

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Octava)
de 30 de abril de 2009*

En el asunto T-13/03,

Nintendo Co., Ltd, con domicilio social en Kioto (Japón),

Nintendo of Europe GmbH, con domicilio social en Grossostheim (Alemania),

representadas por los Sres. I. Forrester, QC, J. Pheasant y M. Powell y la Sra. C. Kennedy-Loest, Solicitors, y el Sr. J. Killick, Barrister,

partes demandantes,

* Lengua de procedimiento: inglés.

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada inicialmente por la Sra. O. Beynet y el Sr. A. Whelan, y posteriormente por el Sr. X. Lewis y la Sra. Beynet, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto una pretensión de anulación o de reducción del importe de la multa impuesta a las demandantes por el artículo 3, primer guión, de la Decisión 2003/675/CE de la Comisión, de 30 de octubre de 2002, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo [81 CE] y al artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution y COMP/36.321 Omega — Nintendo) (DO 2003, L 255, p. 33),

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

integrado por la Sra. M.E. Martins Ribeiro, Presidenta, y los Sres. S. Papasavvas y N. Wahl (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. C. Kantza, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 19 de mayo de 2008;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

1. *Empresas implicadas*

- 1 La primera demandante, Nintendo Co., Ltd (en lo sucesivo, «NCL» o «Nintendo»), sociedad que cotiza en bolsa y domiciliada en Kioto (Japón), es la sociedad que dirige el grupo de sociedades Nintendo, especializadas en la producción y distribución de consolas de videojuegos y de cartuchos de juegos destinados a ser utilizados en dichas consolas.

- 2 Nintendo desarrolla sus actividades en ciertas zonas del Espacio Económico Europeo (EEE) a través de filiales en las que posee el 100 % del capital, la principal de las cuales es Nintendo of Europe GmbH (en lo sucesivo, «NOE» o «Nintendo»), que es la segunda demandante. En el momento de los hechos, NOE coordinaba ciertas actividades comerciales de Nintendo en Europa y era su distribuidor exclusivo en Alemania.

- 3 En otras zonas, Nintendo había seleccionado distribuidores exclusivos independientes. Así, The Games Ltd, que es una división comercial de John Menzies Distribution Ltd, filial al 100 % de John Menzies plc, se convirtió en agosto de 1995 en distribuidor exclusivo de Nintendo para el Reino Unido e Irlanda y siguió siéndolo, al menos, hasta el 31 de diciembre de 1997.

2. Procedimiento administrativo

Investigación relativa al sector de los videojuegos (asunto IV/35.587 PO Video Games)

- 4 En marzo de 1995, la Comisión abrió una investigación sobre el sector de los videojuegos (asunto IV/35.587 PO Video Games). En el marco de dicha investigación, el 26 de julio y el 19 de septiembre de 1995, la Comisión remitió unas solicitudes de información a Nintendo, al amparo del artículo 11 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), a fin de obtener información sobre sus distribuidores y sus filiales, sobre los acuerdos formales de distribución celebrados con dichas empresas y sobre sus condiciones generales de venta. NOE respondió a dichas solicitudes mediante unos escritos de 31 de julio y de 26 de septiembre de 1995.

Investigación adicional específica sobre el sistema de distribución de Nintendo (asunto IV/35.706 PO Nintendo Distribution)

- 5 A la vista de sus conclusiones preliminares, la Comisión abrió en septiembre de 1995 una investigación adicional, específicamente referida al sistema de distribución de Nintendo (asunto IV/35.706 PO Nintendo Distribution).
- 6 En el marco de dicha investigación, la Comisión remitió una solicitud de información a Nintendo el 9 de octubre de 1995, y los representantes de la Comisión mantuvieron varias reuniones con los representantes de dicha empresa sobre la política de distribución de Nintendo. Por otra parte, Nintendo aportó varias versiones de los acuerdos celebrados con algunos de sus distribuidores.

Investigación a raíz de la denuncia presentada por Omega Electro BV (asunto IV/36.321 Omega — Nintendo)

- 7 El 26 de noviembre de 1996, Omega Electro, sociedad presente en el sector de la importación y venta de juegos electrónicos, presentó una denuncia al amparo del artículo 3, apartado 2, letra b), del Reglamento n° 17, relativa a la distribución de cartuchos y consolas de juegos de Nintendo fundamentalmente, en la que alegaba, entre otras cosas, que Nintendo obstaculizaba el comercio paralelo y aplicaba una política de imposición de precios de reventa en los Países Bajos. A raíz de dicha denuncia, la Comisión decidió ampliar su investigación (asunto IV/36.321 Omega — Nintendo), y el 7 de marzo de 1997 remitió una solicitud de información a Nintendo y a John Menzies. En su respuesta de 16 de mayo de 1997, Nintendo reconoció que algunos de sus acuerdos de distribución y algunas de sus condiciones generales establecían ciertas restricciones al comercio paralelo en el interior del EEE. En octubre de 1997, la Comisión remitió a John Menzies una nueva solicitud de información, a la que esta última respondió el 1 de diciembre de 1997, aportando ciertos datos sobre el acuerdo controvertido.
- 8 Mediante escrito de 23 de diciembre de 1997, Nintendo indicó a la Comisión que había tomado conciencia «de un grave problema en relación con el comercio paralelo en el interior de la Comunidad» y expresó su deseo de cooperar con la Comisión.
- 9 El 13 de enero de 1998, John Menzies aportó datos adicionales. El 21 de enero, el 1 de abril y el 15 de mayo de 1998, Nintendo remitió a la Comisión centenares de documentos. El 15 de diciembre de 1998 se celebró una reunión entre la Comisión y representantes de Nintendo, en la que se trató la cuestión de un eventual pago de compensaciones a los terceros perjudicados por el acuerdo controvertido.
- 10 Además, tras su confesión, Nintendo adoptó medidas destinadas a garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario en el futuro y ofreció compensaciones financieras a los terceros que habían sufrido perjuicios financieros a causa de sus acciones.

- 11 El 26 de abril de 2000, la Comisión remitió un pliego de cargos a Nintendo y a las demás empresas implicadas en relación con una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo sobre el EEE (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»). En respuesta a los cargos formulados por la Comisión, Nintendo y las demás empresas implicadas presentaron observaciones escritas, en las que Nintendo y varias de estas empresas solicitaron que se les aplicase la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (DO 1996 C 207, p. 4; en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación»). Ninguna de las partes solicitó que se celebrase una audiencia formal, y Nintendo no discutió la veracidad de los hechos expuestos en el pliego de cargos.
- 12 En lo que respecta más concretamente a las demandantes, la respuesta al pliego de cargos fue remitida a la Comisión el 7 de julio de 2000.

3. *La Decisión impugnada*

- 13 El 30 de octubre de 2002, la Comisión adoptó la Decisión 2003/675/CE, de 30 de octubre de 2002, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo [81 CE] y al artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution y COMP/36.321 Omega — Nintendo) (DO 2003, L 255, p. 33; en lo sucesivo, «Decisión»). La Decisión fue notificada a NOE y a NCL el 8 y el 11 de noviembre de 2002, respectivamente.

14 La Decisión contiene, en particular, las siguientes disposiciones:

«Artículo 1

Las siguientes empresas han infringido el apartado 1 del artículo [81 CE] y el apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE al participar durante los períodos indicados en un conjunto de acuerdos y prácticas concertadas en los mercados de las consolas de juego y los cartuchos de juego compatibles con consolas fabricadas por Nintendo cuyo objeto y efecto era restringir las exportaciones paralelas de consolas y cartuchos Nintendo:

— [NCL y NOE], de enero de 1991 a finales de diciembre de 1997,

[...]

Artículo 3

Por la presente Decisión se imponen las siguientes multas a las empresas citadas en el artículo 1 por las infracciones mencionadas en el mismo:

— [NCL y NOE], responsable[s] mancomunada y solidariamente, una multa de 149,128 millones EUR,

[...]»

- 15 Para determinar el importe de las multas, la Comisión aplicó en la Decisión la metodología expuesta en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo [65 CA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices»). En cambio decidió no tener en cuenta la Comunicación sobre la cooperación por tratarse de una infracción de carácter vertical.
- 16 En primer lugar, la Comisión determinó el importe de base de las multas en función de la gravedad y de la duración de la infracción.
- 17 A este respecto, la Comisión consideró, en primer lugar, que las empresas implicadas habían cometido una infracción muy grave, habida cuenta de su naturaleza, de sus repercusiones concretas sobre el mercado y de la dimensión del mercado geográfico afectado.
- 18 A continuación, la Comisión estimó que, como en la infracción única y continuada de que se trata habían participado varias empresas de tamaños extremadamente diversos, procedía aplicarles un trato diferenciado a fin de tener en cuenta el peso específico y, por tanto, las repercusiones reales sobre la competencia del comportamiento ilícito de cada una de ellas. Para ello, la Comisión repartió a las empresas implicadas en tres grupos, en función de la importancia relativa de cada una como distribuidora de los productos de Nintendo de que se trata en el EEE. La comparación se efectuó tomando como referencia la parte de cada empresa en el volumen total de consolas y cartuchos de juegos Nintendo comprados para ser distribuidos en el EEE en 1997, último año de la infracción. Partiendo de esta base, Nintendo fue incluida en el primer grupo, del que era la única integrante, mientras que John Menzies era la única integrante del segundo grupo. En el caso de estas empresas, la Comisión fijó el importe de partida de la multa en función de la gravedad de la infracción en 23 millones de euros para Nintendo y en 8 millones de euros para John Menzies. Para las demás empresas sancionadas, el importe de partida se fijó en un millón de euros.
- 19 La Comisión incrementó además estos importes de partida con objeto, por una parte, de garantizar a la multa un efecto suficientemente disuasorio y, por otra parte, de tomar en consideración el tamaño y los recursos globales de Nintendo, de John Menzies y de

Itochu Corp. Más concretamente, por lo que respecta a Nintendo, la Comisión estimó que, con independencia de su tamaño, netamente inferior al de Itochu, debía tomarse en consideración el hecho de que era el fabricante de los productos objeto de la infracción. Habida cuenta, pues, de estos factores, la Comisión aplicó un coeficiente multiplicador de 3 a los importes inicialmente fijados para Nintendo e Itochu, y un coeficiente multiplicador de 1,25 en el caso de John Menzies, de modo que los importes de partida quedaron establecidos en 69 millones de euros para Nintendo, 10 millones de euros para John Menzies y 3 millones de euros para Itochu.

- 20 En lo que atañe a la duración de la infracción cometida por cada empresa, el importe de partida así determinado se incrementó en un 10 % por año, lo que supuso un incremento de un 65 % para Nintendo y de un 20 % para John Menzies.
- 21 Por consiguiente, la Comisión fijó el importe de base de la multa de Nintendo en 113,85 millones de euros.
- 22 En segundo lugar, tomando en consideración las circunstancias agravantes, el importe de base de la multa de Nintendo se incrementó, por una parte, en un 50 % por haber sido dicha empresa el líder e instigador de la infracción y, por otra parte, en un 25 % por haber seguido cometiendo la infracción tras los primeros actos de investigación realizados por la Comisión en junio de 1995. El importe de base de la multa de John Menzies se incrementó en total en un 20 %, el primer 10 % para tener en cuenta el hecho de que había seguido cometiendo la infracción tras el inicio de las investigaciones de la Comisión y el segundo 10 % por haberse negado inicialmente a cooperar con la Comisión.
- 23 En tercer lugar, al examinar las circunstancias atenuantes, la Comisión consideró, en primer lugar, que procedía reducir la multa impuesta a una de las empresas sancionadas, Concentra — Produtos para crianças, SA (en lo sucesivo, «Concentra»), distribuidor exclusivo de Nintendo en Portugal, a causa de su papel exclusivamente pasivo durante la mayor parte del período analizado. A continuación, la Comisión concedió a Nintendo una reducción de 300.000 euros para tener en cuenta las

compensaciones financieras ofrecidas por dicha empresa a los terceros perjudicados por la concertación controvertida que habían sido identificados en el pliego de cargos. Por último, la Comisión concedió unas reducciones del importe de la multa de un 40 % y de un 25 % a John Menzies y a Nintendo, respectivamente, por su cooperación efectiva con la Comisión. A las demás empresas sancionadas no se les reconoció, en cambio, ninguna circunstancia atenuante.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 24 La demandante interpuso el presente recurso mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 16 de enero de 2003.
- 25 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Octava) decidió iniciar la fase oral del procedimiento.
- 26 Mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2008, las demandantes indicaron que renunciaban al motivo en el que se invocaba un incremento erróneo del importe de la multa correspondiente al primer año de la infracción.
- 27 En la vista de 19 de mayo de 2008 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia. La Comisión indicó en dicha ocasión que no deseaba formular observaciones sobre la renuncia antes mencionada.

28 En esta misma vista, las demandantes entregaron a los miembros del Tribunal de Primera Instancia y a la demandada un documento consistente en una versión corregida de un anexo del escrito de dúplica. En dicho anexo, la Comisión exponía la cooperación que habían aportado a sus investigaciones las diferentes empresas implicadas. Oídas las partes, el Tribunal de Primera Instancia decidió incorporar dicho documento a los autos y fijó un plazo a la Comisión para que formulara sus observaciones al respecto. Tras la presentación de dichas observaciones se declaró concluida la fase oral.

29 Las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule el artículo 3 de la Decisión, en la medida en que les impone una multa.
- En ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, anule la multa o la reduzca al importe que estime apropiado.
- Adopte cualquier otra medida que estime oportuna.
- Condene en costas a la Comisión.

30 La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso en su totalidad.

- Condene en costas a las demandantes.

Fundamentos de Derecho

- ³¹ En apoyo de su recurso, las demandantes alegan que la Comisión incurrió en vicios sustanciales de forma y violó el Tratado CE y las normas de desarrollo del mismo al imponerles una multa de casi 150 millones de euros, es decir, la máxima multa impuesta por una infracción vertical y, en la fecha de la Decisión, la cuarta multa más grande de las impuestas a una empresa individual por una infracción única. A juicio de las demandantes, dicha multa es ilegal a causa, por una parte, de su importe manifiestamente desproporcionado y, por otra parte, de los vicios de que adolecen todas las etapas del cálculo de dicho importe.
- ³² Las alegaciones formuladas por las demandantes, todas ellas relativas a la determinación del importe de la multa, se refieren, en primer lugar, a la gravedad de la infracción; en segundo lugar, a la aplicación de un coeficiente multiplicador con efectos disuasorios; en tercer lugar, a la duración de la infracción; en cuarto lugar, al incremento de la multa en atención a las circunstancias agravantes y, en quinto lugar, a la existencia de circunstancias atenuantes.
- ³³ Antes de abordar el examen de los motivos invocados por las demandantes, es preciso recordar que de los considerandos 366 a 464 de la Decisión se deduce que la Comisión impuso las multas por las infracciones constatadas del artículo 81 CE, apartado 1, y del artículo 53, apartado 1, del Acuerdo EEE con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n° 17, y que dicha institución determinó el importe de las multas aplicando el método establecido en las Directrices, tal como lo ha confirmado expresamente.

34 Si bien las Directrices no pueden calificarse de norma jurídica cuyo cumplimiento se imponga en todo caso a la Administración, establecen sin embargo una regla de conducta que indica la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en casos concretos, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2006, Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, C-397/03 P, Rec. p. I-4429, apartado 91, y la jurisprudencia citada).

1. Sobre la determinación del importe de partida de la multa impuesta a las demandantes

Alegaciones de las partes

35 Las demandantes impugnan la decisión de la Comisión de establecer como importe de partida de la multa en función de su gravedad una cantidad de 23 millones de euros e invocan a este respecto dos motivos, en los que alegan respectivamente un error manifiesto de apreciación y un incumplimiento de la obligación de motivación.

36 Con carácter principal, las demandantes reprochan a la Comisión el que determinase el importe de la multa en función de su gravedad tomando como base «la cuota de cada Parte en el volumen total de consolas y cartuchos Nintendo comprados para ser distribuidos en el EEE». En su opinión, la utilización de ese criterio, carente de precedentes, resulta arbitraria e inapropiada. En primer lugar, el planteamiento adoptado por la Comisión significa que dicho importe habría sido superior si Nintendo hubiera decidido distribuir sus productos a través de filiales controladas al 100 %, e inferior si hubiera decidido distribuir sus productos a través de distribuidores independientes, mientras que no existe ninguna relación lógica entre la culpabilidad relativa y absoluta de la empresa responsable de una infracción y la estructura elegida por ella para distribuir sus propios productos. En segundo lugar, este planteamiento no tiene en absoluto en cuenta la competencia entre marcas o dentro de la misma marca. A este respecto, las demandantes señalan que el comercio de consolas y cartuchos de videojuegos se caracteriza por una fuerte competencia entre marcas. Sostienen, por último, que la posición de Nintendo como productor ha sido tenido en cuenta dos

veces, ya que esta posición también se tuvo en cuenta en la fase de examen de las circunstancias agravantes (considerando 229 de la Decisión).

- 37 Con carácter subsidiario, las demandantes sostienen que la Comisión no motivó, o al menos no motivó suficientemente, la metodología utilizada por ella ni el importe así calculado. A su juicio, las explicaciones ofrecidas por la Comisión en su escrito de contestación tampoco son satisfactorias, ya que resultan erróneas y se oponen tanto al razonamiento seguido en la Decisión como a las Directrices.
- 38 A este respecto, las demandantes estiman en primer lugar que la Comisión se separa del razonamiento que expuso en la Decisión al sostener, en su escrito de contestación, que el importe de partida de 23 millones de euros refleja un único aspecto de la gravedad de la infracción, a saber, las relaciones entre las filiales de distribución de Nintendo y los clientes, mientras que el coeficiente multiplicador tiene en cuenta otro aspecto, que es el papel de las demandantes como fabricante y proveedor de sus distribuidores independientes. Consideran en efecto que, según la Decisión, el coeficiente multiplicador únicamente refleja la necesidad de disuadir a las empresas de cometer infracciones, mientras que el importe de 23 millones se estableció en atención a la gravedad de la infracción.
- 39 En cualquier caso, según las demandantes, la argumentación desarrollada por la Comisión en su escrito de contestación es errónea. Dicho escrito da a entender que el importe determinado en función de uno de los aspectos de la infracción se basó en el importe determinado en función de otro aspecto de ésta, mientras que habrían podido calcularse importes distintos en atención a la gravedad de la infracción por cada uno de estos aspectos, teniendo en cuenta la totalidad de los hechos.
- 40 En segundo lugar, las demandantes estiman que la Comisión se separó también de lo dispuesto en sus propias Directrices al aplicar un coeficiente disuasorio para ajustar la ponderación de los importes inicialmente calculados en función de la gravedad de la infracción, mientras que las Directrices establecen una clara distinción entre la aplicación de coeficientes de ponderación a fin de tener en cuenta las repercusiones reales del comportamiento infractor de cada empresa en los asuntos con varias

empresas implicadas y el ajuste del importe calculado en función de la gravedad de la infracción a fin de garantizar un efecto disuasorio suficiente.

41 En tercer lugar, en respuesta a la alegación de la Comisión de que el importe de la multa de las demandantes fue considerablemente inferior al de las multas impuestas a los cárteles, éstas ponen de relieve que es preciso establecer una distinción fundamental entre los asuntos relativos a las restricciones de la competencia horizontales y los que se refieren a restricciones verticales, distinción confirmada por el hecho de que la Comunicación sobre la cooperación se aplica únicamente a las restricciones horizontales.

42 La Comisión impugna todas las alegaciones formuladas por las demandantes.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

43 La Decisión muestra que, en el presente asunto, la Comisión determinó el importe de las multas impuestas a las empresas implicadas basándose en varios criterios, con arreglo a la metodología expuesta en las Directrices.

44 En efecto, en primer lugar la Comisión indicó que, habida cuenta de la naturaleza del proyecto común, de su repercusión en el mercado y del hecho de que había restringido el comercio paralelo en todo el EEE, las empresas implicadas habían cometido una infracción muy grave del artículo 81 CE, apartado 1, por lo que podían ser sancionadas con una multa de 20 millones de euros como mínimo, con arreglo al punto 1, sección A, párrafo segundo, tercer guión, de las Directrices (considerandos 374 a 384 de la Decisión).

- 45 Como la infracción en cuestión era una infracción única y continuada en la que habían participado varias empresas de tamaños muy diferentes, la Comisión decidió seguidamente aplicar a dichas empresas un trato diferenciado, con arreglo al punto 1, sección A, párrafo tercero, de las Directrices (véanse los considerandos 385 a 391 de la Decisión). A estos efectos tomó en consideración la cuota de cada empresa participante en el volumen total de consolas y cartuchos Nintendo comprados para ser distribuidos en el EEE en 1997, último año de existencia de la infracción (véase el considerando 386 de la Decisión).
- 46 Partiendo de esta base, la Comisión fijó el importe de partida de la multa de Nintendo en 23 millones de euros (considerando 391 de la Decisión). Por último, a fin de garantizar que el efecto disuasorio de la multa fuera suficiente, la Comisión triplicó dicho importe, teniendo en cuenta, no sólo el tamaño y los recursos globales de Nintendo, sino también su condición de fabricante de los productos de que se trataba. Así pues, el importe de partida de la multa impuesta a Nintendo quedó fijado en 69 millones de euros (considerandos 392 a 396 de la Decisión).
- 47 Se deduce del conjunto de consideraciones expuestas que, en contra de lo que alegan las demandantes, la Comisión no se basó exclusivamente en las cifras correspondientes a la cuota de cada empresa participante en el volumen total de ventas de consolas y cartuchos Nintendo en el año de referencia.
- 48 Por otra parte, en la medida en que la argumentación de las demandantes deba interpretarse en el sentido de que en ella se critica la utilización de tales cifras en el contexto del trato diferenciado aplicado a las empresas por la Comisión en los considerandos 385 a 391 de la Decisión, tampoco procede acogerla.
- 49 En efecto, es preciso recordar que, como la Comisión indicó en el considerando 385 de la Decisión, con este trato diferenciado se pretende tener en cuenta el peso específico de cada empresa implicada y, por consiguiente, las repercusiones reales de su conducta infractora, especialmente cuando existe una considerable disparidad de tamaño entre las empresas que han cometido infracciones del mismo tipo.

- 50 Como la infracción consistió en un conjunto de acuerdos y prácticas concertadas de carácter vertical cuyo objeto y efecto era restringir las exportaciones paralelas de consolas y cartuchos de videojuegos, las cuotas de mercado en la distribución de los productos de que se trata de cada una de las empresas implicadas son representativas del peso específico de cada empresa en el sistema de distribución controvertido. Por lo tanto, la Comisión no cometió ningún error manifiesto de apreciación al tomar como referencia dichas cuotas para aplicar un trato diferenciado a las empresas implicadas a la hora de determinar los importes preliminares de sus multas.
- 51 En contra de lo que sostienen las demandantes, el planteamiento adoptado por la Comisión no olvida que el comercio de consolas y cartuchos de videojuego se caracteriza por una fuerte competencia entre las marcas. Es preciso recordar en efecto que, como la Comisión ha puesto de relieve, la cuota de mercado en la distribución de productos Nintendo de cada una de las empresas implicadas se utilizó simplemente para determinar la responsabilidad relativa de cada una en la infracción. Ahora bien, como indica claramente la Decisión (véase en particular el considerando 374), el objetivo de la infracción consistía precisamente en limitar la competencia en la distribución de productos Nintendo. Por lo tanto, el hecho de que el mercado de las consolas y cartuchos de videojuegos se caracterice más por una fuerte competencia entre las marcas que por una competencia dentro de la misma marca, suponiendo que estuviera acreditado, no es una circunstancia que la Comisión estuviera obligada a tener en cuenta a la hora de determinar el importe de partida específico de la multa impuesta a las demandantes.
- 52 El hecho de que la Comisión nunca haya utilizado los datos que se impugnan para distribuir en categorías a las empresas participantes en una infracción única se explica porque –como dicha institución lo ha confirmado por lo demás en sus escritos procesales– es la primera vez en que se ha planteado aplicar tal clasificación en categorías en una decisión relativa a infracciones de carácter vertical.
- 53 En lo que respecta a la imputación de incumplimiento de la obligación de motivación, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, en materia de fijación del importe de las multas por violación del Derecho de la competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica, en su decisión, los criterios de apreciación que le han permitido medir la gravedad y la duración de la infracción cometida, sin estar obligada a incluir en dicha decisión una exposición más detallada o

los datos numéricos relativos al método de cálculo del importe de la multa (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C-279/98 P, Rec. p. I-9693, apartados 38 a 47, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia 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 1522).

54 En el presente asunto, las consideraciones anteriores muestran que la Comisión explicó suficientemente las diferentes fases de determinación del importe de las multas en función de la gravedad de la infracción, cumpliendo así, por tanto, su obligación de motivación.

55 Por consiguiente, procede desestimar la totalidad de las alegaciones en las que se impugna la determinación del importe de partida de la multa en función de la gravedad de la infracción.

2. Sobre el incremento del importe de partida de la multa de las demandantes a fin de garantizar un efecto disuasorio suficiente

56 Las demandantes impugnan, no sólo el hecho de que la Comisión triplicara el importe de partida de la multa con fines disuasorios, sino también el propio principio de incremento de la multa con fines disuasorios. A este respecto, las demandantes invocan dos motivos, en los que alegan, por una parte, un error de Derecho manifiesto, una violación del principio de proporcionalidad, del principio *non bis in idem* y del derecho de defensa y una falta de coherencia con respecto a la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores y, por otra parte, un defecto de motivación, una violación del principio de igualdad de trato y una aplicación errónea de la metodología expuesta en las Directrices.

Sobre el primer motivo, en el que se invoca un error de Derecho manifiesto, una violación del principio de proporcionalidad, del principio non bis in idem y del derecho de defensa y una falta de coherencia con respecto a la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores

Alegaciones de las partes

- 57 En primer lugar, las demandantes alegan que la Comisión violó el principio de proporcionalidad, ya que no era necesario aplicar un coeficiente multiplicador para asegurarse de que respetasen en el futuro el Derecho comunitario.
- 58 Según las demandantes, antes de aplicar un coeficiente multiplicador para asegurarse del efecto disuasorio de la multa, la Comisión debe analizar si existe un riesgo de que, en caso de no aplicar tal incremento, el autor de la infracción vulnere de nuevo las normas sobre competencia. Ahora bien, en el presente asunto, ni el pliego de cargos ni la Decisión dan a entender que exista tal riesgo en lo que a ellas respecta. Antes al contrario, la propia Comisión reconoció, tanto en el pliego de cargos como en la Decisión (considerando 95) que «Nintendo también tomó lo que parecían ser medidas verosímiles para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario en el futuro». Las demandantes recuerdan a este respecto que adoptaron numerosas medidas, como el reconocimiento voluntario de los hechos y el cese voluntario de la infracción en diciembre de 1997, una plena cooperación con la Comisión, el pago de compensaciones a terceros, la celebración de acuerdos de distribución no exclusivos con sus distribuidores y la aplicación de un programa mundial de ajuste a las normas sobre competencia.
- 59 En cuanto a la distinción efectuada por la Comisión, en su escrito de contestación, entre la disuasión general y la disuasión específica y el argumento de que la disuasión general puede justificar la aplicación de un coeficiente multiplicador, las demandantes replican que tal argumento se opone tanto a las Directrices como a la práctica anterior de la Comisión. Así, en el asunto «de los tubos preaislados», mencionado por la Comisión, el objetivo mismo de este coeficiente fue impedir toda reincidencia de la empresa ABB Asea Brown Boveri Ltd (en lo sucesivo, «ABB») [Decisión 1999/60/CE de la Comisión, de 21 de octubre de 1998, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo [81 CE] (IV/35.691/E-4: Cártel en el mercado de los tubos preaislados) (DO 1999, L 24, p. 1), considerando 168]. Por lo demás, en contra de lo que alega la Comisión, dicho asunto no constituye un precedente adecuado en favor de la imposición de un coeficiente

multiplicador a una empresa que ha adoptado un programa de ajuste al Derecho de la competencia, en la medida en que la Comisión indicó expresamente sus dudas sobre la eficacia del programa preexistente de ABB (Decisión de los tubos preaislados, antes citada, considerando 172).

60 En segundo lugar, las demandantes alegan que la Comisión se ha separado de su práctica anterior al aplicar por primera vez un coeficiente multiplicador con fines disuasorios en un asunto relativo a restricciones de la competencia de carácter vertical.

61 Las demandantes recuerdan a este respecto que, para justificar en el presente asunto la aplicación de un coeficiente multiplicador con objeto de garantizar el efecto disuasorio de la multa, la Comisión se basó, por una parte, en el tamaño de Nintendo y, por otra parte, en su condición de fabricante. Ahora bien, en los anteriores asuntos relativos a infracciones de carácter vertical, no se aplicó coeficiente multiplicador alguno con fines disuasorios a los fabricantes, a pesar de que en todos esos asuntos se habían impuesto multas a dichos fabricantes y las empresas sancionadas eran, con una o dos excepciones, varias veces más grandes que las demandantes. Este fue el caso de los asuntos «Volkswagen I» y «Volkswagen II», «Mercedes Benz» y «Opel» [Decisión 98/273/CE de la Comisión, de 28 de enero de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (Caso IV/35.733 — VW) (DO L 124, p. 60); Decisión 2001/711/CE de la Comisión, de 29 de junio de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo [81 CE] (Asunto COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (DO L 262, p. 14); Decisión 2002/758/CE de la Comisión, de 10 de octubre de 2001, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (Asunto COMP/36.264 Mercedes-Benz) (DO 2002, L 257, p. 1), y Decisión 2001/146/CE de la Comisión, de 20 de septiembre de 2000, relativa a un procedimiento incoado en virtud del artículo [81 CE] (asunto COMP/36.653 — Opel) (DO 2001, L 59, p. 1), respectivamente]. Por otra parte, según las demandantes, ninguna de las empresas implicadas en dichos asuntos puso fin voluntariamente a la infracción o cooperó con la Comisión del modo que fuera, y algunas de ellas eran incluso reincidentes.

62 En respuesta a la alegación de la Comisión de que únicamente procede aplicar un coeficiente multiplicador con fines disuasorios en los asuntos en los que se sancione a varios participantes, las demandantes ponen de relieve que las circunstancias que la

Comisión tuvo en cuenta para justificar la aplicación de dicho coeficiente en el presente asunto, a saber, el tamaño de Nintendo y su condición de fabricante, se dan tanto en los asuntos en los que hay una sola parte implicada como en aquéllos en los que hay varias. A su juicio, el planteamiento preconizado por la Comisión es, por tanto, irracional y discriminatorio.

63 En cuanto a la alegación de la Comisión de que la aplicación de un coeficiente multiplicador con fines disuasorios se justifica por la necesidad de fijar un importe de partida de la multa poco elevado para no penalizar a los demás participantes, y en particular a los pequeños distribuidores, las demandantes replican que la Decisión no ha establecido ninguna relación jurídica o matemática directa entre el importe de la multa en función de la gravedad de la infracción aplicable a Nintendo y el aplicable a los distribuidores. Según las demandantes, en cualquier caso la Comisión no estaba obligada a aumentar el importe de la multa en función de la gravedad de la infracción aplicable a los pequeños distribuidores por la mera razón de haber establecido un importe más alto para Nintendo.

64 En tercer lugar, las demandantes sostienen que, al aplicar un coeficiente multiplicador con fines disuasorios a Nintendo basándose en el hecho de que esta empresa era el fabricante de los productos de que se trata, como se indica en el considerando 395 de la Decisión, la Comisión se basó en una circunstancia no pertinente e incurrió así en un error de Derecho manifiesto.

65 A juicio de las demandantes, la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión* (100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 75, no constituye un precedente adecuado a este respecto. En efecto, el Tribunal de Justicia no sugirió en dicha sentencia que el mero hecho de que una empresa sea fabricante justifique, en sí, un incremento del importe de su multa. Lo que el Tribunal de Justicia declaró es que la circunstancia pertinente que debe tenerse en cuenta para calcular el importe de la multa es el papel desempeñado por el fabricante en la infracción, y no el hecho de que se trate de un fabricante. Además, según estas partes, el apartado 75 de dicha sentencia, citado por la Comisión, no se refiere al cálculo del importe de la multa, sino a la cuestión de si el fabricante había participado en una infracción de carácter vertical con sus distribuidores.

- 66 En cualquier caso, las demandantes alegan que el hecho de que Nintendo sea el fabricante de los productos de que se trata no indica que dicha empresa tenga más posibilidades de violar posteriormente el Derecho de la competencia que cualquier otro de los participantes en la infracción.
- 67 En cuarto lugar, las demandantes consideran que la Comisión violó el principio *non bis in idem* al tomar en consideración la condición de fabricante de Nintendo, no sólo al incrementar el importe de la multa con fines disuasorios, sino también en relación con una circunstancia agravante, a saber, el papel de líder e instigador de la infracción desempeñado por dicha empresa. Alegan así que, en el caso de las infracciones de carácter vertical, los papeles de fabricante y de líder de la infracción se confunden en la práctica. El fabricante ocupa una posición central, en la medida en que elige a los distribuidores, determina las condiciones en las que les suministrará el producto y mantiene relaciones comerciales permanentes con cada uno de ellos. A juicio de las demandantes, todo fabricante implicado en una infracción de carácter vertical en la que también participen sus distribuidores desempeña, pues, un papel central.
- 68 En quinto lugar, las demandantes estiman que la Comisión violó su derecho de defensa al no mencionar en el pliego de cargos su intención de aplicar un coeficiente multiplicador con fines disuasorios. Ponen así de relieve que, en el asunto de los tubos preaislados, la Comisión había informado específicamente a ABB de que se tendría que cuenta la necesidad de garantizar que la multa tuviera efectos disuasorios (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, ABB Asea Brown Boveri/ Comisión, T-31/99, Rec. p. II-1881, apartados 64 y 83).
- 69 La Comisión impugna la totalidad de las alegaciones formuladas por las demandantes.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 70 Procede recordar que la facultad de la Comisión de imponer multas a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 1, o del artículo 82 CE constituye uno de los medios asignados a la Comisión para permitirle cumplir la misión de vigilancia que le encomienda el Derecho

comunitario. Esta misión implica el deber de mantener una política general destinada a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión*, citada en el apartado 65 *supra*, apartado 105, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, *Jungbunzlauer/ Comisión*, T-43/02, Rec. p. II-3435, apartado 297).

71 De ello se deduce que la Comisión tiene la facultad de fijar el importe de las multas de modo que se refuerce su efecto disuasorio cuando las infracciones de un determinado tipo sean todavía relativamente frecuentes, aunque se haya determinado su ilegalidad desde los inicios de la política comunitaria de la competencia, en razón del beneficio que ciertas empresas interesadas pueden obtener de ellas (sentencias *Musique diffusion française y otros/Comisión*, citada en el apartado 65 *supra*, apartado 108, y *Jungbunzlauer/Comisión*, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 298). Como el objetivo disuasorio guarda relación con la conducta de las empresas en la Comunidad o en elEEE, el coeficiente disuasorio se calcula tomando en consideración una multitud de factores, y no sólo la situación particular de la empresa de que se trate (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2006, *Showa Denko/Comisión*, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, apartado 23; véase igualmente en este sentido la sentencia *Jungbunzlauer/Comisión*, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 300).

72 En consecuencia, al apreciar la necesidad de incrementar el importe de las multas para garantizar su efecto disuasorio, la Comisión no tiene obligación alguna de valorar la probabilidad de que las empresas implicadas reincidan (véase en este sentido la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007, *BASF y UCB/Comisión*, T-101/05 y T-111/05, Rec. p. II-4949, apartado 47).

73 Las demandantes no pueden sostener por tanto que, como la Comisión sólo tenía derecho a incrementar el importe de una multa para garantizar su efecto disuasorio en el caso de que existiera un riesgo de que las empresas implicadas vulnerasen de nuevo las normas en materia de competencia, dicha institución violó el principio de proporcionalidad en el presente asunto. Tal como la Comisión ha puesto de relieve, la búsqueda de un efecto disuasorio no va dirigida únicamente a las empresas expresamente mencionadas en la decisión por la que se imponen las multas, pues

también es preciso incitar a las empresas de tamaño similar y con recursos análogos a que se abstengan de participar en infracciones similares de las normas sobre competencia.

- 74 Las medidas preventivas adoptadas por las demandantes, a saber, principalmente, el programa de ajuste al Derecho comunitario de la competencia, la actitud de cooperación en el procedimiento administrativo y las compensaciones que han abonado a terceros, no afectan a la realidad de la infracción cometida y no deben tenerse en cuenta en la fase de valoración de la gravedad de la infracción. Tales circunstancias pueden tenerse en cuenta, en su caso, al examinar la existencia de circunstancias atenuantes.
- 75 En cuanto a la alegación de que la Comisión se separó de su política anterior, ya que nunca hasta entonces se había aplicado un incremento disuasorio a las multas impuestas a los participantes en una infracción de carácter vertical, basta con recordar que, según reiterada jurisprudencia, la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y las decisiones relativas a otros asuntos tienen un mero carácter indicativo en lo que respecta a la eventual existencia de discriminaciones, dado que es poco probable que las circunstancias específicas de esos asuntos, tales como los mercados, los productos, las empresas y los períodos considerados, sean idénticas (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, *JCB Service/Comisión*, C-167/04 P, Rec. p. I-8935, apartados 201 y 205, y de 7 de junio de 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Comisión*, C-76/06 P, Rec. p. I-4405, apartado 60).
- 76 Además, es preciso poner de relieve que dichas empresas deben tener en cuenta la posibilidad de que la Comisión decida, en cualquier momento, elevar el importe de las multas con respecto al que aplicaba anteriormente (sentencia *Britannia Alloys & Chemicals/Comisión*, citada en el apartado 75 *supra*, apartado 61).
- 77 De ello se deduce que procede desestimar la alegación relativa a la falta de coherencia con respecto a la práctica anterior de la Comisión.

78 En cuanto a la alegación de que la Comisión cometió un error de Derecho al hacer referencia, en el contexto del incremento de la multa con fines disuasorios, al hecho de que Nintendo era el fabricante de los productos de que se trata, tampoco cabe acogerla.

79 En efecto, si bien es cierto que el tamaño de las empresas es generalmente uno de los datos que deben tenerse en cuenta para determinar el importe de la multa, no cabe excluir la posibilidad de que se tomen en consideración otros datos a fin de garantizar un efecto disuasorio suficiente a la multa. A este respecto, en el caso de infracciones de carácter vertical, la condición de fabricante de los productos puede considerarse, al igual que el tamaño de la empresa, un dato representativo de su capacidad efectiva para causar un perjuicio importante a la competencia. En efecto, en tal caso, el fabricante de los productos de que se trata, que ocupa una posición central en el sistema de distribución de dichos productos, debe mostrarse especialmente vigilante y asegurarse de que respeta las normas sobre competencia al celebrar acuerdos de distribución.

80 Por consiguiente, al fijar el importe de la multa a un nivel que le garantizase un efecto disuasorio suficiente, la Comisión podía tener en cuenta, sin cometer un error manifiesto de apreciación, el hecho de que Nintendo ocupaba una posición única en el sistema de distribución controvertido a causa de su condición de fabricante.

81 Las demandantes no pueden invalidar esta apreciación alegando que el fabricante de los productos de que se trate no es más propenso que otras empresas a violar ulteriormente el Derecho de la competencia. En efecto, como se ha recordado en el apartado 72 *supra*, el incremento de la multa con fines disuasorios no está relacionado con la probabilidad de que las empresas implicadas reincidan.

- 82 En lo que respecta a la alegación de las demandantes de que la Comisión violó el principio *non bis in idem* al tener en cuenta su condición de fabricante, no sólo en el contexto del incremento de la multa con fines disuasorios, sino también al examinar las circunstancias agravantes, resulta obligado comenzar por señalar que dicho principio no es aplicable en el presente asunto. En efecto, dicho principio prohíbe sancionar a una misma persona más de una vez por un mismo comportamiento ilícito (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 338). Ahora bien, las demandantes no han sido en absoluto sancionadas dos veces por un mismo comportamiento.
- 83 En cualquier caso, en contra de lo que alegan las demandantes, al examinar las circunstancias agravantes la Comisión tuvo en cuenta, no la circunstancia objetiva de que Nintendo fuera el fabricante de los productos de que se trata, sino su condición de líder e instigador de la infracción, circunstancia subjetiva con la que se califica el papel desempeñado por dicha empresa en la infracción sancionada. No cabe sostener para desvirtuar esta conclusión que, en las infracciones de carácter vertical, es forzosamente el fabricante de los productos de que se trate quien desempeña el papel de líder. En efecto, nada permite excluir la posibilidad de que una infracción de carácter vertical sea liderada por una empresa que sea únicamente distribuidor, y no fabricante, de los productos de que se trate.
- 84 Por último, en lo que respecta a la alegación de que la Comisión violó el derecho de defensa de las demandantes al no mencionar en el pliego de cargos su intención de incrementar las multas que les impondría para asegurarse de que su efecto disuasorio fuera suficiente, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, desde el momento en que la Comisión indica expresamente en el pliego de cargos que va a examinar si procede imponer multas a las empresas implicadas y expone las principales razones de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido deliberadamente o por negligencia, dicha institución cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas. Al actuar así, les da los datos necesarios para defenderse, no sólo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 199; véase también en este sentido la sentencia *Musique diffusion française y otros/Comisión*, citada en el apartado 65 *supra*, apartado 21).

85 De ello se deduce que, en lo que respecta a la determinación del importe de las multas, el derecho de defensa de las empresas implicadas ante la Comisión queda garantizado por la posibilidad de presentar observaciones sobre la duración, la gravedad y el carácter contrario a la competencia de los hechos que se les imputan. Por otra parte, existe una garantía adicional para las empresas en lo que se refiere a la determinación del importe de las multas, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia resuelve con competencia jurisdiccional plena y puede suprimir o reducir la multa, en virtud del artículo 17 del Reglamento nº 17 (sentencia LR AF 1998/Comisión, citada en el apartado 84 *supra*, apartado 200).

86 En el presente asunto, la Comisión indicó claramente en el pliego de cargos los principales factores que pensaba tener en cuenta para determinar el importe de las multas, factores relativos no sólo a la duración y a la gravedad de la infracción (puntos 353 a 360 del pliego de cargos), sino también a otros parámetros (punto 361 del pliego de cargos).

87 El hecho de que la Comisión no mencionase la posibilidad de aplicar un coeficiente multiplicador para garantizar el efecto disuasorio de las multas que impondría a las demandantes no puede calificarse de violación del derecho de defensa de éstas. En efecto, según las Directrices, el alcance disuasorio de las multas constituye uno de los factores en función de los cuales debe apreciarse la gravedad de las infracciones (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión, C-219/95 P, Rec. p. I-4411, apartado 33, y sentencia BASF y UCB/Comisión, citada en el apartado 72 *supra*, apartado 45). No cabe exigir a la Comisión que indique con mayor detalle, en la fase de envío del pliego de cargos, todos los factores que proyecta tener en cuenta a la hora de determinar el importe de las multas.

88 Por consiguiente, procede desestimar igualmente la alegación relativa a una violación del derecho de defensa.

89 Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede desestimar el presente motivo.

Sobre el segundo motivo, en el que se invoca una violación del principio de igualdad de trato, un incumplimiento de la obligación de motivación y una aplicación errónea de la metodología expuesta en las Directrices

Alegaciones de las partes

- 90 En primer lugar, las demandantes alegan que la Comisión violó el principio de igualdad de trato al multiplicar por tres el importe de partida de su multa con objeto de garantizar que tuviera efectos disuasorios. En efecto, a su juicio, el coeficiente multiplicador aplicado con fines disuasorios al importe de su multa hubiera debido ser idéntico o cercano al coeficiente de 1,25 aplicado a John Menzies. En términos de volumen de negocios, Nintendo era más de veinte veces más pequeña que Itochu, pero sólo dos veces más grande que John Menzies. En el presente asunto, el incremento de la multa con fines disuasorios aplicado a las demandantes es proporcionalmente idéntico al aplicado a Itochu y ocho veces superior al aplicado a John Menzies. En términos absolutos, dicho incremento es 57 veces mayor que el incremento aplicado a John Menzies.
- 91 En segundo lugar, las demandantes alegan que la aplicación de un coeficiente multiplicador con fines disuasorios supuso un incremento del importe definitivo de su multa de 99,6 millones de euros. A este respecto alegan que la Comisión incumplió su obligación de motivación al no explicar por qué razones procedía aplicarles un coeficiente multiplicador de 3 ni por qué era necesario dicho incremento, mientras que en el caso de John Menzies se había estimado suficiente un incremento de 1,73 millones de euros.
- 92 En respuesta a la alegación de la Comisión de que la diferencia entre el incremento de la multa con fines disuasorios aplicado a las demandantes y el aplicado a John Menzies se explica por el hecho de que Nintendo era el fabricante de los productos de que se trata, las demandantes sostienen que el incremento de las multas con fines disuasorios no debería basarse en el lugar que ocupan las empresas en la cadena económica, sino en la necesidad de garantizar que se respete en el futuro el Derecho de la competencia.

93 En último lugar, las demandantes consideran que la Comisión no respetó las Directrices al aplicar con fines disuasorios un coeficiente multiplicador desde la segunda fase de cálculo del importe de la multa. A su juicio, para verificar si el efecto disuasorio de la multa es suficiente, la Comisión únicamente debe tener en cuenta su importe definitivo, es decir, el importe obtenido tras el incremento resultante de la duración de la infracción y de las circunstancias agravantes.

94 La Comisión solicita que se desestimen todas las alegaciones formuladas por las demandantes.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

95 En primer lugar, por lo que respecta a la alegación de que la Comisión violó el principio de igualdad de trato, ya que el coeficiente multiplicador aplicado a las demandantes hubiera debido ser idéntico al aplicado a John Menzies, es decir, un coeficiente de 1,25 y no de 3, procede recordar que, con arreglo al principio de igualdad de trato, la Comisión no puede tratar situaciones comparables de manera diferente ni situaciones diferentes de manera idéntica, a menos que dicho trato esté objetivamente justificado (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión, T-38/02, Rec. p. II-4407, apartado 453, y la jurisprudencia citada).

96 Pues bien, resulta obligado hacer constar que las situaciones de Nintendo y de John Menzies distan mucho de ser comparables: no sólo son muy diferentes sus cuotas de mercado en las ventas de los productos de que se trata (de un *[confidencial]*¹ % y de un *[confidencial]* %, respectivamente), sino que tampoco son comparables sus posiciones en el sistema de distribución (fabricante y distribuidor exclusivo de gran tamaño, respectivamente). Por lo tanto, la Comisión no violó el principio de igualdad de trato al intentar garantizar el efecto disuasorio de las multas.

1 — Se han ocultado los datos confidenciales.

- 97 Por lo que respecta a la alegación de incumplimiento de la obligación de motivación, basta con recordar que, habida cuenta de los requisitos en materia de motivación de las decisiones por las que se imponen multas (véase el apartado 53 *supra*) y del contenido de los considerandos 392 a 396 de la Decisión, esta última no adolece de defecto de motivación alguno en lo que respecta al efecto disuasorio de la multa impuesta.
- 98 Por último, tampoco procede acoger la alegación de que la Comisión no respetó las Directrices, ya que el incremento de la multa a efectos disuasorios hubiera debido aplicarse en la última fase de determinación del importe de las multas.
- 99 Esta alegación procede de una interpretación errónea de las Directrices. En efecto, éstas mencionan la finalidad disuasoria en su punto 1, sección A, según el cual «será necesario [...] fijar un importe que dote a la multa de un carácter lo suficientemente disuasorio». Como el Tribunal de Primera Instancia ha tenido ya la oportunidad de precisar, la necesidad de garantizar dicho efecto constituye un requisito genérico que debe guiar a la Comisión durante todo el proceso de cálculo del importe de la multa, pero no se requiere necesariamente que este cálculo se caracterice por una etapa específica destinada a valorar globalmente todas las circunstancias pertinentes a efectos de alcanzar tal objetivo (véase en este sentido la sentencia BASF y UCB/Comisión, citada en el apartado 72 *supra*, apartado 48, y la jurisprudencia citada).
- 100 Se deduce del conjunto de consideraciones expuestas que procede desestimar los motivos en los que se impugna la determinación del importe de partida de la multa en función de la gravedad de la infracción.

3. Sobre el incremento del importe de partida de la multa en función de la duración de la infracción

- 101 En su demanda, las demandantes formularon dos motivos contra el incremento del importe de la multa en función de la duración de la infracción, en los que se alegaba, por una parte, un error manifiesto de apreciación, un error de Derecho y un defecto de

motivación en lo que respecta a la decisión de la Comisión de aumentar la multa en un 10 % por cada año de participación en la infracción y, por otra parte, un error de Derecho en lo que respecta al incremento de la multa por el primer año de participación en la infracción.

- 102 Como las demandantes declararon posteriormente que renunciaban al segundo motivo (véase el apartado 26 *supra*), sólo se examinará a continuación el primer motivo.

Alegaciones de las partes

- 103 En primer lugar, las demandantes alegan que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación y un error de Derecho al aplicar el incremento máximo de un 10 % por cada año completo de participación en la infracción, lo que supuso un incremento total de un 65 %.

- 104 Según las demandantes, este planteamiento sólo habría resultado apropiado si la gravedad de la infracción hubiera sido idéntica cada año, pero no fue éste el caso en el presente asunto. En efecto, según la Decisión, la intensidad, los efectos y el ámbito geográfico de la infracción evolucionaron a lo largo del tiempo. Así, en el período de cuatro años y tres meses comprendido entre enero de 1991 y marzo de 1995, la infracción fue menos grave que en el período de dos años y ocho meses comprendido entre abril de 1995 y diciembre de 1997. Por otra parte, las demandantes alegan que la Comisión no tuvo en cuenta la petición en ese sentido formulada por ellas en su respuesta al pliego de cargos.

- 105 Las demandantes sostienen también que, al aplicar el incremento máximo, de un 10 % por cada año completo de participación en la infracción, la Comisión se separó de la práctica que seguía hasta entonces en la determinación de las multas por infracciones de carácter vertical de larga duración, práctica que revela que tal incremento sólo se aplicaba a los años en que la infracción era más grave. Por ejemplo, en el asunto

Volkswagen I, la Comisión únicamente aplicó el incremento máximo del 10 % a los cuatro años en que la infracción fue más intensa, a pesar de que dicha infracción, de una duración total de 10 años, había afectado al comercio paralelo durante todo ese período.

106 En segundo lugar, las demandantes sostienen que la Comisión no motivó su decisión de separarse así de la política y de la práctica que aplicaba anteriormente, o al menos que no ofreció una motivación jurídicamente suficiente.

107 En tercer lugar, en respuesta a la explicación de la Comisión de que el incremento máximo del 10 % se justificaba por el carácter muy grave de la infracción en todas las fases de su puesta en práctica, las demandantes subrayan que, con arreglo a las Directrices, el carácter muy grave de una infracción únicamente debe tomarse en cuenta en el momento de determinar el importe de partida de la multa en función de la gravedad de la infracción (punto 1, sección A de las Directrices).

108 Por último, en respuesta a la alegación de la Comisión de que era necesario aplicar el máximo incremento posible en función de la duración de la infracción a fin de compensar el importe relativamente escaso calculado en función de la gravedad de la infracción, las demandantes replican que este razonamiento es contrario a las Directrices y supone tomar en consideración tres veces la gravedad de la infracción: en primer lugar, al establecer un importe de partida de 23 millones de euros en atención a la gravedad de la infracción; en segundo lugar, al aplicar un coeficiente multiplicador con fines disuasorios, aunque –según la Comisión– relacionado igualmente con la gravedad de la infracción, y, en tercer lugar, al aplicar este incremento máximo del 10 % en atención a la duración de la infracción para compensar el importe demasiado bajo que se estableció inicialmente.

109 La Comisión considera infundadas todas estas alegaciones.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 110 Con arreglo al punto 1, sección B, de las Directrices, en el caso de infracciones de larga duración (más de cinco años), la Comisión tiene la posibilidad de incrementar el importe determinado en función de la gravedad de la infracción en un porcentaje que puede llegar hasta el 10 % por cada año de duración de la infracción.
- 111 En el presente asunto, la Comisión indicó en el considerando 397 de la Decisión que las demandantes habían participado en la infracción durante seis años y once meses, lo que constituye una infracción de larga duración con arreglo a las Directrices, y aumentó en un 65 % el importe de la multa en función de la duración de la infracción. Al actuar así, la Comisión respetó las reglas que se había impuesto en las Directrices. Además, en el presente asunto, este incremento de un 65 % en atención a la duración de la infracción no resulta inapropiado.
- 112 El mero hecho de que la Comisión se haya reservado la posibilidad de incrementar el importe de la multa hasta un 10 % por cada año de duración de la infracción no le obliga en absoluto a determinar este porcentaje de incremento en función de la intensidad de la infracción, o incluso de los diferentes grados de implicación de cada infractor.
- 113 Por consiguiente, no cabe acoger la alegación según la cual, por haber variado mucho la intensidad y la gravedad de la infracción, la Comisión estaba obligada a aplicar un porcentaje de incremento de la multa mucho menor, al menos en una parte del período examinado. En efecto, el incremento del importe de la multa en función de la duración de la infracción no se limita únicamente a los casos en que exista una relación directa entre dicha duración y la intensidad del perjuicio causado a los objetivos comunitarios perseguidos por las normas sobre competencia (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, Tate & Lyle y otros/Comisión, T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Rec. p. II-2035, apartado 106, y de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, T-203/01, Rec. p. II-4071, apartado 278).

- 114 En contra de lo que afirman las demandantes, la Comisión no indicó en absoluto en su escrito de contestación que fuera necesario incrementar al máximo la multa en función de la duración de la infracción para compensar el importe relativamente escaso establecido en función de la gravedad de la infracción, sino únicamente que ella había tenido en cuenta las variaciones de intensidad de la infracción al determinar el importe de partida de la multa en función de la gravedad de la infracción.
- 115 En cuanto a la referencia de las demandantes a las decisiones anteriores de la Comisión, en particular en el asunto Volkswagen I, procede recordar que la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia (véase la jurisprudencia citada en el apartado 75 *supra*).
- 116 Dadas estas circunstancias, la Comisión no estaba obligada a explicar por qué el porcentaje de incremento de la multa en función de la duración de la infracción aplicado en el presente asunto difería del aplicado por ella en decisiones anteriores. La Comisión no incumplió pues, a este respecto, la obligación de motivación que le impone el artículo 253 CE.
- 117 Se deduce del conjunto de consideraciones expuestas que procede desestimar por infundado el motivo relativo al incremento del importe de la multa en función de la duración de la infracción.

4. Sobre el incremento del importe de base de la multa de las demandantes en atención a las circunstancias agravantes

Sobre la toma en consideración del papel de líder e instigador de la práctica colusoria

- 118 Las demandantes rechazan el papel de líder e instigador de la infracción que les ha atribuido la Comisión. Invocan a este respecto dos motivos, de los cuales el primero se refiere a un error manifiesto de apreciación y a un error de Derecho y el segundo una

falta de coherencia con respecto a la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones anteriores, a una violación del principio de no discriminación y a un incumplimiento de la obligación de motivación.

Sobre el primer motivo, en el que se invoca un error manifiesto de apreciación y un error de Derecho en la atribución a las demandantes del papel de líder e instigador de la infracción

— Alegaciones de las partes

119 Las demandantes alegan que la Comisión incurrió en un error manifiesto de apreciación y en un error de Derecho al concluir que el papel desempeñado por ellas en la infracción constituía una circunstancia agravante y al incrementar en consecuencia el importe de la multa.

120 A este respecto recuerdan en primer lugar que, en el caso de las infracciones de carácter vertical, los papeles de fabricante y de líder de la infracción se confunden en la práctica. Las demandantes señalan a continuación que, para que el papel desempeñado por una empresa constituya una circunstancia agravante, es preciso que dicho papel incremente la gravedad de la infracción, o de la participación de la empresa en dicha infracción, con respecto a la gravedad que habría tenido si dicha empresa no hubiera actuado como líder.

121 En el presente asunto, a su juicio, nada en la Decisión indica que el papel desempeñado por Nintendo, por una parte, haya ido más lejos de lo que le imponía su condición de fabricante ni, por otra parte, que haya agravado la infracción.

122 Más concretamente, los hechos relativos al papel de Nintendo como líder e instigador de la infracción, tal como se exponen en los considerandos 228 a 238 de la Decisión, hace referencia a tres tipos de comportamientos, a saber, el «control», la «aplicación» y el «cumplimiento» de la infracción. El «control» hace referencia al control del comercio paralelo, mientras que el «cumplimiento» alude al hecho de que NOE buscaba, en su caso, el apoyo de otras sociedades del grupo Nintendo. Ahora bien, ninguno de estos tipos de comportamiento agravaba la infracción o el papel que Nintendo desempeñaba en ella. En cuanto a la «aplicación» de la infracción, los hechos correspondientes, mencionados en el considerando 237 de la Decisión, muestran que Nintendo estaba muy influido por sus distribuidores independientes. Tales hechos deben interpretarse por tanto, al menos en parte, como una reacción de dicha empresa frente a las peticiones de que actuara procedentes de sus distribuidores y no como un «caso extremo de organización y aplicación de una infracción», tal como sostiene la Comisión en su escrito de contestación.

123 Por último, en su escrito de réplica, las demandantes ponen de relieve que la Comisión ha aludido a la práctica seguida por ella en sus decisiones relativas a prácticas colusorias horizontales. A su juicio, al actuar así la Comisión reconoce que debe tratar a las demandantes como si hubieran participado en un cártel, mientras que al mismo tiempo les niega la posibilidad de acogerse a la Comunicación sobre la cooperación.

124 La Comisión impugna todas las alegaciones formuladas por las demandantes.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

125 Con carácter preliminar procede subrayar que la toma en consideración de la posición de líder se ajusta a la jurisprudencia y a las Directrices.

126 En lo que respecta a la jurisprudencia, se ha declarado ya que, cuando una infracción ha sido cometida por varias empresas, al determinar el importe de las multas procede examinar la gravedad relativa de la participación de cada una de ellas (sentencia 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), lo que implica, en particular, determinar sus papeles respectivos mientras participaron en la infracción (véase en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 150). De ello se desprende que el papel de «líder» desempeñado por una o varias empresas en el marco de una práctica colusoria debe ser tenido en cuenta a efectos de cálculo del importe de la multa, ya que las empresas que hayan desempeñado tal papel deben, por ello, asumir una responsabilidad particular en comparación con las demás empresas (véanse en este sentido las sentencias 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 de 16 de noviembre de 2000, Finnboard/Comisión, C-298/98 P, Rec. p. I-10157, apartado 45; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Mayr-Melnhof/Comisión, T-347/94, Rec. p. II-1751, apartado 291).

- 127 En cuanto a las Directrices, éstas establecen en su punto 2 una lista no exhaustiva de circunstancias agravantes 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».
- 128 En el presente asunto, procede señalar que la Comisión hizo referencia a un cierto número de hechos para llegar a la conclusión de que Nintendo había sido el líder e instigador de la infracción de que se trata (véanse los considerandos 228 a 238 y 406 de la Decisión). En efecto, la Comisión expuso allí que Nintendo controlaba, aplicaba y se aseguraba del cumplimiento de un cierto número de medidas destinadas a limitar el comercio paralelo.
- 129 Resulta obligado hacer constar que la Comisión no incurrió en un error al considerar que tales hechos, cuya existencia no han negado las demandantes, indicaban que Nintendo había sido el líder e instigador de la infracción.

- 130 En contra de lo que sostienen las demandantes, para calificar a una empresa de «líder» e incrementar el importe de su multa no es preciso probar que, si dicha empresa no hubiera desempeñado el papel que desempeñó, la infracción habría sido menos grave. En efecto, tal argumento procede de una confusión entre la valoración de la gravedad de la infracción en términos absolutos y el examen de la gravedad relativa de la participación de cada una de las empresas implicadas a efectos de aplicar circunstancias agravantes o atenuantes.
- 131 Del mismo modo, tampoco pueden alegar las demandantes que el papel de líder o instigador de la infracción sólo puede observarse en el caso de prácticas colusorias horizontales, pero no en el caso de prácticas colusorias verticales, como la que se examina en el presente asunto. En efecto, el hecho de que, en el caso de estas últimas restricciones, dicho papel se confunda generalmente con el de fabricante no impide tomar en consideración dicha circunstancia agravante a efectos de calcular el importe de la multa.
- 132 Por último, en cuanto a la alegación relativa a la incompatibilidad entre la conclusión de que Nintendo fue el líder de la práctica colusoria y la negativa de la Comisión a aplicar la Comunicación sobre la cooperación, resulta obligado hacer constar que las demandantes no han indicado qué relación puede existir, en el contexto del cálculo del importe de las multas, entre la aplicación de dicha Comunicación y el reconocimiento de la existencia de circunstancias agravantes en lo que a las empresas respecta.
- 133 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede desestimar el presente motivo.

Sobre el segundo motivo, en el que se invoca una falta de coherencia con respecto a la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones anteriores, una violación del principio de no discriminación y un incumplimiento de la obligación de motivación

— Alegaciones de las partes

¹³⁴ Las demandantes alegan que la Comisión se separó de su práctica anterior en materia de infracciones de carácter vertical al aplicar a Nintendo un incremento de un 50 % del importe de la multa por su papel de líder e instigador de la infracción. Este cambio de actitud es tan grande que constituye una violación del principio de no discriminación. En efecto, a juicio de las demandantes, el papel desempeñado por Nintendo no fue más importante que el papel de los fabricantes sancionados en asuntos anteriores relativos a acuerdos de carácter vertical, en los que los incrementos de las multas como consecuencia de las circunstancias agravantes fueron mucho menores, como por ejemplo el incremento de un 20 % aplicado en los asuntos Volkswagen I y II.

¹³⁵ Además, las demandantes consideran que la Comisión no justificó este cambio con respecto a su política y a su práctica anteriores, o no lo justificó de modo jurídicamente suficiente.

¹³⁶ La Comisión impugna todas las alegaciones formuladas por las demandantes.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

¹³⁷ En lo que respecta a la alegación de que la Comisión se separó de su práctica anterior en materia de infracciones de carácter vertical, basta con recordar que la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia (véase la jurisprudencia citada en el apartado 75 *supra*). De ellos se deduce que procede desestimar igualmente la alegación relativa a la violación

del principio de discriminación, que se basa en la diferencia entre el incremento de la multa aplicado en el presente asunto y los que se aplicaron en otros asuntos.

138 Del mismo modo, dadas estas circunstancias, la Comisión no estaba obligada a explicar por qué el importe del incremento aplicado el presente asunto era diferente del aplicado en sus decisiones anteriores. En cualquier caso, la Decisión indica claramente los datos que la Comisión tuvo en cuenta y cumple así los requisitos en materia de motivación establecidos por la jurisprudencia (véase el apartado 53 *supra*). Así pues, la Comisión no ha incumplido la obligación de motivación que le impone el artículo 253 CE.

139 Por lo tanto, procede desestimar el presente motivo.

Sobre el incremento del importe de la multa aplicado a las demandantes por haber seguido cometiendo la infracción

140 A mayor abundamiento, las demandantes alegan que la Comisión no ha impuesto nunca un porcentaje de aumento (25 %) ni una sanción financiera (28,5 millones de euros) tan altos por la circunstancia agravante de haber seguido cometiendo la infracción. A su juicio, tal incremento es manifiestamente excesivo, en particular comparado con el importe de partida de la multa calculado en función de la gravedad de la infracción, de sólo 23 millones de euros.

141 La Comisión impugna estas alegaciones.

142 El Tribunal de Primera Instancia recuerda que la Comisión puede legítimamente considerar circunstancia agravante el hecho de que una empresa haya seguido cometiendo una infracción tras el inicio de sus investigaciones, dado que tal comportamiento muestra la especial determinación de los participantes en la práctica colusoria a persistir en la infracción pese al riesgo de ser sancionados (sentencia LR AF 1998/Comisión, citada en el apartado 84 *supra*, apartado 369).

143 En el presente asunto, las demandantes no impugnan el propio principio de aplicación de tal incremento, sino el porcentaje de incremento que les fue aplicado.

144 Las circunstancias del asunto justifican el incremento de la multa aplicado a Nintendo por haber seguido cometiendo la infracción, de un 25 %. En efecto, la exposición de los hechos efectuada por la Comisión en la Decisión, cuya veracidad no ha sido en absoluto impugnada, muestra que NOE y NCL persistieron en su comportamiento ilícito tras haber tenido conocimiento de las investigaciones de la Comisión. Los hechos mencionados en el considerando 410 de la Decisión demuestran la particular determinación con la que NOE y NCL siguieron cometiendo la infracción en 1996 y 1997, es decir, durante los dos años posteriores al momento en que tuvieron conocimiento de las investigaciones, lo que sucedió en junio de 1995 como muy tarde.

145 Por consiguiente, la Comisión podía legítimamente calificar de circunstancia agravante para las demandantes esta continuación de la infracción, e incrementar en consecuencia en un 25 % el importe de la multa que les impuso.

146 Por consiguiente, procede desestimar el presente motivo.

5. Sobre la reducción del importe de la multa impuesta concedida a las demandantes en atención a las circunstancias atenuantes

¹⁴⁷ Las demandantes sostienen que la cooperación que prestaron y el conjunto de circunstancias atenuantes que les son aplicables merecían una reducción de la multa muy superior a la reducción del 25 % que se les concedió. Existen en efecto, a su juicio, diferentes factores que habrían justificado que se les otorgase una reducción superior, tales como la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación en el presente asunto, la igualdad de trato con respecto a John Menzies, una calificación justa de la cooperación que ofrecieron a la Comisión y la toma en consideración de las compensaciones que abonaron a terceros y del programa de ajuste al Derecho de la competencia adoptado por ellas.

Sobre el primer motivo, en el que se invoca un error de Derecho y un error manifiesto de apreciación en relación con la negativa de la Comisión a aplicar la Comunicación sobre la cooperación

Alegaciones de las partes

¹⁴⁸ Las demandantes alegan que la Comisión cometió un error de Derecho y un error manifiesto de apreciación al negarse a aplicar la Comunicación sobre la cooperación, privándolas así de la posibilidad de obtener la reducción máxima del 50 % prevista en la sección D de dicha Comunicación.

¹⁴⁹ Las demandantes sostienen que reconocieron voluntariamente la infracción y cooperaron totalmente con la Comisión a partir del 23 de diciembre de 1997. Nintendo fue, pues, la primera empresa que realizó una confesión voluntaria y, por lo tanto, la primera que cooperó con la Comisión. Las demandantes señalan que no conocen otro caso en el que la cooperación haya sido tan importante y espontánea como la prestada por ellas en el presente asunto.

150 Más concretamente, en lo que respecta a la negativa de la Comisión a aplicar la Comunicación sobre la cooperación basándose en que el presente asunto se refiere a una infracción de carácter vertical y no a un acuerdo secreto, las demandantes alegan que tal negativa es incompatible con el hecho de que la infracción que aquí se examina fue tratada como un acuerdo secreto desde el punto de vista de la sanción. Según las demandantes, la Comisión no puede sostener que el alto nivel de la multa estaba justificado porque la infracción era comparable a un acuerdo horizontal y al mismo tiempo negar que se trate de un acuerdo de este tipo al examinar las circunstancias atenuantes. Por otra parte, todo comportamiento que dé derecho a una reducción de la multa con arreglo a la Comunicación sobre la cooperación debe considerarse «circunstancia atenuante» en el sentido de las Directrices. Por lo tanto, a juicio de las demandantes, cuando la Comisión proyecta imponer una multa, está obligada a tener en cuenta todas las circunstancias atenuantes, y en particular las mencionadas en dicha Comunicación.

151 A este respecto, las demandantes sostienen que les son aplicables, al menos, las disposiciones de la sección D, apartado 2, guiones primero y segundo, de la Comunicación sobre la cooperación, donde se establece una reducción del 10 % al 50 % del importe de la multa, por una parte, si antes del envío del pliego de cargos una empresa facilita a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción y, por otra parte, si tras recibir el pliego de cargos una empresa informa a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos en los que ésta basa sus acusaciones.

152 En efecto, según las demandantes, la documentación voluntariamente aportada por ellas antes del envío del pliego de cargos constituye un 74 % de los documentos en que se basó la Comisión en el pliego de cargos y un 84 % de los documentos que utilizó como base en la Decisión. Por lo demás, la propia Comisión lo reconoció así en el punto 216 del pliego de cargos. Las demandantes subrayan, además, que no sólo aceptaron los hechos expuestos por la Comisión en el pliego de cargos, sino también las conclusiones que extrajo de ellos.

153 Habida cuenta de todos estos factores, las demandantes estiman que se les habría debido a aplicar la reducción máxima del 50 % prevista en la sección D de la Comunicación sobre la cooperación. Por lo demás consideran que ello se ajustaría a la práctica seguida por la Comisión, que suele conceder grandes reducciones de la multa,

comprendidas entre el 30 % y el 50 %, a empresas cuya cooperación resulta manifiestamente menos completa y menos amplia que la prestada por ellas.

154 A este respecto mencionan en particular el asunto «Nathan Bricolux» [Decisión 2001/135/CE de la Comisión, de 5 de julio de 2000, en un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP.F.1. 36.516 — Nathan-Bricolux) (DO 2001, L 54, p. 1), considerando 134], en el que la Comisión otorgó una reducción de un 40 % por una cooperación que ni siquiera se materializó en una aportación voluntaria de pruebas documentales. Aluden igualmente al asunto de los tubos preaislados, en el que el Tribunal de Justicia concedió a ABB una reducción de un 30 % por haber aportado a la Comisión informaciones sobre el origen del cártel que ayudaron a esta última a demostrar los hechos constitutivos de la infracción, y una reducción diferente por no haber impugnado los hechos tras recibir el pliego de cargos.

155 Por último, las demandantes consideran infundada la alegación de la Comisión de que las pruebas pierden valor cuando no existe una cooperación rápida. En efecto, como ya fueron sancionadas con un incremento de un 25 % del importe de la multa por la circunstancia agravante de haber seguido cometiendo la infracción, una escasa reducción de la multa a causa de su cooperación tardía significa tomar en consideración dos veces la misma circunstancia, en violación del principio *non bis in idem*. Las demandantes sostienen que, en cualquier caso, la reducción de la multa en atención a la cooperación de las empresas no depende del orden cronológico en el que se aporten las pruebas [véanse, en este sentido, la Decisión 2001/418/CE de la Comisión, de 7 de junio de 2000, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/36.545/F3 — Aminoácidos) (DO 2001, L 152, p. 24), y la Decisión 2002/742/CE de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo [81 CE] y con el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/36 604 — Ácido cítrico) (DO 2002, L 239, p. 18)].

156 La Comisión impugna todas las alegaciones formuladas por las demandantes.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 157 En primer lugar, procede descartar la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación en el presente asunto. En efecto, se deduce claramente de esta Comunicación, cuyo objetivo consiste en incitar a las empresas a revelar la existencia de acuerdos particularmente difíciles de descubrir, que sólo es aplicable en los casos de infracciones de carácter horizontal, como los cárteles. Así, en su sección A, apartado 1, párrafo primero, esta Comunicación se refiere al caso de «los acuerdos secretos entre empresas que tienen por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta o el reparto de mercados o la prohibición de las importaciones o las exportaciones».
- 158 Tampoco cabe acoger las alegaciones de las demandantes si se interpretan en el sentido de que con ellas se pretende reivindicar el derecho a una aplicación analógica de dicha Comunicación, en la medida en que la infracción contemplada en el presente asunto fue tratada como un cártel desde el punto de vista de la sanción. En efecto, como ha puesto de relieve la Comisión, no existe relación alguna entre la calificación de la infracción de que se trata como muy grave y la cooperación prestada por las empresas durante el procedimiento administrativo. Del mismo modo, tampoco cabe sostener que la Comisión estuviera obligada a otorgar una reducción superior de la multa por haber calificado de circunstancia agravante el hecho de que las demandantes hubieran seguido cometiendo la infracción.
- 159 Por lo tanto, las demandantes no pueden invocar la Comunicación sobre la cooperación ni las normas que en ella figuran para reivindicar el derecho a obtener una reducción superior de la multa en atención a su cooperación.
- 160 En segundo lugar, por lo que respecta a la valoración de la amplitud de la cooperación prestada por las demandantes, es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, la reducción de la multa en atención a la cooperación de la empresa durante el procedimiento administrativo se funda en la idea de que tal cooperación facilita la labor de la Comisión de comprobar la existencia de infracción (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, BPB de Eendracht/Comisión, T-311/94, Rec. p. II-1129, apartado 325, y Finnboard/Comisión, T-338/94, Rec. p. II-1617, apartado 363). Por lo tanto, para justificar la reducción del importe de una multa en atención a la cooperación de la empresa sancionada, el comportamiento de ésta debe facilitar la labor de la Comisión consistente en comprobar y reprimir las infracciones de las

normas comunitarias en materia de competencia (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, JFE Engineering y otros/Comisión, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501, apartado 499, y la jurisprudencia citada).

¹⁶¹ Aunque, al valorar la cooperación prestada por los participantes en una práctica colusoria, la Comisión no puede violar el principio de igualdad de trato –cuestión que será examinada posteriormente–, dicha institución goza de un amplio margen de apreciación para evaluar la calidad y la utilidad de la cooperación prestada por los diversos participantes en una práctica colusoria (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2007, SGL Carbon/Comisión, C-328/05 P, Rec. p. I-3921, apartado 88). Por lo tanto, únicamente cabe censurar los errores manifiestos de apreciación.

¹⁶² En el presente asunto, nada permite afirmar que la Comisión cometiera un error manifiesto de apreciación al otorgar a las demandantes, en atención a su cooperación, una reducción de la multa de un 25 %. En particular, al igual que ocurre en los supuestos en los que la Comunicación sobre la cooperación es aplicable, el hecho de que la cooperación vaya más allá de la renuncia a impugnar la veracidad de los hechos no resulta decisivo, dado que la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación para determinar el nivel de la reducción de la multa que aplicará por este concepto.

¹⁶³ Sin embargo, es preciso examinar aún si la Comisión violó el principio de igualdad de trato al otorgar a John Menzies una reducción del importe de su multa muy superior a la reducción aplicada a las demandantes.

Sobre el segundo motivo, en el que se invoca una violación del principio de igualdad de trato y un incumplimiento de la obligación de motivación

Alegaciones de las partes

- 164 En primer lugar, las demandantes alegan que la Comisión violó el principio de igualdad de trato al aplicarles una reducción del 25 % del importe de su multa en atención a su cooperación mientras que a John Menzies se le aplicó una reducción del 40 %, a pesar de que su cooperación fue anterior a la de John Menzies y considerablemente más amplia que esta última.
- 165 En respuesta a la alegación de la Comisión de que su escrito de 23 de diciembre de 1997 era sólo una oferta de cooperación, las demandantes precisan que la Comisión ha afirmado, tanto en el pliego de cargos (punto 217) como en la Decisión (considerando 458), que Nintendo reconoció la infracción en diciembre de 1997. En cualquier caso, a su juicio, para que una empresa tenga derecho a una reducción del 50 % del importe de su multa con arreglo a la sección D, apartado 2, segundo guión, de la Comunicación sobre la cooperación, no se exige que haya sido la primera en aportar pruebas. El porcentaje de reducción depende, en realidad, del valor de las pruebas aportadas. A este respecto, las demandantes adjuntan a su escrito de réplica las pruebas que habían aportado a la Comisión, sosteniendo que justifican por sí solas una reducción mínima del 50 %.
- 166 Las demandantes estiman además que la diferencia de trato con respecto a John Menzies no fue correctamente motivada en la Decisión.
- 167 La Comisión pone de relieve que la alegación de las demandantes de que su contribución fue anterior a la de John Menzies se basa únicamente en el escrito que enviaron a la Comisión el 23 de diciembre de 1997. Ahora bien, dicho escrito es únicamente una oferta de cooperación, cooperación que se materializó más tarde, concretamente el 21 de enero de 1998, o sea, con posterioridad a la cooperación de John Menzies, de 13 de enero de 1998. En efecto, dicho escrito no contiene ni una retractación de sus anteriores declaraciones escritas ni un reconocimiento de la infracción. Según la Comisión, es cierto que en dicho escrito las demandantes reconocen algo, pero sin indicar de qué podría tratarse, lo que hubiera permitido que la

Comisión se basará únicamente en dicho escrito para probar la participación de las demandantes en la infracción.

- 168 En cuanto a la alegación relativa a la existencia de un defecto de motivación, la Comisión la considera infundada, ya que la Decisión precisa las razones por las que la reducción aplicada a las demandantes fue menor, a saber, la mayor rapidez en cooperar de John Menzies y el menor valor probatorio de los documentos suministrados por las demandantes el 21 de enero de 1998 (considerandos 455 a 460 de la Decisión).

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 169 Con arreglo al punto 3, sexto guión, de las Directrices, disposición aplicable en el presente asunto, el importe de base de la multa impuesta a una empresa puede reducirse cuando esta última haya colaborado efectivamente en el procedimiento fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la cooperación.

- 170 La jurisprudencia indica que, al valorar la cooperación prestada por las empresas en el procedimiento administrativo relativo a una práctica colusoria prohibida, la Comisión no puede vulnerar el principio de igualdad de trato, principio general del Derecho comunitario que, según reiterada jurisprudencia, sólo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado (véase la jurisprudencia citada en el apartado 95 *supra*).

- 171 La valoración del grado de cooperación de las empresas no puede depender de factores puramente casuales. La diferencia en el trato a las empresas implicadas debe poder imputarse, pues, a grados de cooperación no comparables, sobre todo en la medida en

que la cooperación haya consistido en el suministro de información diferente o en el suministro de dicha información en fases diferentes del procedimiento administrativo, o en circunstancias no análogas (véase la sentencia *Groupe Danone/Comisión*, citada en el apartado 95 *supra*, apartado 454, y la jurisprudencia citada).

172 Así pues, si varias empresas proporcionan a la Comisión, en una misma fase del procedimiento administrativo y en circunstancias análogas, informaciones similares sobre los hechos que se les reprochan, los grados de cooperación de cada una de ellas deben considerarse comparables, lo que entraña como consecuencia que dichas empresas deben ser tratadas del mismo modo en lo que respecta a la determinación del importe de la multa que procede imponerles (véase en este sentido la sentencia *JFE Engineering y otros/Comisión*, citada en el apartado 160 *supra*, apartados 501 y 573, y jurisprudencia citada).

173 En el presente asunto, la Comisión indicó lo que sigue en relación con la amplitud de la cooperación en las investigaciones de John Menzies:

- John Menzies había presentado espontáneamente su declaración de 13 de enero de 1998 (considerando 455 de la Decisión).

- Esta declaración había contribuido significativamente a probar la extensa colaboración existente entre John Menzies y Nintendo para reforzar el control de las exportaciones paralelas (considerando 456 de la Decisión, primera frase).

- Esta declaración contenía información sobre las propuestas dirigidas a John Menzies para que realizase ventas pasivas destinadas a la exportación (considerando 456 de la Decisión, segunda frase).

174 En cambio, en lo que respecta a la cooperación prestada por Nintendo, la Comisión señaló que:

- Nintendo había reconocido los hechos el 23 de diciembre de 1997 (considerandos 94 y 458, primera frase, de la Decisión).

- Nintendo había suministrado espontáneamente a la Comisión numerosos documentos el 21 de enero, 1 de abril y 15 de mayo de 1998, que «contribuyeron» a demostrar la existencia de la infracción, mejorando el conocimiento de los hechos que la Comisión ya tenía de resultados de sus propias investigaciones y de los documentos proporcionados por John Menzies (considerandos 458 y 459, primera frase, de la Decisión).

- Dichos documentos «ayudaron» también a demostrar la participación de diversas empresas y el alcance geográfico de la infracción (considerando 459, segunda frase, de la Decisión).

175 Se deduce de estas constataciones que la Comisión expuso claramente los factores que tuvo en cuenta para reducir las multas de las empresas en atención a su cooperación y que cumplió la obligación de motivación en lo que respecta a la aplicación de esta circunstancia atenuante.

176 En lo que respecta a la observancia del principio de igualdad de trato, para determinar si existe una diferencia significativa entre los respectivos grados de cooperación de las empresas, es preciso comparar la cooperación prestada tanto desde un punto de vista cronológico, lo que implica comenzar por examinar la fase en que se produjo la cooperación, como desde un punto de vista cualitativo, lo que lleva a comparar a

continuación las circunstancias en que las empresas cooperaron y el valor intrínseco de la información aportada por cada una de ellas en concepto de cooperación (véase el apartado 172 *supra*).

- 177 Pues bien, en primer lugar, en lo que respecta a las fases del procedimiento administrativo en que se produjo la cooperación de las empresas de que se trata, en el presente asunto no se discute que la cooperación efectiva de John Menzies es ligeramente anterior a la de las demandantes. En efecto, la cooperación espontánea de John Menzies se materializó en su declaración de 13 de enero de 1998, mientras que la de las demandantes comenzó el 21 de enero de 1998. Sin embargo, el hecho de que las demandantes empezasen a cooperar efectivamente con la Comisión ocho días después que John Menzies no justifica por sí solo que la reducción de la multa aplicada a John Menzies en atención a su cooperación sea mayor que la aplicada a Nintendo.
- 178 A este respecto procede recordar que, para considerar comparable la cooperación de diferentes empresas, no es preciso que dicha cooperación se produzca necesariamente el mismo día, sino en la misma fase del procedimiento.
- 179 Pues bien, no se deduce ni de la Decisión ni de los autos que la fecha en que John Menzies cooperó y la fecha en que la Comisión recibió la información procedente de Nintendo correspondan a fases diferentes de las investigaciones de la Comisión. Por otra parte, la Comisión confirmó en la vista, en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Primera Instancia, que la información relativa a la existencia de la concertación aportada por Nintendo había sido comunicada en la misma fase del procedimiento administrativo que la aportada por John Menzies.
- 180 De lo anterior se desprende que no cabe aceptar la alegación de la Comisión según la cual la documentación remitida por Nintendo fue de menor valor que la enviada por John Menzies por haber sido comunicada más tarde. En consecuencia, ningún dato de orden cronológico podía considerarse determinante a efectos de una apreciación comparativa del valor de la cooperación (véase en este sentido la sentencia *Groupe Danone/Comisión*, citada en el apartado 95 *supra*, apartado 467).

- 181 A continuación, en lo que respecta a las circunstancias en que las empresas de que se trata cooperaron con la Comisión, la Decisión indica claramente que tanto Nintendo como John Menzies comunicaron espontáneamente documentos que sirvieron para acreditar la existencia de la infracción y su alcance geográfico.
- 182 Por último, en lo que respecta al contenido de la información aportada por John Menzies y por Nintendo, respectivamente, procede señalar que, según la Comisión, la carta de 4 abril de 1996 enviada por NOE a John Menzies y la respuesta de ésta de 11 de abril de 1996 «contribuyeron significativamente a probar la extensa colaboración entre [John Menzies] y [Nintendo] para reforzar el control de las exportaciones paralelas» (véase el considerando 456 de la Decisión). Pues bien, se deduce de los autos, y en particular del documento presentado en la vista por las demandantes, sobre el cual la Comisión tuvo la oportunidad de formular observaciones (véase el apartado 28 *supra*), que estas dos cartas, mencionadas en los considerandos 127 a 131 de la Decisión, fueron presentadas espontáneamente no sólo por John Menzies, sino también por Nintendo.
- 183 Así pues, la cooperación prestada por Nintendo en el procedimiento incoado por la Comisión debe considerarse comparable a la prestada por John Menzies. En consecuencia, la reducción de la multa aplicada a Nintendo por este motivo hubiera debido ser del mismo nivel que la aplicada a John Menzies, es decir, de un 40 %, ya que ambas empresas aportaron documentos pertinentes en la misma fase del procedimiento.
- 184 Además, en lo que respecta a la cuestión de si el porcentaje de reducción de la multa aplicable a las demandantes debería ser superior al 40 %, como han alegado éstas, procede hacer constar que, tal como la Comisión indicó en el considerando 459 de la Decisión, los demás documentos aportados espontáneamente por las demandantes el 21 de enero, 1 de abril y 15 de mayo de 1998 no sólo habían contribuido a mejorar el conocimiento de los hechos que ya tenía la Comisión gracias a sus propias investigaciones, sino que «también ayudaron a determinar la participación de diversas Partes y el alcance geográfico de la infracción».
- 185 En particular, el documento presentado por las demandantes en la vista, sobre el cual la Comisión tuvo la oportunidad de formular observaciones, muestra que la información aportada por Nintendo sirvió de base a un cierto número de constataciones recogidas en la Decisión, en los considerandos 103 a 108, 110, 116 a 119, 122 a 125, 127 a 130, 132,

133, 136, 138 a 150, 152 a 157, 160, 164 y 167 (relativos a los hechos constatados en el Reino Unido y en Irlanda), en los considerandos 170 a 181 (relativos a los hechos constatados en España), en los considerandos 182, 184 y 185 (relativos a los hechos en los Países Bajos), en los considerandos 187 a 189 (relativos a los hechos en Francia), en los considerandos 190 a 197 (relativos a los hechos en Bélgica y en Luxemburgo), en los considerandos 199 a 201 (relativos a los hechos en Alemania), en los considerandos 204 y 206 a 209 (relativos a los hechos en Grecia), en los considerandos 210, 211 y 213 (relativos a los hechos en Portugal), en los considerandos 214 a 215 y 217 a 219 (relativos a los hechos en Italia) y en los considerandos 223, 224, 226 y 227 (relativos a los hechos en Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia e Islandia). A este respecto es preciso hacer constar igualmente que, Nintendo, en su condición de participante en la totalidad de los acuerdos de distribución controvertidos, estuvo en condiciones de aportar información específica sobre los términos de dichos acuerdos y sobre la aplicación de los mismos.

186 No obstante, procede considerar que, a pesar del considerable volumen de información aportada, dichos documentos no eran indispensables para permitir que la Comisión demostrase la existencia de los acuerdos y prácticas concertadas de que se trata y, por lo tanto, la existencia de la infracción imputada. En efecto, al contrario que las cartas de 4 y 11 de abril de 1996 (véase el apartado 182 *supra*), la información aportada por Nintendo no podía utilizarse, en cuanto tal, como base probatoria principal de una decisión por la que se declarase acreditada la existencia de una infracción en el mercado de las consolas de videojuegos especializadas fabricadas por Nintendo y de los cartuchos de juegos compatibles con esas consolas. A este respecto es preciso recordar que la información que sirvió de base a las constataciones recogidas en los considerandos 103 a 108, 110, 116 a 119, 122 a 125, 127 a 130, 132, 133, 136, 138 a 150, 152 a 157, 160, 164, 167, 170 a 182, 184, 185, 187 a 197, 199 a 201, 204, 206 a 211, 213 a 215, 217 a 219, 223, 224, 226 y 227 únicamente permitió precisar la identidad de los distribuidores implicados en la infracción y el alcance geográfico de ésta.

187 Se deduce por otra parte de los autos que la Comisión obtuvo una parte de esta información, a saber, la que sirvió de base en la Decisión a los considerandos 103 (existencia, duración y términos del acuerdo de distribución celebrado entre Nintendo UK Ltd y Nintendo), 108, 110, 123, 167 (hechos relativos a los acuerdos de distribución celebrados entre Nintendo y The Games), 170, 171, 176 (existencia, duración y términos del acuerdo de distribución celebrado entre Nintendo España, SA, y Nintendo), 182 (términos de los acuerdos formales celebrados entre Nintendo

Netherlands BV y sus clientes), 189 (carta enviada por Nintendo France SARL sobre el riesgo de exportaciones desde el territorio francés), 190, 191, 194, 196 (existencia y términos de los acuerdos de distribución en Bélgica y en Luxemburgo), 199 (exportaciones paralelas desde Alemania), 204 (términos del acuerdo celebrado entre Itochu Hellas EPE y Nintendo), 210, 211 (términos y duración de los acuerdos de distribución celebrados entre Nintendo y sus distribuidores en Portugal), 214, 215 (términos y duración de los acuerdos de distribución celebrados entre Nintendo y su distribuidor en Italia), en respuesta a las solicitudes de información que había remitido a las demandantes (véanse los considerandos 86 a 93 de la Decisión, y en particular los considerandos 86 y 87, donde se menciona la solicitud de información de la Comisión en la que se pedía información sobre los distribuidores y las filiales y el contenido de los acuerdos formales de institución celebrados entre Nintendo y sus distribuidores en Francia, Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia y Portugal). Ahora bien, no cabe aplicar una reducción de la multa en atención a la cooperación en lo que respecta a dichas respuestas, dato que estaban destinadas a cumplir las obligaciones impuestas a las demandantes por el artículo 11, apartados 4 y 5, del Reglamento n° 17 (véase en este sentido la sentencia *Groupe Danone/Comisión*, citada en el apartado 95 *supra*, apartado 451, y la jurisprudencia citada). Por lo tanto, la información sobre el alcance geográfico de la concertación controvertida y la identidad de los distribuidores implicados en ella no justificaban una reducción adicional de la multa en atención a la cooperación efectiva de Nintendo. En efecto, la Comisión se encontraba en condiciones de determinar el alcance geográfico de la concertación y la identidad de los distribuidores implicados en ella sin necesidad de recurrir a la información aportada espontáneamente por las demandantes.

188 De estas consideraciones se deduce que la cooperación de Nintendo no justificaba una reducción del importe de su multa superior al 40 %.

189 Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede acoger parcialmente el presente motivo y modificar en consecuencia la Decisión, aplicando a las demandantes un porcentaje de reducción de su multa idéntico al aplicado a John Menzies. Las consecuencias concretas de esta modificación serán especificadas más adelante.

Sobre el tercer motivo, en el que se invoca la violación del derecho de defensa cometida por la Comisión al desnaturalizar los esfuerzos de Nintendo

Alegaciones de las partes

190 Las demandantes estiman que la Comisión violó su derecho de defensa al modificar en perjuicio suyo su apreciación sobre los hechos del caso o las conclusiones jurídicas que de ellos extrajo. A este respecto indican que la Comisión señaló en el punto 216 del pliego de cargos que había tenido en cuenta «la contribución de las demandantes a la demostración de la existencia de una infracción», mientras que en la Decisión declaró que los documentos aportados por ellas únicamente habían contribuido a confirmar la existencia de la infracción.

191 La Comisión solicita que se desestime el presente motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

192 Procede recordar que, en su recurso, las demandantes únicamente pretenden conseguir que se anule o se reduzca la multa que se les impuso.

193 Por lo tanto, procede declarar inoperante el presente motivo, ya que las demandantes no explican qué influencia pudo tener en el importe de su multa la diferencia terminológica existente entre el pliego de cargos y la Decisión en lo que respecta a su contribución a la determinación de la existencia de la infracción.

194 En cualquier caso, el artículo 19, apartado 1, del Reglamento n° 17 y el artículo 7 del Reglamento (CE) n° 2842/98 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1998, relativo a las audiencias en determinados procedimientos en aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO L 354, p. 18), establecen expresamente que, cuando la Comisión se propone imponer una multa, las empresas implicadas deben tener la oportunidad de presentar sus observaciones sobre las imputaciones formuladas por aquélla. Así pues, en lo que respecta a la determinación del importe de la multa, el derecho de defensa ante la Comisión de las empresas implicadas queda garantizado por sus observaciones sobre la duración, la gravedad y la previsibilidad del carácter contrario a la competencia de la infracción (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, T-83/91, Rec. p. II-755, apartado 235).

195 Por consiguiente, procede desestimar el presente motivo.

Sobre el cuarto motivo, en el que se invoca la violación del principio de protección de la confianza legítima cometida por la Comisión al no conceder suficiente importancia a las compensaciones abonadas a terceros por las demandantes y al no tener en absoluto en cuenta su programa de ajuste al Derecho de la competencia

Alegaciones de las partes

196 Según las demandantes, la Comisión violó el principio de protección de la confianza legítima, por una parte al no reducir la multa en un importe equivalente a las compensaciones abonadas por ellos a los terceros identificados en el pliego de cargos, y por otra parte al no tener en cuenta el programa de ajuste al Derecho de la competencia adoptado por ellas.

197 En lo que respecta a las compensaciones abonadas a terceros, las demandantes recuerdan en primer lugar que estas compensaciones, calificadas en la Decisión de «sustanciales», ascendían a un total de 375.000 euros.

198 En segundo lugar, las demandantes ponen de relieve que no procedieron al pago de estas compensaciones hasta que la Comisión les garantizó, en la reunión de 15 de diciembre de 1998, que la adopción de tales medidas sería pertinente para el cálculo del importe de la multa. A este respecto, las demandantes alegan que se genera una confianza legítima cuando un alto funcionario de la Comisión, al que ésta ha encomendado un determinado asunto, ofrece garantías concretas en el marco de unas investigaciones formales, sabiendo que la empresa investigada realizará gastos importantes basándose en tales garantías.

199 En tercer lugar, las demandantes sostienen que, aunque la Comisión reconoció que el pago de compensaciones a terceros constituía una «circunstancia atenuante» con arreglo a las Directrices (considerandos 421 a 464 de la Decisión), no les aplicó sin embargo a ellas una reducción en el sentido económico del término, pues sólo redujo la multa en 300.000 euros.

200 Por último, las demandantes alegan que el trato que les aplicó la Comisión no incitará en el futuro a otras empresas a pagar voluntariamente compensaciones de esta índole.

201 La Comisión impugna todas estas alegaciones.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

202 En el presente motivo, las demandantes sostienen que, en contra de lo que les había garantizado la Comisión en la reunión de 15 de diciembre de 1998, dicha institución no tuvo suficientemente en cuenta, por una parte, las compensaciones abonadas por ellas a terceros ni, por otra parte, el programa de ajuste a la normativa dirigido a sus empleados que ellas adoptaron.

- 203 A este respecto procede recordar que se reconoce el derecho a invocar el principio de protección de la confianza legítima a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, pero que nadie puede invocar una violación de dicho principio si la Administración no le ofreció garantías concretas (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003, Cheil Jedang/Comisión, T-220/00, Rec. p. II-2473, apartado 33, y la jurisprudencia citada).
- 204 En tercer lugar, en lo que respecta a las compensaciones abonadas por Nintendo a terceros perjudicados, procede recordar que la Comisión decidió reducir en 300.000 euros la multa impuesta a NOE y a NCL a fin de tener en cuenta las compensaciones abonadas por éstas a los terceros identificados en el pliego de cargos como víctimas de un perjuicio económico causado por la infracción (véanse los considerandos 440 y 441 de la Decisión).
- 205 Consta en autos que el importe total de las compensaciones a terceros fue de 375.000 euros.
- 206 Ahora bien, en contra de lo que alegan las demandantes, la Comisión no les garantizó en ningún momento que la totalidad del importe de dichas compensaciones sería deducida del importe de su multa.
- 207 En efecto, como muestra el acta de la reunión de 15 de diciembre de 1998, el representante de la Comisión se limitó a indicar que el abono de compensaciones a terceros «sería pertinente para el cálculo del importe de la multa». Tal declaración no puede calificarse en ningún caso de garantía concreta e incondicional de que la totalidad del importe de dichas compensaciones sería deducida del importe final de la multa.
- 208 En cualquier caso, para poder generar una confianza legítima, es preciso que las garantías ofrecidas procedan de fuentes autorizadas y fiables (véase en este sentido, en relación con una declaración del Director General competente en asuntos de competencia, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia 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, apartados 152 y 153). Habida cuenta de que la competencia

exclusiva para adoptar una decisión por la que se imponga una multa recae en el Colegio de Comisarios, un funcionario de la Comisión no puede en absoluto haber ofrecido a Nintendo, en una reunión informal con sus representantes, garantías concretas procedentes de una fuente autorizada y fiable en cuanto a la deducción de las compensaciones abonadas a terceros del importe final de la multa.

209 De ello se deduce que no cabe acoger la alegación relativa a la violación del principio de protección de la confianza legítima en lo que respecta a la toma en consideración de las compensaciones ofrecidas a terceros por Nintendo a la hora de determinar el importe final de la multa.

210 Estas consideraciones se aplican igualmente a la toma en consideración del programa de ajuste al Derecho de la competencia establecido por Nintendo.

211 En cualquier caso, la Comisión no estaba en absoluto obligada a tener en cuenta la adopción de un programa de ajuste al Derecho de la competencia que, en el supuesto de que pueda considerarse una forma de cooperación, fue establecido por la empresa por iniciativa propia, y no como consecuencia de garantías concretas ofrecidas por la Comisión.

212 Por consiguiente, no cabe estimar el presente motivo.

6. Sobre la determinación del importe final de la multa

- 213 Como se expuso en los apartados 169 a 189 *supra*, procede modificar la Decisión en la parte en que aplica un porcentaje de reducción del importe de la multa de sólo un 25 % en atención a la cooperación prestada por las demandantes.
- 214 Por lo demás, las consideraciones formuladas por la Comisión en la Decisión y el método de cálculo del importe de las multas aplicado en el presente asunto no experimentan cambios.
- 215 Así pues, el importe final de la multa se calcula como sigue: el importe de base de la multa (113,85 millones de euros) se incrementa en un 75 % a causa, por una parte, del papel de líder de la infracción desempeñado por Nintendo (50 %) y, por otra parte, del hecho de que dicha empresa siguiera cometiendo la infracción (25 %), con lo que se llega a un importe de 199.237.500 euros. Este último importe se reduce en un 40 % en atención a la cooperación de las demandantes y en 300.000 euros por las compensaciones que las demandantes abonaron a terceros, con lo que se obtiene un importe total de 119.242.500 euros.

Costas

- 216 A tenor del artículo 87, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Primera Instancia podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas. Dadas las circunstancias del presente asunto, procede decidir que cada parte cargue con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Octava)

decide:

- 1) **Fijar el importe de la multa impuesta a Nintendo Co., Ltd y Nintendo of Europe GmbH en 119.242.500 euros.**
- 2) **Desestimar el recurso en todo lo demás.**
- 3) **Cada parte cargará con sus propias costas.**

Martins Ribeiro

Papasavvas

Wahl

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 30 de abril de 2009.

Firmas

Índice

Antecedentes del litigio	II - 958
1. Empresas implicadas	II - 958
2. Procedimiento administrativo	II - 959
Investigación relativa al sector de los videojuegos (asunto IV/35.587 PO Video Games)	II - 959
Investigación adicional específica sobre el sistema de distribución de Nintendo (asunto IV/35.706 PO Nintendo Distribution)	II - 959
Investigación a raíz de la denuncia presentada por Omega Electro BV (asunto IV/36.321 Omega — Nintendo)	II - 960
3. La Decisión impugnada	II - 961
Procedimiento y pretensiones de las partes	II - 965
Fundamentos de Derecho	II - 967
1. Sobre la determinación del importe de partida de la multa impuesta a las demandantes	II - 968
Alegaciones de las partes	II - 968
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 970
2. Sobre el incremento del importe de partida de la multa de las demandantes a fin de garantizar un efecto disuasorio suficiente	II - 973
<i>Sobre el primer motivo, en el que se invoca un error de Derecho manifiesto, una violación del principio de proporcionalidad, del principio non bis in idem y del derecho de defensa y una falta de coherencia con respecto a la práctica seguida por la Comisión en decisiones anteriores</i>	II - 974
Alegaciones de las partes	II - 974
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 977
Sobre el segundo motivo, en el que se invoca una violación del principio de igualdad de trato, un incumplimiento de la obligación de motivación y una aplicación errónea de la metodología expuesta en las Directrices	II - 983
Alegaciones de las partes	II - 983
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 984

3. Sobre el incremento del importe de partida de la multa en función de la duración de la infracción	II - 985
Alegaciones de las partes	II - 986
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 988
4. Sobre el incremento del importe de base de la multa de las demandantes en atención a las circunstancias agravantes	II - 989
Sobre la toma en consideración del papel de líder e instigador de la práctica colusoria	II - 989
Sobre el primer motivo, en el que se invoca un error manifiesto de apreciación y un error de Derecho en la atribución a las demandantes del papel de líder e instigador de la infracción	II - 990
— Alegaciones de las partes	II - 990
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 991
Sobre el segundo motivo, en el que se invoca una falta de coherencia con respecto a la práctica seguida por la Comisión en sus decisiones anteriores, una violación del principio de no discriminación y un incumplimiento de la obligación de motivación	II - 994
— Alegaciones de las partes	II - 994
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 994
Sobre el incremento del importe de la multa aplicado a las demandantes por haber seguido cometiendo la infracción	II - 995
5. Sobre la reducción del importe de la multa impuesta concedida a las demandantes en atención a las circunstancias atenuantes	II - 997
Sobre el primer motivo, en el que se invoca un error de Derecho y un error manifiesto de apreciación en relación con la negativa de la Comisión a aplicar la Comunicación sobre la cooperación	II - 997
Alegaciones de las partes	II - 997
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 1000
Sobre el segundo motivo, en el que se invoca una violación del principio de igualdad de trato y un incumplimiento de la obligación de motivación	II - 1002
Alegaciones de las partes	II - 1002
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 1003

Sobre el tercer motivo, en el que se invoca la violación del derecho de defensa cometida por la Comisión al desnaturalizar los esfuerzos de Nintendo	II - 1010
Alegaciones de las partes	II - 1010
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 1010
Sobre el cuarto motivo, en el que se invoca la violación del principio de protección de la confianza legítima cometida por la Comisión al no conceder suficiente importancia a las compensaciones abonadas a terceros por las demandantes y al no tener en absoluto en cuenta su programa de ajuste al Derecho de la competencia	II - 1011
Alegaciones de las partes	II - 1011
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II - 1012
6. Sobre la determinación del importe final de la multa	II - 1015
Costas	II - 1015