 dos productores alemanes, el grupo Henss/Isoplus y Pan-Isovit GmbH, comenzaron a asistir a las reuniones regulares de los productores daneses. En dichas reuniones se llevaron a cabo negociaciones para el reparto del mercado alemán, que en agosto de 1993 culminaron en una serie de acuerdos en los que se fijaban las cuotas de ventas de cada empresa participante.
- 11 Siempre según la Decisión, todos estos productores llegaron en 1994 a un acuerdo para establecer cuotas de mercado a nivel europeo. Este cartel europeo estaba estructurado en dos niveles. El «club de directivos», compuesto por los presidentes o los directores generales de las empresas participantes, atribuía cuotas a cada empresa, tanto a nivel global como para cada uno de los mercados nacionales, concretamente los de Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Italia, Países Bajos y Suecia. En ciertos mercados nacionales se creó un «grupo de contacto», compuesto por los responsables locales de ventas, a quienes se asignaba la tarea de aplicar los acuerdos repartiendo los proyectos y coordinando las ofertas para las licitaciones.

- 12 En lo que respecta al mercado alemán, la Decisión afirma que, tras una reunión de los seis principales productores europeos (ABB, Dansk Rørindustri, grupo Henss/Isoplus, Løgstør, Pan-Isovit y Tarco) y Brugg Rohrsysteme GmbH (en lo sucesivo, «Brugg») celebrada el 18 de agosto de 1994, la primera reunión del grupo de contacto para Alemania tuvo lugar el 7 de octubre de 1994. Dicho grupo continuó reuniéndose durante mucho tiempo después de las inspecciones de la Comisión de finales de junio de 1995, aunque a partir de ese momento las reuniones se celebraron fuera de la Unión Europea, en Zúrich. Las reuniones de Zúrich continuaron hasta el 25 de marzo de 1996, o sea, hasta unos días después de que varias de estas empresas recibieran las solicitudes de información enviadas por la Comisión.
  
- 13 Una de las actuaciones del cartel mencionadas en la Decisión es la adopción y aplicación de medidas concertadas destinadas a eliminar a la única empresa importante que no formaba parte de aquél, Powerpipe. La Comisión precisa que varios participantes en el cartel contrataron a «personal clave» de Powerpipe y dieron a entender a esta última que debía retirarse del mercado alemán. Como consecuencia de la atribución a Powerpipe de un importante proyecto alemán en marzo de 1995, al parecer se celebró en Düsseldorf una reunión en la que participaron los seis productores antes mencionados y Brugg y en la que se decidió, según la Comisión, boicotear colectivamente a los clientes y proveedores de Powerpipe. El boicot se aplicó de inmediato.
  
- 14 En la Decisión, la Comisión expone las razones por las que puede considerarse que no sólo el acuerdo expreso de reparto de mercados celebrado entre los productores daneses a finales de 1990, sino también los acuerdos celebrados a partir de octubre de 1991, contemplados globalmente, constituyen un «acuerdo» prohibido por el artículo 85, apartado 1, del Tratado. La Comisión subraya además que los carteles «danés» y «europeo» no eran sino la expresión de un único cartel nacido en Dinamarca, pero cuyo objetivo a largo plazo era desde el principio que los participantes llegaran a controlar la totalidad del mercado. Según la Comisión, este acuerdo continuado entre productores tuvo un efecto significativo en el comercio entre los Estados miembros.

15 Basándose en la motivación expuesta, la Decisión dispone lo siguiente:

«Artículo 1

ABB Asea Brown Boveri Ltd, Brugg Rohrsysteme GmbH, Dansk Rorindustri A/S, Henss Isoplus Group, Ke-Kelit Kunststoffwerk GmbH, Oy KWH Tech AB, Løgstør Rør A/S, Pan-Isovit GmbH, Sigma Technologie di rivestimento Srl y Tarco Energi A/S han cometido una infracción al apartado 1 del artículo 85 participando, en la forma y medida descritas en los considerandos de la presente Decisión, en un conjunto de acuerdos y de prácticas concertadas que se iniciaron entre noviembre y diciembre de 1990 entre cuatro productores daneses y que, progresivamente, se fueron extendiendo a otros mercados nacionales e incluyeron a Pan-Isovit y Henss-Isoplus, y que a finales de 1994 constituían un cartel global que abarcaba todo el mercado común.

La duración de las infracciones fue la siguiente:

[...]

- en el caso de[l grupo] Henss-Isoplus Group desde aproximadamente octubre de 1991 [hasta, como mínimo, marzo o abril de 1996],

[...]

Las principales características de las infracciones son las siguientes:

- reparto de los mercados nacionales y, con el tiempo, todo el mercado europeo por medio de cuotas,
  
- asignación de los mercados nacionales a determinados productores y adopción de medidas para provocar la retirada de otros,
  
- concertación de los precios del producto y de determinados proyectos,
  
- asignación de cada proyecto a un determinado productor y manipulación del procedimiento de licitación de dichos proyectos para asegurarse de que el contrato en cuestión se concediera al productor elegido,
  
- a fin de proteger el cartel frente a la competencia de la única empresa importante no perteneciente al mismo, Powerpipe AB, concertación y adopción de medidas para dificultar su actividad comercial, perjudicar su actividad empresarial o excluir totalmente del mercado a esta empresa.

[...]

*Artículo 3*

Por el presente artículo se impone a las empresas citadas a continuación las siguientes multas en relación con la infracción contemplada en el artículo 1:

[...]

d) Henss/Isoplus Group, una multa de 4.950.000 ecus, de la que las siguientes empresas son responsables conjunta y solidariamente:

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,

— Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH Rosenheim (formerly Dipl.-Kfm Walter Henss GmbH Rosenheim),

— Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen,

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges.mbh — Stille Gesellschaft,



— Isoplus Fernwärmetechnik Ges.mbh, Hohenberg;

[...]

*Artículo 5*

Los destinatarios de la presente Decisión serán:

[...]

d) Grupo Henss/Isoplus representado por:

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, Aisingerstrasse 12, D-83026 Rosenheim,

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft, Aisingerstrasse 12, D-83026 Rosenheim,

— Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH Aisingerstrasse 12, D-83026 Rosenheim,

- Isoplus Fernwärmetechnik Ges.mbH, Furthoferstrasse 1 A, A-3192 Hohenberg,
  
- Isoplus Fernwärmetechnik Ges.mbH, — Stille Gesellschaft, Furthoferstrasse 1 A, A-3192 Hohenberg,
  
- Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Gluckaufstrasse 34, D-99706 Sondershausen;

[...]»

[...]

### Relaciones entre las empresas que se han considerado miembros del grupo Henss/Isoplus

- 25 Entre las empresas que la Comisión considera integrantes del grupo Henss/Isoplus y que son parte en el presente procedimiento, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (en lo sucesivo, «HFB KG») es una sociedad comanditaria alemana constituida el 15 de enero de 1997. HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft (en lo sucesivo, «HFB GmbH»), sociedad de responsabilidad limitada constituida igualmente el 15 de enero de 1997, es el socio colectivo de HFB KG y responde personal e ilimitadamente de las deudas de dicha sociedad. Los socios comanditarios de HFB KG, responsables hasta un determinado límite, son el Sr. y

la Sra. Henss y el Sr. y la Sra. Papsdorf. El Sr. Henss es el socio comanditario mayoritario de HFB KG y posee igualmente la mayoría de las participaciones sociales de HFB GmbH.

- 26 La demandante Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (en lo sucesivo, «Isoplus Rosenheim»), denominada anteriormente —hasta el 1 de enero de 1997— Dipl.-Kfm. Walter Henss GmbH (en lo sucesivo, «Henss Rosenheim»), es una sociedad alemana. Tras la transmisión a HFB KG de las participaciones sociales del Sr. y la Sra. Henss en Isoplus Rosenheim y de las participaciones sociales del Sr. y la Sra. Papsdorf en la sociedad Dipl.-Kfm. Walter Henss Fernwärmerohrleitungsbau GmbH, Berlin (en lo sucesivo, «Henss Berlin»), HFB KG poseía el 100 % del capital de estas dos últimas sociedades y decidió que Isoplus Rosenheim absorbiera a Henss Berlin, absorción que tuvo lugar el 3 de diciembre de 1997.
- 27 Isoplus Fernwärmetechnik Ges.mbH, Hohenberg (en lo sucesivo, «Isoplus Hohenberg») es una sociedad austriaca en la que el Sr. Henss posee la mayoría del capital, a través de un fiduciario.
- 28 Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (en lo sucesivo, «Isoplus Sondershausen») es una sociedad alemana en la que la totalidad del capital pertenece nominalmente a Isoplus Hohenberg, que lo posee, en parte, como fiduciaria por cuenta de terceros.
- 29 Procede señalar que, en el mercado de la calefacción urbana, Isoplus Rosenheim actúa principalmente como sociedad de distribución, mientras que Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen son sociedades de fabricación. Por su parte, HFB KG y HFB GmbH actúan únicamente como sociedades holding.

- 30 En su Decisión, la Comisión consideró que las empresas Isoplus Rosenheim, Henss Berlin, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen constituían el grupo *de facto* «Henss/Isoplus». La Comisión envió el pliego de cargos a estas cuatro empresas, tras comprobar que todas ellas estaban vinculadas al Sr. Henss, que había asistido a las reuniones del club de directivos. Según la Decisión, sólo después de enviar el pliego de cargos tuvo conocimiento la Comisión de la existencia de una escritura de aportación de capital («Einbringungsvertrag») de 15 de enero de 1997, inscrita en el Registro Mercantil, que reveló que, en enero de 1997, los matrimonios Henss y Papsdorf habían transmitido sus participaciones a HFB KG.
- 31 Gracias a dicha escritura de aportación de capital, la Comisión supo que el Sr. Henss era también propietario de una sociedad de cuentas en participación, Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — Stille Gesellschaft (en lo sucesivo, «Isoplus stille Gesellschaft»), cuyas acciones se encontraban en poder de un fiduciario.
- 32 En lo que respecta a Isoplus Hohenberg, la Comisión supo gracias a dicha escritura de aportación de capital que el Sr. Henss poseía una participación en dicha sociedad a través de fiduciarios, pese a que los abogados de las demandantes lo habían desmentido en el procedimiento administrativo. En el presente procedimiento las partes coinciden en reconocer que el Sr. Henss poseía efectivamente la mayoría del capital de Isoplus Hohenberg.
- 33 En lo que respecta a la participación de Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen, la Comisión supo, gracias a la escritura de aportación de capital, que un tercio del capital social de Isoplus Sondershausen en poder de Isoplus Hohenberg, que actuaba como fiduciaria del Sr. y de la Sra. Papsdorf, había sido transferido a HFB KG. En el presente procedimiento, las demandantes afirman que Isoplus Hohenberg poseía igualmente, como fiduciaria, otra tercera parte del capital social de Isoplus Sondershausen. Las demandantes reconocen que en el procedimiento administrativo no se informó de ello a la Comisión.

## Sobre las diligencias de prueba propuestas

- 34 Las demandantes solicitan, conforme al artículo 68 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, que se cite como testigos a los Sres. Boysen, B. Hansen, N. Hansen, Hybschmann, Jespersen y Vollandt, «a fin de probar que ni las demandantes ni el grupo Henss/Isoplus participaron antes de octubre de 1994 en prácticas o medidas ilegales o en algún otro comportamiento similar de los contemplados en el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE». Las demandantes se declaran dispuestas a depositar una provisión de fondos al efecto, para garantizar los gastos previstos.
- 35 Las demandantes solicitan igualmente al Tribunal de Primera Instancia que ordene a la Comisión que presente la totalidad del expediente de la instrucción del presente asunto, incluidos los anexos y el informe del consejero auditor relativo a dicho expediente.
- 36 En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que el artículo 68, apartado 1, de su Reglamento de Procedimiento prevé que este Tribunal puede, de oficio o a instancia de parte, una vez oídas las partes y el Abogado General, ordenar el examen de testigos para la comprobación de determinados hechos. Según el último párrafo de dicha disposición, la parte que solicita el examen de un testigo debe indicar con precisión los hechos en relación con los cuales procede oírle y las razones que lo justifican.
- 37 En el presente asunto, aunque las demandantes han hecho referencia en sus escritos procesales, en particular en los puntos 20, 40, 50, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 94, 96, 125 y 142 de la demanda, a determinadas personas que podrían declarar como testigos de los hechos expuestos en cada uno de esos puntos, es patente que los nombres de las seis personas respecto a las que se solicita expresamente que presten testimonio ante el Tribunal de Primera Instancia no figuran en dichos puntos. Por lo tanto, este Tribunal constata que, en lo que respecta a esas seis personas, las demandantes no han precisado en modo alguno cuáles son los hechos en relación con los cuales procedía ordenar la prueba de testigos.

- 38 Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia considera que no procede estimar la solicitud de examen de testigos, sin necesidad de analizar si resultaría pertinente oír a las seis personas mencionadas.
- 39 En segundo lugar, en lo que respecta a la presentación del expediente de la instrucción, este Tribunal observa que, en el presente procedimiento contencioso, la Comisión ha presentado *motu proprio* los expedientes administrativos de todos los asuntos de que se trata, mediante escrito de 26 de julio de 1997. Las demandantes fueron informadas de la presentación de los expedientes y de la posibilidad de consultarlos en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia. Resulta por tanto innecesario acceder a la solicitud de presentación del expediente formulada por las demandantes.
- 40 En cuanto a la presentación del informe del consejero auditor solicitada por las demandantes, procede indicar que dicho informe constituye, en cualquier caso, un documento puramente interno de la Comisión, que sólo reviste para ésta el valor de un dictamen, y no tiene por objeto formular nuevos cargos o aportar nuevas pruebas en contra de las empresas, por lo que no presenta ningún aspecto decisivo que el juez comunitario esté obligado a tener en cuenta para ejercitar su control (auto del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 1986, ICI/Comisión, 212/86 R, no publicado en la Recopilación, apartados 5 a 8; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991, Petrofina/Comisión, T-2/89, Rec. p. II-1087, apartados 53 y 54, y de 10 de marzo de 1992, Hüls/Comisión, T-9/89, Rec. p. II-499, apartados 86 y 87). Según jurisprudencia reiterada, en el procedimiento ante el juez comunitario los documentos internos de la Comisión no se ponen en conocimiento de las partes demandantes, a no ser que así lo exijan las circunstancias excepcionales del caso, sobre la base de indicios serios que les corresponde aportar (auto del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1986, BAT y Reynolds/Comisión, asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 1899, apartado 11; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, John Deere/Comisión, T-35/92, Rec. p. II-957, apartado 31; auto del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 1997, NMH Stahlwerke y otros/Comisión, asuntos acumulados T-134/94, T-136/94 a T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 y

T-157/94, Rec. p. II-2293, apartado 35). Esta restricción del acceso a los documentos internos está justificada por la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de la institución de que se trate en el ámbito de la represión de las infracciones a las normas de competencia del Tratado (auto NMH Stahlwerke y otros/Comisión, antes citado, apartado 36). Dado que las demandantes no han demostrado que la presentación del informe de consejero auditor pudiera tener algún interés en relación con el respeto de su derecho de defensa, procede desestimar igualmente su solicitud de que se presente dicho informe.

- 41 Por las razones citadas, este Tribunal deniega las diligencias de prueba solicitadas por las demandantes.

### Sobre la pretensión de anulación de la Decisión

- 42 Los motivos invocados por las demandantes pueden agruparse en función de su objeto: en primer lugar, los motivos relativos al grupo Henss/Isoplus; en segundo lugar, los motivos relativos a HFB KG y a HFB GmbH; en tercer lugar, los motivos relativos a Isoplus stille Gesellschaft; en cuarto lugar, los motivos invocados con carácter general para todas las demandantes.

#### *I. Sobre los motivos relativos al grupo Henss/Isoplus*

- 43 En lo que respecta al grupo Henss/Isoplus, las demandantes invocan tres motivos basados, en primer lugar, en la aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado; en segundo lugar, en un vicio sustancial de forma, y, en tercer lugar, en un incumplimiento del deber de motivación.

A. Sobre el primer motivo, relativo a la aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado al identificar a las demandantes como «miembros del grupo Henss/Isoplus»

### 1. Alegaciones de las partes

44 Las demandantes sostienen que la Comisión aplicó erróneamente el artículo 85, apartado 1, del Tratado al considerarlas miembros del grupo Henss/Isoplus, al que se ha impuesto, por su participación en una práctica contraria a la competencia, una multa de la que todas las demandantes son responsables solidarias.

45 Según las demandantes, a efectos de los artículos 85 del Tratado y 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE), una empresa sólo puede estar constituida por personas físicas o jurídicas o por sociedades que deben ser tratadas como si tuvieran personalidad jurídica propia (las denominadas «personas cuasijurídicas»). Ahora bien, el pretendido grupo Henss/Isoplus del que habla la Comisión no tiene personalidad jurídica ni cuasijurídica propia.

46 Al no existir una sociedad matriz o una sociedad holding dotada de personalidad jurídica, las demandantes afirman que tampoco cabe considerar que constituyan un grupo a efectos del Derecho de sociedades, ni un «grupo *de facto*», en el sentido de empresas jurídicamente autónomas cuyo comportamiento económico puede ser determinado por otra empresa, como la Comisión sostiene en los considerandos 15 y 157 de la Decisión.

47 En cuanto a las sociedades holding HFB GmbH y HFB KG, las demandantes precisan, en primer lugar, que la primera desarrolla sus actividades exclusivamente como socio colectivo de la segunda. Por su parte, esta última, pese a que al



adoptarse la Decisión poseía el 100 % del capital social de Isoplus Rosenheim, sólo posee una tercera parte del capital social de Isoplus Sondershausen. Además, en contra de lo que se afirma en el considerando 159 de la Decisión, nunca ha sido socio de Isoplus Hohenberg, ni siquiera a través de un fiduciario, y tampoco ha sido socio oculto, ni siquiera a través de un fiduciario, de una sociedad de cuentas en participación en la que Isoplus Hohenberg fuera el gestor.

48 En opinión de las demandantes, al afirmar que todas las empresas que considera miembros del grupo Henss/Isoplus se hallaban sometidas a un mismo control uniforme, ejercido por el Sr. Henss, la Comisión pasa por alto que el Sr. Henss, pese a haber sido socio mayoritario de Henss Rosenheim (actualmente Isoplus Rosenheim) y, a través de sociedades fiduciarias, socio mayoritario de Isoplus Hohenberg, no era socio de Henss Berlin ni de Isoplus Sondershausen. Además, en su condición de socio, no es posible calificar al Sr. Henss de empresa a efectos del artículo 85 del Tratado.

49 A su juicio, en lo que respecta a Isoplus Sondershausen, no es posible concebir que dicha empresa esté controlada por Isoplus Hohenberg, dada la condición de fiduciaria de esta última. En efecto, hasta el 21 de octubre de 1998, Isoplus Hohenberg sólo poseía un tercio del capital social de Isoplus Sondershausen por cuenta propia y el otro tercio como fiduciaria. Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen no informaron a la Comisión de la condición de fiduciaria de Isoplus Hohenberg por razones de secreto comercial. Por otra parte, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen operan en parte en los mismos mercados, cosa que no suele ocurrir en los grupos.

50 Según las demandantes, tampoco cabe deducir la existencia de un grupo, como sostiene la Comisión, de la referencia a la «empresa Henss, grupo Isoplus» que aparece en una nota del Sr. Henss de 21 de abril de 1995 (documento complementario del pliego de cargos nº 17), pues se trata de una declaración en

nombre de Henss Rosenheim en la que la coma que precede a los términos «grupo Isoplus» indica simplemente que la empresa Henss Rosenheim pertenecía al grupo informal en el que los demás miembros del cartel habían agrupado espontáneamente a las demandantes, debido a los contratos de agencia comercial que las unían. La existencia de un mandatario o portavoz de dicho grupo informal no basta para convertirlo en un grupo a efectos del Derecho de sociedades.

51 Además, las demandantes alegan que la Decisión no menciona dato alguno que permita afirmar que, si no existiera un grupo, o como mínimo un grupo *de facto*, las demandantes serían mutuamente responsables de las prácticas contrarias a la competencia en que hubiere incurrido cada una de ellas.

52 La demandada indica que el concepto del grupo se aplica a la entidad económica constituida por las cuatro empresas que participaban en el cartel, a saber, Henss Rosenheim (actualmente Isoplus Rosenheim), Henss Berlin, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, todas ellas sometidas al mismo control uniforme, en particular en lo que respecta a su participación en el cartel. El Sr. Henss era director general de Henss Berlin y de Henss Rosenheim y controlaba esta última empresa, así como Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, mediante participaciones directas o indirectas. Además, en la reuniones del club de directivos, en las que a las empresas del grupo se les asignaba una cuota única, el Sr. Henss definía y representaba los intereses de todas las empresas del grupo simultáneamente.

53 En opinión de la demandada, puesto que todos los elementos personales, materiales e inmateriales formalmente integrados en las empresas miembros del grupo Henss/Isoplus formaban parte de una entidad más importante cuyos objetivos económicos se determinaban de modo unitario, a efectos del Derecho de la competencia existía una única empresa, que adoptaba la forma de un «grupo». No desvirtúa esta conclusión el hecho de que no se hubiera encomendado la dirección de la entidad a una sociedad holding. A su juicio, tampoco resulta pertinente la cuestión de si la persona física o jurídica que asume la dirección ejerce igualmente en su propio nombre una actividad empresarial.

## 2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 54 Al prohibir a las empresas, en particular, la celebración de acuerdos o la participación en 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, el artículo 85, apartado 1, del Tratado se dirige a entidades económicas que consisten, cada una de ellas, en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma (sentencias de Tribunal de Primera Instancia de 10 marzo de 1992, Shell/Comisión, T-11/89, Rec. p. II-757, apartado 311, y de 14 mayo de 1998, Mo och Domsjö/Comisión, T-352/94, Rec. p. II-1989, apartado 87).
- 55 En el presente asunto es preciso señalar que, en el período en que se produjo la infracción, el Sr. Henss controlaba, de un modo u otro, las sociedades Henss Berlin y Henss Rosenheim (denominadas igualmente, en lo sucesivo, «sociedades Henss»), así como las sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen (denominadas igualmente, en lo sucesivo, «sociedades Isoplus»).
- 56 En efecto, ha quedado acreditado que el Sr. Henss siempre poseyó el 90 % de las participaciones sociales de Henss Rosenheim, mientras las restantes estaban en manos de su esposa, y que fue director general de dicha sociedad hasta que ésta cambió de denominación el 1 de enero de 1997, pasando a llamarse Isoplus Rosenheim. En ese momento, el Sr. Henss y su esposa transmitieron sus participaciones a HFB KG, sociedad de la que el Sr. Henss sigue siendo sin embargo accionista mayoritario y que funciona como sociedad matriz de Isoplus Rosenheim, al poseer la totalidad del capital social de esta última.
- 57 En lo relativo a Henss Berlin, ha quedado acreditado que, al fundarse la empresa en agosto de 1990, el Sr. Henss adquirió el 90 % de su capital social. El 1 de enero de 1997, al producirse la transmisión a HFB KG de la totalidad de las

participaciones en el capital de Henss Berlin, dichas participaciones estaban en poder del Sr. Papsdorf, director general de Isoplus Rosenheim, y de su esposa. Aunque no consta en autos cuándo adquirieron estos últimos las participaciones del Sr. Henss, ha quedado acreditado que el propio Sr. Henss fue director de Isoplus Rosenheim desde febrero de 1994. Igualmente, es patente que en diciembre de 1990, con ocasión de la celebración de un contrato de representación comercial entre Henss Berlin e Isoplus Hohenberg, el Sr. Henss representaba ya a Henss Berlin como «único director».

58 Por lo que respecta a Isoplus Hohenberg, las demandantes no niegan ya en su demanda que, al menos a partir de octubre de 1991, el Sr. Henss poseía, a través de un fiduciario, la mayoría de las participaciones sociales de dicha sociedad.

59 En lo referente a Isoplus Sondershausen, es patente que Isoplus Hohenberg posee nominalmente la totalidad de las acciones. Aunque esta última sociedad sólo posee por cuenta propia un tercio de las acciones, ha quedado acreditado que poseía otro tercio por cuenta del señor Papsdorf, director general de Henss Rosenheim en aquella época, y de su esposa y que éstos transmitieron su participación a HFB KG, según la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997.

60 Seguidamente procede señalar que, en las reuniones del club de directivos, el Sr. Henss representaba a las sociedades Henss e Isoplus. Las notas tomadas por varios de los participantes en las discusiones sobre el reparto del mercado alemán muestran que se preveían cuotas de mercado para la entidad denominada bien «Isoplus» (véanse los anexos 39, 40, 44, 45 y 49 del pliego de cargos), o bien «Isoplus/Henss» (véanse los anexos 48 y 53 del pliego de cargos), o bien «Isoplus» y «Henze» a la vez (véase el anexo 37 del pliego de cargos). Además, en la invitación enviada por ABB, como presidenta de la asociación profesional «European District Heating Pipe Manufacturers Association» (en lo sucesivo, «EuHP»), para la reunión de 11 de agosto de 1992 (anexo 38 del pliego de cargos) se indica expresamente que el Sr. Henss representaría en ella a «Isoplus». Por último, ha quedado acreditado que, cuando el cartel asignó cuotas a nivel europeo, a las sociedades Henss e Isoplus se les atribuyó una cuota única.

- 61 Dadas estas circunstancias, la Comisión actuó legítimamente al considerar que las actividades en el cartel de las sociedades de distribución Henss Berlin y Henss Rosenheim (posteriormente denominada Isoplus Rosenheim) y de las sociedades de fabricación Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen constituían el comportamiento de una sola entidad económica, sometida a un control único y que perseguía de manera duradera un fin económico común.
- 62 La existencia de una única entidad económica que perseguía intereses comunes resulta confirmada además por varios documentos internos de las sociedades en cuestión. Así, el acta de una reunión del consejo de vigilancia de las sociedades Isoplus de 3 de febrero de 1994 (documento complementario del pliego de cargos nº 21) hace referencia a un «grupo Isoplus», cuyo volumen de negocios estaba compuesto por los volúmenes de negocios de «Hohenberg» y de «Sondershausen», unidos a los de «Henss». Igualmente, la nota del Sr. Henss de 21 de abril de 1995 (documento complementario del pliego de cargos nº 17) muestra que este último estaba dispuesto a participar en un proyecto de adquisición de Powerpipe en nombre de la «sociedad Henss GmbH, grupo Isoplus».
- 63 Por otra parte, no es posible aceptar la versión de las demandantes, según la cual la asociación de las sociedades Henss con las sociedades Isoplus se explica por ser las primeras representantes comerciales de las segundas. En efecto, durante todo el período de que se trata, Henss Rosenheim actuaba igualmente como representante comercial de la filial alemana de ABB, ABB Isolrohr GmbH (en lo sucesivo, «ABB Isolrohr»). Ahora bien, dado que a nivel europeo se atribuyó una cuota única a las sociedades Henss e Isoplus y habida cuenta del papel desempeñado por el Sr. Henss, que actuaba a la vez como representante de todas estas sociedades en las reuniones de directivos y como director o socio de ellas, resulta evidente que las sociedades Henss e Isoplus actuaban conjuntamente en el mercado como una sola entidad económica.
- 64 En cuanto al hecho de que el Sr. Henss defendiera los intereses de Henss Berlin del mismo modo que los de Henss Rosenheim, procede observar además, en relación con el proyecto de Leipzig-Lippendorf, que el informe de una reunión del cartel

de 10 de enero de 1995 en la que estaba presente el Sr. Henss (anexo 70 del pliego de cargos) muestra que se tomó la decisión de atribuir dicho proyecto a ABB Isolrohr, Pan-Isovit y «Henz», sin especificar si se trataba de Henss Berlin o de Henss Rosenheim. Pues bien, ha quedado acreditado que quien presentó posteriormente la oferta para dicho proyecto fue Henss Berlin y no Henss Rosenheim, pese a que, nominalmente, el Sr. Henss no era accionista de la primera sociedad sino de la segunda. Además, en una lista de proyectos de 22 de marzo de 1995, elaborada por ABB, las tres empresas que aparecen como favoritas para el proyecto de Leipzig-Lippendorf eran ABB, Pan-Isovit e «Isoplus» (anexo 71 del pliego de cargos), lo que confirma una vez más que se consideraba que las sociedades Henss e Isoplus pertenecían a una misma entidad económica.

65 El hecho de que Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen operaran en el mismo mercado no excluye que pertenecieran a un mismo grupo económico. Por otra parte procede subrayar que, en el procedimiento administrativo tramitado ante la Comisión, Isoplus Sondershausen se declaraba aún filial al 100 % de Isoplus Hohenberg.

66 En contra de lo que alegan las demandantes, no es preciso que la entidad económica calificada de «grupo» tenga personalidad jurídica propia. En efecto, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Al no haber al frente del grupo una persona jurídica a la que, como responsable de la coordinación de la acción de éste, sea posible imputar las infracciones cometidas por sus diversas sociedades integrantes, la Comisión puede considerar responsables solidarias de todas las actuaciones del grupo a las sociedades que lo integraban, con el fin de evitar que la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pudiese obstar a la constatación de la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140).

- 67 Dado que la Comisión estimó que la empresa autora de la infracción de la que son responsables las sociedades que integran el grupo era el grupo Henss/Isoplus, en el presente asunto carece de pertinencia la cuestión de si puede considerarse empresa a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado al propio Sr. Henss.
- 68 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes que ha de desestimarse el presente motivo.

*B. Sobre el segundo motivo, relativo a un vicio sustancial de forma en la referencia al grupo Henss/Isoplus contenida en la parte dispositiva de la Decisión*

#### 1. Alegaciones de las partes

- 69 Las demandantes sostienen que la Comisión ha incurrido en un vicio sustancial de forma, contrario al Reglamento n° 17 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), al designar como destinatario de la Decisión al «Henss/Isoplus Group». Según ellas, el grupo Henss/Isoplus, carente de personalidad jurídica y de cuasipersonalidad jurídica, no tiene capacidad procesal en el marco de un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado regulado por el Reglamento n° 17, en particular ante el Tribunal de Primera Instancia.
- 70 A este respecto, las demandantes alegan que, en el artículo 1 de la parte dispositiva de la Decisión, la Comisión indica que el «Henss/Isoplus Group» ha infringido las disposiciones del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En el artículo 2 de la Decisión, la Comisión precisa que las empresas citadas en el artículo 1 deben poner fin de inmediato a la infracción mencionada, en caso de no

haberlo hecho aún. Además, en el artículo 3 de la Decisión se lee: «Se imponen a las empresas citadas a continuación las siguientes multas en relación con la infracción contemplada en el artículo 1», y seguidamente, en la letra d), «Henss/Isoplus Group, una multa de 4.950.000 ecus, de la que las siguientes empresas son responsables conjunta y solidariamente: [...]». Por último, el artículo 5, letra d), de la Decisión menciona, como destinatario de ésta, al «Grupo Henss/Isoplus, representado por: [...]». En su opinión, desde el punto de vista del Derecho del procedimiento, la Comisión consideró destinatario de la Decisión al grupo Henss/Isoplus y no a las empresas identificadas en el artículo 5 de la Decisión, mencionadas únicamente en relación con su obligación indivisible de pago de la multa del grupo Henss/Isoplus.

- 71 Las demandantes señalan que no cabe alegar que, puesto que han promovido la presente acción judicial, el presente recurso equivale a un reconocimiento por su parte de que la Decisión es comprensible en este punto. Sostienen que, actuando de este modo, pretenden por el contrario reivindicar cada una sus propios derechos, así como, de forma cautelar, los derechos de lo que la Comisión califica de grupo Henss/Isoplus. Así pues, sus demandas han sido presentadas en su propio nombre y en nombre del grupo Henss/Isoplus, en el que la Comisión las ha reunido.
- 72 La demandada afirma que, en la medida en que pueda resultar pertinente en el presente asunto, los destinatarios de la Decisión son las empresas claramente identificadas en el artículo 5 de su parte dispositiva. En su opinión, así han interpretado por lo demás la Decisión las demandantes, al interponer el recurso en su propio nombre y calificarse a sí mismas de destinatarias de la Decisión.
- 73 En lo que respecta a la utilización en la Decisión de las denominaciones «Henss/Isoplus» o «grupo Henss/Isoplus», la demandada considera que es preciso distinguir la identificación de la empresa autora de la infracción, constituida en su caso en forma de grupo, de la identificación de la persona física o jurídica, titular de derechos y obligaciones, formalmente responsable de dicha infracción. Aunque la formulación «Grupo Henss/Isoplus, representado por [...]», utilizada en el artículo 5, letra d), de la Decisión no resulta especialmente afortunada, no



cabe a su juicio deducir de ella que el obligado al pago de la multa es el grupo Henss/Isoplus como tal, puesto que dicha disposición menciona, como solidariamente responsables del pago de la multa, a las mismas sociedades identificadas en el artículo 3, letra d), de la Decisión.

- 74 Finalmente, la demandada señala que la Decisión se notificó mediante escritos enviados por separado a cada una de las cinco demandantes y no al «grupo Henss/Isoplus».

## 2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 75 En el apartado 66 *supra* se ha hecho constar que, al no haber al frente del grupo Henss/Isoplus una persona jurídica a la que, como responsable de la coordinación de la acción de dicho grupo, hubiesen podido imputarse las infracciones cometidas por las diversas sociedades que lo integraban, la Comisión podía considerar a estas últimas solidariamente responsables de todas las actuaciones del grupo.
- 76 A este respecto, el artículo 1 de la Decisión menciona al «Henss/Isoplus Group» entre las empresas que han cometido la infracción descrita en dicha disposición. Del mismo modo, para identificar a las empresas que deben poner fin a la infracción, en caso de no haberlo hecho aún, el artículo 2 de la Decisión se refiere a «las empresas citadas en el artículo 1».
- 77 Seguidamente, en los artículos 3 y 5 de la Decisión, la Comisión nombra a las personas jurídicas que deben responder de la infracción cometida por el «grupo Henss/Isoplus» y están, por tanto, solidariamente obligadas al pago de la multa impuesta a dicho grupo.

- 78 Pues bien, al carecer el grupo Henss/Isoplus de personalidad jurídica, los artículos 3 y 5 de Decisión únicamente pueden interpretarse en el sentido de que designan como destinatarios de la Decisión a las demandantes en su condición de componentes del grupo Henss/Isoplus. El hecho de que el grupo Henss/Isoplus sea identificado a través de sus componentes impide alegar que es víctima de una falta de protección jurisdiccional. En efecto, el grupo puede, en su caso, defender sus intereses a través de las entidades que lo componen.
- 79 Además, no cabe ninguna duda de que las demandantes han sido destinatarias de la Decisión como componentes del grupo Henss/Isoplus, ya que la Decisión fue notificada por separado a cada una de las demandantes y no al grupo Henss/Isoplus, único calificado de autor de la infracción en el artículo 1 de la Decisión.
- 80 Habida cuenta de su condición de destinatarias de la Decisión como componentes del grupo Henss/Isoplus, procede desestimar el motivo invocado por las demandantes en lo que respecta a la infracción del Reglamento nº 17.

### *C. Sobre el tercer motivo, basado en un incumplimiento del deber de motivación*

#### 1. Alegaciones de las partes

- 81 Según las demandantes, la Comisión ha incumplido el deber de motivación que impone el artículo 190 del Tratado CE (actualmente artículo 253 CE) al no incluir en la Decisión ninguna motivación que justifique que el «grupo Henss/Isoplus» sea parte en un procedimiento regulado en el Reglamento nº 17 y destinatario, por tanto, de una decisión adoptada conforme a dicho Reglamento. En su opinión, las afirmaciones de la Comisión en el considerando 160 de la Decisión, donde se indica que el pliego de cargos tenía como destinatario al grupo

Henss/Isoplus y que, al no existir una única sociedad holding, las cuatro empresas de explotación mencionadas eran las representantes del grupo a efectos de notificaciones y ejecución, resultan insuficientes a la vista de lo declarado por la Comisión en el considerando 15 de la Decisión, donde se afirma que el grupo Henss/Isoplus es un «grupo *de facto*» sin personalidad jurídica propia y sin capacidad procesal.

- 82 La demandada alega haber demostrado en los considerandos 157 a 160 de la Decisión que las empresas reunidas bajo la denominación de «grupo Henss/Isoplus» actuaron como un grupo *de facto*, por lo que las demandantes deben considerarse solidariamente obligadas al pago de la multa. Como el grupo Henss/Isoplus no fue parte en el procedimiento, no era necesaria ninguna justificación a este respecto.

## 2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 83 Procede observar que las demandantes se basan en una interpretación de la Decisión conforme a la cual esta última consideró que la persona implicada en el procedimiento administrativo era el grupo Henss/Isoplus. Ahora bien, dicha interpretación ha sido declarada errónea, dado que en los artículos 3 y 5 de la parte dispositiva de la Decisión se identifica a las sociedades solidariamente obligadas al pago de la multa impuesta por la infracción cometida por el grupo Henss/Isoplus y, por esta razón, destinatarias de la Decisión en su condición de componentes de dicho grupo (véanse los apartados 75 a 80 *supra*).

- 84 En lo relativo a la infracción cometida por el grupo Henss/Isoplus y al hecho de que se haya considerado a las demandantes responsables de la ejecución de la Decisión, en su condición de componentes del grupo Henss/Isoplus, procede recordar el contenido de los considerandos 157 a 160 de la Decisión.

- 85 En primer lugar, en el considerando 157 de la Decisión, la Comisión señaló que «las empresas Henss/Isoplus actuaron como un grupo *de facto*». En apoyo de esta suposición explicó que el Sr. Henss era el accionista mayoritario de Isoplus Hohenberg, sociedad que posee a su vez el 100 % del capital de Isoplus Sondershausen, y que fue accionista mayoritario y director general de Henss Rosenheim, así como director general (aunque no accionista) de Henss Berlin, empresas que actuaban como agentes comerciales de Isoplus en Alemania. En ese mismo considerando, la Comisión indica que «el hecho de que fuera siempre el Dr. W. Henss quien asistía a las reuniones del club de directivos demuestra que era la persona que ejercía la gestión y el control de Isoplus y que las empresas Henss e Isoplus, conjuntamente, formaban un grupo *de facto*». Siempre según la Comisión, «en el sector se sabía que era Henss quien movía los hilos de Isoplus».
- 86 En el considerando 158 de la Decisión, la Comisión expone que, a la hora de enviar el pliego de cargos, como no existía, según la información a su alcance, una empresa holding a la que enviar dicho documento, lo remitió al grupo Henss/Isoplus, representado por sus cuatro empresas más importantes en la Unión Europea, a saber, Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen, Henss Rosenheim y Henss Berlin. Según la Decisión, en el pliego de cargos se indicaba claramente «que el procedimiento iba dirigido al grupo Henss/Isoplus y que, a falta de una única empresa holding, las cuatro empresas principales eran las representantes del grupo a efectos de notificaciones y ejecución» (considerando 160, párrafo cuarto).
- 87 Finalmente, la Comisión señala que, al tener conocimiento, gracias a una escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997, de la creación de dos sociedades holding, HFB GmbH y HFB KG, a las que se habían transmitido las participaciones en el capital de Isoplus Rosenheim e Isoplus Hohenberg, y de la creación, además, de una sociedad de cuentas en participación, Isoplus stille Gesellschaft, dirigió la presente Decisión no sólo a Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen e Isoplus Rosenheim, sino también a HFB GmbH y a HFB KG, así como a Isoplus stille Gesellschaft (considerando 160 de la Decisión).

- 88 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes que la Comisión expuso las razones por las que estimó que las empresas Henss e Isoplus constituían un grupo *de facto*. Dicha Institución explicó además que, al no existir una sociedad holding que revelara la existencia del grupo, era necesario referirse a éste, a efectos de notificaciones y de pago de la multa, a través de las sociedades que lo componían.
- 89 Procede por tanto desestimar el presente motivo.

## II. Sobre los motivos relativos a HFB GmbH y a HFB KG

- 90 En lo relativo a HFB GmbH y a HFB KG, las demandantes invocan tres motivos: el primero se basa en una aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado; el segundo, en una violación del derecho de defensa, y el tercero, en un incumplimiento del deber de motivación.

### A. Alegaciones de las partes

- 91 Las demandantes alegan que la Comisión incurrió en un error al condenar a HFB GmbH y a HFB KG a abonar la multa conjunta y solidariamente con las demás demandantes, como componentes del grupo Henss/Isoplus.
- 92 Las demandantes señalan que, según la Decisión, la infracción finalizó como muy tarde en marzo o abril de 1996. Dado que las sociedades HFB GmbH y HFB KG fueron creadas el 15 de enero de 1997 y sólo tienen existencia jurídica a partir de la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil, a saber, los días 10 y 27 de febrero de 1997, respectivamente, dichas sociedades no pudieron participar en la infracción. Como carecían de existencia jurídica antes de 1997, tampoco pueden

ser consideradas responsables de los eventuales comportamientos contrarios a la competencia de otras empresas del grupo Henss/Isoplus. En efecto, en virtud del principio de presunción de inocencia, en un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado, regulado por el Reglamento n° 17, sólo pueden imponerse multas a las empresas en caso de participación dolosa o, como mínimo, culposa.

- 93 Únicamente en caso de transformación de una empresa o de absorción por otra puede esta última ser considerada responsable de la infracción cometida por la antigua empresa en cuanto sucesora universal de los derechos que ésta ostentaba, a condición de que la identidad económica de la empresa no haya experimentado cambios. A este respecto, las demandantes recuerdan que HFB KG recibió sus participaciones en el capital de Isoplus Rosenheim y de Isoplus Sondershausen de personas físicas, a saber, del Sr. y la Sra. Henss, en lo que respecta a Isoplus Rosenheim, y del Sr. y la Sra. Papsdorf, en lo que respecta a Isoplus Sondershausen. Pues bien, en su opinión, no cabe considerar responsable a una empresa que se subroga en los derechos de personas físicas que poseen participaciones en el capital de la sociedad que cometió la infracción y que, como simples titulares de participaciones, no constituyen empresas a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado.
- 94 Las demandantes sostienen que no cabe alegar, como hace la Comisión, que el grupo Henss/Isoplus dirigido por el Sr. Henss ha experimentado numerosas metamorfosis. La razón por la que se creó la sociedad HFB GmbH y, en consecuencia, HFB KG fue la de facilitar una posible venta en bloque de las diferentes participaciones en empresas de calefacción urbana. En efecto, ciertas decisiones de aumento del capital social y de realización de nuevas aportaciones estuvieron exclusivamente motivadas por razones contables. Según las demandantes, estas modificaciones y aportaciones de capital tuvieron lugar después de finalizada la infracción e incluso, en algunos casos, después que se hubiera adoptado la Decisión.
- 95 La demandada aduce que HFB GmbH y HFB KG pueden considerarse corresponsables de las infracciones cometidas por el grupo Henss/Isoplus, con

independencia de que dichas empresas no hayan infringido personalmente las normas sobre la competencia ni asumido todos los derechos y obligaciones de las empresas autoras de las infracciones.

- 96 En efecto, una persona jurídica puede ser considerada responsable de las infracciones cometidas por una sociedad de la que ha adquirido el control, aunque las infracciones se hubieran cometido antes de la toma de control (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Cascades/Comisión, T-308/94, Rec. p. II-925). En opinión de la Comisión, dado que podía considerar a HFB GmbH y a HFB KG responsables de las infracciones de que se trata, podía igualmente incluirlas entre las empresas obligadas al pago de la multa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Metsä-Serla y otros/Comisión, asuntos acumulados T-339/94 a T-342/94, Rec. p. II-1727).
- 97 Al imputar a HFB GmbH y a HFB KG la responsabilidad de las infracciones cometidas, la Comisión no ha violado en absoluto, a su juicio, la presunción de inocencia. En el presente asunto, las reestructuraciones que permitieron a HFB GmbH y a HFB KG adquirir algunas de las participaciones del Sr. Henss y, por tanto, el control directo de la sociedad Isoplus Rosenheim fueron, según ella, cambios producidos en el interior de una única empresa y bajo el control de su dirección unitaria.
- 98 A este respecto, poco importa que los socios no fueran, como tales, empresas. Según la Comisión, pueden existir empresas integradas por diversos componentes, algunos de los cuales ejercen funciones de explotación y otras funciones directivas. En el presente asunto, esta última función la asumía y la continúa asumiendo el Sr. Henss, que sin embargo había delegado una parte en HFB KG, controlada a su vez personalmente por él.
- 99 En este contexto, la Comisión sostiene que hubiera podido considerar al Sr. Henss personalmente responsable de las infracciones cometidas por Isoplus Rosenheim, pues, en el período en que se cometieron las infracciones, resultaba

imposible que dicha sociedad determinara su política con independencia de aquél, sobre todo teniendo en cuenta que otras sociedades miembros del grupo Henss/Isoplus participaron también en la infracción. Dado que el Sr. Henss controla la sociedad HFB GmbH gracias a la participación que tiene en su capital y continúa ejerciendo en ella las funciones de director general, esta última sociedad y HFB KG deberían reconocer que lo que se les imputa es el hecho de que el Sr. Henss tenía constancia de las infracciones cometidas por la sociedad transmitida. Además, el valor de las participaciones adquiridas pudo verse modificado por la infracción.

- 100 Finalmente, la Comisión alega que es preciso tener en cuenta, por una parte, su legítimo interés en poder dirigirse, en caso de ejecución forzosa, contra el patrimonio del grupo, independientemente de reestructuraciones del tipo de las producidas en el presente asunto, y, por otra parte, las dificultades que pueden suponer para ella las ejecuciones forzosas dirigidas contra el patrimonio de particulares. En su opinión, no cabe aceptar que una reestructuración del tipo de la constitución de HFB GmbH y de HFB KG, en la que el Sr. Henss asumía a la vez el papel de vendedor y el de comprador, acabe haciendo imposible que la Comisión actúe contra el nuevo titular de las participaciones.

## B. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 101 Procede recordar que la Comisión decidió agrupar a la sociedades Henss e Isoplus en un grupo *de facto* considerado como la empresa que participó en la infracción. Al no existir una sociedad matriz que representara al grupo Henss/Isoplus o una sociedad responsable de la coordinación de la acción del grupo, la Comisión imputó la responsabilidad de la infracción a las sociedades que integraban el grupo en la fecha en que se adoptó la Decisión, entre ellas HFB GmbH y HFB KG.

- 102 Ahora bien, es preciso hacer constar que, como HFB GmbH y HFB KG no existían aún en el momento en que se cometió la infracción, no es posible imputarles la responsabilidad de la infracción por haber asumido un papel de



impulso y de coordinación de las demás sociedades pertenecientes al grupo Henss/Isoplus en relación con las actividades objeto del procedimiento (véase, a este respecto, la sentencia Shell/Comisión, antes citada, apartado 312).

- 103 Así mismo, no es posible imputar a HFB GmbH y a HFB KG la responsabilidad de la infracción por el simple motivo de ser miembros del grupo Henss/Isoplus en el momento en que se adoptó la Decisión. En efecto, incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa afectada en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona (sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C-279/98 P, Rec. p. I-9693, apartado 78, y SCA Holding/Comisión, C-297/98 P, Rec. p. I-10101, apartado 27). En el presente asunto, aun suponiendo que HFB GmbH y HFB KG actúen como sociedades de cartera total o parcialmente responsables del grupo Henss/Isoplus, al ser esta situación posterior a la infracción, no es posible imputar a estas dos sociedades las infracciones cometidas por el grupo Henss/Isoplus antes de que adquirieran la totalidad o una parte de él.
- 104 La situación sólo sería distinta si la persona o personas jurídicas responsables de la explotación de la empresa hubieran dejado de existir jurídicamente tras la comisión de la infracción (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 145). Ahora bien, consta que las sociedades responsables de la explotación de la empresa al cometerse la infracción continúan existiendo.
- 105 Se deduce de los autos que la Comisión considera a HFB GmbH y HFB KG solidariamente responsables de la infracción cometida por el grupo Henss/Isoplus, principalmente en atención al hecho de que el Sr. Henss traspasó a dichas sociedades el control que él ejercía sobre las empresas del grupo y, en particular, el control directo de Isoplus Rosenheim. A este respecto basta con indicar que, dado que la Comisión no considera en la Decisión al Sr. Henss personalmente responsable de la infracción cometida por el grupo Henss/Isoplus, no es posible

imputar a HFB GmbH y HFB KG, en cuanto sucesores económicos de aquél, una responsabilidad que no se había querido reconocer anteriormente.

106 Es cierto que, en determinadas circunstancias, una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la persona jurídica que la haya cometido, aunque esta última no hubiera dejado de existir en la fecha en que se adoptó la Decisión sancionadora, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios efectuados, en particular en la forma jurídica de las empresas de que se trate (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de marzo de 1999, NMH Stahlwerke/Comisión, T-134/94, Rec. p. II-239, apartado 127). Sin embargo, a diferencia del asunto en que se dictó la sentencia NMH Stahlwerke/Comisión, antes citada, en el presente asunto las personas físicas y jurídicas implicadas en la infracción han continuado desarrollando plenamente sus actividades comerciales, mientras que las sociedades HFB GmbH y HFB KG no existían aún en el momento en que se cometió la infracción.

107 Además, las informaciones suministradas al Tribunal de Primera Instancia en la fase escrita del procedimiento y posteriormente en la vista no permiten concluir que existieran maniobras específicamente orientadas a eludir las sanciones impuestas por infracción de las normas sobre la competencia (véase la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 146).

108 Procede por consiguiente hacer constar que la Comisión incurrió en un error de Derecho al considerar a HFB KG y a HFB GmbH responsables solidarios del pago de la multa impuesta al grupo Henss/Isoplus por su participación en la infracción. Por lo tanto, resulta innecesario pronunciarse sobre los motivos segundo y tercero relativos a HFB GmbH y HFB KG, basados en una violación del derecho de defensa y en un incumplimiento del deber de motivación.

109 Procede pues anular los artículos 3, letra d), y 5, letra d), de la Decisión en la medida en que se refieren a HFB KG y a HFB GmbH.

### III. Sobre los motivos relativos a *Isoplus stille Gesellschaft*

#### A. Alegaciones de las partes

- 110 Las demandantes y, en especial, *Isoplus Hohenberg*, reprochan a la Comisión el que mencionara también como destinataria de la Decisión a *Isoplus stille Gesellschaft*, en cuanto empresa del grupo *Henss/Isoplus*. Según ellas, con arreglo al Derecho austriaco, una sociedad de cuentas en participación como *Isoplus stille Gesellschaft* no es una persona jurídica ni una sociedad mercantil, sino simplemente una sociedad oculta que, como tal, no puede ser titular de derechos y obligaciones, pues sólo el gestor puede serlo. Además, en septiembre de 1997, la sociedad *Isoplus stille Gesellschaft* fue disuelta sin liquidación y sus activos transferidos a la sociedad fundadora, *Isoplus Hohenberg*, en concepto de aumento del capital de esta última.
- 111 En este contexto, *Isoplus Hohenberg* invoca en primer lugar un motivo basado la infracción del artículo 85 del Tratado, en la medida en que la Decisión tiene como destinataria a una sociedad de cuentas en participación que, al carecer de personalidad jurídica o cuasijurídica, no es una empresa a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado, ni puede por tanto ser destinataria de una decisión adoptada por la Comisión en un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado.
- 112 *Isoplus Hohenberg* invoca igualmente un vicio sustancial de forma, en la medida en que, en su Decisión, la Comisión ha impuesto una multa a una empresa que, en su condición de sociedad de cuentas en participación, no tenía capacidad para acudir a los tribunales con arreglo al Derecho austriaco y no podía por tanto interponer recurso ante el Tribunal de Primera Instancia. Además, en su opinión, tampoco es posible declarar destinataria de una decisión de este tipo a una empresa que, con independencia de su calificación jurídica, había sido disuelta y no existía ya en el momento en que se adoptó la Decisión.

- 113 Por otra parte, Isoplus Hohenberg alega que en ningún momento se envió un pliego de cargos a Isoplus stille Gesellschaft. A este respecto precisa que, en la audiencia celebrada los días 24 y 25 de noviembre de 1997, no fue posible analizar la cuestión de si, con arreglo al Derecho austriaco, una sociedad de cuentas en participación tiene personalidad jurídica o cuasijurídica y, en consecuencia, capacidad procesal, ni tampoco el tema de la disolución de la sociedad de cuentas en participación, dado que, pese a haberlo solicitado así su abogado, el consejero auditor no aceptó que se celebrara una audiencia separada sobre estos temas. En su respuesta de 30 de marzo de 1998 a la solicitud de información de 24 de febrero de 1998 (en lo sucesivo, «escrito de 30 de marzo de 1998»), la demandante no mencionó, por consiguiente, el problema de la sociedad de cuentas en participación. Este problema sólo se planteó en un escrito a la Comisión de 22 octubre de 1998.
- 114 Por último, las demandantes alegan que la Comisión incumplió su deber de motivación, dado que la Decisión no explica cómo puede una sociedad de cuentas en participación austriaca ser destinataria de una decisión adoptada por la Comisión en un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado.
- 115 La demandada subraya que, como indica la propia Isoplus Hohenberg, la sociedad Isoplus stille Gesellschaft ya había cesado de existir al adoptarse la Decisión. La Decisión es por tanto inoperante en lo que respecta a dicha sociedad. No obstante, tal circunstancia no puede servir de base a un motivo de recurso contra la Decisión. Además, aunque la sociedad de cuentas en participación hubiera continuado existiendo en el momento en que se adoptó la Decisión, la conclusión sería la misma. Como reconoce la propia Isoplus Hohenberg, dicha sociedad no tenía personalidad jurídica, de modo que la Decisión no pudo producir ningún efecto jurídico en lo que a ella respecta ni, por consiguiente, afectarle negativamente.

## B. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 116 Procede señalar que, dado que la sociedad Isoplus stille Gesellschaft había sido disuelta en el momento en que se adoptó la Decisión, esta última no pudo

producir efectos jurídicos frente a dicha sociedad. Por consiguiente, la Decisión no ha producido efectos jurídicos en la medida en que tiene como destinataria a Isoplus stille Gesellschaft.

- 117 Dado que la propia sociedad Isoplus Hohenberg, que ha sido siempre el titular de todos los derechos y obligaciones que hubieran podido corresponder a Isoplus stille Gesellschaft, es destinataria de la Decisión, tampoco la inclusión de Isoplus stille Gesellschaft entre los destinatarios de la Decisión pudo provocar, en lo que respecta a Isoplus Hohenberg, ningún efecto jurídico diferente de los derivados del hecho de que la Decisión tuviera como destinataria a esta última y de que se la considerara responsable solidaria del pago de la multa impuesta al grupo Henss/Isoplus.
- 118 Como la Decisión es inoperante en la medida en que tiene como destinataria a Isoplus stille Gesellschaft y en la medida en que se refiere a dicha sociedad, el recurso carece de objeto en lo que a ella respecta, por lo que no procede pronunciarse sobre este punto.

#### *IV. Sobre los motivos que conciernen a todas las demandantes*

- 119 Los motivos que conciernen a todas las demandantes son cinco. El primer motivo se basa en ciertos errores de hecho y de Derecho en la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. El segundo motivo se basa en la violación del derecho de defensa. El tercer motivo se basa en la ilegalidad de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «nuevas Directrices» o «Directrices»). El cuarto motivo se basa en la infracción de las normas que regulan las multas en materia de

competencia y en la violación de los principios generales y en diversos errores de apreciación en la determinación del importe de la multa. El quinto motivo se basa en un incumplimiento del deber de motivación.

*A. Sobre el primer motivo, relativo a ciertos errores de hecho y de Derecho en la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado*

1. Sobre la participación en la infracción antes de octubre de 1994

120  
a  
181 [...] ]

b) Sobre la apreciación jurídica

182 En lo relativo a la apreciación jurídica de la Comisión sobre los hechos probados anteriores a octubre de 1994, las demandantes invocan en resumen seis argumentos. En primer lugar, las demandantes impugnan la calificación de la infracción como «conjunto de acuerdos y de prácticas concertadas». En segundo lugar, las demandantes impugnan la calificación como acuerdo de los comportamientos probados. En tercer lugar, las demandantes impugnan el concepto de prácticas concertadas utilizado por la Comisión. En cuarto lugar, las demandantes alegan que la Comisión valoró incorrectamente las consecuencias jurídicas de la participación en una reunión cuyo objeto es contrario a la competencia. En quinto lugar, las demandantes sostienen que la Comisión cometió un error en lo relativo a la carga de la prueba en materia de participación en un cartel global. En sexto lugar, las demandantes reprochan a la Comisión su decisión de no valorar individualmente la responsabilidad de las sociedades que consideró miembros del grupo Henss/Isoplus.

i) Sobre la calificación de la infracción como «conjunto de acuerdos y de prácticas concertadas»

### Alegaciones de las partes

- 183 Las demandantes impugnan la afirmación formulada por la Comisión en los considerandos 131 y 132 de su Decisión, según la cual, en los carteles complejos de larga duración, en los que las diversas prácticas concertadas y acuerdos se integran en un comportamiento adoptado por las empresas con el objetivo común de suprimir o falsear la competencia, puede considerarse que existe una infracción única y continuada. En efecto, según ellas, la Comisión incurre en un error al sostener que, en tal caso, no está obligada a calificar la infracción englobándola en una sola de las dos categorías, bien como acuerdo, bien como práctica concertada.
- 184 Las demandantes recuerdan que ni en el caso de un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado ni en el de un «gentlemen's agreement» que tenga por objeto restringir la competencia resulta necesario demostrar la existencia de una restricción efectiva de la competencia. En cambio, en lo relativo a las prácticas concertadas, al no existir una coordinación voluntaria de comportamientos orientados a restringir la competencia, incumbe a la Comisión probar que las prácticas concertadas han tenido efectivamente por resultado una restricción de la competencia. Habida cuenta de la diferencia entre los conceptos de acuerdo y de prácticas concertadas, la Comisión no puede considerar que existe una única infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado cuando las infracciones de dicha disposición revisten diferentes formas. En efecto, según las demandantes, el respeto del principio de presunción de inocencia exige que, en las decisiones adoptadas de conformidad con el Reglamento nº 17, se precisen todos los elementos materiales que integran la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 185 La demandada indica que, en el presente asunto, los acuerdos y prácticas concertadas aplicados durante el período de que se trata formaban parte de un

sistema de reuniones periódicas destinado a regular el mercado mediante la fijación de precios y de cuotas. Como dicho comportamiento se puso de manifiesto, en parte, a través de acuerdos y, en parte, a través de prácticas concertadas, la Comisión considera haber actuado legítimamente al declarar probada la existencia de un acuerdo y de una práctica concertada en el artículo 1 de la Decisión. Así pues, en su opinión, ni hizo caso omiso de los conceptos de acuerdo y de práctica concertada ni violó los principios generales del Derecho.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

186 Según reiterada jurisprudencia, en el marco de una infracción compleja, en la que se han visto implicados diversos fabricantes durante varios años con un objetivo de regulación en común del mercado, no puede exigirse a la Comisión que califique precisamente la infracción, para cada empresa y en cada momento determinado, de acuerdo o de práctica concertada, puesto que, en cualquier caso, ambas formas de infracción están previstas en el artículo 85 del Tratado. Por lo tanto, la Comisión está facultada para calificar esta infracción única de «acuerdo y práctica concertada» o, también, de acuerdo «y/o» de práctica concertada, en la medida en que dicha infracción incluya elementos que deban ser calificados de acuerdo y elementos que deban ser calificados de práctica concertada (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, *Hercules Chemicals/Comisión*, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 264). En efecto, resultaría artificioso subdividir dicho comportamiento continuado, caracterizado por una única finalidad, para ver en él varias infracciones distintas (sentencia *Hercules Chemicals/Comisión*, antes citada, apartado 263).

187 En estas circunstancias, no ha de interpretarse que la doble calificación exige la prueba simultánea y cumulativa de que cada uno de los elementos de hecho presenta los rasgos constitutivos de un acuerdo y de una práctica concertada, sino más bien que dicha calificación designa un todo complejo que incluye una serie de elementos de hecho, de los cuales algunos se han calificado de acuerdo y otros de práctica concertada a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado, el cual no prevé una calificación específica para este tipo de infracción compleja (sentencia *Hercules Chemicals/Comisión*, antes citada, apartado 264).



- 188 Si el artículo 85, apartado 1, del Tratado 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 esta disposición diferentes formas de coordinación y de colusión entre empresas (sentencia ICI/Comisión, antes citada, apartado 64). No obstante, no se desprende de lo anterior que una serie de conductas que tengan el mismo objeto contrario a la competencia y que, analizadas por separado, puedan subsumirse en el concepto de acuerdo, de práctica concertada o de decisión de una asociación de empresas no puedan constituir manifestaciones diferentes de una misma infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En consecuencia, una serie de comportamientos de varias empresas puede constituir la expresión de una infracción única y compleja subsumible en parte en el concepto de acuerdo y en parte en el de práctica concertada (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartados 112 a 114).
- 189 En contra de lo que alegan las demandantes, la Comisión podía legítimamente afirmar que, en un caso de tales características, no es necesario calificar la infracción englobándola en una sola de las dos categorías, a saber, los acuerdos o las prácticas concertadas.
- 190 En efecto, la comparación entre los conceptos de acuerdo y de práctica concertada, a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado, demuestra que, desde un punto de vista subjetivo, ambos recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan. De ello se desprende que, aunque dichos conceptos contienen elementos constitutivos parcialmente diferentes, no son recíprocamente incompatibles. Por tanto, la Comisión no está obligada a calificar como acuerdo o práctica concertada cada uno de los comportamientos probados, sino que puede calificar algunos de dichos comportamientos, con carácter principal, como acuerdos y otros, con carácter subsidiario, como prácticas concertadas (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartados 131 y 132).
- 191 Dicha interpretación no conduce a consecuencias inaceptables en materia de prueba. Por una parte, la Comisión sigue obligada a demostrar que la prohibición contenida en el artículo 85, apartado 1, del Tratado resulta aplicable a cada uno

de los comportamientos probados, en calidad de acuerdo, práctica concertada o decisión de una asociación de empresas. Por otra parte, las empresas a las que se imputa haber participado en la infracción tienen la posibilidad de rebatir, para cada uno de los comportamientos, la calificación o calificaciones adoptadas por la Comisión, demostrando que ésta no probó los elementos constitutivos de las diferentes formas de infracción alegadas (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartados 134 a 136).

- 192 Se deduce de las consideraciones precedentes que la Comisión no incurrió en un error de Derecho al calificar la infracción que se discute, en el artículo 1 de la parte dispositiva de la Decisión, de «conjunto de acuerdos y de prácticas concertadas», sin incluirla en una sola de estas dos categorías.

ii) Sobre la calificación como acuerdo de los comportamientos probados

Alegaciones de las partes

- 193 Las demandantes alegan, en cuanto al concepto de acuerdo a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado, que, tal como se deduce de la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 85, apartado 2, del Tratado, dicho acuerdo debe incluir un compromiso jurídico. Por lo tanto, lo que se conoce como «gentlemen's agreement» no se corresponde con el concepto de acuerdo. Mientras las empresas no estén de acuerdo entre sí, su comportamiento sólo puede ser calificado de tentativa de acuerdo, tentativa que el Derecho comunitario de la competencia no sanciona con la imposición de una multa.

- 194 Según las demandantes, durante el período de que se trata no existió acuerdo, pues hasta el otoño de 1994 no se celebró un acuerdo en materia de precios y de cuotas.

- 195 En lo que respecta al sistema de cuotas adoptado, según la Comisión, en agosto o septiembre de 1993, las demandantes señalan que la propia Comisión indicó, en el considerando 51 de su Decisión, refiriéndose a los objetivos acordados para 1994 en el mercado alemán, que «al parecer» se fue alcanzando un consenso general, lo que muestra que dicho consenso no existió. Según los hechos citados en ese mismo considerando de la Decisión, Tarco formuló ciertas reservas a propósito de las cuotas. En el considerando 52 de la Decisión, la Comisión precisa además que dicho acuerdo no llegó nunca a materializarse efectivamente. Con independencia del hecho de que las demandantes no celebraron en ningún momento ni colaboraron nunca en un acuerdo de este tipo, a su juicio los hechos mencionados por la Comisión podrían calificarse, como máximo, de tentativa de acuerdo.
- 196 Según las demandantes, la Comisión incurre en un error al sostener, en el considerando 137 de su Decisión, que los acuerdos «incipientes, vagos y, a menudo, fragmentarios» celebrados fuera de Dinamarca antes de 1994 constituían en todo caso una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. En efecto, unos acuerdos incipientes son unos acuerdos que aún no existen, pues no ha aparecido una voluntad común de las empresas en cuestión. Por consiguiente, en su opinión, tales acuerdos fragmentarios e incipientes constituyen sólo tentativas de acuerdo, que no pueden ser sancionadas con la imposición de una multa.
- 197 En cualquier caso, según las demandantes, la sociedad Henss Rosenheim y, por lo tanto, el grupo Henss/Isoplus, no sólo no respetaron los resultados de las reuniones mencionadas en la Decisión, sino que incluso se desmarcaron abiertamente de ellos. A su juicio, la intervención del abogado de la empresa y la presentación de una denuncia de Henss Rosenheim contra ABB Isolrohr ante un tribunal arbitral sólo pueden interpretarse como un distanciamiento abierto de los resultados de dichas reuniones, conforme a lo exigido por la jurisprudencia.
- 198 La demandada alega que, según la jurisprudencia, para reconocer la existencia de un acuerdo basta con que las empresas afectadas hayan expresado su voluntad común de adoptar un determinado comportamiento en el mercado. No es en absoluto necesario que las partes hayan creado un vínculo jurídico. A su juicio, en

este contexto, tanto el aumento de precios decidido en octubre o diciembre de 1991 como el sistema de cuotas adoptado en agosto o septiembre de 1993 y el baremo aprobado en mayo y agosto de 1994 tienen naturaleza de acuerdos.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 199 Según reiterada jurisprudencia, para que exista acuerdo a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 112, y de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck/Comisión, asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 86; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991, Rhône-Poulenc/Comisión, T-1/89, Rec. p. II-867, apartado 120).
- 200 Así ocurre cuando existe entre varias empresas un «gentlemen's agreement», que representa una fiel expresión de dicha voluntad común y cuyo objeto es restringir la competencia (sentencias ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada, apartado 112, y del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Tréfileurope/Comisión, T-141/89, Rec. p. II-791, apartado 96). Por consiguiente, en tales circunstancias no es preciso examinar si las empresas se consideraron obligadas —jurídica, fáctica o moralmente— a adoptar el comportamiento convenido entre ellas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Mayr-Melnhof/Comisión, T-347/94, Rec. p. II-1751, apartado 65).
- 201 En contra de lo que alegan las demandantes, no es posible deducir una conclusión opuesta de la sanción de nulidad establecida en el artículo 85, apartado 2, del Tratado, prevista para los casos en que exista efectivamente una obligación jurídica. En efecto, el hecho de que esta sanción sólo pueda aplicarse, por su propia naturaleza, a los acuerdos que tienen carácter obligatorio no significa que los acuerdos desprovistos de tal carácter deban quedar exentos de la prohibición formulada en el artículo 85, apartado 1, del Tratado.

- 202 En el presente asunto, en lo relativo a los acuerdos celebrados fuera del mercado danés antes de 1994, la Comisión estimó en el considerando 137 de su Decisión, que, al menos, se había llegado a un acuerdo expreso en lo relativo al incremento de precios en Alemania a partir del 1 de enero de 1992, a la fijación de precios y el reparto de proyectos en Italia y al sistema de cuotas de mercado en agosto de 1993. En lo que respecta a la participación de las demandantes en el cartel antes de octubre de 1994, consta que la Comisión calificó de acuerdo, en primer lugar, el incremento de precios en el mercado alemán para 1992, decidido en octubre y diciembre de 1991; en segundo lugar, el sistema de cuotas adoptado en agosto o septiembre de 1993, y, en tercer lugar, el baremo de precios adoptado en mayo y agosto de 1994.
- 203 A este respecto es preciso remitirse a los apartados 137 a 181 *supra*, en los que se ha determinado que la Comisión pudo legítimamente considerar, basándose en el conjunto de pruebas reunidas por ella, que el grupo Henss/Isoplus había participado en el acuerdo sobre el incremento de los precios brutos en Alemania celebrado, como muy tarde, el 10 de diciembre de 1991; en un acuerdo sobre el reparto de mercado alemán celebrado, como muy tarde, en septiembre de 1993, y en un acuerdo sobre un baremo de precios, adoptado en las reuniones de mayo y agosto de 1994.
- 204 Sobre este tema, la oposición de Henss Rosenheim a los aumentos de precios impuestos por ABB Isolrohr a sus agentes no puede considerarse un distanciamiento respecto a los demás participantes en el cartel, dado que dicha oposición únicamente afectaba a los precios exigidos por el fabricante a Henss Rosenheim como representante comercial suyo y no a los precios de venta en el mercado alemán establecidos por las empresas afectadas.
- 205 En lo que respecta al acuerdo de reparto del mercado alemán celebrado en agosto de 1993, no cabe alegar que la Comisión constató la ausencia de una voluntad común al indicar, en el considerando 51 de la Decisión, que «al parecer» se había alcanzado un consenso sobre el sistema de cuotas. Dado su contexto, la única interpretación posible de la expresión «al parecer» es que con ella se expresa la convicción de la Comisión de que las circunstancias del asunto permitían concluir que en aquel momento se había alcanzado un consenso general sobre un sistema

de cuotas. Así mismo, el hecho de que Tarco formulara ciertas reservas sobre su cuota de mercado no tenía entidad suficiente para impedir que la Comisión estimara que se había alcanzado un acuerdo de principio. En efecto, de la respuesta de ABB se deduce que, en las negociaciones desarrolladas en abril y mayo de 1993 para alcanzar un acuerdo sobre los precios, Tarco «se negó a participar en un acuerdo sobre los precios del tipo que fuera si no existía un acuerdo paralelo sobre las cuotas de mercado», debido a que «Tarco no conseguía pedidos si no recurría a una competencia de precios agresiva». Tal como se ha indicado en el apartado 153 *supra*, la postura de Tarco se tradujo en una petición de que se le asignara una cuota superior a la cuota del 17 % prevista con arreglo a la auditoría y el resultado fue que, en una propuesta posterior, se le atribuyó una cuota de mercado superior. Pues bien, no es posible interpretar la postura de Tarco como una oposición de dicha empresa al principio de reparto del mercado alemán.

206 En contra de lo que alegan las demandantes, los hechos mencionados por la Comisión no pueden calificarse de meras tentativas de acuerdo. En efecto, la sucesión de reuniones en las que se discutía el reparto de cuotas de mercado muestra que, al menos en cierto momento, las empresas de que se trata expresaron su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado. Al igual que se ha indicado anteriormente, en los apartados 151 a 157 *supra*, es preciso hacer constar que, aunque no existiera acuerdo sobre la totalidad de los puntos que se estaban negociando, en determinado período de 1993 las reuniones estuvieron presididas por una voluntad común de restringir la competencia en el mercado alemán mediante la atribución de cuotas de mercado a cada operador.

207 En este contexto, la afirmación de la Comisión en el considerando 137 de la Decisión, según la cual «puede que sea cierto que [los acuerdos] fueran incipientes, vagos y, a menudo, fragmentarios» no puede interpretarse en el sentido de que, en lo relativo a los hechos calificados de acuerdo por la Comisión, no existió entre las empresas afectadas una voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado. En efecto, la afirmación de la Comisión indica que los acuerdos alcanzados no cubrían aún todos los puntos que se estaban negociando ni todos los detalles imaginables y tenían un carácter esporádico y no continuado, pero no excluye en absoluto que las empresas afectadas hubieran llegado a un acuerdo sobre uno o varios puntos con objeto de restringir la competencia en el mercado de referencia.

208 De ello se deduce que procede desestimar el argumento invocado por los demandantes.

iii) Sobre el concepto de prácticas concertadas

Alegaciones de las partes

209 Las demandantes sostienen que, en lo que respecta a las prácticas concertadas, al no existir una coordinación voluntaria de comportamientos orientados a restringir la competencia, incumbe a la Comisión probar que las prácticas concertadas han tenido efectivamente como resultado una restricción de la competencia. En el presente asunto, sin embargo, la propia Comisión ha reconocido que, en lo relativo al período anterior a octubre de 1994 y fuera del mercado danés, los precios no habían cesado de bajar desde octubre de 1990, en particular en el mercado alemán.

210 La demandada alega que se basó en la definición de prácticas concertadas dada por la jurisprudencia. Partiendo de esta base, en el considerando 138 de la Decisión declaró que, en el presente asunto, los intercambios de información comercial normalmente considerada sensible habían constituido prácticas concertadas. El hecho de que los precios hubieran bajado en Alemania en el período de que se trata no es incompatible, desde el punto de vista jurídico, con la existencia de prácticas concertadas; como máximo, tal hecho podría hacer dudar del éxito del cartel. Además, la Comisión afirma haber aportado pruebas directas de contactos de carácter colusorio entre las partes.

## Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 211 Según reiterada jurisprudencia, el concepto de práctica concertada se refiere a una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros/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, apartado 26, y de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartado 158).
- 212 Se deduce de dicha jurisprudencia que los criterios de coordinación y cooperación deben interpretarse a la luz de la lógica inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común. Si bien es cierto que esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que cabe esperar de sus competidores, se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores susceptible ya sea de influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o pretenda seguir en el mercado, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado (sentencias *Suiker Unie y otros/Comisión*, antes citada, apartados 173 y 174; de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, antes citada, apartados 159 y 160, y *Rhône-Poulenc/Comisión*, antes citada, apartado 121).
- 213 Además, se desprende del propio tenor del artículo 85, apartado 1, del Tratado que una práctica concertada supone, además de la concertación entre las empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causa a efecto entre ambos elementos (véanse las sentencias *Comisión/Anic Partecipazioni*, antes citada, apartado 118, y *Hüls/Comisión*, antes citada, apartado 161).



- 214 Éste es el contexto en que deben valorarse las observaciones formuladas por la Comisión en el considerando 138, párrafo segundo, de la Decisión, según las cuales, «incluso aunque el concepto de “acuerdo” no abarque las distintas fases del proceso de negociación conducente a un acuerdo global, la conducta descrita se inscribe en el ámbito de aplicación del artículo 85 en calidad de práctica concertada». A este respecto procede observar que la Comisión describe la estructura de las reuniones regulares como «un foro de discusión en el que [se intercambiaba] información comercial sensible», estructura que «debió traducirse en el logro de cierto grado de entendimiento, de reciprocidad y de acuerdos condicionales o parciales», subrayando que «los participantes tuvieron necesariamente que aprovechar de forma directa o indirecta la información obtenida en el curso de esas reuniones regulares».
- 215 A este respecto procede hacer constar que, en lo que respecta al período anterior a octubre de 1994, varios documentos demuestran que, en 1992 y 1993, el grupo Henss/Isoplus participó en diversas ocasiones en un intercambio de información sobre las cuotas de mercado. Éste es el caso de los documentos que constituyen los anexos 37, 44, 49 y 53 del pliego de cargos, tal como se ha indicado en los apartados 146, 148 y 149 *supra*.
- 216 Ahora bien, salvo prueba en contrario, que corresponde aportar a los operadores interesados, puede presumirse que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 121, y de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, antes citada, apartado 162). Ello resulta especialmente cierto cuando la concertación se produce regularmente a lo largo de un período dilatado, como en el caso de autos (véanse las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 121, y de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, antes citada, apartado 161).
- 217 Además, la jurisprudencia indica que las prácticas concertadas caen dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado, aunque no se

produzcan efectos contrarios a la competencia en el mercado. Para empezar, se desprende del propio texto de la mencionada disposición que, al igual que en el caso de los acuerdos entre empresas y de las decisiones de asociaciones de empresas, las prácticas concertadas están prohibidas, con independencia de sus efectos, cuando tienen un objeto contrario a la competencia. Además, si bien el propio concepto de práctica concertada presupone un comportamiento de las empresas participantes en el mercado, no implica necesariamente que dicho comportamiento produzca el efecto concreto de restringir, impedir o falsear la competencia (véanse las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartados 122 a 124, y de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, antes citada, apartados 163 a 165).

218 Se deduce de las consideraciones precedentes que, al imputar al grupo Henss/Isoplus el haber participado en un «conjunto de acuerdos y de prácticas concertadas» en lo que respecta el período anterior a octubre de 1994, la Comisión no incurrió en un error de Derecho al calificar subsidiariamente de práctica concertada un intercambio de información comercial.

219 Sobre este extremo, procede pues desestimar igualmente el argumento invocado por las demandantes.

iv) Sobre las consecuencias jurídicas de la participación en una reunión cuyo objeto es contrario a la competencia

#### Alegaciones de las partes

220 En opinión de las demandantes, habida cuenta de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (T-65/89, Rec. p. II-389), y de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (C-310/93 P, Rec.

p. I-865), en las que se calificó de legítima la reticencia de la Comisión a dar a conocer ciertas cartas de clientes de una empresa en posición dominante que figuraban en el expediente, procede interpretar restrictivamente la jurisprudencia según la cual a una empresa que no se pliegue a los resultados de reuniones cuyo objeto sea contrario a la competencia puede imputársele la responsabilidad por una infracción de las normas sobre la competencia, en la medida en que no se haya distanciado públicamente del contenido de las reuniones.

221 A su juicio, en el caso de prácticas colusorias en las que participan empresas que ocupan en el mercado una posición dominante o, como mínimo, una posición económica preponderante, el hecho de que otras empresas económicamente más débiles no se distancien públicamente del resultado contrario a la competencia de una reunión no significa en absoluto que, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, dichas empresas deban de todos modos ser consideradas responsables del resultado de dicha reunión. En efecto, con frecuencia para las empresas de menor importancia convocadas a reuniones por la empresa líder del mercado basándose en su predominio económico, es más fácil no decir nada en dichas reuniones y después actuar sin respetar las decisiones adoptadas.

222 La demandada sostiene que la valoración jurídica de una práctica colusoria no se ve afectada por el hecho de que una empresa participe en ella voluntariamente o bajo presión, pues dicha empresa siempre dispone de la posibilidad de denunciarla. Además, las sentencias a que se ha hecho referencia parten de la idea de que la Comisión debe evitar, en la medida de lo posible, suscitar infracciones de las normas sobre la competencia y no modifican la jurisprudencia según la cual a una empresa que no se pliegue a los resultados de reuniones cuyo objeto sea contrario a la competencia puede imputársele la responsabilidad por una infracción de las normas sobre la competencia, en la medida en que no se haya distanciado públicamente del contenido de las reuniones.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

223 Tal como se ha recordado en el apartado 137 *supra*, cuando una empresa participa, aun sin tomar parte activa en ellas, en reuniones con otras empresas

cuyo objeto es contrario a la competencia y no se distancia públicamente de su contenido, induciendo de este modo a los demás participantes a pensar que se adhiere al resultado de las reuniones y que lo respetará, puede considerarse acreditada su participación en el acuerdo resultante de dichas reuniones.

224 Contrariamente a las alegaciones de las demandantes, carece de importancia a este respecto el saber si la empresa de que se trate se reúne con empresas que ocupan en el mercado una posición dominante o, como mínimo, económicamente preponderante.

225 Por una parte, es necesario precisar que la jurisprudencia citada por las demandantes se refiere a la obligación de la Comisión, en un procedimiento administrativo de aplicación del Derecho de la competencia, de respetar la confidencialidad de ciertos documentos que forman parte del expediente administrativo. En este contexto se estimó legítimo que, invocando el carácter confidencial de la correspondencia intercambiada con terceras empresas, la Comisión negara a algunas empresas, acusadas de abuso de posición dominante, el acceso a dicha correspondencia, dado que una empresa destinataria de un pliego de cargos que ocupa una posición dominante en el mercado puede, por ello, tomar represalias contra una empresa competidora, un proveedor o un cliente que haya colaborado en la investigación llevada a cabo por la Comisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada, apartado 33, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada, apartados 26 y 27). Como dicha jurisprudencia se refiere a un ámbito totalmente diferente, relativo a la obligación de la Comisión de conceder acceso al expediente, no pueden deducirse de ella indicaciones pertinentes sobre la cuestión de la imputación de los resultados de reuniones cuyo objeto es contrario a la competencia a las empresas que participaron en dichas reuniones.

226 Por otra parte, procede recordar que una empresa que participa en reuniones que tienen un objeto contrario a competencia, aunque sea presionada por otros participantes de mayor poder económico, tiene siempre la posibilidad de

presentar a la Comisión una denuncia sobre las actividades contrarias a la competencia de que se trate, en vez de seguir participando en dichas reuniones (véase el apartado 178 *supra*).

- 227 De las consideraciones precedentes se deduce que la Comisión no incurrió en un error de Derecho al basarse, en el caso de autos, en una interpretación del artículo 85, apartado 1, del Tratado conforme a la cual, cuando una empresa participa en reuniones de empresas cuyo objeto es contrario a la competencia y no se distancia públicamente de su contenido, cabe estimar que la empresa ha participado en el acuerdo resultante de dichas reuniones.

v) Sobre la carga de la prueba en lo relativo a la participación en un cartel global

#### Alegaciones de las partes

- 228 Las demandantes impugnan la afirmación que la Comisión formula en el considerando 134 de su Decisión, según la cual «para que exista un acuerdo no es necesario que cada uno de los supuestos participantes en él haya otorgado su consentimiento expreso o haya tenido que estar al corriente de cada aspecto individual o manifestación del cartel durante el período que ha durado su adhesión al proyecto común». Tal concepción jurídica no está prevista en la jurisprudencia y, sobre todo, resulta contraria al artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH») y al principio de culpabilidad como principio general del Derecho. Además, en su opinión, tal concepción equivale a una inversión de la carga de la prueba.

- 229 A este respecto, las demandantes alegan que puede imputarse a una empresa la responsabilidad por un cartel global, aun cuando se haya acreditado que sólo participó directamente en uno o varios de los elementos constitutivos de dicho

cartel, si sabía o necesariamente tenía que saber, por un lado, que la colusión en la que participaba formaba parte de un plan global y, por otro lado, que dicho plan global abarcaba la totalidad de los elementos constitutivos del cartel (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Gruber + Weber/Comisión, T-310/94, Rec. p. II-1043, apartado 140). Aunque esta jurisprudencia se refiere esencialmente a los acuerdos, en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado, y no puede por tanto aplicarse mecánicamente a las prácticas concertadas, en el sentido de la mencionada disposición, de ella se deduce, no obstante, que la Decisión de la Comisión debe contener conclusiones precisas sobre la naturaleza del acuerdo y sobre lo que la empresa afectada sabía o debía necesariamente saber. Sobre todo, en opinión de las demandantes, no se puede imputar a una empresa el haber participado en un cartel global ni durante un período anterior a aquel en el que la empresa en cuestión ha participado en la infracción ni en un mercado en el que nunca ha estado presente.

- 230 La demandada señala que el considerando 134 de la Decisión se refiere a la valoración del cartel como infracción única y no al alcance de las imputaciones formuladas en contra de cada empresa. En opinión de la Comisión, de la Decisión se deduce claramente que estableció una distinción entre la cuestión de la infracción única y continuada y la cuestión de en qué medida se imputaba a cada empresa la responsabilidad de la infracción.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 231 Según la jurisprudencia, puede imputarse a una empresa la responsabilidad por un cartel global, aun cuando se haya acreditado que sólo participó directamente en uno o varios de los elementos constitutivos de dicho cartel, si sabía o necesariamente tenía que saber, por un lado, que la colusión en la que participaba formaba parte de un plan global y, por otro lado, que dicho plan global abarcaba

la totalidad de los elementos constitutivos del cartel (véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, *Buchmann/Comisión*, T-295/94, Rec. p. II-813, apartado 121, y *Gruber + Weber/Comisión*, antes citada, apartado 140). Del mismo modo, una empresa que haya participado en una infracción única y compleja mediante comportamientos propios y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto puede también ser responsable de los comportamientos seguidos por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción, cuando se demuestra que la empresa de que se trata conocía los comportamientos ilícitos de los demás participantes o podía preverlos razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo. Esta conclusión no se contradice con el principio según el cual la responsabilidad de tales infracciones tiene un carácter personal y no conduce ni a descuidar el análisis individual de las pruebas inculpatorias, en detrimento de las normas aplicables en materia de prueba, ni a violar los derechos de defensa de las empresas implicadas (sentencia *Comisión/Anic Partecipazioni*, antes citada, apartado 203).

232 Según las demandantes, se deduce del considerando 134, párrafo sexto, de la Decisión que la Comisión no respetó los principios sentados por dicha jurisprudencia.

233 Procede sin embargo hacer constar que este argumento se basa en una interpretación errónea del considerando 134 de la Decisión.

234 En efecto, el pasaje al que se hace referencia forma parte de las consideraciones agrupadas bajo el título «Acuerdos y prácticas concertadas», en las que la Comisión expone, primero, su interpretación de los conceptos de acuerdo y de prácticas concertadas (considerandos 129 y 130 de la Decisión) y explica, a continuación, las razones por las que se estimaba facultada para concluir que existió una infracción única y continuada, sin necesidad de calificar la infracción englobándola en una sola de estas dos categorías, acuerdo o práctica concertada

(considerandos 131 a 133 de la Decisión). Después, en el considerando 134 de la Decisión, la Comisión señaló que es posible que no exista un consenso sobre todos los elementos del cartel, que nunca se alcance un acuerdo formal sobre todos los aspectos del cartel y que el grado de implicación de los participantes en el plan común varíe, pero que ninguno de estos factores impide que el acuerdo constituya un acuerdo o práctica concertada a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado cuando exista un conjunto de partes con un objetivo único, común y continuado. Después del último pasaje al que se ha hecho referencia, la Decisión indica además que los miembros pueden adherirse al cartel o abandonarlo sin que ello exija que se considere que existe un nuevo acuerdo cada vez que la composición cambia.

235 De ello se deduce que el pasaje al que se han referido las demandantes sólo puede interpretarse como una aclaración de las condiciones en las que, a juicio de la Comisión, un cartel puede ser calificado de infracción única y continuada, sin que dicha Institución se pronuncie no obstante sobre la cuestión de la imputación de la responsabilidad de dicha infracción a las empresas que participaron en ella.

236 Por otra parte, tal interpretación de la Decisión resulta confirmada por el considerando 148, letra b), de la Decisión, donde se indica expresamente que «no se afirma que cada uno de los destinatarios de la presente Decisión haya tomado parte en todos y cada uno de los aspectos de los acuerdos anticompetitivos celebrados ni que lo haya hecho a lo largo de todo el período de duración de la infracción» y que «la presente Decisión determina con claridad el papel desempeñado por cada uno de los participantes así como su grado de implicación».

237 En cuanto a la participación del grupo Henss/Isoplus en la infracción sancionada por la Comisión, procede observar además que las demandantes no han precisado, en su argumentación relativa a este punto, en qué medida les imputó la Comisión una participación en un cartel global durante un período anterior a



aquel en el que participaron en la infracción o en un mercado en el que nunca han estado presentes. A este respecto procede recordar, por una parte, que se ha declarado anteriormente que la Comisión actuó correctamente al imputar en su Decisión al grupo Henss/Isoplus una participación en la infracción a partir de octubre de 1991 y, por otra parte, que, en lo relativo al período anterior a octubre de 1994, únicamente se le ha imputado dicha participación por su adhesión al cartel existente entre los productores daneses en lo que respecta al mercado alemán.

238 Por consiguiente, procede desestimar el argumento invocado por las demandantes.

vi) Sobre la responsabilidad individual de las sociedades que se han considerado miembros del grupo Henss/Isoplus

#### Alegaciones de las partes

239 Las demandantes impugnan la afirmación de la Comisión en la que ésta niega estar obligada a probar la implicación de cada una de las empresas englobadas en el grupo Henss/Isoplus en lo que respecta a su comportamiento en el mercado antes de octubre de 1994. En la medida en que las demandantes deben ser consideradas, a este respecto, jurídicamente independientes unas de otras, dado que no ha existido un grupo Henss/Isoplus, la Decisión no contiene constatación alguna sobre las razones por las que se considera a cada demandante responsable de una participación en el cartel. A su juicio, además, la Comisión no ha sido clara al emplear en su Decisión la denominación «Henss», que no permite saber si con ella se designa al Sr. Henss personalmente, al grupo Henss/Isoplus o a una sociedad Henss, tal como Henss Rosenheim o Henss Berlin.

240 En lo relativo a Isoplus Hohenberg, las demandantes señalan que se trata de una sociedad austriaca, que Austria sólo es miembro de la Comunidad Europea desde el 1 de enero de 1995 y que las normas sobre la competencia que establece el artículo 53 del acuerdo EEE sólo son aplicables desde el 1 de julio de 1994. A su juicio, aun teniendo en cuenta la problemática del principio de territorialidad en el Derecho de la competencia, procede señalar que la Decisión no contiene ninguna constatación de hecho relativa a una eventual responsabilidad de Isoplus Hohenberg, ya sea en virtud del artículo 85 del Tratado o del artículo 53 del acuerdo EEE, por una práctica contraria a la competencia anterior a octubre de 1994.

241 La demandada alega que las cuatro sociedades de explotación se presentaban como una única entidad representada por Sr. Henss. Su participación respondía a un interés evidente, pues operaban en el mercado alemán, donde los precios seguían siendo poco elevados. En su opinión, por estas mismas razones procede desestimar igualmente el motivo en el que se alega que la Comisión no probó suficientemente la participación en el cartel de Henss Rosenheim, al tener esta última su domicilio social en Austria.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

242 Procede recordar que, tal como se ha indicado en los apartados 54 a 66 *supra*, la Comisión ha acreditado correctamente que las sociedades Henss e Isoplus participaron en el cartel como una entidad económica única, denominada en la Decisión «grupo Henss/Isoplus» o «Henss/Isoplus». Por consiguiente, no era necesario que la Decisión especificara en todo momento si con la mención «Henss» se hacía referencia a una sociedad Henss o al grupo Henss/Isoplus. Del mismo modo, cuando la Decisión se refiere al Sr. Henss, lo hace considerándolo representante de todas las sociedades Henss e Isoplus que él controlaba y a las que representaba en el cartel.

- 243 En lo relativo al período anterior a 1994, procede observar que, aunque en las reuniones del club de directivos el señor Henss actuara eventualmente por cuenta de las sociedades Henss Rosenheim y Henss Berlin en el contexto de los contratos de representación comercial de dichas empresas en el mercado alemán, no es menos cierto que defendía al mismo tiempo los intereses propios de estas dos sociedades y los de las sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen. En efecto, como se ha indicado en el apartado 60 *supra*, las notas tomadas por otros participantes muestran que, en las discusiones sobre el reparto del mercado alemán, todas las sociedades Henss e Isoplus estaban agrupadas en una única entidad denominada «Isoplus» o «Isoplus/Henss».
- 244 Por consiguiente, la Comisión ha acreditado suficientemente con arreglo a Derecho que cada una de las sociedades Henss e Isoplus era miembro del grupo Henss/Isoplus y, en concepto de tal, debía ser considerada responsable de la infracción cometida por el grupo.
- 245 En cuanto a Isoplus Hohenberg, procede observar que dicha sociedad es miembro del grupo Henss/Isoplus desde antes de 1994. Habida cuenta de que la Comisión imputó por este motivo a Isoplus Hohenberg la infracción cometida por el grupo Henss/Isoplus, consistente en un cartel que, en lo que respecta a dicho grupo, afectaba al mercado alemán, no es posible llegar a la conclusión de que la Comisión le imputó actividades que, por su situación geográfica, quedaban fuera del ámbito de aplicación territorial del artículo 85 del Tratado.
- 246 De las consideraciones precedentes se deduce que procede desestimar igualmente el presente argumento.

247  
a  
286 [...] ]

B. *Sobre el segundo motivo, relativo a la violación del derecho de defensa*

287

322<sup>a</sup> [...]

3. Sobre la violación del derecho a ser oído en lo que respecta a la traducción de determinados documentos

Alegaciones de las partes

323 Las demandantes consideran que se produjo una violación de su derecho a ser oídas al no haber puesto la Comisión a su disposición en alemán todos los documentos. Alegan, así, no haber recibido la traducción de determinados documentos anexos al pliego de cargos, al pliego de cargos complementario y a las respuestas de otras empresas a las solicitudes de información de la Comisión.

324 Según las demandantes, las consideraciones formuladas por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 24 noviembre de 1998, Bickel y Franz (C-274/96, Rec. p. I-7637), en lo relativo al derecho de los ciudadanos de la Unión a obtener que los procesos penales se sustancien en la lengua materna del interesado, son aplicables al procedimiento tramitado ante la Comisión con arreglo al Reglamento n° 17, que debe calificarse de proceso penal a efectos de los artículos 5 y 6 del CEDH. El procedimiento ante la Comisión debe respetar el principio general de igualdad de armas, que exige que se notifiquen en la lengua oficial del lugar en que la empresa afectada tiene su domicilio social, o en cualquier otra lengua de procedimiento elegida por dicha empresa, no sólo el pliego de cargos y la Decisión, sino también todos los anexos relacionados con ellos. En todo caso, a su juicio, debería existir una obligación de traducir los documentos anexos a los escritos enviados por otras empresas y por el denunciante, dado que la propia Comisión se encuentra obligada a traducir dichos textos a las diversas lenguas oficiales de la Comunidad.

325 La demandada señala que los documentos que forman parte del procedimiento a efectos del Reglamento n° 17, a saber, el pliego de cargos y la Decisión, fueron enviados a los interesados en alemán, con arreglo al artículo 3 del Reglamento n° 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DO 1958, 17, p. 385; EE 01/01, p. 8). Los documentos no procedentes de la Comisión, destinados a la información y a la defensa de las demandantes, deben serles transmitidos, en cambio, en versión original. A su juicio, pues, carece de fundamento jurídico la afirmación de las demandantes de que la Comisión debía traducir dichas documentos a las diversas lenguas oficiales de la Comunidad.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

326 Es necesario precisar que las demandantes sostienen que deberían haber recibido una traducción no sólo de los documentos anexos al pliego de cargos, sino también de los anexos a las respuestas de otras empresas a las solicitudes de información de la Comisión.

327 En primer lugar, según reiterada jurisprudencia, los anexos al pliego de cargos que no proceden de la Comisión no son «textos» a efectos del artículo 3 del Reglamento n° 1, sino que deben considerarse pruebas materiales en las que la Comisión se basa y, por lo tanto, deben ser dados a conocer al destinatario de la Decisión en el estado en que se encuentran, de modo que éste pueda conocer la interpretación que la Comisión les ha dado y en la que ha basado tanto su pliego de cargos como su Decisión (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Tréfilunion/Comisión, T-148/89, Rec. p. II-1063, apartado 21, y de 14 de mayo de 1998, Finnboard/Comisión, T-338/94, Rec. p. II-1617, apartado 53). De ello se deduce que, al comunicar los anexos en su lengua original, la Comisión no violó en absoluto el derecho a ser oídas de las empresas afectadas.

- 328 Seguidamente procede señalar que el cuerpo del pliego de cargos, notificado a las demandantes en alemán, contiene extractos pertinentes de los documentos anexos. Dicha presentación les permitió pues saber con precisión en qué hechos y en qué razonamiento jurídico se apoyaba la Comisión. Las demandantes se encontraban por consiguiente en condiciones de defender adecuadamente sus derechos (véase igualmente la sentencia Tréfilunion/Comisión, antes citada, apartado 21).
- 329 Por último, procede señalar que idénticas consideraciones se aplican a los documentos enviados por otras empresas en anexo a sus respuestas a las solicitudes de información de la Comisión. Por una parte, ninguna disposición del Derecho comunitario obliga a la Comisión a suministrar una traducción de dichos documentos, que no proceden de ella. Por otra parte, dado que dichos documentos están destinados a la información y a la defensa de las empresas interesadas, también deben ser dados a conocer a éstas en el estado en que se encuentran, de modo que dichas empresas puedan valorar por sí mismas la interpretación que la Comisión ha dado a los documentos y en la que ha basado su Decisión.
- 330 Procede observar que tal situación no viola el principio de igualdad de armas, dado que, como indica la Comisión, el original de los documentos constituye la única prueba pertinente, tanto para la Comisión como para las empresas interesadas.
- 331 No cabe deducir una interpretación diferente de la que acaba de indicarse de la sentencia Bickel et Franz, antes citada, invocada por los demandantes. En efecto, en dicha sentencia el Tribunal de Justicia se pronunció en favor de la aplicación no discriminatoria de un régimen lingüístico que otorgaba a los imputados el derecho a obtener que los procesos penales se sustanciasen en su lengua materna. No se abordaba en ella, sin embargo, la cuestión de si las pruebas escritas debían traducirse a la lengua de procedimiento por razones relacionadas con el derecho de defensa.

- 332 Por esta razones, procede desestimar el argumento relativo a una violación del derecho a ser oído en lo que respecta a la falta de traducción de los documentos.

#### 4. Sobre la violación del derecho a ser oído en lo que respecta a los plazos para presentar observaciones

#### Alegaciones de las partes

- 333 Las demandantes alegan que la Comisión vulneró su derecho de defensa al no concederles plazos adecuados para exponer su punto de vista sobre la totalidad del expediente.

- 334 Señalan a este respecto que, con posterioridad al envío del pliego de cargos, la Comisión envió, mediante escrito de 22 de mayo de 1997, numerosos documentos adicionales con anexos que no estaban en alemán, cuando el plazo fijado a los destinatarios del pliego de cargos para exponer su punto de vista expiraba el 30 de junio de 1997. La Comisión no respondió a la solicitud de prórroga del plazo presentada por los demandantes, por lo que éstos presentaron sus observaciones sobre el pliego de cargos dentro del plazo fijado. Seguidamente, mediante escrito de la Comisión de 19 de septiembre de 1997, las demandantes recibieron las respuestas al pliego de cargos de otras empresas afectadas, junto con sus anexos, que contenían documentos no traducidos al alemán, y la Comisión les pidió que presentaran sus observaciones al respecto antes del 10 de octubre de 1997. Las demandantes recibieron nuevos escritos de la Comisión de 24 de septiembre y de 9 de octubre de 1997, que contenían documentos que tampoco estaban traducidos. Las demandantes presentaron sus observaciones el 12 y el 17 de noviembre de 1997, aunque criticando el modo de actuar de la Comisión. Pese a las críticas formuladas por las demandantes en la audiencia

celebrada los días 24 y 25 de noviembre de 1997, el consejero auditor admitió la totalidad de los medios de prueba comunicados de este modo. Además, según los demandantes, no se les dieron a conocer las últimas observaciones escritas de las demás empresas.

- 335 Las demandantes sostienen que, si se admite la tesis de la Comisión de que no es necesario notificar los anexos del pliego de cargos y los documentos que lo completan en la lengua del lugar en que la empresa tiene su domicilio social, resulta indispensable traducir primero al alemán, en el caso de las demandantes, los numerosos documentos redactados en otras lenguas, lo que requiere cierto tiempo.
- 336 En lo que respecta a la afirmación de la Comisión de que las demandantes tuvieron de todos modos la posibilidad de presentar observaciones también sobre los documentos enviados posteriormente, aquéllas alegan que, para proteger sus derechos, se vieron obligadas a presentar en el breve plazo fijado unas observaciones de escasa extensión, que no pudieron elaborar con el cuidado y la minuciosidad necesarias. Subrayan sin embargo que, en cada ocasión, criticaron expresamente la duración insuficiente de los plazos.
- 337 Finalmente, según las demandantes, el agente de la Comisión presentó en la audiencia al abogado de Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997, documento del que este último nada sabía en aquel momento, pidiéndole explicaciones al respecto. Las demandantes protestaron contra la decisión del consejero auditor de admitir dicho medio de prueba pese a no haberseles otorgado plazo alguno para exponer su punto de vista al respecto.
- 338 La demandada sostiene que los plazos concedidos eran suficientes. Señala así que el escrito de 22 de mayo de 1997 sólo iba acompañado por unos pocos documentos y que resultaba por tanto perfectamente posible adoptar una postura



al respecto antes de que expirara el plazo fijado. La misma afirmación es válida para las observaciones sobre los documentos no utilizados por la Comisión que las empresas se intercambiaron. En la medida en que otras empresas formularon observaciones sobre los documentos transmitidos por la Comisión, esta última considera que no estaba obligada a dar a las demandantes acceso a dichas observaciones, dado que la Decisión no se basaba en ellas.

339 La demandada afirma igualmente que, en el presente asunto, las demandantes reconocen haber presentado sus observaciones dentro de plazo. Las demandantes dispusieron de tiempo suficiente para responder al pliego de cargos y para examinar los escritos de la Comisión de 19 y 24 de septiembre y de 9 de octubre de 1997, así como los documentos a los que en ellos se hace referencia. A lo largo del procedimiento administrativo, que no finalizó hasta la celebración de la audiencia, las demandantes no insistieron tampoco para presentar por escrito otras explicaciones. Por otra parte, la fecha de la audiencia se retrasó de los días 21 y 22 de octubre de 1997 a los días 24 y 25 de noviembre de 1997, de modo que, a su juicio, hubo tiempo suficiente para presentar una respuesta escrita.

340 A su juicio, en lo relativo a la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997, las demandantes no pueden alegar haber carecido de la oportunidad de expresarse apropiadamente sobre dicho documento. En efecto, la Decisión sólo se basa en él en la medida en que contribuye a demostrar que las demandantes forman un grupo, dirigido por el Sr. Henss. En la fase escrita del procedimiento se había interrogado expresamente al respecto a las que entonces eran sociedades de explotación y éstas respondieron negando que existiera un grupo del tipo que fuera y, en particular, que el Sr. Henss tuviera alguna participación en el capital de Isoplus Hohenberg o de Isoplus Sondershausen. Según la demandada, no entrañaba ninguna dificultad responder en la audiencia a la cuestión de si el Sr. Henss controlaba dichas sociedades y, en particular, de si la escritura de aportación de capital se ocupaba de este tema.

341 Además, los pasajes en que las demandantes se refieren a la escritura de aportación de capital en sus escritos de 8 y 9 de diciembre de 1997 únicamente reprochan a la Comisión el que divulgara dicho documento en la audiencia, sin

abordar el problema del control ejercido por el Sr. Henss. Por consiguiente, a juicio de la demandada, aunque el procedimiento de que se trata no hubiera sido suficiente para permitir que se formularan observaciones sobre este último punto con todos los requisitos de forma, se respetó de todos modos el derecho de defensa.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

342 Es necesario precisar que las demandantes sostienen que no se les concedió un plazo suficiente para exponer su punto de vista, en primer lugar, sobre los documentos enviados antes de que expirara el plazo fijado para presentar observaciones sobre el pliego de cargos; en segundo lugar, sobre los documentos enviados posteriormente, con respecto a los cuales la Comisión solicitó que las observaciones se presentaran antes del 10 de octubre de 1997 y, en tercer lugar, sobre la escritura de aportación de capital presentada en la audiencia, sin haber concedido previamente a las demandantes un plazo para que prepararan su postura.

343 En primer lugar, por lo que respecta a los documentos enviados el 22 de mayo de 1997 acompañando a un escrito de la Comisión, resulta obligado reconocer que se trata de documentos que, según dicho escrito, podían tener cierta importancia en relación con los hechos discutidos en el pliego de cargos de 20 de marzo de 1997. Dado que la Comisión había fijado un plazo de catorce semanas, que finalizaba el 1 de julio de 1997, para la presentación de observaciones sobre el pliego de cargos, al recibir el escrito de 22 de mayo de 1997 las demandantes disponían aún de más de un mes para exponer por escrito su punto de vista sobre los mencionados documentos adicionales.

344 A este respecto procede señalar que el artículo 11, apartado 1, 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 (DO 1963,

127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), destinado a garantizar a los destinatarios del pliego de cargos un plazo suficiente para el ejercicio eficaz de sus derechos de defensa, dispone que, al determinar dicho plazo, que no podrá ser inferior a dos semanas, la Comisión ha de tomar en consideración el tiempo necesario para establecer las observaciones así como la urgencia del asunto. Ahora bien, el plazo señalado debe ser apreciado concretamente en función de la dificultad del caso de autos. Así, el juez comunitario ha considerado en diversos asuntos, sin embargo voluminosos, que para la presentación de observaciones sobre el pliego de cargos bastaba con un plazo de dos meses (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, 27/76, Rec. p. 207, apartados 272 y 273, y sentencia *Suiker Unie y otros/Comisión*, antes citada, apartados 94 a 99).

345 Por lo tanto, es patente que un plazo de más de un mes debió bastar para presentar observaciones sobre los documentos enviados el 22 de mayo de 1997, dado que se trataba de un reducido número de documentos (anexos X1 a X9), cuya importancia para el asunto se explicaba, además, en el escrito que los acompañaba. En lo que respecta a la denuncia de Powerpipe, unida igualmente, junto con sus anexos, al escrito de 22 de mayo de 1997, procede observar igualmente que sus pasajes más graves ya habían sido citados en el pliego de cargos.

346 En segundo lugar, por lo que respecta a los documentos enviados posteriormente, procede observar que las demandantes dispusieron de un plazo razonable hasta la fecha en que se celebró la audiencia. En efecto, en el escrito de 19 de septiembre de 1997 que acompañaba al envío de las respuestas de otras empresas al pliego de cargos, la Comisión indicó que, en el caso de que las empresas desearan presentar observaciones sobre dichas respuestas, deberían presentarlas antes del 10 de octubre de 1997 y que, en todo caso, tendrían la oportunidad de expresarse en la audiencia. En cambio, cuando a fin de permitir un acceso completo al expediente la Comisión envió, mediante escrito de 24 septiembre de 1997, unos documentos encontrados en los locales de Dansk Rørindustri, no aludió a la posibilidad de presentar observaciones ni fijó por consiguiente un plazo para ello. Así mismo, en el escrito de 9 de octubre de 1997, que acompañaba al envío de una serie de documentos complementarios del pliego de cargos (n<sup>os</sup> 1 a 28) y de las respuestas de Løgstør, Powerpipe y DSD a una serie de solicitudes de información de la Comisión, tampoco se hacía referencia a la posibilidad de presentar observaciones.

- 347 En cualquier caso, habida cuenta de que, en lo relativo a los documentos enviados por la Comisión el 19 y el 24 de septiembre y el 9 de octubre de 1997, las demandantes tuvieron la oportunidad de presentar sus observaciones, como muy tarde, los días 24 y 25 noviembre de 1997, fechas en que se celebró la audiencia, procede señalar que las demandantes dispusieron de un plazo comprendido entre cinco semanas y dos meses para exponer su punto de vista sobre dichos documentos. En las circunstancias del presente asunto, dicho plazo debe considerarse suficiente para ejercer apropiadamente el derecho de defensa.
- 348 En lo que respecta a los documentos enviados el 9 de octubre de 1997, procede señalar, por una parte, que en los cuadros que acompañaban a los documentos enviados se indicaba claramente en qué resultaban pertinentes todos estos documentos en relación con el pliego de cargos y, por otra parte, que la mayor parte de los documentos complementarios del pliego de cargos de que se trata ya habían sido objeto de un intercambio de documentos entre las empresas, tal como se indicaba en el escrito que los acompañaba.
- 349 Además, las demandantes no pueden alegar que, al recibir los documentos enviados el 19 y el 24 de septiembre y el 9 de octubre de 1997, no sabían aún que tendrían tiempo para preparar sus observaciones hasta el 24 y el 25 noviembre de 1997. En efecto, aunque las demandantes prepararan sus observaciones sobre tales documentos suponiendo que tenían unos plazos más cortos, finalmente dispusieron de un plazo suficiente para corregir y mejorar sus observaciones, como hicieron por lo demás Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, al completar sus observaciones de 14 de octubre de 1997 con unas observaciones adicionales de 12 de noviembre de 1997.
- 350 En tercer lugar, procede señalar que las demandantes no pueden alegar que no les fue posible dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997, presentada por la Comisión en la audiencia.

351 En efecto, del acta de la audiencia y de los considerandos 159 y 160 de la Decisión se deduce que, en la audiencia de las sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, la Comisión invocó dicha escritura de aportación de capital para demostrar que el Sr. Henss tenía participaciones en el capital de Isoplus Hohenberg y de Isoplus stille Gesellschaft y para acreditar la existencia de una sociedad matriz, HFB KG, que, después de que se le transmitieran las participaciones propiedad del Sr. y la Sra. Henss y del Sr. y la Sra. Papsdorf, tenía participaciones en las sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Sondershausen, Isoplus Hohenberg e Isoplus stille Gesellschaft.

352 Pues bien, aunque las demandantes no tuvieron la oportunidad de preparar sus observaciones sobre la escritura de aportación de capital antes de que la Comisión la presentara en la audiencia, es patente que, en el presente asunto, ya habían tenido la oportunidad de exponer, en el procedimiento administrativo, su punto de vista sobre las conclusiones que la Comisión podía deducir de las informaciones contenidas en dicho documento. Efectivamente, en el pliego de cargos, cuando todavía no había descubierto la escritura de aportación de capital, la Comisión había indicado por una parte, en lo relativo a Isoplus Hohenberg, que dicha sociedad parecía estar controlada por el Sr. Henss pero que este último no figuraba como socio en el Registro Mercantil de la localidad y, por otra parte, que no existía ninguna sociedad de cartera que pudiera considerarse representante del grupo Isoplus. Por lo tanto, las demandantes pudieron deducir del pliego de cargos, por una parte, que la creación de la sociedad HFB KG y la aportación a ésta de las participaciones debían interesar a la Comisión, dado que constituían la confirmación de su tesis sobre la pertenencia de las sociedades Henss e Isoplus a un único grupo y, por otra parte, que la Comisión no conocía aún tales datos. Sin embargo, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, en sus observaciones de 30 de junio de 1997 sobre el pliego de cargos, continuaron proporcionando a la Comisión información inexacta sobre este tema, en particular en lo relativo a las participaciones que el Sr. Henss poseía en el capital de Isoplus Hohenberg.

353 En cualquier caso, con posterioridad a la audiencia, en sus escritos de 8 y de 9 de diciembre de 1997 y de 13 de febrero de 1998, las demandantes presentaron sus observaciones sobre dicho documento y sobre las circunstancias en que les fue presentado. De ello se deduce que la Comisión no impidió a las demandantes que manifestaran oportunamente su punto de vista sobre el mencionado documento.

354 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes que las demandantes dispusieron del tiempo necesario para exponer su punto de vista sobre los hechos y circunstancias alegados por la Comisión y sobre las imputaciones formuladas por ésta.

355 Por consiguiente, no cabe estimar el presente argumento en lo que respecta a los plazos concedidos para presentar observaciones.

## 5. Sobre la violación de secretos profesionales y comerciales

### Alegaciones de las partes

356 La demandantes sostienen que la Comisión y el consejero auditor no han garantizado conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Reglamento n° 17 el respeto del secreto profesional y comercial, que ampara en particular los detalles relativos a los vínculos entre las sociedades y a las razones económicas y jurídicas que explican la creación de tales vínculos.

357 Según las demandantes, el consejero auditor no concedió a las demandantes la posibilidad de exponer confidencialmente en la audiencia las relaciones jurídicas existentes entre Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, por una parte, e Isoplus Rosenheim (en aquel momento, las sociedades Henss Rosenheim y Henss Berlin), por otra. Antes al contrario, la presentación de la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997 se realizó en presencia de todas las empresas destinatarias de la Decisión y de la denunciante. Ante la falta de confidencialidad, el abogado de Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen y sobre todo el Sr. Henss, como director de Isoplus Rosenheim, se vieron obligados a no revelar detalle alguno a este respecto. Por otra parte, tanto los abogados de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen como el de Isoplus Rosenheim criticaron la falta de confidencialidad en sus escritos de 8 y 9 de diciembre de 1997.

358 En cuanto a la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997, las demandantes subrayan que se trata de un documento remitido ilegalmente y por error al Registro Mercantil del Amtsgericht Charlottenburg y que fue retirado posteriormente de los libros de dicho Registro. Dicho documento contiene detalles sobre las participaciones en el capital a los que se aplica el artículo 20 del Reglamento n° 17. En él se hace referencia a unas relaciones fiduciarias («Treuhandverhältnisse») que no debían hacerse públicas, principalmente por motivos relacionados con la competencia, y que siempre requieren un trato confidencial como secreto comercial, dado que el propietario o socio real debe permanecer oculto. Las demandantes estiman haber demostrado en su demanda la existencia de circunstancias específicas que justifican su interés legítimo en que dichas relaciones fiduciarias se mantengan en secreto.

359 Alegan además que en el presente asunto no se han respetado el secreto y la confidencialidad obligatorios mientras se tramitan ante la Comisión los procedimientos en materia de competencia, de los que también forma parte la audiencia, dado que los periódicos daneses publicaron en 1998 extractos de lo declarado en la audiencia. Según las demandantes, ya en la primavera de 1996 habían aparecido en la prensa fragmentos confidenciales del expediente del presente procedimiento, lo que suscitó en aquel momento sus protestas, recogidas en las respuestas a la solicitud de información de 13 de marzo de 1996 presentadas por las sociedades Henss y en la respuesta de 24 de abril de 1996 presentada por la sociedad Isoplus Hohenberg (en lo sucesivo, «respuesta de Isoplus Hohenberg»).

360 La demandada sostiene que no infringió el artículo 20 del Reglamento n° 17 en la discusión relativa a la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997, dado que dicha escritura había sido inscrita en el Registro Mercantil y se encontraba por consiguiente a disposición del público. Además, el Sr. Henss confirmó en la audiencia esta apreciación, añadiendo que el secreto comercial sólo amparaba las estrategias aplicadas sirviéndose de la estructura del grupo.

361 Por otra parte, a su juicio, las demandantes no han demostrado que la información contenida en la escritura de aportación de capital tenga la naturaleza de secreto comercial. A este respecto, la Comisión subraya que el interés en que

no se divulgue una información cuya transmisión a terceros puede dañar los intereses de quien la proporcionó sólo está protegido en la medida en que se trate de un interés legítimo.

362 En opinión de la Comisión, aunque ella hubiera violado un secreto comercial en la audiencia, esto no significaría que la Decisión es, en sí, ilegal. La supuesta violación, es decir, el hecho de que otras empresas tuvieran conocimiento de la estructura real de las participaciones de capital en el seno del grupo Henss/Isoplus, no tuvo incidencia alguna sobre el contenido de la Decisión. La demandada recalca además que sus servicios no dejaron traslucir al exterior información alguna sobre el contenido de las audiencias.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

363 Procede señalar que el artículo 214 del Tratado (actualmente artículo 287 CE) obliga a los funcionarios y agentes de las instituciones a no divulgar las informaciones amparadas por el secreto profesional que obren en su poder. El artículo 20 del Reglamento n° 17, que desarrolla esta disposición en el campo de las reglas aplicables a las empresas, dispone especialmente, en su apartado 2, que, «sin perjuicio de las disposiciones de los artículos 19 y 21, la Comisión y las autoridades competentes de los Estados miembros, de la misma forma que sus funcionarios y demás agentes, están obligados a no divulgar las informaciones que han recogido en aplicación del presente Reglamento y que, por su propia naturaleza, están cubiertas por el secreto profesional».

364 Las disposiciones de los artículos 19 y 21 del Reglamento n° 17 a las que se refiere la disposición que se acaba de citar son las que tratan de las obligaciones de la Comisión en materia de audiencias y de publicación de las decisiones, respectivamente. De ello se deduce que la obligación de guardar el secreto profesional mencionada por el artículo 20, apartado 2, está atenuada frente a los terceros a quienes el artículo 19, apartado 2, concede el derecho a ser oídos, es decir, en especial, frente al tercero autor de la denuncia. La Comisión puede comunicar a éste ciertas informaciones amparadas por el secreto profesional,



siempre que dicha comunicación sea necesaria para el buen desenvolvimiento de la instrucción. Sin embargo, esta facultad no se aplica a todos los tipos de documentos cubiertos, por su propia naturaleza, por el secreto profesional. El artículo 21, que prevé la publicación de ciertas decisiones, impone a la Comisión la obligación de tener en cuenta el legítimo interés de las empresas en que no se divulguen sus secretos comerciales. Estas disposiciones, aun cuando se refieren a supuestos particulares, deben ser consideradas como expresión de un principio general que tiene aplicación durante el desarrollo del procedimiento administrativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 1986, AKZO Chemie/ Comisión, 53/85, Rec. p. 1965, apartados 27 y 28).

365 En lo relativo al desarrollo de la audiencia, el artículo 9, apartado 3, del Reglamento nº 99/63 dispone que la audiencia no será pública, que las personas serán oídas por separado o en presencia de otras personas convocadas y que, en este último caso, se tendrá en cuenta el legítimo interés de las empresas en que no se divulguen sus secretos comerciales.

366 Resulta obligado hacer constar que las demandantes no han demostrado que la Comisión divulgara secretos comerciales en la audiencia de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen, en presencia de la empresa denunciante y de otras empresas destinatarias del pliego de cargos.

367 En lo relativo a la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997, es preciso señalar, en primer lugar, que las demandantes se limitan a alegar que dicho documento se inscribió por error en el Registro Mercantil, sin precisar a quién es imputable el error, y que su inscripción era ilegal, sin aportar a este respecto ni siquiera un principio de prueba. Dadas estas circunstancias, no es posible reprochar a la Comisión que hiciera uso de dicho medio de prueba. En segundo lugar, en cuanto al carácter público de las informaciones recogidas en dicha escritura, procede observar que, en la audiencia, el Sr. Henss, presente en su condición de director de Isoplus Rosenheim, confirmó que dicho documento era un documento público, precisando que el secreto comercial sólo cubría la motivación de las operaciones descritas en el documento, que estaba vinculada con la estrategia de las empresas de que se trataba. En aquella ocasión, ni el director de las empresas Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen ni su abogado se opusieron a dicho punto de vista.

368 En segundo lugar, en lo que respecta al hecho de que las sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen no obtuvieran una audiencia confidencial, basta con señalar que las demandantes no aportan el menor indicio sobre los datos cubiertos por el secreto comercial que supuestamente la Comisión comunicó a terceros en dicha audiencia. A este respecto, no cabe reprochar a la Comisión que difundiera información que las demandantes le habían comunicado confidencialmente. En efecto, del acta de la audiencia se deduce que la única información que la Comisión reveló en sus preguntas a Isoplus Hohenberg y a Isoplus Sondershausen sobre sus vínculos con las sociedades Henss fue la postura de dichas sociedades, que su abogado acababa de recordar en la audiencia en su disertación introductoria, y, en el desarrollo posterior de la audiencia, información procedente de registros públicos.

369 En tercer lugar, en cuanto a la divulgación en la prensa de informaciones confidenciales mencionadas en el procedimiento administrativo, es preciso subrayar que las demandantes no han aportado precisiones sobre la información confidencial revelada, según ellas, en los referidos artículos de prensa mientras se desarrollaba el procedimiento administrativo.

370 Además, aun admitiendo que los servicios de la Comisión fueran responsables de filtraciones recogidas en la prensa, a pesar de que ni la Comisión así lo reconoce ni la demandante lo ha demostrado, dicha circunstancia no afectaría, en cualquier caso, a la legalidad de la Decisión, dado que no se han aportado pruebas que demuestren que, en realidad, la Decisión no habría sido adoptada o su contenido habría sido diferente si no hubieran tenido lugar las manifestaciones controvertidas (sentencia *United Brands/Comisión*, antes citada, apartado 286). En el presente asunto, las demandantes no han aportado indicio alguno que apoye tal conclusión.

371 De ello se deduce que procede desestimar el argumento relativo a la violación de secretos profesionales y comerciales.

## 6. Sobre la infracción de las disposiciones relativas al examen de testigos

### Alegaciones de las partes

- <sup>372</sup> Las demandantes acusan a la Comisión de haber infringido el artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 99/63 y el artículo 19 del Reglamento n° 17 al no haber procedido al examen de los testigos propuestos por ella.
- <sup>373</sup> Las demandantes recuerdan que, según el artículo 3 del Reglamento n° 99/63, las empresas afectadas pueden proponer que la Comisión oiga a las personas que puedan confirmar los hechos invocados. En sus observaciones sobre el pliego de cargos, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen propusieron a la Comisión, mediante escrito de 30 de junio de 1997, que tomara declaración a determinadas personas, y en especial al Sr. Henss. Por su parte, Isoplus Rosenheim, mediante escrito de la misma fecha, propuso igualmente que determinadas personas fueran oídas como testigos. Mediante escrito de 16 de septiembre de 1997, la Comisión les respondió sin embargo que, para la aplicación del artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 99/63, incumbía a las propias empresas asegurarse de que las personas en cuestión estuvieran presentes en la audiencia y citarlas como testigos, al tiempo que alegaba que ella no era un tribunal, que carecía de la facultad de obligar a los testigos a participar en una audiencia y que tampoco podía hacer que prestaran juramento. A este respecto, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen precisaron, mediante escrito de 30 de septiembre de 1997, que los testigos propuestos no se encontraban relacionados con sus sociedades, sino con empresas de la competencia y que, por tanto, había resultado imposible obligarlos a comparecer. Entre los testigos cuyo examen había propuesto Isoplus Rosenheim, ninguno estaba tampoco relacionado con sus sociedades, sino que todos estaban relacionados con Powerpipe y con otras empresas competidoras. Sin embargo, ni los servicios de la competencia de la Comisión ni el consejero auditor citaron como testigos a las personas propuestas por las demandantes. Las demandantes alegan que, al no haber sido citadas, dichas personas no comparecieron y no pudieron ser oídas como testigos por la Comisión para determinar los hechos sobre los que ellas habían solicitado que testificaran.

- 374 Por su parte, pese a que estuvo presente en la audiencia como director de Isoplus Rosenheim, el Sr. Henss no prestó declaración oficialmente, según las demandantes, dado que el consejero auditor no lo interrogó. Las demandantes reconocen que las observaciones formuladas en la audiencia por el abogado de Isoplus Rosenheim hicieron innecesario, en parte, que se interrogara formalmente como testigo al Sr. Henss. Sin embargo, a su juicio, al no ser confidencial la audiencia, el Sr. Henss se vio obligado, como director de Isoplus Rosenheim, a no revelar detalle alguno.
- 375 Las demandantes sostienen que si la Comisión hubiera citado a los testigos y éstos hubieran sido interrogados u oídos a continuación, sus declaraciones habrían convencido a la Comisión de que ni Isoplus Rosenheim, ni Isoplus Hohenberg, ni Isoplus Sondershausen ni el grupo Henss/Isoplus habían participado en una infracción del artículo 85 del Tratado antes de finales de 1994 y de que tampoco habían tomado parte en un boicot contra Powerpipe. Afirman que solicitaron también una declaración testifical para confirmar que el baremo de precios europeo de 1994 no había sido elaborado por el Sr. Henss ni por Henss Rosenheim.
- 376 Según las demandantes, el artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 99/63 está vinculado al principio general relativo al derecho a ser oído, así como al principio formulado en el artículo 6 del CEDH, especialmente en su apartado 3, letra d), referente al derecho a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos de descargo y al derecho a interrogar a los testigos de cargo. Si en un procedimiento regulado por el Reglamento n° 17, las empresas afectadas solicitan que se cite y se tome declaración a determinadas personas conforme al artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 99/63, la Comisión se encuentra en principio obligada a citar y a tomar declaración a dichas personas, aunque no pueda imponerles sanciones si no comparecen. A su juicio, la Comisión únicamente puede desestimar tales solicitudes en determinados casos, que debe motivar, y a través de una decisión individual.
- 377 Las demandantes sostienen que, aunque es cierto que la Comisión no es un «tribunal» a efectos del artículo 6 del CEDH, ello no significa que en los procedimientos tramitados ante ella no se apliquen las demás garantías recogidas

en dicho artículo. En efecto, los procedimientos abiertos por la Comisión con el doble objetivo de poner fin a una infracción de las normas sobre la competencia y de imponer una multa tienen carácter penal a efectos del artículo 6 del CEDH. Por lo tanto, a su juicio, la Comisión se encuentra obligada a respetar dicho artículo en su totalidad, y por consiguiente también su apartado 3, letra d).

378 La demandada indica que Reglamento n° 99/63 no la faculta para proceder a un examen de «testigos» en el sentido jurídico del término. El artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 99/63 no se refiere a los testigos, sino que se limita simplemente a reconocer el derecho de los interesados a utilizar determinados medios de prueba. La Comisión no dispone de facultad alguna para convocar a eventuales testigos de descargo a quienes la propia empresa no puede convencer de que presten declaración y tampoco tiene, *a fortiori*, obligación alguna de hacerlo. Además, en contra de lo que alegan las demandantes, la Comisión afirma que no se negó a tomar declaración a las personas propuestas.

379 En lo que respecta al artículo 6 del CEDH, procede señalar, a su juicio, que la Comisión no es un «tribunal» a efectos de dicha disposición. La Comisión desempeña la misión de vigilancia que le encomiendan las normas comunitarias sobre la competencia bajo el control del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia. En todo caso, el hecho de que las normas de procedimiento pertinentes, en particular las que establece el Reglamento n° 17, no prevean la facultad de obligar a los testigos de descargo a comparecer no supone una violación del principio de igualdad de armas formulado en el artículo 6, apartado 3, letra d), del CEDH. En efecto, según la Comisión, en el procedimiento ante ella no existen tampoco testigos «de cargo», dado que las pruebas esenciales en que se basa la Comisión para formular sus imputaciones son los documentos e informaciones que puede solicitar a las autoridades competentes de los Estados miembros y a las empresas y asociaciones de empresas, con arreglo al artículo 11 del Reglamento n° 17.

380 Además, el Tribunal de Primera Instancia, al controlar el modo en que la Comisión ha desempeñado su misión, puede obligar a comparecer a los testigos, en particular a los testigos de descargo. De hecho, en opinión de la Comisión,

ante el Tribunal de Primera Instancia existe una desigualdad de armas en favor de las empresas afectadas, dado que éstas pueden invocar las declaraciones de los testigos para refutar las imputaciones formuladas por la Comisión en su Decisión, mientras que la Comisión no puede invocar las declaraciones testimoniales en apoyo de imputaciones que no hayan quedado probadas con las pruebas recogidas en la Decisión y en el pliego de cargos.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

381 Procede observar que el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 17 dispone que, si las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés suficiente solicitan ser oídas, debe estimarse su solicitud. Según el artículo 5 del Reglamento n° 99/63, la Comisión ha de concederles la oportunidad de manifestar sus puntos de vista por escrito en el plazo que determine. Igualmente, el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n° 99/63 obliga a la Comisión a dar a las personas que lo hubieren solicitado en sus observaciones escritas la oportunidad de desarrollar verbalmente sus puntos de vista si aquéllas hubieran acreditado un interés suficiente a esos efectos, o bien si la Comisión se propusiera imponerles una multa o multa coercitiva. Según el apartado 2 de este mismo artículo, la Comisión puede igualmente dar a cualquier persona la oportunidad de expresar oralmente su punto de vista.

382 En virtud de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, del Reglamento n° 17 y en los artículos 5 y 7 del Reglamento n° 99/63, la Comisión sólo está obligada a oír a las personas físicas o jurídicas que justifiquen un interés suficiente si dichas personas solicitan efectivamente ser oídas (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1987, Ancides/Comisión, 43/85, Rec. p. 3131, apartado 8). Ahora bien, en el presente asunto, las personas propuestas como testigos por las demandantes en ningún momento han manifestado personalmente el deseo de ser oídas.

383 Procede observar además que el artículo 3, apartado 3, del Reglamento n° 99/63 dispone que las empresas y asociaciones de empresas contra las que se haya abierto un procedimiento con arreglo al Reglamento n° 17 «podrán asimismo proponer que la Comisión oiga las personas que puedan confirmar los hechos invocados». En tal caso, se desprende del artículo 7 del Reglamento n° 99/63 que la Comisión dispone de un margen de apreciación razonable para decidir qué interés puede presentar la audiencia de personas cuyo testimonio puede tener importancia para la instrucción del expediente (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBVB/Comisión, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19, apartado 18). En efecto, para garantizar el derecho de defensa no es preciso que la Comisión proceda al examen de los testigos propuestos por los interesados, si considera que la instrucción del asunto ha sido suficiente (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 1984, Eisen und Metall Aktiengesellschaft/Comisión, 9/83, Rec. p. 2071, apartado 32).

384 En el presente asunto, las demandantes no han aportado dato alguno que permita pensar que, al no haber tomado declaración a las personas propuestas, la Comisión restringió indebidamente la instrucción del asunto, limitando así las posibilidades de las demandantes de explicar los diversos aspectos de los problemas planteados por los cargos de la Comisión (véase la sentencia VBVB y VBVB/Comisión, antes citada, apartado 18).

385 En efecto, las demandantes no han precisado en su demanda cómo las declaraciones de los testigos propuestos habrían podido contribuir a demostrar que el grupo Henss/Isoplus o las demandantes no habían participado en un cartel a nivel europeo desde el 10 de octubre de 1991, sino únicamente desde finales de 1994. A este respecto, aunque el testimonio solicitado hubiera confirmado que ni el Sr. Henss, ni Isoplus Hohenberg, ni Isoplus Sondershausen habían obtenido de la EuHP información interna de dicha asociación antes de ser admitidos como miembros, ello no habría permitido refutar los cargos formulados por la Comisión contra las demandantes. Lo mismo puede decirse de la cuestión de si el Sr. Henss o Henss Rosenheim participaron en la elaboración del baremo de precios utilizado en el cartel europeo. Además, a la vista de las pruebas mencionadas en los apartados 264 a 277 *supra*, la Comisión podía legítimamente

considerar innecesario el testimonio solicitado sobre el hecho de que Powerpipe había propuesto a Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen participar en una concertación ilegal.

386 En cuanto a la propuesta de que se tomara declaración como testigo al Sr. Henss, procede añadir que este último estuvo presente en la audiencia como director de Isoplus Rosenheim, pero que ni el abogado de ésta ni el de Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen solicitaron que prestara declaración. En efecto, el acta de la audiencia muestra que el Sr. Henss únicamente intervino en la audiencia de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen para responder a una pregunta sobre la escritura de aportación de capital formulada por el consejero auditor.

387 Además, dicha acta muestra además que, en la audiencia, las demandantes no solicitaron que se tomara declaración al Sr. Bech, relacionado con Løgstør, cuyo testimonio también habían solicitado, pese a que dicha persona también asistía a la audiencia.

388 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes que, al no estimar la solicitud de examen de testigos, la Comisión aplicó correctamente el artículo 19 del Reglamento n° 17 y las disposiciones del Reglamento n° 99/63.

389 Por último, las demandantes invocan el artículo 6, apartado 3, letra d), del CEDH, según el cual: «[t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él e interrogar a los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que a los testigos que lo hagan en su contra».



- 390 A este respecto procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la Comisión no es un tribunal en el sentido del artículo 6 del CEDH (sentencia Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartado 81; sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 7, y sentencia Shell/Comisión, antes citada, apartado 39). Por otra parte, el artículo 15, apartado 4, del Reglamento nº 17 dispone expresamente que las decisiones de la Comisión por las que se imponen multas por infracción del Derecho de la competencia no tienen carácter penal (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, T-83/91, Rec. p. II-755, apartado 235).
- 391 Sin embargo, aun cuando la Comisión no constituya un tribunal en el sentido del artículo 6 del CEDH y aunque las multas impuestas por la Comisión no tengan carácter penal, no es menos cierto que la Comisión está obligada a respetar los principios generales del Derecho comunitario durante el procedimiento administrativo (sentencias Musique Diffusion française y otros/Comisión, antes citada, apartado 8, y Shell/Comisión, antes citada, apartado 39).
- 392 No contraviene dichos principios el hecho de que las disposiciones del Derecho comunitario de la competencia no impongan a la Comisión la obligación de citar a los testigos de descargo cuyo testimonio se solicita. En efecto, procede observar que, aunque la Comisión puede tomar declaración a las personas físicas o jurídicas cuando lo estime oportuno, tampoco tiene derecho a citar a testigos de cargo sin haber obtenido su consentimiento.
- 393 Por todas estas razones, procede desestimar el argumento relativo a la omisión del examen de testigos.

## 7. Sobre la infracción de las disposiciones que regulan el mandato de los consejeros auditores

### Alegaciones de las partes

394 Las demandantes acusan a la Comisión de haber infringido la Decisión 94/810/CECA, CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 1994, relativa al mandato de los consejeros auditores en los procedimientos de competencia tramitados ante la Comisión (DO L 330, p. 67), ya que, en el procedimiento de que se trata, el consejero auditor elaboró su informe pese a no haber estado presente durante la mayor parte de la audiencia.

395 A este respecto, las demandantes alegan que el consejero auditor que había preparado y presidido la audiencia, el Sr. Gilchrist, se jubiló el 31 de diciembre de 1997. Ahora bien, el Sr. Daout, que pasó a ocupar el cargo de consejero auditor a partir del 1 de enero de 1998, estuvo presente en la audiencia de 24 de noviembre de 1997, pero no participó en la audiencia de 25 de noviembre de 1997. En consecuencia, el Sr. Daout sólo asistió a una parte de la audiencia de Isoplus Rosenheim y de Henss Berlin, que comenzó el 24 de noviembre de 1997 por la tarde y continuó el 25 de noviembre de 1997, y no participó en absoluto en la audiencia de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen, que se desarrolló el 25 de noviembre de 1997 exclusivamente. Posteriormente el proyecto de acta de la audiencia fue enviado a las partes mediante escrito del consejero auditor Sr. Daout de 3 de abril de 1988. Según las demandantes, tras la aprobación de dicha acta, el consejero auditor redactó su informe sobre el desarrollo de la audiencia, con arreglo al artículo 8 de la Decisión 94/810.

396 Las demandantes señalan que este modo de actuar supuso una violación de su derecho de defensa. Aunque el nuevo consejero auditor elaboró su informe, con arreglo al artículo 8 de la Decisión 94/810, tras la aprobación del acta, lo hizo sin haber estado presente durante la mayor parte de la audiencia y, más

concretamente, en la audiencia relativa a Isoplus Hohenberg y a Isoplus Sondershausen. En este último caso, el consejero auditor no pudo hacerse una idea personal del grupo Henss/Isoplus ni de todas las demandantes, ni pudo tampoco formular preguntas. A juicio de las demandantes, al no existir un informe objetivo del consejero auditor conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Decisión 94/810, el proceso de toma de decisiones de la Comisión que culminó en la Decisión impugnada no pudo apoyarse en una base objetiva.

397 En el caso de que el informe hubiera sido redactado por el consejero auditor jubilado, como afirma la Comisión, las demandantes alegan igualmente, con carácter subsidiario, la existencia de un vicio sustancial por infracción de los requisitos de forma establecidos en la Decisión 94/810 y en el Reglamento n° 99/63, dado que dicho informe fue redactado antes de que se aprobara el acta de la audiencia y sin que el consejero auditor tuviera conocimiento de las demás observaciones directas de Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen e Isoplus Rosenheim ni las examinara. En dicho supuesto, tampoco existió un informe completo y correcto, lo que impidió que el proceso de toma de decisiones fuera objetivo.

398 Según las demandantes, aunque no exista la obligación de transmitir a las empresas afectadas el informe del consejero auditor sobre la audiencia o sobre las diversas fases de un procedimiento tramitado con arreglo al Reglamento n° 17, para que puedan estudiarlo o formular observaciones, no por ello deja de tener el informe del consejero auditor independiente una importancia decisiva en los procedimientos relativos a las infracciones en materia de competencia, tal como lo ha admitido por lo demás la Comisión al reconocer que, aunque dicho informe no la vincula, tiene sin embargo el valor de un dictamen.

399 La demandada señala que fue el Sr. Gilchrist quien redactó el informe previsto en el artículo 8 de la Decisión 94/810. El hecho de que el consejero auditor no dispusiera en aquel momento del texto definitivo del acta de la audiencia carece de importancia, dado que dicha acta sirve para informar a las personas que no estuvieron presentes en la audiencia, es decir, a los miembros del comité consultivo y de la Comisión. Como la función del consejero auditor lo obliga a estar presente durante la totalidad de la audiencia, el acta no está destinada a

informarle. Según la Comisión, el informe del consejero auditor refleja el estado de las discusiones en el momento en que tiene lugar la audiencia. Alega finalmente que dicho informe no tiene para la Comisión otro valor que el de un dictamen no vinculante.

400 A este respecto, la Comisión subraya que normalmente la presentación de observaciones escritas sobre los cargos formulados precede a la audiencia, por lo que ésta constituye una fase avanzada de los debates. Como la audiencia finaliza al levantarse la sesión, el acta se limita a transcribir el contenido de la sesión. En su opinión, aunque a las partes se les ofrece la posibilidad de verificar la exactitud del acta, ello no constituye en absoluto una prolongación de la audiencia.

401 En cuanto al informe del consejero auditor, nada se opone a que la Comisión tenga en cuenta las observaciones posteriores a la audiencia. En efecto, alega la demandada, el artículo 8 de la Decisión 94/810 dispone expresamente que el consejero auditor puede sugerir que se obtenga información adicional si los datos aportados con posterioridad hacen necesaria una nueva audiencia. Ahora bien, no ha ocurrido así en el presente asunto.

402 Por su parte, el hecho de que el Sr. Daout se ausentara temporalmente de la audiencia no ha afectado en absoluto a la validez de la Decisión, a juicio de la Comisión, dado que dicha persona no ocupaba aún en aquel momento el cargo de consejero auditor.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

403 Procede señalar que el artículo 2, apartado 1, de la Decisión 94/810 encomienda al consejero auditor la misión de garantizar el correcto desarrollo de la audiencia y, de este modo, contribuir a su objetividad y a la de toda decisión adoptada

posteriormente al respecto. En este contexto, el consejero auditor procura que todos los elementos pertinentes, favorables o desfavorables para los interesados, se tomen debidamente en cuenta en la preparación de los proyectos de decisión de la Comisión en asuntos de competencia.

404 Según el artículo 8 de la Decisión 94/810, el consejero auditor debe informar al Director General de la Competencia sobre el desarrollo de la audiencia y sobre las conclusiones que haya extraído de ella y puede formular observaciones sobre el futuro desarrollo del procedimiento, que pueden referirse, entre otros aspectos, a la necesidad de facilitar información adicional, a la retirada de determinados cargos o a la formulación de otros nuevos.

405 Además, tanto el artículo 9, apartado 4, del Reglamento n° 99/63 como el artículo 7, apartado 4, de la Decisión 94/810 disponen que las declaraciones esenciales de cada persona oída han de ser consignadas en un acta a la que esa persona dará su conformidad tras haberla leído. Según la última disposición mencionada, incumbe al consejero auditor velar por que así se haga.

406 En el caso de autos, es patente que el informe previsto en el artículo 8 de la Decisión 94/810 fue redactado por el Sr. Gilchrist, que lo entregó a la Comisión el 26 de noviembre de 1997. Por consiguiente, las alegaciones de las demandantes deben interpretarse como una denuncia del hecho de que el consejero auditor redactara dicho informe antes de que se aprobara el acta de la audiencia y sin haber tenido conocimiento de las observaciones de las demandantes al respecto.

407 En primer lugar, es preciso señalar que ni el Reglamento n° 99/63 ni la Decisión 94/810 se oponen a que el consejero auditor presente el informe previsto en el artículo 8 de la Decisión 94/810 antes de que, como establecen el artículo 9, apartado 4, del Reglamento n° 99/63 y el artículo 7, apartado 4, de la Decisión 94/810, todas las personas oídas en la audiencia hayan aprobado el acta de la

audiencia. A este respecto procede recordar que el informe del consejero auditor constituye un documento puramente interno de la Comisión, que no tiene por objeto completar o corregir la argumentación de las empresas y que no presenta por tanto ningún aspecto decisivo que el juez comunitario esté obligado a tener en cuenta para ejercitar su control.

- 408 Seguidamente es necesario subrayar que el artículo 9, apartado 4, del Reglamento n° 99/63 pretende garantizar a las personas oídas la conformidad del acta con sus declaraciones esenciales (sentencia ICI/Comisión, antes citada, apartado 29, y sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, Bayer/Comisión, 51/69, Rec. p. 745, apartado 17). El acta se somete pues a la aprobación de las partes a fin de permitirles verificar lo declarado en la audiencia y no para que aporten nuevos datos que el consejero auditor debería tomar en consideración.
- 409 Pues bien, las demandantes no prueban que el carácter provisional del acta que el consejero auditor tenía en su poder al redactar su informe le impidiera informar al Director General de la Competencia en las condiciones necesarias para contribuir a la objetividad del procedimiento.
- 410 En efecto, de la jurisprudencia se deduce que el carácter provisional del acta de la audiencia presentada al comité consultivo y a la Comisión sólo puede constituir un vicio del procedimiento administrativo, capaz de acarrear la ilegalidad de la decisión que le pone fin, si el texto de que se trate estuviera redactado de manera tal que indujera a error a sus destinatarios sobre un punto esencial (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, Buchler/Comisión, 44/69, Rec. p. 733, apartado 17). En cualquier caso, habida cuenta de que la Comisión tuvo a su disposición, además del acta provisional, los comentarios y observaciones sobre dicha acta realizados por las empresas, se debe considerar que los miembros de la Comisión fueron informados de todos los datos pertinentes antes de adoptar la Decisión (véase la sentencia Petrofina/Comisión, antes citada, apartado 44). No cabe por tanto alegar que las diferentes instancias que participan en la elaboración de la Decisión final no fueron correctamente informadas de los argumentos formulados por las empresas, en respuesta a los cargos que les

comunicó la Comisión y a las pruebas presentadas por ésta en apoyo de dichos cargos (véase la sentencia Petrofina/Comisión, antes citada, apartado 53, y la sentencia de 10 de marzo de 1992, Hüls/Comisión, antes citada, apartado 86).

- 411 El Tribunal de Justicia ha declarado por otra parte que una irregularidad en la redacción del acta sólo podría influir en la legalidad de la Decisión en caso de reproducción inexacta de las declaraciones efectuadas en la audiencia (sentencias ICI/Comisión, antes citada, apartado 31, y Bayer/Comisión, antes citada, apartado 17). Ahora bien, en el caso de autos las demandantes no han indicado en qué aspectos dicha acta no reproducía de manera leal y exacta el contenido de las audiencias (véase la sentencia Petrofina/Comisión, antes citada, apartado 45). En cambio, no se discute que la versión definitiva del acta recoge las correcciones del proyecto de acta propuestas por las demandantes, en particular en lo que respecta a la presencia del Sr. Daout en la audiencia.
- 412 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes que, en el presente asunto, el hecho de que el consejero auditor redactara su informe antes de que se hubiera aprobado el acta de la audiencia no afectó a la regularidad de la Decisión que puso fin al procedimiento.
- 413 Procede por tanto desestimar el argumento relativo a la infracción de las disposiciones relativas al mandato de los consejeros auditores.
- 414 De ello se deduce que procede desestimar en su totalidad el motivo relativo a la violación del derecho de defensa.

415  
a  
496 [...] ]

D. *Sobre el cuarto motivo, relativo a la comisión de errores de Derecho y de apreciación al determinar el importe de la multa*

497

a

518

[...]

2. Sobre la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 en lo que respecta a la responsabilidad solidaria de las cinco demandantes

Alegaciones de las partes

519 Las demandantes sostienen que la Comisión actuó ilegalmente al declararlas responsables solidarias del pago de la multa. A este respecto recuerdan, en primer lugar, que si se estima que el grupo Henss/Isoplus no constituye un grupo, cuasigrupo o «grupo *de facto*», lo procedente es imponer una multa a cada demandante considerada individualmente. Las demandantes precisan que su situación no es comparable a la del asunto que dio lugar a la sentencia Metsä-Serla y otros/Comisión, antes citada, en la que se consideraba a las sociedades demandantes responsables del comportamiento contrario a la competencia de la asociación de empresas Finnboard, de modo que pudo imputarse a cada una de ellas una infracción deliberada del artículo 85 del Tratado.

520 Seguidamente, las demandantes alegan que del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 se deduce que, cuando son varias las empresas consideradas responsables, la condena al pago indivisible de la multa no debe superar un límite máximo, para cada una de las empresas corresponsables, equivalente al 10 % de su volumen de negocios en el último ejercicio social. En el caso de autos, las demandantes alegan que se les ha condenado a pagar solidariamente una suma que supera, para cada una de ellas, el límite del 10 % de su volumen de negocios. Por tanto, si una de ellas se declarara insolvente, ello significaría necesariamente



que las demás empresas deberían pagar una multa superior al 10 % de su volumen de negocios, lo que sería contrario al espíritu y a la letra del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. A este respecto, las demandantes subrayan que, en el asunto que dio lugar a la sentencia *Metsä-Serla y otros/Comisión*, el importe de la obligación solidaria fue determinado de manera individual, fijando un importe diferente para cada empresa, de modo que no se sobrepasó el límite máximo del importe de la multa para ninguna de ellas.

- 521 La demandada alega que ha resultado necesario tratar a las cuatro sociedades Henss e Isoplus como una única empresa a efectos del artículo 15 del Reglamento nº 17 dado que, mientras duró la infracción, participaron en ella bajo una dirección única, sin que sea posible distinguir el grado de participación de cada una. La Comisión alega, pues, haber actuado legítimamente al aplicar el límite máximo fijado en el artículo 15 del Reglamento nº 17 a los volúmenes de negocios acumulados de las tres sociedades de explotación que aún existían en el momento en que se adoptó la Decisión y al imponerles la multa con carácter solidario. En lo que respecta a HFB KG y a HFB GmbH, la Comisión considera que su responsabilidad se deriva de la de las sociedades de explotación, por lo que era lícito mencionarlas entre los deudores solidarios, como partes de la misma empresa.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 522 Procede señalar que las demandantes reprochan a la Comisión el que las haya declarado solidariamente responsables de la infracción cometida por el grupo Henss/Isoplus.
- 523 Como se ha declarado ya que, en todo caso, la Decisión incurrió en un error de Derecho al considerar solidariamente responsables del pago de la multa impuesta al grupo Henss/Isoplus a las sociedades HFB KG y HFB GmbH (véanse los apartados 101 a 108 *supra*), resulta innecesario examinar el presente motivo en la medida en que se refiere a estas dos sociedades.

- 524 En lo que respecta a Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, es preciso recordar que, como se ha confirmado en los apartados 54 a 68 *supra*, las actividades en el cartel de las sociedades Henss Berlin y Henss Rosenheim (que posteriormente se convirtieron en Isoplus Rosenheim) y de las sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen constituían el comportamiento de una sola entidad económica, sometida a un control único y que perseguía de manera duradera un fin económico común a sus diferentes componentes.
- 525 Habida cuenta de que Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen han de ser consideradas una sola unidad económica, en lo que respecta a sus actividades en el cartel, el comportamiento de que se les acusa puede imputárseles solidariamente (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo 1974, Istituto Chemioterapico y Commercial Solvents/Comisión, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223, apartado 41).
- 526 En el caso de autos, procede considerar justificada la responsabilidad solidaria de estas sociedades, especialmente si se tiene en cuenta que, al producirse la infracción, no existía ninguna persona jurídica al frente del conjunto de sociedades pertenecientes al grupo Henss/Isoplus a la que hubiera podido imputarse, como responsable de la acción del grupo, la responsabilidad de la infracción. A este respecto es preciso recordar que el Tribunal de Primera Instancia ha declarado que, en una situación en la que, debido a la composición familiar del grupo y a la dispersión de sus acciones, es imposible o excesivamente difícil identificar a la persona jurídica que está a la cabeza del grupo y a la que, como responsable de la coordinación de la acción de éste, hubiesen podido imputarse las infracciones cometidas por sus diversas sociedades integrantes, la Comisión puede considerar que las filiales son responsables solidarias de todas las actuaciones del grupo, con el fin de evitar que la separación formal entre estas sociedades, resultado de su personalidad jurídica distinta, pueda obstar a la constatación de la unidad de su comportamiento en el mercado a efectos de la aplicación de las normas sobre la competencia. Pues bien, resulta evidente que este análisis, aplicado a una situación en la que resultaba imposible o excesivamente difícil identificar a la persona jurídica a la que, por estar al frente de un grupo, hubiesen podido imputarse las infracciones cometidas por las diversas sociedades que lo componían, se aplica *a fortiori* a una situación en la que no existe tal persona jurídica.

527 Además, la jurisprudencia indica que el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 debe interpretarse en el sentido de que puede declararse a una empresa solidariamente responsable con otra empresa en relación con el pago de una multa impuesta a esta última, que ha cometido una infracción deliberadamente o por negligencia, a condición de que la Comisión demuestre, en el mismo acto, que dicha infracción podría haberse imputado asimismo a la empresa que debe responder solidariamente de la multa (sentencias Metsä-Serla y otros/Comisión, antes citada, apartados 42 a 45, y Finnboard/Comisión, antes citada, apartados 27, 28 y 34 a 38). En el asunto que dio lugar a las sentencias Metsä-Serla y otros/Comisión y Finnboard/Comisión, antes citadas, se trataba de una asociación de empresas, Finnboard, a la que se había impuesto una multa de la que eran solidariamente responsables las sociedades miembros de la asociación. A este respecto, el juez comunitario consideró que la Comisión había actuado legítimamente al estimar que existía una responsabilidad solidaria entre cada una de las demandantes y Finnboard, dado que los vínculos económicos y jurídicos entre las empresas en cuestión eran de tal naturaleza que Finnboard actuaba únicamente como organización auxiliar de cada una de ellas y estaba obligada a atenerse a las directrices impartidas por aquéllas, sin poder adoptar en el mercado una conducta independiente de cada empresa, de modo que Finnboard constituía en realidad una unidad económica con cada una de sus sociedades miembros (sentencia Metsä-Serla y otros/Comisión, antes citada, apartados 58 y 59). Pues bien, en el presente asunto, se plantea una situación en la que las sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen actuaban como órganos auxiliares del grupo *de facto* Henss/Isoplus y estaban obligadas a atenerse a las directrices impartidas por su dirección única, sin poder adoptar en el mercado una conducta independiente. Resulta obvio que, en tales circunstancias, cada una de estas sociedades puede ser considerada responsable solidaria de la infracción imputada al grupo Henss/Isoplus, que es la empresa personalmente autora de la infracción contemplada en el artículo 85 del Tratado.

528 En contra de lo que afirman las demandantes, en lo que respecta a la aplicación del límite máximo del 10 % del volumen de negocios previsto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, el hecho de que se considere a varias sociedades solidariamente responsables del pago de una multa no implica que, para cada una de las sociedades corresponsables, el importe de la multa deba limitarse a un 10 % del volumen de negocios obtenido por dicha sociedad en el último ejercicio. En efecto, el límite máximo del 10 % del volumen de negocios previsto en dicha disposición debe calcularse tomando como base el volumen de negocios acumulado de todas las sociedades que constituyen la entidad económica que actúa como «empresa» a efectos del artículo 85 del Tratado.

529 A este respecto, procede recordar la jurisprudencia relativa a las infracciones cometidas por las asociaciones de empresas, para quienes el límite máximo del 10 % del volumen de negocios previsto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 debe calcularse, en su caso, en relación con el volumen de negocios realizado por el conjunto de empresas miembros de las asociaciones de empresas, al menos cuando, en virtud de su normas internas, la asociación puede vincular a sus miembros (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 1994, CB y Europay/Comisión, asuntos acumulados T-39/92 y T-40/92, Rec. p. II-49, apartado 136, y de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, Rec. p. II-289, apartado 385). Según el Tribunal de Primera Instancia, tal interpretación se justifica por el hecho de que, al determinar el importe de las multas, resulta lícito tomar en consideración, entre otros factores, la influencia que la asociación de empresas haya podido ejercer en el mercado, que no depende de su propio «volumen de negocios», que no revela ni su dimensión ni su potencia económica, sino, en realidad, del volumen de negocios de sus miembros, que constituye una indicación de su dimensión y de su potencia económica (sentencias CB y Europay/Comisión, antes citada, apartado 137, y SPO y otros/Comisión, antes citada, apartado 385). Del mismo modo, en el caso de una «empresa» constituida por un grupo de sociedades que actúan como una sola entidad económica, únicamente el volumen de negocios acumulado de las sociedades que la componen puede constituir una indicación de la dimensión y de la potencia económica de dicha empresa.

530 Así, el Tribunal de Primera Instancia ha ratificado una Decisión de la Comisión en la que, por una infracción de la que había considerado solidariamente responsables a dos sociedades del mismo grupo, dicha Institución impuso una multa teniendo en cuenta precisamente el volumen de negocios acumulado de ambas.

531 A este respecto, carece de fundamento la petición de las demandantes de que se les aplique la solución adoptada en la sentencia Metsä-Serla y otros/Comisión, antes citada, en la que se consideró a cada demandante solidariamente responsable, hasta un determinado límite, de la multa impuesta a la asociación de empresas. En efecto, dicha solución se explica porque en aquel caso la asociación Finnboard formaba una entidad económica con cada una de las sociedades que la componían, considerada por separado. En el caso de autos, se trata en cambio de una sola entidad económica, a la que pertenecen las sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen.

- 532 Por estas razones, procede desestimar el argumento relativo a la responsabilidad solidaria de Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen.

### 3. Sobre la valoración errónea del volumen de negocios de las empresas afectadas

#### Alegaciones de las partes

- 533 Las demandantes alegan que, al adaptar el importe de la multa a fin de impedir que sobrepasara el límite máximo del 10 % del volumen de negocios previsto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17, la Comisión no podía partir de un volumen de negocios global del grupo Henss/Isoplus de 49.500.000 ecus en 1997. Según las demandantes, la cantidad máxima debe ser de 49.055.000 ecus, correspondiente al volumen de negocios global corregido, una vez eliminadas las ventas internas entre las sociedades Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen e Isoplus Rosenheim. De ello deducen que la Comisión únicamente podía imponer una multa de 4.905.000 ecus.
- 534 A este respecto, las demandantes precisan que optan por el tipo de conversión del ecu y del euro a partir del 1 de enero de 1999 que el Banco Central Europeo estableció con carácter definitivo en mayo de 1998.
- 535 Por otra parte, según las demandantes, la Comisión no puede motivar el importe de la multa de 4.950.000 ecus alegando que, al calcular el volumen de negocios global del grupo Henss/Isoplus, también había que tener en cuenta el importe de las ventas de tuberías de acero. En efecto, a su juicio, en el presente asunto, según lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17, el volumen de negocios correspondiente a un producto distinto destinado a un mercado diferente de aquel en que se produjo la infracción no puede influir en la determinación del volumen de negocios global del grupo Henss/Isoplus.

536 La demandada considera infundada la alegación de las demandantes de que la multa sobrepasa en 45.000 ecus el límite máximo admisible. Señala así, por una parte, que las demandantes no aplican el tipo de conversión apropiado, es decir, el tipo de conversión medio entre la moneda nacional y el ecu en el año de referencia (1997), y, por otra parte, que, en lo relativo a Isoplus Rosenheim, las demandantes habrían debido tener en cuenta no sólo el volumen de negocios correspondiente a las tuberías de plástico, sino también el volumen de negocios global contemplado en el artículo 15 del Reglamento nº 17, sin distinciones en función del tipo de productos.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

537 Procede recordar que, al reducir el importe de la multa impuesta al grupo Henss/ Isoplus para respetar el límite máximo establecido en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, la Comisión se basó en un volumen de negocios de aproximadamente 49.500.000 ecus.

538 La Comisión ha explicado en su escrito de contestación que obtuvo esta cifra basándose en la suma de los volúmenes de negocios de las sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen en 1997, tal como le habían sido comunicados por dichas sociedades en la fase administrativa del procedimiento, una vez deducidas sus ventas internas. En este mismo escrito, la Comisión ha indicado que para convertir en ecus dichas cifras, expresadas en monedas nacionales, aplicó el tipo de conversión medio entre la moneda nacional y el ecu en el año de referencia, 1997.

539 Procede hacer constar que el importe que la Decisión considera volumen de negocios global de estas tres sociedades corresponde en efecto al que se obtiene de las cifras comunicadas por las demandantes, con arreglo al método expuesto por la Comisión.

- 540 A este respecto, las demandantes no pueden reprochar a la Comisión que, en lo relativo a Isoplus Rosenheim, se basara en el volumen de negocios global de dicha empresa, sin limitarse a las ventas de tuberías preaisladas destinadas al mercado de la calefacción urbana.
- 541 En efecto, es jurisprudencia reiterada que el volumen de negocios contemplado en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 para fijar el límite superior de la multa que puede imponerse es el correspondiente al volumen de negocios global de la empresa, que es el único que da una indicación aproximada de la importancia y la influencia de dicha empresa en el mercado (sentencia *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, antes citada, apartado 119; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, *ICI/Comisión*, T-13/89, Rec. p. II-1021, apartado 376, y de 7 de julio de 1994, *Dunlop Slazenger/Comisión*, T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 160). Respetando el límite previsto en esta última disposición, la Comisión puede fijar la multa a partir del volumen de negocios que prefiera en términos de base geográfica y de productos afectados.
- 542 Seguidamente, en lo que respecta a la conversión en ecus de las cifras expresadas en monedas nacionales, procede observar que la Comisión actuó legítimamente al aplicar el tipo de conversión medio entre la moneda nacional y el ecu en el año de referencia, 1997.
- 543 Tal como ha declarado ya el Tribunal de Primera Instancia, al calcular el importe de la multa a partir del volumen de negocios de un año de referencia determinado, expresado en moneda nacional, la Comisión puede convertir en ecus dicho volumen de negocios basándose en el tipo de cambio medio de ese año de referencia y no en el tipo de cambio vigente en la fecha de la adopción de la Decisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, *Enso Española/Comisión*, T-348/94, Rec. p. II-1875, apartados 336 a 341).
- 544 Por estas razones, procede desestimar el argumento relativo a la valoración errónea del volumen de negocios.

#### 4. Sobre la violación del derecho de defensa en la apreciación de las circunstancias agravantes

##### Alegaciones de las partes

545 En lo relativo a las circunstancias agravantes expuestas en el considerando 179 de la Decisión, las demandantes alegan que la Comisión ha violado el derecho fundamental de defensa al imputar al grupo Henss/Isoplus «el intento sistemático de engañar a la Comisión con respecto a la auténtica relación existente entre las empresas del grupo», que constituía «una obstrucción deliberada de las investigaciones».

546 A este respecto, las demandantes alegan que, en un procedimiento que puede dar lugar a la imposición de multas y en el que se plantea la cuestión de la existencia de un grupo, de un cuasigrupo o de un grupo *de facto*, el derecho de defensa permite negar determinadas relaciones entre personas físicas o jurídicas desde el punto de vista del Derecho de sociedades y adoptar la decisión de no revelar determinadas relaciones fiduciarias. En efecto, la esencia misma de la relación fiduciaria consiste en revelar la identidad del comitente únicamente a determinadas autoridades, como las autoridades fiscales y el banco central, pero no a terceros en un litigio o a otras autoridades y tribunales, ya que, en la mayoría de los casos, la razón por la que se crea la relación fiduciaria es precisamente el deseo de mantener el secreto frente a terceros. Por lo tanto, las demandantes se vieron obligadas a exigir a sus abogados que respetaran el secreto profesional que les imponen las reglas que rigen la profesión de abogado. A su juicio, pues, considerar tal actitud como una circunstancia agravante a la hora de calcular el importe de la multa supone una violación del derecho fundamental de defensa.

547 En contra de la opinión expresada por la Comisión, las demandantes sostienen que sí existe un interés legítimo en mantener en secreto las relaciones fiduciarias y, en consecuencia, la identidad del socio mayoritario, principalmente en lo



relativo a Isoplus Hohenberg, pero también, en parte, en lo que respecta a Isoplus Sondershausen. En su opinión, por las razones expuestas por el Sr. Henss a la Comisión en una entrevista confidencial celebrada el 3 de marzo de 1998 y reiteradas posteriormente en un escrito de 4 de marzo de 1998, el comportamiento de las demandantes no sobrepasó los límites del ejercicio del derecho de defensa.

548 Por lo que respecta a la afirmación de la Comisión de que, si la obstrucción deliberada hubiera tenido éxito, «hubiese permitido a la empresa eludir la imposición de una multa o dificultar su recuperación», las demandantes precisan, en primer lugar, que, aunque se hubieran revelado las relaciones fiduciarias, habría sido necesario resolver igualmente diversas cuestiones jurídicas en un procedimiento administrativo relativo a la naturaleza del grupo Henss/Isoplus como grupo, cuasigrupo o grupo *de facto* y, por tanto, como empresa a efectos del artículo 85 del Tratado. A este respecto, consideran indiscutible que la adopción de una postura jurídica diferente de la de la Comisión forma parte del derecho de defensa.

549 Las demandantes prosiguen señalando que la Comisión yerra al afirmar que, si se hubiera aceptado la tesis que defendían, habrían podido conseguir una reducción importante de la multa. En efecto, en el supuesto del que parte la Comisión, en el que el grupo Henss/Isoplus constituye un grupo o un grupo *de facto*, al calcular el volumen de negocios que sirve de base para determinar el importe de la multa deben eliminarse las ventas internas entre miembros del grupo. A este respecto, las demandantes recuerdan que el volumen de negocios consolidado de Henss/Isoplus en el año de referencia, 1997, debe ser de 49.055.000 ecus. En cambio, si se reconoce que nunca existió un grupo Henss/Isoplus como tal, hay que tener en cuenta el volumen de negocios de cada una de las empresas de que se trata tomando en consideración las ventas entre las demandantes y, en particular, las ventas efectuadas por Isoplus Rosenheim como empresa de distribución o agente comercial. En este último supuesto, la base para el cálculo del importe de las multas no habría sido en definitiva muy distinta. En efecto, en este último caso, habría sido preciso añadir a los volúmenes de negocios de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen las provisiones y las garantías percibidas por Isoplus Rosenheim, en su condición de agente comercial, lo que habría supuesto un volumen de negocios global de un importe aproximado de 46.000.000 de ecus.

- 550 Finalmente, según las demandantes, si no se reconoce la existencia de un grupo, pero se estima, en contra de su opinión, que las relaciones jurídicas entre Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, por una parte, e Isoplus Rosenheim, por otra, no eran meras relaciones de agencia comercial, hay que añadir el volumen de negocios de Isoplus Rosenheim al volumen de negocios global que sirve de base para el cálculo de la multa. En tal caso, la suma de los volúmenes de negocios de Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, no consolidados y una vez eliminadas las ventas internas, habría ascendido a 68.000.000 de ecus.
- 551 Estas consideraciones demuestran, a juicio de las demandantes, que sus decisiones de mantener en secreto las relaciones fiduciarias y de impugnar la calificación de grupo, cuasigrupo o grupo *de facto* de las sociedades Henss e Isoplus no constituyen en absoluto maniobras dolosas destinadas a obtener una reducción de la multa.
- 552 La demandada afirma en primer lugar que tanto el abogado de las sociedades Henss como el de las sociedades Isoplus la engañaron deliberadamente sobre la importante cuestión de si el Sr. Henss controlaba también las sociedades Isoplus. Según la Comisión, las maniobras dolosas de las demandantes no tienen relación alguna con el ejercicio del derecho de defensa. Por otra parte, la obligación de responder a una solicitud de información, impuesta por el Reglamento nº 17, no vulnera el derecho de defensa. A su juicio, esto resulta especialmente cierto si se tiene en cuenta que el objetivo al que apuntaban las maniobras dolosas no era tanto la existencia de la infracción como la base de cálculo del importe de la multa.
- 553 En cuanto a la confidencialidad de las relaciones fiduciarias, la Comisión considera que de las circunstancias invocadas por las demandantes no se deduce que existiera un interés legítimo en no revelar la información que ella había solicitado. En cualquier caso, el artículo 20 del Reglamento nº 17 obliga a la Comisión a respetar los intereses legítimos en la preservación de secretos, en particular del secreto comercial.

- 554 En lo relativo a la cuestión de si el hecho de engañar a la Comisión iba a permitir obtener una reducción importante de la multa, la Comisión sostiene que, incluso tomando en consideración determinadas ventas entre las demandantes, la multa habría sido inferior a la que realmente se impuso.

### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 555 Procede observar que la Comisión ha imputado al grupo Henss/Isoplus un «intento sistemático de engañar a la Comisión con respecto a la auténtica relación existente entre las empresas del grupo», circunstancia agravante que, unida a la prolongación deliberada del cartel tras las investigaciones y a su papel preponderante en la ejecución de la concertación, ha supuesto un incremento del 30 % en la multa impuesta a las sociedades que componen dicho grupo (considerando 179 de la Decisión, párrafo tercero).
- 556 A este respecto, resulta obligado hacer constar que varias de las informaciones comunicadas por las demandantes sobre la situación de los accionistas de la sociedades englobadas por la Comisión en el grupo Henss/Isoplus y sobre las relaciones de propiedad entre dichas sociedades se han revelado inexactas.
- 557 En primer lugar, procede observar que, a raíz de la solicitud de información de 13 de marzo de 1996, en la que la Comisión pidió a la sociedad Isoplus Hohenberg que precisara todos los datos referentes a las reuniones mantenidas con las sociedades competidoras, especialmente en lo relativo a los participantes en dichas reuniones y a su nombre, empresa y función, dicha sociedad indicó, en lo relativo a la presencia en las reuniones de Sr. Henss, que este último

representaba en ellas a las sociedades Isoplus únicamente en virtud del mandato que éstas le habían confiado (respuesta complementaria de Isoplus Hohenberg de 10 de octubre de 1996; en lo sucesivo, «respuesta complementaria de Isoplus Hohenberg»). Seguidamente, en sus observaciones sobre el pliego de cargos de 30 de junio de 1997, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen negaron explícitamente que las sociedades Henss e Isoplus constituyeran un único grupo o fueran sociedades vinculadas bajo la dirección o el control del Sr. Henss y afirmaron que no existía en el expediente prueba alguna que demostrara que el Sr. Henss controlaba, ni siquiera a través de un mandatario, Isoplus Hohenberg o las sociedades vinculadas a esta última. Ahora bien, como las demandantes han reconocido ante el Tribunal de Primera Instancia, es patente que el Sr. Henss era el propietario de la mayoría de las participaciones sociales de Isoplus Hohenberg, al menos desde octubre de 1991 y hasta la transmisión a HFB KG de sus participaciones, documentada en la escritura de aportación de capital de 15 de enero de 1997. De ello se deduce que, en dicho período, el Sr. Henss poseía una participación indirecta en Isoplus Sondershausen y, por tanto, participaba en las reuniones del cartel igualmente en su condición de propietario de Isoplus Hohenberg e, indirectamente, de Isoplus Sondershausen.

558 En segundo lugar, Isoplus Hohenberg sostuvo en su respuesta complementaria que poseía un 100 % del capital de Isoplus Sondershausen y así lo confirmaron las observaciones de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen sobre el pliego de cargos. Ahora bien, esta información se ha revelado incorrecta, dado que, por una parte, la Comisión ha sabido gracias a la escritura de aportación de capital que Isoplus Hohenberg poseía un tercio del capital social de Isoplus Sondershausen como mandatario del Sr. y la Sra. Papsdorf, participación que éstos transmitieron a HFB KG mediante la escritura de aportación de capital, y, por otra parte, las demandantes afirman en los escritos procesales presentados ante el Tribunal de Primera Instancia que Isoplus Hohenberg poseía, también como mandatario, otra tercera parte del capital social de aquella empresa.

559 En contra de lo que alegan las demandantes, su comportamiento a lo largo del procedimiento administrativo no puede considerarse un mero ejercicio del derecho a impugnar la calificación de «grupo» atribuida por la Comisión a las sociedades Henss e Isoplus.

560 En primer lugar, procede observar que, en el procedimiento administrativo, las demandantes no se limitaron a impugnar la apreciación de los hechos y la postura jurídica defendida por la Comisión, sino que suministraron a ésta, en sus respuestas a las solicitudes de información y en sus observaciones sobre el pliego de cargos, una información incompleta y en parte inexacta.

561 Es preciso indicar que el Reglamento n° 17 impone a la empresa objeto de una medida de investigación una obligación de colaboración activa, que implica que la empresa ponga a disposición de la Comisión todos los elementos de información relativos al objeto de la investigación (sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283, apartado 27; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 1995, Société Générale/Comisión, T-34/93, Rec. p. II-545, apartado 72). Aunque las empresas son libres de responder o no a preguntas que se les formulen con arreglo al artículo 11, apartado 1, del Reglamento n° 17 de la sanción prevista en el artículo 15, apartado 1, letra b), primera parte de la frase, del Reglamento n° 17 se deduce que las empresas que han aceptado responder están obligadas a proporcionar una información exacta.

562 Además, las demandantes no pueden invocar el carácter confidencial de las relaciones fiduciarias de los accionistas de las sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen, dado que, con arreglo al artículo 20, apartado 2, del Reglamento n° 17, la Comisión está obligada a no divulgar las informaciones que haya recogido en aplicación de dicho Reglamento, las cuales, por su propia naturaleza, se hallan amparadas por el secreto profesional. El artículo 20, apartado 1, del Reglamento n° 17 indica igualmente que las informaciones recogidas de conformidad con los artículos 11, 12, 13 y 14 no pueden ser utilizadas más que para el fin para el que hayan sido pedidas. Dado que la Comisión tiene la obligación de proteger la confidencialidad de las informaciones amparadas por el secreto profesional, el carácter confidencial de la identidad de los comitentes en las relaciones fiduciarias no podía justificar el comportamiento de las demandantes. Por otra parte, nada indica que fuera imposible informar a la Comisión de que el Sr. Henss controlaba realmente las sociedades Isoplus y de los

vínculos entre estas últimas sin revelar la identidad de los terceros que actuaban como comitentes en las relaciones fiduciarias.

563 Habida cuenta de que las sociedades Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen debieron necesariamente saber que la información ocultada a la Comisión era indispensable para apreciar las relaciones realmente existentes entre la sociedades englobadas por la Comisión, desde su solicitud de información de 13 de marzo de 1996, en un único grupo («el grupo Henss»), dicha Institución actuó legítimamente al calificar el comportamiento de las demandantes de «intento sistemático de engañar a la Comisión con respecto a la auténtica relación existente entre las empresas del grupo» y afirmar que constituía «una obstrucción deliberada de las investigaciones». El hecho de que el abogado a quien se había encomendado la defensa de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen fuera consciente de la inexactitud de la información suministrada en el procedimiento administrativo, dado el papel de mandatario que él mismo había desempeñado en las relaciones fiduciarias, como reconocen las demandantes, confirma que dicho comportamiento era deliberado.

564 En cuanto a la afirmación de que dicha obstrucción deliberada, «de haber tenido éxito, hubiese permitido a la empresa eludir la imposición de una multa o dificultar su recuperación», basta con señalar que el control que el Sr. Henss ejercía sobre la sociedades Henss e Isoplus constituye un factor que, en las circunstancias del presente asunto, justifica la conclusión de que las actividades de dichas sociedades debían considerarse obra de un grupo *de facto*, «Henss/ Isoplus», del que la sociedades Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg e Isoplus Sondershausen pueden considerarse solidariamente responsables. Por consiguiente, sin necesidad de verificar si en uno u otro supuesto la multa habría sido más elevada, no cabe excluir que la Comisión no hubiera podido llegar al importe de la multa que efectivamente impuso si no se hubiese demostrado que el Sr. Henss controlaba Isoplus Hohenberg y, por consiguiente, en parte, Isoplus Sondershausen, hecho que precisamente las demandantes habían negado en el procedimiento administrativo.

565 De ello se deduce que procede desestimar el argumento relativo a una violación del derecho de defensa en la apreciación de las circunstancias agravantes.

## 5. Sobre el papel de las demandantes en el cartel como circunstancia agravante

### Alegaciones de las partes

<sup>566</sup> Las demandantes critican el que la Comisión considere circunstancia agravante en contra de Henss/Isoplus «el papel preponderante de la empresa» en la aplicación de lo acordado por el cartel. En este contexto, rechazan las afirmaciones efectuadas por la Comisión en los considerandos 75, 121 y 144 de la Decisión.

<sup>567</sup> A este respecto, las demandantes recuerdan que, sobre todo en lo relativo al período comprendido entre octubre de 1991 y octubre de 1994, las actividades de Henss Rosenheim o del Sr. Henss en relación con ABB deben analizarse desde el punto de vista de la condición de representantes comerciales de ABB Isolrohr de aquéllas, con las obligaciones contractuales que esto supone.

<sup>568</sup> En lo relativo a la imputación de que Henss fue «uno de los productores que aplicó con mayor celo los acuerdos de distribución de mercados y de falseamiento de las licitaciones», las demandantes explican que a veces, en algunos proyectos, consiguieron que se les adjudicara el contrato a ellas y no a la empresa favorita. Cuando se dio esta situación, por ejemplo, frente a Tarco, esta última formuló vivos reproches contra las demandantes y principalmente contra el Sr. Henss. Por tanto, era normal que, en contrapartida, cuando Tarco obtenía contratos para los que las favoritas eran las demandantes, estas últimas formularan a su vez reproches contra aquélla. En este contexto, la Comisión ha reconocido que los cuadros comparativos de diciembre de 1995 que recogían las cuotas de mercado de los miembros del cartel muestran que Tarco y Løgstør habían obtenido una cuota de mercado netamente superior a la que había decidido el cartel, en detrimento de ABB, del grupo Henss/Isoplus y de KWH. Esto demuestra, a juicio de las demandantes, que ciertamente ni el grupo Henss/Isoplus ni ellas desempeñaron un papel preponderante.

- 569 En lo relativo a las medidas adoptadas en contra de Powerpipe, las demandantes afirman no haber desempeñado tampoco un papel preponderante en la aplicación de lo acordado por el cartel. No participaron en la estrategia a largo plazo elaborada por ABB desde 1992 para controlar el mercado y eliminar a Powerpipe, estrategia en la que Løgstør participó colaborando en la política de robar personal a esta última sociedad. Tampoco estuvieron presentes en ningún momento en el mercado sueco y entraron en el mercado danés por primera vez a principios de 1993, mientras que Powerpipe no extendió sus actividades a Alemania hasta 1994. En cuanto al proyecto de Leipzig-Lippendorf, sostienen que ni Isoplus Rosenheim ni el Sr. Henss exigieron en ningún momento un boicot contra Powerpipe.
- 570 Además, las demandantes señalan que nunca participaron en las sanciones en caso de incumplimiento de los acuerdos adoptados por el cartel europeo. En efecto, según ellas, del anexo 7 a las observaciones de Løgstør sobre el pliego de cargos y del plan al respecto presentado por ABB se deduce que la idea de las sanciones en el seno del cartel europeo no procedía de las demandantes ni del Sr. Henss.
- 571 Por lo que respecta a los baremos de precios comunes denominados «EU List», «Euro Price List» o también «Europa-Preisliste», aunque las demandantes hayan utilizado también dichos baremos después de que finalizara el cartel europeo, afirman que no fueron concebidos por ellas ni por el Sr. Henss. En su opinión, las declaraciones de Løgstør a este respecto no son dignas de confianza.
- 572 Las demandantes alegan, por otra parte, que la Comisión ha subrayado en su Decisión que ABB fue la cabecilla y principal instigadora del cartel y que Løgstør desempeñó un papel muy activo en la planificación y ejecución de la estrategia del cartel, pues esta última y ABB participaron activamente en el boicot contra Powerpipe, presionando a sus proveedores para que no entregaran suministros a esta última.



573 Según las demandantes, la importancia a nivel europeo del grupo Henss/Isoplus, medida por su cuota de mercado, y el hecho de que el grupo no fuera admitido en la EuHP hasta agosto de 1995 son también argumentos en contra de la tesis de que dicho grupo desempeñó un papel preponderante. En cuanto a la posición que Henss/Isoplus ocupaba en el mercado, las cifras recogidas en los considerandos 10 a 15 de Decisión revelan que, durante el período de referencia, el grupo Henss/Isoplus era, como máximo, el quinto grupo en términos de cuotas de mercado, detrás de ABB, Løgstør, Tarco y Pan-Isovit, siempre que se considere que las demandantes constituyen una unidad económica.

574 La demandada indica que el papel de dirigente del grupo Henss/Isoplus se deduce en particular de sus actividades orientadas a aplicar el reparto de proyectos acordado, pero también de las destinadas a establecer los baremos de precios colusorios y el sistema de sanciones y a organizar acciones en contra de Powerpipe. Según la Comisión, los argumentos invocados a este respecto por las demandantes repiten en definitiva motivos ya expuestos.

575 La Comisión rechaza la idea de que un agente comercial no puede desempeñar un papel de dirigente en un cartel de fabricantes. El papel de dirigente lo desempeñó el grupo Henss/Isoplus en su conjunto, que en cualquier caso obtuvo un 10 % del mercado europeo en el marco de los acuerdos internos de reparto de mercados del cartel europeo, es decir, la cuota más elevada después de las de ABB y Løgstør. A este respecto también deben tenerse en cuenta los acuerdos sobre cuotas en el mercado alemán. En todo caso, la demandada afirma que no dedujo el papel de dirigente del grupo Henss/Isoplus de la posición que éste ocupaba en el mercado, sino de su comportamiento en el interior del cartel. Por último, la Comisión afirma que no fue lo ocurrido en el boicot relacionado con el proyecto de Leipzig-Lippendorf lo que la llevó a concluir que el grupo Henss/Isoplus había desempeñado un papel preponderante, pues dicho papel ya había quedado de manifiesto en otras de las medidas adoptadas en contra de Powerpipe, descritas en los considerandos 94 a 97 y 106 de la Decisión. Según la demandada, los considerandos 121 y 179 la Decisión hacen referencia a la aplicación de lo acordado por el cartel, en particular a las medidas adoptadas en contra de Powerpipe.

## Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 576 Procede recordar que, según el considerando 179 de la Decisión, el papel preponderante del grupo Henss/Isoplus en la aplicación de lo acordado por el cartel es una de las circunstancias agravantes que llevaron a incrementar en un 30 % el importe de la multa impuesta al grupo Henss/Isoplus.
- 577 A este respecto, se deduce de los autos que, con independencia de cuál fuera la cuota de mercado del grupo Henss/Isoplus, este último veló activamente por el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el seno del cartel: así lo demuestran los anexos 86, 87, 88, 89, 92 y 93 del pliego de cargos, descritos en el considerando 75 de la Decisión, y lo confirman las declaraciones de Tarco (respuestas de 26 de abril de 1996 y de 31 de mayo de 1996 a la solicitud de información de 13 de marzo de 1996) y de Løgstør (observaciones sobre el pliego de cargos). En cuanto a la alegación de que, en aquel período, Tarco actuó del mismo modo que el grupo Henss/Isoplus cuando a éste se le adjudicó un proyecto destinado a Tarco, basta con indicar que las demandantes no aportan ninguna prueba concreta al respecto.
- 578 Además, aunque no fuera el grupo Henss/Isoplus quien concibió los baremos de precios, no sólo Løgstør, en sus observaciones sobre el pliego de cargos, sino también Tarco (respuesta de 26 de abril de 1996), confirman el papel de iniciador de aquél, junto con ABB, en lo relativo a la celebración de acuerdos sobre los precios para el mercado alemán, y así lo corrobora el fax del vicepresidente ejecutivo de ABB de 28 de junio de 1994 (anexo X 8 del pliego de cargos), donde se mencionan las gestiones de este último ante el coordinador del cartel y el Sr. Henss para que éstos siguieran las instrucciones del director de ABB IC Møller. Además, según Brugg, fue el Sr. Henss quien la instó a participar en el cartel (respuesta de Brugg). En cuanto a las medidas adoptadas en contra de Powerpipe, ya se ha hecho constar, en los apartados 261 a 286 *supra*, que la Comisión ha acreditado correctamente el activo papel desempeñado por el grupo Henss/Isoplus, a partir del momento en que Powerpipe comenzó sus actividades en el mercado alemán, en particular con ocasión de la presentación de ofertas para los proyectos de Neubrandenburg y de Leipzig-Lippendorf.

- 579 Tal como se ha indicado en los apartados 168 a 172 y 179 *supra*, ni la función de representante comercial desempeñada por Henss Rosenheim ni el hecho de que ninguna de las sociedades del grupo Henss/Isoplus fuera miembro de EuHP antes del verano de 1995 tienen entidad suficiente para permitir una interpretación del papel en el cartel del grupo Henss/Isoplus diferente de la que se deduce del conjunto de constataciones efectuadas por la Comisión.
- 580 Finalmente, el hecho de que los instigadores del cartel fueran ABB y Løgstør no tiene entidad suficiente para invalidar las conclusiones de la Comisión, dado que, en todo caso, la multa impuesta a ABB fue incrementada en un 50 % a causa del papel que ésta había desempeñado en el cartel y la multa de Løgstør fue incrementada igualmente en un 30 %, pese a que a esta última empresa no se le imputaba una tentativa de obstruir las investigaciones de la Comisión.
- 581 El Tribunal de Primera Instancia considera que, dadas estas circunstancias, la Comisión actuó legítimamente al estimar que el papel preponderante desempeñado por el grupo Henss/Isoplus en la aplicación de lo acordado por el cartel constituía una circunstancia agravante.
- 582 Procede desestimar por tanto esta parte del cuarto motivo.

6. Sobre el hecho de no tomar en consideración las circunstancias atenuantes

#### Alegaciones de las partes

- 583 Las demandantes invocan varias circunstancias que, a su juicio, la Comisión habría debido tener en cuenta o que, en todo caso, el Tribunal de Primera

Instancia debe tomar en consideración a fin de reducir la multa, aunque los motivos que se refieren igualmente a dichas circunstancias en otros puntos de la demanda sean desestimados.

584 En primer lugar, en su opinión, al valorar los efectos del cartel es preciso tener en cuenta que, entre 1990 y 1994, los precios de los tubos preaislados no dejaron de bajar en todos los mercados europeos, excepto en el mercado danés. Este bajo nivel de precios provocó pérdidas importantes a varias empresas. El aumento de precios producido tras la creación del cartel europeo no fue excesivo, de modo que el cartel no causó un perjuicio real a los clientes que utilizaban dichos productos. Además, las demandantes desarrollaban sus actividades en mercados en los que no se había producido ningún aumento de precios antes de 1994. A su juicio, incluso en 1995 y a principios de 1996 los clientes de los fabricantes y distribuidores de tubos preaislados obtuvieron en todo momento precios serios, equitativos y en absoluto exagerados.

585 En segundo lugar, las demandantes alegan que es preciso tomar en consideración el hecho de que su entrada en el mercado danés, a principios de 1993, provocó, junto con otros factores, la disolución del cartel danés y una suspensión parcial de los acuerdos contrarios a la competencia desde 1993 hasta principios de 1994.

586 En tercer lugar, las demandantes recuerdan que, en aquel período, Henss Rosenheim (actualmente Isoplus Rosenheim) desarrollaba sus actividades como representante comercial de ABB Isolrohr. En el período comprendido entre octubre de 1991 y octubre de 1994, el comportamiento de Henss Rosenheim debe por tanto imputarse, al menos en parte, al grupo ABB. Las demandantes precisan

a este respecto que al grupo ABB se le ha impuesto igualmente una multa y que, para respetar el principio *non bis in idem*, este hecho debe tenerse en cuenta a fin de reducir la multa de Isoplus Rosenheim y, por tanto, del grupo Henss/Isoplus. En efecto, algunas de las ventas de Henss Rosenheim se han tomado en consideración tanto al calcular el volumen de negocios del grupo Henss/Isoplus como al calcular el de ABB. En cualquier caso, al determinar el importe de la multa, es el comitente quien debe ser sancionado, no su representante comercial. En cuanto al período posterior a octubre de 1994, las demandantes subrayan que lo que explica su participación en el cartel europeo fue la caída masiva de precios que se produjo entonces, causada sobre todo por ABB IC Møller y por la presión que ejercían ABB y Løgstør.

587 En cuarto lugar, en la medida en que llegase a considerarse a las demandantes responsables de las medidas adoptadas en contra de Powerpipe, éstas afirman que el papel que desempeñaron fue totalmente secundario. Las demandantes recuerdan que, en lo relativo al proyecto de Neubrandenburg, el comportamiento del Sr. Henss o el de Henss Rosenheim no fue más allá de una tentativa, dado que las medidas en cuestión fracasaron y Powerpipe logró que se le adjudicara el proyecto.

588 En quinto lugar, las demandantes alegan que el importe de la multa que se les ha impuesto puede obligarlas a declararse insolventes. Ahora bien, es preciso comenzar por plantearse si el importe de una multa puede fijarse a un nivel tal que provoque la insolvencia de la empresa afectada. Si no, la imposición de la multa podría suponer la eliminación de la empresa en cuestión del mercado de referencia y provocar así una situación de oligopolio o de posición dominante en dicho mercado. En efecto, a su juicio, habida cuenta de que Løgstør ha comprado las empresas Pan-Isovit y Tarco y de que KWH ha tomado igualmente la decisión de abandonar el mercado de los tubos preaislados en un plazo más o menos corto, la eliminación de las demandantes crearía una situación de oligopolio en dicho mercado, que quedaría en manos de los dos «líderes» del cartel, a saber, ABB y Løgstør.

589 A este respecto, las demandantes indican además que, en sus escritos a la Comisión de 27 y 30 de marzo de 1998 y en la audiencia ante esta última, ya pusieron de relieve que si el importe de la multa se fijaba a un nivel elevado existía el riesgo de provocar la insolvencia de Isoplus Rosenheim, de Isoplus Hohenberg y de Isoplus Sondershausen, lo que a su vez tendría por consecuencia una pérdida de puestos de trabajo y la eliminación del mercado de dos empresas de fabricación y de una importante empresa de distribución. La insolvencia de dichas demandantes produciría las mismas consecuencias en HFB GmbH y en HFB KG. El 10 de febrero de 1999, los problemas de liquidez que estaban sufriendo llevaron a las demandantes a presentar una demanda de medidas provisionales ante el Tribunal de Primera Instancia, en la que expusieron el riesgo de insolvencia en que se encontraban. Las demandantes se basan a este respecto en el dictamen de 4 de febrero de 1999 de una empresa de auditoría (en lo sucesivo, «dictamen»), presentado ante el Tribunal de Primera Instancia en el procedimiento de medidas provisionales. Invocando el artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, las demandantes solicitan la admisión como pruebas adicionales de dicho dictamen y de sus anexos, que acompañan a su escrito de réplica, alegando que se trata de pruebas que no existían aún el 18 de enero de 1999, fecha de interposición del presente recurso.

590 Las demandantes añaden a todas estas consideraciones que la Comisión no puede pretender haber tenido en cuenta como circunstancia atenuante a efectos de determinar la cuantía de la multa esta o aquella circunstancia. En efecto, a su juicio, la aplicación ilegal de las Directrices ha hecho imposible en cualquier caso tomar en consideración las circunstancias atenuantes, dado que el importe de la multa impuesta a las demandantes es el máximo previsto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17.

591 La demandada alega, en primer lugar, que tuvo debidamente en cuenta la evolución de los precios en el mercado de referencia entre 1990 y 1996. En segundo lugar, con respecto a la alegación de que el grupo Henss/Isoplus provocó la disolución del cartel danés o de que se unió al cartel debido a las presiones ejercidas por ABB y Løgstør, la Comisión se remite a las consideraciones que ha expuesto en otro contexto. En tercer lugar, la Comisión considera que las relaciones comerciales entre ABB Isolrohr y Henss Rosenheim no significan que

ABB Isolrohr y Henss/Isoplus constituyeran una unidad económica. En cuarto lugar, la Comisión repite que las medidas adoptadas en contra de Powerpipe no pueden analizarse por separado, como si no tuvieran relación con el cartel. En quinto lugar, la Comisión sostiene que el hecho de que una empresa atraviese dificultades financieras no puede considerarse una circunstancia atenuante a efectos de calcular el importe de la multa. Además, el auto HFB y otros/ Comisión, antes citado, prueba que los documentos presentados en aquel momento, incluido el dictamen, no bastan para acreditar que la situación financiera de las demandantes fuera difícil. Según la Comisión, las pruebas que supuestamente describen esta situación en el momento en que se adoptó la Decisión carecen de pertinencia y han sido presentadas fuera del plazo. En sexto lugar, las Directrices no permiten calcular el importe exacto de una multa y, en todo caso, el límite del 10 % del volumen de negocios se refiere al resultado final del cálculo del importe de la multa.

#### Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

<sup>592</sup> Procede observar que, al determinar el importe de la multa que procedía imponer al grupo Henss/Isoplus, tras valorar la gravedad y la duración de la infracción y la existencia de circunstancias agravantes, la Comisión estimó que no existía ninguna circunstancia atenuante en su favor.

<sup>593</sup> En lo que respecta a la evolución de los precios en el mercado de referencia durante el período de que se trata, procede observar que la Comisión no estaba obligada a considerarla circunstancia atenuante a efectos de reducir el importe de la multa. Por una parte, del considerando 166, párrafo séptimo, de la Decisión se deduce que, en el presente asunto, el importe de las multas se determinó teniendo presente que los acuerdos relativos al mercado alemán entre finales de 1991 y 1993 tuvieron escasos resultados prácticos. Por otra parte, en lo que respecta al

período comprendido entre finales de 1991 y 1993, el hecho de que los precios bajaran fuera de Dinamarca y el de que el nivel de precios en el mercado alemán fuera inferior al del mercado danés no pueden llevar a reducir el importe de la multa impuesta a las demandantes, ya que el alto nivel de los precios en el mercado danés se debió a una colusión entre los fabricantes daneses de la que las demandantes estaban perfectamente informadas. Además, el hecho de que la Comisión constatará considerables aumentos de precios en el mercado alemán a partir de finales de 1994 refuerza la convicción de que el nivel de precios no puede constituir una circunstancia atenuante.

594 Seguidamente procede observar que, como ya se indicó en los apartados 176 y 177 *supra*, las demandantes no pueden invocar en su favor el papel desempeñado por ellas en la descomposición del cartel danés en 1993, ya que esto no se debió únicamente a la entrada en dicho mercado del grupo Henss/Isoplus. Lo mismo puede decirse de la representación comercial de ABB IC Møller, dado que la participación en el cartel del grupo Henss/Isoplus iba mucho más allá de sus actividades como distribuidor de ABB. En cualquier caso, una empresa que participa con otras en actividades contrarias a la competencia no puede alegar haber participado en ellas coaccionada por los demás participantes, dado que habría podido denunciar las presiones que sufría (véase el apartado 178 *supra*).

595 Del mismo modo, la alegación de las demandantes de que su contribución a las medidas adoptadas en contra de Powerpipe no fue más que una mera tentativa de colusión ha sido refutada ya (véanse los apartados 283 a 285 *supra*).

596 Por último, sin necesidad de examinar la alegación de que el importe de la multa impuesta a las demandantes puede provocar su insolvencia o la cuestión de si las pruebas al respecto se presentaron fuera de plazo, procede observar que, según reiterada jurisprudencia, la Comisión no está obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa infractora al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a



las condiciones del mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión, asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartados 54 y 55; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Fiskeby Board/Comisión, T-319/94, Rec. p. II-1331, apartados 75 y 76; sentencia Enso Española/Comisión, antes citada, apartado 316).

597 Dado que no existen circunstancias que hubieran debido tenerse en cuenta como circunstancias atenuantes, las demandantes no pueden sostener que, en el presente asunto, la aplicación de las Directrices impidió que la toma en consideración de las circunstancias atenuantes produjera una reducción del importe de la multa, sobre todo habida cuenta de que las Directrices prevén reducciones de la multa si existen circunstancias atenuantes (párrafo segundo y punto 3 de las Directrices).

598 Por todas estas razones, procede desestimar el presente argumento de las demandantes.

599  
a  
638 [...]

## V. Conclusiones

639 Se deduce del conjunto de consideraciones precedentes que procede anular los artículos 3, letra d), y 5, letra d), de la Decisión en la medida en que se refieren a HFB GmbH y a HFB KG. Procede desestimar el recurso en todo lo demás.

## Costas

640 Con arreglo al artículo 87, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, éste puede repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas si se estiman parcialmente las pretensiones de una y otra parte. Dado que el recurso sólo se ha estimado en parte, constituye una recta apreciación de las circunstancias del asunto la decisión de que las demandantes cargarán con sus propias costas, incluidas las correspondientes al procedimiento de medidas provisionales, y con el 80 % de las costas en que haya incurrido la Comisión, incluidas las correspondientes al procedimiento de medidas provisionales, y que esta última cargará con el 20 % de sus propias costas, incluidas las correspondientes al procedimiento de medidas provisionales.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)

decide:

- 1) Anular los artículos 3, letra d), y 5, letra d), de la Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CE (IV/35.691/E-4: Cartel en el mercado de los tubos preaislados), en lo que respecta a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG y a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft.

- 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
  
- 3) Las demandantes cargarán solidariamente con sus propias costas, incluidas las correspondientes al procedimiento de medidas provisionales, y con el 80 % de las costas en que haya incurrido la Comisión, incluidas las correspondientes al procedimiento de medidas provisionales.
  
- 4) La Comisión cargará con el 20 % de sus propias costas, incluidas las correspondientes al procedimiento de medidas provisionales.

Mengozzi

Tiili

Moura Ramos

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 20 de marzo de 2002.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

P. Mengozzi