SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 25 de octubre de 2011 *

En el asunto C-109/10 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 26 de febrero de 2010,

Solvay SA, con domicilio social en Bruselas, representada por Mes P. Foriers, R. Jafferali, F. Louis y A. Vallery, avocats,

parte recurrente,

y en el que la otra parte en el procedimiento es:

Comisión Europea, representada por los Sres. J. Currall y F. Castillo de la Torre, en calidad de agentes, asistidos por Me N. Coutrelis, avocat, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada en primera instancia,

* Lengua de procedimiento: francés.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot y U. Lõhmus, Presidentes de Sala, y el Sr. A. Rosas (Ponente), la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. E. Levits, A. Ó Caoimh, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Arabadjiev y E. Jarašiūnas, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;
Secretaria: Sra. R. Şereş, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de enero de 2011;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de abril de 2011;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso de casación, Solvay SA (en lo sucesivo, «Solvay») solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2009, Solvay/Comisión, (T-57/01, Rec. p. II-4621; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), mediante la cual éste desestimó su recurso por el que se solicitaba la anulación

de la Decisión 2003/6/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 2000, referente al procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (COMP/33.133-C: Carbonato sódico – Solvay) (DO 2003, L 10, p. 10; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), y, subsidiariamente, la anulación o la reducción de la multa que le fue impuesta.

Antecedentes del litigio

2 Solvay es una importante empresa química. Su fundador, Ernest Solvay, descubrió un procedimiento que permitía la producción de sosa sintética, materia que se emplea principalmente en la fabricación de vidrio. La sosa también se utiliza en la industria química para fabricar detergentes y en el sector metalúrgico.

3 Hacia 1870, Solvay concedió una licencia de producción a Brunner, Mond & Co., una de las empresas fundadoras de Imperial Chemical Industries (en lo sucesivo, «ICI»). Solvay y Brunner, Mond & Co. hicieron un reparto de sus esferas de influencia («Alkali Cartel»), de modo que Solvay operaba en el continente europeo mientras que Brunner, Mond & Co. lo hacía en las islas británicas, la Commonwealth británica y otros países de África, Asia y América del Sur. El acuerdo inicial fue renovado en sucesivas ocasiones y, en particular, en 1945.

4 A finales de los años ochenta, Solvay era el principal productor de sosa tanto en la Comunidad Europea, donde ostentaba el 60 % del mercado, como a nivel mundial, siendo ICI el segundo productor. Tras estos dos productores se situaban otros cuatro de menor tamaño: Rhône-Poulenc, Akzo, Matthes & Weber y Chemische Fabrik Kalk (en lo sucesivo, «CFK»).

5 En los Estados Unidos se extraía sosa natural con un coste de producción inferior al de la sosa sintética, aunque a tal coste debían añadirse los gastos de transporte. Las empresas comunitarias quedaron protegidas durante algunos años gracias a medidas antidumping, si bien estas medidas estaban siendo sometidas a un nuevo análisis en el momento en que la Comisión de las Comunidades Europeas inició los procedimientos objeto de litigio. Cabía, pues, la posibilidad de que no se apreciara un fenómeno de dumping.

6 Los productores de los países de la Europa del Este eran también competidores, si bien respecto de cantidades de sosa poco importantes. Las importaciones procedentes de tales países también fueron sometidas a medidas antidumping.

7 En el mercado comunitario podía apreciarse un reparto de esferas de influencia entre Solvay e ICI y una segmentación de los mercados nacionales, con importantes diferencias de precios.

8 Debido a las sospechas que albergaba la Comisión en cuanto a la existencia de acuerdos entre las diferentes empresas productoras de la Comunidad, esta institución efectuó a comienzos del año 1989 verificaciones respecto de los principales productores de sosa y solicitó que se le remitieran copias de numerosos documentos. Estas verificaciones se completaron con solicitudes de información.

9 El 13 de marzo de 1990, la Comisión envió a Solvay, a ICI y a CFK un pliego de cargos común. Las infracciones imputadas consistían en infracciones:

— del artículo 85 del Tratado CEE (posteriormente artículo 85 del Tratado CE, convertido, a su vez, en artículo 81 CE) por parte de Solvay y de ICI;

— del artículo 85 del Tratado por parte de Solvay y de CFK;

— del artículo 86 del Tratado CEE (posteriormente artículo 86 del Tratado CE, convertido, a su vez, en artículo 82 CE) por parte de Solvay;

— del artículo 86 del Tratado por parte de ICI.

10 La Comisión no remitió a cada empresa en cuestión el conjunto de la documentación, sino únicamente los documentos relativos a la infracción que se le imputaba. Por otra parte, múltiples documentos o fragmentos de los mismos no se comunicaron a las empresas implicadas por razones de confidencialidad.

11 Se concedió a las empresas mencionadas la posibilidad de ser oídas. Parece que Solvay no quiso participar en las audiencias.

12 El 19 de diciembre de 1990, la Comisión adoptó las cuatro Decisiones siguientes:

— Decisión 91/297/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/33.133-A: Ceniza de sosa – Solvay, ICI) (DO 1991, L 152, p. 1), en la cual se imputaba a Solvay y a ICI, fundamentalmente, continuar repartiéndose el mercado de la sosa a pesar de la afirmación de estas empresas de que el acuerdo celebrado en 1945 había caído en desuso y mediante la cual, para demostrar que los comportamientos no eran autónomos («comportamientos paralelos»), se tomaba en particular tanto el hecho de que, en determinadas circunstancias, era Solvay quien realizaba las entregas en nombre de ICI, como la existencia de contactos frecuentes entre estas dos empresas;

— Decisión 91/298/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [81 CE] (IV/33.133-B: Ceniza de sosa – Solvay, CFK) (DO 1991, L 152, p. 16), en la cual se imputaba a Solvay y a CFK haber celebrado un acuerdo en materia de precios como contrapartida, a favor de CFK, del reconocimiento de una garantía de despacho de una cantidad mínima revisada anualmente;

— Decisión 91/299/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82 CE] (IV/33.133-C: Ceniza de sosa – Solvay) (DO 1991, L 152, p. 21), en la cual se imputaba a Solvay haber abusado de su posición dominante al aplicar un sistema de deducciones y descuentos sobre el volumen marginal con el fin de vincular a los clientes respecto de todas sus necesidades y excluir a los competidores;

— Decisión 91/300/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo [82 CE] (IV/33.133-D: Ceniza de sosa – ICI) (DO 1991, L 152, p. 40), en la cual se imputaba a ICI un comportamiento similar.

13 Estas cuatro Decisiones fueron impugnadas ante el Tribunal de Primera Instancia. Solvay solicitó la anulación de la Decisión 91/297 (asunto T-30/91), de la Decisión 91/298 (asunto T-31/91) y de la Decisión 91/299 (asunto T-32/91). ICI solicitó la anulación de la Decisión 91/297 (asunto T-36/91) y de la Decisión 91/300 (asunto T-37/91). CFK, por el contrario, abonó la multa que le impuso la Decisión 91/298.

14 Conviene recordar a este respecto que, el 27 de febrero de 1992, el Tribunal de Primera Instancia declaró inexistente una Decisión de la Comisión relativa a un acuerdo entre empresas productoras de policloruro de vinilo (PVC) por no haberse autentificado regularmente dicha Decisión (sentencia de 27 de febrero de 1992, BASF y otros/Comisión, T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 y T-104/89, Rec. p. II-315). En los asuntos citados en el apartado 13 *supra,* en los cuales Solvay intervenía como demandante, esta empresa

presentó un «escrito de ampliación de la demanda» en el que invocó un nuevo motivo para la declaración de inexistencia de la Decisión cuya anulación solicitó inicialmente remitiéndose a dos artículos de prensa de los que se desprendía que la Comisión reconocía no haber autenticado ninguna decisión en los últimos veinticinco años.

15 Tras pronunciarse el Tribunal de Justicia mediante sentencia de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros (C-137/92 P, Rec. p. I-2555), sobre el recurso de casación interpuesto contra la mencionada sentencia, el Tribunal de Primera Instancia acordó otras diligencias de ordenación del procedimiento en el presente asunto solicitando, en particular, a la Comisión que aportara, entre otros documentos, el texto de la Decisión contra la que la demandante interpuso recurso, tal como había sido autenticada en su momento. La Comisión respondió que, mientras que el Tribunal de Primera Instancia no se pronunciara sobre la admisibilidad de ese motivo, consideraba oportuno no abordar la fundamentación del mismo. No obstante, mediante auto de 25 de octubre de 1994, el Tribunal de Primera Instancia requirió a la Comisión para que presentara el mencionado texto y, en cumplimiento de dicho auto, ésta presentó el texto de la mencionada Decisión. En la vista celebrada los días 6 y 7 de diciembre de 1994 se oyeron los informes de las partes y sus respuestas a las preguntas planteadas por el Tribunal de Primera Instancia.

16 El Tribunal de Primera Instancia dictó cinco sentencias el 29 de junio de 1995.

17 La Decisión 91/297 fue anulada por vulneración del derecho de defensa mediante las sentencias de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-30/91, Rec. p. II-1775) e ICI/Comisión (T-36/91, Rec. p. II-1847), por considerar que la Comisión no había permitido, durante el procedimiento administrativo, un acceso suficiente a los documentos y, en particular, a aquellos que podían resultar útiles para la defensa. Considerando que el vicio del procedimiento administrativo no podía subsanarse en el procedimiento judicial, el Tribunal de Primera Instancia señaló en el apartado 98 de la sentencia Solvay/Comisión, antes citada, que, «si la demandante hubiera podido invocar durante el procedimiento administrativo algunos documentos capaces de exculparla, habría podido eventualmente influir en las apreciaciones efectuadas por la Junta de Comisarios, al menos en lo que respecta a la fuerza probatoria del comportamiento paralelo y pasivo que se le reprochaba en la fase inicial de la infracción y por lo tanto en todo el tiempo que duró ésta». En las sentencias Solvay/Comisión e ICI/

Comisión, antes citadas, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la Comisión hubiera debido, al menos, facilitar una lista de los documentos procedentes de las otras empresas de forma que pudiera comprobarse su contenido exacto y su utilidad para la defensa.

18 La Decisión 91/298 fue anulada por lo que respecta a Solvay mediante la sentencia de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-31/91, Rec. p. II-1821), por no haber sido objeto de autenticación regular esa Decisión de la Comisión.

19 La Decisión 91/299 fue anulada mediante la sentencia de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-32/91, Rec. p. II-1825), por el mismo motivo.

20 La Decisión 91/300 fue analizada por la sentencia de 29 de junio de 1995, ICI/Comisión (T-37/91, Rec. p. II-1901). El Tribunal de Primera Instancia desestimó los motivos y las alegaciones basados en la falta de comunicación de los documentos procedentes de otras empresas, por entender que no hubieran podido ser útiles para la defensa de la demandante, y en la falta de comunicación de una lista de documentos de la propia demandante. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión impugnada por no haber sido objeto de autenticación regular.

21 Las sentencias de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-31/91) y Solvay/Comisión (T-32/91), antes citadas, fueron recurridas en casación por la Comisión, dando lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2000, Comisión/Solvay (C-287/95 P y C-288/95 P, Rec. p. I-2391). Igualmente, contra la sentencia de 29 de junio de 1995, ICI/Comisión (T-37/91), antes citada, se interpuso un recurso de casación que fue resuelto mediante la sentencia de 6 de abril de 2000, Comisión/ICI (C-286/95 P, Rec. p. I-2341). Dichos recursos de casación fueron desestimados por el Tribunal de Justicia en las sentencias Comisión/Solvay y Comisión/ICI, antes citadas.

22 Respecto de Solvay, la Comisión adoptó el 13 de diciembre de 2000 dos nuevas Decisiones:

— La Decisión impugnada, equivalente a la Decisión 91/299. El contenido de ambas Decisiones es sustancialmente idéntico. La Decisión impugnada contiene, además, una descripción del procedimiento y su destinatario es Solvay, empresa a la que la Comisión impone una multa de 20 millones de euros.

— La Decisión 2003/5/CE, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (COMP/33.133-B: Carbonato sódico – Solvay, CFK) (DO 2003, L 10, p. 1), equivalente a la Decisión 91/298, si bien incorpora una descripción del procedimiento. Mediante esta Decisión, la Comisión impone a Solvay una multa de 3 millones de euros.

23 Solvay interpuso recurso contra estas Decisiones. Mediante la sentencia de 17 de diciembre de 2009, Solvay/Comisión (T-58/01, Rec. p. II-4781), y la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó dichos recursos.

Procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia

24 Dado que la demandante formuló un motivo basado en una negativa de acceso al expediente, el 19 de diciembre de 2003 el Tribunal de Primera Instancia solicitó a la Comisión que presentase, entre otros documentos, una relación detallada de todos los documentos que formaban el expediente. Tras solicitar una ampliación del plazo fijado, la Comisión presentó una primera lista y, posteriormente, una segunda. Solvay solicitó consultar determinados documentos. Durante esta fase de instrucción, la Comisión reconoció haber extraviado ciertos expedientes y que le resultaba imposible

elaborar la lista de los documentos que aquellos contenían ya que, según la Comisión, tampoco podían localizarse los índices de dichos archivadores. La demandante y la Comisión presentaron los días 15 de julio y 17 de noviembre de 2005, respectivamente, sus observaciones escritas en cuanto a la utilidad de los documentos consultados por Solvay para su defensa. Durante el año 2008 se formularon ulteriores preguntas a las partes. La vista se celebró el 26 de junio de ese mismo año.

Sentencia recurrida

Alegaciones formuladas para fundamentar la pretensión de anulación de la Decisión impugnada

25 La demandante planteó seis motivos, divididos en partes, que comprendían diferentes alegaciones.

Primer motivo, relativo al transcurso del tiempo

— Errónea aplicación de las normas en materia de prescripción

26 Solvay sostuvo que el plazo de prescripción de las actuaciones, calculado con arreglo al Reglamento (CEE) nº 2988/74 del Consejo, de 26 de noviembre de 1974, relativo a la prescripción en materia de actuaciones y de ejecución en los ámbitos del Derecho de transportes y de la competencia de la Comunidad Económica Europea (DO L 319, p. 1; EE 08/02, p. 41), no quedaba en suspenso durante el procedimiento de un recurso de casación. A su juicio, la Comisión pudo adoptar una nueva Decisión inmediatamente después de dictarse la sentencia de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-31/91), antes citada, de forma que asumió un riesgo al interponer un recurso de

casación, máxime cuando esta institución tenía conocimiento de la sentencia Comisión/BASF y otros, antes citada, en la cual el Tribunal de Justicia se había pronunciado acerca de la falta de autenticación de los actos.

27 Basándose en el contenido de la sentencia 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), relativa a la segunda Decisión «PVC», el Tribunal General en la sentencia recurrida, estimó que debía considerarse que el período durante el cual el recurso de casación estuvo pendiente ante el Tribunal de Justicia constituía un período de suspensión del plazo de prescripción (apartados 96 a 109). El Tribunal General puso de manifiesto las dificultades prácticas que entrañaba la solución propuesta por Solvay, esto es, la coexistencia eventual de dos decisiones, en el caso de que el Tribunal de Justicia acogiera el recurso de casación de la Comisión.

— Vulneración del principio de plazo razonable

28 El Tribunal General analizó cada fase del procedimiento y el procedimiento en su conjunto. Señaló, asimismo, que, puesto que la Decisión impugnada era sustancialmente idéntica a la Decisión 91/299, no se había vulnerado el derecho de defensa a pesar del transcurso del tiempo. El Tribunal General precisó, en el apartado 141 de la sentencia recurrida, que la demandante había renunciado expresamente a la posibilidad de una reducción de la multa en concepto de reparación y que no había interpuesto un recurso de indemnización.

Segundo motivo, basado en la existencia de un vicio sustancial de forma relativo a la adopción y la autenticación de la Decisión impugnada

29 El Tribunal General desestimó las dos primeras partes de este motivo, basadas en la vulneración de los principios de colegialidad y de seguridad jurídica. Por lo que se refiere a la vulneración del derecho de la demandante a ser oída de nuevo, el Tribunal General señaló que la redacción de la Decisión impugnada coincidía,

fundamentalmente, con la de la Decisión 91/299 y que, en consecuencia, la Comisión no tenía la obligación de dar nuevamente audiencia a la demandante (apartado 191 de la sentencia recurrida). El Tribunal General desestimó, asimismo, otra parte de dicho motivo basada en la falta de una nueva consulta al Comité Consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes y en la irregular composición de ese Comité.

30 En los apartados 218 a 230 de la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó la parte del mismo motivo basada en la utilización de documentos incautados infringiendo el Reglamento nº 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). Solvay consideraba que, puesto que la Decisión de verificación de 5 de abril de 1989 únicamente se refería a una infracción del artículo 81 CE, la Comisión no podía utilizar los documentos incautados para actuar contra la demandante en virtud del artículo 82 CE. El Tribunal General resolvió que la Comisión no estaba obligada a realizar en esa Decisión de verificación una calificación jurídica rigurosa de la infracción y que, en el asunto en cuestión, algunos de los hechos imputados que se contenían en dicha Decisión de verificación, concretamente la «ejecución de compromisos de compra exclusivos», eran los mismos que habían sido tomados en consideración en relación con la infracción consistente en el abuso de posición dominante. En consecuencia, a juicio del Tribunal General, la Comisión se había ceñido al marco legal definido por la misma Decisión de verificación.

31 El Tribunal General también desestimó una parte del mismo motivo basada en la vulneración de los principios de imparcialidad, buena administración y proporcionalidad.

Tercer motivo, basado en la errónea definición del mercado geográfico pertinente

32 Tras analizar ese motivo, el Tribunal General concluyó en el apartado 256 de la sentencia recurrida que Solvay se encontraba en una posición dominante, tanto si se consideraba que el mercado geográfico pertinente era la Comunidad, a excepción del Reino Unido y de Irlanda, como si se tomaban en cuenta cada uno de los Estados en los que se le imputaban infracciones del artículo 82 CE en el mercado de la ceniza de sosa.

Cuarto motivo, basado en la inexistencia de una posición dominante

33 En los apartados 275 a 279 de la sentencia recurrida, el Tribunal General recordó la jurisprudencia relativa al concepto de posición dominante. Determinó las cuotas de mercado de Solvay y consideró, en los apartados 286 a 304, que las alegaciones formuladas por la demandante no demostraban la existencia de circunstancias excepcionales que desvirtuaran la afirmación de que se encontraba en una posición dominante en el mercado de referencia.

Quinto motivo, basado en la inexistencia de un abuso de posición dominante

34 Tras constatar en diferentes ocasiones, en los apartados 325, 327, 349, 368, 369, 376 y 388 de la sentencia recurrida, que Solvay no cuestionaba la veracidad de las pruebas utilizadas en su contra, el Tribunal General concluyó que las prácticas imputadas, esto es, los descuentos sobre el volumen marginal, los descuentos por fidelidad, el descuento «de grupo» del cliente principal y los acuerdos de exclusividad, constituían un abuso de posición dominante. El Tribunal General expuso en particular cómo el sistema de descuentos sobre el volumen marginal se traducía en prácticas discriminatorias.

Sexto motivo, basado en una vulneración del derecho de acceso al expediente

35 El Tribunal General analizó si el hecho de no tener acceso a determinados documentos durante el procedimiento administrativo impidió a la demandante tener conocimiento de documentos que pudieran haber sido útiles para su defensa. El Tribunal

General llegó a una conclusión negativa tras examinar si los documentos invocados podían modificar la delimitación del mercado geográfico pertinente, correspondiente al mercado del producto en cuestión, o las conclusiones según las cuales Solvay ostentaba una posición dominante y había abusado de la misma. El Tribunal General analizó la parte del motivo basada en la falta de consulta completa del expediente. Tras intentar averiguar qué contenían los expedientes extraviados por la Comisión, el Tribunal General afirmó que los comportamientos imputados a Solvay quedaban demostrados por documentos incluidos en los expedientes existentes y concluyó, en el apartado 479 de la sentencia recurrida, que «por tanto, [podía] excluirse que la demandante hubiese podido encontrar documentos útiles para su defensa […] en los "subexpedientes" extraviados».

Alegaciones formuladas para fundamentar la pretensión de anulación o reducción de la multa

36 La demandante invocó cinco motivos, basados en la apreciación errónea de la gravedad de las infracciones, en la apreciación errónea de la duración de la infracción, en la existencia de circunstancias atenuantes, en el carácter desproporcionado de la multa y en el transcurso del tiempo.

37 En los apartados 510 y 511 de la sentencia recurrida, el Tribunal General consideró que, en una decisión relativa a la aplicación del artículo 82 CE, no cabía apreciar que concurriera la circunstancia agravante de reincidencia por haberse impuesto previamente sanciones motivadas por infracciones del artículo 81 CE y que, por otra parte, las infracciones por las que Solvay ya había sido condenada eran muy distintas de las controvertidas en el caso de autos. En consecuencia, el Tribunal General redujo el importe de la multa impuesta en un 5 %.

38 En respuesta al quinto motivo invocado, el Tribunal General afirmó que una multa conservaba su carácter punitivo y disuasorio incluso una vez transcurrido un cierto período de tiempo.

39 En conclusión, el Tribunal General fijó en 19 millones de euros el importe de la multa y condenó a la demandante a soportar sus propias costas así como el 95 % de las costas de la Comisión y a esta última a soportar el 5 % de sus propias costas.

Sobre el recurso de casación

40 La parte recurrente expone nueve motivos. El primer motivo se basa en una vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. El segundo motivo se basa en la infracción de los artículos 14 y 20 del Reglamento nº 17. El tercer motivo se basa en una vulneración del derecho de defensa como consecuencia de que, tras haberle denegado el acceso al expediente en el procedimiento administrativo, la Comisión extravió una parte de éste. El cuarto motivo se basa en la vulneración del derecho de defensa en relación con los documentos de descargo que sólo pudieron consultarse en la sede del Tribunal de Primera Instancia. El quinto motivo se basa en una vulneración del derecho de la parte recurrente a ser oída antes de la adopción de la Decisión impugnada por parte la Comisión. El sexto motivo se basa en el incumplimiento del deber de motivación de las sentencias y en la infracción del artículo 82 CE por lo que respecta a la definición del mercado geográfico pertinente tomada en consideración por el Tribunal General en la sentencia recurrida. El séptimo motivo se basa en el incumplimiento del deber de motivación de las sentencias y en la infracción del artículo 82 CE en relación con la apreciación de la posición dominante contenida en la sentencia recurrida. El octavo motivo se basa en el incumplimiento del deber de motivación de las sentencias y en la infracción del artículo 82 CE por lo que se refiere al descuento concedido al grupo Saint-Gobain. El noveno motivo se basa en el incumplimiento del deber de motivación de las sentencias y en la infracción del artículo 82 CE en relación con la existencia de una imposición de condiciones discriminatorias.

41 Procede empezar examinando conjuntamente los motivos tercero y quinto, ambos referidos a la vulneración del derecho de defensa.

Alegaciones de las partes

42 En la primera parte del tercer motivo, la parte recurrente critica al Tribunal General por haberle impuesto una prueba imposible al obligarle a demostrar que los documentos extraviados hubieran podido ser útiles para su defensa cuando no resultaba posible examinarlos.

43 En la segunda parte de ese motivo, la recurrente critica al Tribunal General por no haber tenido en cuenta el principio según el cual es suficiente que dichos documentos hubieran representado una posibilidad, incluso reducida, de influir en la Decisión impugnada.

44 Mediante la tercera parte de ese motivo, la recurrente critica al Tribunal General por haber comenzado pronunciándose en cuanto al fondo en lugar de haberse limitado a un examen provisional del expediente con el fin de comprobar si los documentos que faltaban podían tener influencia sobre esta Decisión. En efecto, según la recurrente, el Tribunal General consideró en primer lugar que debían desestimarse los motivos de fondo invocados por la recurrente en apoyo de su recurso de anulación de la Decisión impugnada para deducir de ello, seguidamente, que los documentos que no le fueron comunicados no hubieran podido tener ninguna influencia en dicha Decisión.

45 Mediante la cuarta parte del mismo motivo, la recurrente critica al Tribunal General haber considerado, en el apartado 470 de la sentencia recurrida y basándose exclusivamente en las cuotas de mercado –invirtiendo, de este modo, la carga de la prueba

y obviando la presunción de inocencia–, que «ningún indicio permit[ía] presumir que [hubiera] podido descubrir en los "subexpedientes" extraviados documentos que desvirtuasen la afirmación de que se encontraba en una posición dominante». La recurrente había negado la existencia de una posición dominante y no cabe excluir que otros documentos sustentaran su tesis.

46 Mediante la quinta parte del tercer motivo, la recurrente critica al Tribunal General haber vulnerado su derecho de defensa al considerar, en el apartado 474 de la sentencia recurrida y en relación con el descuento «de grupo» concedido a Saint-Gobain, que la recurrente «debería haberse esforzado en indicar en qué medida otros elementos de prueba habrían podido desvirtuar el contenido del protocolo secreto o, al menos, darle una interpretación diferente».

47 Mediante la sexta parte del mismo motivo, la recurrente sostiene que el Tribunal General vulneró su derecho de defensa al considerar, en el apartado 471 de la sentencia recurrida, que un error de la Comisión en cuanto a la definición del mercado geográfico «no habría podido repercutir de manera determinante en cuanto al resultado», de modo que la demandante no habría podido encontrar en los clasificadores extraviados por la Comisión documentos útiles para su defensa.

48 Mediante la primera parte del quinto motivo, la recurrente critica al Tribunal General por no haber dado respuesta a su alegación según la cual hubiera debido ser oída antes de la adopción de la Decisión impugnada, obviando la existencia de la sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, en la medida en que el procedimiento administrativo adolecía de irregularidades derivadas de una falta de acceso al expediente con anterioridad a la adopción de esa Decisión que incidió en la validez de las medidas preparatorias de la misma, y toda vez que el Tribunal de Primera Instancia había apreciado la existencia de dichas irregularidades antes de la adopción de la Decisión impugnada en la sentencia de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-30/91), antes citada.

49 Mediante la segunda parte de ese motivo, la recurrente critica al Tribunal General por no haber reconocido que, antes de adoptar la Decisión impugnada, la Comisión estaba obligada a dar audiencia a la empresa en cuestión cuando una sentencia del Tribunal de Primera Instancia, recaída incluso en un procedimiento distinto, haya apreciado la existencia de un vicio del que adolecían las medidas preparatorias de la Decisión anulada. La parte recurrente recuerda, a este respecto, la sentencia de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-30/91), antes citada, y destaca que el procedimiento en el presente asunto adolecía de los mismos vicios apreciados en el asunto que dio lugar a esa sentencia. A juicio de la parte recurrente, con arreglo al artículo 233 CE, la Comisión estaba obligada a extraer todas las consecuencias de una sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia. Incluso aunque la Decisión 91/299 hubiera sido anulada por dicho Tribunal por falta de autenticación, la Comisión hubiera debido tomar también en consideración la sentencia de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-30/91), antes citada, la cual había apreciado con carácter definitivo la existencia de otro vicio de procedimiento. Así pues, según la parte recurrente, la Comisión estaba obligada a subsanar ese vicio de procedimiento apreciado por el Tribunal de Primera Instancia para regularizar el procedimiento y, en consecuencia, permitirle acceder al expediente y formular todas sus observaciones escritas y orales antes de adoptar la Decisión impugnada.

50 La Comisión niega la admisibilidad y el fundamento de los motivos y las alegaciones invocados por la parte recurrente.

Apreciación del Tribunal de Justicia

51 Contrariamente a lo alegado por la Comisión, mediante el motivo basado en la vulneración del derecho de acceso al expediente la parte recurrente no pone en tela de juicio las apreciaciones fácticas del Tribunal General, sino las reglas aplicadas por éste en relación con la carga de la prueba de la utilidad de documentos de los cuales se ha extraviado una parte. La cuestión de si el Tribunal General aplicó un criterio jurídico correcto al apreciar la utilidad de esos documentos para la defensa de la parte recurrente constituye una cuestión de Derecho sometida al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación (véanse, en este sentido, las

sentencias de 25 de enero de 2007, Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión, C-403/04 P y C-405/04 P, Rec. p. I-729, apartado 40, y de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, Rec. p. I-4951, apartado 117).

52 El derecho de defensa figura entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 64).

53 El respeto del derecho de defensa en un procedimiento tramitado ante la Comisión con el objeto de imponer una multa a una empresa por infringir las normas de defensa de la competencia exige que la empresa interesada haya podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción al Tratado (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 66). El artículo 41, apartado 2, letras a) y b), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea concreta el contenido de este derecho.

54 Tal como recordó acertadamente el Tribunal General en el apartado 405 de la sentencia recurrida, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias, antes citadas, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, apartado 315, y Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 68).

55 La vulneración del derecho de acceso al expediente durante el procedimiento previo a la adopción de la Decisión puede dar lugar, en principio, a la anulación de dicha Decisión cuando se haya vulnerado el derecho de defensa (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 317).

56 En tal supuesto, la violación producida no queda subsanada por el mero hecho de que el acceso haya sido posible durante el procedimiento jurisdiccional (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318). En efecto, al limitarse a un control jurisdiccional de los motivos invocados, el examen del Tribunal General no tiene por objeto ni por efecto reemplazar la instrucción completa del asunto en el marco de un procedimiento administrativo. Por otra parte, el conocimiento tardío de determinados documentos del expediente no coloca a la empresa que ha interpuesto un recurso contra una decisión de la Comisión en la situación en la que se habría encontrado si hubiera podido basarse en esos mismos documentos para presentar sus observaciones escritas y orales ante dicha institución (véase la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 103 y jurisprudencia citada).

57 Cuando el acceso al expediente, y más concretamente a las pruebas de descargo, se obtiene en la fase del procedimiento judicial, la empresa de que se trate no debe demostrar que, si hubiera tenido acceso a los documentos no comunicados, la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que dichos documentos hubieran resultado útiles para su defensa (sentencias de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 128; Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 131).

58 Pese a traer acertadamente a colación dichos principios, el Tribunal General no obstante concluyó, en el apartado 481 de la sentencia recurrida, que, «incluso si la demandante no tuvo acceso a todos los documentos que figuran en el expediente de instrucción, esta circunstancia no le impidió defenderse en lo que respecta a las

imputaciones de fondo que la Comisión mencionó en el pliego de cargos y en la Decisión impugnada».

59 Para llegar a esta conclusión, el Tribunal General examinó previamente las imputaciones contenidas en dicha Decisión y las pruebas materiales presentadas como fundamento de las mismas. Nada cabe objetar a esta forma de proceder, ya que la utilidad de otros documentos para la defensa debe ser apreciada a la luz de esos elementos.

60 No obstante, el Tribunal General basó en particular su conclusión en las consideraciones según las cuales, en primer lugar, «cuotas de mercado muy elevadas constituyen por sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante» y, suponiendo que concurrieran tales circunstancias, la demandante no podía ignorarlas (apartado 470 de la sentencia recurrida); en segundo lugar, «un eventual error de la Comisión [en cuanto a la definición del mercado geográfico] no habría podido repercutir de manera determinante en cuanto al resultado» (apartado 471 de esa sentencia), y, en tercer lugar, «la demandante debería haberse esforzado en indicar en qué medida otros elementos de prueba habrían podido desvirtuar el contenido del protocolo secreto o, al menos, darle una interpretación diferente» (apartado 474 de dicha sentencia).

61 Tales afirmaciones no se corresponden con las consecuencias que, en relación con los derechos de la recurrente, deben extraerse de la pérdida de los expedientes en el presente asunto. En efecto, al seguir tal razonamiento, el Tribunal General se basa en hipótesis, no sólo en lo que respecta al contenido de los documentos extraviados, sino también en lo referente al conocimiento que la recurrente hubiera debido tener de ese contenido. En particular, tal como señaló la Abogado General en el punto 202 de sus conclusiones, el Tribunal General no precisa por qué la recurrente hubiera debido tener conocimiento por sí misma de posibles circunstancias excepcionales que hubieran permitido desvirtuar la presunción, basada en los datos relativos a las cuotas de mercado, de que existía una posición dominante.

62 Es necesario recordar a este respecto que, según la Comisión, los subexpedientes extraviados seguramente contenían las respuestas a las peticiones de información presentadas con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17. Así pues, no cabe excluir la posibilidad de que la demandante hubiera podido encontrar en esos subexpedientes elementos procedentes de otras empresas que le permitieran dar a los hechos una interpretación diferente de la seguida por la Comisión, lo cual hubiera podido ser útil para su defensa.

63 Puesto que la recurrente no tuvo acceso a tales documentos y dado que su contenido no era determinado o determinable, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al imponerle, tal como hizo en el apartado 474 de la sentencia recurrida, el deber de precisar los argumentos que hubiera podido invocar en caso de haber tenido a su disposición esos documentos que, por otra parte, le resultaba materialmente imposible consultar.

64 Es necesario destacar que no se trata, en este caso, de algunos documentos extraviados cuyo contenido hubiera podido ser reconstruido a partir de otras fuentes sino de subexpedientes enteros que, si las suposiciones de la Comisión expuestas en el apartado 62 *supra* fueran ciertas, hubieran podido contener documentos esenciales del procedimiento tramitado ante la Comisión que hubieran podido ser pertinentes para la defensa de la demandante.

65 Se deduce de lo anterior que, al concluir, en el apartado 481 de la sentencia recurrida, que la circunstancia de que la demandante no hubiera tenido acceso a todos los documentos que figuraban en el expediente de instrucción no le había impedido defenderse, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho en cuanto a la vulneración, por parte de la Comisión, del derecho de defensa, se apartó de los principios que rigen en materia de carga de la prueba y se basó en hipótesis acerca del contenido de los documentos extraviados que no podía verificar.

66 Por lo que se refiere a la audiencia de la empresa interesada previa a la adopción de la Decisión impugnada, invocada por la recurrente en el quinto motivo de su recurso de casación, es preciso recordar que tal audiencia forma parte del derecho de defensa. Ahora bien, una vulneración del derecho de defensa debe ser examinada en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto.

67 En el apartado 184 de la sentencia recurrida, el Tribunal recordó acertadamente que, cuando la Comisión, tras la anulación de una decisión que sanciona a empresas que han infringido el artículo 81 CE, apartado 1, por un vicio de procedimiento relativo exclusivamente a los mecanismos de su adopción definitiva por el Colegio de Comisarios, adopta una nueva decisión, de un contenido sustancialmente idéntico y basada en las mismas imputaciones, no está obligada a conceder una nueva audiencia a las empresas afectadas (véase, en este sentido, la sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartados 83 a 111).

68 No obstante, en el presente caso, la cuestión de la audiencia de la parte recurrente no puede disociarse del acceso al expediente. En efecto, si bien es cierto que la Decisión impugnada tiene un contenido sustancialmente idéntico y está basada en imputaciones iguales a las contenidas en la primera Decisión anulada por el Tribunal de Primera Instancia como consecuencia de un vicio de procedimiento en la última fase del procedimiento –esto es, en la falta de autenticación regular por el Colegio de Comisarios–, no es menos cierto que la adopción de esa primera Decisión también adolecía de un vicio muy anterior a este último vicio. En efecto, tal como se desprende del apartado 17 de la presente sentencia, consta que en el procedimiento administrativo que culminó con la adopción de esa primera Decisión la Comisión no facilitó a la demandante todos los documentos que figuraban en su expediente y en particular las pruebas de descargo.

69 Pues bien, tal como se ha recordado en el apartado 17 de la presente sentencia, en las sentencias, antes citadas, de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión (T-30/91) e ICI/Comisión (T-36/91), el Tribunal de Primera Instancia consideró que, por lo que respecta a la Decisión 91/297, mencionada en el apartado 12 de la presente sentencia –la cual está vinculada con la Decisión impugnada y fue objeto del mismo pliego

de cargos–, ese procedimiento administrativo se encontraba viciado por una vulneración del derecho de defensa, ya que la Comisión no había concedido a la empresa en cuestión un acceso suficiente a los documentos y, en particular, a aquellos que podían resultar útiles para la defensa de ésta. Por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia anuló esas Decisiones recordando, en particular, por una parte, que el acceso al expediente en los asuntos en materia de competencia forma parte de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y, por otra parte, que es necesario elaborar una lista de los elementos del expediente que permita a la empresa interesada evaluar la oportunidad de solicitar que se le dé acceso a documentos específicos que puedan ser útiles para su defensa (sentencias, antes citadas, de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión, T-30/91, apartados 59 y 101, e ICI/Comisión, T-36/91, apartados 69 y 111).

70 A pesar de esos elementos y obviando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que confirma la importancia del acceso al expediente y, en particular, a las pruebas de descargo (véase, en particular, la sentencia de 8 de julio de 1999, Hercules Chemicals/Comisión, C-51/92 P, Rec. p. I-4235), la Comisión adoptó una Decisión igual a la que había sido anulada por falta de autenticación regular sin iniciar un nuevo procedimiento administrativo en el marco del cual esta institución diera audiencia a la demandante tras concederle acceso al expediente.

71 En consecuencia, al no tomar en consideración las circunstancias específicas del asunto y, en particular, al basarse en el hecho de que la primera Decisión había sido anulada por falta de autenticación regular y de que la segunda contenía las mismas imputaciones, el Tribunal General erró al estimar que no era necesario dar audiencia a la demandante. De este modo, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al declarar que la Comisión no había vulnerado el derecho de defensa de la demandante como consecuencia de no haberle concedido audiencia antes de adoptar la Decisión impugnada.

72 De las anteriores consideraciones se deduce que están fundados los motivos tercero y quinto del recurso de casación y que la sentencia recurrida debe ser anulada en la medida en que, en esa sentencia, el Tribunal General no anuló la Decisión impugnada por vulneración del derecho de defensa.

73 Puesto que al acoger los motivos tercero y quinto procede anular la sentencia recurrida, no resulta necesario analizar los demás motivos del recurso de casación.

Sobre el recurso dirigido contra la Decisión impugnada

74 A tenor del artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. En tal caso, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita. Tal es el caso en el presente asunto.

75 De los apartados 51 a 72 de la presente sentencia se desprende que el recurso está fundado y que procede anular la Decisión impugnada por haberse producido una vulneración del derecho de defensa.

Costas

76 A tenor del artículo 122 del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea fundado y resuelva él mismo definitivamente el litigio. A tenor del artículo 69, apartado 2, del citado Reglamento, aplicable al procedimiento de casación según su artículo 118, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas, en lo esencial, las pretensiones de la Comisión y haber solicitado la recurrente su condena en costas, procede condenarla a soportar sus propias costas

y, además, la totalidad de las costas en que haya incurrido la recurrente tanto en primera instancia como en casación.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) **Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2009, Solvay/Comisión (T-57/01).**

2) **Anular la Decisión 2003/6/CE de la Comisión, de 13 de diciembre de 2000, referente al procedimiento de aplicación del artículo 82 del Tratado CE (COMP/33.133-C: Carbonato sódico – Solvay).**

3) **Condenar a la Comisión Europea al pago de las costas generadas tanto en primera instancia como en casación.**

Firmas