AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
de 21 de diciembre de 1994 *

En el asunto T-301/94 R,

Laakmann Karton GmbH, sociedad alemana, con domicilio social en Velbert (Alemania), representada por el Sr. Dietrich Fudickar, Abogado de Wuppertal, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho de M^e^ Alex Bonn, 62, avenue Guillaume,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. Bernd Langeheine y Richard Lyal, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georgios Kremlis, miembro del Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandada,

que tiene por objeto una demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión 94/601/CE de la Comisión, de 13 de julio de 1994, relativa a un procedimiento de

* Lengua de procedimiento: alemán.

aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 — Cartoncillo; DO L 243, p. 1), en la medida en que impone a la demandante, en su artículo 3, una multa de 2.200.000 ECU,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

dicta el siguiente

Auto

Hechos y procedimiento

1 El 13 de julio de 1994, la Comisión adoptó la Decisión 94/601/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/C/33.833 — Cartoncillo; DO L 243, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión»). Según el artículo 1 de la Decisión, los diecinueve proveedores de cartoncillo en él enumerados han infringido el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, al participar en un acuerdo y una práctica concertada en virtud de los cuales han llevado a cabo diversas actividades contrarias a las normas sobre la competencia dentro del mercado común, resumidas en el citado artículo 1.

2 La Decisión señala que dichas prácticas se aplicaron en el marco del «Grupo de estudio del producto Cartoncillo» (en lo sucesivo, «GEP Cartoncillo»), que agrupa

a un número importante de fabricantes europeos de cartoncillo. Resulta igualmente de la Decisión que, durante el período de referencia, es decir, de 1986 a 1991, el GEP Cartoncillo contaba con diferentes Comités, entre ellos, en particular, el «Presidents Working Group» (en lo sucesivo, «PWG»), la «President Conference» y el «Joint Marketing Comittee» (en lo sucesivo, «JMC»). Siempre según la Decisión, el PWG agrupaba a los representantes de los ocho fabricantes principales y adoptaba decisiones de carácter general relativas al calendario y al importe de los incrementos de precios que habían de aplicar los fabricantes de cartoncillo. Estableció asimismo determinados compromisos entre los participantes, relativos a su respectiva cuota de mercado, con objeto de evitar que las iniciativas concertadas en materia de precios resultaran dificultadas por un excedente de oferta. Los resultados de los trabajos del PWG se remitían periódicamente a la President Conference, en la que estaban representados, según el considerando 42 de la Decisión, todos los destinatarios de éstas. El JMC, en el que estaban representados todos los fabricantes europeos de cartoncillo, tiene como objeto principal aplicar los incrementos de precios acordados por el PWG.

3 Entre los destinatarios de la Decisión, enumerados en su artículo 5, figura Laakmann Karton GmbH & Co KG (en lo sucesivo, «Laakmann Karton»), desaparecida en junio de 1993. Ha quedado acreditado que la demandante era socio colectivo de dicha sociedad, que se hizo cargo de la empresa y continuó su actividad.

4 El artículo 3 de la Decisión impone a Laakmann Karton una multa que asciende a 2.200.000 ECU por las infracciones descritas en el artículo 1. El artículo 4 dispone que las multas impuestas en virtud del artículo 3 se harán efectivas en ECU en un plazo de tres meses a partir de la fecha de notificación de la Decisión.

5 Mediante escrito de 1 de agosto de 1994, la Comisión notificó la Decisión a la demandante. En dicho escrito precisaba que si la demandante interpusiera un recurso

ante el Tribunal de Primera Instancia, no tomaría ninguna medida de cobro mientras el asunto estuviera pendiente ante dicho órgano jurisdiccional, siempre y cuando el crédito produjera intereses, a partir de la fecha en que expirara el plazo de pago, y se prestara a más tardar en dicha fecha un aval bancario aceptable por ella y que cubriera tanto el principal de la deuda como sus intereses o incrementos.

6 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 3 de octubre de 1994, la demandante interpuso un recurso, con arreglo al artículo 173 del Tratado CE, que tiene por objeto que se anule la Decisión o, con carácter subsidiario, que el Tribunal de Primera Instancia reduzca la multa impuesta a la demandante.

7 Mediante escrito separado presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 3 de noviembre de 1994, la demandante formuló, al amparo del artículo 185 del Tratado CE, la presente demanda de suspensión de la ejecución de la Decisión, en la medida en que ésta le impone una multa de 2.200.000 ECU.

8 La Comisión presentó sus observaciones sobre la presente demanda de medidas provisionales el 18 de noviembre de 1994. Las explicaciones de las partes fueron oídas el 25 de noviembre de 1994.

Fundamentos de Derecho

9 Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 185 y 186 del Tratado CE, en relación con el artículo 4 de la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de

24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (DO L 319, p. 1), en su versión modificada por la Decisión 93/350/Euratom, CECA, CEE del Consejo, de 8 de junio de 1993 (DO L 144, p. 21), el Tribunal de Primera Instancia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado o las medidas provisionales necesarias.

10 El apartado 2 del artículo 104 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia establece que las demandas relativas a las medidas provisionales mencionadas en los artículos 185 y 186 del Tratado especificarán las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada. Las medidas solicitadas deberán tener carácter provisional, en el sentido de que no deberán prejuzgar la decisión sobre el fondo (véase el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 1994, Transacciones Marítimas y otros/Comisión, T-231/94 R, T-232/94 R y T-234/94 R, Rec. p. II-885, apartado 20).

Alegaciones de las partes

11 Para demostrar la fundamentación *prima facie* de sus pretensiones, la demandante invoca tres motivos, basados, respectivamente, en que no figuraba entre los destinatarios de la Decisión, en que la Comisión hizo una valoración inexacta de los hechos por lo que respecta a su participación en las prácticas denunciadas en la Decisión y en que el importe de la multa impuesta es excesivo.

12 En apoyo de su primer motivo, la demandante alega que la Decisión fue dirigida a Laakmann Karton y que ella no figura expresamente en dicha Decisión como

destinatario, de manera que la Decisión incurre ya, por esta razón, en un vicio de nulidad.

13 El segundo motivo de la demandante va dirigido contra las valoraciones de los hechos efectuadas por la Comisión, relativas a su participación en las prácticas denunciadas en la Decisión, en particular su participación en los Comités del GEP Cartoncillo. Esta fue muy limitada, en particular por lo que respecta a las President Conferences, en el marco de las cuales la demandante no tomó parte nunca en ningún acuerdo ni concertación. Por otra parte, nunca participó en ninguna reunión del PWG. La demandante, que afirma que su situación en el mercado no le permitía influir en los precios practicados, afirma que se limitó a ajustar sus precios, negociados directamente con sus clientes, a los decididos por los grandes fabricantes. Además, las inversiones necesarias para poder mantenerse en el mercado la obligaron a subir sus precios. Por último, aunque haya puesto en práctica una política de «precios antes del tonelaje», nunca participó en ninguna negociación sobre el mantenimiento constante de las cuotas de mercado de los principales fabricantes.

14 Mediante su tercer motivo la demandante reprocha a la Comisión no haber precisado los criterios que determinaron el importe de la multa y, en particular, no haber sopesado la duración y la gravedad de su participación en los trabajos del GEP Cartoncillo, en contra de lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22). Además, en contra de lo que afirmaba en la Decisión, la Comisión no tomó en consideración la colaboración de la demandante como circunstancia atenuante. Por último, la Comisión basó la multa, en el caso de la demandante y en su caso solamente, en el volumen de negocios total, y no en el obtenido con el producto de referencia, pese a las explicaciones dadas por la demandante durante el procedimiento administrativo.

15 Por lo que respecta a la urgencia, la demandante hace alusión a la normativa alemana sobre el derecho de quiebra, según la cual, el excesivo endeudamiento y la

insolvencia producen la liquidación judicial de una sociedad de responsabilidad limitada (Gesellschaft mit beschränkter Haftung). Ahora bien, teniendo en cuenta las pérdidas que había acumulado y la provisión constituida, que ascendía a una parte del importe de la multa, de cara a un eventual pago de ésta, la anotación en el pasivo del resto del importe de la multa produciría su excesivo endeudamiento contable. En la audiencia, la demandante añadió que, para evitar su liquidación como consecuencia de un excesivo endeudamiento contable, una sociedad de capitales debe contar con un pronóstico positivo de supervivencia. Ahora bien, dicho pronóstico quedaría excluido en el caso de que tuviera que pagar la multa inmediatamente. La demandante afirma igualmente que resultaría insolvente si no se concediera la medida provisional solicitada. En efecto, teniendo en cuenta la liquidez de que dispone, no estaría en condiciones de cumplir una obligación de un importe equivalente al de la multa vencida el 5 de noviembre de 1994, lo cual obligaría a sus administradores a solicitar la apertura de un procedimiento de liquidación judicial. En dicho contexto, la demandante alega que, a pesar de las gestiones efectuadas ante sus bancos, no ha podido obtener la fianza solicitada, debido a su mala situación económica. Por lo que a su sociedad matriz se refiere, ésta se negó a anticiparle la liquidez necesaria y declaró que no estaba dispuesta a realizar nuevos desembolsos.

16 La Comisión señala, con carácter previo, que la presente demanda tiene por objeto que se suspenda la ejecución de la Decisión, en la medida en que ésta obliga a la demandante a constituir un aval bancario de un importe igual a la multa impuesta. Sólo puede admitirse dicha demanda en circunstancias totalmente excepcionales, que no se dan en el presente caso. En efecto, la demandante no ha probado el carácter urgente, ni especificado los hechos y fundamentos de derecho que justifican la concesión de la medida provisional solicitada.

17 Como respuesta al primer motivo de la demandante, basado en que ésta no figuraba entre los destinatarios de la Decisión, la Comisión alega que, tanto desde un punto de vista fáctico como económico, existe identidad entre la demandante y Laakmann Karton. Los socios sólo decidieron modificar la razón social de la demandante, ampliar su objeto y aumentar su capital social. En su calidad de socio colectivo de la antigua GmbH & Co KG, la demandante sigue siendo responsable de las infracciones cometidas por ésta.

18 En relación con el segundo motivo, la Comisión señala que la demandante no niega su participación en el GEP Cartoncillo, sino que afirma solamente que no ha tomado parte en determinadas reuniones. Ahora bien, habida cuenta de la concepción de la infracción comprobada, tal como resulta de los considerandos de la Decisión, no ha sido necesario en el presente caso exponer minuciosamente la participación de cada empresa en cada acto. En cualquier caso, la demandante reconoce que tuvo conocimiento de los incrementos de precios previstos por los grandes fabricantes y subió en la misma medida sus precios. Tal actitud constituye plenamente el típico comportamiento del miembro de un cártel, sin que resulte relevante saber si su situación en el mercado le habría permitido imponer unilateralmente los referidos incrementos. Cuando la demandante afirma que sus precios fueron negociados individualmente con cada cliente o que fueron aumentados a raíz de las inversiones por ella realizadas, se produce, además, una contradicción con sus propias explicaciones sobre su adaptación a la política de precios de los grandes fabricantes.

19 En cuanto al tercer motivo de la demandante, relativo al importe de la multa, la Comisión señala, en primer lugar, que la duración de la infracción se precisa en el artículo 1 de la Decisión (de mediados de 1986 a abril de 1991) y que la participación de la demandante en las prácticas denunciadas se describe detalladamente en los considerandos y anexos de dicho acto. Por otra parte, la demandante no fue tratada como una de las empresas «jefe de fila» de dichas prácticas, empresas a las que se les impusieron multas relativamente más elevadas que a ella, y no manifestó una colaboración especial con la Comisión durante la investigación. Por lo que respecta al volumen de negocios tenido en cuenta para el cálculo de la multa, la Comisión alega que la Decisión se refiere a todo el mercado del cartoncillo, excepto a algunos productos, y que la demandante sólo revisó sus indicaciones referentes al volumen de negocios en la última fase del procedimiento administrativo, sin más justificación de dichas modificaciones.

20 Respecto a la urgencia de la medida solicitada, la Comisión estima que la demandante no ha justificado suficientemente las pérdidas que ha alegado, puesto que los cálculos presentados a tal efecto no fueron auditados por un experto independiente. Señala luego que, mientras dure el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, la demandante no estará en modo alguno obligada a consignar en el pasivo el importe íntegro de la multa, al haber renunciado precisamente la Comisión a reclamar su pago, si se constituía un aval bancario, del que no puede alegarse que

representa una amenaza para la supervivencia de la demandante, dada la escasa importancia relativa de los costes que implica. En relación con las gestiones efectuadas por la demandante ante sus bancos habituales al objeto de obtener la garantía solicitada, la Comisión alega que no se ha aportado escrito alguno de ningún banco interesado, al igual que tampoco se ha explicado por qué los bancos se negaron a atender su solicitud. La Comisión señala además que, para apreciar la capacidad de la demandante para constituir un aval bancario (y no para pagar el importe de la multa), hay que tener en cuenta las relaciones de la demandante con la sociedad matriz a la que pertenece el 100 % de su capital y la situación financiera y económica del grupo del que forma parte la demandante, que se caracteriza por una evolución sumamente favorable.

Apreciación del Juez de medidas provisionales

21 Antes de pronunciarse sobre la presente demanda de medidas provisionales, hay que definir con precisión el objeto del procedimiento. En efecto, la demandante solicita en su demanda que se suspenda la ejecución de la Decisión, en la medida en que impone, en su artículo 3, una multa de 2.200.000 ECU. Ahora bien, ha quedado acreditado que, en su escrito de 1 de octubre de 1994, por el que se notificó la Decisión, la Comisión precisó a la demandante que, en el supuesto de que interpusiera un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, no se tomaría ninguna medida de cobro de la multa mientras el asunto estuviera pendiente ante dicho órgano jurisdiccional, siempre y cuando constituyera un aval bancario, aceptable por la Comisión, que cubriera el principal de la deuda así como los intereses e incrementos correspondientes. Por ello, la demanda de la demandante no puede tener otro objeto útil que una dispensa de la obligación de constituir un aval bancario como condición para obtener la suspensión inmediata de la ejecución de la Decisión.

22 Conforme a una jurisprudencia reiterada, sólo puede acogerse una demanda de dicha naturaleza si concurren circunstancias excepcionales (véanse, en particular, los autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 6 de mayo de 1982, AEG/Comisión, 107/82 R, Rec. p. 1549, apartado 6, y de 15 de marzo de 1983, Ferriere di Roè

Volciano/Comisión, 234/82 R, Rec. p. 725, apartados 2 y 8). Ahora bien, la demandante no ha proporcionado elementos que permitan comprobar, a primera vista, que dicho requisito se ha cumplido en el presente caso. Ello es aplicable tanto respecto a sus afirmaciones destinadas a probar la urgencia de la suspensión solicitada, según las cuales, por una parte, le resulta imposible constituir la garantía necesaria y, por otra parte, corre el riesgo de la liquidación judicial, como respecto al *fumus boni juris* de su recurso principal.

23 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la urgencia, procede examinar, en primer lugar, si está probado, *prima facie,* que es imposible que la demandante constituya la garantía solicitada.

24 En este sentido, hay que señalar de entrada que las declaraciones juradas de los administradores de la demandante, que se adjuntan a la demanda de medidas provisionales, no puede considerarse que tengan fuerza probatoria, habida cuenta de su carácter totalmente genérico. A tenor de dichas declaraciones: «La sociedad Laakmann se esforzó por obtener, en sus bancos habituales, una garantía, con el fin de evitar la ejecución forzosa de la Decisión de la Comisión. No lo logró.» No se da ninguna explicación sobre las razones y circunstancias que hicieron que los bancos no accedieran a la petición de la demandante.

25 Por otra parte, el planteamiento de la situación que se hace en dichas declaraciones resulta contradicho por tres escritos procedentes de diferentes bancos que la demandante aportó a los autos durante la audiencia. En efecto, dichos bancos subordinan, cada uno en la medida que le corresponde, la concesión de la garantía a que se constituyan garantías suficientes a su favor, habida cuenta de la «situación de la sociedad Laakmann por lo que a balance y beneficios se refiere», o de su «situación

económica». No obstante, ninguno de dichos escritos se pronuncia sobre si la demandante está en condiciones de constituir dichas garantías.

26 Además, para apreciar la capacidad de la demandante para constituir la garantía de que se trata, hay que tener en cuenta el grupo de sociedades del que depende directa o indirectamente (véanse el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1982, Hasselblad/Comisión, 86/82 R, Rec. p. 1555, apartado 4, así como el auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 25 de agosto de 1994, Aristrain/Comisión, T-156/94 R, Rec. p. II-715, apartado 33), en particular por lo que respecta a la posibilidad de proporcionar las garantías que los bancos pudieran reclamar. Ningún elemento de los autos permite, a primera vista, llegar a la conclusión de que dichas sociedades no puedan, desde el punto de vista económico o jurídico, aportar a la demandante el apoyo que pudiera necesitar para constituir la garantía solicitada. Este enfoque no resulta desvirtuado, en el presente caso, por el hecho de que las sociedades que actualmente controlan directa e indirectamente a la demandante no hayan tomado dicho control hasta después de transcurrido el período de referencia establecido en la Decisión. En efecto, por una parte, como admitió la demandante durante la audiencia, la sociedad que la controla indirectamente estaba al corriente, en el momento de la toma de control en 1992, de que existía el riesgo de que a la demandante se le impusiera una multa; por otra parte, ha quedado acreditado que el precio de la operación se fijó teniendo en cuenta la probabilidad de una multa y, por último, no queda excluido que el valor de las participaciones transferidas haya podido estar influenciado por las prácticas denunciadas en la Decisión.

27 Por lo que respecta, en segundo lugar, al riesgo de liquidación judicial de la demandante, hay que señalar que, suponiendo incluso que sus afirmaciones sobre las pérdidas registradas desde principios del año 1994 pudieran considerarse suficientemente fundadas, dicho riesgo no está suficientemente probado ni en relación con el supuesto del excesivo endeudamiento, ni con el de la insolvencia.

28 En cuanto a la posibilidad de liquidación judicial por excesivo endeudamiento, la demandante admitió durante la audiencia que el excesivo endeudamiento contable que pudiera producirse en el momento en que se consignara íntegramente en el pasivo de la contabilidad el importe de la multa no implicaría necesariamente la apertura del procedimiento de liquidación, siempre y cuando la demandante contase con un pronóstico positivo de supervivencia. La demandante indicó a este respecto que la naturaleza de dicho pronóstico dependería de si ella debía o no pagar inmediatamente la multa. Ahora bien, resulta obligado señalar que, habida cuenta del objeto de la demanda de medidas provisionales, tal como se delimita en el apartado 21 del presente auto, la desestimación de dicha demanda no obligaría a la demandante a pagar inmediatamente la multa, siempre y cuando se constituya la garantía solicitada por la Comisión. Ahora bien, respecto a este último punto, la demandante no ha dado ninguna explicación con relación a su posible influencia en el pronóstico de supervivencia.

29 En la medida en que la alegación de la demandante se basa en la posibilidad de liquidación por insolvencia carece, pues, de relevancia. En efecto, al igual que el razonamiento refutado en el apartado precedente, se funda en la premisa errónea de que la demandante debería pagar inmediatamente la multa si su demanda fuera desestimada.

30 Por último y en cualquier caso, procede señalar, con respecto a la apreciación de la posible existencia de circunstancias excepcionales que permitan justificar la concesión de la medida solicitada, que de ninguno de los motivos formulados por la demandante para demostrar la fundamentación de su recurso principal se deducen elementos que susciten, a primera vista, dudas particularmente serias respecto a la legalidad de la Decisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

resuelve:

1) Desestimar la demanda.

2) Reservar la decisión sobre las costas.

Dictado en Luxemburgo, a 21 de diciembre de 1994.

El Secretario

H. Jung

El Presidente

J.L. Cruz Vilaça