



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 — Imputabilidad del comportamiento infractor — Control conjunto — Multas — Circunstancias agravantes — Papel de instigador y de responsable — Reincidencia — Duración de la infracción — Derecho de defensa — Competencia jurisdiccional plena — Comportamiento de la empresa en el procedimiento administrativo»

En el asunto T-343/06,

Shell Petroleum NV, con domicilio social en La Haya (Países Bajos),

The Shell Transport and Trading Company Ltd, con domicilio social en Londres,

Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV, con domicilio social en Róterdam (Países Bajos),

representadas inicialmente por los Sres. O. Brouwer, W. Knibbeler y S. Verschuur, y posteriormente por los Sres. Brouwer, Knibbeler y P. van den Berg, abogados,

partes demandantes,

contra

Comisión Europea, representada por el Sr. F. Castillo de la Torre, en calidad de agente, asistido por el Sr. L. Gyselen, abogado,

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 las demandantes, y, con carácter subsidiario, una pretensión de reducción del importe de la multa impuesta a éstas por dicha Decisión,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta),

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

Secretario: Sr. N. Rosner, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista los días 25 de mayo de 2011 y 26 de enero de 2012;

* Lengua de procedimiento: inglés.

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos que originaron el litigio

1. Demandantes

- 1 El grupo Shell, en el que se encuadran sociedades del sector de la energía y sociedades petroquímicas de ámbito mundial, era propiedad, hasta el año 2005, de las dos sociedades matrices del grupo, Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij NV (en lo sucesivo, «KNPM») y The Shell Transport and Trading Company plc (en lo sucesivo, «STT plc»). Estas dos sociedades poseían al 60 % y al 40 %, respectivamente, la totalidad de la sociedad The Shell Petroleum Company Ltd (en lo sucesivo, «SPCo») y la totalidad de la sociedad Shell Petroleum NV (en lo sucesivo, «SPNV»), sociedad holding que poseía a su vez la totalidad de las participaciones de Shell Nederland BV. Esta última era propietaria al 100 % de la sociedad Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV (en lo sucesivo, «SNV»), entidad jurídica del grupo Shell encargada de la comercialización del betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos. La sociedad Shell International BV, con sede en los Países Bajos, es una de las sociedades del grupo que presta asistencia al conjunto del grupo, a las sociedades holding y a sus sociedades operativas, en particular en el ámbito jurídico.
- 2 El 20 de julio de 2005, la sociedad Royal Dutch Shell plc, con sede en La Haya (Países Bajos), adquirió la totalidad de las acciones de las dos antiguas sociedades matrices del grupo, KNPM y STT plc. KNPM quedó completamente absorbida por la sociedad SPNV y ya no existe como ente jurídico. La sociedad matriz Royal Dutch Shell plc posee actualmente casi todas las acciones de SPNV, la cual, a su vez, sigue siendo titular de la totalidad de las participaciones de Shell Nederland y de casi todas las participaciones de The Shell Transport and Trading Company Ltd (en lo sucesivo, «STT»), la cual sucedió a STT plc. Shell Nederland sigue siendo la sociedad matriz al 100 % de SNV.

2. Procedimiento administrativo previo

- 3 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 de 19 de febrero de 2002 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel (DO C 45, p. 3; en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación»).
- 4 Los días 1 y 2 de octubre de 2002, la Comisión realizó inspecciones por sorpresa, en particular en los locales de SNV. El 30 de junio de 2003, la Comisión dirigió solicitudes de información a diferentes sociedades, entre la que se encontraba SNV, a las cuales ésta respondió el 28 de agosto de 2003.
- 5 El 8 de agosto de 2003, representantes de Shell International se reunieron con los servicios de la Comisión para poner en conocimiento de ésta su intención de llevar a cabo una investigación interna sobre este asunto y de comunicarle los resultados de la misma. No obstante, ni en el curso de esta reunión ni inmediatamente después se facilitó ninguna información. SNV presentó el 10 de octubre de 2003 una solicitud de aplicación de la Comunicación sobre la cooperación. La Comisión indicó, a este respecto, que únicamente le resultaría útil oír al autor de la declaración adjunta a tal solicitud si podía aportar datos adicionales a los que figuraban en su declaración. Finalmente, este trabajador no fue oído.

- 6 Los días 10 de febrero y 5 de abril de 2004, la Comisión dirigió nuevas solicitudes de información a las que Shell International dio respuesta el 25 de febrero y el 27 de abril de 2004.
- 7 El 18 de octubre de 2004, la Comisión inició un procedimiento con arreglo al 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 redactó un pliego de cargos dirigido, el 19 de octubre de 2004, a diferentes sociedades, entre las que se encontraban SNV, SPNV, KNPM y STT plc.
- 8 El 12 de enero de 2005, SNV solicitó que se le remitieran en su integridad todos los documentos que se habían incorporado al expediente de la Comisión tras el envío del pliego de cargos y, en particular, las respuestas de las demás empresas al pliego de cargos. El 22 de febrero de 2005, la Comisión, a través del consejero auditor encargado del asunto, rechazó tal solicitud porque la información facilitada hasta ese momento no formaba parte, en principio, del expediente de instrucción, tal como éste se definía en la Comunicación relativa al acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado 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; en lo sucesivo, «Comunicación relativa al acceso al expediente»), si bien podría comunicársele en cualquier caso tal información en el supuesto de que la Comisión resolviera utilizarla en su decisión. El 20 de abril de 2005, SNV reiteró su solicitud y pidió que se le transmitieran tales documentos antes de que se celebraran las audiencias. El 4 de mayo de 2005, dicho consejero auditor volvió a expresar la negativa de la Comisión. El 24 de mayo de 2006, ésta, no obstante, comunicó a Royal Dutch Shell, a SPNV y a SNV los fragmentos de la respuesta de la sociedad Koninklijke Volker Wessels Stevin (en lo sucesivo, «KWS») en los que esta institución pretendía fundamentar su decisión, los cuales versaban sobre los contactos que tuvieron lugar entre SNV y KWS antes del 1 de abril de 1994. El 12 de junio de 2006, Royal Dutch Shell, SPNV y SNV formularon objeciones acerca del carácter parcial de la divulgación y solicitaron nuevamente que les fueran remitidas en su integridad todas las respuestas.
- 9 El 8 de mayo de 2006, la Comisión dirigió una nueva solicitud de información a SNV, SPNV y Royal Dutch Shell, con el fin de conocer datos relativos a su volumen de negocio relacionado con el betún para el recubrimiento de carreteras, incluyendo todos los productos de betún especiales. El 23 de mayo de 2006, estas tres sociedades comunicaron el importe de su volumen de negocio incluyendo el Mexphalte C, único betún especial que, a su juicio, podía estar relacionado con la construcción de carreteras, precisando, no obstante, que este producto no formaba parte del objeto del cartel.
- 10 El 23 de diciembre de 2005, el grupo Shell informó a la Comisión de la modificación de su estructura, ya que pasaba a ser propiedad al 100 % de Royal Dutch Shell. El 23 de mayo de 2006, llamó la atención de la Comisión sobre el hecho de que esta sociedad no existía durante el período de la infracción y de que, al haberse constituido en 2002 con la denominación de Forthdeal Ltd, sin que entonces formara parte en absoluto del grupo Shell, y al haberse transformado en Royal Dutch Shell en octubre de 2004, no podía considerarse como sucesora de ninguna de las sociedades del grupo Shell. Además, dado que Royal Dutch Shell adquirió la totalidad de las acciones de SPNV después de que finalizara el período de la infracción, sostuvo que no podía imputársele la responsabilidad de la infracción cometida por SNV.

3. Decisión impugnada

- 11 Tras la audiencia de las sociedades implicadas, celebrada los días 15 y 16 de junio de 2005, la Comisión adoptó el 13 de septiembre de 2006 la Decisión C(2006) 4090 final, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] [Asunto COMP/F/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 se notificó a las demandantes, SNV, SPNV y STT, el 25 de septiembre de 2006.

- 12 La Comisión indicó, en el artículo 1 de la Decisión impugnada, que las sociedades destinatarias de la misma habían participado en una infracción única y continua del artículo 81 CE, consistente en fijar de forma periódica y 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, «pequeños constructores»).
- 13 Las demandantes fueron consideradas conjuntamente responsables de esta infracción, respecto del período comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 15 de abril de 2002, y fueron condenadas solidariamente al pago de una multa de 108 millones de euros.
- 14 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 era limitado (considerando 316 de la Decisión impugnada).
- 15 Con objeto de tener en cuenta la importancia específica del comportamiento ilícito de cada empresa implicada en el cartel y su impacto 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. A partir de estas consideraciones, la Comisión fijó un importe de partida de 15 millones de euros en el caso de las demandantes (considerando 322 de la Decisión impugnada). Consideró asimismo que, debido a la dimensión y al volumen de negocio del grupo, procedía aplicar un factor multiplicador de dos para garantizar el efecto disuasorio de la multa (considerando 323 de la Decisión impugnada).
- 16 Por lo que respecta a la duración de la infracción, la Comisión consideró que las demandantes habían cometido una infracción de larga duración, superior a cinco años, y estimó que la duración total era de ocho años, desde el 1 de abril de 1994 hasta el 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, con respecto a las demandantes, en 54 millones de euros (considerando 335 de la Decisión impugnada).
- 17 La Comisión apreció la existencia de diferentes circunstancias agravantes en el caso de las demandantes. En primer lugar, consideró que, puesto que la empresa Shell ya había sido objeto de Decisiones previas de la Comisión en asuntos relativos a carteles en 1986 [Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1986, asunto IV/31.149 – Polipropileno (DO L 230, p. 1; en lo sucesivo «Decisión polipropileno»)] y en 1994 [Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1994, asunto IV/31.865 – PVC II (DO L 74, p. 14; en lo sucesivo, «Decisión PVC II»)], debía incrementarse en un 50 % el importe de base de la multa por apreciarse reincidencia (considerandos 336 a 338 de la Decisión impugnada). En segundo lugar, la Comisión estimó que las demandantes habían desempeñado un papel de instigadoras y responsables del cartel que justificaba un nuevo incremento del 50 % del importe de base de la multa (considerandos 342 a 349 de la Decisión impugnada).
- 18 La Comisión consideró, además, que no cabía aplicar ninguna circunstancia atenuante a las demandantes, ya que el hecho de que la infracción hubiera cesado antes del inicio de la investigación no merecía más recompensa que la limitación de la duración del período de la infracción (considerandos 361 a 363 de la Decisión impugnada).

- 19 La Comisión, por otra parte, desestimó su solicitud de que se considerara circunstancia atenuante su cooperación útil, consistente en las respuestas a las solicitudes de información, el reconocimiento de los hechos y el establecimiento de políticas sancionadoras y preventivas en esta materia (considerandos 367 a 371 de la Decisión impugnada).
- 20 Por último, la Comisión rechazó reducir el importe de la multa impuesta a las demandantes en aplicación de la Comunicación sobre la cooperación por considerar que la información facilitada por éstas no aportaba un valor añadido significativo (considerandos 394 a 396 de la Decisión impugnada).

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 21 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 1 de diciembre de 2006, las demandantes interpusieron el presente recurso.
- 22 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 unas preguntas. Las partes dieron cumplimiento a lo solicitado dentro del plazo señalado.
- 23 En la vista celebrada el 25 de mayo de 2011 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas orales del Tribunal.
- 24 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 del Tribunal.
- 25 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.
- 26 Las partes fueron oídas en esta vista, celebrada el 26 de enero de 2012.
- 27 SPNV y STT solicitan al Tribunal que:
- Con carácter principal, anule la Decisión impugnada en la medida en que se les aplica.
 - Con carácter subsidiario, anule parcialmente la Decisión impugnada en la medida en que la Comisión declaró en la misma que habían infringido el artículo 81 CE entre el 1 de abril de 1994 y el 19 de febrero de 1996, y reduzca el importe de la multa que se les impuso.
 - Subsidiariamente, reduzca el importe de la multa que se les impuso en la Decisión impugnada.
 - Condene en costas a la Comisión, incluidos los gastos relacionados con el pago total o parcial de la multa o la constitución de una garantía bancaria.
 - Adopte cualquier otra medida que el Tribunal considere oportuna.
- 28 SNV solicita al Tribunal que:
- Anule parcialmente la Decisión impugnada en la medida en que la Comisión declaró en la misma que había infringido el artículo 81 CE entre el 1 de abril de 1994 y el 19 de febrero de 1996, y reduzca el importe de la multa que se le impuso.
 - Reduzca el importe de la multa que se le impuso en la Decisión impugnada.

- Condene en costas a la Comisión, incluidos los gastos relacionados con el pago total o parcial de la multa o la constitución de una garantía bancaria.
- Adopte cualquier otra medida que el Tribunal considere oportuna.

29 La Comisión solicita al Tribunal que:

- Desestime el recurso.
- Condene en costas a las demandantes.

Fundamentos de Derecho

30 En apoyo de su recurso, las demandantes formulan cuatro motivos. Así, consideran que la Comisión incurrió en errores de hecho y de Derecho al imputar a SPNV y a STT (anteriormente STT plc) la infracción cometida por SNV; incumplió un requisito esencial de forma y vulneró el derecho de defensa que amparaba a las demandantes al negarse a comunicarles la totalidad de las respuestas de las demás empresas al pliego de cargos; incurrió en errores de hecho y de Derecho al calcular el importe de base de la multa y determinar la duración de la infracción, y, por último, atribuyó a SNV la condición de instigadora y responsable del cartel e incrementó el importe de su multa por reincidencia.

1. Sobre el primer motivo, basado en errores de Derecho y errores de apreciación en relación con la imputabilidad a las sociedades matrices de la infracción

Sobre los errores de Derecho

Alegaciones de las partes

31 En primer lugar, las demandantes sostienen que la Comisión incurrió en un error de Derecho al considerar que la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de una matriz sobre su filial participada al 100 %, reconocida por el juez de la Unión (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartado 29), la dispensaba de probar que la filial autora de la infracción había ejecutado las instrucciones impartidas por la sociedad matriz. En el presente asunto, las demandantes estiman que la Comisión se limitó a hacer referencia al concepto de entidad económica única, el cual, sin embargo, no es pertinente para imputar la responsabilidad de la infracción a sociedades diferentes de aquella que estaba directamente implicada en la infracción. Sin embargo, incumbe a la Comisión apreciar si la sociedad matriz participó en la infracción de forma directa o indirecta o si tenía conocimiento de la misma para poder imputarle la responsabilidad.

32 En segundo lugar, según las demandantes, la Comisión incurrió en un error de Derecho al basarse en la presunción establecida por la sentencia *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, citada en el anterior apartado 31, para imputar a STT (anteriormente STT plc) la responsabilidad de la infracción cometida por SNV. Afirman que, durante el período de la infracción, la sociedad STT plc, a la cual STT sucedió en 2005, era una de las dos sociedades de cabecera del grupo Shell, pero sólo poseía el 40 % de la sociedad holding SPNV, que era titular a su vez, a través de Shell Nederland, de la totalidad de las participaciones de SNV, autora directa de la infracción. No obstante, el juez de la Unión limita la aplicación de esta presunción a las sociedades matrices que poseen la totalidad del capital de su filial. El hecho de que el Tribunal recurriera a esta presunción en su sentencia de 27 de septiembre de 2006, *Avebe/Comisión* (T-314/01, Rec. p. II-3085), apartado 137, únicamente se justifica, a juicio de las

demandantes, por las circunstancias particulares de aquel asunto, en el cual las dos sociedades matrices estaban profundamente implicadas en la gestión comercial de la filial, que carecía de personalidad jurídica propia.

- 33 En tercer lugar, las demandantes cuestionan el modo en que la Comisión interpretó la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de una sociedad matriz sobre su filial enteramente participada, por ser una interpretación que hace imposible desvirtuar esta presunción y que no se ajusta a la jurisprudencia.
- 34 La Comisión solicita que se desestime la primera parte de este motivo.

Apreciación del Tribunal

- 35 La Comisión precisó en la Decisión impugnada que, aunque SNV hubiera sido la persona jurídica que participó directamente en el cartel, el pliego de cargos también había sido dirigido a SPNV, a KNPM y a STT plc (considerando 209 de la Decisión impugnada). Recordó, en efecto, que SNV pertenecía íntegramente, hasta 2005, a Shell Nederland, la cual, a su vez, pertenecía íntegramente a SPNV, sociedad holding situada bajo el control común de KNPM (en un 60 %) y de STT plc (en un 40 %). Por otra parte, la Comisión destacó la importancia de los vínculos que existían entre estas diferentes estructuras, en particular a través del Committee of managing directors (grupo de directores generales; en lo sucesivo, «CMD»), del departamento de productos petroleros del grupo en Europa y, a partir de 1998, de Shell Europe Oil Products (en lo sucesivo, «SEOP»), organización que agrupaba las actividades petroleras de muchas de las sociedades de explotación del grupo en Europa (considerandos 206 a 208 de la Decisión impugnada). Seguidamente, la Comisión indicó que, a raíz de los cambios organizativos introducidos dentro del grupo en 2005, había dirigido la Decisión impugnada a SNV y a las demás sociedades destinatarias del pliego de cargos que seguían existiendo en la fecha de envío de dicha Decisión, esto es, SPNV y STT (anteriormente STT plc), y que estas sociedades constituían conjuntamente la empresa Shell, que eran responsables solidariamente de la infracción (considerando 218 de la Decisión impugnada).

– Sobre la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de una sociedad matriz sobre su filial

- 36 Procede empezar recordando que el Derecho de la competencia de la Unión tiene por objeto las actividades de las empresas (sentencia del Tribunal de Justicia 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 59), y que el concepto de empresa en el sentido del artículo 81 CE incluye a entidades económicas que consisten, cada una de ellas, en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma (sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2011, Uralita/Comisión, T-349/08, apartado 35). En este contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-11987, apartado 40).
- 37 La conducta contraria a la competencia de una empresa puede imputarse a otra cuando aquélla no ha determinado de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que ha aplicado, esencialmente, las instrucciones impartidas por esta última, teniendo en cuenta, en particular, los vínculos económicos y jurídicos que las unían (sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Metsä-Serla y otros/Comisión, C-294/98 P, Rec. p. I-10065, apartado 27; 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 117, y de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, Rec. p. I-8237, apartado 58). Así, se puede imputar el comportamiento de una filial a la sociedad matriz cuando la filial no determina de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica esencialmente las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, constituyendo las dos empresas una unidad económica (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartados 133 y 134).

- 38 Por lo tanto, no es una relación de instigación respecto a la infracción entre la sociedad matriz y su filial ni, con mayor motivo, una implicación de la primera en dicha infracción, sino el hecho de que constituyan una sola empresa en el sentido antes mencionado, lo que habilita a la Comisión para dirigir la decisión a la sociedad matriz de un grupo de sociedades. En efecto, procede recordar que el Derecho de la competencia de la Unión reconoce que diferentes sociedades pertenecientes a un mismo grupo constituyen una única entidad económica y, por ende, una empresa en el sentido de los artículos 81 CE y 82 CE si las sociedades de que se trata no definen de manera autónoma su comportamiento en el mercado (sentencia del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartado 290).
- 39 En el caso particular de que una sociedad matriz participe en el 100 % del capital de su filial autora del comportamiento infractor, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial y, por otra, existe la presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia (véase la sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 60, y la jurisprudencia citada).
- 40 En estas circunstancias, basta con que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial es titular de la totalidad del capital de ésta para presumir que aquélla ejerce efectivamente una influencia determinante en la política comercial de esa filial. Consecuentemente, la Comisión puede considerar que la sociedad matriz es responsable solidaria del pago de la multa impuesta a su filial, a no ser que dicha sociedad matriz, a la que incumbe destruir dicha presunción, aporte suficientes elementos probatorios que demuestren que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado (sentencias Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, citada en el apartado 31 *supra*, apartado 29, y Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 61).
- 41 Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia se refirió, en los apartados 28 y 29 de la sentencia Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, citada en el anterior apartado 31, a otras circunstancias diferentes de la posesión del 100 % del capital de la filial, como la no refutación del hecho de que la sociedad matriz ejerce influencia en la política comercial de su filial y la representación común de ambas sociedades durante el procedimiento administrativo, no es menos cierto que dichas circunstancias únicamente fueron mencionadas por el Tribunal de Justicia con objeto de exponer el conjunto de los elementos en que el Tribunal General había fundado su razonamiento en ese asunto y no para supeditar la aplicación de la presunción antes mencionada a la aportación de indicios adicionales relativos al ejercicio efectivo de una influencia de la sociedad matriz sobre su filial (sentencias del Tribunal de Justicia Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 62, y de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión, C-90/09 P, Rec. p. I-1, apartado 41).
- 42 Por lo que se refiere a los elementos que debe aportar una sociedad matriz para destruir esta presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante en su filial enteramente participada, el juez de la Unión considera que incumbe a aquélla someter a la apreciación de la Comisión y posteriormente, en su caso, del juez de la Unión todos los elementos que estime útiles para demostrar que no constituyen una entidad económica única, relativos a los vínculos organizativos, económicos y jurídicos que unen a esa filial con la sociedad matriz, los cuales pueden variar según el caso y, por lo tanto, no pueden ser objeto de una enumeración exhaustiva (sentencia Akzo Nobel/Comisión, citada en el apartado 37 *supra*, apartados 72 a 74).

– Sobre la aplicación de esta presunción a dos sociedades matrices que poseen conjuntamente el 100 % de su filial

- 43 Las demandantes estiman que, con independencia de cuál fuera la interpretación de la presunción definida por la jurisprudencia resultante de la sentencia *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, citada en el anterior apartado 31, la Comisión no podía aplicar esta presunción respecto de STT (anteriormente STT plc), ya que ésta únicamente poseía el 40 %, y de forma indirecta, de la sociedad infractora.
- 44 Con carácter preliminar debe señalarse que la mera circunstancia de que KNPM, quien poseía el 60 % restante de la participación en SPNV, desapareciera en 2005 carece de incidencia a la hora de aplicar la presunción tal como se define en la sentencia *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, citada en el anterior apartado 31, ya que, para no poner en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia e impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas, es necesario que las empresas no puedan eludir las sanciones por el simple hecho de que su identidad se haya visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C-280/06, Rec. p. I-10893, apartado 41).
- 45 Por otra parte, el juez de la Unión ha considerado que la Comisión podía aplicar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de una sociedad matriz sobre su filial cuando dos sociedades se encuentren en una posición análoga a la situación en que sólo una sociedad posea la totalidad del capital de su filial (sentencia *Avebe/Comisión*, citada en el apartado 32 *supra*, apartado 138).
- 46 De este modo, se trata en el presente asunto de determinar, habida cuenta de la particular estructura del grupo, si las dos sociedades matrices KNPM y STT plc (convertida en STT) se encontraban en una situación análoga a aquella en la que una sola sociedad posee la totalidad del capital de su filial, y no de dilucidar cómo debería resolverse el caso de una sociedad que únicamente ostente una participación parcial de la sociedad infractora.
- 47 Es preciso destacar, en primer lugar, en línea con lo indicado por la Comisión en su escrito de contestación, sin que las demandantes hayan cuestionado esta afirmación, que la existencia de dos sociedades matrices dentro del grupo Shell obedece a razones históricas, ya que el grupo nació en 1907 como resultado de un acuerdo entre la sociedad neerlandesa KNPM y la sociedad británica STT plc, las cuales se fusionaron en 2005 manteniendo al mismo tiempo una doble estructura en la cabeza del grupo, con una participación del 60 % y el 40 %, respectivamente. Del expediente, y en particular de la guía de referencia sobre la estructura organizativa del grupo, se desprende que estas dos sociedades, que declaraban un volumen de negocio consolidado idéntico, tenían la propiedad conjunta de las dos sociedades holding del grupo, SPNV y SPCo, designaban conjuntamente a los miembros de los consejos de administración de éstas, con arreglo a las disposiciones contractuales que las vinculaban, y se reunían mensualmente con ellas con el fin, en particular, de ser informadas de los principales acontecimientos producidos en el seno del grupo.
- 48 Por otra parte, KNPM y STT plc (convertida en STT) crearon dos comités de vigilancia, el Group Audit Committee (comité de auditoría del grupo; en lo sucesivo, «GAC») y el Remuneration and succession review committee (comité encargado del examen de las retribuciones y los nombramientos; en lo sucesivo, «REMCO»), compuestos de forma paritaria por tres miembros del comité de vigilancia de KNPM y tres miembros del consejo de administración de STT plc (convertida en STT), con la función, en el caso del primero, de examinar las principales evoluciones financieras del grupo, sus procedimientos de control interno y sus auditorías externas y, en el caso del segundo, de formular recomendaciones en materia de retribuciones y nombramientos de los directivos del grupo. Se

desprende asimismo del expediente que los consejos de administración de las sociedades holding del grupo actuaban de forma coordinada y que formaban parte de los mismos los miembros de los consejos de administración de las dos sociedades matrices.

- 49 Además, el CMD –órgano compuesto por miembros de la presidencia del consejo de administración de SPNV y directores generales de SPCo, quienes eran también miembros del consejo de administración de una de las dos sociedades matrices– desempeñaba un papel determinante en el seno del grupo. En efecto, el expediente pone de manifiesto que el CMD, pese a no constituir una entidad dotada de personalidad jurídica propia, tenía encomendada la función de coordinar la actividad operativa y la gobernanza del conjunto de las sociedades del grupo.
- 50 Por último, el hecho de que las dos sociedades matrices decidieran fusionarse en 2005 constituye un indicio adicional de que existía una empresa matriz común detrás de la coexistencia de dos entidades jurídicas.
- 51 Habida cuenta del conjunto de los hechos mencionados en los anteriores apartados 47 a 50, el Tribunal estima que la Comisión pudo fundadamente apreciar, en los considerandos 206 a 218 de la Decisión impugnada, que se trataba de una situación análoga a aquella en la que una sola sociedad matriz tiene el control íntegro de su filial, lo cual la permitía recurrir a la presunción según la cual dichas sociedades matrices ejercían efectivamente una influencia determinante en el comportamiento de su filial común.
- 52 Es preciso finalizar desestimando la alegación de las demandantes en el sentido de que la Comisión incurrió en un error de Derecho al aplicar la jurisprudencia resultante de la sentencia de 16 de noviembre de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, citada en el anterior apartado 31, a STT (anteriormente STT plc), ya que ésta únicamente poseía, junto con KNPM, la totalidad del capital de SNV a través de la sociedad holding SPNV, la cual era propietaria de la sociedad Shell Nederland, sociedad matriz de SNV. El juez de la Unión considera, en efecto, que la existencia de sociedades intermedias entre la filial y la sociedad matriz no influye en la posibilidad de aplicar la presunción según la cual la sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial íntegramente participada (véanse, en este sentido, las sentencias *Akzo Nobel/Comisión*, citada en el apartado 37 *supra*, apartados 78 y 83, y *General Química y otros/Comisión*, citada en el apartado 41 *supra*, apartados 86 y 87, y la sentencia del Tribunal de 14 de mayo de 1998, *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, T-354/94, Rec. p. II-2111, apartados 80 a 85). Por otra parte, una sociedad matriz puede ser tenida por responsable de una infracción cometida por una filial aunque existan muchas sociedades operativas en un grupo (sentencia del Tribunal de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, denominada «PVC II», T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931, apartado 989).

– Sobre el carácter de presunción *iuris tantum* de la presunción de que una sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial íntegramente participada

- 53 Las demandantes estiman que la interpretación seguida por la Comisión de la presunción de que una sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial íntegramente participada hace que resulte imposible desvirtuarla.
- 54 No obstante, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada en el anterior apartado 42 se desprende que, para desvirtuar la presunción de que una sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial íntegramente participada, tal como la interpreta la Comisión, incumbe a dicha sociedad matriz someter a la apreciación de la Comisión y, en su caso, del juez de la Unión, cualquier elemento relativo a los vínculos organizativos, económicos y jurídicos entre ella y su filial que pueda demostrar que no integran una única entidad económica (sentencias *Akzo Nobel y otros/Comisión*, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 65, y *General Química y otros/Comisión*,

citada en el apartado 41 *supra*, apartados 51 y 52). Contrariamente a lo sostenido por las demandantes, se trata, pues, de una presunción *iuris tantum* que les corresponde desvirtuar. Por otra parte, de la jurisprudencia se desprende que una presunción, aunque sea difícil de destruir, continúa estando dentro de unos límites aceptables mientras sea proporcionada al fin legítimo que persigue, exista la posibilidad de aportar prueba en contrario y se garantice el derecho de defensa (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, C-521/09 P, Rec. p. I-8947, apartado 62, y la jurisprudencia citada).

- 55 De las anteriores consideraciones se desprende que la Comisión no incurrió en ningún error de Derecho al imputar a STT (anteriormente STT plc) y a SPNV la responsabilidad de la infracción cometida por su filial SNV.

Sobre los elementos destinados a desvirtuar la presunción de que una sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante sobre su filial

Alegaciones de las partes

- 56 Las demandantes sostienen haber demostrado que STT plc (convertida en STT) y SPNV no habían tenido conocimiento de la infracción y que nunca participaron en ella, directa o indirectamente. Sin embargo, a su juicio, la práctica decisoria de la Comisión y la jurisprudencia exigen que la sociedad matriz participe en la infracción para poder imputarle las actividades de una de sus filiales. Por otra parte, afirman que la Comisión reconoció en el presente asunto que la infracción quedaba limitada al comportamiento del director de ventas de betún de SNV únicamente. Igualmente, la organización del reporting (en lo sucesivo, «flujo ascendente de información») dentro del grupo Shell demuestra, según las demandantes, que SNV no recibía ninguna instrucción de STT plc (convertida en STT) o de SPNV. En efecto, STT plc (convertida en STT) sólo poseía el 40 % de SPNV, la cual, por su parte, tenía participación en más de quinientas sociedades, entre las que se encontraba Shell Nederland, quien, a su vez, poseía más de treinta filiales, siendo SNV una de ellas. Las demandantes alegan que uno de los administradores delegados de SNV se limitó, con ocasión de las reuniones trimestrales, a informar muy brevemente al consejo de administración y al consejo de vigilancia de Shell Nederland de las principales cuestiones relativas a su actividad, como el cierre de una fábrica o los decepcionantes resultados económicos registrados.
- 57 La Comisión sostiene que las demandantes no han logrado desvirtuar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de STT plc (convertida en STT) y SPNV sobre su filial común.

Apreciación del Tribunal

- 58 De los considerandos 206 a 218 de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión expuso, fundamentalmente, que podía aplicar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de STT plc (convertida en STT) y SPNV sobre SNV durante el período comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 15 de abril de 2002 en atención a la estructura de participación existente entre estas sociedades [posesión del 100 % en el caso de SPNV, participación íntegra conjunta con KNPM en el caso de STT plc (convertida en STT)]. Seguidamente, la Comisión apreció, a mayor abundamiento, que diferentes elementos de la estructura jerárquica del grupo reforzaban esta presunción, como el papel del CMD, las funciones de control de sus filiales por parte de SPNV o los mecanismos para nombrar los directivos de las sociedades de explotación.
- 59 Procede analizar si las demandantes han aportado pruebas capaces de desvirtuar la presunción de que STT plc (convertida en STT) y SPNV constituían una entidad económica única con SNV.

- 60 Hay que empezar recordando que incumbe a las partes someter a la apreciación de la Comisión y, en su caso, del Tribunal todos los elementos que estimen útiles para demostrar que las sociedades constitúan o no una entidad económica única relativos a sus vínculos organizativos, económicos y jurídicos (véase el anterior apartado 42).
- 61 En primer lugar, por lo que se refiere a las alegaciones acerca de la ausencia de participación directa o indirecta de STT plc (convertida en STT) y de SPNV en la infracción, basta señalar que tales alegaciones ni están fundadas en Derecho ni están respaldadas por los hechos. En efecto, no es necesario que el control que la sociedad matriz ejerce sobre su filial esté vinculado con el comportamiento infractor (sentencias Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 59, y General Química, citada en el apartado 41 *supra*, apartados 38, 102 y 103). En consecuencia, no es preciso que el Tribunal analice si STT plc (convertida en STT) y SPNV ejercieron efectivamente una influencia directa o indirecta en el comportamiento infractor de SNV o si tenían conocimiento del mismo.
- 62 En cualquier caso, en contra de lo sostenido por las demandantes, determinados elementos del expediente indican que los miembros del grupo Shell que no pertenecían a SNV tenían conocimiento de las prácticas contrarias a la competencia de esta última durante el período de la infracción. En efecto, una nota interna de 14 de julio de 2000, en la que se analiza la situación del mercado neerlandés del betún desde la perspectiva del Derecho de la competencia, de la que la Comisión se apoderó con ocasión de las inspecciones en los locales de SNV, fue distribuida fuera del ámbito de esta sociedad. Esta nota, con la indicación «altamente confidencial», fue redactada conjuntamente por un trabajador de SNV y un letrado de los servicios jurídicos del grupo, perteneciente a Shell International, tras un taller sobre la adaptación a las normas en materia de competencia en el curso del cual el director de ventas responsable del betún había llamado la atención sobre el mercado neerlandés del betún y de la construcción de carreteras. Esta nota fue también remitida al director de los servicios jurídicos del grupo, empleado de Shell International, al vicepresidente comercial de las ventas del grupo para Europa y al vicepresidente ejecutivo de los productos del grupo para Europa. Es preciso recordar, a este respecto, que Shell International tenía una relación directa con el CMD, principal órgano decisorio del grupo, compuesto por los miembros de la presidencia del consejo de administración de SPNV y los directores generales de SPCo, los cuales eran también miembros del consejo de administración de una de las dos sociedades matrices.
- 63 Esta nota indica que el mercado neerlandés del betún había sido objeto de un examen interno en 1992/1993 y en febrero de 1995; que el conjunto de los proveedores de betún en los Países Bajos (en lo sucesivo, «proveedores») negociaban colectivamente un precio estándar con el W5, y que, en consecuencia, un empleado de SNV había recomendado retirarse de este mercado, pero que el mercado había sido reestructurado y SNV seguía estando presente en el mismo. La nota precisa, igualmente, que no parecía que Shell tuviera un comportamiento contrario a la competencia respecto de los demás tipos de betún, pudiendo sobrentenderse, *a contrario*, que el grupo tenía conocimiento de que la conducta de SNV en el mercado del betún para el recubrimiento de carreteras era contraria a la competencia. Esta nota expone, por otra parte, de forma detallada, el mecanismo de fijación del precio del betún subrayando que cuando SNV deseaba incrementar sus precios se ponía en contacto con KWS, el principal constructor, antes de aplicar este incremento. KWS consultaba seguidamente a todos los demás proveedores uno por uno acerca del nivel de los precios y, posteriormente, trataba con los demás grandes constructores acerca de este incremento de precio antes de informar del mismo al Centrum voor regelgeving en onderzoek in de grond-, water- en wegenbouw en de Verkeerstechniek (CROW, centro para la regulación y la investigación en materia de ingeniería civil y de tráfico), entidad sin ánimo de lucro encargada, en particular, de publicar mensualmente los precios del betún para el recubrimiento de carreteras, a partir de los cuales, en el supuesto de que se produjera una variación superior a un determinado umbral, los constructores tenían derecho a recibir una compensación de las partes con las que contrataran. La nota precisa, además, que SNV, al igual que los demás proveedores, concedía al W5 descuentos sobre el precio así fijado. Por último, los autores

de dicha nota concluían estimando que debía ponerse fin a las conversaciones bilaterales con KWS, portavoz del W5, relativas a los incrementos de precio para sustituirlas por conversaciones bilaterales con cada constructor.

- 64 En segundo lugar y en relación con la supuesta autonomía de los directivos de SNV que se deriva de la inexistencia de un mecanismo de flujo ascendente de información suficientemente fuerte entre STT plc (convertida en STT), SPNV y SNV, es preciso señalar que los datos aportados a este respecto por las demandantes no bastan para demostrar que SNV determinaba de manera autónoma su conducta en el mercado y, en consecuencia, que no constituía una unidad económica con STT plc (convertida en STT) y SPNV en el sentido del artículo 81 CE.
- 65 En efecto, debe señalarse en primer término que las afirmaciones de las demandantes acerca del elevado número de filiales participadas por SPNV y Shell Nederland no bastan para demostrar que STT plc (convertida en STT) y SPNV concedieran a SNV una autonomía suficiente para definir su comportamiento en el mercado.
- 66 Por otra parte, para rechazar las alegaciones de las demandantes tendentes a desvirtuar la presunción antes mencionada, la Comisión se refiere con acierto a diferentes elementos que ya trajo a colación en la Decisión impugnada (considerandos 207 a 214 de la Decisión impugnada) y en el pliego de cargos, relativos a los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unían a SNV con STT plc (convertida en STT) y SPNV.
- 67 De este modo, el grupo declaró en particular, en un informe fechado el 13 de marzo de 2006 depositado ante la Securities and Exchange Comisión (comisión estadounidense del mercado de valores), que «la totalidad de las actividades de explotación había corrido a cargo de las filiales de Royal Dutch y de Shell Transport, que funcionaban como una sola y única empresa económica». Por otra parte, los clientes y los competidores designaban habitualmente al conjunto de la empresa y a cada una de sus entidades jurídicas con la denominación «Shell», indicando de este modo que SNV era percibida por los terceros y en el mercado de referencia como una sociedad perteneciente al grupo Shell.
- 68 Procede también tomar en consideración los elementos mencionados en los anteriores apartados 47 a 50, relativos a la estructura del grupo y de su accionariado y, en particular, su organización jerárquica y los mecanismos de flujo ascendente de la información existentes en su seno.
- 69 En el pliego de cargos la Comisión aportó, además, los siguientes datos: existía un considerable grado de solapamiento entre las funciones desempeñadas en diferentes países por diferentes entidades, ya que el responsable del betún en los Países Bajos fue durante mucho tiempo el responsable del mercado belga; diferentes análisis internos del mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras llevados a cabo desde la perspectiva del Derecho de la competencia fueron distribuidos a diferentes entidades del grupo, incluyendo los servicios jurídicos de Shell International, los cuales tenían un nexo directo con el CMD; Shell International ha actuado como la persona de contacto principal con la Comisión a lo largo de todo el procedimiento administrativo previo; el director general de KNPM era también director principal de SPNV y miembro del consejo de vigilancia de Shell Nederland BV, sociedad matriz directa de SNV; las sociedades matrices están facultadas para designar y destituir a los directores generales de las sociedades de explotación, y supervisan la gestión de las sociedades de explotación, ya que los directores generales de estas últimas están obligados a facilitar a cualquier accionista, previa solicitud, información sobre los negocios de la sociedad y a permitirle acceder a los libros y documentos que desee consultar.
- 70 Además, como se ha recordado en el anterior apartado 49, el CMD desempeñaba un papel determinante en el seno del grupo. De este modo, hasta 1998, las líneas jerárquicas estaban organizadas de forma geográfica, ya que el director de «Betún» de SNV dependía del director general de «Ventas comerciales», quien a su vez dependía del director general «País», sometido por su parte a

la autoridad del coordinador regional «Europa» de Shell International Petroleum Maatschappij NV, propiedad al 100 % de SPNV, la cual dependía directamente de miembros del CMD. Desde 1998 hasta el final del período de la infracción, SNV pertenecía a la división «Construcción» del departamento de productos petrolíferos del grupo en Europa, el SEOP, que se encontraba bajo la dirección del vicepresidente ejecutivo para Europa, quien dependía del presidente y director ejecutivo de productos petrolíferos, miembro del CMD. Por otra parte, existían mecanismos de flujo ascendente de información entre las sociedades matrices y sus filiales a través de los dos comités de vigilancia que constituían el GAC y el REMCO.

- 71 Asimismo las demandantes admitieron que uno de los administradores delegados de SNV informaba de las principales cuestiones relacionadas con la actividad de esta sociedad al consejo de administración y al consejo de vigilancia de Shell Nederland con ocasión de las reuniones trimestrales que celebraban ambos órganos. Si bien las demandantes alegan que esta información se limitaba a determinadas decisiones de gran importancia, esta afirmación no se sustenta en ninguna prueba.
- 72 Por último, debe ser tomado en consideración el hecho de que determinadas sociedades del grupo tenían encomendada la prestación de funciones de apoyo al conjunto de las filiales. De este modo, Shell International daba asesoría jurídica a todas las filiales del grupo. El análisis de la nota de 14 de julio de 2000 revela, por otra parte, que empleados de SNV se contaban entre sus autores y sus destinatarios y que SNV ejercía un estrecho control sobre las actividades de las filiales, en particular por lo que respecta a la situación del mercado del betún en los Países Bajos.
- 73 A la luz de las anteriores consideraciones, cabe concluir que, habida cuenta de los elementos aportados por las demandantes en relación, por una parte, con el hecho de que STT plc (convertida en STT) y SPNV ni habían tenido conocimiento de la infracción ni habían participado en la misma, ni habían incitado a su filial a cometerla y, por otra parte, con los mecanismos de flujo ascendente de la información de SNV a STT plc (convertida en STT) y a SPNV, junto con los demás elementos pertinentes del expediente expuestos en los anteriores apartados 47 a 50 y 62 a 72, la Comisión no ha incurrido en un error de apreciación al estimar que los elementos presentados por las demandantes no demostraban que SNV determinara de manera autónoma su comportamiento en el mercado y, en consecuencia, no permitían desvirtuar la presunción de que STT plc (convertida en STT) y SPNV ejercían efectivamente una influencia determinante en el comportamiento de SNV.
- 74 Por consiguiente, debe desestimarse por infundado el primer motivo en su conjunto.

2. Sobre el segundo motivo, basado en el incumplimiento de un requisito esencial de forma y en la vulneración del derecho de defensa

Alegaciones de las partes

- 75 Las demandantes estiman que, al negarse a transmitirles la totalidad de las respuestas al pliego de cargos y al limitar la comunicación de la respuesta de KWS a determinados fragmentos de la misma, la Comisión infringió el artículo 27, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 y vulneró el derecho de defensa que tienen reconocido. Según las demandantes, si hubieran tenido conocimiento de estos documentos, habrían podido influir en el resultado del procedimiento administrativo previo y modificar el sentido de la Decisión impugnada, en particular por lo que respecta a su papel de instigadoras y de responsables.
- 76 En primer lugar, las demandantes estiman que la Comisión hubiera debido acceder a su solicitud de consultar todas las respuestas de las demás sociedades al pliego de cargos, que hubieran podido contener elementos de descargo en relación con su papel de instigadoras y de responsables, en particular en atención al carácter horizontal y vertical del cartel. Las demandantes alegan también que la Comisión ya había remitido todas las respuestas al pliego de cargos en procedimientos anteriores

[asuntos COMP/E-1/37.512 (DO L 6, p. 147) y COMP/E-1/36.490 (DO L 100, p. 1)]. En cualquier caso, consideran que no corresponde a la Comisión decidir por sí misma qué documentos son útiles para la defensa de las empresas de que se trate (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 126) y, de este modo, la Comunicación relativa al acceso al expediente es ilegal en la medida en que en ella se indica que no puede concederse acceso a las respuestas íntegras al pliego de cargos.

- 77 En segundo lugar, las demandantes consideran que la Comisión hubiera debido permitirles acceder a la respuesta completa de KWS al pliego de cargos, y, en particular, a la declaración del testigo en la que la Comisión se fundó en exclusiva para imputarles el papel de instigadoras y de responsables del cartel. Así, estiman que el juez de la Unión les reconoce el derecho a acceder a todas las pruebas utilizadas por la Comisión en relación con ellas (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, denominada «Cemento», 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).
- 78 La Comisión considera que no estaba obligada a comunicar las respuestas al pliego de cargos y rechaza el conjunto de las alegaciones de las demandantes.

Apreciación del Tribunal

- 79 De los autos se deduce que en el procedimiento administrativo previo la Comisión rechazó la solicitud de las demandantes dirigida a que se les concediera acceso íntegro a todos los documentos incorporados al expediente tras el envío del pliego de cargos y, en particular, a la totalidad de las respuestas de las demás empresas al mismo. No obstante, la Comisión les comunicó los fragmentos de la respuesta de KWS al pliego de cargos en los que pretendía fundarse en la decisión final, relativos a los contactos mantenidos entre SNV y KWS antes del 1 de abril de 1994.

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

- 80 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.»

- 81 En la Comunicación relativa al acceso al expediente, 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.»

- 82 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). Por otra parte, el artículo 41 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; en lo sucesivo, «Carta de los Derechos Fundamentales») lo eleva a derecho fundamental al mencionarlo como un elemento consustancial del derecho a una buena administración. 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).
- 83 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 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 del Tribunal General de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, 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 Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 82 *supra*, apartados 9 y 11, y de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 68).
- 84 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 respuesta 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 Cemento, citada en el apartado 77 *supra*, apartado 386, y Avebe/Comisión, citada en el apartado 32 *supra*, apartado 50, y la jurisprudencia citada). Lo mismo sucede cuando la Comisión se base en tal documento para demostrar el papel de instigadora o de responsable de alguna de las empresas involucradas.
- 85 De las anteriores consideraciones se desprende que las disposiciones del apartado 27 de la Comunicación relativa al acceso al expediente son acordes con la jurisprudencia según la cual, si bien como regla general las partes no tienen acceso a las réplicas de las demás partes al pliego de cargos,

una parte podrá, no obstante, acceder a las mismas cuando tales documentos puedan constituir pruebas nuevas, ya sean inculpativas o exculpativas, referentes a las alegaciones formuladas respecto de esa parte en el pliego de cargos.

- 86 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 36 *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, *AEG-Telefunken/Comisión*, 107/82, Rec. p. 3151, apartados 24 a 30, y *Aalborg Portland y otros/Comisión*, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 71; sentencia *Solvay/Comisión*, citada en el apartado 83 *supra*, apartado 58). A este respecto, el Tribunal de Justicia establece una distinción entre documentos inculpativos y documentos exculpativos. Si se trata de un documento inculpativo, 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 se refiere 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 36 *supra*, apartados 73 y 74). Esta distinción es también válida para los documentos posteriores al pliego de cargos (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2006, *Jungbunzlauer/Comisión*, T-43/02, Rec. p. II-3435, apartados 351 a 359). Así pues, las demandantes hacen una interpretación errónea del apartado 383 de la sentencia *Cemento*, citada en el anterior apartado 77, cuando afirman que la Comisión vulnera automáticamente el derecho de defensa cuando se niega a transmitir documentos posteriores al pliego de cargos que le han sido solicitados por una sociedad. En efecto, según esta jurisprudencia, esta negativa sólo es contraria a Derecho, por lo que respecta a un documento exculpativo, en el supuesto de que dicha sociedad haya demostrado que el hecho de no divulgarlo pudo influir, en perjuicio de la misma, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la decisión.
- 87 Igualmente, por lo que respecta a la cuestión de si un documento posterior al pliego de cargos debe o no ser transmitido íntegramente cuando la Comisión lo utiliza como prueba en su decisión, debe recordarse que de la jurisprudencia y, en particular, del apartado 386 de la sentencia *Cemento*, citada en el anterior apartado 77, se desprende que la Comisión sólo está obligada, para dar a la empresa en cuestión la oportunidad de pronunciarse sobre esta prueba, a comunicarle únicamente el fragmento pertinente del documento en cuestión, situado en su contexto si ello es necesario para su comprensión.
- 88 Además, debe precisarse que la falta de comunicación sistemática de las réplicas 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 tuvo en cuenta para fundamentar sus alegaciones. Así pues, la Comisión únicamente puede fundamentar su decisión en hechos sobre los que tales empresas han tenido la ocasión de pronunciarse.
- 89 Asimismo, las demandantes no pueden hacer valer la jurisprudencia según la cual no puede corresponder únicamente a la Comisión, quien 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 36 *supra*, apartado 126, y sentencias *Solvay/Comisión*, citada en el apartado 83 *supra*, apartados 81 y 83, y *Atlantic Container*

Line y otros/Comisión, citada en el apartado 83 *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.

- 90 Por último, hay que precisar que, contrariamente a lo sostenido por las demandantes, en ningún caso la Comisión está vinculada por su práctica decisoria anterior relativa a la comunicación íntegra de las réplicas al pliego de cargos, ya que la legalidad de sus decisiones únicamente se aprecia a partir de las normas que le son aplicables y, en particular, del Reglamento n° 1/2003, del 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), y de la Comunicación relativa al acceso al expediente, tal como han sido interpretados por el juez de la Unión.

Aplicación en el presente asunto

- 91 En el presente asunto, es preciso recordar que, el 24 de mayo de 2006, la Comisión permitió que las demandantes consultaran los fragmentos de la réplica de KWS en los que dicha institución tenía la intención de fundamentar su decisión final, relativos a los contactos mantenidos entre SNV y KWS antes del 1 de abril de 1994 y a una propuesta de descuento preferencial al W5 dirigida a KWS.
- 92 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la alegación según la cual hubiera debido autorizarse el acceso a la réplica íntegra de KWS al pliego de cargos, debe precisarse, con carácter previo que, contrariamente a lo sostenido por las demandantes, de los considerandos 343 a 348 de la Decisión impugnada se deduce que la Comisión no se basó únicamente en los fragmentos en cuestión de la réplica de KWS al pliego de cargos para imputarles el papel de instigadoras y de responsables del cartel. En cualquier caso, el análisis de los extractos de este documento remitidos por la Comisión a las demandantes permite apreciar que éstos son perfectamente comprensibles y explícitos, sin que sea necesario situarlos en un contexto más amplio. En efecto, debe destacarse que la Comisión sólo utilizó en la Decisión impugnada dos de los siete apartados de este documento, los cuales fueron comunicados a las demandantes. Por otra parte y en relación con un documento de KWS basado en la declaración de un testigo, uno de sus antiguos empleados, documento que KWS facilitó voluntariamente a la Comisión con el fin de defenderse, destacando el papel de SNV como instigadora y responsable del cartel y minimizando el suyo, no parece verosímil que hubiera podido contener ningún elemento de descargo respecto de SNV.
- 93 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la alegación basada en la falta de comunicación de las réplicas de las demás empresas al pliego de cargos, que hubieran podido contener elementos de descargo, es preciso recordar que, con arreglo a la jurisprudencia citada en el anterior apartado 86, incumbía a las demandantes aportar un indicio que permitiera suponer que tal falta de comunicación hubiera podido influir, en su perjuicio, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la decisión de la Comisión. Sin embargo, las demandantes se han limitado a sostener de forma general y puramente especulativa que de las réplicas de las demás empresas al pliego de cargos hubieran podido extraer elementos de descargo respecto de su papel de instigadoras y de responsables del cartel. Al margen del carácter horizontal y vertical del cartel, no han formulado ninguna indicación específica que pudiera constituir un indicio razonable en este sentido. Además, como destaca la Comisión, es poco probable en el caso de un cartel que una sociedad aporte datos que puedan minimizar el papel de otra sociedad en el mismo, aunque, en el presente asunto, el hecho de que el cartel estuviese organizado entre dos grupos con intereses potencial y parcialmente divergentes –los grandes constructores y los proveedores– 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 minimizar, en su réplica al pliego de cargos, el papel de los proveedores en perjuicio de los grandes constructores no constituye una prueba de descargo (sentencia

Jungbunzlauer/Comisión, citada en el apartado 86 *supra*, apartados 353 a 356). Así pues, las demandantes no han aportado ningún indicio razonable de la utilidad de una posible comunicación de las contestaciones de las otras sociedades al pliego de cargos.

- 94 De las anteriores consideraciones se desprende que la Comisión tuvo motivos legítimos para negarse a comunicar a las demandantes la totalidad de las réplicas al pliego de cargos y limitar la comunicación de la réplica de KWS a determinados fragmentos. En consecuencia, debe desestimarse el segundo motivo.

3. Sobre el tercer motivo, basado en errores de hecho y de Derecho en el cálculo del importe de base de la multa y en la determinación de la duración de la infracción

Sobre la gravedad de la infracción

Alegaciones de las partes

- 95 Las demandantes consideran que la Comisión, al clasificar las empresas por categorías con el fin de tomar en consideración su capacidad económica para causar un perjuicio importante a la competencia, ha incurrido en errores de hecho y de Derecho al determinar el volumen de negocio de la empresa Shell relativo al betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos, ya que incluyó indebidamente el volumen de negocio del Mexphalte C, y, en cualquier caso, no ha motivado suficientemente a este respecto la Decisión impugnada. Las demandantes solicitan al Tribunal, en consecuencia, que reduzca el importe de su multa excluyendo de su cálculo el importe de las ventas de Mexphalte C, ya que estiman contrario a los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad el hecho de que el importe de base de su multa sea más elevado que el de la empresa Kuwait Petroleum (en lo sucesivo, «Kuwait Petroleum») pese a ser su cuota de mercado inferior a la de esta última.
- 96 Las demandantes recuerdan, de este modo, que la única razón por la cual la Comisión pudo tomar legítimamente en consideración el volumen de negocio de los productos bituminosos especiales utilizados en la construcción de carreteras es que su precio está directamente vinculado al precio general de mercado de los tipos de betún para el recubrimiento de carreteras estándar, incrementado con una prima. Sin embargo, según las demandantes, la Comisión no hubiera debido incluir el volumen de negocio del Mexphalte C, ya que no se compone de betún, su precio no guarda ninguna relación con el del betún para el recubrimiento de carreteras estándar y se vende en un mercado diferente del del betún para el recubrimiento de carreteras estándar, dado que los dos productos no son sustituibles. Estas afirmaciones se sustentan en particular en una declaración del director de SNV fechada el 30 de noviembre de 2006 y en un cuadro comparativo de las variaciones de precios del betún para el recubrimiento de carreteras estándar y del Mexphalte C de 1995 a 2002.
- 97 Las demandantes reprochan, asimismo, a la Comisión no haber expuesto, en la Decisión impugnada, las razones por las que el importe de las ventas de Mexphalte C se había tomado en consideración a pesar de que éstas indicaron, el 23 de mayo de 2006, en su respuesta a la solicitud de información de la Comisión de 8 de mayo de 2006, que no existía ningún vínculo entre el Mexphalte C y la infracción. Igualmente, en el procedimiento administrativo previo, la Comisión, a juicio de las demandantes, nunca manifestó su intención de incluir el importe de las ventas de Mexphalte C en el cálculo del importe de la multa y nunca mencionó este producto en el pliego de cargos. Sin embargo, según sostienen las demandantes, un documento del expediente administrativo precisó que el Mexphalte C constituye un aglomerante sintético que puede utilizarse para producir asfalto de color, y no un betún sintético.
- 98 La Comisión rechaza todas las alegaciones de las demandantes.

Apreciación del Tribunal

- 99 La Comisión indicó en el pliego de cargos de 18 de octubre de 2004 (considerandos 1 a 6 de la Decisión impugnada) que el producto que constituía el objeto del procedimiento era el betún utilizado para la construcción de carreteras y para aplicaciones similares (por ejemplo, para las pistas de aterrizaje), el cual comprendía tanto betunes de diferentes durezas, que admiten diferentes usos, como betunes de diferentes grados, entre los que se encuentran los betunes específicos que ofrecen mejores resultados que, no obstante, se fabrican a partir del betún para el recubrimiento de carreteras estándar y cuyo precio, en consecuencia, depende del precio de éste. Sólo dos sociedades, BAM NBM Wegenbouw BV y Hollandsche Beton Groep (en lo sucesivo, «HBG»), cuestionaron en su réplica al pliego de cargos la inclusión de productos bituminosos utilizados en la construcción de carreteras diferentes del betún para el recubrimiento de carreteras estándar. Las demandantes, por el contrario, no mostraron su disconformidad al respecto en su réplica al pliego de cargos.
- 100 El 8 de mayo de 2006, la Comisión envió una solicitud de información a SNV, SPNV y Royal Dutch Shell con el fin de conocer su volumen de negocio relativo al betún para el recubrimiento de carreteras, incluyendo en el mismo todos los productos de betún especiales. El 23 de mayo de 2006, estas tres sociedades comunicaron el importe de su volumen de negocio incluyendo en el mismo el referido al Mexphalte C, único betún especial que, según éstas, podía tener relación con la construcción de carreteras, precisando, no obstante, que este producto no era objeto del cartel. En la Decisión impugnada (considerandos 4 a 6), la Comisión mantuvo el análisis efectuado en el pliego de cargos al afirmar que los precios de los demás productos bituminosos utilizados en la construcción de carreteras estaban directamente vinculados con el precio de mercado general de los grados de betún para el recubrimiento de carreteras estándar. Para llegar a esta conclusión, la Comisión se basó en las declaraciones de dos sociedades, BP y ExxonMobil –siendo esta última sociedad un proveedor de betún no sancionado por la Comisión– y en los documentos obtenidos en las inspecciones realizadas, en particular, en KWS y SNV.
- 101 La Comisión precisó, en su escrito de contestación a la demanda, que se había basado en diferentes elementos para incluir el Mexphalte C en los productos bituminosos que constituían el objeto del cartel. Así, diferentes documentos de SNV incluyen el Mexphalte C en su baremo relativo al betún bajo la rúbrica «Betún transparente que puede ser pigmentado»; además, en el escrito de 23 de mayo de 2006 dirigido a la Comisión, SNV manifestó que el único betún especial que podía estar relacionado con el betún para el recubrimiento de carreteras era el Mexphalte C y declaró un volumen de negocio de 12 113 015 euros correspondiente al «valor total de las ventas minoristas de betún para el recubrimiento de carreteras, incluido el Mexphalte C», en 2001; un documento de Shell en el que se incluyen datos técnicos sobre el Mexphalte C y que forma parte del expediente administrativo lo describe como un betún sintético que puede pigmentarse; otro documento del expediente administrativo revela que la lista de precios de los productos bituminosos para carreteras, enviada en 2001 por SNV a sus clientes, iba acompañada de una carta modelo en la que se indicaba que las variaciones de los precios de los productos incluidos en esa lista, de la cual formaba parte el Mexphalte C, obedecían a la evolución de los precios del mercado del petróleo.
- 102 Las demandantes aportaron por primera vez ante el Tribunal dos documentos que, a su juicio, sirven para demostrar que la Comisión no hubiera debido tomar en consideración el volumen de negocio del Mexphalte C al determinar el volumen de negocio de Shell relativo al betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos. El primer documento incluye un cuadro comparativo de la evolución del precio del betún para el recubrimiento de carreteras estándar y del precio del Mexphalte C durante el período 1995-2002 y cartas de SNV fechadas en ese período en las que se anuncia a sus clientes que esos incrementos de precios se debían a la evolución de los precios de las materias primas. El segundo documento consiste en la declaración del director de SNV, realizada el 30 de noviembre de 2006, en la que se afirma que el Mexphalte C no es un producto fabricado a partir del betún, que las variaciones de precio de este producto sólo quedan afectadas en muy

reducida medida por la cotización del petróleo, que el mercado en el que se vende este producto es un mercado diferente del mercado del betún para el recubrimiento de carreteras y que SNV era la única empresa que suministraba este tipo de producto en los Países Bajos.

103 Aunque las demandantes no se pronunciaron claramente a este respecto, el Tribunal considera que en el presente asunto procede analizar sus alegaciones en relación, por una parte, con el control de legalidad y, por otra parte, con la competencia jurisdiccional plena que le atribuye el artículo 31 del Reglamento n° 1/2003.

– Análisis de las alegaciones de las demandantes en el marco del control de legalidad

104 Según reiterada jurisprudencia, en el marco de un recurso de anulación la legalidad del acto impugnado debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que se adoptó el acto y, en particular, en función de la información de que podía disponer la Comisión en el momento en que lo adoptó (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión, 15/76 y 16/76, Rec. p. 321, apartado 7). Así pues, nadie puede alegar ante el juez de la Unión, con el fin de demostrar la ilegalidad del acto impugnado, datos de hecho que, al no haber sido expuestos en el transcurso del procedimiento administrativo previo, no han podido ser tomados en consideración al adoptar dicho acto (véase, en este sentido, la sentencia Francia/Comisión, antes citada, apartado 7; las sentencias del Tribunal General de 11 de julio de 2007, Centeno Mediavilla y otros/Comisión, T-58/05, Rec. p. II-2523, apartado 151, y de 25 de junio de 2008, Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comisión, T-268/06, Rec. p. II-1091, apartado 55). En el presente asunto, se desprende de la instrucción que, en el momento en que adoptó la Decisión impugnada, la Comisión no disponía de los dos documentos citados en el anterior apartado 102 y que fueron aportados por las demandantes por primera vez ante el Tribunal, como ya se ha precisado en dicho apartado.

105 Así pues, en la medida en que se dirige a la anulación de la Decisión impugnada, el presente motivo debe analizarse sin tomar en consideración dichos documentos.

106 En este contexto, es preciso señalar que la Comisión había indicado claramente en el pliego de cargos que consideraba que el cartel tenía por objeto la totalidad de los productos bituminosos utilizados para la construcción de carreteras y para aplicaciones similares, quedando incluidos los productos bituminosos especiales y excluidos los productos bituminosos de uso industrial. No obstante, las demandantes, a diferencia de otras empresas, no tomaron postura al respecto en su réplica al pliego de cargos. Por otra parte, cuando la Comisión solicitó a las demandantes que le facilitaran su volumen de negocio, éstas le comunicaron, el 23 de mayo de 2006, el importe de su volumen de negocio incluyendo en el mismo el Mexphalte C, indicando al mismo tiempo que, aunque este producto no formaba parte, como tal, del objeto del cartel, era el «único betún especial que podía estar relacionado con la construcción de carreteras».

107 Como se ha indicado en el anterior apartado 100, para definir, en la Decisión impugnada, el mercado pertinente como un mercado que comprendía la totalidad de los productos bituminosos especiales, la Comisión se basó en documentos de BP, de ExxonMobil, de KWS y de SNV que ponían de manifiesto que las listas de precios dirigidas a los clientes se referían al conjunto de los productos bituminosos, incluidos los productos especiales, y que los eventuales incrementos de precios se manifestaban en el conjunto de estos productos. En consecuencia, la Comisión estimó legítimamente, a partir de los datos de que disponía en el momento de adoptar la Decisión impugnada, que las ventas de Mexphalte C debían ser computadas en su cálculo del volumen de negocio de Shell relativo al betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos.

- 108 Por otra parte, en lo que se refiere al control del cumplimiento del deber de motivación, es reiterada jurisprudencia que la motivación exigida por el artículo 253 CE debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. 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 las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase la sentencia del Tribunal de 9 de julio de 2003, Cheil Jedang/Comisión, T-220/00, Rec. p. II-2473, apartado 216, y la jurisprudencia citada).
- 109 Por lo que se refiere al alcance del deber de motivación en relación con el cálculo del importe de una multa impuesta por infringir las normas en materia de competencia, es necesario, por una parte, recordar que este deber reviste especial importancia y que incumbe a la Comisión motivar su decisión y, en particular, explicar la ponderación y la evaluación que hizo de los elementos que tuvo en cuenta (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, Chalkor/Comisión, C-386/10 P, Rec. p. I-13085, apartado 61). Este deber debe determinarse habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 3, del Reglamento n° 1/2003, en virtud del cual, «a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración». A este respecto, tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado [CA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices para el cálculo de las multas»), como la Comunicación sobre la cooperación, contienen normas indicativas sobre los criterios de apreciación que la Comisión tiene en cuenta para medir la gravedad y la duración de la infracción (sentencia Cheil Jedang/Comisión, citada en el apartado 108 *supra*, apartado 217). En tales circunstancias, las exigencias del requisito sustancial de forma que constituye el deber de motivación se cumplen cuando la Comisión indica, en su decisión, los criterios de apreciación que tuvo en cuenta en aplicación de lo dispuesto en las Directrices para el cálculo de las multas y, en su caso, en la Comunicación sobre la cooperación y que le permitieron medir la gravedad y la duración de la infracción a efectos de calcular el importe de la multa (sentencia Cheil Jedang/Comisión, citada en el apartado 108 *supra*, apartado 218).
- 110 El juez de la Unión ha precisado, asimismo, que el alcance del deber de motivación debe apreciarse teniendo en cuenta, en particular, que la gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores, tales como, entre otros, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y ello sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente. Además, al determinar la cuantía de cada multa, la Comisión dispone de una facultad de apreciación y no puede considerarse que esté obligada a aplicar, a tal fin, una fórmula matemática precisa. Cuando declara en una decisión la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia e impone multas a las empresas que han participado en ella, la Comisión, si ha tenido en cuenta sistemáticamente determinados elementos básicos para fijar la cuantía de las multas, debe indicar dichos elementos en el cuerpo de la decisión para permitir a los destinatarios de ésta verificar si el nivel de la multa está correctamente fundado y apreciar si acaso existe una discriminación (sentencia del Tribunal de 14 de mayo de 1998, Buchmann/Comisión, T-295/94, Rec. p. II-813, apartados 162 a 164, 171 y 173).
- 111 Por último, el juez de la Unión ha precisado que la circunstancia de que posteriormente se comunicaran, en rueda de prensa o durante el procedimiento contencioso, datos más precisos que esos elementos de apreciación, como los volúmenes de negocio obtenidos por las empresas o los porcentajes de reducción adoptados por la Comisión, no determina que la motivación de la decisión deje de ser suficiente. En efecto, las precisiones efectuadas por el autor de una decisión impugnada, mediante las cuales se completa una motivación que ya es en sí suficiente, no contribuyen en sentido estricto al cumplimiento de la obligación de motivación, aun cuando puedan ser de utilidad para el

control interno de la motivación de la decisión ejercido por el juez de la Unión, por cuanto permiten a la institución explicitar las razones en las que se basa su decisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, KNP BT/Comisión, C-248/98 P, Rec. p. I-9641, apartados 41, 42 y 44).

- 112 A la luz de esta jurisprudencia, cabe apreciar que la Comisión ha motivado suficientemente la Decisión impugnada.
- 113 En efecto, en ésta la Comisión ha expuesto numerosos elementos de apreciación que permiten medir la gravedad de la infracción. Así, ha tenido en cuenta la naturaleza de la infracción, ha indicado la razón por la que no le resultaba posible medir la repercusión concreta del cartel en el mercado, ha determinado la dimensión del mercado geográfico pertinente, ha clasificado a las empresas involucradas en diferentes categorías en función de sus cuotas de mercado en 2001, último año completo de la infracción y, por último, ha tomado en consideración el último volumen de negocio mundial de estas empresas para garantizar un efecto disuasorio suficiente de la multa (considerandos 310 a 325 de la Decisión impugnada). Asimismo, la Comisión precisó en el considerando 319 de la Decisión impugnada que se había basado, para calcular las cuotas de mercado, en el valor de las ventas correspondientes al betún para el recubrimiento de carreteras en 2001 (o de las compras de betún para el recubrimiento de carreteras, en el caso de los constructores). Pues bien, en los considerandos 4 a 6 de la Decisión impugnada se precisa que el «betún para el recubrimiento de carreteras» debe definirse como el betún utilizado para la construcción de carreteras y para aplicaciones similares, esto es, tanto betunes de diferentes durezas, que admiten diferentes usos, como betunes de diferentes grados, entre los que se encuentran los betunes especiales. En particular, la Comisión ha dado respuesta a las objeciones de dos empresas dirigidas a que se excluyeran los productos bituminosos especiales basándose en documentos procedentes de diferentes sociedades (BP, ExxonMobil, KWS y SNV) que indicaban que las modificaciones del precio del betún para el recubrimiento de carreteras estándar influían en los de los demás productos bituminosos utilizados en este sector. Como indica la Decisión impugnada (considerando 6 y nota a pie de página nº 11), entre esos documentos figuran los obtenidos con ocasión de las inspecciones realizadas en los locales de SNV. En cualquier caso, según la jurisprudencia citada en el anterior apartado 111, la Comisión está facultada para aportar precisiones a la motivación de su decisión en la fase contenciosa que puedan ser de utilidad para el control interno de tal motivación de la decisión ejercido por el juez de la Unión, por cuanto permiten a la institución explicitar las razones en las que se basa su decisión. Así, en el presente asunto, la Comisión ha precisado en su escrito de contestación a la demanda ciertos datos específicos en los que se había basado para incluir el Mexphalte C en los productos bituminosos que constituían el objeto del cartel (véase el apartado 101 *supra*).
- 114 Por último, en su réplica las demandantes formularon una imputación basada en la vulneración del principio de igualdad consistente en la falta de prueba por parte de la Comisión de que ésta también había tomado en consideración el importe de las compras de Mexphalte C al calcular la cuota de mercado de KWS. Conviene, no obstante, recordar que, en la Decisión impugnada, la Comisión estimó que el producto que constituía el objeto común del cartel respecto de todos los participantes en el mismo era el betún utilizado para la construcción de carreteras y aplicaciones similares, incluidos los betunes especiales (considerandos 4 a 6 de la Decisión impugnada), y que, para determinar las cuotas de mercado de cada empresa involucrada, había dirigido a éstas solicitudes de información gracias a las cuales había podido elaborar cuadros referentes al valor de las ventas y de las compras de betún por cada empresa en los Países Bajos en 2001 y demostrar que el total de las compras de los constructores era igual al total de las ventas de los proveedores (considerandos 29, 319 y 320 de la Decisión impugnada). Puesto que las demandantes, por otra parte, no han aportado ningún dato que indique que la Comisión tomó en consideración una definición diferente de los productos que constituían el objeto del cartel a la hora de determinar la cuota de mercado de KWS, debe desestimarse esta imputación por infundada.

115 En consecuencia, ninguna de las alegaciones formuladas por las demandantes en el marco de su recurso de anulación relativas a la inclusión del Mexphalte C en los productos objeto del cartel justifica la anulación de la Decisión impugnada.

– Análisis de las alegaciones de las demandantes en el marco de la competencia jurisdiccional plena

116 Es preciso recordar que el control de legalidad se completa con la competencia jurisdiccional plena que el artículo 17 del Reglamento n° 17 reconocía al juez de la Unión y que ahora reconoce el artículo 31 del Reglamento n° 1/2003, conforme al artículo 261 TFUE. Esta competencia faculta al juez, más allá del mero control de la legalidad de la sanción, para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta. El control establecido en los Tratados implica, por tanto, de conformidad con las exigencias del principio de tutela judicial efectiva que figura en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que el juez de la Unión ejerza un control tanto de hecho como de Derecho y que tenga la facultad de valorar las pruebas, anular la decisión impugnada y modificar el importe de las multas (sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de diciembre de 2011, *KME Germany y otros/Comisión*, C-272/09 P, Rec. p. I-12789, apartados 103 y 106; *Chalkor/Comisión*, citada en el apartado 109 *supra*, apartados 63 y 67, y *KME Germany y otros/Comisión*, C-389/10 P, Rec. p. I-13125, apartados 130 y 133). Debe recordarse, asimismo, que, por lo que respecta a la aplicación del artículo 81 CE, ninguna disposición impone al destinatario del pliego de cargos rebatir sus diferentes elementos fácticos o jurídicos durante el procedimiento administrativo, so pena de no poder hacerlo posteriormente durante el procedimiento judicial (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips/Comisión*, C-407/08 P, Rec. p. I-6371, apartado 89).

117 Así pues, corresponde al Tribunal, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, apreciar, en la fecha en que dicta su resolución, si se ha impuesto a las demandantes una multa cuyo importe refleje de manera adecuada la gravedad de la infracción en cuestión (sentencias del Tribunal de 11 de marzo de 1999, *Aristrain/Comisión*, T-156/94, Rec. p. II-645, apartados 584 a 586; de 27 de septiembre de 2006, *Roquette Frères/Comisión*, T-322/01, Rec. p. II-3137, apartados 51 a 56 y 293 a 315, y de 7 de junio de 2011, *Arkema France y otros/Comisión*, T-217/06, Rec. p. II-2593, apartados 251 a 253), y, en particular, si la Comisión ha determinado correctamente el volumen de negocio de las demandantes relativo al betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos.

118 No obstante, debe recordarse que, para preservar el efecto útil del artículo 18, apartados 2 y 3, del Reglamento n° 1/2003, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que ésta pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuera preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, con la única condición de no imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, *Orkem/Comisión*, 374/87, Rec. p. 3283, apartados 34 y 35). En consecuencia, una empresa a la que la Comisión dirige una solicitud de información en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento n° 1/2003 está obligada a prestar una colaboración activa y puede ser sancionada con una multa específica, prevista en el artículo 23, apartado 1, de este Reglamento, que puede representar hasta el 1 % de su volumen de negocio total, si facilita, de forma deliberada o por negligencia, información inexacta o engañosa. Se desprende de lo anterior que, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, el Tribunal puede tomar en consideración, en su caso, una falta de colaboración de una empresa e incrementar, en consecuencia, el importe de la multa que le ha sido impuesta por infringir los artículos 81 CE o 82 CE, siempre que esta empresa no haya sido sancionada por este mismo comportamiento con una multa específica basada en lo dispuesto en el artículo 23, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003.

- 119 Así podría suceder, por ejemplo, en el supuesto de que, habiendo formulado la Comisión una solicitud en este sentido, una empresa no hubiera presentado, de forma deliberada o por negligencia, en el marco del procedimiento administrativo, elementos decisivos de cara a la determinación del importe de la multa de los que disponía o podía disponer en el momento de adoptarse la decisión impugnada. Si bien es cierto que, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, el Tribunal no tiene vedado tomar en consideración tales elementos, no lo es menos que la empresa que únicamente los ha aportado en la fase contenciosa –perjudicando, de este modo, la finalidad y el buen desarrollo del procedimiento administrativo– se expone a que se tenga en cuenta esta circunstancia en el momento en que el Tribunal determine el importe adecuado de la multa.
- 120 En consecuencia, procede analizar en primer lugar si los datos aportados por las demandantes en la fase contenciosa permiten demostrar que el volumen de negocio del Mexphalte C no hubiera debido ser tomado en consideración para calcular el importe de la multa.
- 121 El primer documento, que incluye un cuadro comparativo de la evolución del precio del betún para el recubrimiento de carreteras estándar y del precio del Mexphalte C durante el período 1995-2002 y cartas de SNV fechadas en ese período en las que se anuncia a sus clientes que esos incrementos de precios se debían a la evolución de los precios de las materias primas, únicamente permite comprobar que en ocasiones los incrementos de precio del Mexphalte C han sido correlativos a los del betún para el recubrimiento de carreteras estándar, si bien este fenómeno no se ha producido sistemáticamente (paralelismo de las variaciones de precio en mayo y junio de 1999, febrero de 2000, abril y septiembre de 2002), lo cual puede obedecer a consideraciones de política comercial (por ejemplo, el 27 de mayo de 1999, SNV concedió un descuento especial a sus clientes sobre este producto para fomentar su uso). Asimismo, las cartas remitidas por SNV a sus clientes con ocasión de tales incrementos de precio indicaban que éstos se debían a la fluctuación de los precios en el mercado del petróleo.
- 122 El segundo documento, que consiste en la declaración del director de SNV de 30 de noviembre de 2006, únicamente permite concluir que el Mexphalte C se fabrica a partir de resina, extractos de aceite lubricante y polímeros. En respuesta a una pregunta escrita del Tribunal, las demandantes precisaron, igualmente, que el Mexphalte C se componía, fundamentalmente, de dos elementos, el BFE y el Nevchem 2338, los cuales, a su vez, son derivados del petróleo bruto y se producen siguiendo un proceso diferente del correspondiente al betún. De estos documentos se desprende que, aunque el Mexphalte C se produzca según un proceso de fabricación distinto del del betún y sus componentes no sean derivados del betún, el petróleo bruto es la materia prima a partir de la cual se producen sus componentes, al igual que sucede con el betún.
- 123 Por otra parte, las demandantes no han aportado ninguna prueba que sirva para demostrar que el Mexphalte C pertenece a un mercado diferente del mercado del betún para el recubrimiento de carreteras estándar, ya que se han limitado a afirmar que, en general, el Mexphalte C era adquirido por municipios y no se utilizaba en las autopistas. Tampoco han aportado ningún elemento que sirva de prueba suficiente de que la evolución del precio del Mexphalte C fuera independiente de la del precio del betún para el recubrimiento de carreteras estándar durante el período de la infracción.
- 124 En conclusión, las demandantes no han aportado ante el Tribunal ninguna prueba que permita demostrar que el Mexphalte C no formaba parte de los productos que integraban el mercado objeto del cartel, siendo así que diferentes elementos del expediente revelan que el precio del Mexphalte C estaba estrechamente vinculado al del betún para el recubrimiento de carreteras estándar. En consecuencia, nada permite llegar a la conclusión de que el volumen de negocio relativo al Mexphalte C deba quedar excluido del volumen de negocio de las demandantes que ha de tomarse en consideración al apreciar la gravedad de la infracción.
- 125 En segundo lugar, debe determinarse si las demandantes han incumplido su deber de cooperación en el procedimiento administrativo por el hecho de presentar los elementos antes mencionados en la fase contenciosa y no durante tal procedimiento.

- 126 Del escrito remitido por las demandantes a la Comisión el 23 de mayo de 2006 se deduce que comunicaron el importe de su volumen de negocio incluyendo en el mismo el Mexphalte C, el único betún especial que, a su juicio, podía tener relación con la construcción de carreteras, precisando, no obstante, que este producto no constituía en sí mismo el objeto del cartel. Aunque esta formulación presente una cierta ambigüedad y las demandantes no hayan aportado ninguna prueba que sustente estas afirmaciones, no cabe duda de que señalaron a la Comisión que estimaban que el volumen de negocio del Mexphalte C no debía ser tomado en consideración al determinar el importe de su multa. Al no haber dirigido la Comisión una solicitud de información adicional a las demandantes sobre este punto, no cabe apreciar en el presente asunto que las demandantes hayan incumplido su deber de cooperación leal durante el procedimiento administrativo al no facilitar los documentos descritos en los anteriores apartados 121 y 122, pese a que resultaba posible aportarlos en aquel momento.
- 127 En consecuencia, no puede estimarse que las demandantes hayan incumplido el deber de colaboración que les impone el artículo 18 del Reglamento n° 1/2003.
- 128 Por lo tanto, debe desestimarse la primera parte del tercer motivo.

Sobre la duración de la infracción

Alegaciones de las partes

- 129 Las demandantes consideran que la Comisión ha incurrido en un error de hecho al estimar que la infracción se inició el 1 de abril de 1994. A su juicio, esta afirmación sólo se sustenta en dos notas internas de HBG fechadas el 28 de marzo y el 8 de julio de 1994, las cuales no demuestran, sin embargo, la existencia de acuerdos sobre los precios entre los proveedores. Según ellas, los contactos con KWS a los que estas dos notas se refieren eran meramente bilaterales. Respecto del año 1995, afirman que la propia Comisión reconoció, en la Decisión impugnada, que no disponía de ninguna prueba de la existencia de contactos contrarios a la competencia entre los proveedores. Las demandantes reconocen, por el contrario, que el cartel dio comienzo con la primera reunión contraria a la competencia, la cual se celebró el 19 de febrero de 1996. Asimismo recuerdan que, en cualquier caso, la existencia de dudas debe jugar a su favor (sentencia del Tribunal de 5 de abril de 2006, Degussa/Comisión, T-279/02, Rec. p. II-897, apartado 115).
- 130 La Comisión estima que no incurrió en ningún error de hecho al considerar que la infracción comenzó el 1 de abril de 1994 y continuó en 1995.

Apreciación del Tribunal

- 131 En el presente asunto, la Comisión consideró que las demandantes habían cometido una infracción de larga duración, superior a cinco años, y estimó que la duración total había sido de ocho años, desde el 1 de abril de 1994 hasta el 15 de abril de 2002, incrementando así el importe de partida en un 80 % (considerando 326 de la Decisión impugnada).
- 132 De la Decisión impugnada se desprende que la Comisión recurrió a diferentes pruebas concordantes para considerar que el cartel había comenzado en 1994 (considerandos 93 a 99 y 175 a 178 de la Decisión impugnada).
- 133 En primer lugar, la Comisión se basó en las dos notas internas de HBG fechadas el 28 de marzo y el 8 de julio de 1994, las cuales dejaban constancia del anuncio de Shell relativo a la fijación del precio del betún desde el 1 de abril de 1994 hasta el 1 de enero de 1995, con un descuento máximo al W5 (y un descuento de cuantía menor a los pequeños constructores), y de la existencia de acuerdos sobre los precios celebrados entre las sociedades petroleras y el W5 incluso con anterioridad al mes de marzo

de 1994. Contrariamente a lo sostenido por las demandantes, estas dos notas no se limitan a dejar constancia de contactos meramente bilaterales entre Shell y KWS, sino que ponen de manifiesto inequívocamente la existencia de acuerdos entre los proveedores y el W5.

- 134 En segundo lugar, la Comisión se basó en las dos notas internas de SNV fechadas el 6 y el 9 de febrero de 1995. La nota de 6 de febrero de 1995, que hace una descripción histórica de la evolución del mercado de la construcción de carreteras en los Países Bajos, deja constancia, en particular, de los «orígenes del cartel» desde 1980, de la parte de responsabilidad atribuible tanto a los poderes públicos como a los constructores y los proveedores en la celebración de ciertos acuerdos, de la supresión de la práctica concertada en su forma inicial en 1993 y del hecho de que los constructores exigieron una mayor estabilidad de los precios en 1995 para que los volúmenes y el reparto de los mercados volvieran aproximadamente a su nivel de 1993. La nota de 9 de febrero de 1995 menciona un intento de SNV de poner fin a su participación en la práctica concertada a partir de 1992, que, sin embargo, no tuvo éxito, y la celebración de acuerdos sobre los precios entre el W5 y los proveedores en perjuicio de los adjudicadores y de las empresas no pertenecientes al W5. Esta nota contempla las diferentes opciones a través de las cuales SNV podría retirarse de este cartel destacando al mismo tiempo las dificultades propias de tal decisión. La declaración de un empleado de Kuwait Petroleum de 9 de octubre de 2003 también confirma que los acuerdos entre los proveedores y los grandes constructores ya existían en el momento en que este empleado se incorporó a la división «Betún» de dicha sociedad en marzo y abril de 1994. Por último, en su declaración de empresa de 10 de octubre de 2003, la propia SNV indicó que, después de 1993, los grandes constructores habían encontrado otro método para evitar las perturbaciones del mercado de la construcción de carreteras mediante la organización de reuniones con los proveedores (considerando 91 de la Decisión impugnada).
- 135 En tercer lugar, numerosos documentos incautados por la Comisión permiten confirmar que el sistema de descuentos y sanciones funcionaba en 1995. Así, la Comisión se incautó de una nota interna de HBG de 7 de julio de 1995, en la que se indicaba que Kuwait Petroleum Nederland BV (en lo sucesivo, «KPN») y Wintershall AG ofrecían un descuento adicional a HBG, y un informe interno de Wintershall de 4 de marzo de 1996, relativo a una entrevista con la sociedad Heijmans, en el que se mencionaba el importe del descuento debido a esa sociedad (considerando 98 de la Decisión impugnada). Además, este mismo informe de Wintershall indica que, en 1995, se había comprobado que los proveedores habían acordado descuentos indebidos a los pequeños constructores (considerando 82 de la Decisión impugnada).
- 136 En cuarto lugar, la respuesta de KWS al pliego de cargos de 20 de mayo de 2005 indica igualmente que los acuerdos entre los proveedores y los grandes constructores existían desde 1993 (considerandos 96 y 97 de la Decisión impugnada).
- 137 En quinto y último lugar, las solicitudes de tres empresas de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación sirven para confirmar que los acuerdos existían desde, al menos, el 1 de abril de 1994. Se trata de la declaración de Kuwait Petroleum de 9 de octubre de 2003, de la respuesta de la empresa Nynas de 2 de octubre de 2003 a una solicitud de información y de la declaración de BP de 12 de julio de 2002.
- 138 Respecto del año 1995, debe precisarse que, contrariamente a lo sostenido por las demandantes, la Comisión no ha reconocido en absoluto que no dispusiera de ninguna prueba de la existencia de contactos contrarios a la competencia entre los proveedores, sino únicamente que no disponía de pruebas de la celebración de nuevos acuerdos en 1995 o de que los acuerdos anteriores hubieran llegado a su término en ese año y que, en consecuencia, había deducido de estos extremos que los acuerdos celebrados en 1994 seguían vigentes en 1995 (considerandos 98 y 99 de la Decisión impugnada).

139 En consecuencia, del conjunto de estas pruebas concordantes se deduce que la Comisión pudo considerar legítimamente y demostró de forma suficiente en Derecho que la infracción cometida por las demandantes se inició el 1 de abril de 1994. Así pues, debe desestimarse el tercer motivo en su conjunto.

4. Sobre el cuarto motivo, basado en errores de hecho y de Derecho relativos a las circunstancias agravantes

140 Con carácter preliminar, debe precisarse que el juez de la Unión considera necesario, a la hora de analizar el papel desempeñado por una empresa en una infracción, distinguir el concepto de responsable del de instigador de una infracción y realizar dos análisis independientes para comprobar si ésta desempeñó alguno de estos papeles. En efecto, mientras que el papel de instigador se refiere al momento de establecimiento o de ampliación de un cartel, el papel de responsable guarda relación con el funcionamiento de éste (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2006, BASF/Comisión, T-15/02, Rec. p. II-497, apartado 316).

Sobre el papel de instigadora de SNV

Alegaciones de las partes

141 Las demandantes consideran que, al atribuir a SNV, junto con KWS, el papel de instigadora del cartel, la Comisión ha incurrido en errores de Derecho y de hecho que justifican la anulación, total o parcial, del incremento del 50 % de la multa que se les impuso.

142 La Comisión recuerda que el Juez de la Unión distingue entre las funciones de instigador y de responsable y que, en caso de que el Tribunal estime que las pruebas son insuficientes por lo que respecta a alguna de estas dos funciones, podría no obstante mantener el incremento del 50 % de la multa (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartados 342 a 349). Por lo que se refiere a la atribución del papel de instigadora a SNV, la Comisión indica que para ello se basó, por una parte, en el hecho de que SNV propuso a KWS conceder un descuento específico a los grandes constructores, participando de este modo en el establecimiento del cartel y, por otra parte, en la circunstancia de que SNV había intentado persuadir a ExxonMobil para que se uniera al cartel. La Comisión recurrió a tres pruebas concordantes, a saber, un fragmento de un informe interno de Wintershall de 1992, dos datos de la réplica de KWS al pliego de cargos y, por último, dos notas internas de ExxonMobil de 1993. Recuerda, además, que el juez de la Unión no le exige disponer de pruebas relativas a la elaboración o la concepción de los detalles del cartel para acreditar el papel de instigador de una empresa (sentencias del Tribunal de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 578, y BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartado 321).

– Sobre la propuesta hecha a KWS acerca de descuentos especiales al W5

143 Las demandantes consideran que, para demostrar que SNV participó en la creación del cartel, la Comisión únicamente se basó en el testimonio de un empleado de KWS recogido en la réplica de esta última al pliego de cargos y en el que se aseveraba que SNV había propuesto por vez primera en 1993 que los proveedores concedieran un descuento especial al W5. No obstante, tras darse traslado de este testimonio a SNV, el director de ventas de betún de esta última realizó, el 22 de noviembre de 2006, una declaración bajo juramento en la que se contradecía esta afirmación, indicando, en particular, que los descuentos preferentes eran una iniciativa del W5, quien ya había exigido tales descuentos en el momento de tomar posesión de su puesto en 1992.

- 144 La Comisión formula a título preliminar una cuestión relativa a la admisibilidad de esta declaración por no considerarla una prueba válida. Las demandantes precisan que el director de ventas de betún de SNV no fue oído por la Comisión tras la presentación de la solicitud de SNV de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, ya que la Comisión le había indicado que esta audiencia sólo era necesaria en la medida en que esta persona hubiera podido aportar información adicional, lo cual no era el caso. Así pues, pese a estar a su disposición, la Comisión no consideró necesario darle audiencia en el procedimiento administrativo.
- 145 Las demandantes estiman, por otra parte, que la declaración de KWS es poco fiable y recuerdan que fue rebatida por el director de ventas de betún de SNV y que no queda corroborada por ninguna otra prueba. Consideran, asimismo, que la Comisión vulneró su derecho a un proceso equitativo y a una investigación imparcial al no comprobar el crédito que merecían las afirmaciones de KWS y que la Comisión ha incurrido en un error de hecho y de Derecho y ha incumplido su deber de motivación al considerar que esta declaración de KWS permitía demostrar que SNV había sido la instigadora del cartel.
- 146 Según la Comisión, por una parte, no se deduce de su expediente que KWS fuera la única en asumir la iniciativa del cartel y, por otra parte, las demandantes no han demostrado que SNV se esforzara en poner fin a su participación en anteriores acuerdos contrarios a la competencia. Por el contrario, la Comisión considera que los dos grupos de empresas tenían un interés económico en que el cartel funcionara, uno correspondiente al lado de la oferta, con los proveedores, y otro al de la demanda, con los constructores. Así, el cartel reportaba un interés a los proveedores, ya que les garantizaba el incremento y la estabilidad de los precios y les permitía evitar la entrada de nuevos proveedores en el mercado que hubiera podido ofrecer precios inferiores de forma individual a los constructores y reducir, de este modo, sus cuotas de mercado.
- 147 Para demostrar que SNV había desempeñado un papel de instigadora al proponer a KWS conceder un descuento especial al W5, la Comisión afirma haberse apoyado, como le permite el juez de la Unión, en diferentes documentos contemporáneos y posteriores al cartel que, a su juicio, corroboran los extremos contenidos en la réplica de KWS al pliego de cargos (sentencia del Tribunal de 26 de abril de 2007, Bolloré/Comisión, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947, apartado 563). Así, según la Comisión, tomó en consideración, por una parte, el informe interno de Wintershall de 20 de febrero de 1992 en el que se mencionan los contactos entre SNV y KWS, estando SNV encargada de formular propuestas de cooperación futura entre los proveedores y el W5, y, por otra parte, una nota interna de HBG de 28 de marzo de 1994, relativa a la comunicación por parte de SNV de los precios y los descuentos convenidos.
- 148 La circunstancia de que otros elementos permitían corroborar el testimonio de KWS explica asimismo, según la Comisión, la diferencia de trato que dicha institución dispensó a ExxonMobil cuando ésta fue acusada por otras sociedades.
- Sobre los intentos de persuadir a ExxonMobil para que se uniera al cartel
- 149 Las demandantes estiman que la Comisión no podía basarse únicamente en las dos notas internas de ExxonMobil para demostrar que SNV había intentado persuadirla para que se uniera al cartel y que, en consecuencia, había desempeñado el papel de instigadora.
- 150 Según la Comisión, las dos notas internas de ExxonMobil bastan para demostrar que SNV intentó persuadirla para que se uniera al cartel y que, de este modo, desempeñó una función de instigadora. Recuerda, en primer lugar, que, según la jurisprudencia, puede calificarse como instigadora a una empresa que haya sugerido a otra la oportunidad de un acuerdo colusorio o haya intentado convencerla para actuar de tal modo (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartado 321). Así, la Comisión estima que es ilegal el hecho de que un socio comercial ponga en

conocimiento de otro los precios que pretende aplicar a sus clientes. Esa institución precisa, igualmente, que no se trataba de un incidente aislado, ya que el director de ventas de betún de SNV había entablado contacto con ExxonMobil en marzo de 1993 y en marzo de 1994, y que la circunstancia, aun suponiéndola probada, de que el cartel no se hubiera creado aún carece de relevancia respecto de la calificación como instigador. Por último, sostiene que no ha quedado suficientemente acreditada la afirmación de que otros proveedores mantuvieron contactos con ExxonMobil.

Apreciación del Tribunal

151 De la Decisión impugnada se desprende que la Comisión consideró que SNV, dentro del grupo de los proveedores, y KWS, en el seno del W5, asumían una responsabilidad particular en atención a sus funciones de instigadoras del cartel (considerando 342). Estimó que dos elementos permitían considerar que SNV había desempeñado una función de instigadora en el cartel: por una parte, según la Comisión, SNV propuso a KWS conceder un descuento específico al W5, participando de este modo en el establecimiento del cartel, y, por otra parte, SNV intentó persuadir a ExxonMobil para que se uniera al cartel. Para realizar tales afirmaciones la Comisión se basó en tres pruebas que consideró concordantes: un fragmento de un informe interno de Wintershall de 18 de febrero de 1992, en el que se indica, por una parte, que KWS le había hecho saber que había entablado contacto con SNV con el fin de solicitarle que formulara propuestas de cooperación entre los proveedores y el W5 y, por otra parte, que SNV le había presentado de este modo una oferta de descuento especial para el W5 en el año 1993; dos elementos de la réplica de KWS al pliego de cargos, en los que se confirma que estas iniciativas de SNV habían dado origen al cartel, y, por último, notas internas de ExxonMobil relativas al intento de SNV de convencerla para que se uniera al cartel.

– Principios generales relativos a la función de instigador

152 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 36 *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 del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, 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).

153 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, denominada «Tokai I», apartado 301).

154 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 exhaustiva de circunstancias que pueden dar lugar a un aumento del importe de base de la multa que comprende, en particular, la «función de responsable o instigador de la infracción» (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartados 280 a 282).

- 155 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 140 *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 140 *supra*, apartado 316), lo que permite considerar que varias empresas puedan desempeñar simultáneamente el papel de instigadoras dentro de un mismo cartel.
- 156 Por otra parte y en contra de lo sostenido por las demandantes, nada impide, en principio, a la Comisión basarse en un hecho único para probar que una empresa ha desempeñado una función de instigadora en un cartel, siempre que este único elemento permita demostrar con certeza que esta empresa ha impulsado o animado a otras empresas a establecer el cartel o a unirse a él. En efecto, en primer lugar es preciso recordar que la Comisión no está vinculada por su práctica decisoria anterior, ya que la legalidad de sus decisiones en la materia únicamente se aprecia a partir de las normas aplicables a la misma y, en particular, de los Reglamentos n^{os} 1/2003 y 773/2004 y de las Directrices, tal como han sido interpretados por el juez de la Unión (véase el anterior apartado 90). En segundo lugar, procede destacar que únicamente se desprende del apartado 350 de la sentencia BASF/Comisión, citada en el anterior apartado 140, que una empresa no puede intentar minimizar su función de responsable de una infracción imputándosela a otra empresa cuando esta última tomó sólo en una ocasión la iniciativa de anunciar un incremento de precio decidido en el seno del cartel, siendo conocido que la primera había anunciado tales incrementos en múltiples ocasiones.
- 157 En cualquier caso, de la Decisión impugnada (considerando 342) se desprende que la Comisión no se basó exclusivamente en la réplica de KWS al pliego de cargos para atribuir a SNV el papel de instigadora en este cartel, sino que también utilizó tanto un fragmento de un informe interno de Wintershall, de 18 de febrero de 1992, –en el que se indica que KWS le había hecho saber que había entablado contacto con SNV con el fin de solicitarle que formulara propuestas de cooperación entre los proveedores y el W5, y que SNV le había presentado, de este modo, una oferta de descuento especial para el W5 en el año 1993–, como notas internas de ExxonMobil relativas al intento de SNV de convencerla para que se uniera al cartel.
- 158 Corresponde al Tribunal apreciar, habida cuenta de los principios antes expuestos, si la Comisión aportó pruebas suficientes para demostrar que SNV había desempeñado la función de instigadora en el cartel.
- Admisibilidad del testimonio aportado por las demandantes
- 159 Con carácter preliminar, el Tribunal debe pronunciarse acerca de la admisibilidad de la declaración del director de ventas de betún de SNV realizada el 22 de noviembre de 2006, quien indicó que únicamente el W5 se encontraba en el origen del cartel. La Comisión sostiene, en efecto, que, tras la solicitud formulada por SNV el 10 de octubre de 2003 con el fin de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, la cual incluía una declaración de este mismo trabajador, había intentado oír a este último pero que SNV se opuso a ello, y que la declaración de 2006 no se ajusta al procedimiento de examen de testigos previsto por el Reglamento de Procedimiento y no puede, en consecuencia, constituir una prueba válida (sentencia del Tribunal de 21 de abril de 2004, M/Tribunal de Justicia, T-172/01, Rec. p. II-1075, apartado 94).

160 No obstante, es preciso señalar que la referida sentencia se limita a precisar que debe distinguirse entre un testimonio recabado por el Tribunal en el marco del procedimiento de examen previsto en los artículos 68 a 76 del Reglamento de Procedimiento y un testimonio recabado en otro contexto, el cual no constituye sino una proposición de prueba. Por otra parte, el Tribunal tiene libertad para apreciar soberanamente el valor que deba atribuirse a los diferentes elementos de hecho y de prueba que se le hayan presentado o que haya podido reunir él mismo (auto del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2004, Ripa di Meana/Parlamento, C-360/02 P, Rec. p. I-10339, apartado 28). Ninguna disposición impide que un demandante realice una proposición de prueba ante el Tribunal aunque no la haya formulado en el procedimiento administrativo previo. No obstante, el Tribunal debe tomar en consideración esta circunstancia al proceder a su apreciación del valor probatorio de esta proposición de prueba. En consecuencia, procede considerar admisible la declaración en cuestión.

161 Por lo que se refiere al valor probatorio de este testimonio presentado por las demandantes, debe recordarse que la actuación del Tribunal de Justicia y del Tribunal General se rige por el principio de libre apreciación de la prueba, a salvo de las excepciones establecidas por el Reglamento de Procedimiento antes mencionadas, y que el único criterio de apreciación del valor de las pruebas aportadas reside en su credibilidad [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)]. A este respecto, para apreciar el valor probatorio de un documento es necesario, en primer lugar, comprobar la verosimilitud de la información que en él se contiene. A continuación, es necesario tener en cuenta, en especial, el origen del documento, las circunstancias de su elaboración, así como su destinatario, y preguntarse si, de acuerdo con su contenido, parece razonable y fidedigno (sentencia Cemento, citada en el apartado 77 *supra*, apartado 1838). Es preciso recordar también que, si bien durante el procedimiento administrativo la Comisión no puede imponer la audiencia de personas como testigos bajo juramento, el artículo 19, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 le permite recabar declaraciones de cualquier persona que acepte ser entrevistada.

162 En el presente asunto, de la documentación del expediente se desprende que, a raíz de la solicitud formulada por SNV el 10 de octubre de 2003 con el fin de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, la cual incluía una declaración de su director de ventas de betún, la Comisión preguntó a SNV si esa persona podía aportar información adicional respecto de la que figuraba en tal declaración, a lo cual SNV respondió negativamente, indicando al mismo tiempo que la Comisión podía, no obstante, oírla si lo consideraba necesario. Si bien es cierto que la Comisión no solicitó, pues, entrevistar a dicha persona, debe señalarse que, en su declaración de 24 de septiembre de 2003 efectuada en el marco de la solicitud de SNV de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, este trabajador de SNV había indicado que el W5 deseaba conocer el precio bruto de SNV como base de cálculo para introducir incrementos de precio uniformes en todo el mercado, y que se le había encomendado ponerse en contacto con KWS cuando se hiciera patente la necesidad de celebrar una reunión de concertación sobre el betún, mientras que en su declaración de 2006, posterior a la adopción de la Decisión impugnada, éste negó haber propuesto al W5 el establecimiento de un sistema de descuento específico al W5 y haberse concertado con los demás proveedores. Por lo tanto, debe concluirse que estos elementos reducen el valor probatorio y, en consecuencia, la credibilidad del testimonio presentado por las demandantes.

– Sobre el descuento específico concedido al W5

163 Las demandantes sostienen en primer lugar que no es coherente considerar que los proveedores hubieran podido tener interés en establecer tal cartel, lo cual demuestra que la iniciativa de éste correspondió exclusivamente a los constructores. Precisan, asimismo, que sólo éstos habían previsto medidas de represalia contra los proveedores que no respetaran los términos de los acuerdos.

- 164 No obstante, de la Decisión impugnada (considerandos 146 a 154) se desprende que los dos grupos de empresas tenían un interés económico en el funcionamiento del cartel, ya que a los proveedores, por el lado de la oferta, les favorecía el hecho de garantizar tanto el incremento de sus precios de venta (situándose éstos, incluso después de deducirse el descuento al W5, en un nivel más elevado que el existente en los países vecinos) como su estabilidad, evitando al mismo tiempo la entrada de nuevos proveedores en el mercado que hubiera podido ofrecer precios inferiores, de forma individual, a los constructores. Por otra parte, puede rechazarse la alegación relativa a la falta de interés de los proveedores en proponer un descuento preferente al W5, ya que, como señaló acertadamente la Comisión en la Decisión impugnada (considerando 149), los incrementos del precio bruto sugeridos por los proveedores sólo eran aceptados por los grandes constructores con la condición de que llevaran aparejado un aumento del descuento concedido al W5.
- 165 Las demandantes sostienen, igualmente, que no cabe considerar a SNV instigadora del cartel obviando el hecho de que intentó poner término al cartel en 1993. No obstante, esta afirmación no se sustenta en pruebas suficientemente convincentes. En efecto, la nota interna de 6 de febrero de 1995 en la que se basan las demandantes hace referencia únicamente a un intento de SNV de poner término a una práctica concertada, por el lado de la venta, en 1993 que, no obstante, no parece que tuviera éxito, y menciona, además, que SNV y ExxonMobil habían tomado la iniciativa de esta misma práctica concertada (y no de su cese) por el lado de la oferta.
- 166 Las demandantes estiman, por otra parte, que la Comisión se ha basado únicamente en la réplica de KWS al pliego de cargos para considerar que SNV había efectuado propuestas de descuento específico al W5 y que el testimonio del trabajador de KWS que figura en este documento sólo tiene una fuerza probatoria muy limitada, ya que se prestó en el marco de la réplica al pliego de cargos, que describía a KWS como única instigadora del cartel, y se dirigía exclusivamente, en consecuencia, a atribuir la función de instigadora a otra sociedad. A juicio de las demandantes, es preciso además tomar en consideración el hecho de que este testimonio fue realizado doce años después de que ocurrieran los hechos litigiosos y la circunstancia de que la respuesta de KWS era, en general, poco creíble dado que contenía numerosas inexactitudes. No obstante, es preciso señalar que, contrariamente a lo que afirman las demandantes, la Comisión no se basó únicamente en este documento para probar que SNV había realizado propuestas de descuentos específicos al W5. La lectura del considerando 342 de la Decisión impugnada permite, en efecto, constatar que la Comisión estimó que SNV había desempeñado la función de instigadora del cartel entre los proveedores a partir de cinco documentos: la nota interna de Wintershall, la réplica de KWS al pliego de cargos, la nota interna de HBG de 28 de marzo 1994 (por remisión al considerando 175 de la Decisión impugnada), y los dos documentos de ExxonMobil relativos a los intentos de SNV de convencerla para que se uniera al cartel.
- 167 Así pues, algunas de estas pruebas indican que SNV realizó propuestas de descuento específico al W5. La Comisión, por una parte, tomó en consideración un informe interno de Wintershall de 18 de febrero de 1992, redactado a raíz de una visita de KWS, en el que se mencionan los contactos entre SNV y ésta, quedando SNV encargada, como «marketleader», de formular propuestas de cooperación entre los proveedores y el W5, que corresponden a un monopolio de compra. Por otra parte, la Comisión utilizó la nota interna de HBG de 28 de marzo de 1994, en la que se deja constancia de la comunicación por parte de SNV a los demás proveedores del precio del betún y de los descuentos convenidos con el W5. Si bien el primer documento permite confirmar el pasaje de la réplica de KWS al pliego de cargos en el que ésta afirma que SNV había efectuado propuestas de descuento específico al W5, el segundo únicamente permite, sin embargo, constatar que SNV negoció con el W5 y que comunicó el resultado de estas negociaciones a HBG. En consecuencia, estas pruebas no bastan por sí solas para demostrar que SNV participó en el origen del establecimiento de un descuento adicional al W5. Sigue existiendo incertidumbre acerca de si SNV tomó esta iniciativa de forma espontánea o si lo hizo a solicitud de KWS, como sugiere la nota de Wintershall de 1992.

- 168 Las demandantes destacan, asimismo, que la Comisión ha interpretado incorrectamente este extracto de la réplica de KWS al pliego de cargos, el cual únicamente permite constatar el mero hecho de que SNV ejerció el papel de portavoz de los proveedores, y que, de este modo, incurrió en un error de Derecho, un error de hecho y un defecto de motivación de la Decisión impugnada en relación con este punto. No obstante, debe señalarse que, en este documento, KWS indica claramente que, en 1993, SNV, a través de uno de sus empleados, le transmitió una propuesta de precios y, por vez primera, una propuesta de descuento especial a favor del W5 en nombre de los proveedores.
- 169 Las demandantes estiman, por último, que la Comisión vulneró su derecho a un proceso equitativo y a una investigación imparcial puesto que, tras la declaración de su trabajador de 12 de junio de 2006 por la que se cuestionaban las manifestaciones de KWS, habría debido verificar su credibilidad, tal como hizo cuando las declaraciones de Kuwait Petroleum y de Nynas relativas a la participación de ExxonMobil en el cartel fueron puestas en tela de juicio por otras empresas en la audiencia.
- 170 Con carácter preliminar, procede observar que entre las garantías otorgadas por el Derecho de la Unión en los procedimientos administrativos figura, en particular, el principio de buena administración, consagrado por el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales, del que forma parte la obligación de la institución competente de examinar, detenida e imparcialmente, todos los elementos pertinentes del asunto de que se trate (sentencia *Atlantic Container Line y otros/Comisión*, citada en el apartado 83 *supra*, apartado 404).
- 171 No obstante, debe precisarse que ni el Reglamento n° 1/2003, ni el Reglamento n° 773/2004, ni ninguna otra norma imponen a la Comisión el deber de realizar nuevas audiencias o de remitir nuevas solicitudes de información cuando las afirmaciones de una empresa sean cuestionadas por otra en el marco del procedimiento administrativo. La única obligación que recae sobre la Comisión es la de respetar el derecho de defensa durante el desarrollo del procedimiento, tal como recuerda lo dispuesto en el artículo 27, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003. El juez de la Unión ya ha recordado que la Comisión disponía de un margen de apreciación razonable para decidir qué interés podía presentar la audiencia de personas cuyo testimonio pudiera tener importancia para la instrucción del expediente (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, *VBVB y VBBB/Comisión*, 43/82 y 63/82, Rec. p. 19, apartado 18; sentencias del Tribunal General de 28 de febrero de 2002, *Compagnie générale maritime y otros/Comisión*, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 468, y *HFB y otros/Comisión*, citada en el apartado 142 *supra*, apartado 383), ya que para garantizar el derecho de defensa no es preciso que la Comisión proceda al examen de los testigos propuestos por los interesados, si considera que la instrucción del asunto ha sido suficiente (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de mayo de 1984, *Eisen und Metall/Comisión*, 9/83, Rec. p. 2071, apartado 32, y sentencia *HFB y otros/Comisión*, citada en el apartado 142 *supra*, apartado 383). Asimismo, cuando los textos normativos y sus propias comunicaciones le conceden la posibilidad de elegir entre diferentes tipos de elementos o planteamientos que pueden, en teoría, ser pertinentes, la Comisión dispone de una gran libertad de acción (sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2005, *General Electric/Comisión*, T-210/01, Rec. p. II-5575, apartado 519).
- 172 La Comisión ha respondido a esta alegación de las demandantes situándose en el ámbito del principio de igualdad de trato, que es uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión y que exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1990, *Wuidart y otros*, C-267/88 a C-285/88, Rec. p. I-435, apartado 13). Es cierto que, sin hacer referencia a este principio, las demandantes alegaron el hecho de que la Comisión les había dispensado un trato diferente del deparado a Kuwait Petroleum y a Nynas, cuyas declaraciones relativas a la participación de ExxonMobil en el cartel habían sido cuestionadas por otras empresas en la audiencia, y con las cuales esa institución reanudó contacto en relación con esa cuestión. Como señala acertadamente la Comisión, la situación de estas dos empresas era diferente a la de SNV. En efecto, la Comisión remitió a Kuwait Petroleum y a Nynas una solicitud de información adicional sobre este punto tras la audiencia, ya que estas dos empresas no habían podido dar respuesta en la misma a las afirmaciones de

otras empresas que cuestionaban la veracidad de sus declaraciones relativas a ExxonMobil. Por el contrario, en el caso de SNV, la Comisión estimó que, dado que otros elementos relativos al papel de SNV en el cartel corroboraban los que figuraban en la réplica de KWS al pliego de cargos, no resultaba necesario adoptar medidas particulares tras la recepción de la declaración del trabajador de SNV de 12 de junio de 2006, por la que se cuestionaban las manifestaciones de KWS. Así pues, la Comisión no ha vulnerado en el presente asunto el principio de igualdad de trato.

173 Por último, a título subsidiario y en cualquier caso, debe recordarse que una vulneración del derecho de defensa sólo puede conllevar la anulación de la Decisión impugnada cuando, de no haberse producido tal vulneración, existiría una posibilidad –incluso reducida– de que las demandantes hubieran podido modificar el resultado del procedimiento administrativo (sentencias del Tribunal de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 56, y Cemento, citada en el apartado 77 *supra*, apartado 383). Ahora bien, las demandantes no aportan ningún dato en este sentido.

174 En conclusión, si bien las pruebas utilizadas por la Comisión permiten considerar que SNV realizó propuestas de descuento específico al W5, no bastan por sí solas para demostrar que esta empresa estuviera involucrada en el origen del establecimiento de tal descuento o que ella lo hiciera a instancias de KWS. En consecuencia, para apreciar el papel de instigadora de SNV en el cartel es necesario analizar las pruebas relativas a los intentos de SNV dirigidos a persuadir a otras empresas para que se unieran al cartel.

– Sobre los intentos de persuadir a ExxonMobil para unirse al cartel

175 El intento de SNV de animar a ExxonMobil para que se uniera al cartel constituye el segundo elemento en el que se basó la Comisión para considerar que SNV había participado en el origen del cartel. Para demostrar este hecho, la Comisión utilizó documentos internos de ExxonMobil relativos a dos incidentes.

176 Es preciso destacar, con carácter preliminar, que uno de esos documentos, fechado el 11 de abril de 2004, no fue citado expresamente por la Comisión ni en la Decisión impugnada ni en el pliego de cargos, si bien formaba parte del expediente administrativo de la Comisión, al que las demandantes tuvieron acceso tras la comunicación del pliego de cargos y, en consecuencia, puede ser tomado en consideración por el Tribunal en el marco del ejercicio de su competencia jurisdiccional plena (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, SCA Holding/Comisión, C-297/98 P, Rec. p. I-10101, apartado 55, y sentencia Tokai I, citada en el apartado 153 *supra*, apartado 165, y, respecto de una aplicación relativa a la función de responsable, sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartado 354).

177 La primera serie de documentos se refiere, por una parte, a una reunión que tuvo lugar el 22 de marzo de 1993 entre las dos sociedades y durante la cual el representante de SNV mencionó incidentalmente el aumento del precio del betún previsto para el 1 de abril de 1993, ante lo cual ExxonMobil declaró que no había adoptado ninguna postura y, por otra parte, a una llamada telefónica de ese mismo empleado de SNV, producida ese mismo día, al domicilio del empleado de ExxonMobil para informarle nuevamente de su intención de aumentar los precios el 1 de abril de 1993 con el fin de «hacer saltar el sistema de precios del CROW», y a la cual este empleado respondió pidiéndole que dejara de transmitirle información relacionada con prácticas contrarias a la competencia.

178 Si bien estos dos hechos permiten considerar que un empleado de SNV hizo referencia a prácticas contrarias a la competencia relativas a un incremento concertado de los precios del betún en 1993, sin embargo debe señalarse que persiste la duda acerca de si éstas se referían al cartel objeto de la Decisión impugnada. En efecto, parece que las propuestas realizadas por SNV tenían el objetivo de desbaratar el mecanismo de fijación de los precios del CROW, aunque, según la Decisión impugnada,

los miembros del W5 tenían un gran interés en mantener este mecanismo (considerando 26 de la Decisión impugnada). Debe tenerse en cuenta, además, que la Comisión estimó finalmente, en la Decisión impugnada, que ExxonMobil no había participado en el cartel en cuestión.

- 179 La segunda serie de documentos se refiere al año 1994. Una nota de 28 de marzo de 1994 deja constancia de una llamada de un empleado de SNV, que se presentó como la persona responsable de las cuestiones relativas al betún, en la que se proponía a ExxonMobil organizar una reunión para tratar, en particular, de la «estrategia de clientes comunes». Otra nota, fechada el 11 de abril de 2004, hace referencia a una reunión de 8 de abril de 1994 con ese mismo empleado «en el marco de una reunión Nabit» (Nabit es el nombre de la organización profesional de las empresas de betún en los Países Bajos), durante la cual ExxonMobil le pidió que no abordara ciertas cuestiones «prohibidas tanto por las políticas de Esso como por las de Shell». De ello se deduce que estos documentos, cuyo contenido es bastante vago, no permiten determinar si SNV se refería al cartel en cuestión.
- 180 Si bien no es coherente interpretar que estos documentos se encuadran en el contexto de conversaciones bilaterales habituales y legales entre dos sociedades, tal como sugieren las demandantes, es necesario, no obstante, constatar que estos cuatro documentos son relativamente vagos y no aluden necesariamente al cartel en cuestión. Por otra parte, la propia Comisión decidió no mencionar los dos documentos de 1994 en la Decisión impugnada, aunque sí mencionara este incidente producido en 1994 en el pliego de cargos (considerando 204).
- 181 De ello se deduce que las pruebas aportadas por la Comisión no permiten concluir con certeza que SNV desempeñó la función de instigadora, en particular respecto de ExxonMobil, en el establecimiento del cartel en cuestión.

– Conclusión relativa a la función de instigadora

- 182 En estas circunstancias no puede sino concluirse que carece de suficiente apoyo la apreciación de la Comisión contenida en la Decisión impugnada, según la cual SNV desempeñó la función de instigadora en la infracción de que se trata.
- 183 Al no haber aportado la Comisión al Tribunal ningún dato adicional a las circunstancias recogidas en el considerando 342 de la Decisión impugnada para demostrar la función de instigadora de SNV en la infracción controvertida, el examen del Tribunal se centrará en el papel de responsable desempeñado por SNV en dicha infracción.

Sobre la función de responsable de SNV

Alegaciones de las partes

- 184 Las demandantes consideran que, al atribuir a SNV el papel de responsable del cartel, la Comisión ha incurrido en errores de Derecho y de hecho que justifican la anulación total o parcial del incremento del 50 % del importe de la multa que le ha sido impuesta. Según la jurisprudencia, para demostrar que una empresa ha desempeñado la función de responsable, la Comisión debe demostrar 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 140 *supra*, apartado 348). Según las demandantes, la Comisión no ha conseguido demostrar este extremo por lo que se refiere a SNV.
- 185 En el presente asunto, la Comisión se basó en datos relativos a cinco comportamientos de SNV para considerarla responsable del cartel: el papel desempeñado, en los primeros años del cartel, en 1994 y 1995, en las negociaciones con los miembros del W5 en nombre de los proveedores; a partir

de 1996 y una vez que dieron inicio las reuniones de concertación, el hecho de que tomara la iniciativa de anunciar a KWS, de forma bilateral, los aumentos de precio previstos para evaluar conjuntamente en un momento posterior la oportunidad de organizar una reunión entre los proveedores y los grandes constructores; su protagonismo en las reuniones preparatorias entre los proveedores; su papel principal en cuanto portavoz de los proveedores en las reuniones de concertación con los grandes constructores y, por último, su misión de control del cumplimiento de los acuerdos.

– Sobre el papel desempeñado por SNV en 1994 y en 1995 en las negociaciones con KWS en nombre de los proveedores

186 Las demandantes estiman, en primer lugar, que la Comisión ha incurrido en errores de hecho y de Derecho al considerar que SNV había desempeñado la función de responsable del cartel basándose en dos notas internas de HBG fechadas el 28 de marzo y el 8 de julio de 1994. Así, estiman que estas dos notas únicamente se refieren a contactos meramente bilaterales entre SNV y KWS. Además, según las demandantes, estas notas no permiten concluir que existieran acuerdos entre los grandes constructores y los proveedores con la mediación de SNV y de KWS, ya que simplemente ponen de manifiesto que se propuso a HBG un precio específico; no fueron redactadas por un testigo directo de las negociaciones sino por el director de licitaciones de HBG, y no quedaron corroboradas por otros elementos sino que fueron rebatidas posteriormente por la declaración bajo juramento realizada por el director de ventas de betún de SNV el 22 de noviembre de 2006. En consecuencia, la Comisión habría debido probar la existencia de un acuerdo de precios horizontal entre los proveedores que ratificara las condiciones pactadas bilateralmente por SNV y KWS. Por último, esta teoría de la existencia de negociaciones entre los grandes constructores y los proveedores, representados respectivamente por KWS y SNV en 1994 y en 1995, no figura en el pliego de cargos.

187 La Comisión considera, por el contrario, que estas dos notas de HBG se refieren inequívocamente a la existencia de un acuerdo celebrado entre los proveedores y el W5, y demuestran que SNV estaba encargada de representar a los proveedores, al mencionar, en particular, que estos últimos tenían la intención de no respetar el acuerdo celebrado con los grandes constructores aumentando sus precios. Precisa, igualmente, que el autor de estas notas era el empleado de HGB encargado de las compras de betún, quien trabajaba en estrecha colaboración con el empleado que participaba en las reuniones de concertación sobre el betún, y que, en cualquier caso, el juez de la Unión considera que la circunstancia de que el documento haya sido redactado en el momento de los hechos por una persona que no estaba presente en una reunión 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). Estas pruebas documentales coetáneas no quedan en entredicho por una declaración posterior de un empleado de SNV. Asimismo, la Comisión estima que, en contra de lo afirmado por las demandantes, la atribución del papel de responsable no depende del hecho de que la conducta del responsable vincule automáticamente a los demás miembros del cartel, sino de la existencia de un papel suficientemente activo de la empresa en el cartel. Por último, la teoría de la existencia de estas negociaciones entre SNV y KWS, en nombre de su grupo respectivo, aparece en diferentes ocasiones en el pliego de cargos y, además, las demandantes dieron respuesta a la misma el 20 de mayo de 2005.

– Sobre el hecho de que, a partir de 1996, SNV decidía previamente con KWS la oportunidad de organizar una reunión entre los proveedores y el W5

188 Las demandantes consideran que la Comisión ha incurrido en errores de hecho al estimar que los contactos bilaterales entre SNV y KWS, puestos en marcha a partir de 1996, constituían un indicio de la función de responsable que SNV habría supuestamente asumido en el cartel. En efecto, estas reuniones se celebraron en un contexto de inestabilidad de los precios del petróleo y del tipo de cambio del dólar, siendo el deseo del W5 renegociar el precio del betún con sus proveedores a intervalos regulares y obtener la garantía de una cierta estabilidad de los precios, evitando reducciones

importantes y velando por que los aumentos se produjeran de forma colectiva, lo cual permitía aplicar el mecanismo de precios establecido por el Gobierno neerlandés para los contratos públicos, que tenía por objeto repercutir las fluctuaciones de precios sobre el promotor. Así pues, las demandantes afirman que se trataba de contactos normales entre un proveedor y un cliente y que la iniciativa de las reuniones relativas al betún correspondía exclusivamente a KWS. De este modo, los contactos entre los empleados de SNV y la secretaría de KWS sólo se producían cuando KWS convocaba una reunión de este tipo. Por último, destacan que las declaraciones de Kuwait Petroleum, en las que se basó la Comisión para afirmar que estos contactos bilaterales ponían de manifiesto su papel de responsable del cartel, únicamente proceden de rumores. Por lo que se refiere a la declaración del empleado de SNV, ésta sólo indica, a juicio de las demandantes, que éste se había puesto en contacto con KWS cuando se produjeron las fluctuaciones de los precios de las materias brutas de las que se componen los productos a base de betún.

189 La Comisión estima que el cartel tenía carácter bilateral y que las demandantes omiten precisar que los proveedores también tenían interés en que aumentara el precio del betún. Afirma, igualmente, haberse basado en múltiples declaraciones de empresas, incluyendo la de SNV que figura como anexo de su solicitud de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, para afirmar que Shell y KWS analizaban previamente entre ellas la oportunidad de una reunión entre proveedores y grandes constructores. Precisa, igualmente, que la declaración de Kuwait Petroleum procede de una persona que participaba regularmente en las reuniones de concertación multilaterales sobre el betún.

– Sobre el protagonismo de SNV en las reuniones preparatorias entre proveedores

190 Las demandantes estiman que la Comisión no contaba con ninguna prueba que le permitiera afirmar que SNV había tenido un papel protagonista en las reuniones preparatorias entre proveedores. Estiman que diferentes proveedores participaban en la organización, logística y dirección de tales reuniones. Sostienen las demandantes que la declaración realizada a este respecto por BP es sólo una mera conjetura que no viene corroborada por ningún otro dato. En cambio, otras declaraciones de BP y de Kuwait Petroleum indican, a su juicio, que eran varios proveedores y no uno solo los que dirigían y organizaban estas reuniones. En cualquier caso, la mera declaración de BP, cuya exactitud niegan las demandantes, no puede constituir una prueba suficiente con arreglo a la jurisprudencia (sentencias del Tribunal de 14 de mayo de 1998, Enso-Gutzeit/Comisión, T-337/94, Rec. p. II-1571, apartado 91, y de 8 de julio de 2004, JFE Engineering/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 219). Por lo que se refiere al documento interno de HBG de 23 de abril de 2001, las demandantes estiman que carece de todo valor probatorio y que, en cualquier caso, el hecho de que se tomara en consideración en la Decisión impugnada constituye necesariamente una vulneración de su derecho de defensa, ya que únicamente se adjuntó como anexo al pliego de cargos, sin que se mencionara en el mismo (sentencia Shell/Comisión, citada en el apartado 187 *supra*, apartados 55 y 56). Por último, sostienen que nada permite considerar que SNV preparara informes de las consultas relativas al betún para los proveedores que no asistían a las mismas y, por otra parte, que este argumento no figura en la Decisión impugnada.

191 La Comisión recuerda que se basó en la declaración contenida en la solicitud de BP para acogerse a la Comunicación sobre la cooperación y en una nota interna de HBG de abril de 2001 para demostrar que SNV abría las reuniones preparatorias y dirigía los debates en el seno de las mismas. Sostiene, en cambio, que nunca afirmó que SNV hubiera desempeñado un papel particular en la convocatoria de estas reuniones preparatorias o en su organización concreta, ni puso en duda que las conclusiones alcanzadas por los participantes en estas reuniones no vinieran impuestas por SNV, sino que fueran el resultado de un compromiso entre ellos. Por último, la Comisión considera que el Tribunal puede, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, tomar en consideración pruebas nuevas, examinadas en el procedimiento judicial (véase la sentencia Tokai I, citada en el apartado 153 *supra*, apartado 165,

y la jurisprudencia citada). En cualquier caso, la Comisión considera que SNV habría podido deducir del pliego de cargos que ella podía utilizar la nota interna de HBG anexa al mismo como prueba que confirmara su función de responsable.

– Sobre la función de portavoz de los proveedores asumida por SNV en las reuniones de concertación sobre el betún

¹⁹² Las demandantes consideran que SNV no asumía la función de responsable en las reuniones de concertación, las cuales estaban dominadas por los grandes constructores y, más concretamente, por KWS. Destacan, asimismo, que la declaración del empleado de Kuwait Petroleum, según la cual SNV era el adversario de KWS en esas reuniones, no es sino un testimonio indirecto, tal como la Comisión reconoció en la Decisión impugnada (considerando 78), que, por consiguiente, tiene un reducido valor probatorio y no permite concluir que SNV asumiera la dirección de las reuniones en nombre de los proveedores. En realidad, SNV únicamente fue requerida por los miembros del W5 para que explicara las variaciones de precios de las materias primas con las que se produce el betún para el recubrimiento de carreteras y su papel se limitó al de portavoz de los proveedores, que es distinto del papel voluntario de un responsable. Pues bien, el juez de la Unión, a juicio de las demandantes, considera que tal comportamiento no basta para calificar a la sociedad en cuestión de responsable del cartel (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartado 427). Por último, las demandantes indican que la Comisión ha reconocido que ningún proveedor de betún en particular asumía el papel de responsable cuando se trataba de comunicar los resultados de las consultas a otras sociedades, sino que diversas sociedades se encargaban de ello.

¹⁹³ La Comisión recuerda que el juez de la Unión ya ha estimado que un cartel podía tener dos líderes (sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2006, Archer Daniels Midland/Comisión, T-59/02, Rec. p. II-3627, apartados 299 a 301). En el presente asunto, según la Comisión, de las declaraciones de un empleado de SNV, de 24 de septiembre de 2003, y de un empleado de Kuwait Petroleum se desprende que SNV representaba a los proveedores ausentes, que abría por lo general las reuniones en nombre de todos los proveedores y que desempeñaba el papel de adversario de KWS. La Comisión atribuye a la declaración del empleado de Kuwait Petroleum un valor probatorio cierto, ya que éste colaboró directamente con el empleado que participaba en todas estas reuniones y en ocasiones se mencionaba su propia presencia en ellas. La Comisión precisa, igualmente, que la circunstancia de que los proveedores tuvieran un plan predefinido entre ellos antes de cada reunión carece de relevancia a la hora de atribuir la calificación de responsable, ya que el juez de la Unión no supedita la declaración de la existencia de un responsable al hecho de que éste dicte el comportamiento a los demás (sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartado 374). Por otra parte y en relación con la información *a posteriori* de los proveedores que no participaban directamente en las reuniones, la Comisión estima que esta gestión no constituye un elemento determinante de cara a la calificación de responsable en un cartel bilateral. Por último, recuerda que consideró que SNV había desempeñado el papel de responsable en todas las fases del cartel sobre la base de diferentes elementos, y no a partir del mero hecho de que SNV abriera las reuniones y fuera la portavoz de los proveedores.

– Sobre el control del funcionamiento del cartel

¹⁹⁴ La Comisión indica que mencionó, en la Decisión impugnada, que SNV también actuaba como responsable en relación con las actividades de control del funcionamiento del cartel, basándose en particular en el documento interno de HBG de 23 de abril de 2001 (considerando 347 de la Decisión impugnada) y en una nota interna de KWS (considerando 352 de la Decisión impugnada).

Apreciación del Tribunal

- 195 De la Decisión impugnada se desprende que la Comisión consideró que SNV, dentro del grupo de los proveedores, y KWS, dentro del W5, asumieron una responsabilidad específica en razón de sus respectivos papeles de «líderes» del cartel a lo largo de todo el tiempo que duró (considerandos 343 a 349 de la Decisión impugnada).
- Principios generales relativos a la función de responsable
- 196 Según reiterada jurisprudencia, 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 152 *supra*, apartado 150, y Enichem Anic/Comisión, citada en el apartado 152 *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 del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Finnboard/Comisión, C-298/98 P, Rec. p. I-10157, apartado 45).
- 197 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 140 *supra*, apartados 280 a 282).
- 198 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 140 *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 140 *supra*, apartados 348, 370 a 375 y 427, y 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 140 *supra*, apartado 351).
- 199 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 140 *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 (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia 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, apartados 57 y 58, y la sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartados 404, 439 y 461).
- 200 Además, el hecho de velar activamente por el cumplimiento 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 142 *supra*, apartado 577).

- 201 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 140 *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 140 *supra*, apartado 299).
- 202 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 201 *supra*, apartado 239).
- 203 Por consiguiente, corresponde al Tribunal apreciar, a la luz de los principios mencionados anteriormente, si la Comisión aportó pruebas suficientes para demostrar que SNV desempeñó un papel de responsable en el cartel.
- 204 Es preciso recordar que la Comisión se basó en estos cinco comportamientos de SNV para considerar que había sido uno de los responsables del cartel:
- en primer lugar, el papel desempeñado por ella en 1994 y 1995 en las negociaciones con KWS en nombre de los proveedores;
 - en segundo lugar, el hecho de que, a partir de 1996, decidiera previamente con KWS si era oportuno organizar una reunión entre los proveedores y el W5;
 - en tercer lugar, su protagonismo en las reuniones preparatorias entre los proveedores;
 - en cuarto lugar, su papel principal en cuanto portavoz de los proveedores en las reuniones con el W5;
 - en quinto lugar, su misión de control del funcionamiento del cartel.
- 205 Para demostrar que estos comportamientos se produjeron realmente, la Comisión se basó en documentos coetáneos de los hechos, aprehendidos en las inspecciones, y en declaraciones realizadas por las demandantes y por otros miembros del cartel (considerandos 343 a 349 de la Decisión impugnada).
- Sobre el papel desempeñado por SNV en 1994 y 1995 en las negociaciones con KWS en nombre de los proveedores
- 206 La Comisión se basó en las dos notas internas de HBG fechadas el 28 de marzo y el 8 de julio de 1994 para demostrar que, en los primeros años del cartel, los acuerdos se habían celebrado mediante contactos bilaterales entre SNV y KWS. Estas dos notas hacen referencia a acuerdos de marzo de 1994, celebrados entre KWS, en nombre del W5, y SNV, en nombre de las sociedades petroleras, relativos al precio del betún, el cual debía mantenerse sin cambios hasta el 1 de enero de 1995. Contrariamente a lo sostenido por las demandantes, es imposible interpretar que estos documentos se limitan a dejar constancia de contactos meramente bilaterales entre SNV y KWS. En efecto, la primera nota contiene una referencia al «acuerdo que las sociedades petroleras han alcanzado con el [W5]», y la segunda también se refiere a un acuerdo celebrado en marzo «con el [W5] (Sr. H./KWS) y las sociedades petroleras (Sr. E./SNV)». Asimismo, esta segunda nota no puede indicar que los proveedores proponían precios específicos a HBG, sino que únicamente demuestra que las sociedades

petroleras habían asumido, en julio de 1994, el riesgo de incumplir los acuerdos celebrados con el W5 en marzo de 1994 aumentando sus precios. Por último, los documentos adjuntados por las demandantes al escrito de réplica con el fin de demostrar que KWS había solicitado, en 1987 y en 1988, a la sociedad Smid et Hollander que respetara los precios y los descuentos pactados entre KWS y SNV, carecen de valor probatorio, ya que se refieren a un período muy anterior al de la infracción.

207 Las demandantes cuestionan, además, el valor probatorio de estas dos notas indicando que fueron redactadas por el director de licitaciones de HBG, el cual, al no haber participado nunca en una negociación sobre el betún, no era más que un testigo indirecto de los acontecimientos referidos. Sin embargo, el juez de la Unión estima que el hecho de que la información sea un testimonio de segunda mano no afecta a su valor probatorio (sentencia Shell/Comisión, citada en el apartado 187 *supra*, apartado 86) y que, según las reglas generales aplicables en materia de prueba, procede atribuir gran importancia al hecho de que los documentos fueran redactados en relación directa con las reuniones de que se trata y evidentemente sin que se pudiera 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 citada en el apartado 161 *supra*)]. En el presente asunto, este empleado se encargaba de la compra de betún para HBG y trabajaba en estrecha colaboración con el empleado que participaba directamente en las prácticas concertadas con el W5 y posteriormente en las reuniones del cartel. Por tanto, cabe considerar que las notas redactadas por el director de licitaciones en el momento en que se produjeron los hechos tienen una fuerza probatoria significativa. De ello se desprende que la Comisión pudo basarse legítimamente en estas notas, sin que fuera necesario que aportara otros elementos que pudieran corroborar su contenido, cuyo valor probatorio no puede quedar en entredicho por la sola declaración del director de ventas de betún de SNV de 22 de noviembre de 2006. En efecto, debe recordarse que esta declaración fue realizada tras la adopción de la Decisión impugnada y que su autor era, en el momento en que fue efectuada, empleado de las demandantes.

208 Las demandantes sostienen, igualmente, que la Comisión no ha expuesto su teoría acerca de la existencia de negociaciones entre KWS y SNV en nombre de sus respectivos grupos en el pliego de cargos. No obstante, este argumento carece de fundamento fáctico, ya que de los considerandos 111, 139 y 201 del pliego de cargos se desprende que la Comisión ya había puesto este análisis en conocimiento de las empresas.

209 De las anteriores consideraciones resulta que la Comisión pudo legítimamente considerar que, en 1994 y en 1995, los acuerdos habían sido celebrados mediante contactos bilaterales entre SNV y KWS.

210 Si bien cabe afirmar que SNV desempeñó un papel particular en el funcionamiento del cartel durante esos dos primeros años, es preciso, no obstante, analizar, para demostrar que desempeñó el papel de responsable, los demás elementos utilizados por la Comisión y que se refieren a la totalidad del período de la infracción.

– Sobre el hecho de que, a partir de 1996, SNV decidía previamente con KWS la oportunidad de organizar una reunión entre los proveedores y el W5

211 La Comisión se basó en cuatro documentos para demostrar que, a partir de 1996, cuando comenzaron las reuniones de concertación multilaterales sobre el betún, SNV tomaba la iniciativa de anunciar a KWS, de forma bilateral, los aumentos de precio previstos, para evaluar conjuntamente en un momento posterior la oportunidad de organizar una reunión entre los proveedores y los grandes constructores (considerandos 344 y 345 de la Decisión impugnada).

212 Se trata, en primer lugar, de la respuesta de las demandantes al pliego de cargos de 20 de mayo de 2005, en la que éstas reconocen que con frecuencia SNV era la primera que se ponía en contacto con KWS para solicitar un incremento de los precios debido a su posición como principal proveedor de

betún en el mercado neerlandés. No obstante, ha de señalarse que este documento sólo permite constatar que SNV se ponía en contacto con KWS para solicitar un incremento de precio, pero no da ninguna indicación acerca de su papel en la decisión de convocar las reuniones del cartel.

- 213 Asimismo, por lo que respecta, en segundo lugar, a la declaración del empleado de SNV de 24 de septiembre de 2003, que figura como anexo de la solicitud de las demandantes, de 10 de octubre de 2003, de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación, ésta indica que «sociedades de construcción de carreteras pidieron al director de ventas de betún [de SNV] que señalara a KWS las modificaciones de los precios de las materias primas en el mercado ascendente, lo cual, en un determinado número de casos, llevó a KWS a invitar a las sociedades involucradas a una reunión». No obstante, esta declaración no prueba que SNV y KWS evaluaran conjuntamente la oportunidad de organizar una reunión del cartel.
- 214 Por lo que se refiere, en tercer lugar, a la declaración de Kuwait Petroleum de 1 de octubre de 2003, según la cual, «por lo general, [un empleado de SNV] y [un empleado de KWS] se encontraban en una reunión preparatoria para determinar si había motivos suficientes para celebrar una reunión sobre el betún», cabe indicar que, dado que Kuwait Petroleum podía tener interés en minimizar su propio papel en el funcionamiento del cartel, sólo puede tomarse en consideración esta declaración para confirmar la tesis del papel de responsable de SNV si queda corroborada por otros documentos.
- 215 En cuarto y último lugar, la nota de 1 de octubre de 2002 aprehendida en las inspecciones en los locales de KWS y relativa a las actividades de la secretaría de dirección, según la cual «en ocasiones se celebraba una reunión, con esta composición, con los proveedores de betún» y «[SNV] toma[ba] la iniciativa de la misma», tampoco permite concluir que SNV y KWS evaluaban conjuntamente la oportunidad de organizar una reunión del cartel.
- 216 Las demandantes sostienen que eran los grandes constructores quienes transformaban estas reuniones bilaterales en negociaciones colectivas y que KWS desempeñaba un papel preponderante en la decisión de organizarlas. Así, las demandantes estiman que los contactos entre los empleados de SNV y la secretaría de KWS tenían únicamente lugar cuando KWS decidía convocar tal consulta. Es cierto que, exceptuando la declaración de Kuwait Petroleum mencionada en el anterior apartado 214, las pruebas utilizadas por la Comisión únicamente permiten constatar que SNV era la primera en ponerse en contacto con KWS para solicitar un aumento de precio y no indican si KWS decidía por sí sola organizar las reuniones del cartel o si lo hacía de forma conjunta con SNV. Así pues, a pesar del carácter bilateral del cartel (véase el anterior apartado 164) y del hecho de que los proveedores también tenían interés en que aumentara el precio del betún, debe apreciarse que las pruebas utilizadas por la Comisión no bastan, por sí solas, para demostrar que SNV tomaba parte en la iniciativa de la celebración de las reuniones del cartel.
- 217 Por consiguiente, para apreciar el papel de responsable de SNV en el cartel, procede analizar las demás pruebas utilizadas por la Comisión.

– Sobre el protagonismo de SNV en las reuniones preparatorias entre proveedores

- 218 La Comisión estimó, en la Decisión impugnada, que SNV iniciaba y dirigía los debates en las reuniones preparatorias entre proveedores invocando a este respecto dos elementos de prueba. No obstante, como subraya la Comisión, nunca afirmó que SNV hubiera desempeñado un papel particular en la convocatoria o la organización de estas reuniones o que SNV impulsara en las mismas sus conclusiones.
- 219 Así, la Decisión impugnada se basa en las declaraciones de BP de 12 de julio de 2002, según las cuales SNV presentaba la reunión y dirigía los debates, y en el documento interno de HBG de 23 abril de 2001, en el que se hace referencia a SNV como el «líder». Las demandantes califican de mera

hipótesis la declaración de BP y sostienen que ésta no queda corroborada por ningún otro elemento y que no puede constituir una prueba suficiente del papel de responsable. Por otra parte, las demandantes consideran que, al no haber mencionado la Comisión el documento de HBG en el pliego de cargos y haberlo meramente adjuntado como anexo, se vulneraría su derecho de defensa si se considerara que tal documento es una prueba válida.

- 220 En primer lugar, por lo que se refiere al documento de HBG de 23 de abril de 2001, debe recordarse que el Tribunal, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena que le reconocen el artículo 261 TFUE y el artículo 31 del Reglamento n° 1/2003, está facultado para apreciar el carácter apropiado del importe de las multas a partir, en particular, de elementos complementarios de información no mencionados en el pliego de cargos o en la decisión de la Comisión (sentencia SCA Holding/Comisión, citada en el apartado 176 *supra*, apartado 55; sentencia Tokai I, citada en el apartado 153 *supra*, apartado 165, y, para una aplicación relativa al papel de responsable, sentencia BASF/Comisión, citada en el apartado 140 *supra*, apartado 354).
- 221 Este documento consiste en un intercambio de correos electrónicos internos de HBG en el que un participante asiduo a las reuniones de concertación sobre el betún, en respuesta a uno de sus compañeros que le había señalado un problema a la hora de determinar los descuentos para el betún en el norte del país, le sugería que planteara el problema en la próxima reunión del cartel e indicaba que sería oportuno concertar una cita, a este respecto, con el Sr. E, empleado de SNV, calificado como «líder».
- 222 Ahora bien, en primer término, del expediente se desprende que la propia HBG, una gran constructora y autora del documento en cuestión, consideró, en su respuesta de 23 de septiembre de 2003 a una solicitud de información de la Comisión, que su calificación del empleado de SNV de «líder» únicamente hacía referencia a la posición de número uno que ocupaba SNV en el mercado. En segundo término, si bien este documento puede constituir una prueba relativa al papel de SNV en el control del funcionamiento del cartel, no parece pertinente para apreciar el papel de SNV en las reuniones preparatorias entre proveedores.
- 223 En segundo lugar, procede analizar el otro elemento de prueba invocado por la Comisión para demostrar el papel de SNV en las reuniones preparatorias entre proveedores.
- 224 De la declaración de BP de 12 de julio de 2002 se desprende que, en respuesta a la cuestión de quién realizaba las propuestas de precios y quién dirigía las reuniones preparatorias entre proveedores, el empleado de BP que había asistido a estas reuniones había dado el nombre, en diferentes ocasiones, del Sr. E., empleado de SNV. Tratándose de una declaración de otro proveedor que habría podido tener interés en minimizar su propio papel en el funcionamiento del cartel, debe considerarse que este elemento sólo puede ser tomado en cuenta para demostrar la tesis del papel de responsable de SNV si queda corroborado por otros documentos. Pues bien, aunque de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión se basó en otras pruebas para imputar a SNV el papel de responsable del cartel (anterior apartado 204), de las anteriores consideraciones resulta que la Comisión no ha aportado ninguna otra prueba que permita demostrar el papel particular desempeñado por SNV en las reuniones preparatorias del cartel.
- 225 En consecuencia, para apreciar el papel de SNV como responsable en el cartel, procede analizar las demás pruebas en las que se basó la Comisión.

– Sobre la función de portavoz de los proveedores asumida por SNV en las reuniones de concertación sobre el betún

- 226 Con carácter previo debe señalarse que la Comisión confirmó en el escrito de contestación que no había tomado en consideración como indicio de su papel de responsable la circunstancia de que SNV tenía la costumbre, al igual que otras empresas, de informar a los proveedores ausentes de las reuniones.
- 227 En cambio, la Comisión estimó, basándose en las declaraciones de Kuwait Petroleum de los días 1 y 9 de octubre de 2003, que SNV «hacía las presentaciones por parte de los proveedores y asumía el papel de oponente [de KWS]» y desempeñaba «de esta manera el papel de líder dentro del grupo de los proveedores» (considerando 347 de la Decisión impugnada).
- 228 No obstante, debe recordarse que las declaraciones de otro proveedor que habría podido tener interés en minimizar su propio papel en el funcionamiento del cartel sólo pueden ser tomadas en cuenta para demostrar la tesis del papel de responsable de SNV si quedan corroboradas por otros documentos. Pues bien, aunque de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión se basó en otras pruebas para imputar a SNV el papel de responsable del cartel (anterior apartado 204), de las consideraciones anteriores resulta que la Comisión no ha aportado ninguna otra prueba que permita demostrar el papel particular desempeñado por SNV en las reuniones de concertación sobre el betún.
- 229 En consecuencia, para apreciar el papel de SNV como responsable en el cartel, procede analizar las demás pruebas utilizadas por la Comisión.

– Sobre el control del funcionamiento del cartel

- 230 La Comisión recuerda que mencionó, en la Decisión impugnada (considerandos 347 y 352), que SNV también actuaba como responsable en relación con las actividades de control del funcionamiento del cartel, ya que el juez de la Unión considera que el hecho de velar activamente por el respeto de los acuerdos celebrados en el seno del cartel constituía un indicio determinante del papel de responsable desempeñado por una empresa (sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el apartado 142 *supra*, apartado 577).
- 231 Para llegar a esta conclusión, la Comisión se basó, por una parte, en el documento interno de HBG de 23 de abril de 2001 (apartados 221 y 222 *supra*), relativo a un problema surgido en el establecimiento de descuentos por determinados proveedores, en el que se mencionaba la conveniencia de dirigirse a SNV para resolverlo y, por otra parte, en una nota interna de KWS (considerando 352 de la Decisión impugnada), en la que se indicaba que determinados proveedores no habían respetado los descuentos pactados y que SNV había reaccionado hablando de «castigo justificado para los proveedores que rebasaban los límites».
- 232 Debe recordarse a este respecto que el Tribunal puede tomar en consideración este documento interno de HBG en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena (véase el anterior apartado 220).
- 233 No obstante, el Tribunal estima que, si bien estos dos documentos permiten constatar que SNV era un miembro activo del cartel, no bastan para demostrar que esta sociedad velase activamente por el respeto de los acuerdos celebrados en el seno del cartel o que lo hiciese de manera particularmente activa.

– Conclusión relativa al papel de responsable de SNV

- 234 Del conjunto de las anteriores consideraciones se desprende que, si bien SNV desempeñó un papel particular en los dos primeros años de funcionamiento del cartel, las pruebas aportadas por la Comisión no permiten concluir de forma cierta que esta sociedad desempeñara un papel de responsable a partir del momento en el que el cartel funcionó de forma multilateral.
- 235 Habida cuenta de lo anterior, ha de concluirse que, en las circunstancias que concurren en el presente asunto, la apreciación de la Comisión contenida en la Decisión impugnada, según la cual SNV desempeñó un papel de responsable en la infracción en cuestión, carece de respaldo suficiente.
- 236 Dado que la Comisión no ha aportado al Tribunal, para demostrar el papel de responsable de SNV en la infracción en cuestión, ningún elemento adicional respecto de las circunstancias que se indican en los considerandos 343 a 348 de la Decisión impugnada, debe concluirse que los elementos del expediente no permiten calificar a SNV de responsable.
- 237 En consecuencia, el incremento del importe de base de la multa impuesta a las demandantes debe suprimirse en lo que se refiere tanto al papel de instigadora (véase el anterior apartado 182) como al de responsable (véanse los anteriores apartados 233 y 234) de SNV. En los apartados 277 y siguientes de la presente sentencia se analizarán las consecuencias que de ello deben extraerse a efectos de la determinación del importe de la multa.

Sobre la reincidencia

Alegaciones de las partes

- 238 Las demandantes estiman que la Comisión incurrió en un error de Derecho y no motivó suficientemente su Decisión al aumentar en un 50 % el importe de su multa por reincidencia en atención al hecho de que la empresa Shell, a través de su filial Shell International Chemicals Co. Ltd (en lo sucesivo, «SICC»), había sido objeto de las Decisiones Polipropileno y PVC II (considerandos 336 a 338 de la Decisión impugnada).
- 239 Las demandantes recuerdan que el juez de la Unión ha establecido, en materia de reincidencia, un criterio según el cual las sociedades implicadas en las diferentes infracciones deben pertenecer a la misma sociedad matriz, que haya ejercido efectivamente una influencia determinante en la conducta infractora de sus filiales (sentencia Michelin/Comisión, citada en el apartado 38 *supra*, apartado 290). En consecuencia, un incremento del importe de la multa por reincidencia sólo puede aplicarse, a juicio de las demandantes, en el caso de que las diferentes infracciones hayan podido ser imputadas a la misma sociedad matriz. Pues bien, en el presente asunto, las dos infracciones anteriores fueron imputadas a SICC –íntegramente participada por SPCo, sociedad holding diferente de SPNV, la cual es titular de SNV–. En cambio, según las demandantes, la Comisión no imputó tales infracciones a las sociedades matrices STT plc (convertida en STT) y KNPM. En consecuencia, las demandantes consideran que no se cumple en el presente asunto el criterio establecido por la sentencia Michelin/Comisión, citada en el anterior apartado 38.
- 240 Por otra parte, las demandantes alegan que la Decisión impugnada no ofrece ninguna explicación relativa, por una parte, a la circunstancia de que las infracciones objeto de las Decisiones Polypropylène y PVC II hubieran podido imputarse a STT (anteriormente STT plc) y, por otra parte, al hecho de que esta última había ejercido efectivamente una influencia determinante en la conducta infractora de SICC, filial que cometió las infracciones objeto de dichas Decisiones.

- 241 Subsidiariamente, las demandantes estiman que el incremento del 50 % por reincidencia es desproporcionado habida cuenta de que ningún directivo de alto nivel estaba implicado en este cartel, que el empleado de SNV que participó en este cartel no lo había hecho en los dos carteles precedentes y que el importe de la multa impuesta de este modo sería muy superior a los beneficios anuales de las ventas de betún de SNV en los Países Bajos.
- 242 En la vista de 26 de enero de 2012, las demandantes afirmaron, asimismo, que la Comisión había vulnerado su derecho de defensa al no haberles dado la posibilidad de desvirtuar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de STT plc (convertida en STT) y de KNPM sobre sus filiales sancionadas por las dos infracciones precedentes.
- 243 La Comisión rechaza las alegaciones de las demandantes. Asimismo, en la vista de 26 de enero de 2012 precisó que el Tribunal había confirmado, el 13 de julio de 2011, su decisión de 29 de noviembre de 2006 en la que se imponía un incremento por reincidencia respecto de una multa impuesta a SPNV y a otras dos sociedades del grupo Shell en atención a que la empresa Shell había sido objeto de las Decisiones Polipropileno y PVC II (sentencia del Tribunal de 13 de julio de 2011, Shell Petroleum y otros/Comisión, T-38/07, Rec. p. II-4383).

Apreciación del Tribunal

- 244 La Comisión indicó, en los considerandos 336 a 338 de la Decisión impugnada, que procedía incrementar en un 50 % el importe de la multa impuesta a Shell por reincidencia, ya que ésta había sido destinataria de las Decisiones Polipropileno y PVC II.
- 245 Debe recordarse que el análisis de la gravedad de una infracción cometida debe tener en cuenta una eventual reincidencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 91). En efecto, desde el punto de vista disuasorio, la reincidencia es una circunstancia que justifica un aumento considerable del importe de base de la multa, ya que constituye la prueba de que la sanción anteriormente impuesta no fue suficientemente disuasoria (sentencia Michelin/Comisión, citada en el apartado 38 *supra*, apartado 293).
- 246 Con arreglo a 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 «reincidencia de la(s) misma(s) empresa(s) en una infracción del mismo tipo».
- 247 Debe considerarse que el concepto de reincidencia comprende los casos en que una misma empresa, tras haber sido sancionada por una infracción, comete una nueva infracción de carácter similar (sentencia Michelin/Comisión, citada en el apartado 38 *supra*, apartado 284).
- 248 Según la jurisprudencia, desde el momento en que el Derecho de la competencia de la Unión reconoce que diferentes sociedades pertenecientes a un mismo grupo constituyen una única entidad económica y, por ende, una empresa en el sentido de los artículos 81 CE y 82 CE si las sociedades de que se trata no definen de manera autónoma su comportamiento en el mercado, con la consecuencia de que la Comisión puede imponer una multa a la sociedad matriz por prácticas de sociedades de su grupo, la Comisión puede considerar con toda razón que se da una situación de reincidencia cuando una de las filiales de la sociedad matriz comete una infracción del mismo tipo que aquella por la que había sido previamente sancionada otra filial (sentencia Michelin/Comisión, citada en el apartado 38 *supra*, apartado 290).
- 249 Las demandantes estiman, en primer lugar, que no se cumplen en el presente asunto los requisitos establecidos jurisprudencialmente por la sentencia Michelin/Comisión, citada en el anterior apartado 38, ya que la sociedad matriz a la que se imputaron las infracciones objeto de las Decisiones

Polipropileno y PVC II no es la misma que la implicada en la infracción cometida por SNV. De este modo, señalan que, en los dos antiguos asuntos, la responsabilidad de la infracción se imputó a SICC, la cual pertenecía íntegramente a STT plc y a KNPM, mientras que la presente infracción no puede imputarse ni a STT (anteriormente STT plc), ni a KNPM, la cual ya no existe.

- 250 Debe precisarse que SICC, destinataria de las Decisiones Polipropileno y PVC II, y SNV, destinataria de la Decisión impugnada, están participadas indirectamente al 100 % por las mismas sociedades matrices, esto es, STT (anteriormente STT plc) y KNPM.
- 251 Como el Tribunal ha recordado en los anteriores apartados 36 y 37, el Derecho de la competencia de la Unión tiene por objeto las actividades de las empresas, debiendo entenderse que el concepto de empresa en el sentido del artículo 81 CE y de las Directrices para el cálculo de las multas designa a una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 55). La conducta contraria a la competencia de una empresa puede imputarse a otra cuando aquélla no ha determinado de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que ha aplicado, esencialmente, las instrucciones impartidas por esta última, teniendo en cuenta, en particular, los vínculos económicos y jurídicos que las unían (sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, citada en el apartado 37 *supra*, apartado 58).
- 252 Por otra parte, el juez de la Unión estima que, puesto que la Comisión tiene la facultad y no la obligación de imputar la responsabilidad de la infracción a una sociedad matriz (véase, en este sentido, 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 82, y la sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión, T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. p. II-5169, apartado 331), el mero hecho de que la Comisión no haya efectuado tal imputación en una decisión anterior no implica que esté obligada a realizar la misma apreciación en una decisión ulterior (sentencias del Tribunal PVC II, citada en el apartado 52 *supra*, apartado 990; de 17 de mayo de 2011, Elf Aquitaine/Comisión, T-299/08, Rec. p. II-2149, apartado 60, y Arkema France/Comisión, T-343/08, Rec. p. II-2287, apartado 100).
- 253 Por consiguiente, en el presente asunto, la circunstancia de que, en los asuntos mencionados, la Comisión optara por imputar la infracción a SICC, filial al 100 % de SPCo, íntegramente participada a su vez por STT plc (convertida en STT) y KNPM, en lugar de a estas dos últimas, no afecta a la posibilidad de aplicar la jurisprudencia en materia de reincidencia.
- 254 Por otra parte, debe recordarse que de los anteriores apartados 35 a 52 se desprende que la Comisión imputó legítimamente la infracción sobre la que versa el presente asunto a STT (anteriormente STT plc).
- 255 Por lo que se refiere a la alegación relativa a la desaparición de KNPM, el Tribunal recuerda la necesidad de evitar que las empresas puedan eludir las sanciones por el simple hecho de que su identidad se haya visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo para no poner en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia e impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 173; de 29 de junio de 2006, Showa Denko/Comisión, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, apartado 61; de 7 de junio de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comisión, C-76/06 P, Rec. p. I-4405, apartado 22, y ETI y otros, citada en el apartado 44 *supra*, apartado 41). En consecuencia, esta desaparición carece de relevancia respecto de la posibilidad de aplicar la agravante de reincidencia a la empresa que siga existiendo.

- 256 Habida cuenta de lo anterior, debe concluirse que las demandantes estiman erróneamente que no se cumplían los requisitos establecidos jurisprudencialmente por la sentencia Michelin/Comisión, citada en el anterior apartado 38. En consecuencia, la Comisión no ha incurrido en un error de Derecho al considerar reincidentes a las demandantes.
- 257 Las demandantes estiman, en segundo lugar y subsidiariamente, que incumbía a la Comisión, en virtud de su deber de motivación, exponer en la Decisión impugnada los elementos que permitían demostrar que las infracciones objeto de las Decisiones Polipropileno y PVC II habrían podido imputarse a STT (anteriormente STT plc) y que esta última había ejercido efectivamente una influencia determinante en la conducta infractora de SICC, filial que cometió las infracciones objeto de las citadas Decisiones.
- 258 A este respecto debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia, la motivación exigida por el artículo 253 CE debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control, y que la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el 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 las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse no sólo en relación con su tenor, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase la jurisprudencia citada en los anteriores apartados 108 a 111).
- 259 Debe también recordarse que el deber de motivación en relación con el cálculo del importe de una multa impuesta por infringir las normas en materia de competencia reviste especial importancia (sentencia Chalkor/Comisión, citada en el apartado 109 *supra*, apartado 61). Así, cuando la Comisión pretende invocar el concepto de «empresa», en el sentido del artículo 81 CE, para aplicar la agravante de reincidencia, debe aportar los datos pormenorizados y precisos que apoyen su aseveración.
- 260 En el presente asunto, en el pliego de cargos, la Comisión indicó que calificaría de agravante el hecho de que se hubiera apreciado anteriormente la comisión de infracciones similares respecto de las mismas empresas (considerando 336 de la Decisión impugnada). En su respuesta al pliego de cargos, las demandantes se limitaron a alegar que las entidades jurídicas destinatarias de las anteriores decisiones de la Comisión no tenían ningún vínculo con la actividad relacionada con el betún para el recubrimiento de carreteras en los Países Bajos.
- 261 En la Decisión impugnada, la Comisión consideró que la empresa Shell, a través de su filial SICC, ya había sido objeto de las anteriores Decisiones de prohibición Polipropileno y PVC II (considerandos 336 a 338 de la Decisión impugnada). Asimismo, la Comisión indicó expresamente que debía determinarse si la misma empresa había cometido estas diferentes infracciones, que no era imprescindible que las entidades jurídicas que formaban parte de la empresa, los productos y el personal fueran los mismos en el caso de todas estas decisiones, y que, en el presente asunto, había demostrado, en el capítulo dedicado a la responsabilidad, que las entidades jurídicas de Shell que habían participado en la infracción en cuestión formaban parte de la misma empresa que había participado en las infracciones anteriores (considerando 337 de la Decisión impugnada).
- 262 En efecto, la Comisión destacó en particular, en el considerando 213 de la Decisión impugnada, que la Decisión PVC II y la sentencia PVC II, citada en el anterior apartado 52 (apartado 312), relativa a dicha Decisión, habían demostrado claramente que SICC formaba parte de la empresa única Shell que había cometido la infracción, aunque, en aquel momento, la Comisión optara por no dirigir la Decisión a las sociedades matrices del grupo. Precisó, igualmente, que, en el asunto Polipropileno, la sanción impuesta a SICC se aplicaba a la totalidad del grupo Shell (considerando 196 de la Decisión impugnada). Asimismo, la Comisión indicó que, en el presente asunto y a diferencia de lo ocurrido en

los dos asuntos precedentes, no había podido individualizar, respecto de la duración íntegra de la infracción, una entidad jurídica única que hubiera asumido las funciones de coordinación y planificación estratégica dentro del grupo en un nivel inferior al de las dos sociedades matrices. Debe también tenerse en cuenta que, en la Decisión PVC II (considerandos 44 y 46), la Comisión precisó que, «en el caso de un grupo industrial importante lo normal [era] dirigir la decisión a la primera sociedad del grupo o a la “sede central” aunque la empresa en sí [fuera] una unidad constituida por la sociedad matriz y todas sus filiales», si bien, habida cuenta de la particular estructura bicéfala de Shell y del hecho de que no había una única sede central a la cual poder remitir la Decisión, había optado por remitirla a SICC.

- 263 Por lo que se refiere a la objeción formulada por las demandantes basada en el hecho de que la Comisión no aportó elementos que sirvieran para demostrar que STT (anteriormente STT plc) había ejercido efectivamente una influencia determinante en el comportamiento infractor de SICC, filial que cometió las infracciones objeto de las Decisiones Polipropileno y PVC II, debe recordarse, en línea con los principios expuestos en los anteriores apartados 36 a 52, que no incumbía a la Comisión indicar tales elementos, dado que SICC, en el momento en que se cometieron las infracciones, estaba participada conjuntamente por STT plc (convertida en STT) y KNPM al 100 %, sin que las demandantes hayan rebatido nunca esta circunstancia.
- 264 De las anteriores consideraciones se desprende que la motivación expuesta por la Comisión tiene el suficiente grado de detalle y precisión exigido por la jurisprudencia, ya que permitía a las demandantes conocer la justificación de la medida adoptada, y que basta para que el Tribunal ejerza su control. Así pues, las demandantes podían comprender de forma inequívoca el razonamiento seguido por la Comisión para estimar que la misma empresa había cometido las tres infracciones en cuestión.
- 265 Las demandantes estiman, en tercer lugar, que el porcentaje del 50 % correspondiente al incremento del importe de base por reincidencia es desproporcionado habida cuenta de que ningún directivo de alto nivel de Shell estaba involucrado en esta infracción, de que el empleado de SNV implicado no había participado en las dos infracciones precedentes y de que los beneficios de las ventas de SNV resultaban ínfimos respecto del importe de la multa.
- 266 Con carácter preliminar debe señalarse que no se desprende claramente de la alegación de las demandantes si, a través de la misma, denuncian una vulneración por parte de la Comisión del principio de proporcionalidad o si solicitan al Tribunal que aprecie, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, si resulta proporcionado el porcentaje de incremento del importe de base de la multa por reincidencia aplicado por la Comisión en la Decisión impugnada.
- 267 En cualquier caso, el juez de la Unión ya ha recordado que la Comisión debía velar por el carácter disuasorio de su acción al determinar el importe de la multa (sentencia del Tribunal de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar/Comisión, T-228/97, Rec. p. II-2969, apartado 245) y que la reincidencia era una circunstancia que justificaba un aumento considerable del importe de base de la multa, ya que constituía la prueba de que la sanción anteriormente impuesta no había sido suficientemente disuasoria (sentencia Michelin/Comisión, citada en el apartado 38 *supra*, apartado 293). Igualmente, el hecho de que se imponga a una empresa una multa no proporcional a su importancia en el mercado de referencia no resulta de una concepción manifiestamente excesiva del concepto de reincidencia, sino del conjunto de las consideraciones que la Comisión puede tener legítimamente en cuenta para determinar el importe de la multa, ya que la gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores, tales como, entre otros, las circunstancias específicas del asunto, su contexto y el alcance disuasorio de las multas, y ello sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente (sentencia del Tribunal de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartados 368 y 369).

- 268 Por otra parte, debe señalarse que la Comisión puede, mediante la fijación de un tipo de incremento por causa de reincidencia, considerar los factores que confirman la tendencia de la empresa de que se trata a infringir las reglas de competencia, incluido el tiempo transcurrido entre las infracciones en cuestión (sentencia del Tribunal de 6 de mayo de 2009, Outokumpu y Luvata/Comisión, T-122/04, Rec. p. II-1135, apartado 62). En el caso de autos, hay que señalar, en primer lugar, que la infracción en cuestión era, en la fecha en que se adoptó la Decisión impugnada, la tercera del mismo tipo por la que Shell había sido destinataria de una decisión de la Comisión. En particular, procede señalar que las infracciones en cuestión en las Decisiones Polipropileno y PVC II tenían por objeto, al igual que la que originó el presente litigio, la fijación de objetivos de precios o el reparto de cuotas de mercado. Asimismo, el Tribunal ya ha declarado que un incremento del 50 % estaba justificado cuando entre las diferentes infracciones no habían transcurrido diez años, tal como sucede en el presente asunto, ya que el cartel comenzó en 1994 (sentencia Groupe Danone/Comisión, citada en el apartado 267 *supra*, apartados 354 y 355). Por último, debe destacarse que, mediante una Decisión de 29 de noviembre de 2006, la Comisión consideró que la empresa Shell había infringido el artículo 81 CE al participar con otras empresas, desde el 20 de mayo de 1996 hasta el 31 de mayo de 1999, en un acuerdo en el marco del cual habían pactado fijar objetivos de precios, repartir los clientes a través de acuerdos de no agresión, e intercambiar información sensible sobre precios, competidores y clientes en los sectores del caucho y del caucho de estireno butadieno fabricado por polimerización en emulsión [Decisión C(2006) 5700 final de la Comisión, de 29 de noviembre de 2006, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 [CE] y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/F/38.638 – Caucho de butadieno y caucho de estireno butadieno fabricado por polimerización en emulsión)].
- 269 En este contexto, ninguno de los elementos invocados por las demandantes permite considerar que sea desproporcionado el incremento del importe de base de la multa en un 50 % a fin de orientar su comportamiento hacia el respeto de las normas sobre competencia. En consecuencia, debe desestimarse esta imputación en la medida en que, por una parte, al actuar de ese modo, la Comisión no ha vulnerado el principio de proporcionalidad y, por otra parte, las alegaciones formuladas por las demandantes no justifican que el Tribunal se aparte de la apreciación realizada por la Comisión.
- 270 En cuarto y último lugar, las demandantes afirmaron por vez primera en la vista de 26 de enero de 2012 que la Comisión había vulnerado su derecho de defensa al no haberles dado la posibilidad de desvirtuar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de STT plc (convertida en STT) y de KNPM sobre sus filiales sancionadas por las dos infracciones precedentes.
- 271 Debe recordarse que, de lo dispuesto en el artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, puesto en relación con el artículo 48, apartado 2, de dicho Reglamento, se deduce que la demanda que abre el procedimiento debe contener, en particular, una exposición sumaria de los motivos invocados, y que en el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de Derecho que hayan aparecido durante el procedimiento. No obstante, deberá declararse la admisibilidad de un motivo que constituya una ampliación de un motivo invocado anteriormente, directa o implícitamente, en el escrito de demanda y que presente un estrecho vínculo con éste (auto del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2001, Dürbeck/Comisión, C-430/00 P, Rec. p. I-8547, apartado 17).
- 272 Por otra parte, en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, el juez sólo puede admitir nuevos motivos o alegaciones cuando se cumpla la doble condición de que sean relevantes para la ejecución de sus funciones y no se fundamenten en un motivo de ilegalidad diferente de los planteados en la demanda (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1999, Atlanta/Comunidad Europea, C-104/97 P, Rec. p. I-6983, apartados 27 a 29).
- 273 En el presente asunto no resulta controvertido el hecho de que las demandantes no formularon, en la fase escrita, ningún motivo relativo a la vulneración de su derecho de defensa derivada de la circunstancia de no haber disfrutado de la posibilidad de desvirtuar la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de STT plc (convertida en STT) y de KNPM sobre sus filiales

sancionadas por las dos infracciones precedentes. Por otra parte, las demandantes no han indicado que este motivo estuviera fundado en razones de Derecho y de hecho aparecidas durante el procedimiento. Por último, contrariamente a lo sostenido por las demandantes en la vista de 26 de enero de 2012, no cabe considerar que este motivo sea una ampliación del motivo basado en el incumplimiento del deber de motivación formulado en el escrito de demanda.

- 274 En consecuencia, de las anteriores consideraciones se desprende que debe declararse la inadmisibilidad de este motivo.
- 275 En cualquier caso, procede señalar que del expediente se deduce que, en el presente asunto, las demandantes tuvieron la ocasión de aportar en el procedimiento administrativo elementos dirigidos a probar que la empresa sancionada en las dos primeras infracciones no era la misma que la autora de la presente infracción, ya que la Comisión indicó en el pliego de cargos (apartados 93 y 283) que la empresa Shell ya había sido anteriormente declarada responsable de infracciones del artículo 81 CE al mencionar las Decisiones Polipropileno y PVC II, y la sentencia Shell/Comisión, citada en el anterior apartado 187.
- 276 De todo lo anterior se deduce, por una parte, que la Comisión podía fundadamente incrementar el importe de base de la multa en un 50 % en concepto de reincidencia y, por otra parte, que el Tribunal considera apropiado este incremento.

Conclusión relativa a las circunstancias agravantes

- 277 De los anteriores apartados 140 a 237 se desprende que la Comisión no ha acreditado de manera suficiente con arreglo a Derecho que SNV asumiera un papel de instigadora y de responsable en la infracción en cuestión. El Tribunal considera que esta constatación justifica el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena respecto de la apreciación del papel desempeñado por SNV en dicha infracción. Hay que recordar en este sentido que la Comisión impuso a las demandantes un incremento único del 50 % del importe de base de la multa en atención a que concurría la circunstancia agravante contemplada en el punto 2, tercer guión, de las Directrices para el cálculo de las multas.
- 278 El Tribunal estima que debe suprimirse este incremento impuesto a las demandantes.
- 279 Como consecuencia de esta modificación, el Tribunal concluye que el importe de la multa impuesta a las demandantes en el artículo 2, letra l), de la Decisión impugnada debe quedar reducido a 81 millones de euros.

Costas

- 280 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. Según el artículo 87, apartado 3, párrafo primero, de ese mismo Reglamento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas.
- 281 En el presente asunto, dado que se ha desestimado una parte significativa de las pretensiones de las demandantes, se hará una justa apreciación de las circunstancias del caso de autos decidiendo que cada parte cargue con sus propias costas.

²⁸² Por otra parte, procede desestimar la petición, formulada por las demandantes en el marco de sus pretensiones sobre las costas, de que la Comisión sea condenada a pagar los gastos derivados del pago de la multa o de la constitución de un aval bancario ya que, según reiterada jurisprudencia, dichos gastos no constituyen gastos realizados con motivo del procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia *Cemento*, citada en el apartado 77 *supra*, apartado 5133, y la jurisprudencia citada).

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Sexta)

decide:

- 1) **Anular el artículo 2, letra l), 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 fija en 108 millones de euros el importe de la multa impuesta a Shell Petroleum NV, a The Shell Transport and Trading Company Ltd y a Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV.**
- 2) **Reducir el importe de la multa impuesta a Shell Petroleum, a The Shell Transport and Trading Company y a Shell Nederland Verkoopmaatschappij por el citado artículo 2, letra l), a 81 millones de euros.**
- 3) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**
- 4) **Cada parte cargará con sus propias costas.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

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

Firmas

Índice

Hechos que originaron el litigio	2
1. Demandantes	2
2. Procedimiento administrativo previo	2
3. Decisión impugnada	3
Procedimiento y pretensiones de las partes	5
Fundamentos de Derecho	6
1. Sobre el primer motivo, basado en errores de Derecho y errores de apreciación en relación con la imputabilidad a las sociedades matrices de la infracción	6
Sobre los errores de Derecho	6
Alegaciones de las partes	6
Apreciación del Tribunal	7
– Sobre la presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante de una sociedad matriz sobre su filial	7
– Sobre la aplicación de esta presunción a dos sociedades matrices que poseen conjuntamente el 100 % de su filial	9
– Sobre el carácter de presunción iuris tantum de la presunción de que una sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante en su filial íntegramente participada	10
Sobre los elementos destinados a desvirtuar la presunción de que una sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante sobre su filial	11
Alegaciones de las partes	11
Apreciación del Tribunal	11
2. Sobre el segundo motivo, basado en el incumplimiento de un requisito esencial de forma y en la vulneración del derecho de defensa	14
Alegaciones de las partes	14
Apreciación del Tribunal	15
Principios generales relativos al acceso a los documentos posteriores al pliego de cargos	15
Aplicación en el presente asunto	18
3. Sobre el tercer motivo, basado en errores de hecho y de Derecho en el cálculo del importe de base de la multa y en la determinación de la duración de la infracción	19
Sobre la gravedad de la infracción	19

Alegaciones de las partes	19
Apreciación del Tribunal	20
– Análisis de las alegaciones de las demandantes en el marco del control de legalidad	21
– Análisis de las alegaciones de las demandantes en el marco de la competencia jurisdiccional plena	24
Sobre la duración de la infracción	26
Alegaciones de las partes	26
Apreciación del Tribunal	26
4. Sobre el cuarto motivo, basado en errores de hecho y de Derecho relativos a las circunstancias agravantes	28
Sobre el papel de instigadora de SNV	28
Alegaciones de las partes	28
– Sobre la propuesta hecha a KWS acerca de descuentos especiales al W5	28
– Sobre los intentos de persuadir a ExxonMobil para que se uniera al cartel	29
Apreciación del Tribunal	30
– Principios generales relativos a la función de instigador	30
– Admisibilidad del testimonio aportado por las demandantes	31
– Sobre el descuento específico concedido al W5	32
– Sobre los intentos de persuadir a ExxonMobil para unirse al cartel	35
– Conclusión relativa a la función de instigadora	36
Sobre la función de responsable de SNV	36
Alegaciones de las partes	36
– Sobre el papel desempeñado por SNV en 1994 y en 1995 en las negociaciones con KWS en nombre de los proveedores	37
– Sobre el hecho de que, a partir de 1996, SNV decidía previamente con KWS la oportunidad de organizar una reunión entre los proveedores y el W5	37
– Sobre el protagonismo de SNV en las reuniones preparatorias entre proveedores	38
– Sobre la función de portavoz de los proveedores asumida por SNV en las reuniones de concertación sobre el betún	39
– Sobre el control del funcionamiento del cartel	39
Apreciación del Tribunal	40

– Principios generales relativos a la función de responsable	40
– Sobre el papel desempeñado por SNV en 1994 y 1995 en las negociaciones con KWS en nombre de los proveedores	41
– Sobre el hecho de que, a partir de 1996, SNV decidía previamente con KWS la oportunidad de organizar una reunión entre los proveedores y el W5.....	42
– Sobre el protagonismo de SNV en las reuniones preparatorias entre proveedores	43
– Sobre la función de portavoz de los proveedores asumida por SNV en las reuniones de concertación sobre el betún	45
– Sobre el control del funcionamiento del cartel	45
– Conclusión relativa al papel de responsable de SNV	46
Sobre la reincidencia	46
Alegaciones de las partes	46
Apreciación del Tribunal	47
Conclusión relativa a las circunstancias agravantes	52
Costas	52