SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera ampliada)

de 8 de julio de 2008 *

En el asunto T-99/04,

AC-Treuhand AG, con domicilio social en Zúrich (Suiza), representada por los Sres. M. Karl, C. Steinle y J. Drolshammer, abogados,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. A. Bouquet, en calidad de agente, asistido por el Sr. A. Böhlke, abogado,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión 2005/349/CE de la Comisión, de 10 de diciembre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] y el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-2/37.857 — Peróxidos orgánicos) (DO 2005, L 110, p. 44),

* Lengua de procedimiento: alemán.

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

integrado por el Sr. M. Jaeger, Presidente, y los Sres. J. Azizi y O. Czúcz, Jueces;

Secretaria: Sra. K. Andová, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 12 de septiembre de 2007;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

1 La Decisión 2005/349/CE de la Comisión, de 10 de diciembre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] y el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-2/37.857 — Peróxidos Orgánicos) (DO 2005, L 110, p. 44) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada») se refiere a un cartel acordado y puesto en práctica en el mercado europeo de los peróxidos orgánicos, productos químicos utilizados en la industria del plástico y del caucho, en particular, por el grupo AKZO (en lo sucesivo, «AKZO») y las sociedades Atofina SA, sucesora de Atochem (en lo sucesivo, «Atochem/Atofina»), y Peroxid Chemie GmbH & Co. KG, sociedad controlada por Laporte plc., posteriormente transformada en Degussa UK Holdings Ltd. (en lo sucesivo, «PC/Degussa»).

2 De la Decisión impugnada resulta que el cartel empezó en 1971 mediante la celebración de un acuerdo escrito (en lo sucesivo, «el acuerdo de 1971»), modificado en 1975 (en lo sucesivo, «el acuerdo de 1975»), entre los tres productores de peróxidos orgánicos: AKZO, Luperox GmbH, posteriormente transformada en Atochem/Atofina, y PC/Degussa (en lo sucesivo, el «cartel»). Éste tenía por objeto, en particular, mantener las cuotas de mercado de esos productores y coordinar sus subidas de precios. Se celebraban con regularidad reuniones para garantizar el buen funcionamiento del cartel. En el marco del cartel, Fides Trust AG (en lo sucesivo, «Fides») y posteriormente, a partir de 1993, la demandante, AC Treuhand AG, se encargaban, en virtud de contratos de servicios celebrados con AKZO, Atochem/Atofina y PC/Degussa, en particular, de guardar en sus locales determinados documentos secretos relativos al cartel, como el acuerdo de 1971, de recabar y procesar determinados datos relativos a la actividad comercial de los tres productores de peróxidos orgánicos y de comunicar a éstos los datos numéricos procesados de tal forma, así como de desempeñar tareas logísticas y de secretaría relacionadas con la organización de reuniones, en particular en Zúrich (Suiza), entre dichos productores, como la reserva de los locales y el reembolso de los gastos de viaje de sus representantes. No obstante, algunos elementos de hecho relativos a la actividad de la demandante en relación con el cartel son discutidos por las partes.

3 La Comisión comenzó a investigar el cartel a raíz de una reunión mantenida el 7 de abril de 2000 con representantes de AKZO, en la que éstos la informaron de una infracción de las normas comunitarias sobre la competencia, con el fin de beneficiarse de la inmunidad con arreglo a 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»). A continuación, Atochem/Atofina y PC/Degusta decidieron cooperar igualmente con la Comisión, transmitiéndole información adicional (considerandos 56 a 63 de la Decisión impugnada).

4 El 3 de febrero de 2003, la Comisión dirigió una solicitud de información a la demandante. En esa solicitud la Comisión comunicó, en sustancia, que se disponía a

investigar una supuesta infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) por los productores europeos de peróxidos orgánicos. La Comisión solicitó además a la demandante que presentara un organigrama de su empresa, que describiera su actividad y su evolución, incluida su prosecución de la actividad de Fides, su actividad como «secretaría» de los productores de peróxidos orgánicos y sus volúmenes de negocios en los años 1991 a 2001. La demandante respondió a esa solicitud de información con un escrito de 5 de marzo de 2003 (considerando 73 de la Decisión impugnada).

5 El 20 de marzo de 2003 se celebró una reunión entre representantes de la demandante y los funcionarios de la Comisión encargados de tramitar el procedimiento, a cuyo término éstos indicaron que la demandante también sería incluida en la investigación emprendida por la Comisión, sin precisar no obstante las imputaciones que se formularían contra ella.

6 El 27 de marzo de 2003, la Comisión incoó el procedimiento de investigación formal y redactó un pliego de cargos que notificó seguidamente, en particular, a la demandante. La demandante envió sus observaciones sobre el pliego de cargos el 16 de junio de 2003 y participó en la audiencia celebrada el 26 de junio de 2003. La Comisión adoptó finalmente, el 10 de diciembre de 2003, la Decisión impugnada, que notificó a la demandante el 9 de enero de 2004 y mediante la cual impuso a ésta una multa de 1.000 euros [considerando 454 y artículo 2, letra e), de la Decisión impugnada].

7 La adopción y la notificación de la Decisión impugnada se acompañaron de un comunicado de prensa en el que la Comisión indicaba, en particular, que la demandante había desempeñado, como sociedad asesora, desde finales de 1993, un papel esencial en el marco del cartel, organizando reuniones y ocultando pruebas de la infracción. La

Comisión concluía por tanto que la demandante también había infringido las reglas sobre la competencia, y precisaba:

«La sanción impuesta [a la demandante] es de importe limitado debido a la novedad de la política seguida en la materia. El mensaje es no obstante claro: quienes organizan o facilitan los carteles, y por tanto no sólo sus miembros, deben temer en adelante ser descubiertos y sufrir sanciones muy gravosas.»

Procedimiento y pretensiones de las partes

8 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 16 de marzo de 2004 la demandante interpuso el presente recurso.

9 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 30 de noviembre de 2005, la demandante solicitó, en relación con la publicación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia que pusiera fin al procedimiento, que se concediera trato confidencial a la totalidad del acuerdo celebrado entre ella misma y Fides, que figura como anexo de la demanda, así como al nombre de Fides y de su antiguo colaborador, el Sr. S.

10 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 1 de febrero de 2006, la demandante indicó, con carácter principal, que mantenía su solicitud de trato confidencial, y con carácter subsidiario solicitó que se concediera trato confidencial a los pasajes hechos ilegibles del texto del acuerdo citado en el apartado 9 anterior, del que presentó una versión no confidencial a petición del Tribunal de Primera Instancia.

11 En aplicación del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, a propuesta de la Sala Tercera, el Tribunal de Primera Instancia decidió, oídas las partes de conformidad con el artículo 51 del mencionado Reglamento, atribuir el asunto a una Sala ampliada.

12 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) decidió iniciar la fase oral.

13 En la vista celebrada el 12 de septiembre de 2007 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas orales del Tribunal de Primera Instancia.

14 La fase oral concluyó al término de la vista el 12 de septiembre de 2007. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento de Procedimiento, como quiera que un miembro de la Sala no podía participar en las deliberaciones del Tribunal, el Juez de menor antigüedad según el artículo 6 del Reglamento de Procedimiento se abstuvo de participar en las deliberaciones, que prosiguieron los tres Jueces cuya firma lleva la presente sentencia.

15 En la vista la demandante desistió de su solicitud de trato confidencial en cuanto atañe a la utilización del nombre de Fides, lo que se hizo constar en el acta de la vista.

16 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule la resolución impugnada en cuanto la afecta.

— Condene en costas a la Comisión.

17 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Fundamentos de Derecho

A. *Observaciones previas*

18 El Tribunal de Primera Instancia considera necesario resolver en primer lugar sobre la solicitud de trato confidencial de la demandante, en la medida en que ésta no desistió de ella en la vista (véanse los apartados 9, 10 y 15 anteriores).

19 En lo que atañe al nombre del antiguo colaborador de la demandante, el Tribunal de Primera Instancia ha tenido en cuenta esa solicitud conforme a su práctica de publicación relativa a la identidad de personas físicas en otros asuntos (véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartados 31 y 33). En cambio, el Tribunal de Primera Instancia considera que la existencia misma del acuerdo entre Fides y la demandante ha perdido en todo caso su posible carácter confidencial, debido a la identificación de dicho acuerdo en el extracto del registro mercantil del cantón de Zúrich, que es accesible para el público, relativo al establecimiento de la demandante, presentado como anexo de la demanda, así como mencionado en los considerandos 20 y 91 de la versión de la Decisión impugnada publicada provisionalmente en el sitio Internet de la Dirección General «Competencia» de la Comisión (véase, en ese sentido, el auto del Presidente de la Sala Tercera ampliada del Tribunal de Primera Instancia de 4 de marzo de 2005, BUPA y otros/Comisión, T-289/03, Rec. p. II-741, apartados 34 y 35), publicación a la que no se opuso la demandante con arreglo al procedimiento previsto por el artículo 9 de la Decisión 200l/462/CE, CECA de la Comisión, de 23 de mayo de 2001, relativa al mandato de los consejeros auditores en determinados procedimientos de competencia (DO L 162, p. 21).

20 Por tanto, procede denegar la solicitud de trato confidencial en cuanto la misma se refiere a la existencia del acuerdo entre Fides y la demandante.

21 El Tribunal de Primera Instancia observa, a continuación, que en apoyo de su recurso la demandante alega cinco motivos, a saber, en primer lugar la vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso justo, en segundo lugar la infracción del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* en tercer lugar la infracción del principio de protección de la confianza legítima, en cuarto lugar, con carácter subsidiario, la infracción de los principios de seguridad jurídica y de certeza de la ley penal *(nulla poena sine lege certa)* y en quinto lugar la infracción de los principios de seguridad jurídica y de certeza de la ley penal *(nulla poena sine lege certa),* en lo que atañe al artículo 3, párrafo segundo, de la Decisión impugnada.

B. *Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso justo*

1. *Alegaciones de las partes*

a) Alegaciones de la demandante

22 La demandante considera que la Comisión la informó tardíamente, a saber, tres años después del inicio de la investigación, del procedimiento incoado contra la demandante y de los cargos formulados respecto a ella. No tuvo conocimiento al respecto hasta la iniciación del procedimiento de investigación formal y la formulación del pliego de cargos el 27 de marzo de 2003. Con anterioridad la demandante sólo había recibido la solicitud de información de 3 de febrero de 2003, a la que respondió debidamente mediante el escrito de 5 de marzo de 2003. La demandante no supo hasta el 20 de marzo de 2003, en la reunión con la Comisión, que la investigación también la afectaba, sin recibir no obstante información precisa sobre el alcance de las imputaciones contra ella.

23 Según la demandante, a tenor del artículo 6, apartado 3, letra a), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), todo acusado tiene derecho a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él. Este derecho es un corolario del derecho fundamental a un proceso justo previsto en el artículo 6, apartado 1, del CEDH, forma parte del derecho de defensa, reconocido por la jurisprudencia como principio general del Derecho comunitario aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores previstos por el 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) (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661,

apartados 172 a 176; de 28 de marzo de 2000, Krombach, C-7/98, Rec. p. I-1935, apartados 25 y 26; de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, apartados 37 y 38, y de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 63 y 64; véanse, también, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, Brugg Rohrsysteme/Comisión, T-15/99, Rec. p. II-1613, apartados 109 y 122, y LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 220), y se confirma en el artículo 6 UE, apartado 2, y por el artículo 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO 2000, C 364, p. 1).

24 La demandante afirma que las multas que pueden imponerse a las empresas, en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, son en realidad, no obstante el apartado 4 del mismo artículo, sanciones de «carácter penal» debido a su carácter tanto preventivo como represivo (conclusiones del Juez Vesterdorf en funciones de Abogado General en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991, Rhône-Poulenc/Comisión, T-1/89, Rec. pp. II-867 y ss., especialmente p. II-885; véanse, también, las conclusiones del Abogado General Roemer en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm, 14/68, Rec. pp. 1 y ss., especialmente pp. 17 y 24; las conclusiones del Abogado General Mayras en el asunto que dio lugar a la 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. pp. 1663 y ss., especialmente pp. 2062 y 2141; las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, Rec. pp. I-8417 y ss., especialmente p. I-8422, punto 31, y las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto que dio lugar a la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* en el asunto C-204/00 P, Rec. p. I-133, punto 26, en el asunto C-205/00 P, Rec. p. I-171, punto 32, en el asunto C-213/00 P, Rec. p. I-230, punto 26, en el asunto C-217/00 P, Rec. p. I-267, punto 29, y en el asunto C-219/00 P, Rec. p. I-342, punto 25). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») mantiene la misma conclusión [sentencia Engel y otros c. Países Bajos de 8 de junio de 1976, serie A, nº 22 (1977), § 82; sentencia Öztürk c. Alemania de 21 de febrero de 1984, serie A, nº 73, § 53, y sentencia Lutz c. Alemania de 25 de agosto de 1987, serie A, nº 123, § 54].

25 A tal respecto la demandante rebate la afirmación de la Comisión según la cual durante la fase de investigación del procedimiento administrativo no se formula ninguna

imputación contra las empresas. Al contrario, durante esa fase la Comisión toma medidas que implican la imputación de una infracción y conllevan repercusiones importantes sobre la situación de las empresas sospechosas (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartado 182). Según la demandante, la circunstancia de que en el marco del procedimiento previsto por el Reglamento nº 17 los interesados sólo sean objeto de imputación formal en el momento de formularse el pliego de cargos (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, T-5/00 y T-6/00, Rec. p. II-5761, apartado 79), no es determinante y no excluye que durante la fase de investigación la demandante ya haya pasado a ser una «persona acusada» en el sentido del artículo 6, apartado 3, del CEDH, conforme a su interpretación par el TEDH. En relación con esa jurisprudencia, no es necesario un acto formal de acusación, sino que basta con la iniciación de un procedimiento de instrucción de naturaleza penal (TEDH, sentencia Delcourt c. Bélgica de 17 de enero de 1970, serie A, nº 11, p. 13, § 25; sentencia Ringeisen c. Austria de 17 de julio de 1971, serie A, nº 13, p. 45, § 110; sentencia Deweer c. Bélgica de 27 de febrero de 1980, serie A, nº 35, p. 22, § 42; sentencia Viezzer c. Italia de 19 de febrero de 1991, serie A, nº 196-B, p. 21, § 17; sentencia Adolf c. Austria de 26 de marzo de 1982, serie A, nº 49, p. 15, § 30, y sentencia Imbrioscia c. Suiza de 24 de noviembre de 1993, serie A, nº 275, p. 13, § 36).

26 La demandante mantiene que de la finalidad del artículo 6, apartado 3, letra a), del CEDH se deduce que, en el marco de un procedimiento penal, un acusado debe ser informado inmediatamente de la incoación y del objeto de la investigación que le afecta, para evitar que permanezca en la incertidumbre por más tiempo del necesario. En cambio, una información tan sólo en la fase de la inculpación formal, que a menudo no tiene lugar hasta la conclusión de largas investigaciones, no es suficiente y puede comprometer seriamente la equidad en la continuación del procedimiento y privar de eficacia al derecho garantizado por el artículo 6, apartado 3, letra c), del CEDH. Pues bien, cuando la Comisión, como en el presente caso, desarrolla la investigación en secreto durante cerca de tres años antes de formular el pliego de cargos, disfruta de una ventaja injusta en materia de prueba, incompatible con el artículo 6 del CEDH. Ello se debe al hecho de que, en virtud del tiempo transcurrido, es difícil, si no casi imposible, que las empresas afectadas reconstituyan los hechos y presenten pruebas contrarias en su defensa.

27 La demandante indica, por otra parte, la obligación de una información inmediata de las empresas afectadas deriva de la importancia, incluso del carácter determinante, que tiene el procedimiento de investigación para la decisión futura de la Comisión (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 15, y Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra*, apartado 63). Tras una larga investigación, practicada con el apoyo de los solicitantes de inmunidad o de clemencia, anterior a la formulación del pliego de cargos, la Comisión tiende a considerar los hechos como ya demostrados y a continuación es reacia a rectificar las conclusiones que ya ha deducido de ellos. El riesgo de prejuzgar la futura decisión es tanto más alto ya que la Comisión acumula las funciones de instructor, acusador y juez. Pues bien, en las circunstancias del presente caso la Comisión ya no era un juez imparcial y la demandante ya no tenía la oportunidad adecuada y suficiente (véase TEDH, sentencia Delta c. Francia de 19 de diciembre de 1990, serie A, nº 191-A, p. 16, § 36) de refutar las falsas alegaciones del principal testigo de cargo, AKZO. Por tanto, en la fase del envío del pliego de cargos la empresa afectada se halla en una situación en la que sus posibilidades de lograr convencer a la Comisión del carácter erróneo de su presentación de los hechos en dicho pliego han menguado claramente, lo que perjudica gravemente la eficacia de su defensa.

28 La demandante recuerda que en el presente caso la Comisión basó sus cargos casi exclusivamente en el testimonio de la solicitante de inmunidad AKZO, con la que mantuvo estrechos contactos desde el año 2000. En esas circunstancias la demandante considera que AKZO disfrutó, según la opinión de la Comisión, de mayor credibilidad en comparación con cualquier otra empresa, como la demandante, que no se había comprometido a cooperar en virtud de la Sección B, letra d), de la Comunicación sobre la cooperación, y a la cual no conocían directamente los funcionarios que tramitaban el procedimiento. Por consiguiente, la Comisión atribuyó mayor crédito a las afirmaciones erróneas de AKZO sobre el papel de la demandante que a las afirmaciones presentadas por esta última, sin que ésta tuviera la posibilidad de defenderse eficazmente contra las afirmaciones de AKZO y desmentirlas.

29 En el presente caso la demandante considera que la Comisión habría debido informarla de la naturaleza y de las causas que la afectaban el 27 de junio de 2000, cuando AKZO le remitió una descripción del supuesto papel de la demandante en el marco del cartel,

puesto que a partir de ese momento la futura decisión de la Comisión podía quedar prejuzgada a causa de las alegaciones erróneas de AKZO y, a más tardar, el 18 de junio de 2001, cuando AKZO presentó a la Comisión su testimonio final. Según la demandante, por lo que a ella se refiere, la Decisión impugnada se basa casi exclusivamente en ese testimonio. En consecuencia, la falta de información de la demandante desde la iniciación de la investigación dirigida contra ella implica una vulneración por la Comisión de su derecho a un proceso justo y de su derecho de defensa en el sentido del artículo 6, apartado 1 y apartado 3, letra a), del CEDH.

30 Según la demandante, esa ilegalidad debe llevar a la anulación de la Decisión impugnada (conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto que dio lugar a la sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* en el asunto C-250/99 P, Rec. p. I-8503, punto 80). Para garantizar la eficacia del derecho protegido por el artículo 6, apartado 3, letra a), del CEDH, que es una garantía procedimental básica en un Estado de Derecho, no cabe exigir a la empresa afectada que demuestre que la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente si dicha empresa hubiera sido informada en el momento oportuno. La información del inculpado en el momento oportuno y con alcance exhaustivo constituye la *condicio sine qua non* de un proceso justo, y su naturaleza es de orden público. Por tanto, toda decisión que imponga una multa, adoptada con infracción de esa garantía procedimental, debe ser anulada.

31 Con carácter subsidiario la demandante alega que, si la Comisión hubiera respetado el derecho garantizado por el artículo 6, apartado 3, letra a), del CEDH y la hubiera informado sin dilación de la naturaleza y del objeto de la investigación practicada contra la demandante, ésta habría podido reconstituir los hechos pertinentes con más facilidad y de modo más exhaustivo de lo que fue posible en 2003. En particular, habría podido advertir a la Comisión del carácter erróneo del testimonio de AKZO acerca del papel de la demandante en el marco del cartel. Esa refutación habría llevado a la Comisión a pedir precisiones a AKZO y en su caso a proceder a una verificación en virtud del artículo 14 del Reglamento nº 17.

32 En cambio, a falta de información inmediata, la demandante considera que quedó privada de la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la tramitación de la investigación y en el proceso decisorio interno de la Comisión. En el caso opuesto, la Comisión habría concluido que la demandante no había cometido en realidad una infracción, sino que sólo era un cómplice no responsable de los productores de peróxidos orgánicos partícipes en el cartel. Por consiguiente la Comisión privó a la demandante, en esa fase determinante del procedimiento, de la posibilidad de defenderse rápida y eficazmente de las alegaciones de AKZO.

33 Por tanto, la demandante considera que la Decisión impugnada debe ser anulada a causa de la vulneración del derecho de defensa y del artículo 6, apartado 3, letra a), del CEDH.

34 Al respecto, la demandante reconoció no obstante en la vista, en respuesta a una pregunta específica del Tribunal de Primera Instancia, que, a su juicio, incluso si hubiera sido informada en la fase de la solicitud de información de 3 de febrero de 2003, y gracias a ello hubiera podido defenderse con más eficacia, tal circunstancia no habría podido modificar las conclusiones de la Comisión que afectaban a la demandante en la Decisión impugnada, lo que se hizo constar en el acta de la vista.

b) Alegaciones de la Comisión

35 La Comisión niega que estuviera obligada a informar a la demandante de la naturaleza y de los motivos de la investigación que la afectaba antes de la remisión del pliego de cargos.

36 Por una parte, como confirma expresamente el artículo 15, apartado 4, del Reglamento nº 17, ni el procedimiento administrativo ni la posibilidad de imponer multas en virtud de ese Reglamento tienen carácter penal. Por otra parte, ese procedimiento se divide en dos fases, a saber, una fase de investigación preliminar y una fase contradictoria que se extiende desde el pliego de cargos hasta la adopción de la decisión final. En tanto que la fase contradictoria permite a la Comisión pronunciarse definitivamente sobre la infracción imputada (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartados 182 a 184), durante la fase de investigación aún no se ha formulado ninguna imputación contra las empresas interesadas. Esta fase sirve para la búsqueda de los elementos de hecho que permiten a la Comisión determinar si procede o no imputar cargos a una empresa. A ese efecto la Comisión puede exigir informaciones y las empresas están sujetas a la obligación de colaboración activa de poner a disposición de la Comisión todos los elementos de información relativos al objeto de la investigación (sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. I-3283, apartado 27).

37 La Comisión indica que cuando adopta esas medidas de instrucción, no está aún en condiciones de dirigir cargos contra las empresas, porque aún está buscando los elementos que puedan conducir a formular un pliego de cargos. Por tanto, el mero hecho de que la Comisión dirija medidas de instrucción a una empresa no puede equipararse a una acusación contra esa empresa (conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto que dio lugar a la sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, C-250/99 P, citada en el apartado 25 *supra,* puntos 41 a 46). Por consiguiente, no puede acogerse la alegación de la demandante de que habría debido ser informada ya en la fase de investigación para poder elaborar su defensa.

38 La Comisión reconoce que el derecho de defensa, como derecho fundamental, forma parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto tiene que garantizar el juez comunitario (sentencias Krombach, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 25 y 26, y Connolly/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 37 y 38). Además, es cierto que la Comisión debe procurar que ese derecho no quede dañado durante la fase

de investigación, que puede tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de comportamientos de las empresas susceptibles de generar la responsabilidad de éstas (sentencias Hoechst/Comisión, citada en el apartado 27 *supra,* apartado 15, y Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 63). En cambio, esa obligación sólo abarca algunas manifestaciones del derecho de defensa, como el derecho a asesoramiento jurídico y el derecho a la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente, en tanto que otras manifestaciones de tal derecho sólo se refieren al procedimiento contradictorio que sigue a la formulación de un pliego de cargos (sentencia Hoechst/Comisión, citada en el apartado 27 *supra,* apartado 16).

39 La Comisión afirma que, en cualquier caso, el supuesto derecho a ser inmediatamente informado de la naturaleza y de la causa de la investigación no existe ni tampoco deriva del artículo 6, apartado 3, letra a), del CEDH, debido a la inexistencia de «acusación» durante la fase de investigación. Tal «acusación» formal no se produce hasta la notificación del pliego de cargos (sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartado 79). Dicha notificación marca el inicio del procedimiento, según el artículo 3 del Reglamento n° 17, y manifiesta la voluntad de la Comisión de adoptar una decisión por la que se declara la existencia de una infracción (véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Rec. p. 77, apartado 16). Al mismo tiempo el pliego de cargos constituye la información a la empresa del objeto del procedimiento iniciado en su contra y de los comportamientos que le reprocha la Comisión (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, T-305/94 a T-307/94, T-313/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931, apartado 132, y Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartado 80).

40 Según la Comisión, este criterio se ajusta a la jurisprudencia según la cual en el Derecho comunitario de la competencia no existe derecho alguno a ser informado del estado en que se encuentra un procedimiento administrativo con anterioridad a la comunicación formal de un pliego de cargos; si se aceptase la tesis opuesta, se crearía un derecho a ser informado de una investigación cuando existan sospechas sobre una empresa, lo que

podría dificultar seriamente las tareas de la Comisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, Dalmine/Comisión, T-50/00, Rec. p. II-2395, apartado 110).

41 La Comisión añade que, aunque la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 6 del CEDH puede desempeñar en su caso una función en el marco de procedimientos de instrucción de carácter penal, por ejemplo respecto al cómputo del «más breve plazo» en el sentido del artículo 6, apartado 1, del CEDH, nada indica que así sea también respecto al artículo 6, apartado 3, letra a), del CEDH. Ahora bien, para que pueda tomarse en consideración, la inobservancia de esas garantías en la fase de investigación tiene que comprometer gravemente la seguridad del proceso (TEDH, sentencia Imbroscia c. Suiza de 24 de noviembre de 1993, serie A, n° 275, § 36, y la jurisprudencia citada), teniendo en cuenta la tramitación del procedimiento en su conjunto.

42 La Comisión señala que, en el presente caso la fase contradictoria del procedimiento administrativo previsto por el Reglamento n° 17 es particularmente importante al respecto, porque precisamente tiene por objeto informar al interesado de la naturaleza y del motivo de la acusación dirigida contra él. Sin embargo, la demandante no formuló ninguna objeción contra la regularidad del desarrollo de esa fase del procedimiento. Así pues, la demandante no puede afirmar, por primera vez en el escrito de réplica, que durante la fase contradictoria de dicho procedimiento no tuvo ocasión de dar a conocer de forma apropiada y suficiente su criterio sobre la versión de los hechos a la que había llegado la Comisión. En cualquier caso esa alegación errónea de la demandante no puede desvirtuar el carácter contradictorio ni el carácter justo de esa fase del procedimiento administrativo.

43 Por consiguiente, La Comisión considera que el presente motivo debe ser desestimado por infundado.

2. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

44 Mediante su primer motivo, la demandante sostiene en esencia que la Comisión vulneró su derecho de defensa, y en particular su derecho a un proceso justo, reconocido en el artículo 6, apartado 3, letra a), del CEDH, al no informarle en una fase muy temprana del procedimiento de investigación sobre la naturaleza y la causa de la acusación dirigida contra la demandante, y en particular al no comunicarle antes los testimonios de AKZO.

45 Procede recordar con carácter previo que el Tribunal de Primera Instancia no es competente para apreciar la legalidad de una investigación en materia de competencia en relación con las disposiciones del CEDH, en la medida en que éstas no forman parte como tales del Derecho comunitario. Ello no obsta a que el juez comunitario esté obligado a velar por el respeto de los derechos fundamentales, que forman parte integrante de los principios generales del Derecho y que, a tal fin, se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado y a los que se han adherido. Es preciso apreciar que el CEDH reviste, a este respecto, un significado particular, como confirma el artículo 6 UE, apartado 2 (véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2001, Mannesmann-röhren-Werke/Comisión, T-112/98, Rec. p. II-729, apartados 59 y 60, y la jurisprudencia citada). Por otra parte, así se ha reafirmado en el párrafo quinto del preámbulo, en el artículo 52, apartado 3, y en el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

46 En este sentido, según reiterada jurisprudencia, el derecho de defensa en todo procedimiento que pueda dar lugar a sanciones, en particular a multas o multas coercitivas, como el previsto por el Reglamento nº 17, constituye un derecho

fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el juez comunitario (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 64, y de 8 de febrero de 2007, Groupe Danone/Comisión, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, apartado 68).

47 Hay que recordar además que el procedimiento administrativo con arreglo al Reglamento nº 17, que tramita la Comisión, se subdivide en dos fases distintas y sucesivas, cada una de las cuales tiene una lógica interna propia, a saber, una fase de investigación preliminar, por un lado, y una fase contradictoria, por otro. La fase de investigación preliminar, durante la que la Comisión ejerce las facultades de investigación previstas por el Reglamento nº 17 y que se extiende hasta el pliego de cargos, está destinada a permitir que la Comisión reúna todos los elementos pertinentes que confirmen o no la existencia de una infracción de las reglas sobre la competencia y adopte una primera postura sobre la orientación y la continuación que proceda dar al procedimiento. En cambio, la fase contradictoria, que se extiende desde la notificación del pliego de cargos hasta la adopción de la decisión final, debe permitir que la Comisión se pronuncie definitivamente sobre la infracción imputada (véanse, en ese sentido, la sentencia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartados 181 a 183, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 38).

48 Por un lado, en lo que se refiere a la fase de investigación preliminar, el Tribunal de Justicia ha puntualizado que dicha fase tiene como punto de partida la fecha en que la Comisión, en el ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 11 y 14 del Reglamento nº 17, adopta medidas que implican la imputación de una infracción y conllevan repercusiones importantes sobre la situación de las empresas sospechosas (sentencias de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartado 182, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, citada en el apartado 47 *supra,* apartado 38). Por otro lado, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que sólo al comienzo de la fase contradictoria administrativa la empresa afectada es informada mediante el pliego de

cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento, y disfruta del derecho de acceso al expediente para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después del envío del pliego de cargos (véanse, en ese sentido, las sentencias de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartados 315 y 316; Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 66 y 67; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, citada en el apartado 47 *supra,* apartado 47, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión, C-407/04 P, Rec. p. I-829, apartado 59). En efecto, si ese derecho se extendiera al período anterior al envío del pliego de cargos se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la fase de la investigación preliminar, la empresa afectada estaría en condiciones de identificar las informaciones que ya son conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia Dalmine/Comisión, antes citada, apartado 60).

49 Siendo así, debe desestimarse la alegación de la demandante de que el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso justo implica que se le hubiera debido dar acceso a los testimonios de AKZO durante la fase de investigación preliminar.

50 No deja de ser cierto, sin embargo, que de la jurisprudencia citada en el apartado 48 anterior se desprende que las medidas de investigación adoptadas por la Comisión durante la fase de investigación preliminar, en especial las medidas de verificación y las solicitudes de información en virtud de los artículos 11 y 14 del Reglamento nº 17, implican por su naturaleza la imputación de una infracción y pueden producir repercusiones importantes sobre la situación de las empresas sospechosas.

51 En consecuencia, debe evitarse que el derecho de defensa pueda quedar irremediablemente comprometido durante esa fase del procedimiento administrativo ya que las medidas de investigación practicadas pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas susceptibles de

generar la responsabilidad de éstas (véase, en ese sentido, la sentencia Hoechst/Comisión, citada en el apartado 27 *supra,* apartado 15). En lo que se refiere a la observancia de un plazo razonable, el Tribunal de Justicia ha estimado, en esencia, que la excesiva duración de la fase de investigación preliminar puede incidir en las futuras posibilidades de defensa de las empresas afectadas, en particular, reduciendo la eficacia del derecho de defensa cuando éste se invoca en la fase contradictoria. En efecto, cuanto más tiempo transcurre entre una medida de investigación y la notificación del pliego de cargos, tanto más probable resulta que eventuales pruebas de descargo ya no puedan reunirse, o sólo con dificultad. Por este motivo, la apreciación del origen del posible debilitamiento de la eficacia del derecho de defensa no debe limitarse a la fase en la que este derecho produce plenos efectos, a saber, la fase contradictoria del procedimiento administrativo, sino que debe extenderse al conjunto de este procedimiento y debe tener en cuenta su duración total (véase, en ese sentido, la sentencia de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, citada en el apartado 47 *supra,* apartados 49 y 50).

52 El Tribunal de Primera Instancia estima que esas consideraciones se aplican por analogía a la cuestión de si, y en qué medida, la Comisión está obligada a proporcionar a la empresa afectada, ya en la fase de investigación preliminar, determinados elementos de información sobre el objeto y sobre la finalidad de la investigación, que permitan a esa empresa preservar la eficacia de su defensa en el marco de la fase contradictoria. En efecto, aunque desde un punto de vista formal la empresa afectada no tiene la condición de «acusado» durante la fase de investigación preliminar, la iniciación de la investigación respecto a esa empresa, en especial mediante la adopción de una medida de investigación que la afecta, no puede, como regla general, disociarse desde un punto de vista material de la existencia de una sospecha, y por tanto de una imputación implícita, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 48 anterior, que justifica la adopción de tal medida (véase también en ese sentido TEDH, sentencia Casse c. Luxemburgo de 27 de abril de 2006, demanda n° 40327/02, § 29 a 33, 71 y 72).

53 En cuanto al alcance de esa obligación de informar a la empresa, procede recordar en primer lugar que en una solicitud de información, ya sea informal en el sentido del artículo 11, apartado 2, del Reglamento n° 17, ya adopte la forma de una decisión con

arreglo al artículo 11, apartado 5, de dicho Reglamento, la Comisión está obligada, en virtud del apartado 3 del mismo artículo, y en especial a fin de respetar el derecho de defensa de las empresas afectadas, a indicar las bases jurídicas y la finalidad de dicha solicitud. De tal forma, la necesidad, en el sentido del artículo 11, apartado 1, del Reglamento nº 17, de la información solicitada por la Comisión debe apreciarse en función de la finalidad de la investigación, tal como obligatoriamente se especifica en la propia solicitud de información. En este aspecto, el Tribunal de Primera Instancia ha precisado que la Comisión sólo puede requerir la información que pueda permitirle verificar las presunciones de infracción que justifican la investigación y que se indican en la propia solicitud de información (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, SEP/Comisión, T-39/90, Rec. p. II-1497, apartado 25, y de 8 de marzo de 1995, Société générale/Comisión, T-34/93, Rec. p. II-545, apartados 39, 40, 62 y 63).

54 A continuación procede recordar la exigencia de que la Comisión indique en una decisión de verificación, en virtud del artículo 14, apartado 3, del Reglamento nº 17, el objeto y la finalidad de dicha verificación. Esa exigencia constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas, y en consecuencia el alcance de la obligación de motivar las decisiones de verificación no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. En este aspecto, se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de verificación todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a efectuar una calificación jurídica completa de dichas infracciones, debe, en cambio, indicar con claridad los indicios que pretende comprobar (véanse, en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia Hoechst/Comisión, citada en el apartado 27 *supra,* apartado 41, y de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. p. 3137, apartados 8 y 9; la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2007, CB/Comisión, T-266/03, no publicada en la Recopilación, apartado 36; véase, por analogía, la sentencia Société générale/Comisión, citada en el apartado 53 *supra,* apartados 62 y 63). De igual modo, en el marco de una verificación basada en el artículo 14, apartado 2, del Reglamento nº 17, los inspectores de la Comisión deben presentar un mandato escrito que también indique el objeto y la finalidad de la verificación.

55 El Tribunal de Primera Instancia considera que las exigencias enunciadas en los apartados 53 y 54 anteriores se aplican con independencia de si la solicitud de información dirigida a una empresa sospechosa de haber cometido una infracción tiene

la naturaleza de una decisión formal, en el sentido del artículo 11, apartado 5, del Reglamento nº 17, o de un escrito informal, en el sentido del apartado 2 de dicho artículo. Además, en el marco de la fase de investigación preliminar la posibilidad de que la empresa afectada prepare eficazmente su defensa no puede variar según que la Comisión adopte una medida de investigación basada en el artículo 11 o en el artículo 14 del Reglamento nº 17, dado que todas esas medidas pueden implicar la imputación de una infracción y conllevar repercusiones importantes sobre la situación de las empresas sospechosas (véanse, en ese sentido, las sentencias de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartado 182, y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, citada en el apartado 47 *supra,* apartado 38).

56 De ello resulta que la Comisión está obligada a informar a la empresa afectada, al tiempo de la primera medida adoptada respecto a ella, incluidas las solicitudes de información que aquélla le dirija en virtud del artículo 11 del Reglamento nº 17, del objeto y de la finalidad de la investigación en curso. Al respecto, la motivación no tiene que ser de igual alcance que la exigida para las decisiones de verificación, exigencia que deriva del carácter más constrictivo de éstas y de la especial intensidad de su repercusión en la situación jurídica de la empresa afectada (véase, acerca de las facultades de verificación de la Comisión, la sentencia CB/Comisión, citada en el apartado 54 *supra,* apartado 71). No obstante, esa motivación debe permitir que la empresa afectada comprenda la finalidad y el objeto de esa investigación, lo que exige precisar las presunciones de infracción, y que en ese contexto conozca el hecho de que puede estar expuesta a imputaciones ligadas a esa posible infracción, para que pueda tomar las medidas que estime oportunas en oposición a los cargos y preparar así su defensa en la fase contradictoria del procedimiento administrativo.

57 Por consiguiente, en el presente caso la Comisión estaba obligada, cuando envió la solicitud de información el 3 de febrero de 2003, a informar a la demandante, en particular, de las presunciones de infracción objeto de la investigación en curso, y del hecho de que en ese contexto esa institución podría llegar a formular imputaciones frente a dicha empresa. Ahora bien, de esa solicitud sólo resulta que la Comisión se disponía a investigar una presunta infracción del artículo 81 CE, cometida por productores europeos de peróxidos orgánicos, derivada de determinadas conductas

que se mencionaban en la citada solicitud a modo de ejemplo y de forma general, sin que no obstante se precisara que la referida investigación también tenía por objeto una posible infracción imputable a la demandante. En efecto, parece ser que no fue hasta la reunión de 20 de marzo de 2003, es decir, unas semanas antes de la incoación del procedimiento de investigación formal, cuando los funcionarios de la Comisión que tramitaban el procedimiento indicaron que la demandante también era objeto de su investigación. Pues bien, una información previa de la demandante habría sido tanto más necesaria ya que según la propia Comisión su opción de dirigir su acción sancionadora contra una empresa asesora constituía una reorientación de su práctica decisoria anterior, y por tanto la demandante no podía necesariamente prever que sería directamente imputada en el pliego de cargos.

58 Sin embargo, esa circunstancia no puede por sí sola llevar a la anulación de la Decisión impugnada. En efecto, hay que comprobar además si la irregularidad cometida por la Comisión pudo afectar concretamente al derecho de defensa de la demandante en el marco del procedimiento del que se trata (véanse, en ese sentido, las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 71 y ss., y de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, citada en el apartado 47 *supra,* apartados 55 y ss.).

59 En el presente caso la demandante no presentó ningún elemento concreto que pudiera demostrar que la irregularidad referida perjudicó la eficacia de su defensa durante la fase contradictoria del procedimiento administrativo y que una defensa más eficaz podría haber tenido incidencia en el desarrollo de ese procedimiento en su conjunto y en el contenido de la Decisión de la Comisión. Al contrario, la demandante reconoció en la vista que una información previa sobre el alcance de las imputaciones dirigidas contra ella, en especial al tiempo de la petición de información de 3 de febrero de 2003, no habría podido tener influencia alguna en las conclusiones de la Comisión en la Decisión impugnada que afectan a la demandante, lo que se hizo constar en el acta de la vista. En efecto, tal influencia es tanto menos probable ya que sólo mediaron unas siete semanas entre la citada solicitud de información, por una parte, y la incoación del procedimiento de investigación formal y la remisión del pliego de cargos, por otra.

60 Por consiguiente, el presente motivo debe ser desestimado por infundado.

C. *Sobre el segundo motivo, basado en la infracción del principio de legalidad de los delitos y de las penas* (nullum crimen, nulla poena sine lege)

1. *Alegaciones de las partes*

a) Alegaciones de la demandante

Generalidades

61 La demandante considera que no ha cometido una infracción del artículo 81 CE dado que sólo era un cómplice no responsable de los miembros del cartel, a saber, en especial, AKZO, Atochem/Atofina y PC/Degussa. La propia Comisión reconoció en el considerando 339 de la Decisión impugnada que la demandante no era parte contractual en el cartel celebrado por esos productores de peróxidos orgánicos. No obstante, la Comisión llegó en el considerando 349 de dicha Decisión a la conclusión muy vaga de que la demandante «era parte del acuerdo y/o tomó decisiones en calidad de empresa y/o en calidad de asociación de empresas». A continuación la Comisión reconoció en el considerando 454 de la misma Decisión que «una decisión que tiene como destinatarios a una empresa y/o una asociación de empresas en una situación de responsabilidad solidaria de este tipo es hasta cierto punto una novedad». Según la demandante, la Comisión sobrepasó así los límites de la facultad que le confiere el

artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, entendido en conjunción con el artículo 81 CE, apartado 1, y vulneró el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege).* Además, la incorrecta apreciación jurídica de la Comisión descansa en constataciones de hechos erróneas sobre el papel de la demandante en el contexto del cartel.

Sobre la refutación de los hechos constatados en la Decisión impugnada

62 La demandante rebate en esencia la importancia que atribuye la Comisión en la Decisión impugnada a su actividad en el cartel (considerandos 95, 105, 332, 333 y 345 de la Decisión impugnada). La demandante afirma que, en realidad, sólo prestó, en tanto que empresa asesora y mandatario sujeto a las instrucciones de AKZO, de Atochem/Atofina y de PC/Degussa, servicios de secretaría por cuenta de esas empresas, la mayor parte de cuales no guardaban relación alguna con el cartel.

63 En primer lugar, la demandante indica que entre finales de 1993 y finales de 1999 estuvo vinculada, en virtud del Derecho de obligaciones suizo, y sin ningún fin anticompetitivo, con esos tres productores de peróxidos orgánicos por contratos de servicios denominados «de mandato». Basándose en esos mandatos y siguiendo instrucciones de los citados productores, en primer lugar la demandante elaboró una estadística de mercado, en segundo lugar organizó cuatro reuniones oficiales de esos productores en Zúrich a la vez que participó en la faceta oficial de dichas reuniones, en tercer lugar reservó una sala de reuniones para cuatro encuentros informales de esos productores en Zúrich sin haber participado no obstante —o sólo en parte— en esas reuniones ni haber conocido su contenido, en cuarto lugar reembolsó a los representantes de esos productores los gastos de desplazamiento efectuados para acudir a las citadas reuniones, y en quinto lugar conservó determinados documentos —de contenido anticompetitivo en parte— por cuenta de PC/Degussa y de Atochem/Atofina.

64 Por otro lado, según la demandante, en contra de la afirmación contenida en el considerando 340 de la Decisión impugnada, esos contratos de servicios no fueron restrictivos de la competencia; únicamente los acuerdos entre los productores, en particular el acuerdo de 1971, en el que nunca fue parte la demandante (considerando 339 de la Decisión impugnada), habían previsto restricciones de la competencia en el mercado de los peróxidos orgánicos. Por tanto, también es errónea la afirmación formulada en el considerando 335 de la Decisión impugnada de que las actividades de la demandante «eran básicas para el cartel», ya que ese cartel fue establecido en 1971 por AKZO, Atochem/Atofina y PC/Degussa sin participación de la demandante. La demandante puntualiza, en sustancia, que en la medida en que las actividades que se le imputan tenían relación con el cartel, como las de reserva de una sala de reuniones y el reembolso de gastos de desplazamiento, tales actividades sólo tuvieron un carácter puramente logístico y de secretaría para los tres productores de peróxidos orgánicos.

65 En segundo lugar, la demandante alega, en esencia, que la Comisión, al referirse en los considerandos 87, 109 y siguientes, en especial 209, de la Decisión impugnada, a «Fides/AC-Treuhand» como unidad, le imputa indebidamente los actos cometidos por Fides durante el período de 1971 a 1993. Al hacerlo la Comisión infringe los principios de culpabilidad y de responsabilidad personal y perjudica la reputación de la demandante (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 145). La demandante, constituida en 1993, no es responsable de la conducta de Fides y no existe ningún nexo estructural, en virtud del Derecho societario, entre esa última y la demandante. A finales de 1993, la demandante adquirió de Fides únicamente el departamento encargado de la asesoría de gestión para las asociaciones y a continuación celebró nuevos contratos de servicios con los antiguos clientes de Fides. Además, la carta de Fides de noviembre de 1993 en la que ésta sugería a sus antiguos clientes proseguir las relaciones comerciales con la demandante no es una prueba pertinente para demostrar una supuesta «continuidad subjetiva» entre Fides y la demandante. Es del todo usual en el marco de la compra de empresas que, por razones de marketing, el vendedor envíe tales «cartas de recomendación» referidas al posible otorgamiento de un nuevo mandato a la sociedad adquirente. La demandante deduce de ello que no se le puede considerar responsable del comportamiento de Fides, lo que habría debido llevar a la Comisión a atribuir una importancia muy inferior a su papel durante el período determinante de 1994 a 1999.

66 La demandante puntualiza en este aspecto que, a diferencia de Fides, no participó en el intercambio anticompetitivo de información entre los tres productores de peróxidos orgánicos. La descripción del papel de la demandante en los considerandos 91 y siguientes de la Decisión impugnada no tiene en cuenta el hecho de que en 1993 esos productores habían modificado sustancialmente la forma de funcionamiento del cartel, al renunciar a comunicarse en el futuro, con la participación de Fides, las cifras de venta y de precios en el marco de las reuniones. A partir de 1993 ese sistema fue sustituido por un sistema de intercambio de informaciones gestionado por AKZO, mediante telecopia y en el marco de reuniones llamadas «de grupo de trabajo», en el cual no participó la demandante y del que ni siquiera tuvo conocimiento (considerando 136 de la Decisión impugnada). En ese contexto AKZO elaboró estadísticas detalladas para presentarlas en las reuniones de grupo de trabajo, dirigió éstas, vigiló el respeto de las cuotas de mercado e incitó a otros productores a aumentar sus precios.

67 En tercer lugar, en lo que se refiere a la conservación de los originales del acuerdo de 1971 y del acuerdo de 1975, la demandante afirma que sólo conservó en su caja fuerte los ejemplares de Atochem/Atofina y de PC/Degussa, que podían retirarlos o consultarlos en todo momento. La demandante reconoce además que realizó hasta 1995 o 1996 por cuenta de los productores de peróxidos orgánicos el cálculo de las desviaciones en relación con las cuotas acordadas entre ellos. Los documentos relativos a ese cálculo también podían ser consultados en todo momento por los miembros del cartel. Ahora bien, la conservación por la demandante de documentos de un tercero no constituye por sí misma un comportamiento prohibido por las reglas sobre la competencia.

68 En cuarto lugar, la demandante rebate la imputación de que recogió los datos relativos a las ventas de peróxidos orgánicos y proporcionó las «estadísticas correspondientes» a los miembros del cartel (considerando 92 de la Decisión impugnada). La demandante alega que esas estadísticas eran lícitas y no tenían relación alguna con el cartel, como según ella han confirmado AKZO, Atochem/Atofina y PC/Degussa. Con posterioridad a la puesta en funcionamiento por Fides, a instancia de esos productores, de un sistema oficial de información sobre el mercado de los peróxidos orgánicos, la demandante celebró tácitamente a finales de 1993 nuevos contratos de servicios con esos productores que comprendían la elaboración de estadísticas de mercado «neutras». Esas estadísticas se basaban en las cifras de ventas históricas (en toneladas), tal como las

proporcionaban los productores, y no se identificaban los precios aplicados por éstos ni el nombre de los clientes. Las estadísticas iban acompañadas de una lista de las categorías de los productos pertinentes, que la Comisión designa erróneamente como «código de AC Treuhand» (considerando 105 de la Decisión impugnada). Sin embargo esa lista sólo fue un instrumento de trabajo de la demandante para elaborar las estadísticas de mercado, por una parte, y de la sociedad encargada de realizar la auditoría de los volúmenes de ventas comunicados por los productores, por otra parte. Según la demandante, las estadísticas elaboradas de tal forma sólo comprendían, respecto a las categorías de peróxidos orgánicos contempladas, el volumen total del mercado del año o del trimestre precedente, el volumen de venta de cada productor y su cuota de mercado, pero no informaciones sobre los competidores.

69 En ese contexto la demandante recuerda que entre 1993 y 1999 el intercambio de los volúmenes y de los precios de venta por país y por cliente entre los productores de peróxidos orgánicos, y por tanto la coordinación de su comportamiento, dejaron de seguir las reglas acordadas en 1971 y en 1975, y se llevaron a cabo mediante telecopia o en reuniones de grupo de trabajo separadas, y a veces como resultado de reuniones oficiales en Zúrich, establecido sin su participación (considerandos 128 y 136 de la Decisión impugnada). La demandante deduce de ello que, en contra de la impresión creada en el considerando 92 de la Decisión impugnada, la estadística de mercado que ella elaboraba no sirvió para coordinar el comportamiento de los productores. La preparación y el control de las cifras del sistema de información sobre el mercado tampoco constituyeron la base de la infracción. Según ella, a partir de 1993 la estadística elaborada por la demandante no estaba ligada a su participación en las reuniones del cartel ni a la propuesta de cuotas. Ese vínculo cesó, a más tardar, en 1996, cuando la demandante dejó de realizar el cálculo de las desviaciones respecto a las cuotas acordadas.

70 La demandante precisa que la auditoría de las cifras de ventas de los productores de peróxidos orgánicos no tenía relación alguna con el cartel. La demandante no «asumió y autorizó» una auditoría con ese carácter (considerando 333 de la Decisión impugnada), ni fue el «contable» del cartel (considerando 404 de la misma Decisión). Esa errónea apreciación obedece, por una parte, a una amalgama entre el funcionamiento del sistema lícito de información sobre el mercado y el del cartel y, por otra parte, a una confusión con los deberes de la sociedad a la que la demandante otorgó a su vez mandato, que realizó la auditoría de los volúmenes de ventas comunicados por los productores a la demandante, cada tres a seis meses, referidos a

cada categoría de productos. Sobre esa base la demandante calculaba las cuotas de mercado respectivas para remitir a los productores «cifras totales del mercado». Por último, la auditoría de los volúmenes de ventas comunicados a la demandante respondía al deseo de los tres productores y es un procedimiento usual y lícito en el marco de sistemas serios de información sobre el mercado sin ninguna relación con el cartel.

71 En quinto lugar, la demandante disiente de la afirmación de la Comisión de que participó «al menos en una ocasión» en una reunión de grupo de trabajo (considerando 92 de la Decisión impugnada), o incluso en varias de tales reuniones (considerando 99 de la Decisión impugnada). La demandante afirma que, en realidad, no participó casi nunca en las reuniones con objeto anticompetitivo de los tres productores de peróxidos orgánicos. De las 63 reuniones que tuvieron lugar desde finales de diciembre de 1993, según se enumeran en el cuadro 4 de la Decisión impugnada (pp. 28 y ss.), de las cuales sólo nueve en Zúrich, únicamente cinco se celebraron con la participación parcial de colaboradores de la demandante, a saber, las reuniones en Zúrich de 25 de octubre de 1994, de 16 de febrero de 1995, de 16 de enero y de 19 de abril de 1996 y de 23 de noviembre de 1998. Habría que añadir la reunión de Amersfoort (Países Bajos) de 19 de octubre de 1998, en la que participaron sólo representantes de AKZO y un antiguo colaborador de la demandante, el Sr. S. La demandante rebate, sin embargo, de manera muy detallada el alcance que la Comisión atribuye en la Decisión impugnada a esa participación del Sr. S. En cualquier caso incumbe a la Comisión la obligación de aportar la prueba de que la demandante participó efectivamente en reuniones con fines anticompetitivos (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 78).

72 La demandante puntualiza que, salvo la reunión de 16 de enero de 1996, se trataba de reuniones denominadas «cumbres» que comprendían una parte «oficial» y una parte «informal». Pues bien, los colaboradores de la demandante sólo participaban en la parte oficial de esas reuniones, en cuyo marco únicamente se examinaban cuestiones relativas a la estadística oficial de mercado, a la clasificación y a la seguridad de los productos. En ese contexto el papel de la demandante se limitó a las actividades de secretaría, como el envío de cartas de invitación indicando el orden del día, la reserva de una sala de reuniones y en su caso de habitaciones de hotel, la acogida de los participantes y la redacción de un acta de las reuniones oficiales. Siguiendo instrucciones, la demandante reservó además por teléfono una sala de reuniones en

un hotel para las reuniones «informales» en Zúrich del 23 de octubre de 1997, del 17 de abril y del 27 de octubre de 1998, sin haber participado no obstante en dichas reuniones.

73 Por tanto, según la demandante, es manifiestamente errónea la afirmación de AKZO, recogida en el considerando 127 de la Decisión impugnada, de que la demandante había asistido «continuamente» a las reuniones anuales, por ejemplo, para poder adaptar las cuotas de mercado. La participación de la demandante a tal efecto no era necesaria dado que cada uno de los productores de peróxidos orgánicos conocía las cuotas de mercado «oficiales» gracias al intercambio entre ellos de sus volúmenes de ventas por telecopia o en las reuniones de los grupos de trabajo (considerando 128 de la Decisión impugnada).

74 En sexto lugar, la demandante mantiene que no fue presidente ni moderador del cartel (considerandos 92, 99, 102 y 336 de la Decisión impugnada). Por una parte, no hubo «presidente» en las escasas reuniones de los tres productores de peróxidos orgánicos en las que participó la demandante entre 1994 y 1999 y durante las cuales su función se limitó a recibir a los participantes y a redactar el acta de la parte oficial de la reunión. Por otra parte, la demandante tampoco actuó como «moderador» en caso de tensiones entre los miembros del cartel ni les animó a lograr un compromiso. Estos últimos siempre llegaron ellos mismos a la conclusión de que la renuncia a proseguir las discusiones sólo podía empeorar la situación. Además, habida cuenta de la falta de participación de la demandante en las reuniones informales (véase el apartado 72 anterior), ésta no habría podido actuar como moderador de las tensiones entre los miembros del cartel.

75 Al respecto la demandante niega haber declarado en su respuesta al pliego de cargos que había actuado como «moderador» (considerandos 92, 94 y 99 de la Decisión impugnada). La demandante afirma haber declarado, en realidad, que el Sr. S., como secretario, se había limitado a desempeñar el «papel de animador de la reunión», lo que significa en particular que abrió con unas palabras de bienvenida las cuatro «cumbres» oficiales y lícitas entre 1994 y 1999 (véase el apartado 72 anterior) y que anunció la pausa para el almuerzo. Sin embargo, el Sr. S. no participó, o casi nunca, durante ese mismo

período en las reuniones informales de los tres productores de peróxidos orgánicos. El punto 10 del acuerdo de 1971, con el título «Arbitraje», demuestra que los productores mismos actuaron como moderadores, lo que confirmó Atochem/Atofina en cuanto al papel de moderador de AKZO en varias reuniones. La demandante deduce de ello que AKZO ha proferido falsas acusaciones contra ella para desviar la atención de su propio papel de moderador.

76 En séptimo lugar, la demandante reitera que sólo desempeñó la tarea de calcular las desviaciones respecto a las cuotas acordadas y la de comunicarlas a los productores de peróxidos orgánicos, en virtud de un mandato y siguiendo instrucciones, hasta 1995 o 1996. A más tardar a partir de 1997 el cálculo de esas desviaciones fue realizado por los tres productores mismos, bajo la dirección de AKZO, basándose en sus cifras de ventas intercambiadas en las reuniones de grupo de trabajo o por telecopia (véase el apartado 69 anterior). AKZO elaboraba a continuación sobre tal base la estadística global que comprendía las cifras de ventas de todos los productores de peróxidos orgánicos y la presentaba en la siguiente reunión de grupo de trabajo. Por otro lado, los documentos presentados por AKZO con el propósito de probar que en 1996 o en 1997 la demandante siguió calculando las desviaciones respecto a las cuotas acordadas proceden de la propia AKZO y no emanan de la demandante.

77 En último lugar, la demandante mantiene que la apreciación de las pruebas por la Comisión es ilegal ya que vulnera la presunción de inocencia (sentencia Baustahlgewebe/Comisión, citada en el apartado 24 *supra,* apartado 58) y el derecho fundamental a un proceso justo, reconocido en el artículo 6, apartado 1, del CEDH y en el artículo 47, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Según la demandante, la Comisión ha acogido el testimonio erróneo de AKZO sin verificar no obstante su fundamento a la luz de los testimonios opuestos de Atochem/Atofina, de PC/Degussa y de la demandante. Pues bien, del artículo 6, apartado 1, del CEDH resulta que las declaraciones de una parte que coopera sólo pueden considerarse creíbles cuando son respaldadas por pruebas complementarias e independientes (Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 6 de octubre de 1976, X/Reino Unido, demanda nº 7306/75, *Décisions et rapports,* nº 7, pp. 119 y 122). Además, la credibilidad es el único criterio pertinente para apreciar las pruebas aportadas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, Rec. p. II-2223, con referencia a las conclusiones del Juez Vesterdorf en funciones de Abogado General en el asunto que dio lugar a la sentencia Rhône-Poulenc/Comisión, citada en el apartado 24 *supra,* Rec. pp. II-869 y ss.,

especialmente p. II-954; véanse también en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2000, Met-Trans y Sagpol, C-310/98 y C-406/98, Rec. p. I-1797, apartado 29, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 2002, Vela y Tecnagrind/Comisión, T-141/99, T-142/99, T-150/99 y T-151/99, Rec. p. II-4547, apartado 223).

78 Una parte que coopera tiene toda clase de razones para mentir y la Comisión está obligada de oficio a poner en duda su testimonio, en particular cuando éste es determinante para la decisión final y está en contradicción con otro testimonio [véase también el considerando 85 de la Decisión 86/399/CEE de la Comisión, de 10 de julio de 1986, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/31.371 — Revestimientos asfálticos) (DO L 232, p. 15), y el considerando 278 de la Decisión impugnada]. En el presente caso la Comisión infringió esos principios al acoger varias acusaciones falsas de AKZO contra la demandante sin buscar a tal efecto otras pruebas de naturaleza independiente (véase también en ese sentido la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de octubre de 2004, Dresdner Bank/Comisión, T-44/02, no publicada en la Recopilación, apartado 74). Pues bien, habría sido necesario un examen particularmente crítico de las declaraciones de AKZO debido, por una parte, al riesgo de que AKZO exagerase el papel y la importancia de la demandante para desviar la atención de su propio papel determinante en la puesta en práctica del cartel y, por otra, al hecho de que AKZO sólo formuló tardíamente algunas de sus acusaciones infundadas contra la demandante.

79 Según la demandante, si AKZO hubiera reconocido en su escrito de 17 de febrero de 2003 que la propuesta de nuevas cuotas emanaba de ella misma y no de la demandante, la Comisión no habría tenido más opción que hacer constar el papel determinante de AKZO en el cartel, lo que le habría impedido eximir a AKZO de una multa en aplicación de la sección B, letra e), de la Comunicación sobre la cooperación. La demandante afirma que el riesgo que corría AKZO de que le fuera denegada la inmunidad y la importancia de la multa que amenazaba a esa empresa confirman el hecho de que ésta fue incitada a prestar testimonio de cargo contra la demandante. Por consiguiente, al basarse en las declaraciones erróneas de AKZO, sin aportar pruebas complementarias e independientes en apoyo de sus imputaciones y sin dudar de la credibilidad de dichas declaraciones, o sin haber tenido en cuenta todas las circunstancias de descargo favorables a la demandante, la Comisión vulneró las exigencias del derecho fundamental a un proceso justo y de la presunción de inocencia.

Sobre la infracción del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*

— Sobre la incidencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* en la distinción entre autor y cómplice en el Derecho comunitario de la competencia

80 La demandante recuerda que, en virtud del artículo 15, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 17, la Comisión sólo puede imponer multas a las empresas y a las asociaciones de empresas que, deliberadamente o por negligencia, hayan cometido una infracción del artículo 81 CE, apartado 1. Sin embargo, las empresas que, sin participar en el cartel en el sentido de la última disposición, sólo facilitan la infracción del Derecho de la competencia cometida por los miembros del cartel o incitan a la comisión de tal infracción no vulneran el artículo 81 CE, apartado 1, ni pueden ser sancionadas con una multa en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. En consecuencia, al apreciar en la Decisión impugnada una infracción por la demandante del artículo 81 CE, apartado 1, y al imponerle una multa, la Comisión vulneró el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* reconocido por el artículo 7, apartado 1, del CEDH. Además, según la demandante, la interpretación extensiva del artículo 81 CE, apartado 1, que la Comisión sostiene amplía sin límites el elemento constitutivo de la infracción prevista por el artículo 81 CE, apartado 1, y vulnera así el principio de certeza de la ley penal *(nulla poena sine lege certa).*

81 La demandante mantiene que en el Derecho comunitario de la competencia hay que distinguir entre los autores de una infracción, por un lado, y los inductores y cómplices de la misma, por otro. Esa distinción forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, dada la concordancia de las reglas de los ordenamientos jurídicos nacionales en ese aspecto, como las previstas en el artículo 27, apartado 1, del Strafgesetzbuch (Código penal alemán), en el artículo 48 del Wetboek van Strafrecht (Código penal neerlandés), en el artículo 67 del Código penal belga, en el artículo 121-7 del Código penal francés, en el artículo 8 de la Accessories and Abettors Act de 1861

(Código penal del Reino Unido), en el artículo 28, apartado 2, letra b), y en el artículo 29 del Código penal español, relativos a la complicidad, en los artículos 46 y 47 del Poinikos kodikas (Código penal griego), en los artículos 66 y 67 del Código penal luxemburgués, en los artículos 26 y siguientes del Código penal portugués, en el capítulo 23, sección 4, del Brottsbalk (Código penal sueco) y en el capítulo 5 del Rikoslaki (Código penal finlandés). La confirma también el artículo 2, apartado 1, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995 (DO C 316, p. 49) así como el artículo 11 del Corpus Juris que contiene disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (elaborado bajo la dirección de Mireille Delmas-Marty, Economica, 1997).

82 En consecuencia, cuando se imponen sanciones en virtud del Reglamento nº 17, hay que distinguir de igual forma entre los autores y los inductores y cómplices. Según la demandante, no existe sin embargo en el Derecho comunitario de la competencia una disposición legislativa que permita sancionar al inductor o al cómplice de una infracción. Por tanto, sólo puede ser sancionada una persona que, como autor de una infracción, reúne el requisito constitutivo de la infracción prevista por el artículo 81 CE, apartado 1. En cambio, los cómplices o los inductores de una infracción no son responsables de ésta.

83 Pues bien, en opinión de la demandante, una interpretación contraria y extensiva del artículo 81 CE, apartado 1, como la realizada por la Comisión en el presente caso, vulnera el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* en el sentido del artículo 7, apartado 1, del CEDH y del artículo 49, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El TEDH ha declarado que el artículo 7 del CEDH reconoce ese principio así como el principio que prohíbe aplicar la ley penal de manera extensiva, en particular por analogía, en perjuicio del inculpado. De ello se deduce que una infracción tiene que ser claramente definida por la propia ley (TEDH, sentencia Streletz y otros c. Alemania de 22 de marzo de 2001, nº 34044/96 y otros, *Recueil des arrêts et décisions,* 2001-II, § 50, y la jurisprudencia citada).

84 La demandante considera que el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* como principio general del Derecho comunitario, se aplica también al procedimiento administrativo de carácter sancionador regulado por el Reglamento nº 17, y en particular a las multas previstas por el artículo 15, apartado 2, de dicho Reglamento. Ello resulta, por un lado, del artículo 6 UE, apartado 2, y por otro de la jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1996, X, C-74/95 y C-129/95, Rec. p. I-6609, apartado 25; sentencias Brugg Rohrsysteme/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 109 y 122, y LR AF 1998/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 209 y 210). Además, se trata de un principio inherente al Estado de Derecho que garantiza la protección efectiva frente a las actuaciones penales y las sanciones arbitrarias (TEDH, sentencia Streletz y otros c. Alemania, citada en el apartado 83 *supra,* § 50, y la jurisprudencia citada).

— Sobre el concepto de autor en el sentido del artículo 81 CE

85 La demandante puntualiza que el principio de certeza de la ley penal *(nulla poena sine lege certa)* reconocido en el artículo 7, apartado 1, del CEDH (véase el apartado 80 anterior) obliga a acoger una concepción restrictiva del concepto de autor de una infracción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1 (véanse también las sentencias del Tribunal de Justicia X, citada en el apartado 84 *supra,* apartado 25, y de 2 de octubre de 2003, Krupp Hoesch/Comisión, C-195/99 P, Rec. p. I-10937, apartado 86). Ese principio pretende garantizar que la sanción derivada de una infracción de una norma, como la sanción prevista por el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, sea previsible para el destinatario de dicha norma y que la potestad decisoria de la autoridad competente esté circunscrita de modo que excluya las decisiones «sorpresa». El Tribunal de Justicia ha considerado, en efecto, que una sanción, aunque no sea de carácter penal, sólo puede imponerse si se apoya en una base legal clara y no ambigua (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 1984, Könecke, 117/83, Rec. p. 3291, apartado 11, y de 18 de noviembre de 1987, Maizena, 137/85, Rec. p. 4587, apartado 15).

86 Además, un acto de Derecho comunitario tiene que ser tanto más preciso cuanto más intenso sea su efecto negativo para una persona. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en ese sentido, precisando que la exigencia de claridad jurídica es

particularmente imperiosa en un ámbito en el que cualquier incertidumbre puede llevar aparejada la aplicación de sanciones especialmente onerosas (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980, Comisión/Reino Unido, 32/79, Rec. p. 2403, apartado 46). Teniendo en cuenta la cuantía máxima muy elevada de las multas que pueden ser impuestas en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, que confirma la práctica reciente de la Comisión, el principio de legalidad de las penas justifica la aplicación de un criterio restrictivo del concepto de autor en el marco del artículo 81 CE, apartado l. Además, la interpretación extensiva del artículo 81 CE, apartado l, como la que sostiene la Comisión, va mucho más allá de una mera clarificación gradual de las reglas de la responsabilidad penal mediante la interpretación judicial, dada su incompatibilidad, por una parte, con la definición generalmente aceptada del concepto de «acuerdo» y, por otra, con la idea fundamental de autonomía que sustenta las disposiciones en materia de competencia.

87 La demandante alega que, en el presente caso, no ha sido autora de una infracción, ya que no tenía la condición de parte en el cartel ni la de asociación de empresas. La demandante afirma que, en realidad, sólo llevó a cabo a favor de AKZO, Atochem/Atofina y PC/Degussa actos de complicidad que no constituyen una infracción en el sentido del artículo 81 CE, apartado l. A la luz de las normas nacionales mencionadas en el apartado 81 anterior, la distinción entre los autores de la infracción y los partícipes debe basarse en criterios objetivos. Sólo es autor responsable de una infracción del artículo 81 CE, apartado l, quien pertenece a las categorías de personas enunciadas en el artículo 81 CE, apartado l, y comete el acto previsto en esa disposición. En cambio, es cómplice no responsable quien, sin reunir los requisitos constitutivos de la infracción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, facilita a sabiendas, ayudando o cooperando, la preparación o la comisión de la infracción.

88 Según la demandante, las infracciones previstas por los artículos 81 CE y 82 CE pertenecen a la categoría de los delitos denominados «especiales», ya que esos artículos restringen el círculo de las empresas que pueden ser autoras de tales infracciones a aquéllas que reúnen características específicas, a saber, en el caso del artículo 81 CE, apartado 1, las empresas partes contractuales en el acuerdo restrictivo de la

competencia. Ello resulta de la expresión «acuerdos entre empresas» que figura en artículo 81 CE, apartado 1, y lo confirma la jurisprudencia (sentencia Krupp Hoesch/Comisión, citada en el apartado 85 *supra,* apartado 86). Por tanto, sólo la empresa que es parte contractual en el acuerdo restrictivo de la competencia puede ser sancionada con una multa en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17.

89 La demandante alega que el texto y la finalidad del artículo 81 CE, apartado 1, que pretende salvaguardar la competencia, someten la condición de autor al requisito de que la empresa de la que se trate sea un competidor, que debe exponerse al juego de la competencia y que, por consiguiente, está obligado a adoptar una determinada conducta competitiva. Sólo es destinataria de dicha norma la empresa sujeta a esa obligación específica ligada al objetivo de la libre competencia. En efecto, un acuerdo restrictivo de la competencia únicamente puede celebrarse entre empresas que tengan la condición de competidora, de oferente o de demandante en el mercado afectado.

90 En consecuencia, una empresa sólo puede ser calificada como autora de una infracción cuando el acuerdo restrictivo de la competencia se ha celebrado en el marco de su propio sector de actividad. La restricción del círculo de autores de la infracción deriva además de la jurisprudencia relativa a la exigencia denominada «de autonomía» que subyace a las reglas del Tratado en materia de competencia, según la cual todo operador económico debe determinar de forma autónoma la política que quiere seguir en el mercado común. Esa exigencia de autonomía se opone pues rigurosamente a toda toma de contacto directa o indirecta entre esos operadores que tenga por objeto o como efecto ya sea influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o se pretenda seguir en el mercado (sentencias del Tribunal de Justicia Suiker Unie y otros/Comisión, citada en el apartado 24 *supra,* apartado 174, y de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartado 160).

— Sobre la condición de cómplice no responsable de la demandante

91 La demandante destaca que no fue parte en el acuerdo restrictivo de la competencia entre los productores de peróxidos orgánicos y que, por tanto, no ha infringido la exigencia de autonomía inherente al Derecho sobre la competencia. Según ella, nunca entró en contacto con sus propios competidores ni influyó o intentó influir en su comportamiento en el mercado. Dado que su propia actividad económica es ajena al mercado de los peróxidos orgánicos, al que afectó la infracción, la demandante no reúne los requisitos constitutivos de la infracción prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, y no puede ser considerada autora de la infracción. De la misma forma, es errónea la tesis de la Comisión de que el acuerdo de 1971 así como los contratos de servicios entre la demandante, por una parte, y AKZO, Atochem/Atofina y PC/Degussa, por otra, forman un supuesto «acuerdo global y único» que implica la participación de la demandante. En efecto, el preámbulo del acuerdo de 1971 nombra exclusivamente a los productores de peróxidos orgánicos como partes en dicho acuerdo (considerando 80 de la Decisión impugnada).

92 La demandante afirma no haber sido nunca parte en dicho acuerdo (considerando 339 de la Decisión impugnada), que constituyó el marco de las actividades del cartel entre 1971 y 1999 (considerandos 89, 90 y 316 de la Decisión impugnada), ni pudo llegar a serlo ya que su actividad económica era ajena al mercado afectado. Sin embargo, al calificar la participación de la demandante en algunos elementos del cartel como infracción del artículo 81 CE, apartado 1, la Comisión no se atiene al texto de esa disposición. Por otro lado, suponiendo incluso que la demandante hubiera ejercido efectivamente las funciones que le imputa erróneamente la Comisión (considerando 334 de la Decisión impugnada), esa actividad, a falta de participación directa en el acuerdo restrictivo de la competencia en el mercado afectado, no puede infringir el artículo 81 CE, apartado 1, sino que constituye complicidad no punible.

— Sobre la anterior práctica decisoria contraria de la Comisión

93 La demandante sostiene además que el criterio adoptado por la Comisión en la Decisión impugnada contradice su práctica decisoria anterior desde 1983, según la cual las empresas asesoras que no operan en el mercado afectado por la infracción no son consideradas partes en el acuerdo restrictivo de la competencia, ni por tanto autoras de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1. La tesis contraria, aún mantenida por la Comisión en su Decisión 80/1334/CEE, de 17 de diciembre de 1980, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/29.869 — Vidrio colado en Italia) (DO L 383, p. 19; en lo sucesivo, «Decisión Vidrio colado en Italia»), vulnera el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* porque la empresa asesora en cuestión no era parte en el acuerdo restrictivo de la competencia sino mero cómplice. Por ese motivo la Comisión abandonó implícita, y válidamente, esa tesis desde 1983. En su Decisión 83/546/CEE, de 17 de octubre de 1983, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/30.064 — Cilindros de fundición y de acero moldeador) (DO L 317, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Cilindros de fundición y de acero moldeador»), la Comisión sólo calificó como autor de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, a las empresas operadoras en el mercado afectado por la infracción y partes en el acuerdo restrictivo de la competencia, y no así a la empresa asesora encargada en especial de la gestión del sistema de intercambio de informaciones entre los miembros del cartel (considerandos 10 y siguientes). Ese mismo criterio fue seguido por la Comisión en sus Decisiones 86/398/CEE, de 23 de abril de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/31.149 — Polipropileno) (DO L 230, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Polipropileno»), considerando 66; 89/191/CEE, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/31.866 — LdPE) (DO 1989, L 74, p. 21; en lo sucesivo, «Decisión LdPE»), considerandos 11 y 19, y 94/601/CE, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/C/33.833 — Cartoncillo) (DO L 243, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Cartoncillo»), considerandos 2, 27 y siguientes, 33, 37, 61 y siguientes, 134 y 162.

94 La Comisión no puede alegar que en el presente caso la demandante haya desempeñado un papel más importante que las empresas asesoras en los asuntos antes citados. Por el contrario, a diferencia de las empresas asesoras implicadas en los asuntos que dieron

lugar a la Decisión Cilindros de fundición y de acero moldeador y a la Decisión Cartoncillo, la demandante casi nunca participó en reuniones con fines anticompetitivos (véanse los apartados 72 y siguientes *supra).* Además, las otras imputaciones formuladas contra la demandante carecen de pertinencia y no tienen relación alguna con el cartel. De tal forma, el sistema de información sobre el mercado basado en estadísticas oficiales no infringe el artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Eurofer/Comisión, C-179/99 P, Rec. p. I-10725, apartado 44, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de marzo de 1999, Eurofer/Comisión, T-136/94, Rec. p. II-263, publicación por extractos, apartado 186), ya que no implica la transmisión entre competidores de informaciones cubiertas por el secreto empresarial. Respecto a la práctica decisoria reiterada de la Comisión, ello es tanto más cierto cuando una empresa asesora se limita a procesar las cifras de ventas que le han sido comunicadas, sin participar no obstante en el intercambio de informaciones sensibles en cuanto tal [Decisión 94/599/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/31.865, PVC) (DO L 239, p. 14), considerando 12; Decisión LdPE, considerando 11; Decisión Polipropileno, considerando 66]. Por último, la auditoría por expertos contables independientes de las cifras de ventas comunicadas por los miembros del cartel no es restrictiva de la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. Por tanto, las actividades antes citadas de «secretaría» de la demandante, ligadas al cartel, sólo constituyen actos de complicidad.

— Sobre la inexistencia de dominio del cartel por la demandante y de nexo de causalidad entre su actividad y la restricción de la competencia

95 La demandante precisa que no tenía dominio alguno de la infracción. Las decisiones relativas a la puesta en práctica, a la gestión y a la orientación del cartel fueron tomadas exclusivamente por los tres productores de peróxidos orgánicos. En consecuencia, no existe nexo de causalidad entre la actividad de la demandante y la restricción de la competencia en el mercado de los peróxidos orgánicos. Como mandataria en virtud del Derecho de obligaciones suizo, sujeta a las instrucciones de esos productores y a una obligación de confidencialidad, la demandante sólo fue un instrumento de los miembros del cartel. Siquiera fuere por ese motivo, la demandante no puede ser considerada como un coautor de la infracción en igual concepto que los productores de peróxidos orgánicos. La inexistencia de dominio de la infracción por la demandante

resulta también del hecho de que ésta no participó en la actividad colusoria propiamente dicha, esto es, el intercambio de informaciones entre los productores por telecopia, por teléfono móvil y en las reuniones de los grupos de trabajo en las que no estaba presente (véanse los apartados 72 y siguientes *supra).*

96 La demandante mantiene además que, en contra de lo manifestado en el considerando 345 de la Decisión impugnada, en lo que atañe a los servicios que prestó en el marco del cartel, como el reembolso de gastos de desplazamiento, habría podido ser sustituida en cualquier momento bien por los mismos productores de peróxidos orgánicos bien por otra empresa asesora, sin que ello hubiera perturbado el funcionamiento del cartel tal como lo habría hecho la separación de uno de los productores.

97 En virtud de todo lo expuesto la demandante considera que debería ser calificada como cómplice no responsable de los tres productores de peróxidos orgánicos implicados en el cartel. En ese aspecto es irrelevante que la demandante haya tenido conocimiento parcial de dicho cartel, dado que tal conocimiento no es suficiente para concluir que ella misma cometió una infracción (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión, C-286/98 P, Rec. p. I-9925, apartado 39; conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto que dio lugar a esa sentencia, Rec. p. I-9928, punto 80).

— Sobre la calificación errónea de la demandante como «asociación de empresas»

98 La demandante refuta finalmente su calificación como «asociación de empresas» en el artículo 1 y en los considerandos 347, 373 y 464 de la Decisión impugnada. Al interpretar ese concepto de forma extensiva la Comisión infringe la prohibición del razonamiento por analogía, corolario del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* reconocido por el artículo 7, apartado l, del CEDH (véase el apartado 83 *supra),* que se aplica también en el marco del

procedimiento administrativo sancionador previsto por el Reglamento nº 17. En efecto, en la práctica usual, una empresa asesora, como la demandante, no constituye una «asociación de empresas», es decir, una estructura organizativa integrada por empresas miembros. Al no estar integrada por empresas miembros la demandante es una empresa independiente controlada exclusivamente por personas físicas en tanto que accionistas. De igual forma la demandante no está vinculada con sus clientes por un nexo estructural sino en el marco de un mandato puramente contractual.

99 La demandante considera que la tesis de la Comisión se opone también al sentido y la finalidad del concepto de asociación de empresas. Ese concepto no tiene por objeto permitir sancionar a los cómplices de los miembros de un cartel, sino que en realidad pretende evitar que las empresas puedan eludir las normas de la competencia simplemente en razón de la forma en que coordinan su conducta en el mercado y, por tanto, abarcar también las formas institucionalizadas de cooperación, a través de una estructura colectiva o de un órgano común (conclusiones del Abogado General Léger en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, Rec. pp. I-1577 y ss., especialmente p. I-1582, punto 62). En cambio, en el presente caso los productores de peróxidos orgánicos no actuaron a través de una estructura colectiva o de un órgano común, sino que coordinaron su conducta de manera directa, por telecopia, por teléfono y en las reuniones de grupos de trabajo. A tal respecto la demandante se limitó a proporcionar una asistencia administrativa o logística, sin que constituyera la «estructura colectiva» o el «órgano colectivo» de esos productores.

100 La demandante concluye que, como cómplice no responsable de AKZO, de Atochem/Atofina y de PC/Degussa, no es culpable de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, y que el hecho de que la Comisión le haya imputado dicha infracción es contrario al principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege).*

b) Alegaciones de la Comisión

Sobre el marco fáctico de la Decisión impugnada

101 En lo que se refiere al marco fáctico pertinente, la Comisión mantiene en esencia que la demandante no discute el hecho de que conservó en su caja fuerte, en particular, los ejemplares del acuerdo de 1971 y del acuerdo de 1975 pertenecientes a Atochem/Atofina y a PC/Degussa. La Comisión rebate además el hecho de que la demandante haya calificado de forma aislada el sistema oficial de información sobre el mercado y considera que éste debe ser integrado en el contexto del cartel. Según ella, la recogida, la preparación, el control de las cifras así como la elaboración de las estadísticas, a sabiendas de su significado y con fines anticompetitivos, en el marco de ese sistema, constituyeron, junto con la participación en las reuniones, la propuesta de cuotas y el cálculo de las desviaciones respecto a las cuotas acordadas, una circunstancia esencial para el funcionamiento del cartel.

102 Por otra parte no se ha rebatido que la demandante participó en cinco reuniones en Zúrich entre 1994 y 1998, de las cuales cuatro eran «cumbres», así como en la reunión con representantes de AKZO en Amersfoort. La demandante también ha reconocido que reservó la sala de reuniones para tres encuentros «informales» en Zúrich entre 1997 y 1998. A la vista de esos hechos demostrados la demandante no puede minimizar su participación haciendo uso de términos como «pocas veces» o «casi nunca». La demandante tampoco niega haber calculado las desviaciones respecto a las cuotas acordadas, al menos hasta 1995 o 1996. También actuó como cámara de compensación para asegurar que las reuniones con fines anticompetitivos no dejaran ninguna huella en las cuentas de las empresas participantes. De tal forma, la propia demandante procuró, con ocasión del reembolso, que no se mencionara ningún objeto en las órdenes de pago internas preparadas y firmadas por el Sr. S. La Comisión refuta finalmente la alegación de la demandante de que la Decisión impugnada se basó en declaraciones de AKZO supuestamente no creíbles. Al respecto la Comisión señala que las diferentes declaraciones sobre los hechos pertinentes, incluso aquellas cuya

credibilidad es necesariamente inferior, pueden reforzarse mutuamente (sentencia Mannesmannröhren-Werke/Comisión, citada en el apartado 77 *supra,* apartado 87).

Sobre la vulneración del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*

103 La Comisión niega que la Decisión impugnada infrinja el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege).* Rebate las premisas de la demandante según las cuales en el Derecho comunitario de la competencia, al igual que en el Derecho penal de varios Estados miembros, hay que distinguir formalmente a los autores de los inductores y de los cómplices. Ni el Derecho primario ni el Derecho derivado pertinentes establecen tal distinción. Además, como confirma el artículo 15, apartado 4, del Reglamento nº 17, el procedimiento administrativo regulado por ese Reglamento no tiene carácter penal (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión, T-83/91, Rec. p. II-755, apartado 235). Por otra parte, no es necesario establecer tal distinción formal en el Derecho comunitario de la competencia, ya que es posible tener en cuenta la existencia de diferentes grados de participación y la gravedad de la contribución a la infracción al determinar el importe de la multa (conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl en el asunto que dio lugar a la sentencia Krupp Hoesch/Comisión, citada en el apartado 85 *supra,* Rec. p. I-10941, nota 15).

104 La Comisión indica que a falta de una regla que diferencie al autor del partícipe, toda persona que reúna los requisitos constitutivos de la infracción prevista por el artículo 81 CE, apartado 1, puede ser sancionada con una multa en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. La Comisión añade que el imperativo, derivado del principio general de seguridad jurídica, de que los actos jurídicos de la Comunidad sean claros y su aplicación suficientemente previsible para las personas afectadas no excluye que en ocasiones sea preciso interpretar esos actos. Según la Comisión, el TEDH también reconoce la necesidad de lograr un equilibrio entre la obligación de precisión y la prohibición de la analogía en materia penal, en virtud del

artículo 7, apartado 1, del CEDH, por una parte, y la interpretación judicial destinada en especial a aclarar gradualmente las reglas de la responsabilidad penal en los asuntos concretos, por otra parte (TEDH, sentencia S.W. c. Reino Unido de 22 de noviembre de 1995, serie A, nº 335-B, § 36). Por consiguiente, es autor de una infracción quienquiera que reúna los requisitos del artículo 81 CE, apartado 1.

105 La Comisión rebate la alegación de la demandante de que no era ni podía ser parte en el cartel. El acuerdo de 1971, celebrado entre los productores de peróxidos orgánicos, y los contratos de servicios, celebrados entre la demandante y dichos productores, tienen que ser calificados como elementos esenciales de un cartel global y único. Dado que los contratos de servicios servían para aplicar el acuerdo de 1971, deben ser apreciados junto con éste como acuerdos complementarios y accesorios (considerandos 339 y 340 de la Decisión impugnada; véase también la Decisión Vidrio colado en Italia).

106 La Comisión señala que no es necesario, al respecto, en relación con los términos del artículo 81 CE, apartado 1, que la demandante, en su condición de empresa asesora, opere en el mercado de referencia como competidor, o del lado de la oferta o de la demanda. Tampoco es precisa una restricción de la autonomía comercial de las empresas interesadas y de la competencia entre ellas, sino que basta con cualquier restricción de la competencia en el interior del mercado común. Ello corresponde al objetivo del artículo 81 CE, apartado 1, que en virtud del artículo 3 CE, apartado 1, letra g), forma parte de un régimen que garantiza que la competencia no sea falseada en el mercado interior [véase también el noveno considerando del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1)].

107 Según la Comisión, el artículo 81 CE, apartado 1, no es sólo aplicable a los acuerdos «horizontales», sino también a los acuerdos «verticales» restrictivos de la competencia, celebrados entre empresas situadas en fases distintas del proceso económico (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión de la CEE,

56/64 y 58/64, Rec. p. 429), o incluso entre empresas que operan en diferentes mercados. A ese aspecto, el concepto de acuerdo sólo trata de permitir que se trace una distinción entre la coordinación prohibida y el comportamiento paralelo lícito (véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de diciembre de 2003, Adriatica di Navigazione/Comisión, T-61/99, Rec. p. II-5349, apartado 89). Por otra parte, la infracción prevista por el artículo 81 CE, apartado 1, es un «delito de peligro abstracto» (abstraktes Gefährdungsdelikt) en la medida en que esa disposición contempla también el objeto de la restricción de la competencia, es decir, el carácter peligroso del cartel para la competencia, con abstracción del caso singular.

108 La Comisión recuerda a continuación la jurisprudencia conforme a la cual la mera participación en reuniones cuyo objeto es contrario a la competencia y la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 83 y 84; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 232; de 10 de marzo de 1992, Solvay/Comisión, T-12/89, Rec. p. II-907, apartado 98, y de 6 de abril de 1995, Tréfileurope/Comisión, T-141/89, Rec. p. II-791, apartados 85 y 86). Esta conclusión es tanto más válida en el caso de la participación activa de una empresa en un cartel, con independencia de si dicha empresa opera o no en el mercado de referencia.

109 La Comisión indica que, en el presente caso, la demandante no obró como un cómplice pasivo del cartel, sino que participó en éste activamente como organizadora y vigilante de su buena ejecución (considerando 343 de la Decisión impugnada). Gracias a sus actividades la demandante contribuyó considerablemente a mantener en vigor y a ocultar el cartel y por tanto a restringir grave y prolongadamente la competencia en el mercado de los peróxidos orgánicos. Según la Comisión, esos elementos son necesarios y suficientes para generar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE, apartado 1. En ese aspecto es indiferente que el partícipe en una infracción se beneficie o no de ella (sentencia Krupp Hoesch/Comisión, citada en el apartado 85 *supra),* dado que el artículo 81 CE, apartado 1, no se basa en el criterio del enriquecimiento sino en el de la puesta en peligro de la competencia.

110 En cualquier caso, la Comisión señala que la demandante se benefició directamente del buen funcionamiento del cartel (considerando 342 de la Decisión impugnada). Según la Comisión, tampoco es determinante que un partícipe esté o no en condiciones de influir directamente en los precios y en las cantidades como parámetros de la competencia (véase, por analogía, la sentencia Brugg Rohrsysteme/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 61), pues de ser así se privaría de eficacia a la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, abriendo la posibilidad de eludirla por medio de la contratación de «prestadores especializados de servicios colusorios» encargados de organizar, mantener y ocultar el cartel.

111 La Comisión considera, en consecuencia, que el presente motivo debe ser desestimado.

2. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

a) Observaciones preliminares

112 Hay que precisar ante todo que la demandante no impugna como tal el importe de la multa que le ha sido impuesta en la Decisión impugnada. Mediante el presente motivo la demandante sostiene en esencia que, al considerarle responsable de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, e imponerle una multa, la Comisión sobrepasa los límites de la potestad decisoria que le ha sido atribuida por el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 e infringe el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* en el sentido del artículo 7, apartado 1, del CEDH. En ese sentido, alega que la Comisión habría debido tener en cuenta el hecho de que la demandante sólo era un cómplice no responsable del cartel, el cual no puede por tanto ser calificado como empresa o asociación de empresas «autora» de una infracción, a las que se refiere el artículo 81 CE, apartado 1.

113 A continuación debe señalarse que el procedimiento ante la Comisión, en virtud del Reglamento nº 17, es de naturaleza únicamente administrativa (véanse, en ese sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 200; la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 717 y 718), y que por consiguiente los principios generales de Derecho comunitario, y en especial el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* tal como se aplica en el Derecho comunitario de la competencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartados 215 a 223), no han de tener necesariamente el mismo alcance que en el caso de su aplicación a una situación prevista por el Derecho penal en sentido estricto.

114 Para determinar si procede diferenciar, en relación con la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 1, y con el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* a la empresa «autora» de una infracción de la empresa «cómplice» no responsable, el Tribunal de Primera Instancia considera necesario proceder a una interpretación literal, contextual y teleológica del artículo 81 CE, apartado 1 (véanse, en lo que atañe a la metodología, las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal +/Comisión, T-251/00, Rec. p. II-4825, apartados 72 y ss., y de 6 de octubre de 2005, Sumitomo Chemical y Sumika Fine Chemicals/Comisión, T-22/02 y T-23/02, Rec. p. II-4065, apartados 41 y ss.).

b) Sobre la interpretación literal del artículo 81 CE, apartado 1

115 El artículo 81 CE, apartado 1, dispone que «serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio

entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común».

116 Es preciso preguntarse en especial sobre el alcance de los términos « acuerdos entre empresas».

117 Al respecto, el Tribunal de Primera Instancia observa en primer lugar que el juez comunitario no se ha pronunciado con anterioridad de forma expresa sobre la cuestión de si los conceptos de acuerdo y de empresa enunciados en el artículo 81 CE, apartado 1, se basan en una concepción «unitaria», que abarque a toda empresa que haya contribuido a la comisión de una infracción, con independencia del sector económico en el que esa empresa opera normalmente, o como propugna la demandante, en una concepción «bipolar», que distinga entre las empresas «autoras» y las «cómplices» de la infracción. Hay que recordar además que la demandante alega que el texto del artículo 81 CE, apartado 1, adolece de una laguna, en el sentido de que, al referirse a la «empresa» autora de la infracción y a su participación en un «acuerdo», sólo abarca a determinadas empresas que tienen características específicas y sólo contempla determinadas formas de participación. Por consiguiente, sólo si se parte de un concepto de empresa y de un concepto de acuerdo limitados de esa forma y, por tanto, de un ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, restringido en ese sentido, podrá aplicarse el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* a fin de excluir toda interpretación extensiva del texto de dicha disposición.

118 Respecto al término «acuerdo», el Tribunal de Primera Instancia observa ante todo que no es sino otra forma de designar un comportamiento coordinado/colusorio y restrictivo de la competencia, o incluso un cartel en sentido amplio, en el que participan al menos dos empresas distintas que hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (véanse, en ese sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartados 79 y 112; las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión, T-41/96, Rec. p. II-3383, apartados 67 y 173, y de 27 de septiembre de 2006, Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y

T-61/02 OP, Rec. p. II-3567, apartados 53 a 55). Además, para constituir un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que un acto o un comportamiento aparentemente unilateral sea la expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante *per se* la forma en que se manifiesta dicha concordancia (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 2006, Comisión/Volkswagen, C-74/04 P, Rec. p. I-6585, apartado 37). Ese concepto amplio de acuerdo se confirma por el hecho de que también está sometida a la prohibición prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, la práctica concertada que consiste en una forma de coordinación entre empresas sin que ésta desemboque en la celebración de un convenio propiamente dicho (véase, en ese sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartado 115, y la jurisprudencia citada).

119 En el presente caso se plantea la cuestión de determinar si, como alega la demandante, el cartel debe guardar relación con un sector de actividad específico, incluso con un mismo mercado de productos o de servicios, de modo que sólo las empresas que operan en éste en calidad de competidores, de oferentes o de demandantes pueden coordinar su comportamiento en tanto que empresas (co)autoras de una infracción.

120 Pues bien, en ese sentido procede recordar que el artículo 81 CE, apartado 1, no sólo se aplica a los acuerdos «horizontales» entre empresas que ejercen una actividad comercial en el mismo mercado pertinente de productos o de servicios sino también a los acuerdos «verticales», que implican la coordinación de un comportamiento entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción y/o de distribución, y por tanto en mercados de productos o de servicios distintos [véanse, en ese aspecto, las sentencias del Tribunal de Justicia Consten y Grundig/Comisión de la CEE, citada en el apartado 107 *supra,* pp. 493 y 494; de 6 de enero de 2004, BAI y Comisión/Bayer, C-2/01 P y C-3/01 P, Rec. p. I-23; de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión, C-551/03 P, Rec. p. I-3173; Comisión/Volkswagen, citada en el apartado 118 *supra,* y el auto del Tribunal de Justicia de 28 de septiembre de 2006, Unilever Bestfoods/Comisión, C-552/03 P, Rec. p. I-9091; la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión, T-112/99, Rec. p. II-2459, apartados 72 y ss.; véanse también el Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 [CE] a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas

concertadas (DO L 336, p. 21), y la Comunicación (2000/C 291/01) de la Comisión — Directrices relativas a las restricciones verticales (DO C 291, p. 1)].

121 También resulta de la jurisprudencia que, para incurrir en la prohibición prevista por el artículo 81 CE, apartado 1, basta con que el acuerdo del que se trate restrinja la competencia en mercados conexos y/o emergentes, en los que cuando menos una de las empresas participantes no está (aún) presente [véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de mayo de 2006, O2 (Germany)/Comisión, T-328/03, Rec. p. II-1231, apartados 65 y ss.; véase también, referida a la aplicación del artículo 82 CE, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94 P, Rec. p. I-5951].

122 En ese aspecto, las fórmulas utilizadas por la jurisprudencia «voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado» (sentencia Bayer/Comisión, citada en el apartado 118 *supra,* apartado 67) o «expresión de la voluntad común de los participantes en el acuerdo sobre su comportamiento en el mercado común» (sentencia ACF Chemiefarma/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 112) tienden a poner de relieve el elemento de la «voluntad común» y no exigen una plena coincidencia entre el mercado pertinente en el que opera la empresa «autora» de la restricción de la competencia y el mercado en el que se considera que esa restricción se materializa. De ello deriva que toda restricción de la competencia en el mercado común puede corresponder a un «acuerdo entre empresas» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. Dicha conclusión se confirma por el criterio de la existencia de un acuerdo que tenga por objeto restringir la competencia dentro del mercado común. Ese criterio implica que una empresa puede infringir la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, cuando su comportamiento, tal como se coordine con el de otras empresas, tiene la finalidad de restringir la competencia en un mercado pertinente específico dentro del mercado común, sin que ello requiera necesariamente que la misma empresa opere en ese mercado pertinente.

123 De lo expuesto resulta que una interpretación literal de los términos «acuerdos entre empresas» no exige una interpretación restrictiva del concepto de autor de la infracción como la propugnada por la demandante.

c) Sobre la interpretación contextual y teleológica del artículo 81 CE, apartado 1

Sobre la necesidad de la restricción de la autonomía comercial

124 Como soporte de su motivo la demandante alega además que el concepto de autor de la infracción implica necesariamente que éste restrinja su propia autonomía comercial respecto a sus competidores y vulnere así la exigencia de autonomía inherente al artículo 81 CE, apartado 1, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común.

125 Ahora bien, como señala la demandante mediante referencia a la jurisprudencia pertinente, la exigencia de autonomía ha sido desarrollada, en particular, en el marco de la jurisprudencia relativa a la distinción entre las prácticas concertadas prohibidas y el comportamiento paralelo lícito entre competidores (véanse, en ese sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartados 115 a 117, y la jurisprudencia citada; la sentencia Adriatica di Navigazione/Comisión, citada en el apartado 107 *supra,* apartado 89). Además, de la distinción que establece la jurisprudencia entre la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, por una parte, y la mera medida unilateral de una empresa que pretende imponer cierto comportamiento a otras empresas, por otra parte, resulta que la restricción de la competencia debe derivar de la manifestación suficientemente acreditada de una voluntad concordante entre las empresas

involucradas sobre la ejecución de un comportamiento determinado (véanse, en ese sentido, las sentencias BAI y Comisión/Bayer, citada en el apartado 120 *supra,* apartados 96 a 102 y 141, y Comisión/Volkswagen, citada en el apartado 118 *supra,* apartado 37). De ello se desprende que, en contra de lo que alega la demandante, la exigencia de autonomía no está directamente ligada a la cuestión, en este caso no pertinente (véanse los apartados 120 a 123 *supra),* de determinar si las empresas que restringen su libertad comercial operan o no en el mismo sector de actividad o en el mismo mercado pertinente, sino que antes bien se vincula con los conceptos de «práctica concertada» y de «acuerdo», conceptos que necesitan la prueba de una manifestación suficientemente clara y precisa de una concordancia de voluntad entre las empresas implicadas.

126 Por otra parte, la demandante sobrestima la importancia del criterio de la limitación de la libertad comercial en el marco de la apreciación de la existencia de una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. Como resulta de una reiterada jurisprudencia, no todo acuerdo entre empresas ni toda decisión de una asociación de empresas que restrinjan la libertad de acción de las partes o de una de ellas están comprendidos necesariamente en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. En efecto, para aplicar esta disposición a un caso concreto, debe tenerse en cuenta ante todo el contexto global en que se adoptó dicho acuerdo o dicha decisión o en el que produce sus efectos, y más en particular, sus objetivos (sentencias del Tribunal de Justicia Wouters y otros, citada en el apartado 99 *supra,* apartado 97, y de 18 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, Rec. p. I-6991, apartado 42). En ese sentido, el Tribunal de Primera Instancia ha precisado que no debe considerarse de manera completamente abstracta e indiferenciada que todo acuerdo restrictivo de la libertad de acción de las partes o de una de ellas está comprendido necesariamente en la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, sino que para analizar la aplicabilidad de esa disposición a un acuerdo procede tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos, y en especial el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los productos y/o servicios contemplados por ese acuerdo, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado (véase la sentencia M6 y otros/Comisión, citada en el apartado 120 *supra,* apartado 76, y la jurisprudencia citada).

127 En relación con ese concepto contextual de restricción de la competencia no se excluye por tanto que una empresa pueda participar en la puesta en práctica de tal restricción aunque si ella misma no restrinja su propia libertad de acción en el mercado en el que

opera principalmente. En efecto, cualquier otra interpretación podría reducir el alcance de la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, de forma contraria a su eficacia y a su objetivo principal, entendido a la luz del artículo 3 CE, apartado 1, letra g), de garantizar el mantenimiento de una competencia no falseada en el interior del mercado común, ya que no permitiría una acción sancionadora contra la contribución activa de una empresa a una restricción de la competencia por el mero motivo de que dicha contribución no proviniera de una actividad económica comprendida en el mercado pertinente en el que tal contribución se materializa o tiene por objeto materializarse. Procede precisar que, como alega la Comisión, sólo la responsabilidad de toda «empresa» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, puede garantizar plenamente esa eficacia, dado que permite sancionar y prevenir la creación de nuevas formas de colusión gracias a empresas que no operen en los mercados objeto de la restricción de la competencia, con el objetivo de eludir la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1.

128 El Tribunal de Primera Instancia deduce de ello que una interpretación de los términos « acuerdos entre empresas » a la luz de los objetivos perseguidos por el artículo 81 CE, apartado 1, y por el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tiende a confirmar la existencia de una concepción del cartel y de la empresa autora de una infracción que no distingue en función del sector o del mercado en el que las empresas interesadas operan.

Sobre los requisitos conforme a los cuales la participación de una empresa en un cartel es constitutiva de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1

129 Procede recordar a continuación la jurisprudencia acerca de los requisitos que debe reunir la participación de una empresa en un cartel para que ésta pueda ser considerada responsable en calidad de coautor de la infracción.

130 En ese aspecto, basta con que la Comisión demuestre que la empresa de que se trate ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente a ellos para probar de modo suficiente

la participación de dicha empresa en el cartel. Para acreditar la participación de una empresa en un acuerdo único, integrado por un conjunto de comportamientos ilícitos separados en el tiempo, la Comisión debe probar que esa empresa pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo. A este respecto, la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe la infracción y dificulta que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único (véanse, en ese sentido, las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartados 83 y 87; Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartados 81 a 84, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartados 142 y 143; véase también la sentencia Tréfileurope/Comisión, citada en el apartado 108 *supra,* apartado 85, y la jurisprudencia citada). Resulta además de la jurisprudencia que esos principios se aplican *mutatis mutandis* en relación con reuniones en las que no sólo han participado competidores productores sino también sus clientes (véase, en ese sentido, la sentencia 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, apartados 62 a 66).

131 Por otra parte, en cuanto a la determinación de la responsabilidad personal de una empresa cuya participación en el cartel no tenga la misma amplitud e intensidad que la de otras empresas, de la jurisprudencia resulta que, si bien los acuerdos y prácticas concertadas que contempla el artículo 81 CE, apartado 1, son necesariamente el resultado del concurso de varias empresas, que son todas ellas coautoras de la infracción, pero cuya participación puede revestir formas diferentes, principalmente en función de las características del mercado de que se trate y de la posición de cada empresa en dicho mercado, de los fines perseguidos y de las modalidades de aplicación elegidas o planeadas,la mera circunstancia de que cada empresa participe en la infracción aplicando métodos específicos no basta para excluir su responsabilidad por la totalidad de la infracción, incluidos los comportamientos materialmente realizados por otras empresas participantes pero que comparten un mismo objeto o efecto contrario a la competencia (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartados 78 a 80).

132 Por tanto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de un cartel o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante para apreciar la existencia de una infracción por su parte. Ahora bien, aunque la importancia en su caso limitada de la participación de la empresa interesada no puede por tanto desvirtuar su responsabilidad personal por el conjunto de la infracción, cabe sin embargo que tenga incidencia en la apreciación de su alcance y de su gravedad, y por consiguiente en la determinación del importe de la multa (véanse en ese sentido las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartado 90; Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 86, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartado 145).

133 De las anteriores consideraciones resulta que, por lo que se refiere a la relación entre competidores que operan en el mismo mercado pertinente así como entre dichos competidores y sus clientes, la jurisprudencia reconoce la corresponsabilidad de las empresas coautoras y/o cómplices de una infracción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, considerando que el requisito objetivo para la imputación a la empresa interesada de los diversos comportamientos ilícitos que constituyen el conjunto del cartel concurre cuando dicha empresa ha contribuido a la puesta en práctica de éste, aun de forma subordinada, accesoria o pasiva, por ejemplo mediante la aprobación tácita y la omisión de denunciar dicho cartel a las autoridades, pudiendo tomarse en consideración la importancia eventualmente limitada de esa contribución al determinar la gravedad de la sanción.

134 La imputación del conjunto de la infracción a la empresa partícipe depende además de la manifestación de su propia voluntad, que demuestre que acepta, siquiera tácitamente, los objetivos del cartel. Este requisito subjetivo es, por una parte, inherente al criterio de la aprobación tácita del cartel y al de la falta de distanciamiento público de su contenido (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 84, y Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartado 143; sentencia Tréfileurope/Comisión, citada en el apartado 108 *supra,* apartado 85), en cuanto esos criterios implican la presunción de que la empresa interesada sigue aceptando los objetivos y la puesta en práctica del cartel, y por otra parte constituye la justificación para considerar corresponsable a la empresa interesada, ya que ésta pretendía contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y tuvo conocimiento de los comportamientos ilícitos de los demás participantes o pudo de forma razonable haberlos previsto y estaba dispuesta a asumir

el riesgo (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartados 83 y 87, y Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 23 *supra,* apartado 83).

135 La imputación a la empresa afectada de la infracción en su conjunto sólo se ajusta a las exigencias del principio de responsabilidad personal si se cumplen los requisitos enunciados en los apartados 133 y 134 anteriores (véase, en ese sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartado 84).

136 En virtud de las consideraciones que se enuncian en los apartados 115 a 127 anteriores, el Tribunal de Primera Instancia considera que esos principios se aplican *mutatis mutandis* a la participación de una empresa cuya actividad económica y competencia profesional permiten que no pueda ignorar el carácter anticompetitivo de los comportamientos de los que se trata y que pueda aportar de esa forma un sostén no carente de importancia a la comisión de la infracción. En esas circunstancias no puede acogerse la alegación de la demandante de que una empresa asesora no puede ser considerada coautora de una infracción porque no ejerce una actividad económica en el mercado pertinente afectado por la restricción de la competencia, por una parte, y porque sólo ha contribuido al cartel de manera subordinada, por otra.

Sobre la interpretación del artículo 81 CE, apartado 1, en relación con el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)*

137 La demandante mantiene no obstante, en sustancia, que dicha concepción «unitaria» del autor de una infracción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, es incompatible con las exigencias derivadas, por una parte, del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* en virtud del artículo 7, apartado 1, del CEDH y, por otra parte, de las reglas comunes en los ordenamientos jurídicos de los

Estados miembros referidas a la distinción entre autores y cómplices, que están destinadas a aplicarse tanto en el Derecho penal como en el Derecho de la competencia.

138 Al respecto, el Tribunal de Primera Instancia pone énfasis, ante todo, en que, como se indica en el apartado 45 anterior, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el juez comunitario, inspirándose, particularmente, en el CEDH.

139 Procede recordar a continuación que el juez comunitario ha aplicado el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* como principio general de Derecho comunitario en asuntos relativos al Derecho de la competencia, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH (véanse la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartados 215 y ss., y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T-43/02, Rec. p. II-3435, apartados 71 y ss., y la jurisprudencia citada). De forma general, dicho principio exige, particularmente, que toda normativa comunitaria, especialmente cuando imponga o permita imponer sanciones, sea clara y precisa, con el fin de que las personas afectadas puedan conocer sin ambigüedad los derechos y obligaciones que derivan de esa normativa y adoptar las medidas oportunas en consecuencia. Además, ese principio se aplica tanto a las normas de carácter penal como a los instrumentos administrativos específicos que imponen o permiten imponer sanciones administrativas (véanse, en ese sentido, las sentencias Maizena, citada en el apartado 85 *supra,* apartados 14 y 15, y X, citada en el apartado 84 *supra,* apartado 25), como las sanciones impuestas en virtud del Reglamento nº 17.

140 Resulta además de la interpretación reiterada por el TEDH del artículo 7, apartado 1, del CEDH que el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* reconocido en dicho artículo, exige, en particular, no aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del acusado, en especial por analogía. De ello se desprende que una infracción debe ser claramente definida por la ley, requisito que se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente,

y si es preciso gracias a su interpretación por los tribunales, qué actos u omisiones generan su responsabilidad penal. En ese aspecto, el TEDH ha precisado que el concepto de «derecho» utilizado en el artículo 7 del CEDH equivale al concepto de «ley» utilizado en otras disposiciones del CEDH y comprende tanto el Derecho de origen legislativo como el de origen jurisprudencial e implica requisitos cualitativos, en especial los de accesibilidad y previsibilidad (véase TEDH, sentencia Kokkinakis c. Grecia de 25 de mayo de 1993, serie A, nº 260-A, § 40, 41 y 52; sentencia S.W. c. Reino Unido, citada en el apartado 104 *supra,* § 35; sentencia Cantoni c. Francia de 15 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions,* 1996-V, p. 1627, § 29; sentencia Baskaya y Okçuoglu c. Turquía de 8 de julio de 1999, *Recueil des arrêts et décisions,* 1999-IV, p. 308, § 36; sentencia Coëme c. Bélgica de 22 de junio de 2000, *Recueil des arrêts et décisions,* 2000-VII, p. 1, § 145; sentencia E.K. c. Turquía de 7 de febrero de 2002, demanda nº 28496/95, § 51; véase también la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartado 216).

141 Habida cuenta de esa jurisprudencia, el principio de legalidad de los delitos y las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege),* no puede interpretarse en el sentido de que prohíba la clarificación gradual de las reglas de la responsabilidad penal mediante la interpretación judicial (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartado 217). En efecto, según la jurisprudencia del TEDH, por muy clara que sea la redacción de una disposición legal, incluso de Derecho penal, existe inevitablemente una parte de interpretación judicial y siempre será necesario dilucidar los puntos oscuros y adaptar el texto en función de la evolución de las circunstancias. Además, según el TEDH, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados parte en el CEDH que la jurisprudencia, como fuente del Derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del Derecho penal (TEDH, sentencia S.W. c. Reino Unido, citada en el apartado 104 *supra,* § 36). Al respecto, el TEDH ha reconocido que numerosas leyes no presentan una precisión absoluta y que muchas de ellas, con el fin de evitar una rigidez excesiva y de adaptarse a los cambios de situación, por la propia naturaleza de las cosas, emplean fórmulas más o menos vagas, y que la interpretación y la aplicación de éstas depende de la práctica (TEDH, sentencia Kokkinakis c. Grecia, citada en el apartado 140 *supra,* § 40 y 52, y sentencia E.K. c. Turquía, citada en el apartado 140 *supra,* § 52; sentencia Jungbunzlauer/Comisión, citada en el apartado 139 *supra,* apartado 80). Así pues, a la hora de valorar el carácter determinado o no de los conceptos utilizados, el TEDH tiene en cuenta, aparte del propio texto de la Ley, la jurisprudencia reiterada y publicada (TEDH, sentencia G. c. Francia de 27 de septiembre de 1995, serie A, nº 325-B, § 25).

142 No obstante, aun cuando el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* permite, en principio, la clarificación gradual de las reglas de la responsabilidad penal mediante la interpretación judicial, puede oponerse a la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma que define una infracción. Éste es en especial el caso cuando se trate de una interpretación jurisprudencial cuyo resultado no era razonablemente previsible en el momento en que se cometió la infracción, en particular habida cuenta de la interpretación que la jurisprudencia daba en aquel momento a la disposición legal examinada. Además, el concepto de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto de que se trate, del ámbito que cubra y del número y condición de sus destinatarios, y no se opone a que la persona afectada se vea obligada a recurrir a un asesoramiento apropiado para valorar, en una medida razonable y dadas las circunstancias del caso, las eventuales consecuencias de un determinado acto. Ello resulta especialmente cierto en el caso de los profesionales, habituados a la necesidad de mostrar una gran prudencia en el ejercicio de sus actividades. Cabe por tanto esperar de éstos que presten especial atención a la valoración de los riesgos que entraña dicho ejercicio (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartados 217 a 219, con referencia a la sentencia Cantoni c. Francia, citada en el apartado 140 *supra,* apartado 35).

143 De las anteriores consideraciones resulta que la interpretación del alcance del artículo 81 CE, apartado 1, y en particular de los términos «acuerdo» y «empresa», según la cual entra en su ámbito de aplicación toda empresa que haya contribuido a la puesta en práctica de un cartel, aun si dicha empresa no opera en el mercado pertinente afectado por la restricción de la competencia, tiene que haber sido suficientemente previsible, al tiempo de la comisión de los hechos imputados, en relación con el texto de dicha disposición, según lo ha interpretado la jurisprudencia.

144 A este respecto, procede señalar que los términos «acuerdo» y «empresa», en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, constituyen conceptos jurídicos indeterminados, la precisión de cuyo alcance incumbe en último término al juez comunitario y cuya aplicación por la Administración está sujeta a un control jurisdiccional pleno. Siendo así, la clarificación gradual de los conceptos de «acuerdo» y de «empresa» por el juez comunitario tiene una importancia decisiva para apreciar el carácter determinado y previsible de su aplicación concreta.

145 Pues bien, por una parte, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en relación con la reiterada jurisprudencia mencionada en los apartados 115 a 128 anteriores, los términos «acuerdos entre empresas» que figuran en el artículo 81 CE, apartado 1, constituyen una expresión suficientemente precisa de la concepción de cartel y de autor de la infracción, descrita en el apartado 128 anterior, en cuanto dichos términos designan a toda empresa que se comporta de forma colusoria, con independencia del sector de actividad o del mercado pertinente en los que opera, para permitir que dicha empresa no pueda ignorar, incluso pueda advertir, que se arriesga a una acción sancionadora en el caso de que adopte tal comportamiento.

146 Por otra parte, como se ha recordado en los apartados 129 a 135 anteriores, existe una jurisprudencia asentada relativa a la corresponsabilidad, con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, de las empresas coautoras y/o cómplices de una infracción en su conjunto, a cada una de las cuales se imputan los comportamientos ilícitos de las demás empresas partícipes. Esa jurisprudencia, también basada en la concepción «unitaria» de los conceptos de cartel y de autor de la infracción, indica de manera clara y precisa los requisitos objetivos y subjetivos de imputabilidad que deben concurrir para que una empresa pueda ser considerada responsable de una infracción cometida por varios coautores o cómplices. En este aspecto, el mero hecho de que el Tribunal de Justicia no hubiera precisado esos principios de imputabilidad hasta 1999 (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 65 *supra,* apartados 78 y ss.) no puede por sí solo afectar a su carácter previsible ya en la época, entre 1993 y 1999, de los hechos imputados a la demandante, dado que los elementos que determinan la responsabilidad personal ya se deducían con la suficiente precisión de la concepción amplia de cartel y de empresa en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y de la anterior jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia (véase la sentencia Tréfileurope/Comisión, citada en el apartado 108 *supra,* apartado 85, y la jurisprudencia citada). Además, el hecho de que el juez comunitario no se haya pronunciado anteriormente sobre el caso específico de la corresponsabilidad de una empresa asesora que no opera en el mismo mercado que los demás partícipes en el cartel no basta para concluir que una práctica administrativa y jurisprudencial que declara la corresponsabilidad de dicha empresa, o cuando menos la posibilidad de tal corresponsabilidad, no fuera razonablemente previsible para operadores profesionales, sobre la base tanto de los términos del artículo 81 CE, apartado 1, como de la jurisprudencia antes citada.

147 Por otra parte, en lo que se refiere a la práctica administrativa sancionadora en este aspecto, hay que recordar por el contrario, como reconoce la propia demandante, que la

Comisión ya había decidido en 1980 imputar una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, a una empresa asesora que había participado activamente, de forma comparable a la participación de la demandante en el presente caso, en la puesta en práctica del cartel (Decisión Vidrio colado en Italia, véase en especial el punto II. A. 4, *in fine* de los considerandos). En este sentido, el hecho de que la Comisión dejara de seguir ese criterio en varias decisiones posteriores no justifica la conclusión de que tal interpretación del alcance del artículo 81 CE, apartado 1, no fuera razonablemente previsible. Ello es tanto más cierto al tratarse de una empresa asesora, de la que debe presumirse que, en relación con la práctica decisoria de la Comisión desde 1980, desarrolla sus actividades económicas con la mayor prudencia y que recurre al asesoramiento bien apropiado, en particular de expertos jurídicos, para valorar los riesgos inherentes a su comportamiento (véase, en ese sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 113 *supra,* apartado 219).

148 En ese contexto, la demandante no puede alegar válidamente que dicha interpretación sea contraria a las reglas comunes de los Estados miembros en materia de responsabilidad personal que establecen una distinción entre autores y cómplices de la infracción. En efecto, las reglas citadas por la demandante (véase el apartado 81 anterior) forman parte exclusivamente del Derecho penal nacional, y la demandante no explica si y en qué medida esas reglas son también aplicables, en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, en materia de sanciones administrativas, y en particular de sanción de las prácticas anticompetitivas.

149 Además, ni de la jurisprudencia del TEDH ni de la práctica decisoria de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos resulta que el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* exija diferenciar al autor y al cómplice en el marco de la sanción penal o administrativa, en el sentido de que el último sólo sería responsable si la regla jurídica pertinente previera expresamente su sanción. Al contrario, resulta de aquéllas que para la observancia de dicho principio el comportamiento de la persona imputada debe responder a la definición de autor del delito en cuestión, tal como puede deducirse del texto de la disposición de la que se trate, en su caso a la vista de la interpretación enunciada por la jurisprudencia. Ahora bien, si esa definición es lo bastante amplia para incluir tanto el comportamiento de los

autores principales de la infracción como el de los cómplices, no se puede haber infringido el principio de legalidad de los delitos y de las penas (véase, a contrario, TEDH, sentencia E.K. c. Turquía, citada en el apartado 140 *supra*, § 55 y 56; Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión sobre la admisibilidad L.-G. R. c. Suecia de 15 de enero de 1997, demanda nº 27032/95, p. 12).

150 En virtud del conjunto de consideraciones anteriores, el Tribunal de Primera Instancia concluye que toda empresa que hubiera adoptado un comportamiento colusorio, incluidas las empresas asesoras que no operan en el mercado de referencia afectado por la restricción de la competencia, podía razonablemente prever que la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1, le era aplicable en principio. En efecto, tal empresa no podía ignorar, o bien le era posible comprender, que en la práctica decisoria de la Comisión y en la jurisprudencia comunitaria anteriores ya estaba ínsito de manera suficientemente clara y precisa el fundamento del reconocimiento expreso de la responsabilidad de una empresa asesora por una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, cuando dicha empresa contribuye activa y deliberadamente a un cartel entre productores que operan en un mercado distinto de aquél en el que opera la citada empresa.

d) Sobre la condición de la demandante como coautor del cartel

151 Hay que examinar a continuación si en el presente caso concurrían los requisitos objetivos y subjetivos que permiten afirmar la corresponsabilidad de la demandante imputándole los comportamientos infractores de las demás empresas partícipes. En ese aspecto procede recordar en primer lugar que para poder imputar a una empresa el conjunto de la infracción es preciso, por una parte, que aquélla haya contribuido, incluso de forma subordinada, a la restricción de la competencia de la que se trata y, por otra, que se cumpla el requisito subjetivo referido a la manifestación de voluntad de dicha empresa.

152 Con independencia de si la demandante era parte «contratante» en el acuerdo de 1971 y en el acuerdo de 1975, y de si los contratos de servicios celebrados con los tres productores de peróxidos orgánicos formaban parte del cartel en sentido amplio, el Tribunal de Primera Instancia observa que se ha acreditado que la demandante contribuyó activamente a la puesta en práctica de dicho cartel entre 1993 y 1999.

153 En primer lugar, consta que la demandante conservó y ocultó en sus locales el original del acuerdo de 1971 y el del acuerdo de 1975 de Atochem/Atofina y de PC/Degussa, y en lo que se refiere a esta última hasta 2001 o 2002 (considerandos 63 y 83 de la Decisión impugnada). En segundo lugar, la demandante reconoció haber calculado y comunicado a los miembros del cartel las desviaciones de sus cuotas de mercado respectivas en relación con las cuotas acordadas, cuando menos hasta 1995 o 1996, actividad que estaba expresamente prevista por el acuerdo de 1971 y por el acuerdo de 1975, y haber guardado en sus locales los documentos secretos en ese aspecto. En tercer lugar, respecto a la celebración de reuniones entre los productores de peróxidos orgánicos que comprendían una faceta anticompetitiva, la demandante ha reconocido que había organizado y participado en parte en cinco de esas reuniones así como en la de Amersfoort el 19 de octubre de 1998, que servía para preparar una propuesta de reparto de cuotas entre los productores. En cuarto lugar, consta que la demandante reembolsó con regularidad los gastos de desplazamiento de los representantes de los productores de peróxidos orgánicos derivados de su participación en las reuniones con finalidad anticompetitiva, y ello manifiestamente para ocultar o no dejar aparecer en los libros de dichos productores las huellas de la puesta en práctica del cartel (véanse los apartados 63 y 102 anteriores).

154 Sin que sea preciso apreciar en detalle los elementos controvertidos entre las partes relativos al alcance efectivo de la participación de la demandante en el cartel, el Tribunal de Primera Instancia deduce de los elementos expresados en el apartado 153 anterior que la demandante contribuyó activamente a la puesta en práctica del cartel y que, en contra de lo que alega, existía un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre esa actividad y la restricción de la competencia en el mercado de los peróxidos orgánicos. En efecto, en la vista la demandante no negó la existencia de ese nexo de causalidad, sino que se limitó a rebatir la calificación jurídica de su contribución como un acto de autor de la infracción, contribución que según la demandante sólo podía calificarse como acto de complicidad que habría podido realizar cualquier otra empresa asesora.

155 Además, en esas circunstancias, no importa que la demandante no fuera formal y directamente parte contratante en el acuerdo de 1971 ni en el acuerdo de 1975. Por un lado, a efectos de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, no es determinante la cuestión de si existe o no un acuerdo escrito, o expreso con otra forma, entre las empresas partícipes cuando éstas se comportan de manera colusoria (véanse los apartados 115 a 123 anteriores). Por otro lado, la propia demandante reconoce haber continuado en su propio nombre y por su propia cuenta, mediante acuerdo tácito con los productores de peróxidos orgánicos, algunas actividades de Fides específicamente previstas en dichos acuerdos, como las del cálculo y la comunicación de las desviaciones de las cuotas acordadas. Debe añadirse que, dado que la Comisión se ha limitado a imponer a la demandante una multa por el importe mínimo de 1.000 euros, que como tal no ha impugnado la demandante, el Tribunal de Primera Instancia no tiene que pronunciarse sobre el alcance preciso de la participación de la demandante en cuanto ésta pudiera tener una incidencia en la licitud de la cuantía de la multa impuesta.

156 Por lo demás, visto el conjunto de las circunstancias objetivas que caracterizan la participación de la demandante, el Tribunal de Primera Instancia observa que esta última puso a disposición del cartel, totalmente a sabiendas y deliberadamente su competencia profesional y sus infraestructuras, para obtener cuando menos indirectamente provecho en el marco de la ejecución de los contratos individuales de servicios que la vinculaban con los tres productores de peróxidos orgánicos. En efecto, con independencia de si de tal forma la demandante infringió también conscientemente las reglas deontológicas a las que está sujeta como consultor económico, o bien no podía ignorar o bien conocía sin lugar a dudas el objetivo anticompetitivo e ilícito del cartel al que contribuía, objetivo que se manifestó en especial en el marco del acuerdo de 1971 y del acuerdo de 1975, que conservaba en sus locales, en la celebración de reuniones con objeto anticompetitivo y en el intercambio de informaciones sensibles en el que participó activamente cuando menos hasta 1995 o 1996.

157 Atendiendo a todo lo expuesto el Tribunal de Primera Instancia estima que, en cuanto la Decisión impugnada aprecia la corresponsabilidad de la demandante por la infracción cometida principalmente por AKZO, Atochem/Atofina y PC/Degussa, esa Decisión no sobrepasa los límites de la prohibición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 1, y que por tanto, al imponer una multa de 1.000 euros a la demandante, la

Comisión no ha excedido las facultades que le confiere el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17.

158 Siendo así, el Tribunal de Primera Instancia considera que no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de si la Comisión podía también basar válidamente la responsabilidad de la demandante en el concepto de decisión de una asociación de empresas. Como reconoció la Comisión en la vista, ésa es en el presente caso una apreciación puramente alternativa, o incluso subsidiaria, que no puede fundamentar en Derecho ni tampoco privar de validez el criterio principal de la Comisión, basado en los conceptos de cartel y de empresa. No es tampoco necesario apreciar si la Comisión examinó y valoró acertadamente determinadas pruebas de cargo contra la demandante que no son determinantes para la solución del presente litigio. Al respecto, hay que recordar que las alegaciones de la demandante, según se exponen en los apartados 77 a 79 anteriores, sólo tratan de apoyar el fundamento del presente motivo y no constituyen un motivo diferenciado.

159 Por consiguiente, el segundo motivo debe ser desestimado por infundado.

D. *Sobre el tercer motivo, basado en la infracción del principio de protección de la confianza legítima*

1. *Alegaciones de las partes*

160 La demandante considera que, dada la reiterada práctica decisoria de la Comisión desde 1983, podía legítimamente esperar que la Comisión apreciara su comportamiento de

igual forma que el comportamiento comparable de otras empresas asesoras en los asuntos anteriores. Por tanto, la Decisión impugnada es contraria al principio de protección de la confianza legítima. Según la demandante, aunque las decisiones de la Comisión sólo son obligatorias para sus destinatarios, constituyen no obstante, en especial cuando establecen una práctica decisoria reiterada, actos jurídicos que tienen relevancia para situaciones comparables. La posibilidad de que el justiciable confíe en la prosecución de una determinada práctica decisoria merece tanto más protección dado que la aplicación del artículo 81 CE depende de numerosos conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción mediante esa práctica es indispensable.

161 La demandante sostiene que el principio de protección de la confianza legítima, reconocido por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 1978, Töpfer y otros, 112/77, Rec. p. 1019, apartado 19, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Comisión, T-266/97, Rec. p. II-2329, apartado 71), prohíbe que la Comisión se separe sin prevenirlo de su propia práctica decisoria relacionada con el artículo 81 CE, califique retroactivamente como infracción un comportamiento que anteriormente consideraba excluido del ámbito de aplicación de dicho artículo, e imponga una sanción por ella. Pues bien, desde 1983, a diferencia de su criterio en la Decisión Vidrio colado en Italia, la Comisión dejó de considerar como una infracción la asistencia prestada por empresas asesoras no partes en el acuerdo restrictivo de la competencia (véanse en especial la Decisión Cilindros de fundición y de acero moldeador de 1983, la Decisión Polipropileno de 1986, la Decisión LdPE de 1988 y la Decisión Cartoncillo de 1994). Así pues, al tiempo de su constitución a finales de 1993 la demandante podía legítimamente esperar que la asistencia prestada a los tres productores de peróxidos orgánicos tampoco fuera calificada como infracción del artículo 81 CE, apartado 1. Según la demandante, en efecto, su actividad no iba más lejos que la de las otras empresas asesoras en los asuntos que dieron lugar a la Decisión Cilindros de fundición y de acero moldeador o a la Decisión Cartoncillo. Por consiguiente, la Comisión no debió considerar a la demandante como responsable de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, ni imponerle una multa.

162 La Comisión considera que el presente motivo debe ser desestimado.

2. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

163 El Tribunal de Primera Instancia estima que, habida cuenta del reconocimiento, en el Derecho comunitario de la competencia, del principio de la corresponsabilidad de una empresa asesora que haya participado en un cartel, el principio de la protección de la confianza legítima no puede prevalecer sobre la reorientación de la práctica decisoria de la Comisión en el presente caso. En efecto, como resulta de los apartados 112 a 150 anteriores, dicha reorientación de la práctica se basa en una interpretación correcta del alcance de la prohibición establecida por el artículo 81 CE, apartado 1. Dado que la interpretación del concepto jurídico indeterminado «acuerdos entre empresas» corresponde en último término a la competencia del juez comunitario, la Comisión no dispone de un margen de apreciación que le permita, en su caso, abstenerse de emprender una acción sancionadora contra una empresa asesora que reúna los citados criterios de responsabilidad. Al contrario, en virtud de su función prevista por el artículo 85 CE, apartado 1, la Comisión está obligada a velar por la aplicación de los principios enunciados en el artículo 81 CE y a investigar de oficio todos los casos de presunta infracción de esos principios, conforme a su interpretación por el juez comunitario. Por tanto, en la medida en que, no obstante la Decisión Vidrio colado en Italia, la práctica decisoria de la Comisión anterior a la Decisión impugnada podía parecer en contradicción con la interpretación antes mencionada del artículo 81 CE, apartado 1, esa práctica no podía generar esperanzas fundadas en las empresas interesadas.

164 Por otra parte, como resulta de los apartados 147 y 148 anteriores, la actual reorientación de la práctica decisoria de la Comisión era tanto más previsible para la demandante debido a la existencia de un precedente, a saber, la Decisión Vidrio colado en Italia, de 1980. Además, según se desprende del apartado 163 anterior, la práctica decisoria de la Comisión posterior a 1980 no podía ser razonablemente comprendida como un abandono definitivo del criterio inicial seguido en la Decisión Vidrio colado en Italia. Por otra parte, si bien en la Decisión Polipropileno de 1986 la Comisión no calificó a la sociedad Fides Trust como autora de una infracción, desaprobó sin embargo con claridad el sistema de intercambio de información establecido y gestionado por esa sociedad, como incompatible con el artículo 81 CE, apartado 1 (Decisión Polipropileno, considerando 106 y artículo 2; véase también la Decisión Cartoncillo, considerando 134). En tales circunstancias, la práctica decisoria de la Comisión posterior a 1980, que

se limita a no reprobar y sancionar a las empresas asesoras implicadas, sin rechazar no obstante, jurídicamente, la concepción inicialmente seguida en la Decisión Vidrio colado en Italia, tanto menos podía crear en el ánimo de la demandante una esperanza fundada de que la Comisión se abstendría en el futuro de emprender acción sancionadora alguna contra las empresas asesoras cuando éstas participaran en un cartel.

165 Por consiguiente, el presente motivo debe ser desestimado por infundado.

E. *Sobre el cuarto motivo, alegado con carácter subsidiario, basado en la infracción del principio de seguridad jurídica y del principio de certeza de la ley penal*

1. *Alegaciones de las partes*

166 La demandante mantiene que el análisis jurídico de la Comisión, en lo que le afecta, es tan vago y contradictorio que vulnera el principio de seguridad jurídica y el principio de certeza de la ley penal *(nulla poena sine lege certa).* La Comisión omite precisar con la claridad necesaria los rasgos y los límites del comportamiento ilícito y sancionable de una empresa asesora, como la demandante, y la priva así de la seguridad jurídica exigida en un Estado de Derecho.

167 La demandante recuerda que el principio de certeza de la ley penal *(nulla poena sine lege certa),* establecido en el artículo 7, apartado 1, del CEDH, y reconocido como

principio general del Derecho comunitario, es un corolario del principio de seguridad jurídica (sentencia X, citada en el apartado 84 *supra*, apartado 25). Este último es un principio fundamental del Derecho comunitario (sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de mayo de 1975, CNTA/Comisión, 74/74, Rec. p. 533, apartado 44; de 12 de noviembre de 1981, Salumi y otros, 212/80 a 217/80, Rec. p. 2735, apartado 10, y de 22 de febrero de 1984, Kloppenburg, 70/83, Rec. p. 1075, apartado 11), que exige en especial que la legislación comunitaria sea precisa y su aplicación previsible para los justiciables. La demandante puntualiza que las decisiones de la Comisión, adoptadas en virtud del artículo 81 CE, que imponen multas cuyo importe puede ser considerablemente elevado, deben responder a un grado especialmente alto de precisión y de certeza (sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1980, Comisión/Reino Unido, 32/79, Rec. p. 2403, apartado 46), para que las empresas afectadas puedan dirigir y determinar su comportamiento en relación con y en función de criterios suficientemente claros y concretos sobre el carácter ilícito de una actividad determinada.

168 La demandante señala que, en contra de tales exigencias, la Comisión, en la Decisión impugnada, expone a lo largo de casi cinco páginas los motivos por los que considera que la demandante ha infringido el artículo 81 CE, apartado 1 (considerandos 331 y siguientes de dicha Decisión). Sin embargo, esa motivación no pone de manifiesto con claridad cuáles son los actos concretos de la demandante comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y cuáles son los que no lo están (véanse en particular los considerandos 339, 343, 344 y 349 de la Decisión impugnada). La demandante añade que la Comisión le imputa erróneamente haber prestado asesoramiento jurídico (considerando 339 de la Decisión impugnada). Incluso suponiendo que se demostrara, el hecho de prestar asesoramiento jurídico no puede calificarse de infracción de las reglas sobre la competencia. En cualquier caso, la Comisión no puede considerar en su conjunto los consejos jurídicos y los actos de apoyo de la demandante, según los describe la Decisión impugnada, como constitutivos de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, siendo así que apreciados por separado esos actos no son constitutivos de tal infracción. En caso contrario sería imposible prever cuándo un acto lícito pasa a ser ilegal. La demandante objeta a continuación a la Comisión que se haya expresado en los considerandos 332 y siguientes de la Decisión impugnada de manera vaga, incomprensible y contradictoria sobre su supuesta participación en el cartel. En lo que atañe al argumento de la Comisión relativo a la falta de autonomía del presente motivo, la demandante opone que, incluso suponiendo que fuera culpable de una infracción del Derecho de la competencia, los motivos de la Decisión impugnada no ponen de manifiesto con la claridad y la precisión exigibles

cuáles son los actos concretos que se le imputan que constituyen una infracción del artículo 81 CE, apartado 1.

169 En opinión de la demandante, a falta de respuesta clara a la cuestión de por qué causa y de qué forma la demandante ha infringido el artículo 81 CE, apartado 1, la Decisión impugnada debe ser anulada por vulneración del principio de certeza de la ley penal y del principio de seguridad jurídica.

170 La Comisión considera que el presente motivo debe ser desestimado por constituir una reiteración del segundo motivo.

2. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

171 El Tribunal de Primera Instancia observa en primer lugar que, en el marco del presente motivo, la demandante alega en esencia los mismos argumentos que en los motivos segundo y tercero. Basta por tanto remitirse a las consideraciones expuestas en los apartados 112 a 159 anteriores para concluir que la Decisión impugnada contiene suficientes elementos que demuestran la participación activa e intencional de la demandante en el cartel y que permiten así pues considerarla responsable de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, con independencia del alcance material detallado de dicha participación.

172 Pues bien, incluso suponiendo que el presente motivo tuviera que comprenderse también como la alegación de haber vulnerado la obligación de motivación con arreglo al artículo 253 CE, de esas consideraciones resulta también que la Decisión impugnada contiene todos los elementos pertinentes que permiten a la demandante impugnar su validez y al Tribunal de Primera Instancia ejercer su control en el sentido de la jurisprudencia formulada al respecto (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Consejo, T-228/02, Rec. p. II-4665, apartado 138, y la jurisprudencia citada).

173 Por tanto, el presente motivo también debe ser desestimado por infundado.

F. *Sobre el quinto motivo, basado en la vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de certeza de la ley penal por el artículo 3, párrafo segundo, de la Decisión impugnada*

1. *Alegaciones de las partes*

174 Según la demandante, a falta de indicación clara y precisa de los actos ilícitos que se le imputan, tanto el análisis jurídico como el artículo 3, párrafo segundo, de la Decisión impugnada son contrarios a los principios de seguridad jurídica y de precisión de la ley penal. La demandante afirma que los motivos de la Decisión impugnada no ponen de manifiesto de forma precisa mediante qué actos concretos se considera que la demandante ha infringido el artículo 81 CE, apartado 1. Por tanto, la demandante tampoco puede saber a cuáles de sus actos afecta la obligación prevista por el artículo 3 de dicha Decisión. De ello resulta que el artículo 3 vulnera el «imperativo del carácter de

certeza y de previsibilidad» de la normativa comunitaria que se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen (sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1981, Gondrand y Garancini, 169/80, Rec. p. 1931, apartados 17 y 18; de 15 de diciembre de 1987, Irlanda/Comisión, 325/85, Rec. p. 5041, apartado 18, y Países Bajos/Comisión, 326/85, Rec. p. 5091, apartado 24; de 22 de febrero de 1989, Comisión/Francia y Reino Unido, 92/87 y 93/87, Rec. p. 405, apartado 22; de 13 de marzo de 1990, Comisión/Francia, C-30/89, Rec. p. I-691, apartado 23; de 17 de julio de 1997, National Farmers' Union y otros, C-354/95, Rec. p. I-4559, apartado 57, y de 16 de octubre de 1997, Banque Indosuez y otros, C-177/96, Rec. p. I-5659, apartado 27).

175 La demandante indica que esa imprecisión del análisis jurídico y de la obligación prevista por el artículo 3 de la Decisión impugnada resulta además agravada porque, por una parte, según ese artículo, la demandante está también obligada a abstenerse de cualquier acuerdo o práctica concertada que pueda tener un objeto o efecto «similar» y, por otra, cualquier infracción de dicho artículo puede originar la imposición de una multa de importe especialmente elevado en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. Además, la Comisión ha reconocido que ha entrado en un ámbito jurídico que «es hasta cierto punto una novedad» (considerando 454 de la Decisión impugnada). En tal caso, la precisión de la intimación de no reiterar la infracción debe cumplir exigencias particularmente estrictas para permitir que las empresas interesadas aprecien el alcance real de la prohibición enunciada en el artículo 81 CE. La inseguridad jurídica que resulta de ello crea una amenaza para la actividad económica de las empresas asesoras, como la demandante, por ejemplo, en el ámbito de la realización de estadísticas de mercado y de la gestión de federaciones.

176 Respecto al argumento de la Comisión de que el presente motivo se dirige contra la intimación de poner fin a la infracción (artículo 3, párrafo primero, de la Decisión impugnada), la demandante puntualiza que su recurso sólo impugna la intimación de no reiterar la infracción (artículo 3, párrafo segundo, de la Decisión impugnada). Según

ella, la primera intimación no le causa perjuicio dado que la infracción ya había cesado a finales de 1999 o inicios de 2000 (considerando 91 de la Decisión impugnada).

177 En consecuencia, la demandante estima que el artículo 3 de la Decisión impugnada debe ser anulado en cuanto la afecta.

178 La Comisión alega que el presente motivo es infundado y debe ser desestimado.

2. *Apreciación del Tribunal de Primera Instancia*

179 El Tribunal de Primera Instancia considera que el presente motivo sólo es una reformulación del cuarto motivo, también basado en la infracción del principio de seguridad jurídica y del principio de certeza de la ley penal, que en consecuencia no puede apreciarse en un sentido diferente.

180 En la medida en que el presente motivo se refiere al artículo 3, párrafo segundo, de la Decisión impugnada, basta con recordar que la Comisión está facultada, en virtud del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 17, para imponer a los destinatarios de una decisión adoptada en aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, intimaciones dirigidas a

que pongan fin al comportamiento infractor y se abstengan en el futuro de prácticas que tengan un objeto o efecto idéntico o similar (sentencia de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, citada en el apartado 39 *supra,* apartados 1252 y 1253).

181 Por consiguiente, el presente motivo también debe ser desestimado por infundado.

182 De ello resulta que el recurso debe ser desestimado por infundado en su totalidad.

Costas

183 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la demandante ha perdido el proceso debe ser condenada en costas conforme a las pretensiones en ese sentido de la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera ampliada)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) **Condenar en costas a AC-Treuhand AG.**

Jaeger Azizi Czúcz

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 8 de julio de 2008.

El Secretario El Presidente

E. Coulon M. Jaeger

Antecedentes del litigio . . . . . II - 1506

Procedimiento y pretensiones de las partes . . . . . II - 1509

Fundamentos de Derecho . . . . . II - 1511

A. Observaciones previas . . . . . II - 1511

B. Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del derecho de defensa y del derecho a un proceso justo . . . . . II - 1513

1. Alegaciones de las partes . . . . . II - 1513

a) Alegaciones de la demandante . . . . . II - 1513

b) Alegaciones de la Comisión . . . . . II - 1518

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 1522

C. *Sobre el segundo motivo, basado en la infracción del principio de legalidad de los delitos y de las penas* (nullum crimen, nulla poena sine lege) . . . . . II - 1529

1. Alegaciones de las partes . . . . . II - 1529

a) Alegaciones de la demandante . . . . . II - 1529

Generalidades . . . . . II - 1529

Sobre la refutación de los hechos constatados en la Decisión impugnada . . II - 1530

Sobre la infracción del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* . . . . . II - 1538

— Sobre la incidencia del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* en la distinción entre autor y cómplice en el Derecho comunitario de la competencia . . . II - 1538

— Sobre el concepto de autor en el sentido del artículo 81 CE . . . . . II - 1540

— Sobre la condición de cómplice no responsable de la demandante . . II - 1543

— Sobre la anterior práctica decisoria contraria de la Comisión . . . . . II - 1544

— Sobre la inexistencia de dominio del cartel por la demandante y de nexo de causalidad entre su actividad y la restricción de la competencia . . . . . II - 1544

— Sobre la calificación errónea de la demandante como «asociación de empresas» . . . . . II - 1545

b) Alegaciones de la Comisión . . . . . II - 1546

Sobre el marco fáctico de la Decisión impugnada . . . . . II - 1548

Sobre la vulneración del principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* . . . . . II - 1548

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 1549

a) Observaciones preliminares . . . . . II - 1552

b) Sobre la interpretación literal del artículo 81 CE, apartado 1 . . . . . II - 1552

c) Sobre la interpretación contextual y teleológica del artículo 81 CE, apartado 1 II - 1553

Sobre la necesidad de la restricción de la autonomía comercial . . . . . II - 1557

Sobre los requisitos conforme a los cuales la participación de una empresa en un cartel es constitutiva de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1 . . II - 1557

Sobre la interpretación del artículo 81 CE, apartado 1, en relación con el principio de legalidad de los delitos y de las penas *(nullum crimen, nulla poena sine lege)* . . . . . II - 1559

d) Sobre la condición de la demandante como coautor del cartel . . . . . II - 1562

D. Sobre el tercer motivo, basado en la infracción del principio de protección de la confianza legítima . . . . . II - 1568

1. Alegaciones de las partes . . . . . II - 1571

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 1571

E. Sobre el cuarto motivo, alegado con carácter subsidiario, basado en la infracción del principio de seguridad jurídica y del principio de certeza de la ley penal . . . . . II - 1574

1. Alegaciones de las partes . . . . . II - 1574

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 1576

F. Sobre el quinto motivo, basado en la vulneración del principio de seguridad jurídica y del principio de certeza de la ley penal por el artículo 3, párrafo segundo, de la Decisión impugnada . . . . . II - 1577

1. Alegaciones de las partes . . . . . II - 1577

2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia . . . . . II - 1579

Costas . . . . . II - 1580