



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

de 27 de septiembre de 2012*

«Competencia — Prácticas colusorias — Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras — Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE — Existencia y calificación de un acuerdo — Restricción de la competencia — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 CE a los acuerdos de cooperación horizontal — Derecho de defensa — Multa — Circunstancias agravantes — Papel de instigador y de responsable — Falta de cooperación — Facultades de la Comisión en materia de inspección — Derecho a la asistencia letrada — Desviación de poder — Cálculo del importe de las multas — Duración de la infracción — Competencia jurisdiccional plena»

En el asunto T-357/06,

Koninklijke Wegembouw Stevin BV, con domicilio social en Utrecht (Países Bajos), representada inicialmente por los Sres. E. Pijnacker Hordijk e Y. de Vries, y posteriormente por el Sr. Pijnacker Hordijk y la Sra. X. Reintjes, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. A. Bouquet, A. Nijenhuis y F. Ronkes Agerbeek, en calidad de agentes, asistidos inicialmente por los Sres. L. Gyselen, F. Tuytschaever y F. Wijckmans, y posteriormente por el Sr. Gyselen, abogados,

parte demandada,

que tiene por objeto, con carácter principal, una pretensión de anulación de la Decisión C(2006) 4090 final de la Comisión, de 13 de septiembre de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] [Asunto COMP/F/38.456 — Betún (NL)], en la medida en que afecta a la demandante, y, con carácter subsidiario, una pretensión de reducción del importe de la multa impuesta a ésta por dicha Decisión,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

integrado por el Sr. M. Jaeger, Presidente, y los Sres. N. Wahl y S. Soldevila Frago (Ponente), Jueces;

Secretario: Sr. J. Plingers, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de mayo de 2011;

dicta la siguiente

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

Sentencia

Hechos que originaron el litigio

I. Demandante

- 1 Koninklijke Volker Wessels Stevin es un grupo constructor neerlandés que integra a más de cien sociedades de explotación. La sociedad matriz, Koninklijke Volker Wessels Stevin NV (en lo sucesivo, «KVWS»), ejerce su actividad en el sector de la construcción de carreteras a través de la sociedad Volker Wessels Stevin Verkeersinfra BV y de la demandante, su filial, Koninklijke Wegenbouw Stevin BV, encargada de la negociación y de la compra de betún para todo el grupo, de cara a la producción de asfalto en los Países Bajos. Durante el período de infracción, KVWS era titular de la totalidad del capital de la demandante, a través de las sociedades de cartera Volker Wessels Stevin Infra BV y Volker Wessels Stevin Verkeersinfra.

II. Procedimiento administrativo previo

- 2 Mediante escrito de 20 de junio de 2002, la sociedad British Petroleum (en lo sucesivo, «BP») informó a la Comisión de las Comunidades Europeas de la supuesta existencia de un cartel en el mercado del betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos y presentó una solicitud con el fin de obtener una dispensa del pago de las multas con arreglo a lo dispuesto en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DO 2002, C 45, p. 3; en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación»).
- 3 El 1 de octubre de 2002, la Comisión llevó a cabo inspecciones por sorpresa, entre otros en los locales de la demandante. Durante dicha inspección, la demandante, en un primer momento, denegó la entrada en el edificio a los agentes de la Comisión, en espera de la llegada de sus abogados externos, y, en un segundo momento, se negó a dejarles acceder al despacho de uno de sus directivos. En consecuencia, la Comisión solicitó el auxilio de las autoridades nacionales con el fin de llevar a cabo las inspecciones. Los agentes de la Comisión redactaron dos actas acerca de estos incidentes el 3 de octubre de 2002, que se remitieron a la demandante en el marco del acceso al expediente acordado por la Comisión el 19 de octubre de 2004.
- 4 La Comisión envió solicitudes de información a varias sociedades, entre ellas la demandante, el 30 de junio de 2003, a la que ésta respondió el 12 de septiembre de 2003. El 10 de febrero de 2004, la Comisión envió una nueva solicitud de información, a la que KVWS respondió el 2 de marzo de 2004.
- 5 El 12 de septiembre de 2003, la empresa Kuwait Petroleum presentó una solicitud de aplicación de la Comunicación sobre la cooperación, a la que se adjuntaba una declaración de empresa. La sociedad Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV (en lo sucesivo, «SNV») presentó también tal solicitud el 10 de octubre de 2003, acompañada de una declaración de empresa y de una declaración de un antiguo colaborador jubilado. Por otra parte, las empresas Total y Nynas pidieron, en su contestación al pliego de cargos, que su respuesta a la solicitud de información de la Comisión se tuviese en cuenta de conformidad con la Comunicación sobre la cooperación.
- 6 El 18 de octubre de 2004, la Comisión inició un procedimiento y emitió un pliego de cargos, enviado el 19 de octubre de 2004 a varias sociedades, entre ellas KVWS, la demandante y Volker Wessels Stevin Infra.
- 7 Tras la audiencia de las sociedades afectadas los días 15 y 16 de junio de 2005, Nynas y Kuwait Petroleum formularon una serie de precisiones —el 28 y el 30 de junio de 2005, respectivamente— acerca de algunas declaraciones utilizadas por la Comisión en el pliego de cargos y rebatidas durante la audiencia por las

otras sociedades, que se transmitieron a todas las partes. La demandante formuló observaciones en relación con estos documentos el 26 de agosto de 2005. Asimismo, respondió el 28 de junio de 2005 a una solicitud de información que siguió a una pregunta oral de la Comisión planteada durante la audiencia. Esta respuesta se remitió a todas las partes el 24 de mayo de 2006. El 25 de enero de 2006, la Comisión envió un escrito a todas las partes con el fin de formular una serie de precisiones a un pasaje del pliego de cargos relativo a la fijación de los precios, al que la demandante respondió el 16 de febrero de 2006. Por último, el 24 de mayo de 2006, la Comisión remitió a la demandante todos los pasajes de las réplicas de las otras empresas al pliego de cargos que pretendía emplear como prueba contra ella. La demandante presentó sus observaciones acerca de estos documentos el 12 de junio de 2006.

III. Decisión impugnada

- 8 El 13 de septiembre de 2006, la Comisión adoptó la Decisión C(2006) 4090 final, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] [Asunto COMP/E/38.456 — Betún (NL)] (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), un resumen de la cual se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 28 de julio de 2007 (DO L 196, p. 40), y que fue notificada a la demandante el 25 de septiembre de 2006.
- 9 La Comisión señaló que las sociedades destinatarias de la Decisión impugnada habían participado en una infracción única y continua del artículo 81 CE, consistente en fijar regularmente y de forma colectiva, para la venta y adquisición de betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos durante los períodos de que se trata, el precio bruto, un descuento uniforme sobre el precio bruto para los constructores de carreteras participantes en el cartel (en lo sucesivo, «grandes constructores» o «W5») y un descuento máximo menor sobre el precio bruto para los demás constructores de carreteras (en lo sucesivo, «otros constructores» o «pequeños constructores»).
- 10 A la demandante se le impuso, solidariamente con KVWS, una multa de 27,36 millones de euros por haber cometido la referida infracción durante el período comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 15 de abril de 2002.
- 11 En cuanto al cálculo del importe de las multas, la Comisión calificó la infracción de muy grave, teniendo en cuenta su naturaleza, aunque el mercado geográfico afectado fuese limitado (considerando 316 de la Decisión impugnada).
- 12 Con objeto de tener en cuenta la importancia específica de la conducta de cada empresa implicada en el cartel y su repercusión real sobre la competencia, la Comisión estableció una distinción entre las empresas implicadas en función de su importancia relativa en el mercado de referencia, determinada por sus cuotas de mercado, y las clasificó en seis categorías.
- 13 Por las consideraciones expuestas, la Comisión fijó un importe de partida de 9,5 millones de euros en el caso de la demandante (considerando 322 de la Decisión impugnada). Consideró que, debido a la dimensión y al volumen de negocios del grupo Koninklijke Volker Wessels Stevin, no era necesario aplicarle un factor multiplicador para garantizar el efecto disuasorio de la multa (considerando 323 de la Decisión impugnada).
- 14 Por lo que respecta a la duración de la infracción, la Comisión estimó que la demandante había cometido una infracción de larga duración, al ser ésta superior a cinco años, y fijó la duración total en ocho años, del 1 de abril de 1994 al 15 de abril de 2002, incrementando así el importe de partida en un 80 % (considerando 326 de la Decisión impugnada). Por tanto, el importe de base de la multa, determinado en función de la gravedad y de la duración de la infracción, se fijó, en el caso de la demandante, en 17,1 millones de euros (considerando 335 de la Decisión impugnada).

- 15 La Comisión estimó varias circunstancias agravantes por lo que respecta a la demandante. En primer lugar, consideró que, al haberse negado ésta a cooperar y ser responsable de varios intentos de obstrucción durante las inspecciones llevadas a cabo en sus locales el 1 de octubre de 2002, debía aplicársele un aumento del 10 % del importe de base de la multa (considerandos 340 y 341 de la Decisión impugnada). En segundo lugar, estimó que la demandante había desempeñado el papel de instigadora y de responsable del cartel, lo cual justificaba un nuevo incremento del 50 % del importe de base de la multa (considerandos 342 a 349 de la Decisión impugnada).
- 16 Por otra parte, la Comisión estimó que no podía apreciarse ninguna circunstancia atenuante en el caso de la demandante (considerandos 350 a 360 de la Decisión impugnada).

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 17 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 5 de diciembre de 2006, la demandante interpuso el presente recurso.
- 18 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Sexta) decidió iniciar la fase oral y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 64 de su Reglamento de Procedimiento, instó a las partes a presentar determinados documentos y les formuló una serie de preguntas. Las partes dieron cumplimiento a estas peticiones dentro del plazo señalado.
- 19 En la vista celebrada el 26 de mayo de 2011 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas orales del Tribunal.
- 20 Por impedimento de un miembro de la Sala Sexta para participar en la deliberación del asunto, el Presidente del Tribunal se designó a sí mismo para completar la Sala, con arreglo al artículo 32, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento.
- 21 Mediante auto de 18 de noviembre de 2011, el Tribunal (Sala Sexta), en su nueva composición, ordenó la reapertura de la fase oral y se informó a las partes de que serían oídas en una nueva vista.
- 22 Mediante escritos de 25 y 28 de noviembre de 2011, respectivamente, la demandante y la Comisión informaron al Tribunal de que renunciaban a ser oídas de nuevo.
- 23 En consecuencia, el Presidente del Tribunal decidió dar por concluida la fase oral.
- 24 La demandante solicita al Tribunal que:
- Con carácter principal, anule la Decisión impugnada en la medida en que se le aplica.
 - Con carácter subsidiario, anule el artículo 2 de la Decisión impugnada en la medida en que le afecta y reduzca sustancialmente el importe de la multa que se le ha impuesto.
 - Condene en costas a la Comisión.
- 25 La Comisión solicita al Tribunal que:
- Desestime el recurso.
 - Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

- 26 La demandante solicita, con carácter principal, la anulación de la Decisión impugnada y, con carácter subsidiario, la supresión de la multa que le impuso la Comisión mediante dicha Decisión o la reducción de su importe.

I. Sobre la pretensión de que se anule la Decisión impugnada

A. Observaciones preliminares

- 27 En apoyo de su pretensión de que se anule la Decisión impugnada, la demandante invoca tres motivos, basados, el primero de ellos en errores de hecho, el segundo en errores de Derecho en la apreciación de los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y el tercero en un vicio sustancial de forma y en una vulneración del derecho de defensa que le amparaba.

1. Alegaciones de las partes

- 28 La demandante recuerda que, según una jurisprudencia constante, la Comisión debe presentar pruebas precisas y concordantes para demostrar que se ha infringido el artículo 81 CE y que la existencia de una duda en el ánimo del juez a este respecto debe favorecer a la empresa (sentencias del Tribunal de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 179, y de 27 de septiembre de 2006, Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, Rec. p. II-3567, apartados 60 y 62). Considera que, en el presente asunto, la Comisión vulneró estos principios tanto al apreciar la existencia de la infracción como al calificar la naturaleza de ésta. Afirma que la Comisión equiparó indebidamente la infracción muy grave cometida por los proveedores de betún (en lo sucesivo, «proveedores»), que supone el cartel para fijar los precios y el reparto del mercado, y la mera estructura de negociación común adoptada por los grandes constructores, que sólo tenía por objeto responder al cartel de los proveedores y obtener condiciones de compra más ventajosas. Debido a esta apreciación errónea del funcionamiento del cartel, la Comisión atribuyó una importancia demasiado grande a las declaraciones de los proveedores y, sin embargo, ignoró medios de prueba a los que, sin embargo, se hacía referencia en el pliego de cargos, algunos de los cuales eran coetáneos de la infracción.
- 29 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

2. Apreciación del Tribunal

- 30 Ante todo, es preciso recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1), y a la jurisprudencia anterior (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 58, y de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 86), la carga de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, incumbe a la autoridad que la alega, que está obligada a aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción. Por otra parte, el juez de la Unión ha precisado que la existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción (véase en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continental/Comisión, 27/76, Rec. p. 207, apartado 265) y que, por tanto, en consonancia con la presunción de inocencia, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de la infracción de que se trate de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta

cuestión, en particular cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión mediante la que se impone una multa (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 28 *supra*, apartado 177). Sin embargo, no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta con que el conjunto de indicios invocado por la institución, apreciado globalmente, responda a dicha exigencia (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 28 *supra*, apartado 180). Así pues, al examinar este primer motivo, corresponde al Tribunal analizar si la Comisión poseía pruebas suficientes de la existencia de hechos constitutivos de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1.

- 31 Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que, cuando la Comisión haya logrado reunir pruebas documentales en apoyo de la supuesta infracción y estas pruebas se revelen suficientes para demostrar la existencia de un acuerdo contrario a la competencia, no será necesario examinar si la empresa acusada tenía un interés comercial en la celebración de dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión, C-403/04 P y C-405/04 P, Rec. p. I-729, apartado 46). Por tanto, en caso de que el Tribunal llegue a considerar que la Comisión ha demostrado la existencia de un acuerdo contrario a la competencia, no le corresponderá dar respuesta a las alegaciones relativas al interés comercial de la demandante en el cartel.
- 32 Por lo demás, la demandante afirma que la Comisión atribuyó con carácter general una importancia demasiado grande a las declaraciones de los proveedores y que, en consecuencia, ignoró algunos medios de prueba. A este respecto debe puntualizarse que la Comisión no está obligada a verificar y a responder en la Decisión impugnada a todas las alegaciones de las partes presentadas durante el procedimiento administrativo previo, sino que le corresponde, conforme a lo dispuesto en el artículo 253 CE, exponer de forma clara e inequívoca su razonamiento, de modo que permita a los interesados conocer cómo se justifica la medida adoptada y al órgano jurisdiccional competente ejercer su control. Esta exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y del interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple los requisitos del artículo 253 CE debe apreciarse no sólo en relación con su tenor, sino también con su contexto y con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 1985, Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comisión, 296/82 y 318/82, Rec. p. 809, apartado 19; de 29 de febrero de 1996, Bélgica/Comisión, C-56/93, Rec. p. I-723, apartado 86, y de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63).

B. Errores de hecho

- 33 La demandante considera que la Comisión incurrió en seis errores de hecho.
1. Sobre el primer error de hecho, basado en que la Comisión no tuvo en cuenta la oposición entre los intereses de los proveedores y los de los grandes constructores
- a) Alegaciones de las partes
- 34 La demandante destaca que los proveedores y los grandes constructores tenían intereses diametralmente opuestos, ya que los primeros intentaban elevar los precios de venta y adjudicarse clientes por la vía de intentar asegurarse la colaboración de los segundos. Considera que la Comisión no ha demostrado que los grandes constructores persiguiesen un objetivo común con los proveedores. Recuerda que varias pruebas —entre ellas, una nota interna de SNV de 6 de febrero de 1995— demostraban que los únicos

que habían establecido un cartel en los años ochenta habían sido los proveedores y que todos ellos participaron en dicho cartel, pero que dichas pruebas no fueron tenidas en cuenta por la Comisión. Asimismo, considera que otros datos confirman que el cartel establecido por los proveedores provocó la colaboración entre los grandes constructores, algo que la Comisión, por lo demás, no ha negado. Señala que, en cambio, la colaboración entre los grandes constructores no comenzó hasta la primera mitad de los años noventa, habiéndose reorganizado entonces de manera significativa la producción de asfalto en los Países Bajos, lo que acarrió una notable reducción del número de plantas mezcladoras de asfalto y la aparición de plantas de las que eran titulares conjuntamente varios grandes constructores. Las reuniones de concertación con los proveedores fueron también la consecuencia obligatoria de un cambio legislativo en los Países Bajos, que llevó en 1990 a la introducción, en los pliegos de condiciones de la construcción de carreteras, de la regla del certificado de origen, que debían obtener los constructores.

- 35 Además, reprocha a la Comisión que, con el objetivo de reforzar su teoría de la existencia de un acuerdo bilateral entre proveedores y grandes constructores, renunció a proseguir sus investigaciones acerca de los acuerdos de reparto del mercado celebrados entre los proveedores, aun cuando el pliego de cargos contenía múltiples indicios a este respecto y ella misma había presentado numerosas pruebas en relación con esta cuestión. Asimismo, afirma que la Comisión ignoró numerosos indicios relativos a los intercambios de información confidencial entre los proveedores acerca de la utilización de las capacidades de producción, los clientes y los precios, así como la existencia de prácticas colusorias entre dichos proveedores en otros países de Europa. Por último, destaca que los grandes constructores nunca celebraron acuerdos de cooperación para la compra de otras materias primas.
- 36 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

- 37 La demandante estima que la Comisión no tuvo en cuenta datos que demostraban que todos los proveedores habían establecido un cartel en los años ochenta, mientras que los grandes constructores sólo tomaron parte en él, como reacción, a partir de la primera mitad de los años noventa. Se basa, sobre todo, en la nota interna de SNV de 6 de febrero de 1995, de la que la Comisión se apropió durante las inspecciones y que se incorporó al expediente administrativo. Debe hacerse constar que de dicho documento se desprende que un trabajador de SNV redactó un resumen sobre el mercado de la construcción de carreteras en los Países Bajos en el que describía la situación de exceso de capacidad del mercado y los «orígenes del cartel» desde 1980. Así, menciona la creación de «Nabit», una organización profesional de empresas de betún, en 1980 —período de inestabilidad de los precios del betún—, la posterior puesta en marcha del proyecto «Star» —cartel integrado por los cinco principales constructores de carreteras y por los principales proveedores, que concluyó en 1993— y, por último, el hecho de que los grandes constructores exigieron una mayor estabilidad de los precios en 1995, con el fin de que las cantidades y el reparto de los mercados volviesen aproximadamente a la situación en la que se encontraban en 1993. El documento destaca, a modo de conclusión, la parte de responsabilidad tanto de los poderes públicos como de los grandes constructores y de los proveedores en la aparición de determinados acuerdos. No obstante, este documento no permite por sí solo determinar con claridad si existía un cartel antes de 1994 ni si los proveedores impusieron el cartel a los grandes constructores.
- 38 Por lo demás, deben tenerse en cuenta también otras pruebas mencionadas en la Decisión impugnada. Así, en otra nota interna de 9 de febrero de 1995, también apprehendida por la Comisión durante las inspecciones e incorporada al expediente, dos trabajadores de SNV expusieron la situación del mercado neerlandés de la construcción de carreteras y destacaron especialmente la existencia de acuerdos en materia de precios y de mercados entre los grandes constructores, que disfrutaban de un descuento específico, y los proveedores, en perjuicio de las entidades adjudicadoras y de los demás constructores. Los referidos trabajadores calificaban la situación de «cooperación entre dos carteles» y

eran conscientes de que existía un riesgo de sanción por parte de la Comisión. Señalaban que SNV intentó poner fin a esta situación desde 1992, sin lograrlo, y examinaban las posibilidades de evolución de la situación y los riesgos asociados a ella (mantenimiento de la cooperación y cese parcial o total de la cooperación). Este documento confirma el carácter bilateral del cartel y desvirtúa, en cambio, la tesis de la demandante de que antes de 1994 existía un cartel únicamente entre los proveedores, que lo impusieron a los grandes constructores. Además, un informe interno de 20 de febrero de 1992 —aprehendido por la Comisión durante las inspecciones e incorporado al expediente— de la sociedad Wintershall AG, productora de betún para el recubrimiento de carreteras destinataria de la Decisión impugnada mediante la que se le impuso una multa de 11,625 millones de euros, deja constancia de la existencia de contactos entre SNV y la demandante, quien solicitó a SNV, como «marketleader», que formularse propuestas de colaboración entre los proveedores y el W5 que correspondían a un monopolio de compra. El documento señala que Wintershall había indicado a la demandante, en una visita de ésta a sus locales el 18 de febrero de 1992, que la referida conducta planteaba problemas desde el punto de vista del Derecho de la competencia. La demandante ha intentado poner en entredicho la credibilidad de este documento indicando que ella mantenía pocos contactos comerciales con Wintershall y que era poco creíble que hubiese transmitido una información tan confidencial a su interlocutora. No obstante, parece poco plausible que Wintershall trascribiese deliberadamente una información errónea en un informe puramente interno de 1992. En cualquier caso, el mero hecho —suponiendo que se haya demostrado— de que la demandante sólo mantuviese pocos contactos comerciales con Wintershall no basta para poner en duda el valor probatorio del referido documento.

- 39 En consecuencia, el Tribunal estima que varios documentos concordantes coetáneos de la infracción o que datan del período anterior a ésta permitían a la Comisión considerar que el cartel no tuvo su origen en un cartel anterior establecido por los proveedores y que éstos no lo impusieron a los grandes constructores.
- 40 Por lo demás, la demandante reprocha a la Comisión que, a pesar de los numerosos indicios mencionados en el pliego de cargos, renunciase a proseguir las investigaciones relativas a los acuerdos de reparto del mercado que habrían celebrado los proveedores en los Países Bajos, a los intercambios regulares de información confidencial entre los proveedores en relación con la utilización de las capacidades de producción, los clientes y los precios, y a la existencia de prácticas colusorias entre dichos proveedores en otros países de Europa.
- 41 Ante todo, debe destacarse, por una parte, que la existencia de otros posibles acuerdos entre los proveedores no es incompatible con la teoría de la existencia de un acuerdo bilateral entre dichos proveedores y el W5 y, por otra, que la Comisión no ha excluido que los grandes constructores hayan participado en otros acuerdos con los proveedores (apartados 174 y 175 del pliego de cargos).
- 42 Por lo demás, no puede reprocharse a la Comisión, en el marco de este recurso, que no haya incluido otros posibles acuerdos en la Decisión impugnada. Efectivamente, tal argumento, suponiendo que resulte fundado, no puede influir en la legalidad de la Decisión impugnada.
- 43 En cualquier caso, ha de recordarse el carácter preliminar del pliego de cargos, cuya función consiste, tal como establecen los reglamentos de la Unión, en facilitar a las empresas todos los datos necesarios para que puedan defenderse efectivamente antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva (sentencias del Tribunal de 14 de mayo de 1998, *Mo och Domsjö/Comisión*, T-352/94, Rec. p. II-1989, apartado 63, y *Cascades/Comisión*, T-308/94, Rec. p. II-925, apartado 42, y de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime y otros/Comisión*, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 442). Así, si bien la Comisión debe adoptar una decisión final basada únicamente en los cargos respecto a los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones (artículo 27, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003), no está obligada a reproducir todos los datos mencionados en el pliego de cargos, sobre todo si tales datos hubieran de resultar insuficientes.

Por tanto, la decisión no tiene por qué ser necesariamente una copia exacta del pliego de cargos (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, van Landewyck y otros/Comisión, 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 68).

- 44 Por lo que respecta a la alegación de la demandante de que el establecimiento del cartel por parte de los grandes constructores en los años noventa fue una reacción a la reestructuración del mercado del asfalto por los poderes públicos neerlandeses (establecimiento de un certificado de origen en el pliego de condiciones de los contratos de construcción de carreteras que dificultaba todo cambio de proveedor durante un año natural, disminución del número de plantas mezcladoras de asfalto y creación de plantas de las que eran titulares conjuntos varios grandes constructores), ha de destacarse que la demandante no ha indicado la razón por la que este desarrollo de la normativa nacional llevó al W5 a establecer el cartel. Pues bien, según la jurisprudencia, cuando no exista una disposición normativa obligatoria que imponga un comportamiento contrario a la competencia, la Comisión sólo puede concluir que los operadores imputados carecían de autonomía si se pone de manifiesto, sobre la base de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que este comportamiento les fue impuesto unilateralmente por las autoridades nacionales mediante el ejercicio de presiones irresistibles, como la amenaza de adopción de medidas estatales que pudieran ocasionarles pérdidas notables (sentencia del Tribunal de 11 de diciembre de 2003, Minoan Lines/Comisión, T-66/99, Rec. p. II-5515, apartados 176 a 179). En el presente asunto, la demandante no ha aportado ningún dato que permita considerar que los comportamientos que se le imputan tuvieron su origen en la legislación nacional neerlandesa.
- 45 Por último, el hecho —suponiendo que se haya demostrado— de que los grandes constructores no hubiesen celebrado nunca acuerdos de cooperación para la compra de otras materias primas no influye de ninguna manera en la existencia de la presente infracción.
- 46 Por tanto, debe concluirse que la Comisión no ha incurrido en ningún error de apreciación respecto a los intereses de los proveedores y a los de los grandes constructores.

2. Sobre el segundo error de hecho, relativo al contenido de los acuerdos entre proveedores y grandes constructores

a) Alegaciones de las partes

- 47 La demandante considera que la Comisión apreció erróneamente el contenido de los acuerdos celebrados entre los proveedores y los grandes constructores. Así, en primer término, afirma que los proveedores fueron siempre los únicos que originaron los aumentos del precio bruto del betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos (en lo sucesivo, «precio bruto»), sin que los grandes constructores consiguieran oponerse al aumento anunciado por los proveedores —salvo en una ocasión, en marzo de 2000—. De numerosos documentos del expediente —sobre todo de las declaraciones de Kuwait Petroleum y de Nynas, proveedores de betún destinatarios de la Decisión impugnada, por la cual se les impusieron multas de 16,632 y de 13,5 millones de euros, respectivamente— se desprende que los proveedores siempre tomaban solos la iniciativa de incrementar los precios y convocaban a los grandes constructores para imponérsela. En segundo término, el descuento específico concedido por los proveedores al W5 se consideraba justificado desde un punto de vista comercial debido a las cantidades de betún adquiridas por dichas sociedades y sólo constituía un punto de partida para las negociaciones individuales celebradas entre cada constructor y cada proveedor. En tercer término, la demandante recuerda que numerosos datos del expediente administrativo permiten afirmar que los pequeños constructores se comportaban del mismo modo que sus competidores más importantes en sus negociaciones con los proveedores, exigiendo obtener los precios más bajos, y que el W5 sospechaba que éstos les concedían un descuento más alto. La reacción del W5 cuando, en 2000, descubrió que los pequeños constructores se habían beneficiado de un descuento equivalente al suyo, consistió en exigir individual o colectivamente (aunque esto sólo

ocurrió en una ocasión) un descuento más elevado de los proveedores. En cualquier caso, la demandante afirma que el W5 no disponía de ningún medio para controlar si los proveedores respetaban su compromiso o, incluso, de sancionarlos si concedían descuentos más altos a los pequeños constructores. En cuarto término, la demandante destaca que la Comisión transmite la impresión equivocada de que el descuento concedido al W5 era cada vez más alto —cuando, en realidad, en 2000 volvió al nivel de 1994— y que, por el contrario, el incremento del precio bruto se mantuvo constante durante el período de infracción.

48 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

49 Por lo que respecta, en primer término, a la alegación de que numerosos documentos demuestran que los proveedores eran los únicos que originaron el aumento del precio bruto y que el descuento concedido al W5 dependía únicamente de las cantidades adquiridas, pudiendo los grandes constructores, por lo demás, renegociar este descuento de forma individual con cada proveedor, como lo hacían los pequeños constructores, debe subrayarse la necesidad de tener en cuenta globalmente los acuerdos celebrados entre el W5 y los proveedores, acuerdos que se referían tanto al precio bruto como al descuento mínimo concedido al W5 y al descuento máximo aplicable a los pequeños constructores.

50 En primer lugar, muchos documentos citados en la Decisión impugnada confirman que las dos partes concluyeron acuerdos sobre el precio bruto, sin que ese precio lo fijasen de manera unilateral los proveedores y lo impusiesen a los grandes constructores, como afirma la demandante. Así, en una nota de la sociedad Hollandsche Beton Groep (en lo sucesivo, «HBG») de 8 de julio de 1994 —un constructor de carreteras en los Países Bajos destinatario de la Decisión impugnada, por la que se le impuso una multa de 7,2 millones de euros— se hace mención de los acuerdos entre el W5 y las compañías petroleras sobre el precio bruto hasta el 1 de enero de 1995 (considerando 94 de la Decisión impugnada). Por otra parte, la nota interna de SNV de 9 de febrero de 1995 alude igualmente a los acuerdos sobre los precios celebrados entre el W5 y los proveedores (considerando 89 de la Decisión impugnada). Asimismo, una nota de SNV de 14 de julio de 2000 hace referencia a los acuerdos colectivos sobre el precio bruto celebrados entre los proveedores y el W5 en 1995 (considerando 90 de la Decisión impugnada). Además, algunas notas de la demandante relativas a reuniones celebradas los días 12 de marzo y 14 de septiembre de 1999 dejan constancia de los resultados de estas prácticas concertadas por lo que respecta al precio bruto y al descuento concedido al W5 (considerandos 104 y 106 de la Decisión impugnada). Una serie de notas de HBG de 1999 y de 2000 se refieren también a los acuerdos sobre los incrementos de precios y las compensaciones y al rechazo por parte del W5 de la propuesta de los proveedores de subir los precios para el 1 de abril de 2000 (considerandos 107 y 110 de la Decisión impugnada). Por lo demás, algunas notas de HBG y de la demandante se refieren a una reunión de 1 de marzo de 2001 en la que los proveedores deseaban bajar el precio bruto mientras que el W5 prefería mantener el precio bruto en vigor (considerandos 115 y 116 de la Decisión impugnada). Por último, tanto en su respuesta de 12 de septiembre de 2003 a una solicitud de información de la Comisión como en su contestación de 20 de mayo de 2005 al pliego de cargos, la demandante admitió que los proveedores y el W5 habían celebrado acuerdos a partir de las propuestas de precios brutos realizadas por los proveedores (considerando 97 de la Decisión impugnada).

51 Las declaraciones de Kuwait Petroleum de los días 12 de septiembre, 1 de octubre y 9 de octubre de 2003 y de Nynas de 2 de octubre de 2003 (considerando 70 de la Decisión impugnada), citadas por la demandante, no permiten cuestionar la conclusión de que el precio bruto no lo fijaban de manera unilateral los proveedores y lo imponían a los grandes constructores. En efecto, estas declaraciones

sólo permiten llegar a la conclusión de que existieron reuniones preparatorias entre los proveedores en las cuales éstos se pusieron de acuerdo en las propuestas de precios que se hacían a los grandes constructores en las reuniones del cartel.

- 52 En segundo lugar, la Decisión impugnada hace referencia a numerosos documentos que confirman que las negociaciones entre los proveedores y los grandes constructores versaban también sobre el descuento concedido al W5 y el descuento máximo otorgado a los demás constructores de carreteras. Ocurre así, por ejemplo, con la respuesta de la demandante de 12 de septiembre de 2003 a una solicitud de información de la Comisión en la que aquélla indicó que las reuniones entre los proveedores y los grandes constructores tenían por objeto tanto los «baremos de precios» como «los descuentos estándar» (considerando 72 de la Decisión impugnada). Asimismo, una nota interna de HBG de 28 de marzo de 1994 deja constancia de los precios estándar, del descuento concedido al W5 y de un descuento máximo otorgado a los demás constructores (considerando 93 de la Decisión impugnada). Una nota interna de HBG de 24 de febrero de 1994 revela asimismo la importancia que los grandes constructores atribuían al hecho de obtener un descuento no concedido a los pequeños constructores y de evitar que el descuento se aplicase a todos los constructores (considerando 95 de la Decisión impugnada). Además, un informe interno de HBG de 14 de septiembre de 1999 resume los acuerdos sobre los «incrementos y las compensaciones» de 1999 celebrados entre el W5 y los proveedores (considerando 107 de la Decisión impugnada). La respuesta de Kuwait Petroleum de 16 de septiembre de 2003 a una solicitud de información de la Comisión indica también que la reunión de concertación de 27 de marzo de 1998 permitió tratar del precio bruto y de los descuentos (considerando 103 de la Decisión impugnada). Una nota interna de la demandante relativa a una reunión de 12 de marzo de 1999 alude igualmente al precio bruto y al descuento acordado para el W5 (considerando 104 de la Decisión impugnada). Por otra parte, una serie de notas de HBG y de la demandante se refieren a la reunión de 1 de marzo de 2001 y precisan el precio bruto acordado, el descuento concedido al W5 y el otorgado a los demás constructores (considerando 116 de la Decisión impugnada). Una nota interna de la demandante de 23 de mayo de 2001, confirmada por su respuesta de 12 de septiembre de 2003 a una solicitud de información, deja constancia también del precio bruto y del descuento concedido al W5 (considerando 119 de la Decisión impugnada). En su contestación al pliego de cargos, la demandante, citando a uno de sus trabajadores, señaló asimismo que «los incrementos del precio estándar no constituían un problema, siempre y cuando después hubiese descuentos» (considerando 149 de la Decisión impugnada). Por último, un análisis de SNV de 9 de febrero de 1995 señala la importancia para el W5 de disfrutar de un descuento mayor que el concedido a los pequeños constructores (considerando 153 de la Decisión impugnada).
- 53 Las diferentes pruebas citadas demuestran que los acuerdos celebrados entre los grandes constructores y los proveedores tenían por objeto tanto el precio bruto como el descuento específico concedido al W5. El hecho —suponiendo que se haya probado— de que hayan podido surgir divergencias y conflictos en relación con el nivel de dicho precio y de los descuentos durante las referidas negociaciones entre los proveedores y los grandes constructores no basta para demostrar la afirmación de la demandante de que los proveedores impusieron los incrementos del precio bruto al W5.
- 54 Por lo que respecta, en segundo término, a la alegación de la demandante de que el descuento que se había concedido al W5 estaba justificado desde el punto de vista comercial en razón de las cantidades adquiridas, procede examinar las cantidades adquiridas individualmente por cada miembro del W5, y no la cantidad global comprada por todos sus miembros. Así, de la Decisión impugnada se desprende que los pequeños constructores no disfrutaban del mismo descuento que los miembros del W5, aunque a veces adquirían, individualmente, mayores cantidades de betún que los miembros del W5. En una declaración efectuada el 12 de julio de 2002, un trabajador de BP señaló que los proveedores incumplían a menudo los acuerdos celebrados con el W5 y concedían un descuento más elevado a algunos pequeños constructores que les compraban mayores cantidades de betún. Por otra parte, la Comisión ya había dado respuesta a esta alegación en el considerando 157 de la Decisión impugnada, destacando, además, por un lado, que los propios grandes constructores habían reconocido que negociaban en general un descuento adicional en función de las cantidades adquiridas individualmente

y, por otro, que la existencia de un mecanismo de imposición de sanciones en caso de concesión a los pequeños constructores de un descuento superior al establecido en los acuerdos (y ello aun teniendo en cuenta que, como afirma la demandante, dicho mecanismo sólo se utilizó en una ocasión) constituía un indicio adicional de que el descuento concedido al W5 no era proporcional a las cantidades adquiridas. Por lo demás, de un documento interno de HBG de 23 de diciembre de 1999 se desprende que el descuento concedido al W5 en las reuniones de concertación se explicaba «en razón de las cantidades totales y de la preferencia frente a aquéllos que no participa[ba]n en el sistema» (considerando 108 de la Decisión impugnada). Estos diferentes datos, así como la importancia concedida por el W5 en las reuniones del cartel al nivel de su descuento (véase el apartado 52 de la presente sentencia), permiten considerar que la demandante no ha demostrado que el descuento concedido al W5 dependiese de las cantidades adquiridas.

- 55 En tercer término, debe precisarse que la demandante no puede aprovecharse del hecho de que los pequeños constructores se comportasen del mismo modo que sus competidores más importantes en sus negociaciones con los proveedores, exigiendo obtener los precios más bajos, toda vez que, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, la situación de una empresa que negocia individualmente sus precios con un proveedor es diferente de la de las empresas que actúan de manera colectiva.
- 56 Además, por lo que respecta a la afirmación de la demandante de que el W5 no disponía de ningún medio para controlar si los proveedores respetaban sus compromisos, debe señalarse que numerosas pruebas concordantes demuestran que el W5 había establecido un mecanismo de imposición de sanciones para el supuesto de que los proveedores concediesen a los pequeños constructores un descuento superior al fijado (véanse también los apartados 94 a 96 de la presente sentencia). Efectivamente, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión se basó en numerosos datos concordantes que hacen referencia a sanciones económicas individuales —o, al menos en una ocasión, colectivas— impuestas por el W5 a los proveedores que concedían un descuento demasiado grande a los pequeños constructores, así como a cambios de proveedor en caso de descubrirse tal descuento (considerandos 82 a 86 de la Decisión impugnada). Así, en un informe interno de Wintershall de 4 de marzo de 1996 relativo a una visita a la empresa constructora Heijmans NV, se hace referencia a tales sanciones para el año 1995 (considerando 82 de la Decisión impugnada). Asimismo, un informe de HBG relativo al acuerdo de 14 de septiembre de 1999 recoge una pregunta acerca del gran descuento concedido a dos pequeños constructores (considerando 83 de la Decisión impugnada). Por lo que respecta al año 2000, la propia demandante y BP mencionan una multa colectiva impuesta a los proveedores a raíz del descubrimiento del descuento realizado a Krekel, un pequeño constructor (considerando 84 de la Decisión impugnada). Kuwait Petroleum y BP confirmaron también en sus declaraciones la existencia de un mecanismo de imposición de sanciones en caso de descubrirse la concesión de un descuento demasiado elevado a un pequeño constructor (considerandos 85 y 86 de la Decisión impugnada). En la nota interna de SNV de 9 de febrero de 1995 se hace mención también de una amenaza de disminución de los pedidos de betún en caso de que se presentasen ofertas competitivas a constructores no miembros del W5 (considerando 86 de la Decisión impugnada). Por último, en un documento relativo a un acuerdo de 4 de mayo de 2001, la demandante alude asimismo a una multa impuesta a Nynas debido a su política de precios (considerando 117 de la Decisión impugnada), lo cual confirmó Kuwait Petroleum en su declaración de 12 de septiembre de 2003 (considerando 118 de la Decisión impugnada).
- 57 En cuarto término y en relación con la alegación de la demandante de que el precio del betún aumentó continuamente durante el período de infracción mientras que el descuento concedido al W5 volvió en 2002 al nivel de 1994, cabe afirmar que ésta carece de fundamento fáctico. Efectivamente, del anexo 1 de la Decisión impugnada se desprende que el precio bruto fluctuó mucho entre 1994 y 2002 y que no aumentó sistemáticamente, produciéndose también bajadas con carácter regular. Por lo que respecta a la evolución del descuento específico concedido al W5, de los documentos mencionados en los considerandos 93 a 125 de la Decisión impugnada se desprende que éste reflejaba normalmente los incrementos del precio bruto y que, por tanto, aumentó continuamente a lo largo del período

1998-2000, para volver en 2002 a un nivel próximo al de 1994 [60 florines neerlandeses (NLG) en 2002, 50 NLG en 1994]. Por consiguiente, la demandante no puede afirmar que el descuento concedido a W5 acabó siendo proporcionalmente menor que el incremento del precio bruto.

58 De todo cuanto se ha expuesto se desprende que la Comisión no incurrió en error alguno de apreciación por lo que respecta al contenido de los acuerdos entre proveedores y grandes constructores y que debe desestimarse esta segunda alegación.

3. Sobre el tercer error de hecho, basado en una apreciación errónea del interés de los grandes constructores en el cartel

a) Alegaciones de las partes

59 La demandante estima que la Comisión incurrió en un error de apreciación del interés del W5 en el cartel. Así, en la Decisión impugnada, la Comisión, por una parte, renunció a la tesis expuesta en el pliego de cargos, según la cual el W5 tenía interés en mantener el precio bruto artificialmente elevado y, por otra, presentó una nueva tesis. A juicio de la Comisión —que se basa, según la demandante, en una nota de SNV de 6 de febrero de 1995—, los miembros del W5 tenían interés en que los precios del betún aumentasen simultánea y sustancialmente, con el fin de hacer subir el índice fijado por un organismo sin ánimo de lucro encargado de publicar los precios del betún para el recubrimiento de carreteras, aunque se beneficiaban también de un descenso de los precios del betún, a condición de que éste fuese gradual y escalonado. Afirma que tal descenso no acarrea una bajada del índice en cuestión y les permitía no repercutir dicho descenso en las entidades adjudicadoras. La demandante, a la vez que afirma no tener un conocimiento detallado de cómo se fija dicho índice, señala que sabe que ese índice se revisaba mensualmente sobre la base de datos relativos a todos los precios de compra, recogidos directamente por el organismo encargado de fijarlo y de forma individual entre un determinado número de plantas mezcladoras de asfalto, y que había observado que la evolución efectiva de ese índice no permitía confirmar la tesis de la Comisión. Señala también que los grandes constructores no se opusieron a una bajada del precio bruto del betún en la reunión de 12 de abril de 2000, pero que, después de su intento de retirarse de las reuniones de concertación con los proveedores, éstos les amenazaron con reducir conjuntamente el precio bruto y el descuento que se les había concedido, a lo que ellos se opusieron. Por otra parte, el mismo fenómeno se repitió en marzo de 2001. Por lo demás, destaca que un incremento de precios que se produzca durante la temporada de obras viales sólo supone inconvenientes para un constructor, ya que únicamente el 5 % de las obras incluyen una cláusula de indemnización ligada a la evolución del precio de las materias primas. Además, precisa que a veces un constructor podía repercutir ese incremento de los precios del betún a falta de cláusula específica, pero que esta posibilidad la tenían todos los constructores, incluso los pequeños. Por último, señala que los incrementos de precios ocurridos al principio de la temporada de obras viales podían repercutirse más fácilmente y que, por tanto, todos los constructores tenían interés en que los precios se mantuviesen estables durante dicha temporada, si bien los proveedores deseaban aumentar sus precios en todo momento.

60 La Comisión rechaza todas las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

61 El juez de la Unión ya declaró que los participantes en un mismo cartel podían tener intereses económicos complementarios (sentencia del Tribunal de 13 de diciembre de 2006, FNCBV y otros/Comisión, T-217/03 y T-245/03, Rec. p. II-4987, apartado 322). En el presente asunto, la Comisión consideró que tanto los proveedores como el W5 tenían un interés común en la existencia de acuerdos sobre el precio bruto y los descuentos, cuyo efecto era una restricción de la competencia tanto por lo que respecta a los proveedores como a los grandes constructores. La demandante

considera que la Comisión incurrió en un error de apreciación por lo que se refiere al objetivo del W5, que no era perjudicar al consumidor final, sino limitar los efectos de los incrementos de precios impuestos por los proveedores.

- 62 Ante todo, es preciso recordar, en consonancia con el apartado 31 de la presente sentencia, que no es necesario examinar si la empresa acusada tiene un interés comercial en dichos acuerdos cuando la Comisión haya logrado reunir pruebas documentales en apoyo de la supuesta infracción y estas pruebas se revelen suficientes para demostrar la existencia de un acuerdo contrario a la competencia (sentencia Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión, citada en el apartado 31 *supra*, apartado 46). Por consiguiente, el Tribunal examina únicamente con carácter subsidiario la cuestión del error de apreciación por lo que se refiere al objetivo del W5.
- 63 A título preliminar, debe recordarse brevemente, a partir de los datos en los que las partes están de acuerdo, cómo funciona el Centrum voor regelgeving en onderzoek in de grond-, water- en wegebouw en de Verkeerstechniek (CROW, Centro para la regulación y la investigación en materia de ingeniería civil y de tráfico), organismo sin ánimo de lucro encargado, en particular, de publicar mensualmente los precios del betún para el recubrimiento de carreteras desde los años setenta (considerandos 25 y 26 de la Decisión impugnada).
- 64 La publicación del precio del betún para el recubrimiento de carreteras por el CROW se realizaba hasta el 1 de noviembre de 1995 tras consultar a los productores de asfalto. Después de esa fecha, el cálculo lo efectuaba el CBS (oficina central de estadística), un organismo dependiente del Gobierno, a partir de un estudio de mercado que tenía por objeto diversas plantas mezcladoras de asfalto —es decir, antes de que se aplicase un posible descuento a los constructores—, y este índice de precios, publicado por el CROW (en lo sucesivo, «índice CROW»), servía de referencia para los contratos de construcción de carreteras a largo plazo que incluían una cláusula de cobertura de riesgos. En el caso de dichos contratos, en el supuesto de una subida del índice CROW más allá de un determinado umbral, las entidades adjudicadoras estaban obligadas a indemnizar a los constructores. A la inversa, en caso de un descenso del índice CROW por debajo de un cierto umbral, los constructores debían indemnizar a las entidades adjudicadoras. Por consiguiente, los constructores no se veían perjudicados por un aumento de los precios si el incremento se producía de forma simultánea, haciendo subir así el índice CROW. En cambio, los constructores no tenían interés en que bajasen los precios, bajada que, si conllevaba un descenso del índice CROW, les obligaba a abonar a la otra parte del contrato la diferencia de precio.
- 65 La demandante, a la vez que afirma no conocer en detalle el mecanismo de cálculo del índice CROW, ha presentado ante el Tribunal un documento que resume la evolución efectiva de dicho índice entre 1997 y 2005, afirmando que invalida la tesis expuesta por la Comisión en los considerandos 25 y 26 de la Decisión impugnada, según la cual los proveedores aumentaban sus precios de forma simultánea y sustancial y sólo los bajaban de manera muy gradual. No obstante, este documento no aporta indicación alguna acerca de si los precios aumentaban de forma simultánea y disminuían por separado. Únicamente permite observar que, durante el período 1997-2005, el índice CROW del precio del betún aumentó constantemente, a excepción de los meses comprendidos entre febrero de 1998 y abril de 1999. Por lo demás, el anexo 1 de la Decisión impugnada confirma que, durante todo el período de infracción, el precio bruto del betún para el recubrimiento de carreteras se incrementó en 253 NLG. El Tribunal considera que el análisis del funcionamiento de este índice corrobora la explicación de la Comisión de que, en el caso de los contratos que incluían una cláusula de cobertura de riesgos, los constructores no se veían perjudicados por un incremento de los precios sin que, por el contrario, tuvieran interés en que los precios bajasen. No obstante, no es indispensable determinar el mecanismo exacto de cálculo de este índice, sobre el que las partes discrepan, para poder valorar el interés del W5 en el cartel.

- 66 Por lo demás, la demandante rebate la afirmación de la Comisión de que los grandes constructores se opusieron a una bajada del precio bruto del betún en 2000 y en 2001. No obstante, de las notas tomadas por un trabajador de la demandante durante la reunión del cartel de 12 de abril de 2000, a las que la Comisión se refiere en el considerando 111 de la Decisión impugnada, se desprende que los grandes constructores estaban preocupados por una bajada del precio bruto que les costaría cara, debido a un descenso del índice CROW. La demandante señala que este documento debe situarse en su contexto, esto es, que los grandes constructores habían indicado a los proveedores que deseaban retirarse del cartel, a lo que los proveedores respondieron amenazándoles con reducir radicalmente el precio bruto y el descuento específico que se les había concedido. Ahora bien, ninguna prueba respalda esta afirmación y, en cualquier caso, no permite considerar que la Comisión incurriese en un error de apreciación al estimar que los grandes constructores no deseaban que bajasen los precios del betún ni su descuento específico.
- 67 Por lo que respecta al año 2001, la Comisión señaló, en los considerandos 115 y 116 de la Decisión impugnada, que de algunos documentos de HBG y de la demandante se desprendía que los proveedores deseaban reducir el precio bruto debido a la diferencia de precio respecto a los países vecinos, mientras que el W5 había propuesto mantener el precio bruto e incrementar su descuento, y que finalmente se decidió reducir ligeramente el precio bruto (-20 NLG) y mantener elevado el descuento (80 NLG). A este respecto, la demandante considera que la Comisión incurrió en un error de apreciación de los hechos ya que de estos documentos se desprende que los proveedores deseaban mantener el nivel de los precios después del descuento, pero que querían reducir tanto el precio bruto como su descuento. No obstante, es preciso destacar que la Comisión utilizó estos documentos para demostrar que los grandes constructores no tenían interés en una bajada del precio bruto ni en una bajada de su descuento específico y que, por tanto, no eran simples víctimas de los proveedores.
- 68 Por otra parte, la demandante intenta minimizar la importancia del índice CROW, señalando que sólo el 5 % de los contratos públicos incluían una cláusula de indemnización ligada a la evolución del precio de las materias primas. La Comisión precisa que, según otro constructor miembro del W5, entre el 10 y el 15 % de los contratos públicos incluían tal cláusula. En cualquier caso, el Tribunal indica que de numerosos documentos se desprende que esta cuestión fue objeto de discusión en las reuniones del cartel [considerandos 94 (nota de HBG de 8 de julio de 1994), 101 (nota interna de BP de 1996), 107 (informe de HBG de 14 de septiembre de 1999), 111 (notas de la demandante de 12 de abril de 2000) y 115 (notas de HBG de 16 de febrero de 2001) de la Decisión impugnada], lo que permite considerarla un elemento central de las negociaciones, con independencia del número de contratos públicos afectados. Además, la propia demandante hizo referencia a este tipo de cláusulas en su respuesta de 12 de septiembre de 2003 a una solicitud de información de 30 de junio de 2003, señalando que se le había concedido un descuento específico por las obras en relación con las cuales no se había acordado por vía contractual repercusión alguna en caso de aumento del precio del betún.
- 69 Además, la demandante señala, por una parte, que, si bien en ocasiones un constructor podía repercutir en la entidad adjudicadora un incremento del precio del betún a falta de cláusula de cobertura de riesgos, esta posibilidad la tenían todos los constructores, incluidos los pequeños, así como que, por otra parte, todos los constructores podían repercutir más fácilmente un incremento del precio ocurrido al principio de la temporada y que, por tanto, todos tenían interés en que los precios se mantuviesen estables a lo largo de la temporada. Ahora bien, esta alegación no puede bastar para cuestionar la apreciación de la Comisión acerca del interés del W5 en el cartel. En efecto, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, debe distinguirse entre, por un lado, las negociaciones celebradas bilateralmente entre dos empresas y, por otro, los acuerdos colectivos sobre los precios y sobre los descuentos específicos, celebrados de forma grupal. El hecho de que los pequeños constructores también tuviesen interés en que las variaciones de precios se produjesen al inicio de la temporada de obras viales no basta para neutralizar el impacto negativo, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, del mayor descuento concedido al W5.

70 Por último, debe destacarse que la propia demandante señaló, en su contestación al pliego de cargos, que los miembros del W5 podían aceptar una subida del precio bruto a condición de obtener un descuento mayor que los pequeños constructores (considerando 149 de la Decisión impugnada).

71 De todas las consideraciones anteriores resulta que los proveedores y el W5 tenían un interés común en la existencia de acuerdos sobre el precio bruto y sobre los descuentos y que el interés de los grandes constructores se explica al mismo tiempo por el mecanismo de las cláusulas de cobertura de riesgo en los contratos públicos y por el descuento específico del que disfrutaban, que les reportaba una ventaja competitiva respecto a los pequeños constructores a la hora de obtener la adjudicación de contratos públicos. Por tanto, la Comisión no incurrió en un error de apreciación por lo que se refiere al interés del W5 en el cartel.

4. Sobre el cuarto error de hecho, basado en la falta de repercusión del cartel en la competencia en el mercado de la construcción de carreteras

a) Alegaciones de las partes

72 La demandante reprocha a la Comisión que haya considerado que el precio del betún constituía un factor de coste muy importante para las empresas de construcción de carreteras, aun cuando ella había indicado en su contestación al pliego de cargos que el coste de adquisición del betún sólo suponía en torno al 1,5 % del coste total de una obra vial y los otros constructores miembros del W5 habían confirmado esta cifra a la Comisión. Al ascender sólo al 1 % las diferencias de precio vinculadas al descuento específico concedido al W5, la demandante supone que la Comisión mantuvo esta falsa afirmación sólo con el fin de demostrar el carácter bilateral del cartel. Por lo demás, considera que el hecho de que los grandes constructores exigiesen un gran descuento formaba únicamente parte de su estrategia de compra y no suponía un instrumento de limitación de la competencia. Por último, considera que la Comisión no puede aportar pruebas en la fase del procedimiento judicial.

73 La Comisión refuta las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

74 Con carácter preliminar, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia de un acuerdo son requisitos, no acumulativos, sino alternativos para apreciar si tal acuerdo está comprendido dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Pues bien, el carácter alternativo de este requisito —como indica la conjunción «o»— lleva a la necesidad de considerar, en primer lugar, el objeto mismo del acuerdo, teniendo en cuenta el contexto económico en el que debe aplicarse. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido del acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, será necesario examinar entonces los efectos y, para proceder a su prohibición, exigir que se den los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, o bien impedido, o bien restringido, o bien falseado de manera sensible. Por lo demás, no es necesario examinar los efectos de un acuerdo cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291, apartado 55). Así pues, en el presente asunto, la Comisión estaba únicamente obligada a demostrar que los acuerdos tenían por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, sin que estuviese obligada a demostrar los concretos efectos contrarios a la competencia de dichos acuerdos.

75 De la Decisión impugnada resulta que la Comisión estimó que los acuerdos mediante los que se fijaba el precio bruto del betún, un descuento mínimo específico al W5 y un descuento máximo concedido a los pequeños constructores tenían por objeto menoscabar la competencia en el sector de la

construcción de carreteras y que, por tanto, la consideración de los efectos concretos de dichos acuerdos era superflua para apreciar si estaban comprendidos en la prohibición que establece el artículo 81 CE, apartado 1 (considerandos 155 a 160). Por consiguiente, la Comisión sólo examinó los efectos de dichos acuerdos, en los considerandos 79 a 86 y 169 a 174, con carácter subsidiario.

- 76 La demandante considera que la Comisión incurrió en un error de apreciación de la repercusión del cartel en el mercado de la construcción de carreteras, sobre todo debido a la pequeña parte que el coste de adquisición del betún representa en el coste total de una obra (1,5 %). La Comisión cuestiona esta cifra, señalando que la demandante utilizó un método de cálculo muy amplio y que un documento público de la oficina estadística neerlandesa subrayaba en 2006 la repercusión del precio del betún en los costes de las obras viales. La demandante discute la admisibilidad de dicho documento como prueba, dado que no se aportó hasta la fase del procedimiento judicial.
- 77 Sin que haya necesidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de este documento, basta con hacer constar que, en el presente asunto, la Comisión se basó en otros datos para demostrar que el descuento específico concedido al W5 repercutió en la competencia en el sector de la construcción de carreteras. En efecto, en la Decisión impugnada, sin cifrar la parte que el coste del betún representa en la construcción de carreteras, señaló no obstante que «lo importante para el W5 no era tanto el nivel absoluto del precio neto del betún como el hecho de que disfrutaba de una ventaja relativa respecto a los constructores de carreteras que no formaban parte del W5», ventaja relativa que podía «permitirle ganar licitaciones públicas de obras que requerían un consumo relativamente elevado de betún» (considerandos 70 y 153 de la Decisión impugnada). Esta afirmación se basa en numerosos documentos concordantes del expediente administrativo. Así, en primer lugar, en su contestación al pliego de cargos, la demandante indicó que, «por consiguiente, para el constructor de carreteras individual, los precios netos del betún [representaban] el precio de coste real del betún» y que, «por tanto, para aquél, estos precios eran el punto de partida del cálculo del coste de producción de una tonelada de asfalto en tanto que insumo de una obra de construcción de carreteras». En segundo lugar, en su nota interna de 9 de febrero de 1995, SNV había destacado que el W5 «atribuía una gran importancia a la posibilidad de obtener los precios de compra más bajos en comparación con la competencia», siendo el nivel absoluto del precio mucho menos importante. En tercer lugar, en su declaración de 9 de octubre de 2003, Kuwait Petroleum precisó que los grandes constructores podían saber si un proveedor había incumplido los acuerdos del cartel ofreciendo un descuento mayor a un pequeño constructor gracias a *Cobouw*, diario neerlandés que registra las licitaciones y los resultados de las adjudicaciones en el sector de la construcción en los Países Bajos (considerando 70 de la Decisión impugnada). Por último, en un acta, fechada el 31 de octubre de 2001, de una visita a Van Kessel, un pequeño constructor, Veba, un proveedor, confirmó que lo más importante para ese constructor no era el precio absoluto, sino obtener el precio más bajo posible.
- 78 Por tanto, el Tribunal estima que estos datos demuestran que el descuento específico concedido al W5 repercutió en la competencia en el sector de la construcción de carreteras, sin que haya necesidad de pronunciarse sobre la parte exacta que el coste del betún representa en el coste total de una obra vial.
- 79 Por lo demás, la demandante estima que el hecho de que los grandes constructores exigiesen un gran descuento sólo formaba parte de su estrategia de compra, que era eficaz, pero que no suponía un instrumento de limitación de la competencia. No obstante, debe recordarse que, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, los acuerdos colectivos sobre los precios y los descuentos específicos celebrados de forma conjunta están, en principio, prohibidos y no atañen a una mera estrategia comercial, al contrario de lo que ocurre con las simples negociaciones comerciales llevadas a cabo de forma bilateral entre dos empresas.
- 80 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, la Comisión no ha incurrido en un error de apreciación por lo que se refiere a la repercusión del cartel en el mercado de la construcción de carreteras.

5. Sobre el quinto error de hecho, relativo al funcionamiento del cartel: origen y evolución del cartel y mecanismo de imposición de sanciones

a) Alegaciones de las partes

- 81 La demandante considera que la Comisión incurrió en tres errores de hecho por lo que respecta al funcionamiento del cartel.
- 82 En primer lugar, si bien numerosas declaraciones concordantes de proveedores (BP, Kuwait Petroleum y Nynas) y un documento interno de la demandante demuestran que sólo los proveedores impulsaron el cartel, la Comisión optó por citar las declaraciones contrarias de SNV en la Decisión impugnada.
- 83 En segundo lugar, la Comisión no ha tenido en cuenta la evolución del cartel. Así, entre el W5 y los proveedores no mantuvieron conversaciones antes de 1996, fecha a partir de la cual tuvieron lugar reuniones que eran meras formalidades y que no diferían de las negociaciones bilaterales entre un proveedor y un comprador individual, en especial de las celebradas por cada pequeño constructor. La situación no avanzó hasta 1999, cuando el W5 consideró útil adoptar una posición común antes de cada reunión con los proveedores debido a la rápida evolución de los precios del betún y al descubrimiento de un gran descuento concedido a los pequeños constructores.
- 84 En tercer lugar, la Comisión apreció incorrectamente el papel de los grandes constructores en la aplicación del mecanismo de imposición de sanciones. En efecto, éstos sólo exigieron una vez, en abril de 2000, un descuento colectivo adicional a raíz del descubrimiento de un gran descuento concedido a los pequeños constructores. En esa ocasión, la sociedad ExxonMobil —que, no obstante, la Comisión consideró que no formaba parte del cartel— concedió también un descuento adicional al W5. La Comisión no dispone de dato alguno que demuestre que se hizo uso de un mecanismo de imposición de sanciones en alguna otra ocasión. Por otra parte, numerosos datos que figuran en el expediente de la Comisión permiten observar que también los pequeños constructores exigían disfrutar de los precios finales —una vez deducido el descuento— más bajos del mercado.
- 85 La Comisión refuta esta argumentación en su totalidad.

b) Apreciación del Tribunal

- 86 Por lo que respecta a la primera alegación, sobre las pruebas relativas al origen del cartel, la Comisión se basó en numerosos documentos concordantes para atribuir el origen del cartel conjuntamente a los proveedores y a los grandes constructores. Debe recordarse, con carácter preliminar, que las declaraciones de los proveedores mencionadas en el considerando 70 de la Decisión impugnada que pretende utilizar a su favor la demandante sólo se refieren a las reuniones preparatorias de los proveedores y no aportan ningún dato acerca del origen del cartel.
- 87 Numerosos documentos coetáneos de los inicios del cartel confirman, en cambio, la tesis de la Comisión de que el W5 estaba interesado, en igual medida que los proveedores, en establecer el cartel. Así, en la nota interna de SNV de 6 de febrero de 1995 se deja constancia de la preocupación de los grandes constructores por la inestabilidad de los precios del betún en 1994 que «ponía en peligro el precio CROW y las licitaciones». Por otra parte, una nota interna de 9 de febrero de 1995 de SNV confirma el carácter bilateral del acuerdo, que ella califica de «cooperación entre dos carteles». Asimismo, un informe de Wintershall de 20 de febrero de 1992 alude al hecho de que la demandante se puso en contacto con SNV para solicitarle que formulase propuestas sobre las posibilidades de cooperación futura entre los proveedores y el W5. Por último, en una nota interna de 8 de julio de 1994, HBG hizo constar su preocupación por la decisión de los proveedores de no cumplir los acuerdos celebrados en marzo de 1994.

- 88 El Tribunal estima que la Comisión consideró acertadamente que estos documentos demostraban que el W5 estaba en el origen del cartel, junto con los proveedores. Las instrucciones de la secretaría interna de la demandante, que ésta invoca, en las que se indicaba que SNV tomó la iniciativa de las prácticas concertadas entre los grandes constructores y los proveedores y que se refieren sobre todo a la cuestión de la identidad del responsable del cartel, no pueden, por sí solas, poner en entredicho la conclusión que se deduce del examen de los documentos mencionados anteriormente.
- 89 En el marco de la segunda alegación, la demandante reprocha a la Comisión que ha incurrido en un error al apreciar la evolución del cartel. No obstante, de la Decisión impugnada se desprende que numerosas pruebas concordantes atestiguan la existencia y la evolución de la infracción de 1994 a 2002 (considerandos 93 a 126).
- 90 Así, respecto de los años 1994 y 1995, la Comisión alude a datos que prueban la existencia de acuerdos entre los proveedores y el W5 y la aplicación de dichos acuerdos (considerandos 93 a 99 de la Decisión impugnada).
- 91 Además, según la Decisión impugnada, si bien el mecanismo de celebración de los acuerdos se modificó en 1996, no estando ya SNV y la demandante a partir de esa fecha encargadas de concluir ellas solas un acuerdo por cuenta de todos los participantes en el cartel, este cambio organizativo no afectó a los elementos objeto del cartel (considerando 100).
- 92 Asimismo, ningún dato permite considerar que las reuniones del cartel hubiesen cambiado de naturaleza en 1999 y, en particular, que sólo a partir de esa fecha se reuniesen los grandes constructores para preparar los encuentros con los proveedores. En especial de la respuesta de la demandante de 12 de septiembre de 2003 a una solicitud de información se desprende que los miembros del W5 se reunían inmediatamente antes (o después) de pactar con los proveedores para preparar (o evaluar) colectivamente el acuerdo (considerando 72 de la Decisión impugnada). Varios proveedores confirmaron también que los grandes constructores se reunían antes del encuentro del cartel para preparar dicho encuentro (considerandos 73 a 75 de la Decisión impugnada). Por lo demás, el hecho de que las relaciones entre los dos grupos del cartel se hubiesen vuelto más tirantes desde 1999 no incide en la calificación de estas reuniones desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Por último, debe desestimarse la alegación de la demandante por la que pretende calificar las reuniones celebradas en los primeros años del cartel de simples negociaciones bilaterales entre proveedores y compradores, sin que quepa comparar los acuerdos colectivos sobre los precios y los descuentos específicos celebrados de forma grupal con las negociaciones comerciales mantenidas bilateralmente entre dos empresas.
- 93 En cuanto a la tercera alegación, la demandante considera que la Comisión ha sobrestimado el papel desempeñado por el W5 en el mecanismo de imposición de sanciones, que sólo se puso en práctica en una ocasión, en 2000. Estima, además, que las amenazas regulares del W5 de cambiar de proveedores constituían una conducta comercial idéntica a la adoptada por los pequeños constructores.
- 94 No obstante, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión se basó acertadamente en varios datos concordantes que dejan constancia de la existencia de sanciones económicas individuales y, al menos en una ocasión, colectivas impuestas por el W5 a los proveedores que concedían un descuento demasiado grande a los pequeños constructores y de cambios de proveedor si se descubría tal descuento. Así, en un informe interno de Wintershall de 4 de marzo de 1996, relativo a una visita a Heijmans, se hace referencia a estas sanciones para el año 1995 (considerando 82 de la Decisión impugnada). Asimismo, un informe de HBG sobre el acuerdo de 14 de septiembre de 1999 recoge una pregunta sobre el gran descuento concedido a dos pequeños constructores (considerando 83 de la Decisión impugnada). Por lo que respecta al año 2000, tanto la propia demandante como BP aluden a una multa colectiva impuesta a los proveedores a raíz del descubrimiento del descuento concedido a Krekel, un pequeño constructor (considerando 84 de la Decisión impugnada). Kuwait Petroleum

confirmó asimismo la existencia del mecanismo de imposición de sanciones en sus declaraciones de 9 de octubre de 2003 (considerando 85 de la Decisión impugnada). BP declaró también, el 16 de septiembre de 2003, en respuesta a una solicitud de información, que la demandante había renunciado a recibir suministros de Veba en 2002, a raíz del descubrimiento de un gran descuento concedido a un pequeño constructor (considerando 86 de la Decisión impugnada). En la nota interna de SNV de 9 de febrero de 1995 se hace igualmente mención de una amenaza de reducción de los suministros de betún en caso de que se presentasen ofertas competitivas a grandes constructores no miembros del W5 (considerando 86 de la Decisión impugnada). En su declaración de 12 de septiembre de 2003, Kuwait Petroleum confirmó que si un proveedor concedía a un pequeño constructor un descuento superior al establecido, el W5 amenazaba con no recurrir más a ese proveedor para abastecerse (considerando 86 de la Decisión impugnada). Por último, en un documento relativo al acuerdo de 4 de mayo de 2001, la demandante hizo asimismo mención de una multa impuesta a Nynas debido a su política de precios (considerando 117 de la Decisión impugnada), extremo que fue confirmado por Kuwait Petroleum en su declaración de 12 de septiembre de 2003 (considerando 118 de la Decisión impugnada). El hecho de que Nynas indicase, en su respuesta escrita a determinadas preguntas de la Comisión, que sólo se aplicó una sanción colectiva en una ocasión no basta para negar el hecho de que se le impuso una sanción individual.

- 95 El Tribunal estima que la Comisión podía acertadamente considerar que estos documentos hacían referencia precisamente al mecanismo de la sanción colectiva impuesta por el W5 a los proveedores por lo que respecta al año 2000. Por otra parte, muestran, en su conjunto, que existió un mecanismo individual y colectivo de imposición de sanciones en caso de incumplimiento de los acuerdos del cartel a lo largo de todo el tiempo que duró. Las sanciones consistían, bien en un cese de los pedidos al proveedor que infringía dichos acuerdos, bien en una multa impuesta al proveedor culpable o a todos los proveedores.
- 96 Por tanto, de todas las consideraciones anteriores se desprende que la Comisión no incurrió en un error de apreciación por lo que respecta al origen del cartel, a su evolución y al mecanismo de imposición de sanciones.

6. Sobre el sexto error de hecho, relativo al papel de ExxonMobil en el cartel

a) Alegaciones de las partes

- 97 La demandante considera que la Comisión incurrió en un error de hecho al omitir toda referencia a ExxonMobil en el Decisión impugnada cuando en el pliego de cargos había considerado que ExxonMobil se había sometido completamente a los acuerdos del cartel, de los que se la informaba regularmente. A modo de ejemplo, ExxonMobil asumió una parte considerable del descuento adicional concedido al W5 a modo de sanción en abril de 2000, como muestra la nota de crédito remitida a la demandante por ExxonMobil el 15 de noviembre de 2000. Este dato es importante para entender el funcionamiento del cartel, que agrupaba a todos los proveedores.
- 98 La Comisión recuerda que no disponía de pruebas suficientes para demostrar la participación de ExxonMobil en el cartel.

b) Apreciación del Tribunal

- 99 La alegación formulada por la demandante es inoperante dado que, aun suponiéndola fundada, no puede influir en la legalidad de la Decisión impugnada en la medida en que afecta a la demandante (sentencias del Tribunal de 5 de junio de 1996, *Günzler Aluminium/Comisión*, T-75/95, Rec. p. II-497, apartado 55; de 27 de febrero de 1997, *FFSA y otros/Comisión*, T-106/95, Rec. p. II-229, apartado 199, y de 14 de mayo de 2002, *Graphischer Maschinenbau/Comisión*, T-126/99, Rec. p. II-2427, apartado 49). En efecto, suponiendo que existan pruebas suficientes de la participación

de ExxonMobil en el cartel, este dato no bastaría para cuestionar la existencia de la infracción ni la participación de la demandante en ella. Si se demostrara que ExxonMobil también participó en el cartel y, por tanto, que todos los proveedores del mercado tomaron parte en él, ello no alteraría la apreciación de la Comisión sobre la existencia de hechos constitutivos de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, o la participación de la demandante en dicha infracción.

- 100 Por consiguiente, debe desestimarse esta alegación y, en consecuencia, todas las alegaciones de la demandante acerca de los errores de hecho en los que incurrió la Comisión en la Decisión impugnada formuladas en apoyo de su pretensión de que se anule la citada Decisión.

C. Errores de Derecho

1. Observaciones preliminares

- 101 La demandante reprocha a la Comisión que haya incurrido en cinco errores de calificación jurídica de los hechos en relación con el artículo 81 CE. Destaca en particular que la Comisión prestó más atención al descuento específico concedido al W5 que al cartel para fijar los precios y el reparto del mercado establecido únicamente por los proveedores.

- 102 Este argumento carece de fundamento fáctico. En efecto, de los considerandos 155 a 159 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión examinó los diferentes elementos de los acuerdos (fijación de precios, descuento uniforme para el W5, descuento menor para los otros constructores) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 1, sin privilegiar ningún elemento en perjuicio de otro.

2. Sobre el primer error de calificación jurídica de los hechos, basado en la falta de participación de los grandes constructores en el cartel de los proveedores

a) Alegaciones de las partes

- 103 La demandante considera que, en su examen del comportamiento de los grandes constructores a la luz del artículo 81 CE, la Comisión les imputó indebidamente todas las conductas de los proveedores. A su juicio, el mero hecho de que no hubiesen denunciado a los proveedores ante una autoridad en materia de competencia no puede bastar para convertirlos en autores de la infracción.

- 104 La Comisión recuerda que los intereses de los proveedores y los de los grandes constructores coinciden lo suficiente para justificar una conducta de ambas partes contraria a la competencia.

b) Apreciación del Tribunal

- 105 El Tribunal recuerda que deben tenerse en cuenta globalmente los acuerdos celebrados entre el W5 y los proveedores, acuerdos que se referían tanto al precio bruto como al descuento mínimo concedido al W5 y al descuento máximo aplicable a los pequeños constructores (véanse los apartados 44 a 53 de la presente sentencia), y que la Comisión podía ciertamente llevar a cabo esta apreciación global de los acuerdos controvertidos para calificarlos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 1. No obstante, este examen global de los acuerdos no puede equipararse a una imputación de la conducta de los proveedores a los grandes constructores.

3. Sobre el segundo error de calificación jurídica de los hechos, basado en la falta de objeto contrario a la competencia del cartel

a) Alegaciones de las partes

106 La demandante estima que la Comisión no ha demostrado que la conducta del W5 tuviese un objeto contrario a la competencia, en perjuicio de los consumidores finales.

107 Afirma que, por una parte, el juez de la Unión ha recordado que, aun cuando deba considerarse en principio que un acuerdo celebrado para limitar el comercio paralelo tiene por objeto restringir la competencia, sólo será efectivamente así si puede presumirse que priva a los consumidores finales de sus ventajas (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comisión, T-168/01, Rec. p. II-2969, apartado 121). Pues bien, el único objetivo del W5 fue obtener el descuento más ventajoso posible, algo que el volumen de compras realizadas por todos los miembros del W5 hizo posible y que finalmente redundó en beneficio de los consumidores finales.

108 Por otra parte, la demandante destaca que el intento de estabilizar los precios de compra no constituye, como tal, un objetivo de restricción de la competencia.

109 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

110 Procede recordar que, para estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Es jurisprudencia reiterada que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, teniendo en cuenta el contexto económico en el que debe aplicarse. Sin embargo, en caso de que el análisis de las cláusulas de dicho acuerdo no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, será necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, o bien impedido, o bien restringido, o bien falseado de manera sensible (sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, LTM, 56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359, y de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. I-8637, apartado 15; sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2009, Peugeot y Peugeot Nederland/Comisión, T-450/05, Rec. p. II-2533, apartado 43). Por tanto, para examinar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125). Este examen debe efectuarse a la luz del contenido del acuerdo y del contexto económico en el que se inscribe (sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 26; de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173, apartado 66, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). Por último, este método de análisis es de aplicación general y no está reservado a una categoría de acuerdos [sentencia del Tribunal General de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, Rec. p. II-1231, apartado 67].

111 La demandante no puede invocar la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, citada en el apartado 107 *supra* (apartado 121), dado que, según el Tribunal de Justicia, «el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, está dirigido a proteger no sólo los intereses

directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal» y que «por lo tanto, la comprobación de que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia no puede estar supeditada a que los consumidores finales se vean privados de las ventajas de una competencia efectiva en términos de abastecimiento o de precios» (sentencia GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, citada en el apartado 74 *supra*, apartados 62 a 64). Preguntada por el Tribunal en la vista, la propia demandante reconoció que, a la luz de esta jurisprudencia, esta alegación tenía pocas posibilidades de prosperar.

- 112 Por tanto, se trata de determinar si, en el presente asunto, los acuerdos controvertidos tenían un objeto contrario a la competencia.
- 113 El artículo 81 CE, apartado 1, menciona expresamente como acuerdo prohibido el hecho de «fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción» y «aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva». Pues bien, de los apartados 49 a 58 de la presente sentencia se desprende que, en el presente asunto, los acuerdos tenían como finalidad, por una parte, fijar los precios de compra y venta del betún y, por otra, conceder un descuento preferente a los miembros del W5. Así pues, la naturaleza misma de estos acuerdos basta para considerar que tenían por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.
- 114 La alegación de la demandante de que estos acuerdos tenían por objeto lograr la estabilidad de los precios de compra no puede bastar para poner en entredicho esta conclusión. En efecto, debe recordarse que estos acuerdos han de examinarse globalmente y que, en cualquier caso, el intento de estabilizar los precios no difiere de la fijación de los precios de compra (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2006, Archer Daniels Midland/Comisión, T-329/01, Rec. p. II-3255, apartado 197).
- 115 El Tribunal estima que de todo lo anterior resulta que la Comisión demostró de manera suficiente con arreglo a Derecho que la conducta de los miembros del W5 y de los proveedores tenía un objeto contrario a la competencia.

4. Sobre el tercer error de calificación jurídica de los hechos, basado en la negativa de la Comisión a aplicar lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3, y en las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal

a) Alegaciones de las partes

- 116 Según la demandante, la Comisión incurrió en un error de calificación jurídica de los hechos al considerar que la circunstancia de que el W5 negociase colectivamente un descuento no podía calificarse de «compra conjunta» en el sentido de lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3, compra que las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 [CE] a los acuerdos de cooperación horizontal (DO 2001, C 3, p. 2; en lo sucesivo, «Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal») autorizan.
- 117 Destaca la demandante, ante todo, que, en la Decisión impugnada, la Comisión examinó su conducta únicamente a la luz del artículo 81 CE, apartado 3, y no en relación con las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, que, en cualquier caso, interpretó demasiado restrictivamente. Ahora bien, estas Directrices le son aplicables, a su juicio, ya que se refieren a las conductas de los compradores en su propio mercado de venta y la Comisión no demostró que el W5 hubiese determinado el precio bruto conjuntamente con los proveedores. Así, en el presente asunto, el W5 puso en marcha una práctica concertada destinada a obtener precios de compra más ventajosos, en interés de los consumidores finales, equivalentes a una organización común de compra.

- 118 Por otra parte, según la demandante, la Comisión incurrió en numerosos errores de apreciación al analizar su conducta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3. Así, la Comisión estableció, ante todo, un paralelismo erróneo entre los conceptos de compra conjunta y de venta conjunta, siendo esta última la única que está prohibida por el artículo 81 CE. Además, según la demandante, incumbía a la Comisión analizar el poder de mercado de los grandes constructores con el fin de examinar si podían restringir efectivamente la competencia, teniendo en cuenta que los pequeños constructores lograban sistemáticamente obtener un descuento superior al concedido al W5.
- 119 Además, la demandante rebate el considerando 157 de la Decisión impugnada, en el que la Comisión señala que, de forma individual, los miembros del W5 no compraban necesariamente cantidades superiores a las adquiridas por un pequeño constructor. Estima que esta afirmación no se basa en prueba alguna, al no haber solicitado la Comisión de los pequeños constructores datos relativos a sus compras, y que, por tanto, no constituye más que una mera hipótesis. En cualquier caso, un proveedor podría ciertamente, por motivos comerciales específicos, conceder un descuento mayor a una sociedad que compre menores cantidades, sobre todo cuando el potencial de compra de esa sociedad sea considerable. Asimismo, el hecho de que la negociación del W5 con los proveedores sólo consistiese en fijar un descuento colectivo mínimo, que podía incrementarse individualmente más adelante, pone de manifiesto, a su juicio, que la conducta del W5 era acorde con el Derecho de la competencia.
- 120 Por último, la demandante cuestiona el considerando 313 de la Decisión impugnada —en el que la Comisión afirma que los grandes constructores restringían la competencia entre ellos— dado que cada gran constructor negociaba bilateralmente el importe de su descuento con el proveedor. Además, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros, C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartados 92 y siguientes), una normativa que sólo produce efectos restrictivos respecto de un único factor de coste, que, además, es poco importante, no provoca una restricción clara de la competencia. Pues bien, en el presente asunto, la demandante recuerda que, para una empresa de construcción de carreteras, el betún sólo representa el 1,5 % de los costes totales.
- 121 La Comisión rechaza todas las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

- 122 Con carácter preliminar, el Tribunal recuerda que, según reiterada jurisprudencia, corresponde a las empresas que solicitan la concesión de una exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, demostrar con pruebas documentales el carácter justificado de la exención. Desde este punto de vista, no puede reprocharse a la Comisión no haber propuesto otras soluciones, ni haber indicado lo que consideraba que podría justificar la concesión de una exención (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, 43/82 y 63/82, Rec. p. 19, apartado 52, y sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-191/98 y T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 220). Conforme a su obligación de motivar, la Comisión únicamente debe mencionar los elementos de hecho y de Derecho y las consideraciones que la llevaron a adoptar una decisión denegatoria de la solicitud de exención, sin que la demandante pueda exigir que aborde todos los puntos de hecho y de Derecho suscitados durante la fase administrativa del procedimiento (sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, T-29/92, Rec. p. II-289, apartados 262 y 263). Por consiguiente, corresponde a la demandante demostrar que la Comisión incurrió en un error de Derecho o de hecho al denegarle la concesión de una exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3.

- 123 En el presente asunto, la Comisión expuso, en los considerandos 162 a 168 de la Decisión impugnada, las razones por las que consideraba que la participación del W5 en los acuerdos no podía calificarse de compra conjunta en el sentido de las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal. Así, la Comisión recuerda, en el considerando 163 de la Decisión impugnada, que dichas disposiciones no tienen por objeto autorizar los acuerdos de cooperación horizontal con carácter general, sino que exponen los principios que permiten evaluarlos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 CE, ya que tales acuerdos pueden plantear problemas de competencia. En el presente asunto, la Comisión precisa, en el considerando 165 de la Decisión impugnada, que los acuerdos controvertidos tenían por objeto restringir la competencia y entrañaban consecuencias para las empresas que no participaban en ellos (fijación de precios para todos los constructores de los Países Bajos y establecimiento de topes máximos de descuento para los pequeños constructores). Además, en cualquier caso, como señaló acertadamente la Comisión en el considerando 166 de la Decisión impugnada, el W5 no realizó compras durante esas negociaciones con los proveedores, que sólo tenían por objeto fijar los precios y los descuentos, conducta que el apartado 124 de las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal califica de cartel encubierto. Asimismo, debe destacarse que el W5 celebró tales acuerdos con un grupo de vendedores que también había adoptado una conducta colusoria. Por último, lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3, no es, en cualquier caso, aplicable, dado que, conforme al apartado 133 de las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, los acuerdos de compra no pueden quedar exentos si imponen restricciones que no son indispensables para la consecución de las ventajas económicas que aportan los acuerdos. En efecto, en el presente asunto, los acuerdos controvertidos imponían restricciones a los pequeños constructores en forma de descuentos limitados, restricciones impuestas a terceros y no indispensables para conseguir las ventajas económicas pretendidas.
- 124 En contra de lo que afirma la demandante, de las consideraciones anteriores resulta que la Comisión no se limitó a examinar su conducta únicamente con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3, sino que tuvo también en cuenta las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal.
- 125 Por otra parte, la demandante considera que la Comisión incurrió en un error de Derecho al estimar que las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal no autorizaban ninguna conducta específica, sino que exponían los principios que orientan la evaluación de tales acuerdos a la luz de lo dispuesto en el artículo 81 CE. No obstante, de su apartado 1 se desprende claramente que las referidas Directrices tienen por objeto exponer «los principios aplicables a la evaluación de los acuerdos de cooperación horizontal con arreglo al artículo 81 [CE]». Por tanto, la Comisión no incurrió en error de Derecho alguno en este punto.
- 126 Por lo demás, la demandante considera que la Comisión incurrió en un error de Derecho al equiparar la compra conjunta y la venta conjunta, cuando en realidad las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal sólo prohíben esta última. Así, en el considerando 159 de la Decisión impugnada, añadió un requisito que impone a los compradores adoptar una conducta autónoma en el mercado, aun cuando las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal no imponen tal requisito. Sin embargo, del considerando 159 de la Decisión impugnada —relativo a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 1, y no de lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3— se desprende que la Comisión se limitó a responder al argumento, invocado por algunas empresas durante la fase administrativa del procedimiento, relativo a las especificidades del mercado neerlandés y que no pretendía interpretar las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal. Por tanto, esta alegación ha de ser desestimada.
- 127 La demandante reprocha asimismo a la Comisión que no analizase el poder de mercado de los miembros del W5 para determinar si podía efectivamente restringir la competencia. Ahora bien, la Comisión considera acertadamente que ella no estaba obligada a llevar a cabo tal análisis, dado que no se trataba de un acuerdo de cooperación por el que los compradores pretendiesen contrarrestar la actuación de los vendedores, sino de un acuerdo colectivo sobre los precios entre dos grupos. Por otra parte, del considerando 24 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión precisó, con

carácter preliminar, que los miembros del W5 eran titulares de treinta y seis de las cincuenta y una plantas mezcladoras de asfalto que había en los Países Bajos en 2002, es decir, más del 70 % de ellas. Además, debe señalarse que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 18 de las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, no es necesario examinar los efectos reales sobre la competencia y el mercado de los acuerdos cuyo objeto es restringir la competencia mediante la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de los mercados o la clientela, ya que se presume que estos acuerdos producen efectos negativos sobre el mercado. Por tanto, al haber considerado la Comisión que los acuerdos controvertidos, por su naturaleza, tenían por objeto restringir la competencia (considerando 165 de la Decisión impugnada), no le correspondía realizar un análisis exhaustivo del poder de mercado de los miembros del W5.

- 128 Además, la demandante considera que la Comisión incurrió en un error de hecho al afirmar, sin prueba alguna, que, de forma individual, los miembros del W5 no compraban necesariamente mayores cantidades que las que adquiriría un pequeño constructor. No obstante, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión se basó en diversas pruebas para considerar que el descuento del que disfrutaba el W5 no estaba vinculado al volumen de compra de sus miembros y que el descuento específico del que se beneficiaban tenía por objeto perjudicar a los otros constructores (véanse los apartados 50 y 51 de la presente sentencia). Por lo demás, el hecho de que cada miembro del W5 tratase de obtener un descuento adicional al descuento colectivo en función de las cantidades adquiridas constituye un indicio suplementario de que el descuento colectivo no estaba ligado al volumen de compra del W5.
- 129 Por último, la demandante rebate la afirmación de la Comisión de que los acuerdos tuviesen por objeto restringir la competencia (considerandos 166 y 313 de la Decisión impugnada). Estima que estos acuerdos, por una parte, no restringían la competencia entre los miembros del W5 y, por otra, no limitaban la competencia entre todos los constructores, dado que el betún sólo representaba el 1,5 % de los costes totales de estas empresas. Ahora bien, de la Decisión impugnada se desprende que, al fijar conjuntamente con los proveedores, que cubrían el 80 % del mercado, el precio bruto y el descuento para todas sus compras futuras, los miembros del W5 limitaron la competencia que pudiera existir entre ellos. Por otra parte, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia consideró, en el caso específico de una normativa que establecía la afiliación obligatoria a un plan de pensiones complementario, que esto no afectaba a la competencia (sentencia Pavlov y otros, citada en el apartado 120 *supra*, apartado 95), la Comisión ya ha demostrado correctamente, a mayor abundamiento, que, en el presente asunto, el descuento específico concedido al W5 repercutía sobre la competencia en el sector de la construcción de carreteras, habida cuenta del mecanismo de licitaciones existente en dicho sector (véanse los apartados 69 a 73 de la presente sentencia).
- 130 De todo lo expuesto resulta que la Comisión no incurrió en ningún error de Derecho o de calificación jurídica de los hechos al negarse a considerar que la participación del W5 en los acuerdos constituyese una «compra conjunta» en el sentido de lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3, compra que las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal autorizan.

5. Sobre el cuarto error de calificación jurídica de los hechos, basado en la definición inexacta del mercado de referencia y en la apreciación errónea de la posición de los grandes constructores en el mercado

a) Alegaciones de las partes

- 131 La demandante estima que la Comisión cometió un error de calificación jurídica de los hechos al definir de forma demasiado restrictiva el mercado de referencia para evaluar la posición del W5. A su juicio, al aceptar el punto de vista defendido por los proveedores, la Comisión limitó su examen del mercado de referencia con el único objetivo de demostrar que los grandes constructores poseían una cuota de mercado del 49,5 % por el lado de las compras (considerando 29 de la Decisión impugnada).

La demandante recuerda que las críticas formuladas contra la definición del mercado adoptada por la Comisión no poseen una dimensión autónoma respecto a las relativas a la distorsión de la competencia (sentencia del Tribunal de 16 de diciembre de 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión*, T-5/00 y T-6/00, Rec. p. II-5761, apartado 123).

- 132 Así, en primer lugar, considera que la Comisión no ha aportado suficientes motivos para excluir el betún industrial del mercado de referencia, en particular porque no ha indicado que no existiese una oferta sustitutiva pertinente.
- 133 En segundo lugar, rebate la decisión de la Comisión de limitar geográficamente el mercado de referencia a los Países Bajos. Afirma que sólo Kuwait Petroleum producía todavía betún en los Países Bajos en el período de infracción, mientras que los otros proveedores importaban de Bélgica y de Alemania el betún que vendían en los Países Bajos y poseían una organización estructurada de ventas en todo el Benelux. A juicio de la demandante, la Comisión no tuvo en cuenta indicios claros que demostraban la existencia de un acuerdo transfronterizo entre proveedores. Asimismo, desechó sin motivo las afirmaciones concordantes de varios grandes constructores, según los cuales los proveedores mantenían el mercado neerlandés del betún aislado de los otros mercados y les impedían abastecerse en el extranjero (considerando 174 de la Decisión impugnada). Ahora bien, si la Comisión hubiese tenido en cuenta Bélgica y la parte occidental de Alemania al definir el mercado de referencia, la cuota de mercado que poseía el W5 habría sido inferior al 15 %. Pues bien, las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal señalan que, en caso de compra conjunta por parte de varias empresas, éstas no tienen poder de mercado si la cuota de mercado conjunta de todas ellas es inferior al 15 %.
- 134 La Comisión rechaza todas las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

- 135 Al aplicar el artículo 81 CE, la Comisión debe determinar si la práctica concertada de que se trata puede afectar al comercio entre los Estados miembros y tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Las partes manifiestan sus divergencias en torno a la cuestión del alcance de esta obligación que incumbe a la Comisión y a la definición del mercado de referencia adoptada por la Comisión en la Decisión impugnada.
- 136 Según la jurisprudencia, la definición del mercado pertinente, en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, tiene por único objetivo determinar si el acuerdo de que se trata puede afectar al comercio entre los Estados miembros y si tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común [auto del Tribunal de Justicia de 16 de febrero de 2006, *Adriatica di Navigazione/Comisión*, C-111/04 P, apartado 31, y conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto *Archer Daniels Midland/Comisión* (sentencia de 9 de julio de 2009, C-511/06 P, Rec. p. I-5843, p. I-5848), puntos 196 y 197)].
- 137 Por otra parte, como ya ha precisado el Tribunal en su jurisprudencia, la obligación de delimitar el mercado de referencia en una decisión adoptada con arreglo al artículo 81 CE no es absoluta, sino que se impone a la Comisión únicamente cuando, sin dicha delimitación, no sea posible determinar si el cartel de que se trata puede afectar al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (sentencias del Tribunal de 6 de julio de 2000, *Volkswagen/Comisión*, T-62/98, Rec. p. II-2707, apartado 230; de 8 de julio de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comisión*, T-44/00, Rec. p. II-2223, apartado 132, y de 25 de octubre de 2005, *Groupe Danone/Comisión*, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 99).

- 138 La definición del mercado pertinente resulta necesaria para verificar si, en una situación determinada, se cumple el requisito previsto en el artículo 81 CE, apartado 3, letra b), para declarar la inaplicabilidad del apartado 1 de ese mismo artículo [en este sentido, véanse la Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO 1997, C 372, p. 5) y la sentencia del Tribunal de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión (T-231/00, Rec. p. II-913), apartado 226], mientras que no lo es para verificar si se cumplen los otros tres requisitos que establece el artículo 81 CE, apartado 3 (sentencia CMA CGM y otros/Comisión, antes citada, apartado 226).
- 139 En el presente asunto, por una parte, debe señalarse que la Comisión se negó acertadamente a aplicar lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3, y, concretamente, lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3, letra b) (apartados 122 a 130 de la presente sentencia). Por otra parte, si bien la demandante afirma que la errónea definición del mercado de referencia acogida por la Comisión repercutió en el examen del poder de mercado de los miembros del W5, que, en realidad, era mucho menor que el que se les atribuyó, no niega que los acuerdos controvertidos podían afectar al comercio entre los Estados miembros y tenían por objeto, como mínimo, estabilizar los precios de compra, lo cual, como se ha demostrado (véanse los apartados 113 a 115 de la presente sentencia), tuvo como consecuencia, en el presente asunto, la restricción y el falseamiento del juego de la competencia dentro del mercado común. Por consiguiente, al no exigir en el presente asunto la aplicación del artículo 81 CE hecha por la Comisión una definición previa del mercado pertinente, dicha institución podía limitarse a referirse al producto afectado por el cartel y al territorio concernido.
- 140 La demandante reprocha a la Comisión que no aportase razones suficientes para excluir el betún industrial del mercado de referencia, concretamente no indicando que no existiese oferta sustitutiva pertinente. Habida cuenta de que la Comisión no estaba obligada a definir el mercado, no puede apreciarse violación alguna de la obligación de motivación en este punto (sentencia Groupe Danone/Comisión, citada en el apartado 137 *supra*, apartado 99).
- 141 Además, la demandante afirma que la Comisión limitó indebidamente la definición geográfica del mercado de referencia a los Países Bajos, aunque sólo una empresa petrolera producía betún en el territorio de los Países Bajos, que los otros proveedores importaban su betún de Alemania o de Bélgica y que algunos de ellos disponían de una organización de ventas para el Benelux. No obstante, de los considerandos 27 y 28 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión tuvo en cuenta estos hechos y que, sin embargo, señaló que la comercialización del betún se llevaba a cabo a escala simplemente nacional, considerando las exigencias de calidad nacionales, el mecanismo de cobertura de riesgos y la estructura de propiedad de las plantas mezcladoras de asfalto.
- 142 Por otra parte, los indicios invocados por la demandante para probar la tesis de la existencia de un cartel en Bélgica no resultan suficientes por sí solos para demostrar que la Comisión incurriese en un error de Derecho al definir el mercado de referencia. En todo caso, la Comisión tuvo en cuenta dichos indicios en la Decisión impugnada. Se trata, por una parte, de un acta manuscrita, redactada por Kuwait Petroleum, acerca de un acuerdo entre proveedores (Nynas, Klöckner, SNV, BP, Smid & Hollander y Kuwait Petroleum), de 4 de marzo de 1994, en la que se menciona la necesidad de «aumentar el nivel de precios en Bélgica», y, por otra parte, de documentos que dejan constancia del hecho de que SNV poseía una organización estructurada de ventas en el Benelux, ya que un único directivo se había encargado de la comercialización del betún en el Benelux de 1993 a 1998, al igual que ExxonMobil, cuyas organizaciones de venta las gestionan las mismas personas en los Países Bajos y en Bélgica.
- 143 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, la Comisión no incurrió en error alguno de Derecho ni de calificación jurídica de los hechos al definir el mercado de referencia.

6. Sobre el quinto error de calificación jurídica de los hechos, basado en la falta de efectos indirectos inducidos en el mercado descendente de la construcción de carreteras

a) Alegaciones de las partes

144 Según la demandante, la Comisión incurrió en un error de calificación jurídica de los hechos al estimar que los acuerdos controvertidos tuvieron efectos indirectos inducidos en el mercado descendente de la construcción de carreteras. Recuerda que los costes de compra del betún sólo representan una mínima parte del volumen de negocios de las empresas de construcción de carreteras en los Países Bajos, salvo en los escasos supuestos de obras que implican únicamente el suministro de cantidades de asfalto muy grandes (menos del 10 % de las obras), supuestos en los que los constructores están en todo caso en condiciones de negociar un descuento adicional. Además, la Comisión no ha respaldado con cálculos su afirmación de que una diferencia mínima en el precio de compra del betún podía suponer un elemento decisivo a la hora de obtener contratos públicos. Por lo demás, la Comisión no ha demostrado, según la demandante, que el nivel del precio bruto en los Países Bajos fuese superior al del precio en el extranjero. Afirma que los datos relativos a la evolución de los precios en varios países se eliminaron de la versión no confidencial de los documentos procedentes de los proveedores y que numerosos documentos muestran que el nivel de los precios en los Países Bajos era, de hecho, comparable al de los países vecinos.

145 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

146 La demandante afirma, ante todo, que la Comisión no ha demostrado que el precio del betún, que sólo supone una parte ínfima de los costes de una obra vial, pueda repercutir en la competencia causando efectos inducidos indirectos en el mercado descendente de la construcción de carreteras. No obstante, debe recordarse que, conforme a los apartados 74 a 79 y 110 a 115 de la presente sentencia, los acuerdos tenían por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Por tanto, la Comisión no estaba obligada a demostrar los concretos efectos contrarios a la competencia de dichos acuerdos.

147 Por otra parte, la demandante reprocha a la Comisión que no haya demostrado suficientemente que el nivel del precio bruto en los Países Bajos era superior al vigente en los países vecinos durante el período de infracción. No obstante, de la Decisión impugnada (considerando 174) se desprende que la Comisión se basó en varios documentos aprehendidos durante las inspecciones que llevó a cabo, entre ellos una nota interna de SNV de 9 de febrero de 1995, que hacen referencia a algunas diferencias de precio, injustificables a primera vista, entre los Países Bajos y los países vecinos, así como en la declaración de Kuwait Petroleum de 9 de octubre de 2003, que también menciona una diferencia de precio entre los Países Bajos y sus vecinos. La Comisión se basó asimismo en notas de las que se apropió en los locales de la demandante, relativas a los pactos celebrados el 12 de abril de 2000 y el 29 de enero de 2002. En el caso del año 2000, dichas notas señalan que el nivel de los precios netos en los Países Bajos era 25 NLG superior al de los precios en Bélgica (considerando 111 de la Decisión impugnada). Del mismo modo, por lo que respecta al año 2002, estas notas indican que el precio neto en los Países Bajos era de 183 euros, frente a 162 euros en Alemania y en Bélgica y a 158 euros en Francia (considerando 123 de la Decisión impugnada). Estas pruebas concordantes resultan suficientes para demostrar que el nivel del precio bruto era más elevado en los Países Bajos que en los países vecinos.

148 Por lo demás, si bien la demandante reprocha a la Comisión que hubiese declarado confidenciales los datos procedentes de los proveedores relativos a la evolución de los precios en varios países, es preciso destacar que, al no haberse demostrado la existencia de ninguna práctica contraria a la competencia en los países vecinos, los proveedores estaban facultados para calificar de secreto comercial la información relativa a la política de precios en esos países.

- 149 Por consiguiente, la Comisión no incurrió en error alguno de calificación jurídica de los hechos al estimar que los acuerdos controvertidos tuvieron efectos indirectos sobre el mercado descendente de la construcción de carreteras.
- 150 En consecuencia, deben desestimarse todas las alegaciones de la demandante mediante las que invoca los errores de Derecho en los que incurrió la Comisión en la Decisión impugnada, formuladas en apoyo de su pretensión de que se anule dicha Decisión.

D. Sobre el vicio sustancial de forma y la vulneración del derecho de defensa

1. Alegaciones de las partes

- 151 El tercer y último motivo invocado por la demandante en apoyo de su pretensión de que se anule la Decisión impugnada se basa en un vicio sustancial de forma y en una vulneración del derecho de defensa por parte de la Comisión, que no le remitió todas las réplicas de las otras empresas al pliego de cargos.
- 152 La demandante considera que, a este respecto, resulta insuficiente la mera remisión de los pasajes de las réplicas en los que la Comisión tenía intención de basarse expresamente en su Decisión. Estima que la remisión íntegra de las respuestas era particularmente necesaria, debido al carácter horizontal y vertical del acuerdo y al hecho de que, a su juicio, la Comisión tomó partido a favor de los proveedores. Por último, destaca que no puede corresponder únicamente a la Comisión determinar a qué respuestas al pliego de cargos debe permitirse acceder.
- 153 La Comisión rechaza todas las alegaciones de la demandante.

2. Apreciación del Tribunal

- 154 Del expediente se desprende que, el 24 de mayo de 2006, la Comisión remitió a la demandante los pasajes de las respuestas de las otras empresas al pliego de cargos en los que pretendía basarse a efectos probatorios en la Decisión impugnada. La demandante formuló observaciones acerca de estos documentos el 12 de junio de 2006 y solicitó el acceso íntegro a las réplicas de las otras empresas al pliego de cargos, pero la Comisión no dio curso favorable a esta petición.

a) Principios generales relativos al acceso a los documentos posteriores al pliego de cargos

- 155 El artículo 27, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 tiene la siguiente redacción:

«Los derechos de la defensa de las partes estarán garantizados plenamente en el curso del procedimiento. Tendrán derecho a acceder al expediente de la Comisión, sin perjuicio del interés legítimo de las empresas en la protección de sus secretos comerciales. No se podrá acceder a información de carácter confidencial ni a los documentos internos de la Comisión o de las autoridades de competencia de los Estados miembros. [...]»

- 156 En la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 [CE] y 82 [CE], los artículos 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo (DO 2005, C 325, p. 7), la Comisión define en el

apartado 8 el «expediente de la Comisión» como «todos los documentos obtenidos, elaborados y/o reunidos por la Dirección General de Competencia de la Comisión durante la investigación». En el apartado 27 de dicha Comunicación, la Comisión precisa lo siguiente:

«El acceso al expediente se concederá previa solicitud y, por regla general, una sola vez, tras la notificación del pliego de cargos de la Comisión a las partes, para velar por el principio de igualdad de armas y proteger sus derechos de defensa. Así pues, por regla general no se concederá acceso a las réplicas de las demás partes al pliego de cargos de la Comisión.

No obstante, una parte obtendrá acceso a los documentos recibidos después de la notificación del pliego de cargos en una fase posterior del procedimiento administrativo, cuando tales documentos puedan constituir pruebas nuevas —ya sean incriminatorias o exculpatorias— referentes a las alegaciones relativas a esa parte contempladas en el pliego de cargos de la Comisión. Este es especialmente el caso cuando la Comisión abriga la intención de basarse en pruebas nuevas.»

- 157 Según jurisprudencia reiterada, el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o a multas coercitivas, constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión que debe ser observado aun cuando se trate de un procedimiento de carácter administrativo (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 9, y de 2 de octubre de 2003, ARBED/Comisión, C-176/99 P, Rec. p. I-10687, apartado 19). A este respecto, el Reglamento n° 1/2003 prevé el envío a las partes de un pliego de cargos que debe enunciar claramente todos los elementos esenciales sobre los que se basa la Comisión en esa fase del procedimiento. Este pliego de cargos constituye la garantía procedimental que refleja el principio fundamental del Derecho de la Unión que exige el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009, Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión, C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, Rec. p. I-7191, apartados 34 y 35).
- 158 Es preciso recordar que el acceso al expediente en los asuntos sobre competencia tiene por objeto, en particular, permitir a los destinatarios de un pliego de cargos conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que ésta haya llegado en su pliego de cargos basándose en tales documentos. El acceso al expediente forma parte así de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y a asegurar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído (véase la sentencia Atlantic Container Line y otros/Comisión, citada en el apartado 122 *supra*, apartado 334, y la jurisprudencia citada). El derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 125, y la sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión, T-30/91, Rec. p. II-1775, apartado 81). Ello incluye tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias del Tribunal de Justicia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 157 *supra*, apartados 9 y 11, y de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 68).
- 159 Según la jurisprudencia, sólo al inicio de la fase contradictoria administrativa se informa a la empresa afectada, mediante el pliego de cargos, de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. En consecuencia, la respuesta al pliego de cargos de las demás partes no está comprendida, en principio, en el conjunto de documentos del expediente de instrucción que las partes pueden consultar (sentencia del Tribunal de 30 de septiembre de 2009, Hoechst/Comisión, T-161/05, Rec. p. II-3555, apartado 163). Sin embargo, si la Comisión se propone basarse en un pasaje de una contestación a un pliego de cargos o en un documento adjuntado como

anexo a dicha respuesta para acreditar la existencia de una infracción en el contexto de un procedimiento de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, debe darse a las demás partes implicadas en dicho procedimiento la oportunidad de pronunciarse sobre esta prueba (véanse las sentencias del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartado 386, y de 27 de septiembre de 2006, Avebe/Comisión, T-314/01, Rec. p. II-3085, apartado 50, y la jurisprudencia citada).

- ¹⁶⁰ Por otra parte, conforme a la jurisprudencia relativa al acceso al expediente administrativo anterior al pliego de cargos, la falta de comunicación de un documento sólo constituye una vulneración del derecho de defensa cuando la empresa afectada demuestra, por una parte, que la Comisión se ha apoyado en dicho documento para fundamentar su imputación relativa a la existencia de una infracción (sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apartados 7 y 9, y *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 158 *supra*, apartado 71) y, por otra, que dicha imputación únicamente puede acreditarse mediante el citado documento (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, *AEF-Telefunken/Comisión*, 107/82, Rec. p. 3151, apartados 24 a 30, y *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 158 *supra*, apartado 71; sentencia *Solvay/Comisión*, citada en el apartado 158 *supra*, apartado 58). A este respecto, el Tribunal de Justicia establece una distinción entre documentos incriminatorios y documentos exculpativos. Si se trata de un documento incriminatorio, incumbe a la empresa afectada demostrar que el resultado al que llegó la Comisión habría sido diferente si hubiera descartado ese documento. En cambio, por lo que respecta a la falta de comunicación de un documento exculpativo, la empresa afectada únicamente debe probar que el hecho de no divulgarlo pudo influir, en perjuicio de ésta, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la decisión de la Comisión (véase, en este sentido, la sentencia *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 158 *supra*, apartados 73 y 74). Esta distinción es también válida para los documentos posteriores al pliego de cargos (sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2006, *Jungbunzlauer/Comisión*, T-43/02, Rec. p. II-3435, apartados 351 a 359).
- ¹⁶¹ Además, debe precisarse que la falta de comunicación sistemática de las respuestas de las otras empresas al pliego de cargos no es contraria al principio de respeto al derecho de defensa. Como se ha recordado anteriormente, este principio implica que la Comisión debe, durante el procedimiento administrativo, comunicar a las empresas afectadas todos los hechos, circunstancias o documentos en los que se basa, para permitirles manifestar oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias alegados y sobre los documentos que haya tenido en cuenta para fundamentar sus alegaciones.
- ¹⁶² Finalmente, la demandante no puede invocar la jurisprudencia según la cual no puede corresponder únicamente a la Comisión, que notifica los cargos y toma la decisión de imponer una sanción, determinar cuáles son los documentos útiles para la defensa de la empresa afectada (sentencia *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 158 *supra*, apartados 81 y 83, y *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, citada en el apartado 122 *supra*, apartado 339). En efecto, esta consideración, relativa a los documentos incluidos en el expediente de la Comisión, no puede aplicarse a las respuestas dadas por otras partes afectadas a los cargos comunicados por dicha institución.

b) Aplicación en el presente asunto

- ¹⁶³ En el caso de autos, la demandante considera que se le debería haber permitido acceder a todas las respuestas de las otras empresas al pliego de cargos, que podrían contener pruebas de descargo.
- ¹⁶⁴ Debe recordarse que corresponde a la demandante aportar indicios razonables de que la falta de comunicación pudo influir, en su perjuicio, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la decisión de la Comisión. Sin embargo, la demandante se ha limitado a afirmar de manera general, muy

vaga y meramente especulativa, que las réplicas de las otras empresas al pliego de cargos podrían haberle proporcionado medios de descargo debido al carácter horizontal y vertical del acuerdo y al hecho de que la Comisión supuestamente tomó partido a favor de los proveedores, sin aportar indicación específica alguna que constituya un indicio razonable en este sentido.

- 165 Además, como destaca la Comisión, en un cartel es poco probable que una sociedad aporte datos que puedan minimizar el papel de otra sociedad en él, aunque, en el presente asunto, el hecho de que el cartel estuviese organizado entre dos grupos con intereses potencialmente divergentes explica que cada parte tuviese tendencia a minimizar su papel en el cartel en perjuicio de la otra. En cualquier caso, según la jurisprudencia, el mero hecho de que otras empresas hayan podido esgrimir los mismos argumentos que la demandante en su contestación al pliego de cargos no puede constituir una prueba de descargo (sentencia Jungbunzlauer/Comisión, citada en el apartado 160 *supra*, apartados 353 a 356). Así pues, la demandante no ha aportado ningún indicio razonable de la utilidad de una posible remisión de las respuestas de las otras sociedades al pliego de cargos.
- 166 Por consiguiente, es preciso concluir que la Comisión no vulneró el derecho de defensa de la demandante al negarse a remitirle todas las respuestas al pliego de cargos.
- 167 De cuanto antecede resulta que debe desestimarse la pretensión de que se anule la Decisión impugnada.

II. Sobre la pretensión de supresión de la multa o de reducción de su importe

- 168 En apoyo de su pretensión de que se suprima la multa o de que se reduzca su importe, la demandante invoca dos motivos, basados, el primero, en errores de hecho y de Derecho al calcular el importe de base de la multa y, el segundo, en errores de hecho y de Derecho y en la vulneración del derecho de defensa al tener en cuenta circunstancias agravantes.
- 169 Con carácter preliminar, es preciso destacar que, en el marco de su pretensión de que se suprima la multa o de que se reduzca su importe, la demandante parece solicitar al Tribunal que ejerza su competencia jurisdiccional plena casi exclusivamente con el fin de corregir los errores de hecho y de Derecho en los que la Comisión, a su juicio, ha incurrido. En efecto, dejando aparte la alegación relativa al carácter desproporcionado del incremento de la multa por la negativa a cooperar, ninguno de los argumentos invocados en apoyo de los motivos formulados parece requerir que el Tribunal ejerza su competencia jurisdiccional plena para sustituir con su apreciación la de la Comisión. Por consiguiente, en el presente asunto, el Tribunal debe examinar si se han acreditado dichos errores y, en su caso, ejercer su potestad de plena jurisdicción para remediarlos si es necesario.
- 170 Con carácter subsidiario, debe precisarse que, como se ha señalado anteriormente, aunque de la pretensión de que se suprima la multa o de que se reduzca su importe parece desprenderse que la demandante sólo solicita que el Tribunal ejerza su competencia jurisdiccional plena casi exclusivamente en el marco de la apreciación del carácter erróneo del razonamiento de la Comisión, el Tribunal considera que, en cualquier caso, las alegaciones formuladas por la demandante en apoyo de dicha pretensión no justifican que se adopte una apreciación diferente a la de la Comisión.

A. Sobre la fijación del importe de base de la multa

- 171 El primer motivo se basa en los errores de hecho y de Derecho en los que, a juicio de la demandante, incurrió la Comisión al calcular el importe de base de la multa. La demandante considera que el importe de base de la multa que se le impuso (17,1 millones de euros) es demasiado elevado por cuatro razones.

1. Sobre la calificación de la infracción de muy grave

a) Alegaciones de las partes

¹⁷² En primer lugar, la demandante afirma que la Comisión calificó indebidamente la conducta de los miembros del W5 de infracción muy grave, cuando, en realidad, la negociación colectiva del mayor descuento posible en el momento de la compra, que tenía por objeto dar respuesta a un acuerdo sobre los precios y el reparto del mercado celebrado entre los proveedores, no podía ser tratada del mismo modo que el propio acuerdo sobre los precios y el reparto del mercado celebrado entre los proveedores. Por tanto, correspondía a la Comisión, a su juicio, valorar de manera distinta la gravedad de la conducta de los miembros del W5, analizando en particular la repercusión efectiva de la conducta controvertida en la competencia. Además, la Comisión estaba obligada, a su parecer, a motivar su afirmación de que los grandes constructores deberían haber sabido que su práctica restringía la competencia y a demostrar que dicha práctica perjudicaba a los pequeños constructores, al igual que el supuesto incremento artificial de los precios del betún en los Países Bajos. Por último, recuerda que la propia Comisión reconoció en el pliego de cargos que los acuerdos secretos sólo concernían a los proveedores, y no a los grandes constructores, que parecían poco preocupados por disimular sus contactos. Así, las invitaciones a las reuniones se hacían mediante su secretaría y no se redactaba ningún acta después de tales reuniones, debido a la escasez de resultados de las negociaciones y a la falta de acuerdo formal.

¹⁷³ En conclusión, la demandante considera que, conforme a 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 [CA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices para el cálculo de las multas»), la infracción en cuestión podía calificarse, a lo sumo, de infracción leve, a la que corresponde un importe de base de un millón de euros como máximo.

¹⁷⁴ La Comisión rechaza todas las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

¹⁷⁵ A tenor de lo dispuesto en el punto 1 de las Directrices para el cálculo de las multas, el importe de base de la multa se determina en función de la gravedad y de la duración de la infracción, debiendo tomarse en consideración, a la hora de evaluar la gravedad de la infracción, su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado, siempre y cuando se puedan determinar, y la dimensión del mercado geográfico afectado. Así, las Directrices para el cálculo de las multas establecen una distinción entre infracciones leves (restricciones, casi siempre verticales, destinadas a limitar los intercambios, pero cuyas repercusiones sobre el mercado sean limitadas), infracciones graves (restricciones horizontales o verticales cuya aplicación sea más rigurosa y cuyas repercusiones en el mercado sean más amplias) e infracciones muy graves (restricciones horizontales como carteles de precios y cuotas de reparto de los mercados u otras prácticas que menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior).

¹⁷⁶ Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, la gravedad de una infracción se determina en función de un gran número de factores, tales como las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, respecto de los cuales la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación (sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 241, y de 10 de mayo de 2007, SGL Carbon/Comisión, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, apartado 43; sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2008, Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión, T-69/04, Rec. p. II-2567, apartado 153). Por otra parte, según la jurisprudencia, al determinar el importe de las multas procede tener en cuenta todos los elementos que pueden incluirse en la apreciación de la gravedad de las infracciones, como, en particular, el papel

desempeñado por cada una de las partes en dichas infracciones y el riesgo que las infracciones de este tipo representan para los objetivos de la Unión (sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartados 120 y 129, y de 8 de noviembre de 1983, *IAZ International Belgium y otros/Comisión*, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartado 52; sentencia del Tribunal General de 27 de julio de 2005, *Brasserie nationale y otros/Comisión*, T-49/02 a T-51/02, Rec. p. II-3033, apartados 168 a 183). Cuando una infracción ha sido cometida por varias empresas, procede examinar la gravedad relativa de la participación de cada una de ellas (sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, *Hercules Chemicals/Comisión*, C-51/92 P, Rec. p. I-4235, apartado 110, y *Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 207).

- 177 Asimismo, el juez de la Unión ha admitido la calificación de infracción muy grave por naturaleza en el caso de los acuerdos horizontales en materia de precios o de los acuerdos que tienen por objeto especialmente el reparto de la clientela o la compartimentación del mercado común (sentencias del Tribunal de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services y otros/Comisión*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartado 136; *Groupe Danone/Comisión*, citada en el apartado 137 *supra*, apartado 147; y de 8 de julio de 2008, *BPB/Comisión*, T-53/03, Rec. p. II-1333, apartado 279). Estos acuerdos pueden merecer, con fundamento exclusivo en su propia naturaleza, la calificación de muy graves, sin que sea preciso que dichas conductas se caractericen por una extensión geográfica o una repercusión especiales (sentencia *Brasserie nationale y otros/Comisión*, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 178). A la inversa, una práctica colusoria horizontal que abarque todo el territorio de un Estado miembro y que tenga por objeto un reparto de mercado y una compartimentación del mercado común no puede calificarse de leve en el sentido de las Directrices para el cálculo de las multas (sentencia *Brasserie nationale y otros/Comisión*, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 181). Así, en contra de lo que afirma la demandante, no incumbía a la Comisión analizar la repercusión efectiva de la conducta controvertida sobre la competencia para poder apreciar la gravedad de la infracción demostrando que los acuerdos perjudicaron a los pequeños constructores e incrementaron artificialmente el nivel del precio bruto en los Países Bajos.
- 178 En el presente asunto, la Comisión estimó, en los considerandos 312 a 317 de la Decisión impugnada, que la demandante había cometido una infracción muy grave del artículo 81 CE, apartado 1. Destacó que una infracción que consiste en fijar directa o indirectamente los precios de venta y de compra y en aplicar a los socios comerciales condiciones desiguales por prestaciones equivalentes, ocasionándoles una desventaja competitiva, está incluida entre las infracciones más graves por naturaleza. Además, indicó que los dos grupos implicados en la infracción deberían haber sido conscientes del carácter ilícito del cartel, sobre todo porque los miembros del W5 ocasionaron deliberadamente una desventaja competitiva a los otros constructores. La Comisión considera que el carácter secreto de los acuerdos celebrados constituye, a este respecto, una prueba adicional de que los participantes eran conscientes de su naturaleza ilícita.
- 179 Debe señalarse que la demandante no niega los datos que se mencionan en el considerando 312 de la Decisión impugnada, a saber, que el cartel consistía en fijar directa o indirectamente los precios de venta y de compra y en aplicar a los socios comerciales condiciones desiguales por prestaciones equivalentes, ocasionándoles con ello una desventaja competitiva. Pues bien, los mecanismos así descritos por la Comisión representan algunas de las modalidades más graves de perjuicio a la competencia. La demandante se limita a tratar de establecer una distinción entre varias conductas relativas al mismo cartel, alegando que la Comisión debería haber realizado una apreciación diferente de la conducta de los proveedores y de la de los grandes constructores, al haber sido los primeros los responsables de un cartel para fijar los precios mientras que los segundos se limitaron a negociar un descuento colectivo sobre los precios de compra. No obstante, como ya ha indicado anteriormente el Tribunal (véanse los apartados 49 a 58 de la presente sentencia), deben tenerse en cuenta globalmente los acuerdos celebrados entre el W5 y los proveedores, acuerdos que se referían tanto al precio bruto como al descuento mínimo concedido al W5 y al descuento máximo aplicable a los pequeños constructores. Así, las circunstancias a las que alude la demandante en el presente asunto no pueden

poner en entredicho la validez de la apreciación de la gravedad de la infracción realizada por la Comisión. Por consiguiente, no cabe impugnar válidamente la conclusión de la Comisión de que los acuerdos y prácticas concertadas de que se trata constituían, por su propia naturaleza, una infracción muy grave.

- 180 Según la demandante, la Comisión estaba obligada a motivar su afirmación, recogida en el considerando 313 de la Decisión impugnada, de que los grandes constructores deberían haber sabido que su práctica restringía la competencia. Además, estima que, en el caso de los grandes constructores, esos acuerdos no eran confidenciales. El juez de la Unión ya ha declarado que, para determinar la gravedad de la infracción, la Comisión podía tomar en consideración legítimamente el hecho de que las empresas tomaron muchas precauciones para evitar el descubrimiento del cartel (sentencia Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 154). En el presente asunto, la Comisión indicó que el W5 también había adoptado acuerdos en secreto, concretamente no enviando invitaciones escritas a las reuniones de concertación y no redactando acta alguna de dichas reuniones. En cualquier caso, el tenor del considerando 313 de la Decisión impugnada pone de manifiesto el carácter subsidiario de los datos que en él se mencionan respecto de los que figuran en el considerando 312 de dicha Decisión. En tales circunstancias, aun suponiendo que pudiera considerarse fundamentada la oposición formulada por la demandante por lo que respecta a la toma en consideración del carácter secreto del cartel y al conocimiento de su carácter ilícito, ello no puede tener como consecuencia que se cuestione la apreciación que la Comisión hizo de la naturaleza de la infracción, tal como se desprende de los motivos pertinentes y suficientes que se recogen en el considerando 312 de la Decisión impugnada (véase, en este sentido, la sentencia Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 157).
- 181 Se deduce del conjunto de las consideraciones precedentes que la Comisión no incurrió en ningún error de apreciación por lo que respecta al carácter muy grave de la infracción cometida por la demandante. Así pues, debe desestimarse la pretensión de la demandante de que se califique el cartel de infracción leve (sentencia Brasserie nationale y otros/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 181).

2. Sobre la errónea apreciación de la repercusión del cartel en el mercado

a) Alegaciones de las partes

- 182 En segundo lugar, la demandante reprocha a la Comisión que no determinase la repercusión del cartel en el mercado para fijar el importe de base de la multa.
- 183 La Comisión estima que no estaba obligada a tener en cuenta la repercusión concreta del cartel sobre el mercado de referencia.

b) Apreciación del Tribunal

- 184 En el considerando 314 de la Decisión impugnada, la Comisión indica que la determinación de la gravedad de la infracción y del importe de la multa no depende de la repercusión del cartel sobre el mercado. Afirma que no es posible evaluar la repercusión concreta del cartel debido a la falta de información sobre cómo hubiera evolucionado el precio del betún de no haber existido los acuerdos, pero que ella puede limitarse a hacer estimaciones sobre los efectos del cartel. Para ello, señaló que los acuerdos celebrados se pusieron efectivamente en práctica e incluyeron la aplicación de un descuento preferente exclusivamente a los miembros del W5 y del mecanismo de imposición de sanciones en caso de incumplimiento de los acuerdos, creando así condiciones de mercado artificiales. Además, indicó que el nivel del precio bruto en los Países Bajos era superior al vigente en los países vecinos y que el descuento específico concedido al W5 podía desempeñar un papel determinante en la obtención de contratos públicos.

- 185 A tenor de lo dispuesto en el punto 1 de las Directrices para el cálculo de las multas, el importe de base de la multa se determina «en función de la gravedad y la duración de la infracción [...] A la hora de evaluar la gravedad de la infracción ha de tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado».
- 186 El juez de la Unión ha confirmado que la Comisión no estaba obligada a demostrar la repercusión concreta de la infracción en el mercado, ya que la cuestión de en qué medida la restricción de la competencia llevó a un precio de venta superior al que se habría impuesto en el supuesto de que no hubiera existido el cartel no es un criterio determinante para fijar el importe de las multas (sentencias del Tribunal de Justicia Musique Diffusion française y otros/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartados 120 y 129, y de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartados 68 a 77; véase también la sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010, KME Germany y otros/Comisión, T-25/05, no publicada en la Recopilación, apartado 82, y la jurisprudencia citada).
- 187 El Tribunal de Justicia ha recordado así que de las Directrices para el cálculo de las multas se deduce que la naturaleza propia de la infracción puede bastar para calificarla de «muy grave», con independencia de su repercusión concreta en el mercado y de su alcance geográfico (véanse el apartado 177 de la presente sentencia y la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681, apartado 103). Esta conclusión queda confirmada por el hecho de que, si bien la descripción de las infracciones «graves» menciona expresamente las repercusiones en el mercado y los efectos en amplias zonas del mercado común, la de las infracciones «muy graves», en cambio, no menciona ninguna exigencia relativa a la repercusión concreta en el mercado ni a la producción de efectos en una zona geográfica determinada (sentencia Groupe Danone/Comisión, citada en el apartado 137 *supra*, apartado 150). El Tribunal de Justicia ha recordado también que, según el punto 1 A, párrafo primero, de las Directrices para el cálculo de las multas, tales repercusiones sólo deben tomarse en consideración si pueden determinarse (sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2009, Archer Daniels Midland/Comisión, citada en el apartado 136 *supra*, apartado 125, y de 3 de septiembre de 2009, Prym y Prym Consumer/Comisión, C-534/07 P, Rec. p. I-7415, apartado 74).
- 188 En el presente asunto, habida cuenta de la naturaleza de la infracción controvertida y del hecho de que la Comisión señaló, en la Decisión impugnada, que no podía determinarse la repercusión concreta de la infracción (considerandos 314 y 316), la Comisión no estaba obligada a realizar una apreciación de la repercusión concreta en el mercado para calificar la infracción de muy grave.
- 189 Por otra parte, según la jurisprudencia, si la Comisión considera oportuno, a efectos del cálculo de la multa, tener en cuenta ese elemento facultativo que es la repercusión concreta de la infracción en el mercado, siempre y cuando se pueda determinar, no puede limitarse a utilizar una simple presunción, sino que debe aportar indicios concretos, verosímiles y suficientes que permitan apreciar la influencia efectiva que la infracción haya podido tener en la competencia en dicho mercado, ya que la consideración adicional de dicho dato permite a la Comisión aumentar el importe de partida de la multa por encima del importe mínimo previsto de 20 millones de euros fijado por las Directrices para el cálculo de las multas, sin otro límite que el límite máximo del 10 % del volumen de negocios total obtenido por la empresa afectada durante el ejercicio social precedente, fijado para el importe total de la multa en el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 (sentencia Prym y Prym Consumer/Comisión, citada en el apartado 187 *supra*, apartados 81 y 82).
- 190 Ahora bien, en el presente asunto, dado que la Comisión indicó claramente en la Decisión impugnada que no podía determinarse la repercusión concreta de la infracción y que, por tanto, no afectaba a la determinación de la gravedad de la infracción y del importe de la multa, no se le puede reprochar que precisara, en el considerando relativo a la repercusión concreta del cartel en el mercado, que los

acuerdos controvertidos habían sido puestos en práctica. No será necesario tampoco examinar si el resto de los indicios que presentó eran suficientes para demostrar la influencia efectiva que la infracción pudo tener sobre la competencia en dicho mercado.

3. Sobre el carácter desproporcionado del importe de partida

a) Alegaciones de las partes

¹⁹¹ En tercer lugar, la demandante considera que el importe de partida de su multa, de 9,5 millones de euros, es claramente desproporcionado respecto a su volumen de compra, que era de 7,7 millones de euros en 2001. Concretamente, la Comisión no tuvo en cuenta, según la demandante, el hecho de que el cartel tenía por objeto, en el caso de los grandes constructores, el precio de compra y no el precio de venta, y que dicho precio de compra únicamente suponía una mínima parte de sus costes de producción, de los cuales ella sólo obtenía un margen neto antes de impuestos de menos del 5%. Además, la Comisión debería haber tenido en cuenta que la demandante, según afirma ella misma, repercutió esta bajada de sus costes de compra en las ofertas hechas a sus clientes.

¹⁹² La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

¹⁹³ En virtud de lo dispuesto en el punto 1 A, párrafo sexto, de las Directrices para el cálculo de las multas, en el caso de infracciones en las que están implicadas varias empresas, puede resultar conveniente ponderar, en determinados casos, los importes fijados dentro de cada categoría de infracción «para tomar en consideración el peso específico y, por tanto, las repercusiones reales del comportamiento ilícito de cada empresa sobre la competencia, sobre todo cuando existe una disparidad considerable en cuanto a la dimensión de las empresas responsables de una infracción de la misma naturaleza». En el párrafo séptimo se indica así que «el principio de la igualdad de las sanciones ante comportamientos idénticos puede conducir, cuando las circunstancias lo exijan, a la aplicación de importes diferenciados a las empresas de que se trate sin que esta diferenciación obedezca a un cálculo aritmético».

¹⁹⁴ La Comisión señaló, en los considerandos 318 a 322 de la Decisión impugnada, que, para tener en cuenta la importancia específica de la conducta ilícita de cada empresa participante en el cartel y su repercusión real sobre la competencia, estableció una distinción entre las empresas afectadas en función de su importancia relativa en el mercado de referencia. Habida cuenta de la peculiar naturaleza del cartel, que afectaba a los vendedores y a los compradores de un mismo producto en un mismo ámbito de actividad, evaluó la importancia relativa de estas empresas en función de sus cuotas de mercado, calculadas sobre la base del valor de las ventas de betún para el recubrimiento de carreteras, en el caso de los proveedores, o de las compras de dicho producto, en el caso de los constructores, en 2001, último año completo de la infracción. De este modo, clasificó a las empresas en seis categorías y situó a la demandante en la tercera de ellas, que agrupaba a las empresas con cuotas de mercado comprendidas entre el 12,4 y el 13,5 %, con lo que obtuvo un importe de partida de 9,5 millones de euros en el caso de la demandante. Por otra parte, en el considerando 317 de la Decisión impugnada, la Comisión indicó que, aun cuando en el caso de las infracciones muy graves pueden imponerse multas de más de 20 millones de euros, había fijado ese importe sólo en 15 millones de euros, teniendo en cuenta que la infracción se limitaba al betún para el recubrimiento de carreteras vendido en un único Estado miembro, el valor relativamente poco elevado de ese mercado —62 millones de euros en 2001— y el gran número de participantes.

¹⁹⁵ El juez de la Unión ya ha señalado que, en el marco del Reglamento n° 1/2003, la Comisión dispone de un margen de apreciación por lo que respecta a la fijación del importe de las multas, a fin de lograr que las empresas ajusten su comportamiento a las normas sobre la competencia, y que incumbe al

Tribunal controlar si el importe de la multa impuesta es proporcionado en relación con la gravedad y la duración de la infracción, y sopesar la gravedad de la infracción y las circunstancias alegadas por la demandante (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de 21 de octubre de 2003, *General Motors Nederland y Opel Nederland/Comisión*, T-368/00, Rec. p. II-4491, apartado 189).

- ¹⁹⁶ El juez de la Unión señaló, además, que, aunque las Directrices para el cálculo de las multas no prevén que el importe de las multas se calcule en función del volumen de negocios global o del volumen de negocios pertinente, tampoco se oponen a que dichos volúmenes de negocios se tengan en cuenta al determinar el importe de la multa, a fin de respetar los principios generales del Derecho de la Unión y cuando las circunstancias así lo exijan, por lo que la Comisión puede clasificar a las empresas implicadas en varias categorías, basándose en el volumen de negocios alcanzado por cada una para los productos a los que afecte el procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia *Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión*, citada en el apartado 176 *supra*, apartados 176 y 177). Asimismo, la Comisión puede repartir a las empresas en cuestión en función de su importancia en el mercado, que puede medirse, en el caso de un cartel entre vendedores y compradores, en función de sus cuotas de mercado, calculadas sobre la base de las ventas o de las compras de que se trate.
- ¹⁹⁷ Este método consistente en repartir en categorías a los miembros de un cartel para aplicarles un trato diferenciado en la fase en la que se fijan los importes iniciales de las multas —método cuyo principio ha sido jurídicamente aceptado por la jurisprudencia, pese a que equivale a ignorar las diferencias de tamaño entre empresas de una misma categoría— lleva aparejada la fijación a tanto alzado del importe de partida en el caso de las empresas que pertenecen a una misma categoría. De este modo, la Comisión puede, concretamente, clasificar en varias categorías a las empresas implicadas, por ejemplo, por tramos de un 5 % o de un 10 % de las cuotas de mercado. Ahora bien, el juez de la Unión subraya que tal reparto debe respetar el principio de igualdad de trato y que el importe de las multas debe ser, al menos, proporcionado en relación con los elementos tenidos en cuenta para apreciar la gravedad de la infracción, limitándose él a controlar que dicho reparto sea coherente y esté justificado objetivamente (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 8 de octubre de 2008, *SGL Carbon/Comisión*, T-68/04, Rec. p. II-2511, apartados 62 a 70, y *Hoechst/Comisión*, citada en el apartado 159 *supra*, apartados 123 y 124).
- ¹⁹⁸ Según jurisprudencia reiterada, la Comisión no está obligada, al fijar el importe de las multas en función de la gravedad y de la duración de la infracción en cuestión —como se recuerda en el punto 1 A, párrafo sexto, de las Directrices para el cálculo de las multas—, a calcular la multa partiendo de importes basados en el volumen de negocios de las empresas implicadas. Asimismo, en el caso de un cartel entre vendedores y compradores, no está obligada a realizar ese cálculo basándose en el valor de las ventas o de las compras de las empresas en cuestión. Es cierto que la Comisión puede tener en cuenta el volumen de negocios de la empresa de que se trate o, en el caso de un cartel entre vendedores y compradores, el valor de las ventas y de las compras del producto en cuestión, pero no debe atribuirse a dichas cifras una importancia desproporcionada respecto a otros criterios de apreciación. Por tanto, la Comisión conserva un cierto margen de apreciación en lo que se refiere a la posibilidad de ponderar las multas en función de la dimensión de cada empresa. Así pues, al determinar el importe de las multas, no está obligada a garantizar que, en el caso de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, los importes definitivos de dichas multas reflejen las diferencias existentes entre las empresas afectadas en cuanto a su volumen de negocios global (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, *Dalmine/Comisión*, C-407/04 P, Rec. p. I-829, apartados 141 a 144), a su volumen de negocios en el mercado del producto de que se trate (sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2005, *Union Pigments/Comisión*, T-62/02, Rec. p. II-5057, apartado 159) o, en el caso de un cartel entre vendedores y compradores, al importe de sus ventas o de sus compras en el mercado de referencia.
- ¹⁹⁹ Es también jurisprudencia reiterada que el hecho de que el método de cálculo expuesto en las Directrices para el cálculo de las multas no se base en el valor de las ventas o de las compras de las empresas afectadas y permita, de este modo, que surjan disparidades entre las empresas por lo que

respecta a la relación entre el valor de sus ventas o de sus compras y el importe de las multas que se les imponen carece de pertinencia para apreciar si la Comisión violó los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato, así como el de individualización de las penas (sentencia del Tribunal de 6 de mayo de 2009, Wieland-Werke/Comisión, T-116/04, Rec. p. II-1087, apartados 86 y 87).

200 Por tanto, corresponde al Tribunal examinar únicamente, en el presente asunto, que la clasificación de las empresas llevada a cabo por la Comisión era coherente y estaba objetivamente justificada. Pues bien, la Comisión señaló, en los considerandos 29 y 320 de la Decisión impugnada, que, dado que el presente asunto tenía por objeto un cartel entre vendedores y compradores del mismo producto en el mismo ámbito de actividad, debía establecerse una única clasificación en función del volumen de negocios del producto en cuestión. Por tanto, aunque el cartel tuviese por objeto el precio de compra en el caso de los grandes constructores y el precio de venta en el caso de los proveedores, la Comisión podía establecer una única clasificación, en función del valor de las ventas o de las compras del producto en cuestión, sin incumplir sus obligaciones de coherencia y de justificación objetiva. Por último, de la jurisprudencia que se acaba de citar resulta que la Comisión no estaba obligada a tener en cuenta el hecho de que la demandante hubiese repercutido sobre las ofertas realizadas a sus clientes la bajada de sus costes de compra debida al cartel, ni el hecho de que el precio de compra del betún sólo representara una mínima parte de sus costes de producción, suponiendo que tales hechos se hayan demostrado.

4. Sobre la errónea apreciación de la duración de la infracción

a) Alegaciones de las partes

201 En cuarto y último lugar, la demandante considera que participó en la infracción como muy pronto desde 1996, y no desde 1994. Estima que no cabe considerar que la negociación de un descuento colectivo mínimo suponga un acuerdo restrictivo de la competencia y que la Comisión no ha demostrado ni la existencia de otra forma de negociación antes de 1996, ni que ella hubiese celebrado acuerdos con objeto de fijar con los proveedores el descuento máximo que podía concederse a los pequeños constructores. Admite únicamente que, en una ocasión, en 2000, los grandes constructores negociaron colectivamente con los proveedores un descuento adicional, ya que habían observado que éstos no les concedían ningún descuento efectivo vinculado al volumen de sus compras.

202 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

203 Según el considerando 326 de la Decisión impugnada, la Comisión estima que la demandante participó en la infracción del 1 de abril de 1994 al 15 de abril de 2002. La demandante considera que la Comisión incurrió en un error de hecho al no diferenciar la conducta de los grandes constructores de la de los proveedores, que fueron los únicos que establecieron un cartel antes de 1996.

204 No obstante, de numerosos datos del expediente se desprende que los grandes constructores participaron ya en el cartel antes de 1996, que ya tenía por objeto el descuento específico concedido al W5 (considerandos 175 a 178 de la Decisión impugnada). Así, dos documentos aprehendidos en la sede de HBG, fechados el 28 de marzo y el 8 de julio de 1994, mencionan acuerdos entre el W5 y los proveedores sobre el precio bruto hasta el 1 de enero de 1995 y sobre el descuento específico concedido al W5 (considerandos 93 y 94 de la Decisión impugnada). Por otra parte, dos notas internas de SNV de 6 y de 9 de febrero de 1995 también mencionan los acuerdos sobre los precios y los descuentos especiales celebrados entre el W5 y los proveedores (considerando 89 de la Decisión impugnada). Por último, en su contestación al pliego de cargos, la demandante señaló asimismo que durante ese período el W5 ya había celebrado otros acuerdos (considerando 177 de la Decisión impugnada).

- 205 Además, la demandante niega la existencia de un límite máximo por lo que respecta al descuento concedido a los pequeños constructores, sobre todo antes de 1996. No obstante, varios documentos confirman su existencia en las negociaciones del cartel desde 1994, como se ha expuesto en el apartado 52 de la presente sentencia: declaraciones de proveedores (considerandos 50, 53, 54 y 82 a 86 de la Decisión impugnada), documentos coetáneos de la infracción (considerandos 82 a 85, 93, 95, 108, 115, 116 y 153 de la Decisión impugnada) y respuestas de la demandante a una solicitud de información de la Comisión y al pliego de cargos (considerandos 72, 97 y 119 de la Decisión impugnada).
- 206 Por tanto, procede desestimar también esta alegación.
- 207 En conclusión, debe desestimarse el motivo basado en la existencia de errores de hecho y de Derecho al calcular el importe de base de la multa.

B. Sobre las circunstancias agravantes

- 208 El segundo motivo se basa en la existencia de errores de hecho y de Derecho y en la vulneración del derecho de defensa de la demandante al apreciar las circunstancias agravantes. La demandante reprocha a la Comisión que haya incrementado injustamente el importe de la multa basándose, por una parte, en su falta de cooperación en una inspección y, por otra, en su papel de instigadora y de responsable del cartel.

1. Sobre la circunstancia agravante de la negativa a colaborar en la inspección

a) Alegaciones de las partes

- 209 La demandante considera que cabe oponerse por cuatro motivos a la decisión de la Comisión de aumentar el importe de base de su multa en un 10 % debido a su negativa a cooperar en la inspección de la Comisión de 1 de octubre de 2002 y a sus intentos de obstrucción durante dicha inspección.
- 210 En primer lugar, la demandante afirma que la Comisión vulneró su derecho de defensa al no indicarle, en el pliego de cargos, que los incidentes se tendrían en cuenta al calcular la multa. Si bien la Comisión mencionó los dos incidentes en cuestión en la parte del pliego de cargos relativa al procedimiento, nada permitía a la demandante concluir que la Comisión tenía intención de tener en cuenta tales hechos al calcular la multa, ya que no se hacía ninguna mención al respecto en la parte del pliego de cargos dedicada a las circunstancias agravantes. La demandante señala, además, que no pudo tener conocimiento de la práctica de la Comisión a este respecto a través del contenido de los pliegos de cargos de otros asuntos, puesto que no se trata de documentos públicos.
- 211 En segundo lugar, según la demandante, la negativa a cooperar carece de fundamento material, al no haberse apreciado infracción alguna del artículo 15, apartado 1, del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), que fue derogado y sustituido por el Reglamento n° 1/2003, ni de la Decisión por la que se ordenó la inspección, adoptada en aplicación del artículo 14, apartado 3, del Reglamento n° 17 (en lo sucesivo, «Decisión por la que se ordenó la inspección»). Así, de la primera acta por la que se deja constancia de la negativa se desprende que la secretaria del director de la demandante solicitó a los inspectores de la Comisión que esperasen a que llegasen sus abogados externos antes de entrar en los locales. Sin embargo, los inspectores se negaron a concederle plazo alguno, solicitaron inmediatamente el auxilio de las fuerzas policiales y forzaron el acceso a las oficinas, sin informarse acerca de la posible presencia de un jurista interno que pudiese recibirlos y ayudarles. En contra de lo afirmado por la Comisión, la demandante sostiene que este incidente no duró más de veinte minutos. Además, la Comisión vulneró su derecho de defensa al no concederle un

plazo razonable para recabar asistencia jurídica, dado que no había ningún jurista interno presente en el lugar donde se desarrollaba la inspección. La segunda acta deja constancia de la negativa de los abogados externos de la demandante a permitir a los inspectores acceder al despacho de uno de sus directivos que se encontraba ausente, ya que estimaban que no había en él ningún documento relativo al betún y que la orden de la Comisión no les permitía acceder a él. La Comisión señala que solicitó el auxilio de la autoridad neerlandesa en materia de competencia, que se puso en contacto con la Policía para poder acceder a ese despacho. No obstante, la demandante considera que esta acta no refleja la realidad. Afirma que, si bien sus abogados denegaron inicialmente el acceso a dicho despacho, resolvieron rápidamente autorizarlo, de modo que sólo se trata de un incidente menor y no de un intento de obstrucción de la investigación. Así, el acta no indica que alguien hubiese entrado en dicho despacho ni que se hubiesen podido ocultar medios de prueba durante ese breve lapso de tiempo. Por último, la demandante destaca que las dos actas, redactadas el 3 de octubre de 2002, es decir, después de las referidas inspecciones, sólo se le remitieron en el marco del acceso al expediente y que, por tanto, no pudo formular sus observaciones a tiempo, con lo que se vulneró el principio de buena administración de la justicia.

- 212 En tercer lugar, el incremento de la multa por la negativa a cooperar es contrario a lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1, del Reglamento n° 17, que estaba en vigor en el momento en el que se produjeron los hechos y que establecía una multa de 5.000 euros como máximo cuando una empresa no se sometiese a una decisión por la que se ordenase una inspección. Así, la demandante considera que la Comisión no podía basarse en las Directrices para el cálculo de las multas para no aplicar estas disposiciones y que, al intentar imponerle tal incremento sobre la base de lo dispuesto en el Reglamento n° 1/2003, cometió un abuso de poder.
- 213 En cuarto y último lugar, el incremento de la multa en 1,71 millones de euros por la negativa a cooperar es desproporcionado en vista de los hechos descritos en las actas redactadas por la Comisión.
- 214 La Comisión rechaza todas las alegaciones de la demandante.

b) Apreciación del Tribunal

- 215 De la Decisión impugnada —en especial de sus considerandos 32, 340 y 341— se desprende que, el 1 de octubre de 2002, la Comisión llevó a cabo diversas inspecciones, sobre todo en la sede de la demandante, y que, durante dicha inspección, ésta, en un primer momento, denegó la entrada en el edificio a los agentes de la Comisión, en espera de la llegada de sus abogados externos, y, en un segundo momento, se opuso a dejarles acceder al despacho de uno de sus directivos. Por consiguiente, la Comisión solicitó el auxilio de la Policía para llevar a cabo las inspecciones. Los agentes de la Comisión redactaron dos actas en relación con estos incidentes el 3 de octubre de 2002, que se remitieron a la demandante en el marco del acceso al expediente acordado por la Comisión el 19 de octubre de 2004. La demandante formula cuatro alegaciones para impugnar la decisión de la Comisión de aumentar el importe de base de su multa en un 10 % por este motivo.

Sobre la vulneración del derecho de defensa en relación con el contenido del pliego de cargos

- 216 En primer lugar, la demandante considera que, al no haberle indicado en el pliego de cargos que podía incrementarse su multa a causa de esta negativa a cooperar, la Comisión vulneró su derecho de defensa. No obstante, del pliego de cargos se desprende que la Comisión mencionó las dos negativas a cooperar en la parte relativa al procedimiento, precisando que infringían el artículo 1 de la Decisión por la que se ordenó la inspección, de 26 de septiembre de 2002 (apartado 85). Por otra parte, en la parte del pliego de cargos dedicada a las medidas correctivas, la Comisión recordó los principios que rigen la fijación de las multas, puntualizando que tendría en cuenta, en particular, posibles circunstancias atenuantes o agravantes, sin más detalles (apartado 361).

- 217 Según jurisprudencia reiterada, desde el momento en que la Comisión señala expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica también los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido deliberadamente o por negligencia, dicha institución cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas. Al actuar así, les da las indicaciones necesarias para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa (sentencia *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 21, y sentencia del Tribunal de 20 de marzo de 2002, *ABB Asea Brown Boveri/Comisión*, T-31/99, Rec. p. II-1881, apartado 78). Por lo que respecta a la fijación del importe de las multas, el derecho de defensa de las empresas afectadas está garantizado ante la Comisión mediante la posibilidad de presentar observaciones sobre la duración, la gravedad y la previsibilidad del carácter contrario a la competencia de la infracción. Además, existe una garantía adicional para las empresas en lo que se refiere a la fijación del importe de la multa, en la medida en que el Tribunal resuelve con competencia jurisdiccional plena y puede, concretamente, suprimir la multa o reducir su importe, en virtud del artículo 31 del Reglamento n° 1/2003 (sentencia del Tribunal de 6 de octubre de 1994, *Tetra Pak/Comisión*, T-83/91, Rec. p. II-755, apartado 235; véase en este sentido la sentencia *ABB Asea Brown Boveri/Comisión*, antes citada, apartado 79). El juez de la Unión extrajo de ello la conclusión de que la Comisión podía limitarse a indicar sin más detalles en el pliego de cargos que tendría en cuenta el papel individual desempeñado por cada empresa en los acuerdos en cuestión y que el importe de la multa reflejaría las posibles circunstancias agravantes o atenuantes, toda vez que las Directrices para el cálculo de las multas detallan las circunstancias que pueden considerarse agravantes (sentencia *Groupe Danone/Comisión*, citada en el apartado 137 *supra*, apartados 50 a 56).
- 218 En el presente asunto, la Comisión, de conformidad con la jurisprudencia antes mencionada, señaló expresamente en el pliego de cargos (apartados 357 a 362) su intención de imponer multas a las empresas destinatarias y los elementos de hecho y de Derecho que tendría en cuenta para el cálculo del importe de la multa que había que imponer a la demandante, de modo que, a este respecto, se respetó su derecho a ser oída. Por lo que se refiere más concretamente a la circunstancia agravante de la negativa a cooperar durante el desarrollo de la investigación apreciada contra la demandante, procede señalar, por un lado, que las Directrices para el cálculo de las multas la citan como ejemplo de circunstancia agravante y, por otro, que la Comisión señaló en el pliego de cargos que tendría en cuenta el papel desempeñado por cada empresa en los acuerdos en cuestión y que el importe de la multa reflejaría las posibles circunstancias agravantes o atenuantes (apartado 361 del pliego de cargos). En consecuencia, la demandante no podía desconocer que la Comisión podía apreciar dicha circunstancia agravante si llegaba a la conclusión de que concurrían los requisitos para su aplicación. Por tanto, la Comisión no vulneró su derecho de defensa.

Sobre el error de calificación jurídica de los hechos

- 219 En segundo lugar, la demandante considera que la Comisión incurrió en un error de calificación jurídica de los hechos al calificar los dos incidentes controvertidos de negativa a someterse a la Decisión por la que se ordenaba la inspección, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 17, en vigor en el momento de realizarse dichas inspecciones. Según la demandante, ella estaba facultada para solicitar a la Comisión que no practicase las inspecciones hasta la llegada de sus abogados externos, con el fin de proteger su derecho de defensa, y que, en cualquier caso, los inspectores de la Comisión pudieron llevar a cabo rápidamente las verificaciones deseadas.

– Sobre el primer incidente

- 220 Del expediente se desprende que inspectores de la Comisión y funcionarios de la autoridad neerlandesa en materia de competencia se presentaron en la recepción de la sede de la demandante en Utrecht el 1 de octubre de 2002 a las nueve y media de la mañana, provistos de una Decisión de la Comisión

por la que se instaba a la demandante a someterse a una orden de inspección. No obstante, la secretaria del director les negó la entrada en el edificio y les pidió que aguardasen, en una sala de espera situada en la planta baja, a que llegasen los abogados externos de la demandante. Al final, sólo se les permitió la entrada una vez que llegó la Policía, a la que llamaron los funcionarios de la autoridad neerlandesa en materia de competencia, a petición de los inspectores de la Comisión. La Comisión consideró que esta negativa había provocado un retraso de cuarenta y siete minutos. La demandante estima que estaba en su derecho de solicitar a la Comisión que esperase a que llegasen sus abogados, cuyo despacho se encontraba en La Haya, es decir, a sesenta kilómetros de distancia, dado que no tenía en la empresa ningún letrado interno.

- 221 El Tribunal señala que la demandante se limita a afirmar que estaba en su derecho de exigir a la Comisión que esperase a la llegada de sus abogados externos, especialistas en Derecho de la competencia, antes de empezar a realizar la inspección prevista, sin basarse a estos efectos en una norma concreta de Derecho de la Unión Europea o de Derecho neerlandés.
- 222 Es cierto que el juez de la Unión ya ha declarado que el mero ejercicio del derecho de defensa no puede constituir una negativa absoluta a cooperar en el sentido del punto 2, segundo guión, de las Directrices para el cálculo de las multas (sentencia del Tribunal de 20 de marzo de 2002, HFP y otros/Comisión, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 478, confirmada en este extremo por la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 353).
- 223 Además, según jurisprudencia reiterada, el principio jurídico del derecho a un proceso equitativo, como principio general del Derecho de la Unión, se deriva de los derechos fundamentales, que se basa también en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), y, más en particular, en su artículo 6. Así pues, cuando un demandante invoca tal principio, se considera que, implícitamente, está haciendo referencia al CEDH [conclusiones del Abogado General Gellhoed presentadas en el asunto Salzgitter Mannesmann/Comisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, C-411/04 P, Rec. p. I-959, p. I-962), puntos 45 a 49].
- 224 Por tanto, corresponde al Tribunal responder a esta alegación examinando si, en el presente asunto, la Comisión respetó las garantías procedimentales derivadas de los principios generales del Derecho de la Unión y del CEDH. Además, deben tenerse en cuenta el artículo 47, apartados 1 y 2, y el artículo 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1), que, si bien no tenía efectos jurídicos vinculantes equiparables a los del Derecho primario en el momento en que se adoptó la Decisión impugnada, proporcionaba, como fuente de interpretación del Derecho, aclaraciones sobre los derechos fundamentales que garantiza el Derecho de la Unión (sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, C-540/03, Rec. p. I-5769, apartado 38, y de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 37).
- 225 A este respecto, debe recordarse que, a tenor del artículo 6, apartado 3, letra c), del CEDH, «todo acusado tiene [derecho] [...] a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección» y que, según el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar».
- 226 Ante todo, el Tribunal señala que, ni el Reglamento n° 17, aplicable en la fecha en que tuvieron lugar las inspecciones, ni el Reglamento n° 1/2003, ni el Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO L 123, p. 18), incluyen disposición alguna acerca de la presencia de un abogado durante las inspecciones.

- 227 Por otra parte, debe precisarse que el ejercicio del derecho de defensa se inscribe principalmente en el marco de los procedimientos judiciales o administrativos que tienen por objeto hacer que cese una infracción o declarar una incompatibilidad jurídica. Por el contrario, el procedimiento de inspección del que se trata en el artículo 14 del Reglamento nº 17 no tiene por objeto hacer que cese una infracción o declarar una incompatibilidad jurídica, sino solamente permitir que la Comisión reúna la documentación necesaria para comprobar el carácter real y el alcance de una determinada situación de hecho y de Derecho. Sólo si la Comisión considera que los elementos de valoración así reunidos justifican la adopción de una decisión por la que se declare una infracción, la empresa afectada deberá ser oída antes de que se adopte dicha decisión, de conformidad con el artículo 19, apartado 1, del Reglamento nº 17. Es precisamente esta diferencia sustancial entre las decisiones adoptadas como consecuencia de este procedimiento y las decisiones por las que se ordena una inspección la que explica el tenor del artículo 19, apartado 1, el cual, al enumerar las decisiones que la Comisión no puede adoptar antes de haber dado a los interesados la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, no menciona la prevista en el artículo 14, apartado 3, del mismo Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1980, *National Panasonic/Comisión*, 136/79, Rec. p. 2033, apartado 21).
- 228 No obstante, el juez de la Unión ha declarado que debe evitarse que el derecho de defensa pueda quedar irremediadamente comprometido en los procedimientos de investigación previa y, en particular, durante las inspecciones, que pueden tener un carácter decisivo para el descubrimiento de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas que puedan generar la responsabilidad de éstas. Por consiguiente, si bien algunas manifestaciones del derecho de defensa sólo afectan a los procedimientos de naturaleza contradictoria que siguen a una comunicación de los cargos imputados, otras, como el derecho a asesoramiento jurídico y el derecho a la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente, reconocido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 18 de mayo de 1982, *AM & S Europa/Comisión* (155/79, Rec. p. 1575), deben ser respetadas ya en la fase de investigación previa (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst/Comisión*, 46/87 y 227/88, Rec. p. 2859, apartados 15 y 16; de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux/Comisión*, 85/87, Rec. p. 3137, apartado 27, y *Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión*, 97/87 a 99/87, Rec. p. 3165, apartados 12 y 13).
- 229 En cualquier caso, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido, en materia penal, que, si bien el artículo 6 del CEDH exige normalmente que el detenido pueda disfrutar de la asistencia de un abogado en las primeras fases del interrogatorio policial, este derecho puede someterse a restricciones por motivos válidos y que se trata de saber en cada caso si, a la luz de todo el procedimiento, la restricción ha privado al acusado de un proceso equitativo (véase TEDH, sentencia *Murray c. Reino Unido* de 8 de febrero de 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, § 63).
- 230 Pues bien, en el marco de lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento nº 17, se debe garantizar que el respeto al derecho de defensa no menoscabe el efecto útil de las inspecciones para que la Comisión pueda ejercer su función de guardiana del Tratado en materia de competencia (sentencia del Tribunal de 11 de diciembre de 2003, *Ventouris/Comisión*, T-59/99, Rec. p. II-5257, apartado 122). Así, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la facultad de realizar inspecciones sin comunicación previa no supone una violación de los derechos fundamentales de las empresas, teniendo las facultades reconocidas a la Comisión por el artículo 14 del Reglamento nº 17 por objeto permitir que ésta cumpla con la misión que le confía el Tratado CE de velar por el respeto de las normas de competencia en el mercado interior, de evitar que se falsee la competencia en perjuicio del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores, y de contribuir al mantenimiento del régimen de competencia querido por el Tratado, cuyo respeto se impone imperativamente a las empresas (sentencia *National Panasonic/Comisión*, citada en el apartado 227 *supra*, apartado 20).
- 231 Por ello es necesario ponderar los principios generales del Derecho de la Unión relativos al derecho de defensa y el efecto útil de la facultad de la Comisión para realizar inspecciones, evitando la destrucción o la ocultación posible de documentos pertinentes.

232 Por tanto, el Tribunal estima que un abogado externo o un jurista interno puede estar presente en la empresa cuando la Comisión realice una inspección, pero que la presencia de un abogado externo o de un jurista interno no puede condicionar la legalidad de la inspección. Así, cuando una empresa lo desee y, en particular, cuando no disponga de ningún jurista en el lugar de la inspección, puede solicitar el asesoramiento telefónico de un abogado y pedirle que se presente lo antes posible en ese lugar. Para que el ejercicio de este derecho a la asistencia de un abogado no pueda menoscabar el buen desarrollo de la inspección, las personas encargadas de realizar la inspección deben poder acceder inmediatamente a todos los locales de la empresa, notificarle la decisión por la que se ordena la inspección y ocupar los despachos que elijan, sin esperar a que la empresa haya consultado a su abogado. Asimismo, debe darse a las personas encargadas de realizar la inspección la oportunidad de controlar las comunicaciones telefónicas e informáticas de la empresa para evitar, en particular, que ésta se ponga en contacto con otras empresas que sean también objeto de una decisión por la que se ordene una inspección. Por otra parte, el plazo que la Comisión está obligada a conceder a una empresa para que pueda ponerse en contacto con su abogado antes de comenzar a consultar los libros y otros documentos, a hacer copias de ellos, a precintar los locales o la documentación o a solicitar explicaciones orales a cualquier representante o miembro del personal de la empresa, depende de las circunstancias particulares propias de cada asunto concreto y, en cualquier caso, sólo podrá ser extremadamente breve y reducirse al mínimo estricto.

233 En el presente asunto, al negarse a estimar la solicitud de la demandante de esperar en una sala a que llegasen sus abogados externos antes de permitir a la Comisión acceder a sus locales y, en particular, al despacho de su director general, la Comisión no vulneró su derecho de defensa. Por consiguiente, la negativa de la demandante a permitir el acceso a su edificio a los inspectores de la Comisión antes de la llegada de sus abogados, que provocó un retraso de cuarenta y siete minutos en las labores de inspección, debe calificarse de negativa a someterse a la Decisión por la que se ordenó la inspección, en el sentido del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 17.

– Sobre el segundo incidente

234 La demandante considera que el incidente acaecido la tarde del 1 de octubre de 2002 no era constitutivo de una negativa a someterse a la Decisión por la que se ordenó la inspección, dado que fue muy breve y, por tanto, no entrañó riesgo algo de destrucción o de ocultación de documentación.

235 No obstante, de los documentos aportados por la Comisión se desprende que, en la tarde del 1 de octubre de 2002, al llegar los abogados externos de la demandante, denegaron a la Comisión el acceso al despacho de uno de los directivos, debido a que allí no había ningún documento relativo al betún, hasta que, a petición de la Comisión, los funcionarios de la autoridad neerlandesa en materia de competencia se pusieron en contacto con la Policía. El acta redactada por la Comisión no precisa el retraso exacto provocado por esta discusión. Ahora bien, la Decisión por la que la Comisión ordenó la inspección, de 26 de septiembre de 2002, autorizaba a los inspectores a acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de la empresa en las horas normales de apertura de las oficinas y a examinar todos los libros y documentos profesionales.

236 Pues bien, según la jurisprudencia, las empresas tienen la obligación de colaborar activamente en las medidas de investigación durante el procedimiento de investigación previa (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 158 *supra*, apartados 65, 207 y 208).

237 Por otra parte, tanto la finalidad del Reglamento nº 17 como la enumeración, en su artículo 14, de las facultades de que están investidos los agentes de la Comisión ponen de manifiesto que las inspecciones pueden tener un alcance muy amplio. A este respecto, el derecho a acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas reviste una particular importancia, en la medida en que debe permitir a la Comisión obtener las pruebas de las infracciones de las normas en materia de

competencia en los lugares donde normalmente se hallan, es decir, en los «locales empresariales» (sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, citada en el apartado 228 *supra*, apartado 26).

- 238 El juez de la Unión ha destacado asimismo que la Comisión puede ejercer su facultad de inspección en todos los locales empresariales a los que se refiera la decisión por ella adoptada, respetando el derecho de defensa (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, citada en el apartado 228 *supra*, apartados 14 y 15) y los derechos relacionados con la protección de la propiedad (véase TEDH, sentencia Colas Est y otros c. Francia de 16 de abril de 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002, § 40 y 41; sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Rec. p. I-9011, apartado 29, y auto del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2005, Minoan Lines/Comisión, C-121/04 P, no publicado en la Recopilación, apartado 37). Además, corresponde a la Comisión, y no a la empresa interesada o a un tercero, decidir si se le debe presentar o no un documento (sentencia AM & S Europe/Comisión, citada en el apartado 228 *supra*, apartado 17).
- 239 Por consiguiente, el mero hecho de que los abogados de la demandante se negasen, en un primer momento, a permitir a la Comisión el acceso al despacho de uno de sus directivos basta para considerar que la demandante se negó a someterse totalmente a la Decisión por la que se ordenó la inspección, sin que incumba a la Comisión demostrar que el retraso provocado por esta negativa pudo provocar la destrucción o la ocultación de documentación.
- 240 De todas las consideraciones anteriores resulta que la Comisión no incurrió en un error de calificación jurídica de los hechos al calificar estos dos incidentes de negativa a someterse a una decisión por la que se ordena una inspección.

Sobre el principio de buena administración

- 241 Por último, la demandante reprocha a la Comisión una violación del principio de buena administración al no haber redactado las actas hasta después de las inspecciones y habérselas remitido sólo en el marco del acceso al expediente, es decir, después del pliego de cargos, impidiéndole así formular sus posibles observaciones a su debido tiempo.
- 242 No obstante, ha de señalarse que ninguna disposición reglamentaria obliga a la Comisión a redactar en un plazo determinado un acta de la negativa a someterse a la Decisión por la que se ordena la inspección, ni a comunicar este documento a la empresa afectada en un plazo concreto. Pues bien, el juez de la Unión considera que el principio de buena administración no puede transformar en obligación algo que el legislador no ha considerado que lo sea (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1992, Burban/Parlamento, C-255/90 P, Rec. p. I-2253, apartado 20).
- 243 El Tribunal destaca que, en todo caso, la demandante tuvo la posibilidad de exponer su punto de vista en relación con el contenido de estas dos actas cuando la Comisión le permitió acceder al expediente después del pliego de cargos, pero que no lo hizo.

Sobre la infracción de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento nº 17

- 244 En tercer lugar, la demandante considera que, al estar en vigor solamente el Reglamento nº 17 en el momento en que ocurrieron los hechos, la Comisión no estaba facultada para aplicar ni lo dispuesto en el Reglamento nº 1/2003, que no estaba en vigor, ni las Directrices para el cálculo de las multas, que no pueden introducir excepciones a lo dispuesto en el Reglamento nº 17. De este modo, la Comisión incurrió, a su juicio, en una desviación de poder.

- ²⁴⁵ El artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 17 prevé que la Comisión pueda imponer una multa de 5.000 euros como máximo a toda empresa que no se someta a una decisión por la que se ordene una inspección y el artículo 15, apartado 2, del mismo Reglamento la autoriza a imponer multas que pueden suponer hasta el 10 % de su volumen de negocios a las empresas que infrinjan lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 1, multas que se calculan en función de la gravedad y de la duración de la infracción. Así, las disposiciones del artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 17 permitían a la Comisión imponer una multa a una empresa por negarse a cooperar en las inspecciones, aun cuando no se hubiese demostrado tal infracción del artículo 81 CE. Por tanto, en contra de lo afirmado por la demandante, antes de la entrada en vigor de las Directrices para el cálculo de las multas, ninguna disposición del Reglamento n° 17 prohibía a la Comisión sancionar una negativa a cooperar durante el desarrollo de la investigación al fijar el importe de la multa global impuesta con arreglo al artículo 15, apartado 2, de dicho Reglamento, en lugar de imponer una multa distinta a la empresa sobre la base de lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1, letra c), de dicho texto.
- ²⁴⁶ Según la jurisprudencia (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Fedesa, C-331/88, Rec. p. I-4023, apartado 24), la desviación de poder consiste en la adopción por una institución de la Unión de un acto con el fin exclusivo —o, al menos, determinante— de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso. Así, el juez de la Unión sólo considera que un acto adolece de desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo —o, al menos, determinante— de alcanzar fines distintos de los alegados (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2004, Ramondín y otros/Comisión, C-186/02 P y C-188/02 P, Rec. p. I-10653, apartado 44, y la jurisprudencia citada).
- ²⁴⁷ Por tanto, debe determinarse si, como afirma la demandante, la adopción de las Directrices para el cálculo de las multas por la Comisión, que prevén expresamente la posibilidad de que, al fijar la multa, dicha institución tenga en cuenta en concepto de agravante una negativa a cooperar o un intento de obstrucción durante el desarrollo de la investigación, tuvo por objetivo determinante eludir el límite máximo de 5.000 euros que se establece en el artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 17.
- ²⁴⁸ El juez de la Unión ya ha señalado que el Reglamento n° 17 dejaba un margen considerable de apreciación a la Comisión para fijar las multas. Por tanto, la introducción por dicha institución, a través de las Directrices para el cálculo de las multas, de un nuevo método de cálculo de las multas — que puede dar lugar en ciertos casos a un incremento de su importe, aunque sin sobrepasar el límite máximo fijado en dicho Reglamento— no puede considerarse un aumento con efectos retroactivos, contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, de las multas previstas en el artículo 15 del Reglamento n° 17 (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartados 252, 254, 258, 260, 261 y 267, y sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 235).
- ²⁴⁹ Además, el juez de la Unión precisó que, dado que el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17 no enumeraba de forma taxativa los criterios que podía tener en cuenta la Comisión para fijar la cuantía de la multa, el comportamiento de la empresa durante el procedimiento administrativo —en particular, la negativa a cooperar o los intentos de obstrucción durante el desarrollo de la investigación— podía formar parte de los elementos que han de tenerse en cuenta para hacerlo (sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, Sandoz Prodotti Farmaceutici/Comisión, C-277/87, Rec. p. I-45, y de 16 de noviembre de 2000, Finnboard/Comisión, C-298/98 P, Rec. p. I-10157, apartado 56; sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el apartado 222 *supra*, apartados 474 y 475, confirmada en este extremo por la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 351).

250 De cuanto antecede se desprende que la demandante no ha demostrado que las Directrices para el cálculo de las multas, en la medida en que prevén expresamente que la Comisión pueda tener en cuenta en concepto de agravante al fijar la multa una negativa a cooperar o un intento de obstrucción durante el desarrollo de la investigación, se adoptasen con el fin determinante de eludir el procedimiento de sanción previsto en el artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 17 y, en concreto, el límite máximo de 5.000 euros.

251 En conclusión, el Tribunal considera que, en el presente asunto, la Comisión tenía la posibilidad de sancionar una negativa a cooperar, bien imponiendo a la empresa en cuestión una multa máxima de 5.000 euros en virtud de lo dispuesto en el artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 17, bien teniendo en cuenta, al fijar el importe de la multa impuesta a la empresa con arreglo al artículo 15, apartado 2, del mismo Reglamento (actualmente artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003, en vigor en el momento en que se adoptó la Decisión impugnada), la circunstancia agravante de la negativa a cooperar durante el desarrollo de la investigación, y que no se ha demostrado la desviación de poder alegada.

Sobre el carácter desproporcionado del incremento de la multa en concepto de negativa a cooperar

252 En cuarto y último lugar, la demandante considera que el incremento del importe de base de la multa del 10 % —esto es, 1,71 millones de euros— impuesto por la Comisión a causa de la negativa a cooperar es, en todo caso, desproporcionado en vista de los hechos descritos en las actas.

253 Debe recordarse que las multas constituyen un instrumento de la política de la Comisión en materia de competencia y que, por tanto, dicha institución debe disponer de un margen de apreciación al fijar su importe, a fin de lograr que las empresas ajusten su comportamiento a las normas sobre competencia (sentencias del Tribunal de 6 de abril de 1995, *Martinelli/Comisión*, T-150/89, Rec. p. II-1165, apartado 59; de 11 de diciembre de 1996, *Van Megen Sports/Comisión*, T-49/95, Rec. p. II-1799, apartado 53, y de 21 de octubre de 1997, *Deutsche Bahn/Comisión*, T-229/94, Rec. p. II-1689, apartado 127). No obstante, incumbe al Tribunal controlar si el importe de la multa impuesta es proporcionado en relación con la duración y los demás elementos que puedan incluirse en la apreciación de la gravedad de la infracción, tales como la influencia que la empresa ha podido ejercer sobre el mercado, el beneficio que ha podido obtener de sus prácticas, la envergadura y el valor de las prestaciones afectadas y el riesgo que la infracción representa para los objetivos de la Unidad (sentencia *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, citada en el apartado 176 *supra*, apartados 120 y 129).

254 Aun cuando la Comisión no esté vinculada por su práctica anterior, puede resultar útil al Tribunal, al apreciar el carácter proporcionado o no del incremento de la multa impuesta a la demandante, conocer los aumentos impuestos a otras empresas por la Comisión por ese mismo motivo. En efecto, no cabe excluir que el Tribunal, en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, pueda estimar que debe elevar dicho incremento. Pues bien, el mismo tipo del 10 % se aplicó también en otros tres asuntos en los que la Comisión sancionó a empresas con un incremento específico de la multa por su negativa a cooperar. En el asunto denominado «de los transbordadores griegos», se sancionó con este incremento a una empresa que había informado a las otras empresas que formaban parte del cartel de las respuestas que había dado a una solicitud de información y que les había sugerido modificar sus precios (sentencia *Minoan Lines/Comisión*, citada en el apartado 44 *supra*, apartados 335 a 339). En el asunto *Nintendo*, con dicho incremento se sancionó a una empresa que había dado una respuesta falsa a una solicitud de información [Decisión de la Comisión de 30 de octubre de 2002, COMP/35.706 — PO *Nintendo Distribution* (DO 2003, L 255, p. 33)]. Por último, en el asunto llamado «de los sacos industriales» (Decisión de la Comisión de 30 de noviembre de 2005, COMP/F/38.354 — *Sacos industriales*), se sancionó mediante este incremento a una empresa, uno de cuyos trabajadores había destruido un documento seleccionado por los inspectores durante la investigación y ello aunque la empresa había enviado a continuación una copia de dicho documento a la Comisión.

255 En el presente asunto, el Tribunal considera que, habida cuenta de la duración relativamente breve de la obstrucción llevada a cabo por la demandante a las labores de inspección de la Comisión, no procede hacer uso de esta competencia jurisdiccional plena para elevar el incremento aplicado por la Comisión en el presente asunto. Por lo demás, este incremento del 10 % del importe de la multa no resulta desproporcionado si se tiene en cuenta, por una parte, la conducta de la demandante durante las inspecciones y el carácter reiterado de sus intentos de obstrucción el mismo día y, por otra, la importancia de las inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pueda ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia (sentencia *Ventouris/Comisión*, citada en el apartado 230 *supra*, apartado 122) y la necesidad de orientar la conducta de las empresas hacia el respeto a las normas en materia de competencia.

256 Por tanto, procede desestimar la alegación de la demandante.

2. Sobre los papeles de instigadora y de responsable

a) Sobre el papel de instigadora

Alegaciones de las partes

257 La demandante considera que al atribuirle, junto a SNV, el papel de instigadora del cartel, la Comisión ha incurrido en errores de hecho que justifican la anulación total o parcial del incremento del 50 % de la multa que le ha sido impuesto por este concepto. Según la jurisprudencia, este calificativo sólo puede aplicarse a una empresa que haya impulsado o animado a otras empresas a establecer el cartel o a unirse a él (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2006, *BASF/Comisión*, T-15/02, Rec. p. II-497, apartados 316 a 321). En el presente asunto, la Comisión se basó, a juicio de la demandante, en dos datos insuficientes para atribuirle el papel de instigadora del cartel, cuando en realidad, a lo sumo, SNV se sirvió de la demandante para ponerse en contacto con los otros constructores de carreteras del W5.

258 En primer lugar, la Comisión se basó en un pasaje de la respuesta de la demandante al pliego de cargos que se aisló de su contexto. Este documento permite únicamente comprobar que SNV formuló en 1993 una propuesta de precios a la demandante, que ella expuso durante la siguiente reunión del W5, y no basta para demostrar que la demandante hubiese propuesto al W5 que la aceptase.

259 En segundo lugar, la Comisión utilizó un informe de Wintershall de 20 de febrero de 1992 que indicaba que la demandante le había hecho saber que se había puesto en contacto con SNV para solicitarle que realizase propuestas de cooperación entre los proveedores y el W5 y que, de este modo, SNV le había presentado una oferta de descuento especial para el W5 en 1993. No obstante, una nota interna de SNV de 1995 contradice este documento, que no se corresponde con lo que recuerda el trabajador de la demandante al que se hace referencia y cuyo contenido es improbable, al ser Wintershall una sociedad que mantenía poco contacto con la demandante.

260 En cualquier caso, la demandante afirma que la Comisión no puede basarse en un único elemento, que data de 1992 —es decir, antes del inicio del cartel— y que no ha sido confirmado por ningún otro dato del expediente, para demostrar su papel de instigadora del cartel.

261 La Comisión recuerda que la jurisprudencia establece una distinción entre los papeles de instigador y de responsable y que, si el Tribunal hubiese de considerar que las pruebas son insuficientes por lo que respecta a uno de ambos papeles, podría no obstante mantener el incremento del 50 % de la multa (sentencia *BASF/Comisión*, citada en el apartado 257 *supra*, apartados 342 a 349). Por lo que respecta a la calificación de instigadora de un cartel, la jurisprudencia precisa además que la empresa en cuestión debe haber impulsado o animado a otras empresas a establecer el cartel o a unirse a él (sentencia *BASF/Comisión*, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 321). En el presente asunto, la

Comisión señala que se basó en dos documentos, de los cuales se desprende que la demandante animó a otras empresas a establecer un cartel, asumiendo la iniciativa —en calidad de constructor de carreteras más importante— de ponerse en contacto con SNV, el proveedor más importante, para solicitarle que formulase sugerencias acerca de las posibilidades de colaboración entre los dos grupos y habiendo expuesto a continuación a las otras empresas del W5 la propuesta realizada por SNV sobre un descuento especial. Por tanto, la declaración del trabajador de la demandante, realizada en junio de 2005 en la contestación al pliego de cargos, según la cual él nunca tomó la iniciativa de la concertación, es contraria al informe de la sociedad Wintershall que da cuenta de una entrevista con ese mismo trabajador. La Comisión destaca que el documento de Wintershall de 1992, que menciona una futura cooperación, coincide en cambio con el hecho de que el cartel comenzase en 1993, como demuestra en particular la respuesta de la demandante al pliego de cargos, que deja constancia de las reuniones con SNV en relación con un descuento especial concedido al W5 a partir de 1993.

Apreciación del Tribunal

- 262 Cuando una infracción ha sido cometida por varias empresas, procede, al determinar el importe de las multas, examinar la gravedad relativa de la participación de cada una de ellas (sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 623, y Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 158 *supra*, apartado 92), lo que implica, en particular, demostrar los papeles respectivos desempeñados por ellas en la infracción durante el tiempo que duró su participación en ésta (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 30 *supra*, apartado 150, y sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1991, Enichem Anic/Comisión, T-6/89, Rec. p. II-1623, apartado 264).
- 263 De ello se desprende, en concreto, que el papel de instigadora o de responsable desempeñado por una o varias empresas en un cartel debe tenerse en cuenta a efectos del cálculo del importe de la multa, en la medida en que las empresas que hayan desempeñado tal papel deben asumir, por ello, una responsabilidad particular comparada con la de las demás empresas (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 14 de mayo de 1998, Mayr-Melnhof/Comisión, T-347/94, Rec. p. II-1751, apartado 291, y de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comisión, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Rec. p. II-1181, apartado 301).
- 264 De conformidad con estos principios, el punto 2 de las Directrices para el cálculo de las multas establece, bajo el título de «Circunstancias agravantes», una lista no taxativa de circunstancias que pueden dar lugar a un aumento del importe de base de la multa, entre las que figura la «función de responsable o instigador de la infracción» (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartados 280 a 282).
- 265 Debe señalarse que, para ser calificada de instigadora de un cartel, una empresa debe haber impulsado o animado a otras empresas a establecer el cartel o a unirse a él. En cambio, no basta con haber figurado simplemente entre los miembros fundadores del cartel. Esta calificación deberá quedar reservada a la empresa que, en su caso, haya tomado la iniciativa, por ejemplo sugiriendo a otra la oportunidad de un acuerdo colusorio o intentando convencerla para actuar de tal modo (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 321). No obstante, el juez de la Unión no exige a la Comisión que tenga datos sobre la elaboración o la concepción de los detalles del cartel. Por último, ha precisado que el papel de instigador se refiere al momento de establecimiento o de ampliación de un cartel (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 316), lo que permite considerar que varias empresas puedan desempeñar simultáneamente el papel de instigadoras dentro de un mismo cartel.
- 266 En el presente asunto, del considerando 342 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión estimó que la demandante había asumido una responsabilidad particular por su papel de instigadora del cartel. Recordó que la jurisprudencia calificaba de instigadora de un cartel a una empresa que

hubiese impulsado o animado a otras empresas a establecer el cartel o a unirse a él (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 321). Se basó para ello en tres documentos que hacen referencia a iniciativas que ella considera que se hallan en el origen del cartel, dado que sirvieron, a su juicio, para persuadir a otras empresas para establecer el cartel. Según la Decisión impugnada, estos documentos demuestran, por una parte, que la demandante propuso a SNV que formulase propuestas de cooperación entre los proveedores y el W5 y, por otra, que la demandante remitió a continuación a los otros constructores la propuesta de descuentos especiales hecha por SNV. Se trata de un pasaje de la contestación de la demandante al pliego de cargos, de una nota de HBG de 8 de julio de 1994 y de un informe interno de Wintershall de 20 de febrero de 1992.

- 267 En primer lugar, la Comisión se basó —en el considerando 342 de la Decisión impugnada, por remisión al considerando 175— en un nota de HBG, otro gran constructor, de 8 de julio de 1994, que hace referencia a acuerdos celebrados en marzo de 1994 entre el W5, representado por la demandante, y los proveedores, representados por SNV, que entraron en vigor el 1 de abril de 1994, así como a un rumor que aludía a la posibilidad de que los proveedores no respetasen dichos acuerdos y a la necesidad de ponerse en contacto con un trabajador de la demandante en relación con este tema. Así, este documento indica que la demandante negoció acuerdos en nombre del W5 con SNV y que otro gran constructor consideraba a la demandante el interlocutor más capacitado dentro del W5 para resolver un mal funcionamiento del cartel. Si bien este documento permite considerar que la demandante era uno de los miembros fundadores del cartel, no puede bastar para demostrar, como exige la jurisprudencia mencionada en el apartado 265 de la presente sentencia, que la demandante animó a otras empresas o las convenció para que se unieran al cartel.
- 268 En segundo lugar, la Comisión se basó en un pasaje de la contestación de la demandante al pliego de cargos (considerandos 97 y 177 de la Decisión impugnada) en el que la propia demandante hacía referencia a la existencia de reuniones con SNV en 1993 en relación con un descuento especial concedido al W5 y a la remisión, por parte de la demandante, de la información relativa a dicho descuento a los otros miembros del W5. No obstante, debe destacarse que, con la transmisión de la referida información a los otros miembros del W5, la demandante no pretendía necesariamente animarlos o convencerlos para que se unieran al cartel.
- 269 Por último, en tercer lugar, la Comisión utilizó un informe interno de Wintershall de 20 de febrero de 1992. Este documento, redactado a raíz de una visita a Wintershall, el 18 de febrero de 1992, del trabajador de la demandante que participó regularmente a continuación en las reuniones del cartel, deja constancia de que la demandante solicitó a SNV, como «marketleader», que formulase propuestas de cooperación entre los proveedores y el W5, que corresponden a un monopolio de compra. El documento señala que Wintershall indicó a la demandante durante dicha visita que la referida conducta planteaba problemas desde el punto de vista del Derecho de la competencia.
- 270 La demandante ha intentado cuestionar la fuerza probatoria de este documento destacando que resulta contradicho por una nota interna de SNV de 1995 que indica que sólo ella tomó la iniciativa de ponerse en contacto con el W5, que no se corresponde con lo que recuerda el trabajador al que se hace referencia y que su contenido es improbable, porque resulta poco creíble que ella hubiese transmitido una información tan confidencial a su interlocutor. No obstante, el Tribunal estima que este documento es creíble, dado que parece poco probable que Wintershall hubiese reproducido deliberadamente una información falsa en un informe puramente interno de 1992, por tanto *in tempore non suspecto*. Por lo demás, en contra de lo afirmado por la demandante, la nota de SNV de 6 de febrero de 1995 no permite afirmar que solamente los proveedores estuvieran en el origen del cartel (véase el apartado 37 de la presente sentencia).
- 271 Ahora bien, el hecho de que la Comisión considerase que el cartel no comenzó hasta el 1 de abril de 1994 reduce la fuerza probatoria de este documento para apoyar la calificación de la demandante como instigadora, dado que se había redactado más de dos años antes de esa fecha. Por consiguiente, este documento no basta para llegar a la conclusión, en el presente asunto, de que la demandante desempeñó el papel de instigadora en la infracción controvertida.

- 272 De todas las consideraciones anteriores se desprende que la apreciación de la Comisión que se recoge en la Decisión impugnada, según la cual la demandante desempeñó un papel de instigadora en la infracción controvertida al proponer a SNV que formulase propuestas de cooperación entre los proveedores y el W5 y al transmitir a los otros constructores la propuesta de descuentos especiales hecha por SNV, no está suficientemente respaldada.
- 273 Al no haber aportado la Comisión al Tribunal ningún elemento adicional a las circunstancias recogidas en el considerando 342 de la Decisión impugnada para demostrar el papel de instigadora de la demandante en la infracción controvertida, el examen del Tribunal se centrará en el papel de responsable desempeñado por la demandante en dicha infracción.

b) Sobre el papel de responsable

Alegaciones de las partes

- 274 La demandante considera que la Comisión le atribuyó el papel de responsable del cartel aun cuando no existía ningún elemento en este sentido. Pues bien, para demostrar que una empresa ha desempeñado el papel de responsable, el juez de la Unión obliga a que se pruebe que dicha empresa llevó a cabo acciones concretas que dieron un notable impulso a la puesta en práctica del acuerdo colusorio, distinguiéndose así claramente de los otros participantes en el acuerdo (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 374).
- 275 En el presente asunto, la Comisión se basó en cuatro datos para considerar que la demandante era una de las responsables del cartel: el papel desempeñado por ella en los primeros años del cartel, 1994 y 1995, en las negociaciones con los proveedores en nombre de los grandes constructores; a partir de 1996, asumió la iniciativa de organizar las reuniones del cartel entre proveedores y grandes constructores; facilitó la celebraciones de tales reuniones del cartel poniendo sus locales a su disposición; y, por último, desempeñó las funciones de presidencia durante dichas reuniones. Según la demandante, ninguno de estos datos resulta fundado.
- 276 En primer lugar, según la demandante, la Comisión basó su afirmación de que, de 1994 a 1996, la demandante celebró acuerdos con SNV en nombre de los grandes constructores exclusivamente en una nota aprehendida en los locales de la sociedad HBG, la cual, sin embargo, sólo recoge rumores que, además, posteriormente se revelaron carentes de fundamento, al haber aumentado los proveedores sus precios en diciembre de 1994. Por otra parte, la declaración de uno de sus trabajadores negó estos rumores y el autor de la nota de HBG no participó nunca en las reuniones del cartel.
- 277 En segundo lugar, la afirmación de la Comisión de que, a partir de 1996, la demandante asumió la iniciativa de organizar las reuniones del cartel entre proveedores y grandes constructores sólo se basa en las declaraciones de SNV y de Kuwait Petroleum hechas en el marco de sus intentos de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, que se contradecían y que, además, no se corresponden con numerosos documentos del expediente, como las instrucciones de la secretaría de dirección de la demandante. Considera la demandante que varios documentos confirman que SNV siempre asumió la iniciativa de organizar dichas reuniones.
- 278 En tercer lugar, la demandante afirma que la Comisión no puede considerar que el hecho de que permitiese regularmente que se dispusiese de sus edificios para la celebración de reuniones del cartel suponga que desempeñó un papel particular. Afirma que, por una parte, esta circunstancia se explica por la conveniente ubicación céntrica de sus oficinas y, por otra, que las reuniones a veces se celebraron en otros lugares. Por otra parte, la Comisión no pudo basarse en un escrito dirigido por la

sociedad Heijmans a la demandante en el que ésta se quejaba de la falta de acuerdo en la organización de la reunión de 16 de febrero de 2001, al suponer dicho escrito únicamente un intercambio entre un trabajador de Heijmans y su predecesor, que trabajaba entonces para la demandante.

- 279 En cuarto y último lugar, la demandante estima que la afirmación de que desempeñó el papel de presidente en las reuniones del cartel sólo se basa en una declaración tendenciosa de un trabajador de Kuwait Petroleum, realizada en el marco de la Comunicación sobre la cooperación, cuyo contenido ella niega. Destaca que esta mera declaración aislada no puede estar dotada de fuerza probatoria alguna, más aún en la medida en que incluye datos erróneos, y que, además, la Comisión no puede invocar la declaración de otro empleado de Kuwait Petroleum que no asistió nunca directamente a una concertación sobre el betún.
- 280 La Comisión rebate las alegaciones de la demandante.

Apreciación del Tribunal

- 281 Según una jurisprudencia consolidada, cuando una infracción ha sido cometida por varias empresas, procede, al fijar el importe de las multas, determinar sus papeles respectivos en la infracción durante el tiempo de su participación en ella (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 30 *supra*, apartado 150, y Enichem Anic/Comisión, citada en el apartado 262 *supra*, apartado 264). De ello resulta, en particular, que el papel de «líder» (responsable) desempeñado por una o varias empresas en el cartel debe tenerse en cuenta para calcular el importe de la multa, en la medida en que las empresas que hayan desempeñado tal papel deben asumir, por ello, una responsabilidad particular comparada con la de las demás empresas (sentencia Finnboard/Comisión, citada en el apartado 249 *supra*, apartado 45).
- 282 Con arreglo a dichos principios, el punto 2 de las Directrices para el cálculo de las multas establece, bajo el título de «Circunstancias agravantes», una lista no taxativa de circunstancias que pueden dar lugar a un aumento del importe de base de la multa, entre las que figura la «función de responsable o instigador de la infracción» (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartados 280 a 282).
- 283 Para ser calificada de responsable de un cartel, una empresa debe haber supuesto una fuerza motriz significativa para el cartel o haber asumido una responsabilidad particular y concreta en el funcionamiento de éste. Esta circunstancia debe apreciarse en términos globales y teniendo en cuenta el contexto del asunto de que se trate (sentencias del Tribunal BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartados 299, 300, 373 y 374, y de 18 de junio de 2008, Hoechst/Comisión, T-410/03, Rec. p. II-881, apartado 432). Puede deducirse en especial del hecho de que la empresa, con iniciativas específicas, haya dado espontáneamente un impulso fundamental al cartel (sentencias BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartados 348, 370 a 375 y 427, y de 18 de junio de 2008, Hoechst/Comisión, antes citada, apartado 426). También puede deducirse de un conjunto de indicios que revelen la dedicación de la empresa a garantizar la estabilidad y el éxito del cartel (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 351).
- 284 Lo mismo ocurre cuando la empresa haya participado en las reuniones del cartel en nombre de otra empresa que no asiste a ellas y haya comunicado los resultados de dichas reuniones a ésta (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 439). Y también cuando resulte que dicha empresa desempeñó un papel central en el funcionamiento concreto del cartel, por ejemplo, organizando numerosas reuniones, recabando y distribuyendo la información dentro del cartel, y formulando en la mayoría de los casos propuestas relativas al funcionamiento del cartel (véase en este sentido la sentencia IAZ International Belgium y otros/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartados 57 y 58, y la sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartados 404, 439 y 461).

- 285 Además, el hecho de velar activamente por el respeto de los acuerdos celebrados en el seno del cartel constituye un indicio determinante del papel de responsable desempeñado por una empresa (sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el apartado 222 *supra*, apartado 577).
- 286 En cambio, el hecho de que una empresa ejerza presiones e incluso dicte el comportamiento de los otros miembros del cartel no es un requisito necesario para que esa empresa pueda ser calificada de responsable del cartel (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 374). La posición en el mercado de una empresa o los recursos de que dispone tampoco pueden constituir indicios del papel de responsable de la infracción, aunque forman parte del contexto atendiendo al cual deben apreciarse tales indicios (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de 9 de julio de 2003, Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, T-224/00, Rec. p. II-2597, apartado 241, y BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 299).
- 287 Por último, debe recordarse que el Tribunal ya ha estimado que la Comisión podía considerar que varias empresas desempeñaron el papel de responsable en un cartel (sentencia Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, citada en el apartado 286 *supra*, apartado 239).
- 288 Por consiguiente, corresponde al Tribunal apreciar, a la luz de los principios mencionados anteriormente, si la Comisión aportó pruebas suficientes para demostrar que la demandante desempeñó un papel de responsable en el cartel.
- 289 En el presente asunto, de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión consideró que SNV, dentro del grupo de los proveedores, y la demandante, dentro del W5, asumieron una responsabilidad particular por sus respectivos papeles de «líderes» del cartel a lo largo de todo el tiempo que duró (considerandos 343 a 349 de la Decisión impugnada). Así, la Comisión tuvo en cuenta cuatro datos esenciales para llegar a la conclusión de que la demandante había desempeñado el papel de responsable en la infracción: en 1994 y 1995 entabló contactos con SNV que le permitieron establecer el cartel; a partir de 1996, SNV se puso en contacto con la demandante para una modificación de precios, invitando entonces esta última a los otros grandes constructores a una reunión; las reuniones preparatorias del W5 y las del cartel las organizaba con frecuencia la demandante, que enviaba las invitaciones, y se celebraban en sus locales; era la portavoz de los grandes constructores y dirigía el debate durante las reuniones con los proveedores. La Comisión se basó en diversos documentos, coetáneos del cartel y posteriores a éste, para llegar a dicha conclusión. La demandante considera que ninguno de estos datos tiene fundamento.
- 290 La Comisión estimó que la demandante había desempeñado un papel preponderante en las negociaciones con los proveedores en 1994 y 1995, basándose en una nota de HBG de 8 de julio de 1994.
- 291 De ese documento interno de HBG se desprende que se celebró un acuerdo entre el W5, representado por un trabajador de la demandante, y las compañías petroleras, representadas por SNV, para el año 1994, pero que las compañías petroleras querían aumentar sus precios incumpliendo dicho acuerdo y que HBG quiso entonces ponerse en contacto con ese mismo trabajador de la demandante en relación con este tema. Si bien puede parecer que este documento recoge un rumor por lo que respecta a la decisión de las compañías petroleras de aumentar sus precios, hace referencia sin duda a la existencia de un acuerdo celebrado con la mediación de SNV y de la demandante y al hecho de que HBG recurrió a la demandante, lo que constituye un indicio serio de su papel de responsable del cartel.
- 292 Por otra parte, debe desestimarse la alegación de la demandante según la cual el autor de la nota de HBG no asistió jamás a una reunión del cartel, al considerar el juez de la Unión que el hecho de que la información sea testimonio de segunda mano no influye en su valor probatorio (sentencia del Tribunal de 10 de marzo de 1992, Shell/Comisión, T-11/89, Rec. p. II-757, apartado 86) y que, según las reglas generales en materia de prueba, es preciso atribuir una gran importancia al hecho de que

los documentos se redactasen en relación directa con las reuniones de que se trata y evidentemente sin pensar que pudieran llegar a conocimiento de terceros no implicados [conclusiones del Juez Vesterdorf en funciones de Abogado General presentadas en el asunto Rhône-Poulenc/Comisión (sentencia del Tribunal de 24 de octubre de 1991, T-1/89, Rec. p. II-867, p. II-869)]. En el presente asunto, el autor de la nota de HBG se encargaba de la compra de betún para dicha empresa y trabajaba en estrecha colaboración con la persona que participaba directamente en las prácticas concertadas con el W5 y posteriormente en las reuniones del cartel. Por tanto, sus notas, redactadas en el momento en que se produjeron los hechos, tienen una fuerza probatoria significativa.

- 293 Por otra parte, la Comisión estimó que, a partir de 1996, la demandante había asumido, conjuntamente con SNV, la iniciativa de organizar las reuniones del cartel, basándose en las declaraciones de SNV y Kuwait Petroleum. En efecto, de dichas declaraciones (declaraciones de SNV de 10 de octubre de 2003 y de Kuwait Petroleum de 9 de octubre de 2003, considerando 344 de la Decisión impugnada) se desprende que SNV debía informar a la demandante de cualquier modificación de los precios, reuniéndose estas dos empresas para determinar si era necesario un encuentro del cartel.
- 294 La documentación en la que se basa la demandante para oponerse a estas declaraciones no permite poner en entredicho la conclusión de la Comisión de que la demandante desempeñó el papel de responsable. Se trata, en efecto, de la nota interna de SNV de 6 de febrero de 1995, del considerando 110 de la Decisión impugnada, relativo a la petición de SNV a la demandante para que organizase una consulta el 28 de marzo de 2000, y de las instrucciones internas de la secretaría de dirección de la demandante de 1 de octubre de 2002 que indican que SNV asumía la iniciativa de las reuniones del cartel (considerando 345 de la Decisión impugnada). Pues bien, como se ha expuesto en el apartado 37 de la presente sentencia, la nota de SNV de 6 de febrero de 1995 no permite determinar si los proveedores impusieron el cartel a los grandes constructores. Por otra parte, el hecho de que SNV solicitase la celebración de una reunión del cartel en 2000 y de que un documento interno de la demandante mencionase en 2002 que SNV asumía la iniciativa de las reuniones no basta para invalidar la afirmación de la Comisión de que las reuniones del cartel se organizaban a raíz de los contactos entre SNV y la demandante. En efecto, debe recordarse el carácter bilateral de este cartel y el hecho de que el juez de la Unión considere que la Comisión puede atribuir el papel de responsable a varias empresas del cartel (sentencia Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, citada en el apartado 286 *supra*, apartados 299 a 301).
- 295 Además, la Comisión tuvo en cuenta, para atribuirle el papel de responsable, el hecho de que la demandante había permitido regularmente que se dispusiese de sus edificios para la celebración de reuniones del cartel. Para ello se basó en la respuesta de Kuwait Petroleum de 16 de septiembre de 2003 a una solicitud de información, en las declaraciones de Kuwait Petroleum de 9 de octubre de 2003 (considerando 345 de la Decisión impugnada), en las invitaciones enviadas por la demandante para la reunión del cartel de 28 de marzo de 2000 (considerando 110 de la Decisión impugnada, que hace referencia a unos faxes de 16 y de 21 de marzo de 2000 enviados por la demandante a SNV, NBM, HWZ, Ballast Nedam, Dura Vermeer y Heijmans) y en una carta que Heijmans dirigió a la demandante para quejarse de la falta de acuerdo en la organización de la reunión de 16 de febrero de 2001 (considerando 346 de la Decisión impugnada).
- 296 Ahora bien, la demandante estima que las reuniones del cartel se habían celebrado a veces en sus locales debido a su céntrica ubicación y que la Comisión no podía utilizar como prueba una carta de un trabajador de Heijmans. Con independencia del contexto en el que Heijmans redactó su reclamación a la demandante, debe hacerse constar que ésta constituye una prueba importante de su papel de responsable en la organización de las reuniones del cartel, el cual debe apreciarse en relación con los otros documentos concordantes mencionados por la Comisión. Por lo demás, la demandante no puede invocar la mera ubicación céntrica de sus locales para minimizar su papel en el cartel.

- 297 Por último, la Comisión consideró que la demandante había ejercido las funciones de presidencia durante las reuniones del cartel hasta 2000, basándose en las declaraciones de dos trabajadores de Kuwait Petroleum de 1 de octubre de 2003 (considerandos 346 y 347 de la Decisión impugnada). La demandante pone en entredicho la validez de dichas declaraciones —que, por otra parte, según afirma, incluyen numerosos errores—, una de las cuales la realiza un trabajador que no asistió nunca directamente a las reuniones del cartel.
- 298 No obstante, debe señalarse que estas dos declaraciones concuerdan y que el asistente del director responsable del betún de Kuwait Petroleum, que participaba en las reuniones del cartel, asistía al menos a las reuniones preparatorias entre proveedores y estaba así estrechamente vinculado a las reuniones del cartel. Como destaca acertadamente la Comisión, debe tenerse también en cuenta el hecho de que Kuwait Petroleum no tenía interés alguno en exagerar el papel de la demandante en el desarrollo de las reuniones del cartel.
- 299 Habida cuenta de todas las consideraciones expuestas, el Tribunal concluye que la Comisión ha aportado numerosas pruebas concordantes que, apreciadas en su conjunto, permiten estimar que la demandante, por el hecho de haber entablado contactos con SNV que permitieron el establecimiento del cartel, de haber invitado a partir de 1996 a los otros grandes constructores a reunirse a raíz de los contactos con SNV, de haber organizado numerosas reuniones del cartel en sus locales y de haberse comportado como portavoz del W5 durante las reuniones del cartel, supuso una fuerza motriz significativa para el cartel que permite calificarla de responsable.
- 300 Por tanto, la Comisión no incurrió en error alguno de apreciación al concluir, en virtud de un conjunto de indicios coherentes y convergentes, que la demandante asumió el papel de responsable en la infracción.

3. Conclusión acerca de las circunstancias agravantes

- 301 De los apartados 262 a 273 de la presente sentencia se desprende que la Comisión no ha demostrado suficientemente conforme a Derecho que la demandante hubiese desempeñado el papel de instigadora en la infracción de que se trata. Por tanto, procede que el Tribunal ejerza su competencia jurisdiccional plena por lo que respecta a la apreciación del papel desempeñado por la demandante en la infracción controvertida. Debe recordarse a este respecto que la Comisión impuso a la demandante un incremento único del 50 % del importe de base de la multa en concepto de la agravante a la que se refiere el punto 2, tercer guión, de las Directrices para el cálculo de las multas.
- 302 Por otra parte, debe recordarse que, si bien el juez de la Unión establece una distinción entre los papeles de instigador y de responsable, considera, no obstante, que, aun cuando las pruebas aportadas por la Comisión sean insuficientes por lo que se refiere a uno de estos dos papeles, puede mantener el incremento de la multa previsto por la Comisión en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena (véase, en el caso del mantenimiento únicamente del papel de responsable, la sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 257 *supra*, apartado 354).
- 303 El Tribunal estima que, en el presente asunto, habida cuenta de la importancia del papel de responsable de la demandante tal como ha quedado demostrado en los apartados 281 a 300 de la presente sentencia, no procede reducir dicho incremento. En efecto, de este análisis se desprende en especial que la demandante estuvo en el origen del establecimiento del cartel; que posteriormente, a partir de 1996, organizó las reuniones preparatorias del W5 y las del cartel, que se celebraban en sus locales, y, por último, que dirigía el debate durante las reuniones con los proveedores, en nombre de todo el W5.

Costas

³⁰⁴ A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimados los motivos formulados por la demandante, procede condenarla en costas, de conformidad con las pretensiones de la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

decide:

- 1) **Desestimar el recurso.**
- 2) **Condenar en costas a Koninklijke Wegenbouw Stevin BV.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 27 de septiembre de 2012.

Firmas

Índice

Hechos que originaron el litigio	2
I. Demandante	2
II. Procedimiento administrativo previo	2
III. Decisión impugnada	3
Procedimiento y pretensiones de las partes	4
Fundamentos de Derecho	5
I. Sobre la pretensión de que se anule la Decisión impugnada	5
A. Observaciones preliminares	5
1. Alegaciones de las partes	5
2. Apreciación del Tribunal	5
B. Errores de hecho	6
1. Sobre el primer error de hecho, basado en que la Comisión no tuvo en cuenta la oposición entre los intereses de los proveedores y los de los grandes constructores	6
a) Alegaciones de las partes	6
b) Apreciación del Tribunal	7
2. Sobre el segundo error de hecho, relativo al contenido de los acuerdos entre proveedores y grandes constructores	9
a) Alegaciones de las partes	9
b) Apreciación del Tribunal	10
3. Sobre el tercer error de hecho, basado en una apreciación errónea del interés de los grandes constructores en el cartel	13
a) Alegaciones de las partes	13
b) Apreciación del Tribunal	13
4. Sobre el cuarto error de hecho, basado en la falta de repercusión del cartel en la competencia en el mercado de la construcción de carreteras	16
a) Alegaciones de las partes	16
b) Apreciación del Tribunal	16
5. Sobre el quinto error de hecho, relativo al funcionamiento del cartel: origen y evolución del cartel y mecanismo de imposición de sanciones	18

a) Alegaciones de las partes	18
b) Apreciación del Tribunal	18
6. Sobre el sexto error de hecho, relativo al papel de ExxonMobil en el cartel	20
a) Alegaciones de las partes	20
b) Apreciación del Tribunal	20
C. Errores de Derecho	21
1. Observaciones preliminares	21
2. Sobre el primer error de calificación jurídica de los hechos, basado en la falta de participación de los grandes constructores en el cartel de los proveedores	21
a) Alegaciones de las partes	21
b) Apreciación del Tribunal	21
3. Sobre el segundo error de calificación jurídica de los hechos, basado en la falta de objeto contrario a la competencia del cartel	22
a) Alegaciones de las partes	22
b) Apreciación del Tribunal	22
4. Sobre el tercer error de calificación jurídica de los hechos, basado en la negativa de la Comisión a aplicar lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 3, y en las Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal	23
a) Alegaciones de las partes	23
b) Apreciación del Tribunal	24
5. Sobre el cuarto error de calificación jurídica de los hechos, basado en la definición inexacta del mercado de referencia y en la apreciación errónea de la posición de los grandes constructores en el mercado	26
a) Alegaciones de las partes	26
b) Apreciación del Tribunal	27
6. Sobre el quinto error de calificación jurídica de los hechos, basado en la falta de efectos indirectos inducidos en el mercado descendente de la construcción de carreteras	29
a) Alegaciones de las partes	29
b) Apreciación del Tribunal	29
D. Sobre el vicio sustancial de forma y la vulneración del derecho de defensa	30
1. Alegaciones de las partes	30
2. Apreciación del Tribunal	30

a) Principios generales relativos al acceso a los documentos posteriores al pliego de cargos .	30
b) Aplicación en el presente asunto	32
II. Sobre la pretensión de supresión de la multa o de reducción de su importe	33
A. Sobre la fijación del importe de base de la multa	33
1. Sobre la calificación de la infracción de muy grave	34
a) Alegaciones de las partes	34
b) Apreciación del Tribunal	34
2. Sobre la errónea apreciación de la repercusión del cartel en el mercado	36
a) Alegaciones de las partes	36
b) Apreciación del Tribunal	36
3. Sobre el carácter desproporcionado del importe de partida	38
a) Alegaciones de las partes	38
b) Apreciación del Tribunal	38
4. Sobre la errónea apreciación de la duración de la infracción	40
a) Alegaciones de las partes	40
b) Apreciación del Tribunal	40
B. Sobre las circunstancias agravantes	41
1. Sobre la circunstancia agravante de la negativa a colaborar en la inspección	41
a) Alegaciones de las partes	41
b) Apreciación del Tribunal	42
Sobre la vulneración del derecho de defensa en relación con el contenido del pliego de cargos	42
Sobre el error de calificación jurídica de los hechos	43
– Sobre el primer incidente	43
– Sobre el segundo incidente	46
Sobre el principio de buena administración	47
Sobre la infracción de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento nº 17	47
Sobre el carácter desproporcionado del incremento de la multa en concepto de negativa a cooperar	49
2. Sobre los papeles de instigadora y de responsable	50

a) Sobre el papel de instigadora	50
Alegaciones de las partes	50
Apreciación del Tribunal	51
b) Sobre el papel de responsable	53
Alegaciones de las partes	53
Apreciación del Tribunal	54
3. Conclusión acerca de las circunstancias agravantes	57
Costas	58