

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 19 de enero de 2006<sup>1</sup>

### I. Introducción

1. Mediante su recurso de casación, Showa Denko KK (en lo sucesivo, «SDK» o «recurrente») solicita que se anule parcialmente la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon/ Comisión (asuntos acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181; (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), en la medida en que no suprime íntegramente el «multiplicador disuasivo» que la Comisión aplicó a la multa impuesta a la recurrente.

2. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia redujo la multa impuesta a la recurrente por la Decisión 2002/271/CE de la Comisión, de 18 de julio de 2001, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE — Asunto COMP/E-1/36.490 — Electrodo de grafito<sup>2</sup> (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).

### II. Disposiciones pertinentes

Reglamento n° 17

3. El artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado<sup>3</sup> (en lo sucesivo, «Reglamento n° 17»), dispone:

«La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas que vayan de un mínimo de mil unidades de cuenta a un máximo de un millón de unidades de cuenta, pudiéndose elevar este límite máximo hasta el diez por ciento del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente

1 — Lengua original: inglés.

2 — DO 2002, L 100, p. 1.

3 — DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción cuando, deliberadamente o por negligencia:

- (a) cometan una infracción a las disposiciones del apartado 1 del artículo [81 CE], o del artículo [82 CE] [...]

[...]

Para establecer la cuantía de la multa, se tomará en consideración, además de la gravedad de la infracción, la duración de ésta.»

Directrices sobre la imposición de multas

4. La Comunicación de la Comisión denominada «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, «Directrices»), dispone en su exposición de motivos:

«Los principios fijados [...] deben servir para asegurar la transparencia y el carácter objetivo de las Decisiones de la Comisión, de cara tanto a las empresas como al Tribunal de Justicia, al tiempo que se asienta el margen discrecional que el legislador deja

a la Comisión a la hora de fijar las multas dentro del límite del 10 % del volumen de negocios global de las empresas. No obstante, este margen deberá expresarse dentro de una línea política coherente y no discriminatoria adaptada a los objetivos perseguidos en la represión de las infracciones de las normas de competencia.

La nueva metodología aplicable para la determinación del importe de las multas obedecerá, de ahora en adelante, al modelo que figura a continuación, que se basa en la fijación de un importe de base al que se aplican incrementos para tomar en consideración las circunstancias agravantes y reducciones para tomar en consideración las circunstancias atenuantes.»

### III. Hechos y antecedentes de la adopción de la Decisión impugnada

5. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia resumió los hechos del recurso interpuesto ante él del siguiente modo:

«1 Mediante la Decisión 2002/271 [...] la Comisión comprobó la participación de varias empresas en una serie de acuerdos y prácticas concertadas, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1,

y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»), en el sector de los electrodos de grafito.

se produjeron en hornos de arco voltaico. [...]

[...]

2 Los electrodos de grafito se emplean principalmente para la producción de acero en los hornos de arco voltaico. La fabricación de acero mediante estos hornos consiste esencialmente en un proceso de reciclaje por el que los desechos de acero se convierten en acero nuevo, por oposición al procedimiento clásico de producción a partir del mineral de hierro en los altos hornos de oxígeno. Se utilizan nueve electrodos, en columnas de tres, en los hornos de arco voltaico de tipo medio para fundir los desechos de acero. Dada la intensidad del proceso de fusión, cada ocho horas aproximadamente se consume un electrodo. El tiempo de fabricación de un electrodo es aproximadamente de dos meses. No hay productos sustitutivos para los electrodos de grafito en este proceso de producción.

5 En los años ochenta, las mejoras tecnológicas permitieron una disminución sustancial del consumo de electrodos por tonelada de acero producida. La industria del acero también fue objeto de una reestructuración importante en este período. El descenso de la demanda de electrodos dio lugar a un proceso de reestructuración mundial de la industria de electrodos. Se cerraron varias instalaciones.

6 En 2001, nueve productores occidentales abastecían al mercado europeo de electrodos de grafito [...]

3 La demanda de electrodos de grafito está directamente ligada a la producción de acero en hornos de arco voltaico. Los principales clientes son los productores de acero que suponen un 85 % de la demanda. En 1998 la producción mundial de acero bruto fue de 800 millones de toneladas, de las cuales 280 millones

7 Con arreglo al artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17 del Consejo [...], funcionarios de la Comisión procedieron, el 5 de junio de 1997, a inspecciones simultáneas e imprevistas [...]

- 8 El mismo día, agentes del Federal Bureau of Investigation (FBI) procedieron, en Estados Unidos, a realizar registros en los locales de varios productores. A raíz de estos registros, se incoaron procedimientos penales contra [...] SDK [...] por conspiración. Todos los acusados se declararon culpables de los cargos de los que se les acusaba y acordaron pagar las multas impuestas [...] de 32,5 millones de USD para SDK [...]
- [...]
- 10 Un grupo de compradores ejercitó acciones civiles en Estados Unidos para reclamar indemnizaciones de daños y perjuicios (*triple damages*) a [...] SDK.
- 11 [...] Productores de acero ejercitaron acciones civiles en Canadá en junio de 1998 contra [...] SDK por conspiración.
- 12 La Comisión remitió, el 24 de enero de 2000, un pliego de cargos a las empresas incriminadas. El procedimiento administrativo llevó, el 18 de julio de 2001, a la adopción de la Decisión por la que se imputa a las empresas demandantes [...] haber procedido, a escala mundial, a fijar los precios y a repartir los mercados nacionales y regionales del producto de que se trata según el principio del “productor doméstico”: [...] SDK [...] era[...] responsable[...] de Japón y de ciertas partes de Extremo Oriente [...].
- 13 Siempre según la Decisión, los principios básicos del cartel eran los siguientes:
- los precios de los electrodos de grafito debían fijarse a nivel mundial;
  - las decisiones sobre precios de cada empresa debían tomarlas exclusivamente el presidente o los directores generales;
  - el “productor doméstico” debía fijar el precio de mercado en su “territorio” y los demás productores lo “seguirían”;
  - en los mercados “no domésticos”, en los que no había ningún produc-

- tor “doméstico”, los precios se decidirían por consenso;
- los productores “no domésticos” no debían competir agresivamente y se retirarían de los mercados “domésticos” de los demás;
  - la capacidad no debía aumentar (los productores japoneses debían reducir su capacidad);
  - no habría transferencia de tecnología fuera del círculo de productores que participaran en el cartel.
- 14 La Decisión expone a continuación que los citados principios básicos fueron elaborados en reuniones del cartel que se celebraban a varios niveles: reuniones “de jefes”, reuniones “de trabajo”, reuniones del grupo de productores europeos (sin las empresas japonesas), reuniones nacionales o regionales consagradas a mercados específicos y contactos bilaterales entre las empresas.
- [...]
- 16 Sobre la base de las apreciaciones fácticas y jurídicas expuestas en la Decisión, la Comisión impuso a las empresas inculpidas multas cuyo importe fue calculado conforme a la metodología expuesta en 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 [...] así como en la Comunicación relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas [...].
- 17 El artículo 3 de la parte dispositiva de la Decisión impone las multas siguientes:
- [...]
- SDK: 17,4 millones de euros;
- [...]
18. El artículo 4 de la parte dispositiva ordena a las empresas afectadas abonar las multas en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de notificación de la Decisión, so pena de tener que pagar intereses de un 8,04 %.»

#### IV. Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

6. Showa Denko, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 4 de octubre de 2001, y otras empresas a las que se dirigía la Decisión impugnada interpusieron recursos contra dicha Decisión.

7. En la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia declaró, entre otras cuestiones, lo siguiente:

«[...]

4) En el asunto T-245/01, Showa Denko/ Comisión [el Tribunal de Primera Instancia decide]:

— Fijar el importe de la multa impuesta a la parte demandante por el artículo 3 de la Decisión 2002/271 en 10.440.000 euros.

— Desestimar el recurso en todo lo demás.

[...]»

I - 5868

#### V. Recurso de casación

8. Showa Denko solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-245/01;

— Reduzca el importe de la multa de la recurrente a 6.960.000 euros o en la cuantía del Tribunal de Justicia considere adecuada en el ejercicio de su facultad discrecional;

— Adopte cualquier otra medida que el Tribunal de Justicia considere pertinente;

— Condene en costas a la Comisión.

9. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación;

— Condene en costas a la recurrente.

## VI. Motivos de casación

10. En apoyo de su recurso de casación, SDK fórmula cuatro motivos, algunos de los cuales pueden ser objeto de ulteriores subdivisiones. Describe los motivos del modo siguiente: el Tribunal de Primera Instancia incurrió en un error de Derecho, vulneró los principios de no discriminación y de proporcionalidad, y no ofreció una motivación suficiente, al no suprimir el «factor disuasivo» arbitrario aplicado a la recurrente, al basar el «factor disuasivo» en el volumen de negocios mundial conjunto de la recurrente en mercados no afectados y al basar la «multa de base» en la cuota de mercado y el volumen de negocios a escala mundial, sin revisar la multa con el fin de tener en cuenta las multas y obligaciones impuestas a la recurrente en Estados Unidos.

11. Los motivos de casación son los siguientes:

- El primer motivo alega un error de Derecho y una falta de motivación en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia reconoció que, en principio, podía aplicarse a la recurrente un factor «disuasivo», basado en el volumen de negocios mundial.
- El segundo motivo versa sobre un error de Derecho y sobre la falta de motiva-

ción por parte del Tribunal de Primera Instancia en lo que respecta al factor «disuasivo» aplicado a la recurrente.

- El tercer motivo se refiere a un error de Derecho y a una falta de motivación en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia desestimó la alegación de que, al calcular la multa «de base», la Comisión no estaba obligada a tener en cuenta las multas y obligaciones impuestas a la recurrente en Estados Unidos.
- El cuarto motivo atañe a una vulneración del derecho fundamental de la recurrente a un proceso justo.

## VII. Análisis

### Observaciones preliminares

12. En las conclusiones que he presentado hoy en el asunto C-308/04, he señalado ya que la disuasión, como elemento de gravedad, es uno de los factores que han de tenerse en cuenta al determinar el importe de la multa.

13. Es jurisprudencia reiterada<sup>4</sup> que las multas por infracciones del artículo 81 del Tratado CE conforme a lo previsto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17, y actualmente en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento (CE) 1/2003,<sup>5</sup> tienen por objeto castigar los comportamientos ilícitos de las empresas inculpas y disuadir tanto a las empresas inculpas como a otras de las vulneraciones de las normas comunitarias de competencia en el futuro.

14. Hoy en día, el hecho de que la Comisión debe tener en cuenta el aspecto disuasivo de una multa se recoge expresamente también en las Directrices.

15. En el presente asunto, SDK no alega que la Comisión no tiene derecho a asegurarse de que las multas tienen un efecto disuasivo, sino que propugna determinados principios que, a su juicio, deben dar lugar a otra solución en lo que a ella se refiere.

16. Antes de abordar cada uno de los motivos, describiré brevemente el modo en que la Comisión determinó las multas de los participantes en dicho cartel.

17. En el presente asunto, la Comisión determinó la multa con arreglo al método de cálculo establecido en las Directrices. Como es sabido, ello comprende varias fases.

18. En primer lugar, la Comisión fija la multa de base. La multa de base se determina en función de una combinación de la gravedad de la infracción y su duración. La Comisión evalúa primero la gravedad y después la duración.

19. En segundo lugar, esta cantidad de partida se modifica a continuación según las circunstancias agravantes y atenuantes aplicables a cada empresa.

20. En tercer lugar, cuando se supera el límite máximo del 10% del volumen de negocios mundial de la empresa inculpa, la Comisión reduce el importe de la multa así calculada para no superar dicho límite.

21. En cuarto lugar, cuando la empresa inculpa cumple los requisitos para que se aplique la Comunicación sobre la cooperación, la Comisión revisa la multa a la baja, en función del grado de colaboración.

22. Con carácter complementario, la multa puede también revisarse, dependiendo de las circunstancias, por razones como, por ejem-

4 — Sentencia de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión* (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartados 105 y 106.

5 — Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1).



plo, la reducida capacidad de pago de la empresa o los beneficios económicos o financieros obtenidos por los infractores [véase el número 5, letra b), de las Directrices].

mercado mundial. Ello dio lugar a un importe de partida de la multa de 40 millones de euros para el grupo superior, 16 millones de euros para el grupo intermedio y 8 millones de euros para el grupo inferior.

23. Por lo que respecta a la primera fase, en particular en lo referente a la gravedad, la Comisión consideró que se trataba de una infracción muy grave. Pese a que en el caso de una infracción colectiva como un cartel, en que la gravedad es, pues, la misma para cada participante, cabría alegar que debe fijarse un importe de partida común para toda las empresas involucradas en el cartel, las Directrices reconocen que la Comisión puede aplicar un trato diferenciado a los miembros de éste con el fin de tener en cuenta la capacidad económica efectiva de los infractores para causar un daño considerable a la competencia, así como fijar la multa en un nivel que garantice que tiene un efecto disuasivo suficiente.

25. SDK fue clasificada en el grupo intermedio. Para asegurarse de que la multa tuviera un efecto lo suficientemente disuasivo, la Comisión consideró que el importe de partida debía ser revisado de nuevo al alza y lo incrementó multiplicándolo por 2,5 («multiplicador disuasivo») hasta 40 millones de euros. Dicho importe se incrementó en un 45 % para reflejar la duración de la participación de SDK en el cartel, lo que dio lugar a un importe de base de 58 millones de euros. Por lo que respecta a SDK, no se encontraron circunstancias agravantes o atenuantes. Tras la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación, el importe final de la multa se fijó en 17,4 millones de euros.

24. En el presente asunto, la Comisión consideró necesario tener en cuenta el peso específico y, por tanto, las repercusiones reales del comportamiento ilícito, dada la considerable disparidad de tamaño entre las empresas. Por tanto, dividió a los miembros del cartel en tres grupos diferentes para decidir el importe de partida adecuado para cada grupo. Para ello se basó en la cuota de mercado y el volumen de negocios mundial de cada producto. La Comisión calculó la multa de base añadiendo incrementos de [x] euros por cada incremento del [y] % del

26. El importe de la multa así fijada fue revisado por el Tribunal de Primera Instancia. Éste declaró, en relación con el coeficiente del 2,5 aplicado por la Comisión a la multa de SDK para garantizar que tendría un efecto lo suficientemente disuasivo, que la Decisión de la Comisión no contenía ninguna afirmación distinta de las relativas al tamaño y a los recursos globales de la empresa que justificase la aplicación a SDK de un multiplicador superior al 1,5. En particular, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la Comisión no explicó por qué

las circunstancias del caso de autos exigían la aplicación a SDK de un multiplicador seis veces superior al aplicado a VAW,<sup>6</sup> aunque el volumen de negocios de SDK pertinente para esta operación era únicamente dos veces superior al de VAW. Por ello, el Tribunal de Primera Instancia aplicó un coeficiente del 1,5, que dio lugar a un importe de partida reducido de 24 millones de euros.<sup>7</sup>

27. El presente recurso de casación versa sólo sobre el multiplicador disuasivo. En esencia, SDK alega que no existe ninguna justificación para individualizarla e imponerle un factor disuasivo especial. Sostiene que el tamaño y los recursos financieros conjuntos no son pertinentes para calcular aumento alguno que sea necesario a efectos disuasivos.

#### A. Primer motivo de casación

28. Mediante este motivo, SDK alega que el tamaño de la empresa y su volumen de negocios mundial, y no el volumen de negocios atribuible a los productos afectados por el acuerdo, habían sido ya tenidos en cuenta cuando la Comisión los utilizó como fundamento para separar las tres multas de base en tres grupos. SDK sostiene que dichos factores no pueden, pues, justificar un nuevo

incremento selectivo. A su juicio, el «multiplicador disuasivo» sólo puede imponerse por razones disuasivas y no por las «repercusiones reales».

29. SDK sostiene que, en los apartados 241, 242 y 370 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia añade una serie de consideraciones que no se mencionan en las Directrices y ninguna de las cuales se refiere al factor disuasivo. A este respecto, SDK alega, entre otras cuestiones, que la disponibilidad de fondos no guarda relación con la disuasión, que la Comisión no debe incrementar la multa sólo porque SDK tenga fondos para pagarla y que, pese a que algunas empresas tengan dificultades para movilizar fondos para pagar la multa, ello no podría justificar un incremento selectivo de la multa para otras.

30. La Comisión alega el Tribunal de Primera Instancia estaba facultado para declarar que la multa impuesta a SDK podía basarse en su volumen de negocios mundial.

#### Apreciación

31. Como ya se ha explicado en las observaciones preliminares, con el fin de concienciar acerca de las consecuencias que se derivan de los comportamientos contrarios al Dere-

6 — También en el caso de VAW (VAW es otro miembro del cartel), la Comisión consideró necesario revisar al alza la multa con fines disuasivos. VAW no recurrió en casación la Decisión impugnada.

7 — Véanse los apartados 247 a 249 de la sentencia.

cho comunitario de la competencia, la disuasión es un aspecto importante de la práctica de imposición de multas de la Comisión. Por ello, la Comisión está facultada para fijar el importe de base de una multa en un nivel lo suficientemente disuasivo.

32. La disuasión está relacionada con la gravedad de la infracción. El presente asunto constituye una infracción muy grave y la Comisión había fijado el importe de partida de la multa en consecuencia. La Comisión aplicó un trato diferenciado. Dividió a los infractores en tres grupos con el fin de clasificarlos en función de las repercusiones reales. Tal clasificación no entraña que se haya tenido plenamente en cuenta un nivel disuasivo suficiente. Para dos de ocho infractores ello no fue así, debido a su tamaño y a sus recursos globales.

33. SDK alega que el tamaño guarda relación con las repercusiones reales y no con la disuasión, y que la Comisión ya tuvo en cuenta su tamaño y el volumen de negocios total al determinar las tres categorías. Sin embargo, ello no es correcto.

34. Como se ha indicado antes, la Comisión atendió al volumen de negocios mundial por producto y a la cuota de mercado con fines de

diferenciación, y partió del volumen de negocios mundial global como base para el multiplicador disuasivo. Para establecer una distinción, tuvo en cuenta el volumen de negocios mundial por producto porque el volumen de negocios por producto refleja mejor la capacidad del infractor para causar un daño y facilita la valoración de las repercusiones del comportamiento sobre la competencia. Tomó en consideración el volumen de negocios mundial en lugar del tamaño para garantizar una disuasión suficiente. Por tanto, SDK no tiene razón al alegar que el volumen de negocios mundial global o el tamaño ya se han tenido en cuenta.

35. No cabe estimar la alegación de SDK de que la Comisión no puede tener en cuenta el volumen de negocios mundial al apreciar el efecto disuasivo.

36. Como recordó el Tribunal de Primera Instancia,<sup>8</sup> es jurisprudencia reiterada que la Comisión, al calcular la multa, puede tomar en consideración, entre otros, el tamaño y el poder económico de la empresa de que se trate. La jurisprudencia también ha reconocido la pertinencia del volumen de negocios mundial a efectos de calcular la capacidad financiera de los miembros del cartel. Por tanto, los datos relativos al volumen de negocios global mundial pueden dar una idea del tamaño y de los recursos globales de las distintas empresas que participan en el cartel.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> — Véase el apartado 239 de la sentencia recurrida.

<sup>9</sup> — Sentencia *Musique diffusion française*, citada en la nota 4 *supra*, apartados 119 y 121.

37. Además, es de sentido común que una gran empresa con recursos diversificados estará en una situación diferente a la de una pequeña empresa que basa su existencia en un único producto. Para una empresa grande y diversificada una multa que se refiere sólo al mercado afectado sería más pequeña en relación con sus recursos globales de lo que lo sería una multa para una empresa cuyos productos resultan todos ellos afectados por el acuerdo de cartel. Por tanto, la misma multa para la misma infracción no tiene el mismo efecto disuasivo.

38. El Tribunal de Primera Instancia reconoció, en el apartado 241, que los recursos financieros diferentes requieren multas diferentes cuando afirmó que, por su enorme volumen de negocios global en comparación con el de los demás miembros del cartel, SDK movilizaría más fácilmente los fondos necesarios para el pago de su multa. Por lo tanto, la capacidad para movilizar fondos, que varía en función del tamaño y de la capacidad económica de una empresa inculpada, puede tenerse en cuenta al valorar la disuasión adecuada. El Tribunal de Primera Instancia no se contradijo en el siguiente apartado, en el que se afirma que el mero tamaño de una empresa no es automáticamente sinónimo de su poder financiero. En efecto, las empresas más grandes también pueden tener problemas financieros o tener un flujo de caja negativo. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia concluyó que SDK no había señalado que se encontrara en tal situación; además, SDK no ha indicado claramente dónde incurrió el Tribunal de Primera Instancia en un error de Derecho.

39. En lo que atañe al resto de las alegaciones formuladas por SDK y mencionadas en el punto 28 *supra*, no hay nada en la Decisión ni en la sentencia que indique que la Comisión incrementó la multa de SDK debido a las dificultades financieras de algunos de los otros miembros del cartel. En efecto, ello no habría justificado un aumento de la multa de SDK. Además, no cabe afirmar que porque la Comisión no esté obligada a tener en cuenta la capacidad de pago reducida, que puede tomarse en consideración al final del procedimiento de determinación de la multa, sucede lo mismo con la capacidad de pago (la capacidad para movilizar fondos), que se tiene en cuenta en la primera fase del procedimiento de determinación de la multa.

40. SDK también hizo referencia a la sentencia Parker Pen,<sup>10</sup> en la que el Tribunal de Primera Instancia declaró que «la fijación de una multa apropiada no puede ser el resultado de un mero cálculo basado en el volumen de negocios global». Dicha sentencia advirtió que no se debía confiar en exceso en el volumen de negocios total, como sucedió en el asunto *Musique diffusion française*. Sin embargo, en el asunto Parker Pen lo que estaba en juego era el importe final, mientras que el objeto del presente asunto es el importe de partida determinado a la luz de la gravedad de la infracción. Como afirmó el Tribunal de Primera Instancia,<sup>11</sup> en el caso de autos la Comisión no basó en absoluto la cuantía final de las multas exclusivamente sobre el volumen de negocios global, sino que tuvo en cuenta toda una serie de elementos distintos del volumen de negocios.

10 — Sentencia de 14 de julio de 1994, Parker Pen/Comisión (T-77/92, Rec. p. II 549), apartado 94.

11 — Véase el apartado 202 de la sentencia recurrida.

B. *Segundo motivo de casación*

41. SDK señala que el Tribunal de Primera Instancia no indicó ningún criterio pertinente que pudiera justificar la imposición de un multiplicador disuasivo a SDK. De hecho, el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta una serie de principios generales pertinentes que eran aplicables. A este respecto, SDK divide sus alegaciones en cuatro partes.

42. En la primera parte, SDK alega que las multas deben incrementarse con fines disuasivos sólo con moderación y sólo por las razones específicas pertinentes que respalden dicho incremento, en particular debido a que la disuasión no se menciona en el Reglamento n° 17. SDK señala que el Tribunal de Primera Instancia no ofreció ninguna motivación o explicación a este respecto.

43. En la segunda parte, SDK alega que el multiplicador sólo está justificado a la luz de la actitud real o demostrada de la empresa, no de su tamaño. SDK afirma que no se determinaron circunstancias que constituyeran un motivo para individualizarla e incrementar la multa con fines de disuasión.

44. En la tercera parte de su motivo, SDK señala que los análisis económicos de

disuasión confirman que el multiplicador disuasivo es arbitrario e injustificado.

45. Según SDK, si el incremento de una multa está justificado con fines disuasivos, la multa para conseguir el efecto disuasorio no puede determinarse de manera arbitraria, sino que debe calcularse atendiendo a: i) las ventajas o beneficios que la empresa podría prever que obtendría de la infracción si el comportamiento ilícito no se detectara (lo que depende del volumen de negocios de la empresa afectado por la infracción); y ii) la probabilidad de detección.

46. SDK alega que, al desestimar su alegación en este sentido, el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 242, no tuvo en cuenta el hecho de que las grandes empresas que se dedican a varios productos –con o sin poder «financiero»– no son menos sensibles a las multas que las empresas que se dedican a un solo producto. La teoría económica revela que las grandes empresas prestan, como mínimo, tanta atención a minimizar las responsabilidades jurídicas y otros costes como las más pequeñas.

47. SDK sostiene que la sentencia es incompatible con el enfoque de la Comisión en otros asuntos, en los que determinó la cuantía de los «beneficios adicionales» y los tuvo en cuenta a la hora de fijar la multa.

48. SDK también alega que no es correcto incluir un incremento con fines disuasivos y después aumentar la cuantía así incrementada en función de la duración, de circunstancias agravantes o de cualquier otro factor. En su opinión, la cuestión de si la disuasión es necesaria debe resolverse una vez llevado a cabo el cálculo.

49. Por último, en la cuarta parte, SDK alega que la cuantía del incremento fue desproporcionada. A este respecto, hace referencia a su pequeña cuota de mercado en el EEE. Además, afirma que un análisis de la multa revisada pone de manifiesto que la multa impuesta a SDK es desproporcionada en comparación con la impuesta al resto de los participantes.

#### Apreciación

50. En esencia, SDK alega que individualizar a una empresa sólo por su tamaño carece de pertinencia. SDK recuerda que la finalidad de la disuasión general es garantizar que los costes y la multa son lo suficientemente elevados como para desincentivar la infracción de la ley. Sostiene que, al infringir la ley, las empresas tomarán una decisión racional, es decir, que llevaran a cabo un ejercicio de ponderación. En otras palabras, ¿cuáles son los costes y los beneficios?, ¿qué posibilidades hay de ser descubierto? El mejor modo de calcular el beneficio que una empresa puede obtener es examinar el tamaño del

mercado (cuánto dinero habrá si se incrementa el nivel de precios en el mercado) y el tamaño de su cuota en dicho mercado (cuánto dinero puede obtener dicha empresa). Otras actividades, ajenas al mercado pertinente, no forman parte de dicho análisis. Tales actividades no dan lugar a ingresos adicionales y no es preciso, pues, compensar tales ingresos en la multa. Además, SDK no está de acuerdo con la supuesta lógica subyacente a la opinión de la Comisión y del Tribunal de Primera Instancia, a saber, que las empresas de mayor tamaño sufren menos y deben, por tanto, ser castigadas con mayor rigor. SDK alega que a las sociedades que se dedican a muchas actividades distintas no puede serles indiferente, porque la suma de todos los pequeños riesgos en las distintas actividades daría como resultado grandes cantidades de dinero.

51. De hecho, SDK también alega que existen circunstancias en las que un gran grupo de empresas debe recibir una multa de menor cuantía con fines disuasivos que una empresa de mayor tamaño, porque, por ejemplo, una gran empresa tiene más probabilidades de que se interponga en su contra una acción de indemnización que una pequeña empresa y, por tanto, necesita menos disuasión.

52. Esta última alegación debe desestimarse desde un principio. Incluso suponiendo que las grandes empresas sean demandadas con más facilidad que las pequeñas, ése es un

riesgo adicional que corren por no cumplir las normas de competencia y, como tal, no está relacionado con la obligación de atenerse a dichas normas.

53. Además, en lo que atañe a la primera parte, SDK parece establecer una distinción entre «disuasión general» (definida por SDK como una acción para desincentivar a toda las empresas en general, incluidos terceros infractores potenciales, de que cometan la vulneración de que se trata) y la «disuasión específica» (disuadir al demandado concreto para que no vuelva a infringir las normas en el futuro), y que sólo la disuasión específica puede justificar un multiplicador. Sin embargo, tal distinción no se lleva a cabo ni en la Decisión impugnada ni en la sentencia. SDK no es individualizada por una disuasión específica. La Comisión aplicó un multiplicador a SDK y a otro miembro que participó en la infracción con el fin de aplicar el principio de que los recursos financieros diferentes exigen multas diferentes para tener un efecto disuasivo equivalente.

54. Las multas son, como se ha indicado antes, una herramienta importante en manos de la Comisión cuando ésta vela por el cumplimiento de las normas de competencia. Una multa no reviste sólo carácter retributivo, sino también disuasivo. La idea subyacente es evitar que (todas) las empresas infrinjan las normas de competencia en el futuro.

55. Por tanto, el efecto disuasivo de la multa no puede valorarse exclusivamente en función de las situaciones concretas de la empresa sancionada.

56. Ello me lleva a la cuestión del tamaño de la empresa y la disuasión.

57. Según la teoría económica, puede ser correcto que para conseguir una disuasión óptima el daño causado o el beneficio obtenido sean los factores determinantes pertinentes, conjuntamente con la probabilidad de ser descubierto. Sin embargo, lo que sucede es que en realidad la teoría económica de la disuasión óptima es difícil de aplicar, tanto para los infractores como para la Comisión en su práctica diaria. En primer lugar, el cálculo de la multa basado en el «beneficio obtenido» sólo puede tener un efecto disuasivo si puede evaluarse con una precisión absoluta. La Comisión sencillamente carece de la información necesaria para calcular la multa a este respecto. Lo mismo sucede con la probabilidad de detección y sanción. Como afirmó la Comisión, también será sumamente difícil para un miembro de un cartel expresar la probabilidad de detección en términos cuantitativos. Los cálculos de los beneficios y pérdidas (previstos) cuando una empresa se plantea unirse a un cartel sólo pueden ser aproximaciones.

58. Además, aunque fuera posible un cálculo más preciso, éste constituiría sólo un mínimo por debajo del cual es evidente que las multas no pueden tener un efecto disuasivo. Por tanto, una revisión al alza, un margen de seguridad, es probablemente necesario para evitar el riesgo de falta de disuasión.

59. Además, el presente cartel no se refiere sólo a la determinación de precios, sino que aborda también el reparto del mercado y otras prácticas colusorias (véase el punto 13). Ello puede hacer la valoración del beneficio previsto y la detección todavía más complicadas.

60. Como cuestión accesoria, procede señalar que las muy pocas decisiones en las que la Comisión ha hecho referencia al «beneficio obtenido» por el infractor ponen de manifiesto las dificultades a este respecto. Al examinar las Directrices, parece claro que el «beneficio obtenido» no es un elemento del importe de partida. Según las Directrices, la Comisión puede tenerlo en cuenta como circunstancia agravante (la «necesidad de incrementar la sanción para rebasar el importe de las ganancias ilícitas realizadas gracias a la infracción, en la medida en que tal estimación sea objetivamente posible»)<sup>12</sup> y como un posible factor que ha de tomarse en consideración para la revisión final del cálculo de la multa (la «ventaja económica o financiera que puedan haber obtenido los

autores de la infracción»)<sup>13</sup>. No lo hace al determinar el importe de partida.

61. En segundo lugar, la teoría a la que SDK hace referencia<sup>14</sup> se aplica a un único infractor, a un infractor que calcula los costes, los beneficios y el riesgo de una multa u otras sanciones. Como la Comisión señaló en la vista, dicha teoría no tiene en cuenta la complejidad del proceso cuando se trata de una infracción colectiva. La dinámica de grupo exige un enfoque diferente en lo que respecta a la disuasión. Por ejemplo, puede ser suficiente disuadir sólo a uno de los (mayores) operadores con el fin de disuadir al cartel. Además, cuando se trata de una infracción colectiva como un cartel, en lugar de una infracción cometida por un único infractor, la Comisión debe también considerar los posteriores efectos de las multas y tener en cuenta el tamaño de una empresa determinada.<sup>15</sup>

62. Por último, en lo que respecta a la alegación de que a las empresas de mayor tamaño les importan menos las cantidades poco elevadas que a las empresas pequeñas, ello presupone, en primer lugar, una infor-

12 — Punto 2, quinto guión, de las Directrices.

13 — Véase el punto 5, letra b), de las Directrices.

14 — SDK se refiere a las teorías económicas de crimen y castigo desarrolladas por G.S. Becker.

15 — El ejemplo facilitado por la Comisión es un cartel compuesto por un operador grande y varios operadores pequeños. El operador grande cooperó con la Comisión y recibe inmunidad con arreglo a la Comunicación sobre la cooperación. En tal supuesto, unas multas muy elevadas podrían haber dejado fuera del mercado a los operadores pequeños, en cuyo caso la intervención de la Comisión habría dado lugar a un monopolio.



mación perfecta y una racionalidad perfecta. Ello es difícil para un particular que calcula el riesgo que entraña una infracción y también es difícil para las empresas que participan en un cartel. Además, no puede negarse que existe una diferencia entre las pequeñas y las grandes empresas, en el sentido de que una multa poco elevada puede no llamar la atención del consejo de administración de la sociedad matriz del grupo, mientras que una cantidad enorme sí lo hará. Una multa enorme atraerá probablemente la atención del consejo y es probable, pues, que estimule el cumplimiento de las normas de competencia por lo que respecta a futuros comportamientos.

63. Como conclusión, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en un error al afirmar, en el apartado 242 de la sentencia, que, «al pretender que una multa equitativa sólo puede ir destinada a compensar el perjuicio causado al libre juego de la competencia y que se debe evaluar, a tal efecto, la probabilidad del descubrimiento del cartel así como los beneficios obtenidos por los miembros de éste, SDK invoca parámetros hipotéticos y demasiado inciertos para una evaluación de los recursos financieros efectivos de una empresa».

64. Como se ha indicado antes, es jurisprudencia reiterada que la Comisión puede tomar en consideración el tamaño y la capacidad económica de una empresa, y que los datos relativos al volumen de negocios mundial pueden constituir un

indicio acerca del tamaño y los recursos globales de las distintas empresas que participan en el cartel. Por consiguiente, el Tribunal de Primera Instancia tampoco incurrió en un error al afirmar que, para dar a la multa un efecto lo suficientemente disuasivo, la Comisión tenía derecho a aplicar un multiplicador.

65. SDK también sostiene que un multiplicador sólo está justificado a la luz de la actitud real y demostrada de la empresa. No era el cabecilla, no ejerció presiones a terceros para participar en el acuerdo, no tenía ninguna estrategia para eliminar a la competencia, no hizo nada para ocultar los acuerdos, etc. Estas alegaciones carecen de pertinencia en este contexto, ya que tal actitud será tenida en cuenta como circunstancia agravante en una fase posterior del procedimiento de determinación de la multa. Carece de pertinencia para la apreciación de la gravedad.

66. En la medida en que SDK alega que la multa debe incrementarse primero por motivos de duración, circunstancias agravantes o cualquier otro factor, y que sólo entonces la multa puede incrementarse para garantizar que tiene un efecto disuasivo suficiente, debe desestimarse dicha alegación de conformidad con el artículo 113, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, por no formar parte del objeto del litigio planteado ante el Tribunal de Primera Instancia.

67. En la cuarta parte, SDK sostiene que la cuantía del incremento fue desproporcionada dada su pequeña cuota de mercado en el EEE. Además, alega que un análisis de la multa de base revisada pone de manifiesto que la multa impuesta a SDK es desproporcionada en comparación con la impuesta a otros participantes en el acuerdo.

SDK, impedían la competencia en el EEE con independencia de su volumen de negocios real.<sup>16</sup>

### *C. Tercer motivo de casación*

68. Como señala también la Comisión, dicha afirmación se basa en una comparación con las multas revisadas de otros participantes y con el volumen de negocios anual de SDK en el EEE. Tales comparaciones carecen de pertinencia. Los cálculos propuestos se basan en su totalidad en la falsa premisa de que la capacidad económica de SDK debía haberse valorado en función de su volumen de negocios en el EEE en el mercado del producto pertinente.

70. SDK alega que el Tribunal de Primera Instancia no tenía motivos para declarar que la Comisión podía, en primer lugar, basarse en el volumen de negocios mundial para calcular la multa de base y el factor disuasivo y, en segundo lugar, no tener en cuenta el hecho de que SDK había sido ya objeto de un procedimiento en Estados Unidos, Canadá y Japón, y que dichos países le habían impuesto ya multas.

69. A este respecto, como señaló el Tribunal de Primera Instancia, si la Comisión hubiera calculado el importe de partida basándose en el bajo volumen de negocios de SDK en el EEE para el producto pertinente, habría recompensado a los productores japoneses, incluida SDK, por haber cumplido uno de los principios básicos del cartel y por haber aceptado no competir en el mercado del EEE, pese a que su conducta conforme a dicho principio del cartel permitía a los productores nacionales en Europa fijar los precios en el EEE de manera unilateral. Al hacerlo, las demandantes japonesas, incluida

71. En su opinión, si el volumen de negocios mundial fuera pertinente a efectos disuasivos, una aplicación coherente exigiría que las multas y costes impuestos en otros países se tuvieran en cuenta con el fin de determinar la multa adicional necesaria para conseguir una disuasión suficiente. La disuasión

16 — Véase el apartado 198 de la sentencia recurrida.

depende del coste total de la conducta ilícita, que incluye no sólo las multas impuestas en el EEE, sino también las multas impuestas en cualquier otro lugar.

72. Al soslayar las multas y pagos indemnizatorios de daños y perjuicios que la recurrente tuvo que pagar en Estados Unidos y basar al mismo tiempo el factor disuasivo en el volumen de negocios mundial, el Tribunal de Primera Instancia impuso una multa que implica un doble cómputo y es desproporcionada con respecto a cualquier efecto disuasivo justificable.

73. La Comisión sostiene que no hay ninguna vulneración del principio *non bis in idem*.

Apreciación

74. Como ya he explicado en mis conclusiones presentadas en el asunto C-308/04, las multas impuestas por autoridades de terceros países se imponen respecto de vulneraciones de su Derecho de competencia y las multas impuestas por la Comisión se imponen respecto de vulneraciones del Derecho de competencia comunitario. No hay ninguna superposición por lo que respecta a la competencia judicial.

75. Por consiguiente, la Comisión no está obligada a tener en cuenta las multas impuestas en terceros países tampoco desde el punto de vista del elemento disuasivo de la multa.

*D. Cuarto motivo de casación: derecho fundamental a un proceso justo*

76. Mediante el presente motivo, Showa Denko alega que el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 240 de la sentencia recurrida, desestimó erróneamente la alegación de la recurrente relativa a la posibilidad de ser oída por la Comisión en relación con la intención de ésta de individualizar a SDK y aplicar un multiplicador disuasivo. Además, el Tribunal de Primera Instancia no proporcionó ninguna motivación o explicación a este respecto.

77. La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia no vulneró el derecho de defensa de la recurrente y motivó de manera suficiente la aplicación del multiplicador a la multa.

Apreciación

78. En el apartado de la sentencia impugnada al que SDK hace referencia, el Tribunal

de Primera Instancia desestimó la queja de SDK porque la Comisión había declarado con anterioridad que iba a «fijar las multas a un nivel suficientemente elevado para tener un efecto disuasorio», que SDK estaba «manifiestamente al corriente del [...] artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 y de su elevado volumen de negocios global» y que SDK «podía deducir de [la Decisión ABB de 21 de octubre de 1998], en la cual se aplicó un multiplicador precisamente de 2,5 a [ABB], que no podía excluirse que la Comisión le aplicara igualmente un multiplicador de ese valor». El Tribunal de Primera Instancia concluyó que, por tanto, nada impidió a SDK referirse, en el procedimiento administrativo, a su tamaño y a sus recursos financieros y pronunciarse sobre el efecto disuasorio de la sanción que la Comisión iba a imponerle.

79. A mi juicio, es evidente que tener en cuenta la disuasión y, según sea el caso, aplicar un multiplicador para determinar una multa con un efecto disuasivo suficiente, no pueden, como tales, considerarse una nueva política. El Tribunal de Justicia se remitió correctamente al tenor del artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17. Ello implica también una referencia a la jurisprudencia relativa a dicha disposición. Desde la sentencia *Musique diffusion française*, se ha aceptado que la Comisión está obligada a adaptar, en cualquier momento, el nivel de las multas a las necesidades de la aplicación

de las normas de competencia comunitarias dentro de los límites establecidos en el Reglamento n° 17.

80. Como puede deducirse de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, SDK tenía conocimiento de que la Comisión había señalado en su pliego de cargos que se proponía fijar la multa en un nivel suficiente para garantizar la disuasión. Dicha indicación como tal es suficiente, ya que habría sido inadecuado que la Comisión indicara la cuantía concreta de la multa que iba a determinar.<sup>17</sup>

81. Además, las propias Directrices subrayan la importancia del efecto disuasivo de la multa, como lo hace la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios.

82. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia no vulneró el derecho de defensa de SDK al desestimar su queja.

17 — Sentencia de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión* (322/81, Rec. p. 3461), apartado 19. Véase asimismo la sentencia *Musique diffusion française*, citada en la nota 4 *supra*.

## **VIII. Conclusión**

83. A la luz de las consideraciones precedentes, considero que el Tribunal de Justicia debe:

- Desestimar el recurso de casación.
  
- Condenar en costas a SDK.