CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. YVES BOT
presentadas el 26 de marzo de 2009 [1]

Índice

I. El marco jurídico . . . . . I - 8699

II. El marco fáctico . . . . . I - 8701

III. El recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y la sentencia recurrida . . . . . I - 8703

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia y las pretensiones de las partes . . . . . I - 8704

V. Los motivos de los recursos de casación . . . . . I - 8705

A. Los motivos invocados por Erste (C-125/07 P) . . . . . I - 8705

B. Los motivos invocados por RZB (C-133/07 P) . . . . . I - 8706

C. Los motivos invocados por BA-CA (C-135/07 P) . . . . . I - 8707

D. Los motivos invocados por ÖVAG (C-137/07 P) . . . . . I - 8709

VI. La acumulación de los recursos de casación y su examen en el marco de las presentes conclusiones . . . . . I - 8710

VII. Observaciones previas . . . . . I - 8710

A. Sobre la amplitud del control ejercido por el Tribunal de Justicia en el marco de los presentes recursos de casación . . . . . I - 8711

B. *El contexto jurídico y fáctico del control de las prácticas y los acuerdos anticompetitivos* . . . . . I - 8713

VIII. Sobre los motivos basados en la infracción del artículo 81 CE, apartado 1 . . . . . I - 8716

A. Sobre el primer motivo, basado en la apreciación errónea del requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros . . . . . I - 8716

1. Sobre la primera parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la aptitud de una práctica colusoria que abarca todo el territorio nacional para afectar sensiblemente al comercio entre los Estados miembros . . . . . I - 8719

1 — Lengua original: francés.

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8719

b) Apreciación . . . . . I - 8720

2. Sobre la segunda parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia derivada del examen global de los efectos transfronterizos de la práctica colusoria . . . . . I - 8724

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8724

b) Apreciación . . . . . I - 8725

i) Sobre la primera alegación, fundada en la aplicación y la apreciación erróneas de la jurisprudencia comunitaria . . . . . I - 8725

— En lo que se refiere a la sentencia VGB y otros/Comisión . . . . . I - 8725

— En lo que se refiere a la sentencia Bagnasco y otros, antes citada . . . . I - 8728

ii) Sobre el carácter erróneo, insuficiente y contradictorio del análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre la definición del mercado pertinente I - 8729

— Sobre la forma en la que el Tribunal de Primera Instancia aprecia las alegaciones fundadas en la definición incorrecta del mercado pertinente I - 8729

— Sobre el carácter insuficiente y contradictorio de la motivación . . . . I - 8732

— Sobre la referencia errónea a la sentencia SPO y otros/Comisión . . . I - 8734

3. Sobre la tercera parte del motivo, basada en la falta de prueba de la afectación sensible del comercio intracomunitario por la práctica colusoria . . . . . I - 8734

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8734

b) Apreciación . . . . . I - 8735

4. Sobre la cuarta parte del motivo, basada en la falta de análisis de los efectos concretos de la práctica colusoria en el mercado . . . . . I - 8736

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8736

b) Apreciación . . . . . I - 8736

B. Sobre el segundo motivo, basado en la imputación errónea de la responsabilidad por la infracción . . . . . I - 8737

1. Alegaciones de las partes . . . . . I - 8737

2. Apreciación . . . . . I - 8738

IX. Sobre los motivos basados en la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, en cuanto la apreciación de la gravedad de la infracción y del importe de base de la multa está viciada por errores de Derecho y de motivación y vulnera el derecho de defensa I - 8742

A. Sobre el primer motivo, basado en errores de Derecho en la apreciación de la gravedad de la infracción . . . . . I - 8742

1. Sobre la primera parte del motivo, basada en que la apreciación no se ajusta a las Directrices . . . . . I - 8744

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8744

b) Apreciación . . . . . I - 8745

2. Sobre la segunda parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la «naturaleza propia» de la infracción . . . . . I - 8746

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8746

b) Apreciación . . . . . I - 8747

3. Sobre la tercera parte del motivo, basada en la apreciación errónea de las «repercusiones concretas de la infracción en el mercado» . . . . . I - 8749

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8749

b) Apreciación . . . . . I - 8749

i) El criterio del juez comunitario . . . . . I - 8751

ii) Mi punto de vista . . . . . I - 8755

4. Sobre la cuarta parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la «dimensión del mercado geográfico afectado» . . . . . I - 8758

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8758

b) Apreciación . . . . . I - 8758

5. Sobre la quinta parte del motivo, basada en la apreciación errónea por el Tribunal de Primera Instancia de la influencia del carácter selectivo de las actuaciones sancionadoras y en la vulneración del deber de motivación . . . . . I - 8759

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8759

b) Apreciación . . . . . I - 8760

6. Sobre la sexta parte, basada en la falta de apreciación global de la gravedad de la infracción . . . . . I - 8761

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8761

b) Apreciación . . . . . I - 8761

7. Sobre la séptima parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la distribución de las recurrentes en categorías . . . . . I - 8762

a) Las alegaciones formuladas por las recurrentes . . . . . I - 8763

i) Sobre la primera alegación, basada en la ilegalidad de la atribución a los establecimientos centrales de las cuotas de mercado de los bancos de los sectores descentralizados . . . . . I - 8763

— Sobre el principio de la atribución y los criterios de apreciación utilizados con ese fin . . . . . I - 8763

— Sobre la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, así como del principio de proporcionalidad de la sanción, del principio de responsabilidad personal por las infracciones en el Derecho de la competencia y del principio de igualdad . . . . . I - 8764

ii) Sobre la segunda alegación, basada en la vulneración del derecho de defensa . . . . . I - 8765

iii) Sobre la tercera alegación, basada en la apreciación errónea del papel y de las funciones de los establecimientos centrales dentro de los grupos bancarios . . . . . I - 8766

iv) Sobre la cuarta alegación, basada en la determinación incorrecta de las cuotas de mercado de Erste y del grupo de las cajas de ahorro . . . . . I - 8766

v) Sobre la quinta alegación, basada en la desnaturalización de los hechos y de los elementos de prueba . . . . . I - 8767

b) Apreciación . . . . . I - 8768

i) Sobre la primera alegación, basada en la ilegalidad de la atribución a los establecimientos centrales de las cuotas de mercado de los bancos de los sectores descentralizados . . . . . I - 8768

B. Sobre el segundo motivo, basado en errores de Derecho, en la falta de motivación y en la desnaturalización de los elementos de prueba en lo que se refiere a la existencia de circunstancias atenuantes . . . . . I - 8770

a) Sobre la primera parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre el comportamiento pasivo de ÖVAG . . . . . I - 8771

i) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8771

— Sobre la primera alegación, basada en el ejercicio incorrecto de la potestad jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia . . . . . I - 8771

— Sobre la segunda alegación, basada en la utilización de un criterio de apreciación erróneo . . . . . I - 8771

— Sobre la tercera alegación, basada en la desnaturalización de los elementos de prueba presentados al Tribunal de Primera Instancia . . . . . I - 8771

— Sobre la cuarta alegación, basada en una contradicción en los fundamentos I - 8772

ii) Apreciación . . . . . I - 8772

b) Sobre la segunda parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre la participación de las autoridades públicas en las mesas redondas bancarias . . . . . I - 8773

i) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8773

ii) Apreciación . . . . . I - 8774

c) Sobre la tercera parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre el carácter público de las reuniones . . . . . I - 8776

i) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8776

ii) Apreciación . . . . . I - 8776

C. Sobre el tercer motivo, basado en errores de Derecho, en la vulneración de los principios de igualdad de trato, de protección de la confianza legítima y del derecho de defensa así como en la motivación insuficiente y contradictoria en lo que se refiere a la aplicación de la sección D de la Comunicación sobre la cooperación . . . . . I - 8777

1. Sobre la primera parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre la facultad de apreciación de la Comisión y sobre el ejercicio de su control jurisdiccional . . . . . I - 8780

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8780

b) Apreciación . . . . . I - 8780

2. Sobre la segunda parte del motivo, basada en errores de Derecho en la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación . . . . . I - 8781

a) Sobre la primera alegación, basada en la utilización de un criterio de apreciación erróneo y en la infracción del principio de igualdad de trato . . . I - 8781

i) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8781

ii) Apreciación . . . . . I - 8782

b) Sobre la segunda alegación, basada en errores de Derecho en el examen de la amplitud de la cooperación de las empresas, en la vulneración de los principios de igualdad de trato, de protección de la confianza legítima y de respeto del derecho de defensa así como en la motivación insuficiente y contradictoria . . I - 8783

i) Sobre la primera alegación de RZB, basada en la apreciación errónea del carácter voluntario de las respuestas a las solicitudes de información y en la vulneración del derecho de defensa . . . . . I - 8784

— Alegaciones de las partes . . . . . I - 8784

— Apreciación . . . . . I - 8785

ii) Sobre la segunda alegación, basada en errores de Derecho en la apreciación de la exposición común de los hechos . . . . . I - 8788

— Alegaciones de las partes . . . . . I - 8788

— Apreciación . . . . . I - 8789

iii) Sobre la tercera alegación, basada en la apreciación errónea del reconocimiento por RZB del objeto anticompetitivo de la infracción y en la vulneración del principio de igualdad de trato . . . . . I - 8790

— Alegaciones de las partes . . . . . I - 8790

— Apreciación . . . . . I - 8790

iv) Sobre la cuarta alegación, basada en la inversión de la carga de la prueba sobre el valor de la cooperación de RZB y en la vulneración de principio de protección de la confianza legítima . . . . . I - 8791

— Alegaciones de las partes . . . . . I - 8791

— Apreciación . . . . . I - 8791

v) Sobre la quinta alegación, basada en errores de Derecho y en la motivación contradictoria del análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre el valor de los documentos complementarios aportados por BA-CA . . . . . I - 8792

— Alegaciones de las partes . . . . . I - 8792

— Apreciación . . . . . I - 8793

vi) Sobre la sexta alegación, basada en la falta de consideración de las respuestas de BA-CA al pliego de cargos . . . . . I - 8794

— Alegaciones de las partes . . . . . I - 8794

— Apreciación . . . . . I - 8794

3. Sobre la tercera parte, basada en la vulneración del derecho de defensa en cuanto comprende el derecho a ser oído . . . . . I - 8795

a) Alegaciones de las partes . . . . . I - 8795

b) Apreciación . . . . . I - 8795

D. Sobre el cuarto motivo, basado en la vulneración del derecho de defensa en cuanto comprende el derecho a ser oído, y del deber de motivación del Tribunal de Primera Instancia acerca de sus conclusiones sobre las pretensiones de reducción de las multas I - 8796

1. Alegaciones de las partes . . . . . I - 8796

2. Apreciación . . . . . I - 8796

X. Sobre las consecuencias de la anulación de la sentencia recurrida . . . . . I - 8798

A. Sobre el primer motivo, basado en la apreciación errónea de la gravedad de la infracción y del importe de base de la multa habida cuenta de la falta de demostración de repercusiones concretas de la práctica colusoria en el mercado . . . . . I - 8798

1. Alegaciones de las partes . . . . . I - 8798

2. Apreciación . . . . . I - 8799

B. Sobre el segundo motivo, basado en la apreciación errónea sobre la clasificación en categorías de Erste, de RZB y de ÖVAG a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción así como del cálculo del importe de base de la multa . . . . . I - 8804

1. Sobre la Decisión controvertida . . . . . I - 8804

2. Resumen de las alegaciones de las partes . . . . . I - 8805

3. Apreciación . . . . . I - 8806

XI. Costas . . . . . I - 8816

XII. Conclusión . . . . . I - 8817

1. El presente asunto tiene por objeto los recursos de casación interpuestos por cuatro bancos austriacos, a saber Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, [2] (C-125/07 P), Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, [3] (C-133/07 P), Bank Austria Creditanstalt AG, [4] (C-135/07 P) y Österreichische Volksbanken AG, [5] (C-137/07 P) contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión. [6]

2. En la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia confirmó en lo sustancial la Decisión 2004/138/CE de la Comisión, [7] que declaró la participación de esas empresas en un conjunto de acuerdos y de prácticas concertadas en el mercado de los productos y de los servicios bancarios en Austria, contrarios al artículo 81 CE. No obstante el Tribunal de Primera Instancia modificó la sanción impuesta a Österreischiche Postsparkasse AG (en lo sucesivo, «PSK»), en ejercicio de su control de las apreciaciones efectuadas por la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la duración de la infracción y la cooperación de los bancos con la Comisión.

3. En los presentes recursos de casación las recurrentes impugnan el análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y en particular el relativo a la afectación del comercio entre Estados miembros. Además, esas partes alegan que el Tribunal de Primera Instancia vulneró el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 del Consejo, [8] en especial al apreciar de forma errónea la gravedad de la infracción a los efectos del cálculo de la multa. Por último, las recurrentes formulan diversas alegaciones contra la apreciación del Tribunal de Primera Instancia en lo que atañe a la existencia de circunstancias atenuantes y a la amplitud de su cooperación en el procedimiento.

4. En las presentes conclusiones propondré al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida ya que el Tribunal de Primera Instancia cometió dos errores de Derecho en su apreciación de la gravedad de la infracción a los efectos del cálculo del importe de base de la multa.

5. Considero en efecto que el Tribunal de Primera Instancia cometió un primer error de Derecho al estimar que la Comisión podía basarse en la ejecución de la práctica colusoria para concluir que existía una repercusión concreta de la infracción en el mercado. Opino además que cometió un segundo error de Derecho y vició la sentencia recurrida con una contradicción en los fundamentos al

2 — En lo sucesivo, «Erste».

3 — En lo sucesivo, «RZB».

4 — En lo sucesivo, «BA-CA». BA-CA es una entidad nacida de la fusión en septiembre de 1998 de Bank Austria AG (BA) con Creditanstalt AG (CA). La denominación social fue modificada el 13 de agosto de 2002.

5 — En lo sucesivo, «ÖVAG».

6 — T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. p. II-5169 (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»).

7 — Decisión de 11 de junio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (en el asunto COMP/36.571/D-1 — Bancos austriacos — «Club Lombard») (DO 2004, L 56, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

8 — Reglamento de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), según su modificación por el Reglamento (CE) nº 1216/1999 del Consejo, de 10 de junio de 1999 (DO L 148, p. 5) (en lo sucesivo, «Reglamento nº 17»). Hay que señalar que este Reglamento ha sido sustituido por el 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 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1).

estimar que, a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción y del cálculo del importe de base de la multa, la Comisión podía atribuir a Erste, a RZB y a ÖVAG, por su condición de establecimientos centrales, las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados, a pesar de que no les había imputado el comportamiento infractor de estos últimos.

6. Dado que el estado del litigio así lo permite a mi juicio, propondré al Tribunal de Justicia resolver definitivamente, conforme al artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, sobre esos dos motivos de anulación, que fueron alegados ante el Tribunal de Primera Instancia. Al término de mi examen propondré al Tribunal de Justicia que anule el artículo 3 de la Decisión controvertida, y que fije en ejercicio de su competencia de plena jurisdicción el importe de las multas que deben imponerse a cada una de las empresas afectadas.

I. El marco jurídico

7. El artículo 81 CE prohíbe «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».

8. En caso de infracción de dicha disposición, conforme al artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, la Comisión puede «imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas que vayan de un mínimo de [1.000 euros] a un máximo de [un millón de euros], pudiéndose elevar este límite máximo hasta el diez por ciento del volumen de negocios alcanzado durante el ejercicio económico precedente por cada empresa que hubiere tomado parte en la infracción».

9. Con vistas a garantizar la transparencia y el carácter objetivo de sus decisiones tanto ante las empresas como ante el juez comunitario, la Comisión publicó en 1998 las Directrices en las que enuncia el método de cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17. [9]

10. Las Directrices disponen en su punto 1 que, para el cálculo del importe de las multas, el importe de base se determinará en función de los criterios que figuran en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17, a saber la gravedad y la duración de la infracción.

11. En primer lugar, la evaluación de la gravedad de la infracción deberá tomar en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre

9 — Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices»).

y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado (punto 1, sección A, párrafo primero, de las Directrices). En ese marco las infracciones se clasificarán en tres categorías, a saber, las «infracciones leves», para las que el importe de las multas previstas va de 1.000 a 1 millón de euros, las «infracciones graves», para las que ese importe puede variar entre 1 y 20 millones de euros, y las «infracciones muy graves», para las que dicho importe es superior a 20 millones de euros (punto 1, sección A, párrafo segundo, primer a tercer guión, de las Directrices).

12. En segundo lugar, la gravedad de la infracción se examinará en relación con las características de cada empresa afectada. Dentro de cada una de esas categorías, la escala de las sanciones permitirá diferenciar el trato aplicado a las empresas en función de la naturaleza de las infracciones cometidas. En ese momento la Comisión tomará en consideración la capacidad económica efectiva de las empresas afectadas para infligir un daño y fijará un importe que dote a la multa de carácter disuasorio (punto 1, sección A, párrafo cuarto, de las Directrices). En esa fase es cuando la Comisión puede clasificar a las empresas en diferentes categorías y ponderar el importe de base de la multa para cada empresa.

13. En tercer lugar la Comisión tendrá en cuenta la duración de la infracción.

14. En virtud de los puntos 2 y 3 de las Directrices la Comisión podrá a continuación considerar determinadas circunstancias agravantes o atenuantes para aumentar o disminuir el importe de base.

15. Además, conforme al punto 4 de las citadas Directrices la Comisión podrá aplicar su Comunicación de 18 de julio de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas. [10] Esta Comunicación define las condiciones en las que las empresas que cooperen con la Comisión en el marco de su investigación sobre una práctica colusoria podrán quedar exentas del pago de la multa o beneficiarse de una reducción de la multa que, en principio, habrían tenido que pagar.

16. La sección D de la Comunicación sobre la cooperación está así redactada:

«D. Reducción significativa del importe de la multa

1. Cuando una empresa coopere sin que se reúnan todas las condiciones establecidas en

10 — DO C 207, p. 4; en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación».

las secciones B o C, gozará de una reducción del 10 al 50 % del importe de la multa que se le habría impuesto a falta de cooperación.

2. Así sucederá cuando:

— antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción,

— tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones.»

17. Como observación general, el punto 5, letra a), párrafo primero, de las Directrices precisa que el importe final de la multa en ningún caso podrá rebasar el 10 % del volumen de negocios mundial de las empresas, de conformidad con el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17.

II. El marco fáctico

18. Los hechos, según los enuncia la sentencia recurrida, pueden resumirse como sigue.

19. El 30 de junio de 1997 el partido político Freiheitliche Partei Österreichs denunció a ocho entidades de crédito austriacas sospechosas de haber participado en acuerdos y/o en prácticas concertadas contrarios al artículo 81 CE. En junio de 1998 la Comisión procedió a inspecciones por sorpresa en los locales de esas empresas, y en septiembre de 1998 les envió una solicitud de información. Los principales bancos afectados ofrecieron a la Comisión su «cooperación» para examinar el asunto.

20. El 13 de septiembre de 1999 la Comisión envió a ocho bancos el pliego de cargos elaborado el 11 de septiembre de 1999. Éstos tuvieron acceso al expediente y presentaron observaciones escritas. También fueron oídos en una audiencia. La Comisión remitió seguidamente un pliego de cargos complementario el 22 de noviembre de 2000, sobre el que las empresas afectadas tuvieron la oportunidad de presentar a la Comisión sus observaciones escritas y orales. La Comisión reprochaba fundamentalmente a esas empresas haber creado lo que ella denomina la «red Lombard», es decir, un conjunto de reuniones periódicas en el marco de las cuales

concertaban a intervalos regulares su comportamiento en relación con los principales parámetros que afectan a la competencia en el mercado de los productos y de los servicios bancarios en Austria.

21. El 11 de junio de 2002 la Comisión adoptó la Decisión controvertida.

22. La Comisión calificó los hechos comprobados como infracción compleja de larga duración. Las empresas destinatarias de la Decisión controvertida fueron elegidas en razón de la frecuencia de su participación en las principales mesas redondas y de su papel en el mercado bancario austriaco debido a su tamaño.

23. La Decisión controvertida expone que en Austria los acuerdos entre bancos, en particular, sobre los tipos de interés y las comisiones, formaban parte de una antigua tradición, parcialmente fundada en la legislación nacional. Ésta fue derogada, como muy tarde, el 1 de enero de 1994, cuando la República de Austria se adhirió al Espacio Económico Europeo (EEE) y entró en vigor la Ley sobre el sistema bancario (Bundesgesetz über das Bankwesen). [11] No obstante la Comisión observó que las entidades de crédito continuaron celebrando acuerdos en el marco de una red institucionalizada y estrechamente vinculada de mesas redondas bancarias.

24. La Decisión controvertida relata cómo este conjunto, tan diferente en la forma cuanto extenso en el fondo, permitió a las entidades miembros concertar periódicamente su comportamiento en el mercado, en especial en lo que concierne a los tipos de interés y a las comisiones bancarias.

25. El «club Lombard» constituía la instancia suprema, integrada por representantes de la dirección de los principales bancos austriacos. A nivel inferior se celebraban las mesas redondas técnicas, vinculadas a productos específicos (créditos, ahorro) o mesas redondas especializadas, consagradas en particular a las operaciones efectuadas con las empresas (por ejemplo, el sector «profesiones liberales»), con los particulares (por ejemplo, «crédito hipotecario») o para analizar temas relacionados con la competencia (por ejemplo, el club «Exportación»). También se reunían mesas redondas regionales en todos los Länder austriacos. La Comisión subraya el papel particular que desempeñaban los establecimientos centrales, llamados en lenguaje corriente «sociedades de cabecera», en cuanto a la coordinación y representación de sus sectores descentralizados, a saber, en lo que concierne a Erste, el sector de las cajas de ahorro, en lo que afecta a RZB, el sector RZB y, en lo que atañe a ÖVAG, el sector de los bancos populares. [12]

11 — BGBl. 3903/1993.

12 — Como señaló el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 6 de la sentencia recurrida, en Austria se efectúa una distinción entre los bancos que tienen una estructura en un nivel único y los grupos bancarios que presentan una estructura en varios niveles, también llamados «descentralizados».

26. En el artículo 1 de la Decisión controvertida la Comisión declara que los ocho bancos a los que se dirigía esa Decisión cometieron una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, al participar en acuerdos y prácticas concertadas sobre los precios, las comisiones bancarias y otros parámetros de la competencia con objeto, del 1 de enero de 1995 al 24 de julio de 1998, de limitar la competencia en el mercado de los productos y servicios bancarios en Austria.

27. El artículo 2 de dicha Decisión obliga a las empresas mencionadas a poner fin sin demora a la infracción.

28. En virtud del artículo 3 de la Decisión controvertida la Comisión impone una multa a cada una de esas empresas, en particular una multa de 37,69 millones de euros à Erste, de 30,38 millones de euros a RZB, de 30,38 millones de euros a Bank Austria AG y de 7,59 millones de euros a ÖVAG.

29. Esas multas se calcularon con arreglo a la metodología expuesta en las Directrices así como con la Comunicación sobre la cooperación.

30. En lo que se refiere a la gravedad de la infracción la Comisión califica las reuniones de bancos como infracción muy grave del artículo 81 CE, sin que el tamaño relativamente pequeño del mercado geográfico afectado modifique esta valoración. A continuación, la Comisión distribuye a los participantes en los acuerdos, en función de sus respectivas cuotas de mercado, en cinco categorías. De este modo, imputa a las sociedades de cabecera las cuotas de mercado de sus sectores descentralizados.

31. Respecto a la duración de la infracción la Comisión tiene en cuenta el período que va del 1 de enero de 1995 hasta el final del mes de junio de 1998. A la vista de esta duración, la Comisión incrementó el importe de base de la multa en un 35 %.

32. La Comisión no reconoce ninguna circunstancia atenuante para los bancos. En cambio, la Comisión concede una reducción de la multa del 10 %, en virtud de la «no contestación» de los elementos de hecho por los destinatarios de la Decisión controvertida, en aplicación de la Comunicación sobre la cooperación.

III. El recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y la sentencia recurrida

33. RZB, mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 30 de agosto de 2002, y después Erste, BACA y ÖVAG, mediante demandas presentadas el 2 de septiembre de 2002, así como

otros bancos destinatarios de la Decisión controvertida, interpusieron recursos de anulación contra la citada Decisión.

34. Mediante la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia desestimó los recursos de las demandantes y les condenó en costas.

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia y las pretensiones de las partes

35. Al amparo del artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia, Erste, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 6 de marzo de 2007, y RZB, BA-CA y ÖVAG, mediante escritos presentados el 6 de marzo de 2007, interpusieron recursos de casación contra la sentencia recurrida.

36. Erste, RZB, BA-CA y ÖVAG solicitan al Tribunal de Justicia que:

— Con carácter principal, anule la sentencia recurrida, en cuanto desestima el recurso de anulación interpuesto por las recurrentes, y anule la Decisión controvertida.

— Con carácter subsidiario, reduzca el importe de la multa que les fue impuesta por el artículo 3 de la citada Decisión.

— En cualquier caso, condene en costas a la Comisión, y

— Con carácter subsidiario de segundo grado, Erste y ÖVAG también solicitan al Tribunal de Justicia que anule la sentencia recurrida y devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

37. La Comisión, en todos los asuntos, solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime en su totalidad los recursos de casación de las recurrentes.

— Confirme la sentencia recurrida, y

— Condene en costas a las recurrentes.

V. Los motivos de los recursos de casación

A. *Los motivos invocados por Erste (C-125/07 P)*

38. Erste invoca tres motivos mediante los cuales pretende la anulación de la Decisión controvertida en su totalidad, o bien la reducción de la multa que le ha sido impuesta.

39. En el marco del primer motivo Erste alega la infracción del artículo 81 CE, apartado 1. Este motivo se divide en dos partes:

— la primera parte del motivo se basa en la apreciación errónea del requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros, y

— la segunda parte del motivo se basa en un error de Derecho acerca de la imputabilidad de la infracción.

40. En el marco del segundo motivo Erste alega la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 a causa de la apreciación errónea de la gravedad de la infracción y del importe de base de la multa. En apoyo de este motivo Erste rebate la distribución en categorías realizada por la Comisión para el cálculo de la multa. En este aspecto el motivo se compone de dos partes:

— la primera parte se basa en errores de Derecho cometidos a causa de la atribución a Erste de las cuotas de mercado del sector descentralizado de las cajas de ahorro, y

— la segunda parte se basa en la determinación incorrecta de las cuotas de mercado de Erste y del sector descentralizado de las cajas de ahorro.

41. Por último, dentro del tercer motivo, Erste alega la vulneración del derecho de defensa, dado que el pliego de cargos no mencionó la intención de la Comisión de atribuirle las cuotas de mercado del sector descentralizado de las cajas de ahorro.

B. *Los motivos invocados por RZB (C-133/07 P)*

42. RZB también invoca tres motivos, que en sustancia pretenden la anulación de la Decisión controvertida en su totalidad o bien la reducción del importe de la multa que se le ha impuesto.

43. En el marco del primer motivo RZB refuta la existencia de infracción del artículo 81 CE, apartado 1, alegando la apreciación errónea del requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros.

44. En apoyo del segundo motivo RZB alega la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, puesto que el análisis de la gravedad de la infracción es incorrecto y está viciado por errores de Derecho. Este motivo se divide en seis partes:

— en el marco de las tres primeras partes RZB alega que el Tribunal de Primera Instancia no apreció correctamente la naturaleza de la infracción, su repercusión concreta en el mercado ni su dimensión geográfica, respectivamente;

— en apoyo de la cuarta parte mantiene que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al no tener en cuenta el carácter selectivo de las actuaciones sancionadoras;

— en el marco de la quinta parte RZB imputa al Tribunal de Primera Instancia no haber realizado un análisis global de la gravedad de la infracción, y

— en apoyo de la sexta parte RZB se opone a la distribución en categorías que la Comisión efectuó para el cálculo de la multa. Rebate que se le imputaran las cuotas de mercado de su sector descentralizado y formula al respecto cinco alegaciones. En primer lugar, tal imputación carece de fundamento jurídico. En segundo lugar, infringe el principio de una sanción adaptada a la gravedad de los hechos, así como, en tercer lugar, el principio del carácter personal de la responsabilidad por las infracciones del Derecho sobre la competencia, y, en cuarto lugar, el principio de igualdad. Por último, la motivación de la sentencia recurrida en ese aspecto es contradictoria.

45. En apoyo de su tercer motivo RZB alega errores de Derecho en la aplicación de la

sección D de la Comunicación sobre la cooperación. Este motivo se divide en dos partes:

— la primera parte se basa en la utilización de un criterio de apreciación erróneo. En este aspecto RZB formula dos alegaciones, fundada la primera en la vulneración del principio de irretroactividad, y la segunda en la infracción del principio de protección de la confianza legítima;

— la segunda parte se basa en la apreciación errónea de la amplitud de la cooperación de RZB en el procedimiento y se divide en cuatro alegaciones:

— las tres primeras alegaciones se basan en la apreciación errónea del carácter voluntario de las respuestas a las solicitudes de información, en primer lugar, en un error de Derecho en la apreciación de la exposición común de los hechos, en segundo lugar, y en la apreciación incorrecta del reconocimiento por RZB de la finalidad anticompetitiva de la infracción, en tercer lugar, y

— en apoyo de la cuarta alegación, RZB imputa al Tribunal de Primera Instancia haber invertido la carga de la prueba acerca del valor de su cooperación, y haber infringido al hacerlo el principio de protección de la confianza legítima.

C. Los motivos invocados por BA-CA (C-135/07 P)

46. BA-CA invoca cuatro motivos, todos dirigidos a la reducción del importe de la multa que le ha sido impuesta por el artículo 3 de la Decisión controvertida.

47. En el marco del primer motivo BA-CA alega la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, puesto que la apreciación de la gravedad de la infracción, y en especial de la repercusión concreta de ésta en el mercado, es errónea. Este motivo se compone de dos partes:

— la primera se basa en la apreciación errónea de la existencia de efectos económicos causados por las mesas redondas bancarias, y

— la segunda se basa en la infracción de los principios de valoración de la prueba.

48. En apoyo de su segundo motivo BA-CA alega la apreciación errónea de las circunstancias atenuantes. Se divide en dos partes:

— en la primera parte BA-CA reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber tenido en cuenta la participación de determinadas autoridades públicas en las reuniones, y

— en apoyo de la segunda parte la recurrente alega que el Tribunal de Primera Instancia cometió varios errores de Derecho al no tomar en consideración el carácter público de las mesas redondas.

49. En el marco del tercer motivo BA-CA alega diferentes errores de Derecho así como la vulneración de principios fundamentales en la aplicación de la sección D de la Comunicación sobre la cooperación. Este motivo se divide en tres partes:

— en apoyo de la primera parte BA-CA refuta el análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre la facultad de apreciación de la Comisión y sobre el ejercicio de su propio control jurisdiccional;

— la segunda parte se basa en la utilización de un criterio de apreciación erróneo y en la infracción de los principios de igualdad de trato y de protección de la confianza legítima;

— la tercera parte se basa en la apreciación errónea de la amplitud de la cooperación de BA-CA. Se divide en cuatro alegaciones:

— las dos primeras alegaciones se basan en la apreciación errónea del valor de la exposición común de los hechos, en primer lugar, y del valor de los documentos complementarios presentados por la recurrente, en segundo lugar;

— en su tercera alegación BA-CA imputa al Tribunal de Primera Instancia no haber tenido en cuenta sus respuestas al pliego de cargos, y

— la cuarta alegación se basa en la vulneración del derecho a ser oído.

50. En apoyo de su cuarto motivo BA-CA mantiene que el Tribunal de Primera Instancia, en sus conclusiones sobre las pretensiones de reducción de las multas, vulneró su derecho de defensa en cuanto incluye el derecho a ser oído.

D. *Los motivos invocados por ÖVAG (C-137/07 P)*

51. Al igual que Erste y RZB, ÖVAG también invoca tres motivos que en sustancia pretenden la anulación de la Decisión controvertida en su totalidad o bien la reducción del importe de la multa que le impuso la Comisión.

52. En el marco del primer motivo ÖVAG refuta la existencia de infracción del artículo 81 CE, apartado 1, alegando la apreciación errónea del requisito de la afectación del comercio entre Estados miembros. Este motivo se divide en tres partes:

— la primera parte se refiere a errores de Derecho y de motivación sobre la aptitud de una práctica colusoria exclusivamente nacional para afectar al comercio intracomunitario;

— la segunda parte alega errores de Derecho cometidos por el Tribunal de Primera Instancia al apreciar de forma global los efectos transfronterizos de la práctica colusoria. En este aspecto la recurrente formula dos alegaciones, basadas en primer lugar en la apreciación incorrecta de la jurisprudencia comunitaria, y en segundo lugar en el carácter erróneo, insuficiente y contradictorio del análisis sobre la definición del mercado pertinente, y

— la tercera parte se refiere a la falta de demostración en la sentencia recurrida de los efectos concretos de la práctica colusoria en el mercado.

53. En el marco del segundo motivo la recurrente alega la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, por ser

errónea la apreciación de la gravedad de la infracción, y en especial la distribución en categorías que efectuó la Comisión para el cálculo de la multa.

54. En el marco del tercer motivo ÖVAG alega errores de Derecho, falta de motivación y desnaturalización de los hechos en lo que atañe a la apreciación de las circunstancias atenuantes.

57. En segundo lugar examinaré los motivos que pretenden la reducción del importe de la multa fijado por la Comisión en el artículo 3 de dicha Decisión. En este aspecto analizaré los motivos basados en la apreciación errónea de la gravedad de la infracción y la distribución en categorías de las recurrentes. A continuación examinaré los motivos relativos a la apreciación de las circunstancias atenuantes y de la cooperación de las empresas en el procedimiento. Finalmente consideraré el último motivo invocado por BA-CA, basado en la vulneración del derecho de defensa y del deber de motivación.

VI. La acumulación de los recursos de casación y su examen en el marco de las presentes conclusiones

55. Debido a su conexión los presentes asuntos fueron acumulados a efectos de la sentencia, conforme al artículo 43 del Reglamento de Procedimiento. En la medida en que coinciden algunos de los motivos invocados por las recurrentes, he optado por examinarlos conjuntamente, por razones de claridad.

58. Antes de comenzar mi análisis quiero formular con carácter previo varias observaciones a fin de aclarar el marco jurídico en el que el Tribunal de Justicia examinará los presentes recursos de casación.

VII. Observaciones previas

56. Al objeto de mi análisis examinaré en primer lugar los motivos que impugnan la legalidad de la Decisión controvertida en su totalidad. En este aspecto analizaré los motivos que refutan la existencia de la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, declarada en el artículo 1 de la citada Decisión.

59. Estas observaciones se refieren al control jurisdiccional ejercido por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación, por una parte, y por otra al contexto jurídico y fáctico de la investigación y la sanción de los comportamientos anticompetitivos.

A. *Sobre la amplitud del control ejercido por el Tribunal de Justicia en el marco de los presentes recursos de casación*

60. En el marco de un recurso de casación, la función del Tribunal de Justicia se limita a examinar si el Tribunal de Primera Instancia ha cometido un error de Derecho al ejercer su control jurisdiccional.

61. A tenor de los artículos 225 CE, apartado 1, y 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia, el recurso de casación se limitará a las cuestiones de derecho y deberá fundarse en motivos derivados de la incompetencia del Tribunal de Primera Instancia, de irregularidades del procedimiento ante éste así como de la violación del Derecho comunitario por parte del mismo. Además, con arreglo al artículo 112, apartado 1, párrafo primero, letra c), del Reglamento de Procedimiento, el recurso de casación deberá especificar los motivos y fundamentos jurídicos invocados.

62. Basándose en esas disposiciones el Tribunal de Justicia ha precisado los requisitos de admisibilidad de los recursos de casación interpuestos contra sentencias del Tribunal de Primera Instancia.

63. En primer lugar, el Tribunal de Justicia afirma que un recurso de casación debe indicar de manera precisa los elementos impugnados de la sentencia cuya anulación se solicita, así como los fundamentos jurídicos que apoyan de manera específica esta pretensión. [13]

64. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera que un recurrente no puede invocar por primera vez ante el propio Tribunal un motivo y unas alegaciones que no ha invocado ante el Tribunal de Primera Instancia. En efecto, ello equivaldría a permitirle plantear al Tribunal de Justicia, cuya competencia en materia de recurso de casación es limitada, un litigio más extenso que aquel del que conoció el Tribunal de Primera Instancia. [14]

65. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia considera que un recurso de casación no es admisible si el recurrente, sin explicar ni identificar el error de Derecho en el que haya incurrido la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, se limita a repetir o a reproducir textualmente los motivos y las alegaciones ya formulados ante éste. En efecto, en ese caso el Tribunal de Justicia estima que tal recurso de casación constituye, en realidad, una demanda que permite al recurrente obtener un mero reexamen de la demanda presentada ante el Tribunal de Primera Instancia, lo cual excede de la competencia del Tribunal de Justicia. [15] En cambio, cuando un recurrente impugna la interpretación o la aplicación del Derecho comunitario efectuada por el Tribunal de Primera Instancia, las cuestiones

13 — Sentencia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartado 19 y jurisprudencia citada.

14 — Sentencia de 21 de septiembre de 2006, JCB Service/Comisión (C-167/04 P, Rec. p. I-8935), apartado 114 y jurisprudencia citada.

15 — Véase en particular la 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 51 y jurisprudencia citada.

de Derecho examinadas en primera instancia pueden volver a discutirse en el marco de un recurso de casación. En efecto, según el Tribunal de Justicia, si un recurrente no pudiera basar su recurso de casación en motivos y alegaciones ya invocados ante el Tribunal de Primera Instancia, se privaría al recurso de casación de una parte de su sentido. [16]

66. También resulta de las disposiciones antes mencionadas que el recurso de casación sólo puede apoyarse en motivos referidos a la infracción de reglas jurídicas. Los motivos relativos a la apreciación de los hechos se consideran en principio inadmisibles, salvo en dos supuestos expresamente previstos por la jurisprudencia.

67. En principio corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia comprobar y apreciar los hechos. También es dicho Tribunal el único que puede apreciar la importancia que debe atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados, siempre que las pruebas que haya admitido en apoyo de esos hechos se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba. [17]

68. En ese caso, el Tribunal de Justicia únicamente puede ejercer, con arreglo al artículo 225 CE, un control sobre la calificación jurídica de esos hechos y las consecuencias en Derecho que de ellos haya deducido el Tribunal de Primera Instancia. [18]

69. Así pues, en el marco en particular de la aplicación de los artículos 81 CE y 15 del Reglamento nº 17, el control del Tribunal de Justicia tiene un doble objeto. Por una parte, el Tribunal de Justicia debe examinar en qué medida el Tribunal de Primera Instancia ha tomado en consideración, de manera jurídicamente correcta, todos los factores esenciales para apreciar la gravedad del comportamiento de la empresa a la luz de los artículos 81 del Tratado y 15 del Reglamento nº 17. Por otra parte, debe examinar si el Tribunal de Primera Instancia ha respondido de modo suficiente con arreglo a Derecho a todas las alegaciones formuladas por la recurrente sobre la supresión o la reducción de la multa. [19] En cambio, no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir, por razones de equidad, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por la suya propia, cuando éste resuelve, en el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción, sobre el importe de las multas impuestas a las empresas. [20]

70. Como he señalado, son dos los supuestos en los que pueden formularse ante el Tribunal de Justicia alegaciones referidas a la comprobación y la apreciación de los hechos. [21]

16 — Sentencia de 18 de enero de 2007, PKK y KNK/Consejo (C-229/05 P, Rec. p. I-439), apartado 32 y jurisprudencia citada.

17 — Sentencias JCB Service/Comisión, antes citada (apartado 107 y jurisprudencia citada), y de 10 de mayo de 2007, SGL Carbon/Comisión (C-328/05 P, Rec. p. I-3921), apartado 41 y jurisprudencia citada.

18 — Véanse en especial las sentencias antes citadas JCB Service/Comisión (apartado 106 y jurisprudencia citada), y de 10 de mayo de 2007, SGL Carbon/Comisión (apartado 41 y jurisprudencia citada).

19 — Véanse las sentencias de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), apartado 128; de 29 de abril de 2004, British Sugar/Comisión (C-359/01 P, Rec. p. I-4933), apartado 47; de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 244, y de 8 de febrero de 2007, Groupe Danone/Comisión (C-3/06 P, Rec. p. I-1331), apartado 69.

20 — Véanse en particular las sentencias antes citadas Baustahlgewebe/Comisión (apartado 129); British Sugar/Comisión (apartado 48), y Dansk Rørindustri y otros/Comisión (apartado 245).

21 — Véase la sentencia PKK y KNK/Consejo, antes citada (apartado 35).

71. El primer supuesto se da cuando el recurrente mantiene que el Tribunal de Primera Instancia ha efectuado apreciaciones de hecho cuya inexactitud se deduce de los documentos obrantes en autos.

72. El segundo concurre cuando el recurrente alega que el Tribunal de Primera Instancia ha desnaturalizado los elementos de prueba que le fueron presentados. En este supuesto el Tribunal de Justicia, que no es en principio competente para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia ha acogido en apoyo de los hechos, puede proceder a su control jurisdiccional. En ese caso el recurrente ha de indicar con precisión los elementos que haya desnaturalizado el Tribunal de Primera Instancia y demostrar los errores de análisis que según su apreciación hayan llevado al Tribunal de Primera Instancia a dicha desnaturalización. Según reiterada jurisprudencia una desnaturalización de esta índole debe deducirse manifiestamente de los documentos que obran en autos, sin que sea necesario efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas, ni recurrir a nuevos elementos de prueba. [22]

73. Basándome en esas consideraciones examinaré la admisibilidad de los motivos y alegaciones invocados por las recurrentes en los presentes recursos de casación.

22 — Véanse en particular las sentencias antes citadas JCB Service/Comisión (apartado 108 y jurisprudencia citada) y PKK y KNK/Consejo (apartado 37 y jurisprudencia citada).

B. *El contexto jurídico y fáctico del control de las prácticas y los acuerdos anticompetitivos* [23]

74. La participación de una empresa en prácticas y acuerdos anticompetitivos constituye una infracción económica que pretende maximizar sus beneficios, en general por medio de una limitación voluntaria de la oferta, de un reparto artificial del mercado y de un alza artificial de los precios. El efecto de esas prácticas o esos acuerdos es restringir la libre competencia e impedir la realización del mercado común, en particular al obstaculizar el comercio intracomunitario. Cuando ese tipo de de práctica colusoria horizontal afecta a los tipos de interés, es decir, en definitiva, a los precios pagados por los consumidores finales, constituye una de las prácticas anticompetitivas más graves. [24] Los acuerdos relativos a los tipos de interés deudores y acreedores, como los controvertidos en los presentes asuntos, son uno de los medios a disposición de las entidades de crédito para competir entre sí, ofreciendo tipos más altos para remunerar algunas cuentas de ahorro o tipos más bajos como contrapartida de los créditos concedidos. Ahora bien, la existencia de prácticas colusorias entre las entidades de crédito para fijar esos tipos elimina el juego de

23 — Remito al respecto a las consideraciones que figuran en los apartados 53 y siguientes de la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada.

24 — Véase al respecto la resolución nº 2000-D-28 del Conseil de la concurrence, de 19 de septiembre de 2000, relativa a la situación de la competencia en el sector del crédito inmobiliario (BOCCRF nº 13, de 5 de diciembre de 2000) y la sentencia de la cour d'appel de Paris de 27 de noviembre de 2001, relativa al recurso interpuesto por SA Caisse nationale du crédit agricole, SA Société générale, SA BNP Paribas, SA Crédit lyonnais, Confédération nationale du crédit mutuel, Fédération du crédit mutuel océan, caisse régionale du Crédit agricole de la Loire-Atlantique, SA Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) y Caisse d'épargne des Alpes contra la resolución nº 2000-D-28 del Conseil de la concurrence, de 19 de septiembre de 2000, relativa a la situación de la competencia en el sector del crédito inmobiliario (BOCCRF, nº 2, de 31 de enero de 2002).

la competencia, lo que repercute directamente en los consumidores, ya que priva a éstos de su margen de maniobra, y no pueden ya disfrutar de esas ventajas.

75. Las facultades conferidas a la Comisión por el Reglamento nº 17 tienen como objeto permitirle el cumplimiento de su función, que le atribuye el artículo 81 CE, de velar por el respeto de las reglas sobre la competencia en el mercado común. En efecto, como resulta del punto precedente, es conforme al interés general evitar las prácticas y los acuerdos anticompetitivos, descubrirlos y sancionarlos.

76. En la medida en que las multas en que las empresas pueden incurrir son notorias, es usual que las actividades que los acuerdos anticompetitivos llevan consigo se realicen de forma clandestina, que las reuniones se mantengan en secreto, la mayoría de veces en un tercer Estado, y que la documentación inherente se reduzca al mínimo.

77. Incluso si la Comisión descubre documentos que demuestren de forma expresa una toma de contacto ilícita entre operadores, como las actas de una reunión, ésos sólo serán usualmente fragmentarios y dispersos, de modo que resulta necesario con frecuencia reconstituir ciertos detalles mediante deducciones.

78. En la mayor parte de los casos la existencia de una práctica o de un acuerdo anticompetitivos debe deducirse de varias coincidencias e indicios que considerados en conjunto pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las reglas sobre la competencia.

79. Además, como sucede en los presentes asuntos, la Comisión puede enfrentarse a dificultades inherentes a las estructuras complejas de determinados operadores, a reestructuraciones y a modificaciones de la personalidad jurídica de las empresas.

80. En este contexto procede recordar que el artículo 81 CE se refiere a las actividades de las empresas. Para la aplicación de esa disposición, el cambio de la forma jurídica y de la denominación de una empresa no tiene necesariamente como efecto crear una nueva empresa desligada de la responsabilidad por los comportamientos anticompetitivos de la precedente, cuando desde el punto de vista económico existe identidad entre ambas empresas. [25]

81. El pliego de cargos debe no obstante precisar sin equívocos la persona jurídica a la

25 — Véase en ese sentido la sentencia de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión (29/83 y 30/83, Rec. p. 1679), apartado 9.

que se podrá imponer una multa, y estar dirigido a esta última. [26]

82. Para preservar la eficacia de la potestad de investigación que le confiere el artículo 11, apartados 1 y 5, del Reglamento nº 17, la Comisión está facultada para obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a proporcionar toda la información necesaria sobre hechos de los que haya podido tener conocimiento y a comunicarle de ser preciso los documentos correspondientes en poder de dicha empresa, incluso si éstos pueden servir para acreditar contra ella o contra otra empresa la existencia de un comportamiento anticompetitivo.

83. El Reglamento nº 17 impone a la empresa objeto de una medida de investigación una obligación de colaboración activa, que implica que la empresa ponga a disposición de la Comisión todos los elementos de información relativos al objeto de la investigación. [27]

84. En el cumplimiento de sus funciones la Comisión debe no obstante procurar que el derecho de defensa no quede irremediablemente dañado en los procedimientos de investigación previa, que 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. [28]

85. 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, que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. [29]

86. Así pues, la Comisión no puede, en una solicitud de información, imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión. [30]

87. El respeto del derecho de defensa exige también que la empresa interesada haya tenido la oportunidad en el curso del procedi-

26 — Sentencia de 2 de octubre de 2003, ARBED/Comisión (C-176/99 P, Rec. p. I-10687), apartado 21.

27 — Véase la sentencia de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión (374/87, Rec. p. 3283), apartado 27.

28 — Sentencia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión (46/87 y 227/88, Rec. p. 2859), apartado 15.

29 — Véanse en ese sentido las sentencias de 28 de marzo de 2000, Krombach (C-7/98, Rec. p. I-1935), apartados 25 y 26, y de 6 de marzo de 2001, Connolly/Comisión (C-274/99 P, Rec. p. I-1611), apartados 37 y 38.

30 — Véase la sentencia Orkem/Comisión, antes citada (apartado 35).

miento administrativo de dar a conocer efectivamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias alegados, así como sobre los documentos en que se basa la Comisión para alegar la existencia de una infracción del Tratado CE. [31]

88. En ese sentido el Reglamento nº 17 prevé el envío a las partes de un pliego de cargos que debe enunciar claramente todos los elementos esenciales sobre los que se basa la Comisión en esa fase del procedimiento. No obstante, esta indicación se puede hacer de manera resumida y no es necesario que la Decisión sea una copia del pliego de cargos, [32] ya que el pliego de cargos es un documento preparatorio cuyas apreciaciones de hecho y de Derecho son de carácter meramente provisional. [33] Por esa razón la Comisión puede e incluso debe tener en cuenta los elementos resultantes del procedimiento administrativo, a efectos, entre otros, de retirar los cargos que se hayan revelado infundados. [34]

89. A la luz de esas consideraciones procede examinar seguidamente los diferentes motivos invocados por las recurrentes en los presentes recursos de casación.

31 — Véanse las sentencias de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión (100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 10, y de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (C-310/93 P, Rec. p. I-865), apartado 21.

32 — Véase la sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión, antes citada (apartado 14).

33 — Véase en ese sentido la sentencia de 17 de noviembre de 1987, British American Tobacco y Reynolds/Comisión (142/84 y 156/84, Rec. p. 4487), apartado 70.

34 — Véase la sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión, antes citada (apartado 14).

VIII. Sobre los motivos basados en la infracción del artículo 81 CE, apartado 1

90. En esencia las recurrentes han invocado dos motivos, fundados en primer lugar en la apreciación errónea del requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros previsto por el artículo 81 CE, apartado 1, y en segundo lugar en la imputación errónea de la responsabilidad por la infracción.

A. *Sobre el primer motivo, basado en la apreciación errónea del requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros*

91. A tenor del artículo 81 CE, apartado 1, «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».

92. Los requisitos para la aplicabilidad del artículo 81 CE, apartado 1, son pues la afectación del comercio entre los Estados miembros en primer lugar, y la restricción de la competencia en segundo lugar. [35]

93. El criterio de la afectación del comercio entre los Estados miembros permite definir el ámbito de aplicación del Derecho comunitario sobre la competencia respecto al de los Estados miembros. [36]

94. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre los principios que rigen la apreciación de ese criterio.

95. El Tribunal de Justicia considera según una formulación asentada que, para que un acuerdo o una práctica puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, deben permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos objetivos de Derecho o de hecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que puedan obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros. [37] Ese puede ser el caso en particular cuando el acuerdo aísla el mercado nacional, desvía los flujos comerciales de su orientación o altera la estructura de la competencia en el mercado común. [38]

96. Según el Tribunal de Justicia, la incidencia sobre el comercio intracomunitario es por tanto el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos. [39]

97. En este aspecto, el Tribunal de Justicia considera que no es necesario demostrar la afectación real de los intercambios sino que basta la prueba de la afectación potencial. [40]

35 — En lo que atañe a ese segundo requisito, para que un acuerdo o una práctica concertada sea contrario al artículo 81 CE, apartado 1, es necesario que tenga «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Hay que comprobar por tanto en primer lugar si el acuerdo o la práctica concertada tiene un objeto anticompetitivo. Si es así, como en los presentes asuntos, la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, se aplica con independencia de cualquier efecto (considerandos 426 a 429 de la Decisión controvertida). Si el objeto no es restringir o falsear la competencia es preciso entonces un análisis para determinar si se produce o no tal efecto [véanse en especial las sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartado 13, y del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2001, Krupp Thyssen Stainless y Acciai speciali Terini/Comisión (T-45/98 y T-47/98, Rec. p. II-3757), apartado 152].

36 — Sentencia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado (C-238/05, Rec. p. I-11125), apartado 33 y jurisprudencia citada.

37 — Sentencias de 28 de abril de 1998, Javico (C-306/96, Rec. p. I-1983), apartado 16, y Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada (apartado 34). Véanse también las sentencias de 29 de octubre de 1980, van Landewyck y otros/Comisión (209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125), apartado 170, y de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión (C-219/95 P, Rec. p. I-4411), apartado 20.

38 — Ibidem.

39 — Sentencia Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada (apartado 35 y jurisprudencia citada).

40 — Sentencias de 1 de febrero de 1978, Miller International Schallplatten/Comisión (19/77, Rec. p. 131), apartado 15, y Ferriere Nord/Comisión, antes citada (apartado 19). Véase también la sentencia de 21 de enero de 1999, Bagnasco y otros (C-215/96 y C-216/96, Rec. p. I-135), apartado 48.

98. En cambio, esa afectación tiene que ser sensible. [41] La Comisión debe apreciarla teniendo en cuenta en especial la posición y la importancia que los participantes en el acuerdo tengan en el mercado de los productos de que se trate. De este modo, incluso un acuerdo que contenga una protección territorial absoluta quedará al margen de la prohibición del artículo 81 CE cuando tan sólo afecte al mercado de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que tengan los interesados en el mercado de los productos de que se trate. [42]

99. Además, como recordó el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 164 de la sentencia recurrida, tiene poca importancia que la influencia de una práctica colusoria sobre los intercambios sea perjudicial, neutra o favorable.

100. En relación con esos principios procede apreciar a continuación el fundamento de las alegaciones de las recurrentes.

101. En el marco de su primer motivo Erste, RZB y ÖVAG respectivamente mantienen que el Tribunal de Primera Instancia cometió varios errores de Derecho al considerar que los acuerdos del «club Lombard» pueden afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 81 CE. No obstante varias particularidades ligadas a su situación respectiva, su argumentación equivale en sustancia a refutar los criterios en los que se basó el Tribunal de Primera Instancia a efectos de su apreciación.

102. He ordenado las diferentes alegaciones expuestas por las recurrentes en cuatro partes.

103. En apoyo de la primera parte RZB y ÖVAG sostienen que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al estimar que una práctica colusoria que abarca el territorio de un Estado miembro puede afectar al comercio intracomunitario. En apoyo de la segunda parte ÖVAG reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber realizado un examen global de los efectos transfronterizos de la práctica colusoria. En el marco de la tercera parte Erste mantiene que el Tribunal de Primera Instancia no demostró que esa práctica colusoria pudiera afectar sensiblemente al comercio intracomunitario. Por último, en apoyo de la cuarta parte ÖVAG imputa al Tribunal de Primera Instancia no haber efectuado un análisis de los efectos concretos de la práctica colusoria en el mercado.

41 — Véanse la sentencia de 9 de julio de 1969, Völk (5/69, Rec. p. 295), apartado 5, así como las sentencias antes citadas Miller International Schallplatten/Comisión (apartado 15), y Asnef-Equifax y Administración del Estado (apartado 34 y jurisprudencia citada).

42 — Sentencia Javico, antes citada (apartado 17 y jurisprudencia citada).

1. Sobre la primera parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la aptitud de una práctica colusoria que abarca todo el territorio nacional para afectar sensiblemente al comercio entre los Estados miembros

a) Alegaciones de las partes

104. RZB y ÖVAG mantienen que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al considerar en el apartado 181 de la sentencia recurrida, que «existe […] *una fuerte presunción*[43] de que una práctica restrictiva de la competencia aplicada a todo el territorio de un Estado miembro puede contribuir a la compartimentación de los mercados y afectar a los intercambios intracomunitarios».

105. Por una parte, RZB estima que el Tribunal de Primera Instancia interpreta de forma simplificada el requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros al relativizar el significado del criterio referido al efecto de la compartimentación de los mercados. ÖVAG alega por su parte que el Tribunal de Primera Instancia realiza una interpretación extensiva del artículo 81 CE, apartado 1.

106. Por otra parte, RZB considera que la aptitud para afectar al comercio entre los Estados miembros no sólo supone una dimensión territorial, sino que exige además la prueba de un efecto de compartimentación de los mercados. Esa prueba es necesaria. El Tribunal de Primera Instancia no ha atendido por tanto a la jurisprudencia comunitaria, y en particular, en los apartados 182 a 184 de la sentencia recurrida, al alcance de la sentencia Bagnasco y otros, antes citada, al afirmar que el solo hecho de que las mesas redondas abarcaban la totalidad del territorio austriaco bastaba para afirmar la afectación del comercio intracomunitario. En ese aspecto la recurrente destaca que los servicios objeto de las reuniones de los bancos se prestaban, prácticamente sin excepción, al nivel local y que ningún banco extranjero participaba en las mesas redondas. Además, respecto a la carga de la prueba, el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente que la Comisión no estaba obligada a probar la existencia de un efecto de compartimentación de los mercados cuando una práctica colusoria abarca todo el territorio de un Estado miembro. De esa forma el Tribunal de Primera Instancia cometió en los apartados 181 y 186 de la sentencia recurrida un error de Derecho al invertir la carga de la prueba imponiéndola a las empresas.

107. ÖVAG añade que las empresas carecen de medios para aportar tal prueba. Además, el hecho de que la práctica colusoria pueda extenderse a todo el territorio nacional no es un criterio suficiente y el Tribunal de Primera Instancia también habría debido tener en cuenta otros criterios, como las particularidades del sector bancario.

108. Por otro lado ÖVAG señala el carácter contradictorio e insuficiente de la motivación del Tribunal de Primera Instancia. En efecto, en el apartado 164 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia consideró que el efecto de compartimentación de los mercados no es un indicio de gran peso que

43 — La cursiva es mía.

permita deducir la afectación del comercio entre los Estados miembros, en tanto que en el apartado 181 de dicha sentencia afirmó por el contrario que existe un estrecho nexo entre el efecto de compartimentación de los mercados por una práctica colusoria y la posibilidad de que ésta afecte al comercio transfronterizo.

b) Apreciación

109. Opino que las diferentes alegaciones aducidas por las recurrentes deben ser desestimadas.

110. A mi parecer, en efecto, una práctica colusoria como la controvertida, organizada al nivel nacional entre los principales bancos austriacos, cuyo objeto es la concertación sobre los precios y las comisiones bancarias, puede por su propia naturaleza afectar al comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

111. En primer lugar, en lo que se refiere a la apreciación del Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 181 de la sentencia recurrida, de que existe una presunción de que un acuerdo aplicado a todo el territorio de un Estado miembro puede contribuir a la compartimentación de los mercados y afectar a los intercambios intracomunitarios, considero que ese razonamiento es acertado aun si el término «presunción» no me parece apropiado.

112. En efecto, el Tribunal de Justicia considera que el hecho de que un acuerdo tenga lugar entre empresas establecidas en un mismo y único Estado miembro y sólo afecte los productos o servicios comercializados en ese Estado no significa sin embargo que no puedan afectarse los intercambios dentro del mercado interior. [44] Según el Tribunal de Justicia, al contrario, por su propia naturaleza tal acuerdo tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional y asegurar la protección de la producción nacional, lo que obstaculiza la interpenetración económica perseguida por el Tratado CE y afecta *a fortiori* a los intercambios entre los Estados miembros. [45]

113. La afectación de los intercambios intracomunitarios por una práctica colusoria nacional resulta por tanto de la propia naturaleza de la infracción y no de una «presunción» establecida por el Tribunal de Justicia.

114. Por consiguiente, y a pesar de utilizar ese término, pienso que el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia, expuesto en el apartado 181 de la sentencia recurrida, no está viciado por ningún error de Derecho, en contra de lo que mantienen RZB y ÖVAG.

44 — Sentencias de 26 de noviembre de 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique y otros/Comisión (73/74, Rec. p. 1491), apartado 25, y Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada (apartado 37 y jurisprudencia citada).

45 — Sentencias Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique y otros/Comisión, antes citada (apartado 26); de 1 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión (42/84, Rec. p. 2545), apartado 22; de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851), apartado 48; de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 95, y Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada (apartado 37 y jurisprudencia citada).

115. Siendo así, no puedo estimar que el Tribunal de Primera Instancia haya procedido, de esa forma, a una interpretación extensiva del artículo 81 CE, apartado 1, ni a una interpretación simplificada del requisito de la afectación del comercio entre los Estados miembros.

116. Propongo por tanto al Tribunal de Justicia desestimar las alegaciones expuestas al respecto por RZB y ÖVAG.

117. Además y en contra de lo que sostiene ÖVAG, estimo que ese razonamiento no entra en contradicción con lo mantenido por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 164 de la sentencia recurrida. En efecto, en ese apartado el Tribunal señaló sólo que los efectos de compartimentación del mercado no eran los únicos que la Comisión podía tomar en consideración para declarar que la práctica colusoria podía afectar al comercio entre Estados miembros.

118. En lo que atañe en segundo lugar a la existencia de un efecto de compartimentación del mercado nacional, estimo, en contra de lo que sostienen RZB y ÖVAG, que el Tribunal de Primera Instancia demostró de modo suficiente en Derecho y habida cuenta de las particularidades del sector bancario, que, más allá de la mera extensión territorial de la práctica colusoria, ésta podía conducir a una compartimentación del mercado austriaco.

119. En efecto, tras haber indicado en el apartado 179 de la sentencia recurrida que la práctica colusoria comprobada por la Comisión se extendía a la totalidad del territorio austriaco, el Tribunal de Primera Instancia señaló en el apartado 183 de la misma sentencia que las concertaciones en el seno de la «red Lombard» implicaban a casi todas las entidades de crédito en Austria así como a una amplia gama de productos y servicios bancarios, y, por ende, «pueden modificar las condiciones de la competencia en todo este Estado miembro». Además, en los apartados 184 y 185 de esa sentencia señaló que no se puede deducir que no exista efecto transfronterizo de la práctica colusoria, dado que la red puede haber contribuido a la conservación de las estructuras del mercado bancario austriaco y por consiguiente al mantenimiento de los obstáculos de acceso al mercado. Esas observaciones deben apreciarse también a la luz del análisis del Tribunal de Primera Instancia en los apartados 111 a 121 de la sentencia recurrida, en el que ilustra, basándose en documentos cuyo examen no ponen en cuestión las recurrentes, el objetivo perseguido por cada una de las mesas redondas.

120. A mi juicio, el mantenimiento de obstáculos a la entrada en el mercado que señala el Tribunal de Primera Instancia basta para demostrar la existencia del riesgo de compartimentación del mercado austriaco.

121. En primer lugar, más allá de las barreras estructurales, debidas en especial a los efectos de la red creada por el cártel, las recurrentes levantaron y reforzaron barreras estratégicas al organizar una concertación tanto en el

plano nacional como, en algunas regiones, en el plano local, en el sector bancario en el que los bancos extranjeros no operaban, como lo reconoce por lo demás RZB en su recurso de casación. [46]

122. En segundo lugar, la naturaleza y el carácter detallado de las informaciones intercambiadas por los bancos, que el Tribunal de Primera Instancia pone de manifiesto en los apartados 111 a 121 de la sentencia recurrida, crean en un mercado ya muy concentrado una estructura de transparencia que impide toda competencia oculta y refuerza los obstáculos al acceso al mercado de las empresas que no son miembros. [47]

123. En tercer lugar, los servicios bancarios en cuestión se relacionan con actividades económicas que pueden tener una influencia importante en los intercambios entre los Estados miembros, y la prestación de esa clase de servicios es a mi juicio un elemento determinante para la entrada en el mercado financiero de un Estado miembro de bancos originarios de otros Estados miembros. Al fijar tipos de intereses deudores particularmente bajos, al reducir los tipos sobre el crédito o al fijar tipos particularmente altos sobre el ahorro, las recurrentes lograron captar la clientela mediante un juego de baja y de alza concertadas de los precios, y pudieron por tanto disuadir a los bancos extranjeros, incapaces de ajustarse a tales tipos, de entrar en el mercado austriaco, o en todos los casos hicieron más difícil o más tardía su penetración en el mercado nacional. [48]

124. En cuarto lugar, no me parece pertinente la alegación de RZB basada en la naturaleza estrictamente nacional de ciertos servicios bancarios objeto de la concertación.

125. En efecto, la globalización de las actividades bancarias, la utilización de nuevas tecnologías en la prestación de los servicios financieros y la implantación del mercado bancario único han facilitado la realización de las operaciones bancarias entre los Estados miembros. [49]. Se puede por tanto imaginar que un cliente alemán se dirija a un banco establecido en Austria para celebrar con éste un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente si las condiciones ofrecidas por ese banco le parecen más favorables que las aplicadas por los bancos establecidos en Alemania. De igual modo un banco de otro Estado miembro puede desear prestar servicios bancarios en Austria desde su país de origen o a través de filiales o sucursales que abriría en el territorio austriaco. La realización completa del mercado interior a través de la libertad de establecimiento, [50] la libre pres-

46 — Punto 6.

47 — Véase el apartado 160 de la sentencia recurrida.

48 — Véanse en especial las ilustraciones que figuran en el considerando 431 de la Decisión controvertida.

49 — Es preciso recordar al respecto que la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE (DO L 386, p. 1), según su modificación por la Directiva 95/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 1995 (DO L 168, p. 7), hizo más fácil el acceso de los bancos europeos a los mercados bancarios de los Estados miembros distintos de su Estado de origen, al armonizar los requisitos de ejercicio de la actividad bancaria, al fijar un principio de reconocimiento mutuo de las autorizaciones de ejercicio de la actividad bancaria que conceden los Estados miembros a las entidades de crédito y al organizar el control de éstas únicamente por su Estado de origen.

50 — En virtud del artículo 43 CE las entidades de crédito disfrutan en igual concepto que todos los operadores económicos de la libertad de establecimiento.

tación de servicios y la libre circulación de capitales [51] y en el marco de la política económica y monetaria favorece a mi entender la dimensión comunitaria de todos los servicios financieros. En ese contexto me parece difícil pues admitir que concertaciones relativas a servicios bancarios de naturaleza puramente nacional no hayan podido afectar a los intercambios entre los Estados miembros.

126. Por consiguiente considero que el Tribunal de Primera Instancia no ha cometido ningún error de Derecho al estimar en el apartado 186 de la sentencia recurrida que el acuerdo en cuestión podía haber tenido efectos de compartimentación del mercado y haber afectado al comercio entre Estados miembros.

127. Además, tampoco cabe objeción al hecho de que el Tribunal de Primera Instancia haya considerado en el mismo apartado que las recurrentes no habían destruido la «presunción» de que la práctica colusoria había podido tener tales efectos.

128. En contra de lo que mantiene RZB, el Tribunal de Primera Instancia no invirtió la carga de la prueba imponiéndola a las recurrentes. Procede recordar al respecto que, en lo relativo al reparto de la carga de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, incumbe a la Comisión probar las infracciones que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción. [52] En cambio, corresponde a la empresa imputada por la Comisión defenderse en el marco del procedimiento contradictorio y demostrar que no se cumplen los requisitos del artículo 81 CE, apartado 1. Pues bien, como señala el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 154 de la sentencia recurrida, la Comisión valoró la capacidad del «Club Lombard» para afectar al comercio entre Estados miembros, considerando en especial que la práctica colusoria modificaba las condiciones de la competencia en toda Austria e influía sobre las decisiones de entrada en el mercado de los bancos extranjeros. Sólo tras esa observación el Tribunal de Primera Instancia estimó que las recurrentes no habían logrado demostrar que la apreciación a la que había llegado la Comisión fuera errónea.

129. En la medida en que a mi juicio el Tribunal de Primera Instancia no ha invertido la carga de la prueba, considero sin pertinencia la alegación de ÖVAG basada en que las recurrentes carecían de medios para demostrar la falta de compartimentación del mercado.

51 — El sector bancario disfruta también en virtud del artículo 49 CE de la libre prestación de servicios, con la posibilidad de prestar tales servicios a personas establecidas en otros Estados miembros sin ninguna discriminación. Además es preciso recordar que a tenor del artículo 51 CE, apartado 2, la liberalización de los servicios bancarios y de seguros vinculados a los movimientos de capitales se realizará en armonía con la liberalización de la circulación de capitales.

52 — Véanse en ese aspecto las sentencias Baustahlgewebe/Comisión, antes citada (apartado 58) y de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 86. Véase también el artículo 2 del Reglamento nº 1/2003, que puntualiza que en todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación del artículo 81 CE la carga de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue.

130. En virtud del conjunto de las anteriores consideraciones opino que el Tribunal de Primera Instancia apreció correctamente la posibilidad de que la práctica colusoria controvertida afectara al comercio intracomunitario, y motivó suficientemente su razonamiento sobre esa cuestión.

131. Por consiguiente propongo al Tribunal de Justicia que desestime por infundada la primera parte de este primer motivo.

2. Sobre la segunda parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia derivada del examen global de los efectos transfronterizos de la práctica colusoria

a) Alegaciones de las partes

132. ÖVAG mantiene que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al estimar que la Comisión podía realizar un examen global de los efectos transfronterizos de las diferentes mesas redondas bancarias. Según ÖVAG la posibilidad de que las diferentes mesas redondas afectaran al comercio entre los Estados miembros habría debido ser apreciada por separado respecto a cada una de ellas.

133. En apoyo de esa conclusión la recurrente expone dos alegaciones.

134. La primera alegación se basa en la aplicación y la apreciación erróneas de la jurisprudencia comunitaria.

135. Por una parte, alega que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al no examinar de forma aislada, y conforme a la sentencia VGB y otros/Comisión, [53] los efectos en los intercambios intracomunitarios de las mesas redondas que correspondían a distintas actividades. Además, y en el supuesto de que las diferentes mesas redondas constituyeran una infracción única, ÖVAG considera que no cabe concluir que existía un nexo directo entre los acuerdos negociados en el marco de las mesas redondas, en contra de lo que estimó el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 170 de la sentencia recurrida.

136. Por otra parte, mantiene que el Tribunal de Primera Instancia apreció de forma incorrecta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia derivada de la sentencia Bagnasco y otros, antes citada, en el apartado 171 de la sentencia recurrida. En ese asunto el Tribunal de Justicia había procedido al examen separado de las cláusulas relativas a dos operaciones bancarias diferentes, a pesar de que se contenían en condiciones bancarias uniformes y guardaban relación con el mismo servicio bancario.

53 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1997 (T-77/94, Rec. p. II-759).

137. La segunda alegación se basa en la definición incorrecta del mercado de productos de referencia.

138. Por una parte, ÖVAG rebate el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia expuesto en el apartado 172 de la sentencia recurrida, según el cual «la definición del mercado de referencia es diferente según se trate de aplicar el artículo 81 CE o el artículo 82 CE». Ese razonamiento no está motivado y es además erróneo. La recurrente sostiene en efecto que la delimitación del mercado pertinente debe realizarse en virtud de los mismos criterios ya se trate de uno u otro procedimiento. Además, según ella, la alegación formulada contra la definición del mercado de referencia adoptada por la Comisión tiene una dimensión jurídica autónoma respecto a las alegaciones relativas a la afectación del comercio entre los Estados miembros en el marco de la aplicación del artículo 81 CE. Con esa alegación ÖVAG trata de demostrar que la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia habrían debido apreciar el efecto en el comercio de los acuerdos celebrados en las diferentes mesas redondas sobre la base de una definición más restringida de los mercados afectados.

139. Por otra parte ÖVAG señala una contradicción entre el apartado 174 de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal de Primera Instancia reconoce que «las diferentes prestaciones bancarias a que se refieren los acuerdos no son sustituibles entre sí», en primer lugar, y el apartado 175 de la misma sentencia, en el que afirma que «la Comisión no está obligada a examinar por separado los mercados de los diferentes productos bancarios afectados por las mesas redondas», en segundo lugar.

140. Por último ÖVAG impugna el fundamento de la analogía establecida por el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 175 de la sentencia recurrida, con su sentencia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión, [54] dado que en ese último asunto fue la demandante quien efectuó la definición del mercado de referencia, que aceptó la Comisión.

b) Apreciación

i) Sobre la primera alegación, fundada en la aplicación y la apreciación erróneas de la jurisprudencia comunitaria

— En lo que se refiere a la sentencia VGB y otros/Comisión

141. Las recurrentes censuran en esencia al Tribunal de Primera Instancia por no haber examinado de forma aislada, y conforme a la sentencia VGB y otros/Comisión, antes citada, los efectos en el comercio intracomunitario de las mesas redondas que correspondían a actividades diferentes.

142. Considero que esa alegación es infundada.

54 — T-29/92, Rec. p. II-289.

143. De reiterada jurisprudencia resulta que el perjuicio de los intercambios intracomunitarios se aprecia sobre la base de un conjunto de elementos objetivos de hecho o de Derecho que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos. [55] El Tribunal de Justicia toma en consideración las particularidades del acuerdo, a saber su naturaleza, los productos objeto del mismo, así como la posición y la importancia de las partes en el acuerdo en el mercado. [56] El Tribunal de Justicia también tiene en cuenta el contexto económico y jurídico en el que dicho acuerdo se sitúa y en el que, junto con otros, puede producir un efecto acumulativo sobre el juego de la competencia. [57]

144. En la sentencia Windsurfing International/Comisión, [58] el Tribunal de Justicia recordó que el artículo 81 CE, apartado 1, no exige que cada cláusula de un contrato –considerada individualmente– pueda afectar al comercio intracomunitario. Según el Tribunal de Justicia el Derecho comunitario sobre la competencia se aplica a los acuerdos entre empresas que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. Solamente cuando el acuerdo, considerado en su conjunto, puede afectar al comercio procede examinar cuáles son las cláusulas de dicho acuerdo que tienen por objeto o efecto restringir o falsear el juego de la competencia. [59]

145. Basándose en esa jurisprudencia el Tribunal de Primera Instancia se pronunció en el asunto que dio lugar a la sentencia VGB y otros/Comisión, antes citada. En ese asunto el Tribunal de Primera Instancia debía pronunciarse sobre la compatibilidad con el artículo 81 CE, apartado 1, de dos tipos de acuerdos relativos a la oferta de productos de floricultura celebrados por una cooperativa que agrupaba a cultivadores de flores neerlandeses.

146. El primer tipo de acuerdos se refería a contratos comerciales celebrados entre la cooperativa y distribuidores establecidos en el recinto de ésa, con vistas a la exportación de productos de la floricultura neerlandesa. Esos contratos se celebraban sobre la base de una regulación elaborada por la cooperativa y fijaban los derechos y las obligaciones del arrendatario respecto a la exposición y la venta de flores cortadas en el edificio de la cooperativa. Dichos contratos preveían en particular el pago de cuotas y establecían obligaciones de compra. En la Decisión impugnada la Comisión estimó que los contratos se insertaban en un conjunto de decisiones y de acuerdos similares relativos a la oferta de productos de la floricultura que, en conjunto, restringían la competencia, en contra del artículo 81 CE, apartado 1. En efecto, esos contratos hacían más difícil la penetración del mercado nacional neerlandés por los competidores de otros Estados miembros. En la sentencia VGB y otros/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia confirmó el criterio de la Comisión y declaró, fundándose en la sentencia Windsurfing International/Comisión, antes citada, que, dado que los contratos comerciales formaban parte integrante de la regulación establecida por la cooperativa, era irrelevante que, aisladamente considerados, afectaran o no al comercio entre los Estados miembros en suficiente medida.

55 — Sentencia de 15 de diciembre de 1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641), apartado 54, así como las sentencias antes citadas van Landewyck/Comisión (apartado 170); Remia y otros/Comisión (apartado 22); Ferriere Nord/Comisión (apartado 20); Javico (apartado 16); Bagnasco y otros (apartado 47), y British Sugar/Comisión (apartado 27).

56 — Véanse en particular las sentencias de 25 de noviembre de 1971, Béguelin Import (22/71, Rec. p. 949), apartado 18, y Javico, antes citada (apartado 17).

57 — Sentencia VGB y otros/Comisión, antes citada (apartado 140).

58 — Sentencia de 25 de febrero de 1986 (193/83, Rec. p. 611).

59 — Apartado 96.

147. El segundo tipo de acuerdos, a saber los «acuerdos Cultra», comprendía cinco contratos individuales de compra en exclusiva celebrados entre la cooperativa y cinco mayoristas neerlandeses establecidos en su recinto. Éstos se comprometían a comprar exclusivamente a la cooperativa productos de origen neerlandés con vistas a su reventa a los minoristas, excluidos de la venta en subasta, por el sistema «cash and carry». Según el Tribunal de Primera Instancia, dichos acuerdos no tenían relación directa con los otros aspectos de la regulación de la cooperativa. En efecto, no constituían una parte esencial de esa regulación sobre las ventas mediante subasta, o del abastecimiento directo de los distribuidores, especialmente con vistas a la exportación de los productos de que se trataba, sino que formaban parte más bien de una actividad adicional y distinta, a saber, la reventa de los productos de la cooperativa a los minoristas por el método «cash and carry». En ese contexto, y habida cuenta de la particularidad de esos acuerdos, el Tribunal de Primera Instancia estimó que debía apreciarse su influencia en los intercambios intracomunitarios de forma aislada y no en el marco del conjunto de la regulación establecida por la cooperativa.

148. A la vista de esos elementos el Tribunal de Primera Instancia señaló fundadamente en el apartado 168 de la sentencia recurrida que «deben examinarse en común los efectos que producen sobre el comercio entre Estados miembros los acuerdos que guardan relación directa entre sí y que forman parte integrante de un conjunto, mientras que los acuerdos entre los cuales no existe relación directa y que conciernen a actividades diferentes deben ser objeto de un examen separado». Esa conclusión es plenamente conforme con la jurisprudencia antes citada.

149. La cuestión pues consiste en si el Tribunal de Primera Instancia estaba obligado a examinar los efectos en el comercio de la concertación efectuada en cada una de las mesas redondas específicas de la «red Lombard», como en el caso de los «acuerdos Cultra».

150. No lo estimo así.

151. Las concertaciones efectuadas en las mesas redondas técnicas o especializadas de la «red Lombard» se referían efectivamente a productos y operaciones bancarias específicas. Sin embargo, y a diferencia de los «acuerdos Cultra» considerados en la sentencia VGB y otros/Comisión, antes citada, esas mesas redondas se insertaban en un acuerdo global, en el que participaron casi todas las entidades de crédito austriacas y que se extendió durante varios años así como a toda la gama de los productos y los servicios bancarios ofrecidos en Austria. Como el Tribunal de Primera Instancia reconoció en los apartados 111 a 125 de la sentencia recurrida, esas concertaciones formaban parte de una infracción única y es esto a mi juicio lo determinante. Esos acuerdos se inscribían en un plan de conjunto, es decir la «red Lombard», caracterizado por una serie de esfuerzos dirigidos a una finalidad económica única, a saber la eliminación del juego de la competencia en el sector de los servicios bancarios. ÖVAG no lo niega. Las mesas redondas estaban muy estrechamente ligadas entre sí, tanto por su contenido como en el aspecto organizativo, y el «club Lombard» adoptaba las decisiones fundamentales, preparadas por esas mesas redondas, y resolvía los problemas de disciplina respecto al cumplimiento de los acuerdos.

152. En tal supuesto, en el que la práctica colusoria ha sido calificada como infracción única, me parece pues totalmente artificial e incoherente dividir esa práctica colusoria en función del objeto específico de cada una de las mesas redondas, y ello a fin de apreciar los efectos que cada una puede producir en el comercio intracomunitario. En el presente caso considero que esa apreciación tiene que realizarse globalmente, considerando el conjunto de las concertaciones efectuadas en las mesas redondas.

153. Siendo así, no puedo sino compartir el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia expuesto en el apartado 170 de la sentencia recurrida, según el cual existe entre acuerdos que constituyen una infracción única una relación que requiere y justifica un examen global de la capacidad para afectar al comercio entre Estados miembros.

154. A mi juicio deben por tanto desecharse las objeciones formuladas al respecto por ÖVAG.

155. A la luz de lo expuesto opino que el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho al interpretar la sentencia VGB y otros/Comisión, antes citada.

— En lo que se refiere a la sentencia Bagnasco y otros, antes citada

156. ÖVAG mantiene que en el apartado 171 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia aplicó e interpretó de forma errónea la sentencia Bagnasco y otros, antes citada.

157. En ese asunto, se pedía al Tribunal de Justicia que se pronunciara con carácter prejudicial sobre la compatibilidad con el artículo 81 CE, apartado 1, de determinadas condiciones bancarias uniformes que la asociación bancaria italiana imponía a sus miembros en la celebración de contratos de apertura de crédito en cuenta corriente y de afianzamiento general. La primera cláusula controvertida permitía a los bancos, en los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente, modificar en cualquier momento el tipo de interés según las variaciones producidas en el mercado monetario, y ello a través de una comunicación expuesta en sus locales. La segunda cláusula se refería a las modalidades del afianzamiento general que debía garantizar la apertura de un crédito en cuenta corriente. El Tribunal de Justicia examinó por separado cada una de ambas cláusulas.

158. En su recurso de casación, ÖVAG considera que la objeción expuesta por el Tribunal de Primera Instancia para no ajustarse a esa jurisprudencia es errónea. Dicho Tribunal consideró en efecto que en la sentencia Bagnasco y otros, antes citada, no se planteaba la cuestión del examen conjunto de los efectos transfronterizos de las condiciones bancarias controvertidas, dado que en el caso de la primera cláusula las condiciones

bancarias uniformes no tenían por objeto o por efecto limitar la competencia, en tanto que la segunda cláusula relativa al afianzamiento general no podía afectar al comercio entre los Estados miembros.

159. Pienso que las razones expuestas por el Tribunal de Primera Instancia para distanciarse de la jurisprudencia derivada de la sentencia Bagnasco y otros, antes citada, están plenamente justificadas.

160. En efecto, como he señalado en el punto 92 de las presentes conclusiones el criterio de la afectación del comercio entre los Estados miembros es un requisito de aplicabilidad del artículo 81 CE, apartado 1, y un elemento constitutivo de la infracción prohibida por ese artículo.

161. Por tanto, si se ha comprobado que una de las dos cláusulas no puede afectar al comercio intracomunitario, en tal caso ésa no entra en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, ni se plantea la cuestión del examen global de los efectos transfronterizos de las condiciones bancarias.

162. En esas circunstancias me parece que el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho en la interpretación de la sentencia Bagnasco y otros, antes citada, y propongo por tanto al Tribunal de Justicia que desestime esa alegación.

ii) Sobre el carácter erróneo, insuficiente y contradictorio del análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre la definición del mercado pertinente

— Sobre la forma en la que el Tribunal de Primera Instancia aprecia las alegaciones fundadas en la definición incorrecta del mercado pertinente

163. En su recurso de casación, ÖVAG pone en cuestión la forma en la que el juez comunitario aprecia las alegaciones formuladas contra la definición del mercado pertinente adoptada por la Comisión a los efectos de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1.

164. ÖVAG se refiere en particular al apartado 172 de la sentencia recurrida. Critica ante todo el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia según el cual «la definición del mercado de referencia es diferente según se trate de aplicar el artículo 81 CE o el artículo 82 CE». La recurrente refuta a continuación el análisis del Tribunal de Primera Instancia conforme al que «las críticas formuladas contra la definición del mercado efectuada por la Comisión no poseen una dimensión autónoma con respecto a las relativas a la distorsión de la competencia». Alega que ese razonamiento carece de motivación y es erróneo en Derecho.

165. A pesar de que concuerdo en parte con la crítica de ÖVAG, esa alegación me parece inoperante, ya que no puede fundamentar la ilegalidad de la sentencia recurrida.

166. En efecto, en el apartado 172 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia sólo ha recordado, con carácter previo, la jurisprudencia comunitaria que con razón critica la recurrente. Sin embargo, la evocación de esa jurisprudencia no ha tenido consecuencias en el razonamiento posterior del Tribunal de Primera Instancia, ya que éste ha examinado efectivamente en los apartados 173 a 175 de la sentencia recurrida la impugnación por ÖVAG de la definición de mercado enunciada por la Comisión.

167. No obstante quiero formular algunas observaciones sobre el razonamiento seguido por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 172 de la sentencia recurrida, puesto que coincido en parte con las reservas de la recurrente.

168. En efecto, aunque el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia se base en su reiterada jurisprudencia, [60] me parece que la definición del mercado pertinente cumple, por el contrario, la misma función cuando se trata de aplicar el artículo 81 CE, que prohíbe las prácticas colusorias anticompetitivas, el artículo 82 CE, que prohíbe los abusos de posición dominante, o también el Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. [61] Sólo cambia la naturaleza del comportamiento examinado por la Comisión y la utilidad de la delimitación del mercado.

169. En esos tres procedimientos la definición del mercado pertinente permite identificar y definir el perímetro dentro del que se ejerce la competencia entre las empresas a fin de comprender mejor el funcionamiento del mercado. Esa definición, tanto respecto a los productos como a la dimensión geográfica del mercado pertinente, debe permitir determinar si existen competidores reales en ese mercado, capaces de influir en el comportamiento de las empresas de las que se trate o de impedir que éstas actúen con independencia de las presiones de una competencia efectiva.

170. La definición adecuada del mercado de referencia es por tanto un requisito necesario y previo a cualquier valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia, ya sea en el marco de los artículos 81 CE o 82 CE o en el del Reglamento nº 4064/89. [62] Por otra parte la Comisión ha expuesto los principios de base y los elementos de apreciación en los que se funda para definir el mercado de referencia en una Comunicación adoptada el 9 de diciembre de 1997. [63] En ésta la Comisión fija un método de base y criterios de apreciación que son aplicables sin distinción a los tres tipos de procedimiento.

60 — Sentencias 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) apartado 833; de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión (T-62/98, Rec. p. II-2707), apartado 230, y de 11 de diciembre de 2003, Adriatica di Navigazione/Comisión (T-61/99, Rec. p. II-5349), apartado 27.

61 — DO 1990, L 257, p. 13.

62 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión (T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Rec. p. II-1403), apartado 159.

63 — Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372, p. 5, en lo sucesivo, «Comunicación sobre la definición del mercado»).

171. En cambio, como resulta de dicha Comunicación sobre la definición del mercado la Comisión puede aplicar esos criterios con flexibilidad y pragmatismo, y ponderarlos en función de la naturaleza del problema de competencia del que se trate, de las características de los productos afectados y de los objetivos que persigue. [64] Así pues, como señala la Comisión en el punto 25 de la Comunicación sobre la definición del mercado, la decisión se basará en varios criterios y diferentes elementos de apreciación, siendo determinantes en algunos casos cierto tipo de elementos, en función de las características y particularidades del sector o de los servicios considerados, mientras que en otros casos pueden no ser importantes.

172. La forma en la que la Comisión define el mercado dependerá pues de la naturaleza del problema de competencia del que se trate y de la singularidad de determinados mercados. En ese sentido la definición del mercado es un instrumento que permite a la Comisión ejercer su misión de control en función del objeto de los artículos 81 CE u 82 CE.

173. En el marco del artículo 82 CE el juez comunitario considera que la definición del mercado de referencia es un requisito necesario y previo para apreciar la existencia de una posición dominante de la empresa, [65] lo que es preciso antes de examinar la existencia de un abuso.

174. En cambio, en el marco del artículo 81 CE, apartado 1, el juez comunitario estima que no es exigible una definición previa del mercado pertinente cuando el acuerdo controvertido tiene en sí mismo un objeto anticompetitivo, es decir, cuando la Comisión ha podido concluir válidamente, sin previa delimitación del mercado, que el acuerdo en cuestión falseaba la competencia y podía afectar de forma sensible al comercio entre los Estados miembros. [66] El juez comunitario tiene presentes en ese caso los acuerdos más graves, expresamente prohibidos por el artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a e). En ese supuesto, al que se refiere el apartado 172 de la sentencia recurrida, el juez comunitario estima que las alegaciones derivadas de la definición incorrecta del mercado son ineficaces, y a mi juicio en ese aspecto reside la diferencia con el procedimiento seguido en el marco del artículo 82 CE. [67]

175. En cambio, al margen de tal supuesto, el juez comunitario considera que la definición del mercado es un presupuesto necesario para que la Comisión pueda determinar si el acuerdo tiene por objeto o como efecto

64 — Puntos 10 y 25 de la Comunicación sobre la definición del mercado.

65 — Sentencia SPO y otros/Comisión, antes citada.

66 — Recuérdese en efecto que una práctica anticompetitiva también puede incluirse, únicamente por su objeto, en el artículo 81 CE, apartado 1. Como ejemplo véanse la sentencia Cimenteries CBR y otros/Comisión, antes citada (apartado 1094) y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión (T-38/02, Rec. p. II-4407), apartado 99.

67 — Esa jurisprudencia me parece discutible atendiendo a los derechos y a la seguridad jurídica de las empresas. Cuando la Comisión adopta una decisión en la que declara la participación de las empresas en una infracción compleja, colectiva e ininterrumpida, como la adoptada en el presente caso, debe a mi juicio tomar en consideración el hecho de que esa decisión puede dar lugar a la responsabilidad personal de cada uno de los destinatarios, habida cuenta de su participación en la infracción, que ha de ser claramente definida. Como dicha decisión puede originar consecuencias en el orden civil, pienso que la Comisión debería examinar y delimitar con precisión el mercado pertinente en la decisión.

restringir la competencia y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros. [68]

176. En efecto, la delimitación del mercado permite en particular conocer la naturaleza del producto en cuestión y determinar la cuota de mercado de las empresas interesadas. Por una parte ello permite analizar los efectos en la competencia que produce un acuerdo. La Comisión puede entonces saber si la competencia se restringe de forma apreciable o si por el contrario el acuerdo puede disfrutar de una exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, o de un reglamento de exención por categoría, [69] o si constituye un acuerdo de menor importancia. [70] Por otra parte, ello permite averiguar en qué grado el acuerdo puede afectar al comercio entre los Estados miembros.

177. En esa medida el juez comunitario considera, como resulta del apartado 172 de la sentencia recurrida, que las alegaciones derivadas de una delimitación errónea del mercado no poseen una «dimensión autónoma» con respecto a las relativas al menoscabo de la competencia y a la afectación del comercio entre los Estados miembros. [71] Con otras palabras, las alegaciones de que la Comisión ha cometido un error de apreciación en la definición del mercado se toman en consideración al examinar las alegaciones referidas al menoscabo de la competencia y a la afectación de los intercambios entre los Estados miembros.

— Sobre el carácter insuficiente y contradictorio de la motivación

178. ÖVAG mantiene que la sentencia recurrida, y en particular sus apartados 174 y 175, adolece de una motivación insuficiente y contradictoria.

179. En efecto, alega que, en tanto que en el apartado 174 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia reconoce que las diferentes prestaciones bancarias a que se refieren los acuerdos no son sustituibles entre sí, en el apartado 175 de la misma sentencia afirma que la Comisión no estaba obligada a examinar por separado los mercados de esos diferentes productos bancarios.

180. Considero infundada esa alegación.

68 — Auto de 16 de febrero de 2006, Adriatica di Navigazione/Comisión (C-111/04 P, Rec. p. I-22), apartado 31.

69 — Véase en particular el Reglamento (CE) nº 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo (DO L 304, p. 7).

70 — Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea *(de minimis)* (DO 2001, C 368, p. 13).

71 — Véase en especial la sentencia Cimenteries CBR y otros/Comisión, antes citada (apartado 834 y jurisprudencia citada).

181. En efecto, el Tribunal de Primera Instancia explicó debidamente las razones por las que no era apropiado adoptar una definición estricta del mercado, basada únicamente en la sustituibilidad de los productos en cuestión. Como señaló fundadamente, sería artificial tal definición en ese sector de actividad, dado que la mayor parte de los clientes demandan a su banco un conjunto de servicios bancarios, por una parte, y por otra la competencia entre los bancos puede afectar al conjunto de esos servicios. Es cierto, como indica ÖVAG en su recurso de casación, que algunos clientes pueden acudir a otro banco para obtener un servicio más específico, un préstamo por ejemplo. No obstante, en la mayoría de casos cada persona dispone de una cuenta en un banco a partir de la cual se ofrecen numerosos servicios, como la emisión de medios de pago (tarjetas bancarias, retiradas de fondos y transferencias), que permiten al cliente realizar operaciones en su cuenta (a crédito o a débito), a cambio de los intereses y gastos cargados por el banco. Es evidente por tanto, como indica el Tribunal de Primera Instancia, que un examen separado no permitiría comprender plenamente los efectos del acuerdo en cuestión.

182. Pues bien, como he expuesto en el punto 171 de las presentes conclusiones la Comisión puede aplicar los criterios definidos en la Comunicación sobre la definición del mercado, entre los que figura la sustituibilidad de los productos, con flexibilidad y pragmatismo, y ponderarlos en función de la naturaleza del problema de competencia del que se trata, de las particularidades de los servicios considerados así como de los objetivos que la Comisión persigue. [72]

183. Ahora bien, en los presentes asuntos, teniendo en cuenta la forma en la que se ejecutó este acuerdo, me parece claro que un examen separado de los mercados de los diferentes productos bancarios no habría permitido captar la amplitud y la importancia de dicho acuerdo, ni evidentemente habría reflejado la realidad.

184. Por otra parte, a la vista de la importancia de la gama de productos y de servicios bancarios que la «red Lombard» había abarcado, no cabe excluir, como señaló el Tribunal de Primera Instancia, que la afectación intracomunitaria pudiera ser indirecta y que el mercado en el que ésta podía producirse no fuera necesariamente idéntico al mercado de los productos o de los servicios bancarios en el que las partes se concertaron. Si se trata por ejemplo de la tasa anual efectiva global que cada banco tiene que fijar al ofrecer un crédito, esa tasa no se calcula sólo sobre la

72 — La Comisión reconoce por otra parte, en el punto 22 de la Comunicación sobre la definición del mercado, que en algunos sectores, como el del papel, en el que los consumidores consideran que las diferencias de calidad no son sustituibles, la propia Comisión no define un mercado distinto para cada calidad de papel y uso respectivo. En ese caso, las diversas calidades de papel se incluyen en un solo mercado de referencia y sus ventas se suman para estimar el valor y el volumen total del mercado.

base del tipo de interés deudor, sino también de los gastos anejos, como los gastos ligados a la gestión del expediente, los gastos de seguros y los ligados a la emisión de una tarjeta de crédito.

185. En esas circunstancias, pienso que el Tribunal de Primera Instancia ha expuesto de forma suficiente en Derecho las razones por las que consideró que la Comisión no estaba obligada a examinar por separado los mercados de los diferentes productos bancarios objeto de las mesas redondas, a pesar de la falta de sustituibilidad entre esos últimos. En ese contexto, opino que la motivación del Tribunal de Primera Instancia, expresada en los apartados 174 y 175 de la sentencia recurrida, no se presta a ninguna objeción.

— Sobre la referencia errónea a la sentencia SPO y otros/Comisión

186. ÖVAG rebate el fundamento de la analogía que establece el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 175 de la sentencia recurrida, con la sentencia SPO y otros/Comisión, antes citada, ya que en el citado asunto la Comisión acogió la definición del mercado propuesta por la demandante.

187. Esa alegación no me parece en ningún caso pertinente y propongo por tanto al Tribunal de Justicia su desestimación.

188. En virtud de lo expuesto, estimo que el Tribunal de Primera Instancia, al considerar que la Comisión podía realizar un análisis global del efecto transfronterizo de las mesas redondas bancarias, no ha cometido ningún error de Derecho, y ha motivado suficientemente y sin contradicción alguna su razonamiento.

189. Propongo por consiguiente al Tribunal de Justicia que desestime por infundada la segunda parte de este primer motivo.

3. Sobre la tercera parte del motivo, basada en la falta de prueba de la afectación sensible del comercio intracomunitario por la práctica colusoria

a) Alegaciones de las partes

190. En el marco de su primer motivo, basado en la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, Erste recuerda que la afectación del comercio entre los Estados miembros no es el único requisito para la aplicación de esa disposición. Como recordó el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 167 de la sentencia recurrida, es también necesario demostrar que el efecto potencial de la práctica colusoria sobre el comercio interestatal es sensible. Ahora bien, suponiendo que el Tribunal de Primera Instancia hubiera estimado válidamente que la «red Lombard» tenía aptitud potencial para afectar al comercio intracomunitario, no demostró que esa afectación

pudiera ser sensible. Según la recurrente, en el caso de que el acuerdo celebrado entre los bancos hubiera tenido efectos transfronterizos, sólo habrían sido efectos sumamente limitados.

b) Apreciación

191. El criterio de la afectación del comercio entre los Estados miembros contiene un elemento cuantitativo que limita la aplicabilidad del Derecho comunitario únicamente a los acuerdos que puedan tener efectos sensibles. Cuando esos acuerdos sólo afectan a los intercambios de forma insignificante, no incurren en la prohibición prevista por el artículo 81 CE, apartado 1.

192. En su recurso de casación, Erste critica al Tribunal de Primera Instancia por no haber demostrado que la «red Lombard» podía afectar al comercio intracomunitario de forma sensible.

193. Si bien es cierto que cabe lamentar que el Tribunal de Primera Instancia no haya indicado expresamente que se trataba de una afectación sensible, estimo no obstante que ello se deduce con gran claridad de la naturaleza del acuerdo controvertido y de las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia expuestas en los apartados 111 a 121, 179 y 183 a 185 de la sentencia recurrida.

194. Conforme a reiterada jurisprudencia, y como se desprende del punto 97 de las presentes conclusiones, el artículo 81 CE, apartado 1, no exige que las prácticas colusorias contempladas en dicha disposición hayan afectado de manera sensible a los intercambios intracomunitarios (según el Tribunal de Justicia, sería muy difícil en efecto aportar esa prueba), sino que sólo requiere que se demuestre que dichas prácticas pueden tener tal efecto. [73] De esa forma, en el asunto Miller International Schallplatten/Comisión, antes citado, el Tribunal de Justicia consideró suficiente que la Comisión hubiera apreciado, basándose en ciertos elementos de hecho, que existía el *peligro* [74] de una afectación sensible. [75]

195. Además, como he indicado, la incidencia en los intercambios intracomunitarios puede resultar de la concurrencia de varios factores. [76] La apreciación del carácter sensible de esa incidencia depende de las circunstancias del caso concreto y debe tener en cuenta diferentes elementos, como el contexto económico y jurídico de la práctica colusoria, [77] la naturaleza de ésta, las características de los productos afectados y por último la posición que ocupan los interesados en el mercado de referencia y su importancia.

196. Pues bien, en la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia indicó en numerosas ocasiones que el acuerdo no sólo agrupaba a la casi totalidad de las entidades de crédito austriacas (entre las que figuraban los

73 — Sentencia Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada (apartado 43 y jurisprudencia citada).
74 — La cursiva es mía.
75 — Apartado 15 de la sentencia.
76 — Véase el punto 96 de las presentes conclusiones.
77 — Véase la sentencia Asnef-Equifax y Administración del Estado, antes citada (apartado 35 y jurisprudencia citada).

mayores bancos), sino que también abarcaba una gama muy amplia de productos y de servicios bancarios, en especial los depósitos y los créditos, y se extendía a todo el territorio nacional, de modo que existía el riesgo de que modificara las condiciones de la competencia en el conjunto del Estado miembro. Además de lo que antes he expuesto en los puntos 118 a 126 de las presentes conclusiones, y en especial en relación con la naturaleza misma de ese acuerdo, pienso que esas apreciaciones bastan para demostrar que el citado acuerdo podía afectar de manera significativa al comercio entre los Estados miembros.

197. En consecuencia opino que la crítica formulada por Erste no es pertinente y propongo al Tribunal de Justicia desestimar la tercera parte del primer motivo.

4. Sobre la cuarta parte del motivo, basada en la falta de análisis de los efectos concretos de la práctica colusoria en el mercado

a) Alegaciones de las partes

198. ÖVAG imputa al Tribunal de Primera Instancia no haber realizado un análisis de los efectos concretos de la práctica colusoria en el mercado, a pesar de que se trataba de una «valoración *a posteriori* de una infracción pasada». Alega que la jurisprudencia invocada por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 166 de la sentencia recurrida, según la cual es suficiente el efecto potencial de la práctica colusoria en el comercio entre los Estados miembros para que esa última esté en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, no es aplicable al presente caso. El Tribunal de Primera Instancia cometió pues un error de Derecho al estimar que en los presentes asuntos bastaba la demostración de un efecto potencial de la práctica colusoria, a pesar de que era perfectamente posible examinar la existencia de los supuestos efectos. Si el Tribunal de Primera Instancia hubiera efectuado ese examen habría comprobado que los acuerdos no tuvieron ninguna incidencia en el comercio transfronterizo.

b) Apreciación

199. Considero que esa alegación debe ser desestimada.

200. En efecto, de la reiterada jurisprudencia que el Tribunal de Primera Instancia señaló en el apartado 166 de la sentencia recurrida resulta que el artículo 81 CE, apartado 1, no exige que las restricciones de la competencia en cuestión hayan afectado efectivamente a los intercambios entre los Estados miembros, sino que únicamente requiere que se demuestre que los acuerdos pueden tener tal efecto. [78]

78 — Véanse las sentencias antes citadas Ferriere Nord/Comisión (apartado 19), y Bagnasco y otros (apartado 48).

201. Esa jurisprudencia no hace distinción según se trate de examinar la compatibilidad de un acuerdo en un control *ex-post,* que en tal caso se refiere a un acuerdo ya celebrado o ejecutado, o en un control *ex-ante,* a saber cuando ese acuerdo ha sido previamente notificado a la Comisión con vistas a la concesión de una exención.

202. Acoger la tesis de ÖVAG equivaldría a establecer una diferencia de criterio y de control según se trate de una apreciación *a priori* o *a posteriori* de un acuerdo. Ahora bien, ese criterio no ha sido previsto por la jurisprudencia.

203. En esas circunstancias no puede reprocharse al Tribunal de Primera Instancia haber cometido un error de Derecho.

204. De esas consideraciones deriva a mi juicio que el Tribunal de Primera Instancia apreció acertadamente la aptitud de la «red Lombard» para afectar al comercio entre los Estados miembros, y motivó correctamente su análisis.

205. El Tribunal de Primera Instancia, así como la Comisión, en el artículo 1 de la Decisión controvertida, podían así pues considerar válidamente que los acuerdos celebrados entre las recurrentes constituían una infracción del artículo 81 CE, apartado 1.

206. Propongo por tanto al Tribunal de Justicia desestimar por infundado este primer motivo.

B. *Sobre el segundo motivo, basado en la imputación errónea de la responsabilidad por la infracción*

207. Este motivo pretende impugnar la determinación de los destinatarios de la Decisión controvertida mencionados en el artículo 1 de ésta.

1. Alegaciones de las partes

208. Erste mantiene que el Tribunal de Primera Instancia cometió diversos errores de Derecho y de apreciación al estimar en los apartados 327 y siguientes de la sentencia recurrida que la citada empresa debe responder por la infracción cometida por GiroCredit Bank der österreichischen Sparkassen AG (en lo sucesivo, «GiroCredit») durante el período anterior a su adquisición.

209. En primer lugar, Erste alega que el Tribunal de Primera Instancia no apreció correctamente los vínculos económicos y jurídicos existentes entre GiroCredit y el grupo Bank Austria. En este aspecto Erste recuerda que, hasta la adquisición de la mayor parte de su capital el 20 de mayo de 1997, la participación mayoritaria en GiroCredit pertenecía al grupo Bank Austria, que participó él mismo en el «club Lombard». Ese grupo controlaba GiroCredit no sólo a través de una participación mayoritaria en el capital de esta última, sino también por medio del nombramiento de miembros del consejo de vigilancia y del comité director, y del ejercicio de los cargos de dirección más altos de GiroCredit por empleados de Bank Austria AG. Por consiguiente el comportamiento de GiroCredit durante ese período habría debido imputarse a BA-CA. Además, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia según la cual GiroCredit era la persona jurídica responsable de la explotación de las actividades bancarias es errónea en Derecho ya que esa última sociedad también estaba controlada y dirigida por el grupo Bank Austria.

210. En segundo lugar, Erste sostiene que el Tribunal de Primera Instancia también cometió un error de Derecho en los apartados 328 a 336 de la sentencia recurrida, al estimar que la Comisión podía elegir entre sancionar a la filial que participó en la infracción o a la sociedad matriz que la controlaba durante ese período, y ello incluso en el caso de una sucesión económica.

211. La Comisión pone de relieve que es preciso distinguir claramente entre la cuestión de la determinación de la persona jurídica responsable de la empresa que ha participado en la infracción y las circunstancias en las que el comportamiento de una filial, con personalidad jurídica diferenciada, puede imputarse a la sociedad matriz. Señala que su criterio no da lugar a ninguna injusticia dado que la propia Erste participó en la práctica colusoria.

2. Apreciación

212. Mediante este motivo Erste alega que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al considerar que la Comisión estaba facultada para imputarle la responsabilidad por la infracción cometida por GiroCredit antes de su adquisición, a pesar de que esa última pertenecía al tiempo de la comisión de la infracción al grupo Bank Austria.

213. Más concretamente, se pide al Tribunal de Justicia que examine si el hecho de que GiroCredit hubiera estado controlada por otra sociedad matriz cuando cometió la infracción excluye la posibilidad de que la Comisión impute a Erste, la nueva sociedad matriz, el comportamiento infractor de esa filial.

214. No lo creo así.

215. Ante todo es preciso recordar los principios que el Tribunal de Justicia ha enunciado en materia de imputabilidad de las infracciones en caso de sucesiones de empresas y en el marco de un grupo de sociedades.

216. De reiterada jurisprudencia se desprende que el Derecho comunitario de la competencia tiene por objeto las actividades de las «empresas» y que el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, *con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación*. [79]

217. El Tribunal de Justicia considera además que, en atención a la naturaleza de la infracción de la que se trata, así como a la naturaleza y gravedad de las sanciones correspondientes, la responsabilidad por la comisión de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, tiene un carácter personal. [80]

218. Por consiguiente el Tribunal de Justicia estima que incumbe a la persona física o jurídica que dirigía la empresa en el momento en que se cometió la infracción responder por ésta, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona. [81] Mientras exista la persona jurídica que dirigía la empresa al tiempo de la infracción, la responsabilidad por la conducta infractora de la empresa continúa atribuida a esa persona jurídica, aun cuando se hayan cedido a terceros después del período de infracción los elementos materiales y humanos que contribuyeron a la comisión de la infracción. [82]

219. En cambio, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las reglas sobre la competencia deja de existir jurídica o económicamente tras la comisión de la infracción el Tribunal de Justicia aplica el criterio conocido como «de continuidad económica». [83]

220. La aplicación de ese criterio permite evitar que las empresas eludan las sanciones impuestas por la Comisión simplemente por el hecho de que su identidad haya sido modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, y asegurar

79 — La cursiva es mía. Véase en particular la sentencia de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros (C-280/06, Rec. p. I-10893), apartado 38 y jurisprudencia citada.

80 — Véase en particular la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada (apartado 78).

81 — Véanse las sentencias de 16 de noviembre de 2000, KNP BT/Comisión (C-248/98 P, Rec. p. I-9641), apartado 71; Cascades/Comisión (C-279/98 P, Rec. p. I-9693), apartado 78; Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión (C-286/98 P, Rec. p. I-9925), apartado 37, y SCA Holding/Comisión (C-297/98 P, Rec. p. I-10101), apartado 25, así como la sentencia ETI y otros, antes citada (apartado 39 y jurisprudencia citada).

82 — Véase en especial la sentencia SCA Holding/Comisión, antes citada (apartado 25).

83 — Véase en especial la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada (apartado 145).

por consiguiente la aplicación eficaz de las reglas sobre la competencia. [84]

221. En esas circunstancias, el juez comunitario considera que, cuando entre el momento en que se cometió la infracción y el momento en que la empresa de que se trate debe responder de ella, la persona responsable de la explotación de dicha empresa haya dejado de existir jurídicamente, es preciso localizar, en un primer momento, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron en la comisión de la infracción, para, en un segundo momento, identificar al actual responsable de la explotación de dicho conjunto. [85]

222. En lo que atañe más en particular a la imputabilidad de las infracciones en el marco de un grupo de sociedades el Tribunal de Justicia considera que el hecho de que una filial pueda tener una personalidad jurídica diferenciada no basta para excluir la posibilidad de que su comportamiento se impute a la sociedad matriz, en particular cuando su filial no define de manera autónoma su comportamiento en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte esa última. [86]

84 — En efecto, si eso sucediera el Tribunal de Justicia considera que se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas (véase la sentencia ETI y otros, antes citada, apartado 41 y jurisprudencia citada).

85 — Sentencia 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 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931), apartado 953.

86 — Véanse en especial las sentencias de 16 de noviembre de 2000, Metsä-Serla y otros/Comisión (C-294/98 P, Rec. p. I-10065), apartado 27, y de 2 de octubre de 2003, Aristrain/Comisión (C-196/99 P, Rec. p. I-11005), apartado 96.

223. Una vez recordados esos elementos, es preciso a continuación examinar la admisibilidad y el fundamento de las alegaciones de la recurrente.

224. En apoyo de su primera alegación la recurrente impugna en sustancia las apreciaciones de hecho del Tribunal de Primera Instancia. Rebate las afirmaciones contenidas en el apartado 327 de la sentencia recurrida, según las cuales GiroCredit era la persona jurídica responsable de la explotación de las actividades bancarias al tiempo de la comisión de la infracción. La recurrente expone al respecto una serie de elementos tendentes a demostrar que los requisitos conforme a los que la responsabilidad por el comportamiento de una filial puede atribuirse a la sociedad matriz concurrían en relación con Bank Austria AG y GiroCredit.

225. Considero que esas alegaciones no son admisibles a la luz de los principios que he expuesto en los puntos 65 a 72 de las presentes conclusiones. En efecto, en lo que se refiere a las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia enunciadas en el apartado 327 de la sentencia recurrida, son apreciaciones de hecho que no pueden impugnarse mediante un recurso de casación. En segundo lugar, en lo relativo a los elementos que invoca la recurrente como soporte de su demostración, sólo son una reproducción textual de los elementos que ya presentó ante el Tribunal de Primera Instancia. Mediante esta primera alegación la recurrente intenta en realidad obtener un mero reexamen de la demanda presentada ante el Tribunal de Primera Instancia y una nueva apreciación de los hechos, lo que excede de la competencia del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.

226. En apoyo de su segunda alegación la recurrente afirma en esencia que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al estimar que la responsabilidad por el comportamiento de GiroCredit anterior a su transmisión debe imputarse a la nueva sociedad matriz, a saber Erste, y no a la antigua sociedad matriz, es decir Bank Austria AG.

227. Opino que esa alegación es infundada por las siguientes razones.

228. Atendiendo a los principios definidos por el Tribunal de Justicia, GiroCredit era responsable por las infracciones en el mercado que cometió con carácter individual. En efecto, no obstante la participación mayoritaria perteneciente al grupo Bank Austria, [87] del considerando 479 de la Decisión controvertida resulta que su sociedad matriz no influía en la política comercial de esa filial, ni siquiera la determinaba un tercero. Del mismo considerando resulta también que GiroCredit defendía independientemente, bajo su responsabilidad propia y sin recibir ninguna directriz, sus propios intereses. A la vista de la jurisprudencia antes citada la antigua sociedad matriz no estaba pues obligada a responder por el comportamiento de su filial.

229. A raíz de su adquisición por Erste, la persona jurídica responsable de la explotación de GiroCredit dejó de existir jurídicamente, y en aplicación del criterio de la continuidad económica Erste pasó a ser la persona jurídica responsable del conjunto de los elementos materiales y humanos de esa empresa, los mismos que contribuyeron a la comisión de la infracción. La adquisición de esa empresa llevó consigo por tanto la transmisión a Erste de todos los activos y todos los pasivos de la empresa, incluidas sus responsabilidades a causa de la infracción del Derecho comunitario. [88]

230. Por consiguiente, el hecho de que GiroCredit hubiera estado bajo el control de otra sociedad matriz al tiempo que cometió la infracción con carácter individual no permitía excluir que Erste, la nueva sociedad matriz, fuera considerada responsable del comportamiento de esa filial antes de su adquisición. Si se estimara lo contrario ello equivaldría finalmente a poner en cuestión la autonomía que se reconoció a esa filial.

231. En esas circunstancias considero que el Tribunal de Primera Instancia podía estimar fundadamente que la imputabilidad a Erste de la responsabilidad por la infracción cometida por GiroCredit no podía excluirse por el mero hecho de que GiroCredit estaba controlada por otra sociedad matriz en el momento de la comisión de la infracción.

87 — De las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia, expuestas en el apartado 7 de la sentencia recurrida, resulta que las acciones de GiroCredit estaban en su mayoría en poder del grupo Bank Austria.

88 — El Tribunal de Primera Instancia expuso claramente esa jurisprudencia en los apartados 323 a 326 y 330 a 333 de la sentencia recurrida.

232. Además, hay que considerar el hecho de que Erste no podía ignorar el comportamiento anticompetitivo de GiroCredit en el momento de su adquisición, dado que ambas empresas participaban desde hacía casi tres años en la infracción objeto de la Decisión controvertida. [89] La recurrente adquirió pues esa empresa con pleno conocimiento de su situación.

233. En virtud de esos elementos opino que el motivo alegado por Erste, basado en la errónea imputación de la responsabilidad por la infracción, puede declararse inadmisible en parte y desestimarse como infundado por lo demás, sin que sea preciso examinar las demás alegaciones.

234. De cuanto precede resulta que los motivos invocados por las recurrentes en apoyo de su pretensión de anulación del artículo 1 de la Decisión controvertida deben a mi juicio desestimarse en conjunto.

89 — Las prácticas en cuestión entraban en el ámbito del artículo 81 CE, apartado 1, desde el 1 de enero de 1995. Erste adquirió GiroCredit en mayo de 1997. Ambas entidades se fusionaron en octubre de 1997.

IX. Sobre los motivos basados en la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, en cuanto la apreciación de la gravedad de la infracción y del importe de base de la multa está viciada por errores de Derecho y de motivación y vulnera el derecho de defensa

235. Esos motivos pretenden la reducción del importe de las multas impuestas a las recurrentes por el artículo 3 de la Decisión controvertida. Intentan desvirtuar las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia sobre la gravedad de la infracción en primer lugar, sobre la existencia de circunstancias atenuantes en segundo lugar y sobre la cooperación de las recurrentes en el procedimiento en tercer lugar.

A. *Sobre el primer motivo, basado en errores de Derecho en la apreciación de la gravedad de la infracción*

236. BA-CA, en el marco de su primer motivo, así como Erste y RZB, en el marco de su segundo motivo, impugnan el fundamento de las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia sobre la gravedad de la infracción.

237. Siguiendo el método enunciado en el punto 1 de las Directrices, el cálculo del importe de las multas se realiza en función de los dos criterios enunciados en el artículo 15,

apartado 2, del Reglamento nº 17, a saber la gravedad y la duración de la infracción. [90]

— *Infracciones leves:*

por ejemplo, podrá tratarse de restricciones, casi siempre verticales, destinadas a limitar los intercambios, pero cuyas repercusiones sobre el mercado sean limitadas y no afecten más que a una parte sustancial pero relativamente restringida del mercado comunitario.

238. El punto 1, sección A, párrafos primero y segundo, de las Directrices está así redactado:

Importes previstos: de 1.000 a 1 millón de [euros].

«A la hora de evaluar la gravedad de la infracción ha de tomarse en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado (siempre y cuando se puedan determinar) y la dimensión del mercado geográfico afectado.

— *Infracciones graves:*

se tratará por lo general de restricciones horizontales o verticales de la misma naturaleza que en el caso anterior, pero cuya aplicación sea más rigurosa, cuyas repercusiones en el mercado sean más amplias y que puedan surtir sus efectos en amplias zonas del mercado común. […]

Así, las infracciones serán clasificadas en tres categorías que establecen la distinción entre infracciones leves, graves y muy graves.

90 — Ese método se expone en los puntos 9 a 13 de las presentes conclusiones.

Importes previstos: de 1 a 20 millones de [euros].

— *Infracciones muy graves:*

se tratará básicamente de restricciones horizontales como carteles de precios y cuotas de reparto de los mercados u otras prácticas que menoscaben el correcto funcionamiento del mercado interior […]

Importes previstos: más de 20 millones de [euros].»

239. A continuación se analiza la gravedad de la infracción según las características de cada empresa interesada. Dentro de cada una de esas categorías la escala de las sanciones previstas permite diferenciar el trato aplicado a las empresas en función de la naturaleza de las infracciones cometidas. La Comisión toma en consideración entonces la capacidad económica efectiva de las empresas interesadas para infligir un daño y fija un importe que dote a la multa de un carácter disuasorio. En esa fase la Comisión puede clasificar a las empresas en diferentes categorías y ponderar el importe de base de la multa para cada una de ellas.

240. Una vez recordados esos elementos hay que examinar a continuación el conjunto de las alegaciones formuladas por Erste, RZB y BA-CA, fundadas en la apreciación errónea de la gravedad de la infracción.

241. Como he indicado en el punto 69 de las presentes conclusiones el control del Tribunal de Justicia tiene por objeto examinar en qué medida el Tribunal de Primera Instancia ha tomado en consideración correctamente los factores que permiten apreciar la gravedad del comportamiento de la empresa a la luz de los artículos 81 CE y 15 del Reglamento nº 17.

1. Sobre la primera parte del motivo, basada en que la apreciación no se ajusta a las Directrices

a) Alegaciones de las partes

242. RZB aduce una contradicción en los fundamentos de la sentencia recurrida. En efecto, en tanto que en el apartado 226 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia manifiesta que la Comisión no se puede separar del método que ha expuesto en las Directrices, en el apartado 237 de la misma sentencia considera que el hecho de que la Comisión haya precisado su modo de proceder en relación con la valoración de la gravedad de una infracción no se opone a que dicha institución examine la gravedad en función de elementos que no se mencionan expresamente en las Directrices. La recu-

rrente critica que el Tribunal de Primera Instancia se haya separado de la metodología expuesta en las Directrices al controlar la legalidad de la Decisión controvertida. El Tribunal de Primera Instancia, según alega, estimó erróneamente de tal forma que esa apreciación podía tener en cuenta criterios que no se mencionan expresamente en las Directrices, a pesar de que éstas crean una expectativa legítima en las empresas.

243. La Comisión indica que, si bien ella misma está efectivamente limitada por las Directrices que se ha fijado, no lo está el Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de su competencia de plena jurisdicción. Por otra parte, de la jurisprudencia resulta con claridad que las Directrices sólo fijan un «programa mínimo» que no da lugar a una enumeración limitativa de los elementos que deben considerarse. Es incluso posible separarse de ese programa en circunstancias justificadas.

b) Apreciación

244. Estimo infundada esta alegación.

245. En efecto, al considerar que el método descrito por la Comisión en las Directrices no se oponía a la consideración de elementos que no se mencionaban expresamente en aquéllas, el Tribunal de Primera Instancia no ha cometido a mi juicio ningún error de apreciación.

246. Las Directrices contienen factores de flexibilidad que permiten a la Comisión tener en cuenta múltiples elementos al apreciar la gravedad de la infracción dentro de los límites enunciados en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. [91]

247. Entre esos elementos, previstos en el punto 1, sección A, de las Directrices, no sólo figuran los que están ligados a la naturaleza de la infracción, a su repercusión y a su dimensión geográfica sino también los elementos relativos a las características mismas de las empresas y a la necesidad de asegurar una acción disuasoria. Al apreciar cada uno de dichos elementos la Comisión tiene que considerar necesariamente los factores propios de la infracción, factores que las Directrices no pueden enunciar de forma exhaustiva. [92]

91 — Véase por analogía la sentencia de 29 de junio de 2006, SGL Carbon/Comisión (C-308/04 P, Rec. p. I-5977), apartado 46 y jurisprudencia citada.

92 — En ese aspecto es preciso recordar que el Tribunal de Justicia afirma reiteradamente que la gravedad de las infracciones debe determinarse en función de un gran número de factores, y sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente [sentencias antes citadas Ferriere Nord/Comisión (apartado 33), y Dansk Rørindustri y otros/Comisión (apartados 240 y 241)].

248. Al respecto la Comisión puede basarse en los numerosos factores que el Tribunal de Justicia mismo ha precisado en su jurisprudencia. [93]

249. La Comisión puede ante todo valorar la gravedad de la infracción en función de las circunstancias singulares del asunto y tener en cuenta el contexto reglamentario y económico del comportamiento imputado. Al examinar la naturaleza de las restricciones producidas en la competencia la Comisión puede tener presente el contenido, la duración, el número, la intensidad y la amplitud geográfica del acuerdo así como el valor de las mercancías afectadas por éste. También puede considerar el número y la importancia relativa en el mercado de las partes en el acuerdo, con atención en especial a su cuota de mercado, su dimensión, su comportamiento y su papel en la elaboración del acuerdo. La Comisión también puede examinar la situación del mercado en la época en la que se cometió la infracción y tener en cuenta el deterioro sufrido por el orden público económico. Finalmente, puede considerar el riesgo que el acuerdo en cuestión crea para los objetivos de la Comunidad Europea.

250. En esa medida, no estimo que la Comisión se separe del método que ella misma se ha fijado en las Directrices ni que vulnere la seguridad jurídica de las empresas interesadas. [94]

251. A la vista de esos elementos considero que el análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre ese aspecto no incurre en ningún error de Derecho ni adolece de ninguna contradicción en sus fundamentos.

252. A mi juicio debe desestimarse pues esa primera parte.

2. Sobre la segunda parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la «naturaleza propia» de la infracción

a) Alegaciones de las partes

253. En apoyo de la segunda parte RZB presenta cuatro alegaciones.

93 — Véanse las sentencias de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión (41/69, Rec. p. 661), apartado 176, y de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartado 612, así como las sentencias antes citadas Ferriere Nord/Comisión (apartado 38); Aalborg Portland y otros/Comisión (apartados 90 y 91 y jurisprudencia citada), y Dansk Rørindustri y otros/Comisión (apartados 241 y 242 y jurisprudencia citada).

94 — En los apartados 209 a 213 de la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, el Tribunal de Justicia recordó que las Directrices garantizan la seguridad jurídica de las empresas interesadas y les permiten conocer los métodos de cálculo utilizados por la Comisión al aplicar el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17.

254. En primer lugar, RZB mantiene que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al estimar en el apartado 240 de la sentencia recurrida que la naturaleza de la infracción desempeña un papel primordial para caracterizar las infracciones muy graves, en tanto que los demás criterios, a saber la repercusión concreta en el mercado o la dimensión geográfica del mercado afectado, tienen menor importancia.

255. En segundo lugar la recurrente sostiene que el Tribunal de Primera Instancia también cometió un error de Derecho al fundar su apreciación en elementos que no figuran en las Directrices, a saber la importancia del sector bancario para la economía, la amplia gama de productos bancarios afectados por la práctica colusoria y la participación en las reuniones de la gran mayoría de los bancos austriacos.

256. En tercer lugar la recurrente critica al Tribunal de Primera Instancia por no haber tenido en cuenta la política del Gobierno, tendente a preservar el sector bancario del libre juego del mercado. Además, alega, el Tribunal consideró erróneamente que la intervención de las autoridades estatales en comportamientos comprendidos en el artículo 81 CE es una circunstancia agravante de la multa.

257. En cuarto lugar, RZB alega que el Tribunal de Primera Instancia no toma en consideración, erróneamente, el efecto disuasorio al examinar la gravedad intrínseca de la infracción, a pesar de que propugna una apreciación global.

b) Apreciación

258. En lo que atañe a la primera alegación pienso que el Tribunal de Primera Instancia estimó válidamente que la naturaleza propia de la infracción juega efectivamente un papel primordial para caracterizar las infracciones «muy graves».

259. Por una parte, de una reiterada jurisprudencia resulta que siempre se ha considerado que las prácticas colusorias horizontales en materia de precios constituyen una de las infracciones más graves del Derecho comunitario de la competencia dado que suponen una intervención directa en los parámetros esenciales de la competencia. [95] En el presente caso me parece evidente que una práctica colusoria de fijación de precios, como la «red Lombard», de una amplitud como la comprobada por la Comisión, que afectaba a un sector económico tan importante como el bancario, no puede eludir la calificación de infracción muy grave.

95 — Véanse en particular las sentencias del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión (C-194/99 P, Rec. p. I-10821), apartado 118; del Tribunal de Primera Instancia de 12 de julio de 2001, Tate & Lyle y otros/Comisión (T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Rec. p. II-2035), apartado 103, y de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión (T-213/00, Rec. p. II-913), apartado 262.

260. Además, el Tribunal de Primera Instancia ha estimado en la sentencia de 30 de septiembre de 2003, Michelin/Comisión, [96] que la gravedad de la infracción puede determinarse en función de la naturaleza y el objeto de los comportamientos abusivos y que los factores que forman parte del objeto de un comportamiento pueden ser más importantes, a efectos de la fijación de la cuantía de la multa, que los relativos a sus efectos. [97] El Tribunal de Justicia ha confirmado ese criterio al considerar que el efecto de una práctica contraria a la competencia no era un criterio determinante para la apreciación del importe adecuado de la multa. [98]

261. Por último, como señaló acertadamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 240 de la sentencia recurrida, de las Directrices y en particular de la descripción de las infracciones muy graves se desprende que las prácticas colusorias de fijación de los precios pueden ser calificadas como muy graves basándose únicamente en su propia naturaleza, sin que sea necesario que la Comisión demuestre sus repercusiones concretas sobre el mercado o valore la dimensión del mercado geográfico afectado. [99] Así pues, por su propia naturaleza ese tipo de acuerdo puede constituir una infracción muy grave, con independencia de sus repercusiones concretas sobre el mercado y de su dimensión geográfica.

262. Por consiguiente no puede reprocharse al Tribunal de Primera Instancia haber estimado que los tres criterios previstos en el punto 1, sección A, de las Directrices no tienen la misma importancia a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción.

263. En lo relativo a la segunda alegación ya he expuesto en los puntos 245 a 251 de las presentes conclusiones que el Tribunal de Primera Instancia podía válidamente apreciar la gravedad de la infracción atendiendo a elementos distintos de los mencionados expresamente en las Directrices. Propongo por tanto al Tribunal de Justicia desestimar esa alegación por infundada.

264. Respecto a las alegaciones tercera y cuarta la recurrente impugna en esencia la ponderación de los criterios que permitieron apreciar la gravedad de la infracción. Considerando la función que incumbe al Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación, opino que no corresponde a éste proceder a tal examen. Por tanto propongo que declare inadmisibles esas alegaciones.

265. En virtud del conjunto de dichos elementos estimo que la segunda parte de este motivo debe ser desestimada.

96 — T-203/01, Rec. p. II-4071.

97 — Apartados 258 y 259.

98 — Sentencia Thyssen Stahl/Comisión, antes citada (apartado 118).

99 — Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión (T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947), apartado 447. Esta sentencia es objeto de recursos de casación actualmente pendientes ante el Tribunal de Justicia (C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P). Esos recursos no se refieren sin embargo a esa cuestión.

3. Sobre la tercera parte del motivo, basada en la apreciación errónea de las «repercusiones concretas de la infracción en el mercado»

a) Alegaciones de las partes

266. RZB mantiene que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al aceptar que la Comisión dedujera de la mera «ejecución» de la práctica colusoria la existencia de repercusiones concretas de la infracción en el mercado. Esa apreciación, según alega, es contraria al texto de las Directrices y demuestra que el Tribunal de Primera Instancia confunde la «ejecución» de los acuerdos, que es un requisito para la aplicación del artículo 81 CE, con el criterio más estricto de las «repercusiones concretas en el mercado», que es pertinente para fundamentar la gravedad de la infracción. La sentencia Cascades/Comisión, antes citada, se opone al razonamiento del Tribunal de Primera Instancia.[100] Además, el informe pericial económico presentado por las recurrentes demuestra que los acuerdos relativos a los productos esenciales no habían tenido ninguna repercusión en las condiciones efectivamente aplicadas.

267. Por su parte, BA-CA considera que las repercusiones concretas de la infracción en el mercado fueron valoradas erróneamente. En efecto, el informe pericial económico presentado por las recurrentes demuestra que las reuniones no producían tales efectos en los mercados austriacos.

268. Además, según BA-CA el Tribunal de Primera Instancia vulneró los principios de valoración de la prueba en su examen del informe pericial económico. En efecto, al exigir que dicho informe versara sobre el «conjunto de los efectos potenciales de los acuerdos en el mercado», el Tribunal de Primera Instancia va más allá de lo que es posible exigir de un informe pericial económico destinado a probar la falta de ejecución de los acuerdos y la falta de nexo de causalidad entre las mesas redondas bancarias y el juego de la competencia en el mercado.

269. La Comisión señala por su parte que el informe pericial presentado por los bancos sólo se refería a dos productos bancarios y no a los efectos potenciales del acuerdo en el mercado. En cualquier caso la ejecución, aunque sea parcial, de un acuerdo cuyo objeto es anticompetitivo basta para excluir la posibilidad de estimar la falta de repercusión de dicho acuerdo en el mercado.

b) Apreciación

270. La alegación planteada por las recurrentes es a mi juicio uno de los aspectos más delicados del presente caso.

271. En efecto, ni las Directrices ni la jurisprudencia comunitaria son particularmente claras acerca de la necesidad y la

100 — Apartados 53 y 62.

forma en que ha de tenerse en cuenta el criterio de la repercusión concreta de la infracción en el mercado.

272. El Tribunal de Justicia estima que, para valorar las repercusiones concretas de una infracción en el mercado, la Comisión está obligada a tomar como referencia la competencia que habría existido normalmente si no se hubiera producido la infracción. [101] Además, cuando se trata de infracciones intrínsecamente graves del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia considera que no es un criterio determinante para la apreciación del importe adecuado de la multa. [102]

273. Por otra parte, a tenor del punto 1, sección A, de las Directrices la Comisión sólo puede tomar en consideración las repercusiones concretas en el mercado si se pueden determinar. Con otras palabras, según entiendo, si esa repercusión no puede determinarse la Comisión no puede tenerla en cuenta al calcular la multa.

274. En cambio, respecto a las prácticas colusorias horizontales en materia de precios o de reparto de mercados, se desprende de las Directrices, y en especial de la descripción de las infracciones muy graves que esas prácticas colusorias pueden ser calificadas como muy graves basándose únicamente en su propia naturaleza, sin que la Comisión esté obligada a demostrar repercusiones concretas de la infracción en el mercado o a valorar la dimensión del mercado geográfico afectado. [103] En tal supuesto la repercusión concreta de la infracción en el mercado constituye un elemento entre otros, el cual, si puede determinarse, permite a la Comisión aumentar el importe de la multa por encima del límite de 20 millones de euros.

275. Aunque las Directrices hayan permitido aclarar la forma en la que la Comisión aprecia la gravedad de una infracción, subsisten no obstante numerosas incertidumbres sobre el contenido del término «determinable». ¿Hasta qué punto la propia Comisión tiene que estar en condiciones de determinar las repercusiones concretas de la infracción en el mercado para tenerlas en cuenta al calcular la multa? ¿Es suficiente a los efectos del cálculo de la multa que la Comisión demuestre que los acuerdos han sido ejecutados, para deducir la repercusión concreta de la infracción en el mercado, como ha estimado el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida, o debe la Comisión aportar otros indicios?

276. A mi parecer la respuesta del juez comunitario al respecto no es clara ya que existe aún una incertidumbre sobre los elementos que ha de tener en cuenta la Comisión.

101 — Véanse la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, antes citada (apartados 619 y 620), así como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 2008, Carbone-Lorraine/Comisión (T-73/04, Rec. p. II-2661), apartado 83 y jurisprudencia citada.

102 — Sentencia Thyssen Stahl/Comisión, antes citada (apartado 118).

103 — Véanse también la sentencia Bolloré y otros/Comisión, antes citada (apartado 447), así como la sentencia recurrida (apartado 240).

i) El criterio del juez comunitario

277. Según reiterada jurisprudencia el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión no está obligada a cuantificar con precisión las repercusiones concretas de la infracción ni aportar una valoración numérica. [104] En efecto, el Tribunal de Primera Instancia advierte las dificultades a las que puede enfrentarse la Comisión, en la medida en que según el Tribunal «la prueba [de las repercusiones concretas de una infracción] implica comparar la situación derivada de la infracción con la que se habría producido de no existir ésta, situación que es por naturaleza hipotética». [105]

278. En esas circunstancias el Tribunal de Primera Instancia estima que las repercusiones concretas de una práctica colusoria en el mercado quedan suficientemente demostradas si la Comisión puede proporcionar indicios concretos y verosímiles que indiquen, con una probabilidad razonable, que dicha práctica ha tenido repercusiones en el mercado. [106]

279. A partir de esa apreciación se han desarrollado seguidamente dos corrientes jurisprudenciales.

280. Según la primera corriente el Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión puede basarse válidamente en la ejecución de la práctica colusoria para deducir la existencia de repercusiones en el mercado.

281. Es ésa la corriente propugnada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida, en la línea de los asuntos que dieron lugar a las sentencias Groupe Danone/Comisión, [107] antes citadas, y Brasserie nationale/Comisión. [108]

282. Esa corriente tiende a relativizar la importancia del criterio basado en las repercusiones concretas de la infracción en el mercado y las exigencias relativas a su demostración, en la medida en que, en el caso de los acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercados, la Comisión no está obligada a tener en cuenta las Directrices para calificar esa infracción como muy grave. [109]

104 — Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006, Roquette Frères/Comisión (T-322/01, Rec. p. II-3137), apartados 71 a 80, en especial el apartado 75, y los apartados 133 a 144; Jungbunzlauer/Comisión (T-43/02, Rec. p. II-3435), apartados 151 a 163, en especial el apartado 155; Archer Daniels Midland/Comisión (T-59/02, Rec. p. II-3627; en lo sucesivo, sentencia «Archer Daniels Midlan II»), apartados 157 a 168, en especial el apartado 161; de 8 de julio de 2008, Knauf Gips/Comisión (T-52/03), apartados 388 a 415, especialmente el apartado 392; BPB/Comisión (T-53/03, Rec. p. II-1333), apartados 297 a 322, en especial el apartado 301, y Lafarge/Comisión (T-54/03), apartados 575 a 604, en especial el apartado 583.

105 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de abril de 2006, Degussa/Comisión (T-279/02, Rec. p. II-897), apartado 231.

106 — Ibidem.

107 — En el marco del recurso de casación interpuesto contra esa sentencia no se planteaba esa cuestión al Tribunal de Justicia.

108 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de julio de 2005 (T-49/02 a T-51/02, Rec. p. II-3033).

109 — Sentencias antes citadas Groupe Danone/Comisión (apartado 150), y Brasserie nationale/Comisión (apartados 178 y 179), así como la sentencia recurrida (apartado 240).

283. En el supuesto de una práctica colusoria de fijación de precios, como la «red Lombard», el Tribunal de Primera Instancia considera legítimo que la Comisión deduzca que la infracción produjo efectos en el mercado en virtud del hecho de que los miembros de la práctica colusoria hayan adoptado medidas para aplicar los precios convenidos. [110] En cualquier caso el Tribunal de Primera Instancia estima que, cuando se demuestra que la práctica colusoria se ejecutó, no se puede exigir a la Comisión que demuestre sistemáticamente que los acuerdos permitieron efectivamente a las empresas afectadas alcanzar un nivel de precios de transacción superior al que habría existido sin la práctica colusoria, y ello porque serían precisos recursos considerables para tal fin, así como recurrir a cálculos hipotéticos. [111]

284. Además, el Tribunal de Primera Instancia atribuye importancia decisiva a la voluntad de las partes de dar un efecto concreto a sus acuerdos. En tal caso, considera que «lo que ocurrió posteriormente, respecto a los precios de mercado efectivamente practicados, podía verse influido por otros factores, fuera del control de los miembros del cártel» y estima que éstos no pueden apuntarse en beneficio propio factores externos que entorpecieron sus esfuerzos. [112]

285. Esa jurisprudencia ha sido recogida por el Tribunal de Primera Instancia en varias sentencias recientes, entre las que figuran las sentencias de 18 de junio de 2008, Hoechst/Comisión, [113] y Carbone-Lorraine/Comisión, antes citada. [114]

286. Según la segunda corriente jurisprudencial el Tribunal de Primera Instancia exige a la Comisión algo más que la mera prueba de la ejecución de la práctica colusoria para afirmar que ésta tuvo incidencia real en el mercado.

287. En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de septiembre de 2007, Prym y Prym Consumer/Comisión, [115] el Tribunal señaló que «la ejecución de un acuerdo no implica necesariamente que produzca efectos reales» en el mercado. [116]. En ese asunto el Tribunal de Primera Instancia estimó que a los efectos del cálculo de la multa la Comisión no podía basarse exclusivamente en una relación de causa a efecto y limitarse a observar que el acuerdo se había ejecutado, para deducir la existencia de repercusión concreta en el mercado.

288. Además, en las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 Roquettes Frères/Comisión, antes citada, y Archer Daniels Midland/Comisión, [117] relativas a la práctica colusoria en el mercado del gluconato sódico, el Tribunal de Primera Instancia señaló que «debido a su carácter de condición previa de las repercu-

110 — Sentencia recurrida (apartado 285).
111 — Ibidem (apartado 286 y jurisprudencia citada).
112 — Ibidem (apartado 287 y jurisprudencia citada.

113 — T-410/03 (Rec. p. II-881), apartados 345 y 348.
114 — Apartados 84 a 87.
115 — T-30/05. Esta sentencia es actualmente objeto de recurso de casación interpuesto ante el Tribunal de Justicia (C-534/07 P).
116 — Apartado 110.
117 — T-329/01, Rec. p. II-3255; en lo sucesivo, «sentencia Archer Daniels Midlan I».

siones concretas de un cártel, la aplicación efectiva de [éste] constituye un principio de indicio de la existencia de repercusiones concretas del cártel». [118] Ése puede ser un firme indicio, siempre no obstante que la Comisión no se limite a este análisis. [119]

289. De tal forma, en los dos asuntos que dieron lugar a esas sentencias, la Comisión no sólo había apreciado que los acuerdos se habían aplicado «escrupulosamente» sino que también había demostrado una concordancia entre los precios fijados por el cártel y los aplicados realmente en el mercado por las empresas interesadas. La Comisión también había destacado la importancia de la cuota de las empresas en el mercado de referencia así como los esfuerzos considerables dedicados a la organización, seguimiento y vigilancia de los acuerdos. [120]

290. Por otra parte, en las sentencias antes citadas de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión y Archer Daniels Midlan II, relativas a la práctica colusoria en el mercado del ácido cítrico, el Tribunal de Primera Instancia estimó que la Comisión había apreciado correctamente las repercusiones concretas de la práctica colusoria en el mercado, al demostrar una aplicación «cuidadosa» de los acuerdos y una concordancia entre los precios fijados por el cártel y los efectivamente aplicados en el mercado por las empresas interesadas, a la vez que subrayó la importancia de sus cuotas en el mercado de referencia y la duración de la práctica colusoria. [121]

291. Finalmente, en las sentencias antes citadas de 8 de julio de 2008, Knauf Gips/Comisión, BPB/Comisión y Lafarge/Comisión, relativas a la práctica colusoria en el mercado de los paneles de yeso, el Tribunal de Primera Instancia estimó que, excepto la estabilidad de las cuotas de mercado, la Comisión había probado suficientemente los efectos de la infracción, al demostrar que los participantes en la práctica colusoria poseían la mayor parte del mercado, que los acuerdos celebrados entre las partes se pusieron en práctica y que estaban destinados a llevar los precios a un nivel superior al que hubieran alcanzado sin ellos. Según el Tribunal todos esos indicios tendían a demostrar que la infracción podía producir efectos significativos contrarios a la competencia. [122]

292. Esas sentencias sólo son una ilustración de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia que tiende a exigir a la Comisión más pruebas que la basada en la mera ejecución de la práctica colusoria. En dichas sentencias el Tribunal de Primera Instancia ha tenido ocasión de precisar la importancia que ha de atribuirse a cada uno de esos indicios.

293. En lo que atañe al indicio derivado de la ejecución de la práctica colusoria, el Tribunal de Primera Instancia considera que su peso puede aumentar con la duración del acuerdo. El Tribunal de Primera Instancia ha observado que el buen funcionamiento de una práctica colusoria compleja relativa a la fijación de precios, el reparto de los mercados y el intercambio de información requiere importantes gastos de administración y de

118 — Apartados 77 y 180 respectivamente.
119 — Apartados 78 y 181 respectivamente.
120 — Apartados 76 a 78 y 179 y 181 respectivamente.
121 — Apartados 156 a 159 y 162 a 166 respectivamente.
122 — Apartados 393 y 394, 302 y 303 así como 585 y 586 respectivamente.

gestión. Por tanto, el Tribunal considera razonable pensar que, si las empresas prolongaron la infracción y garantizaron la eficacia de su gestión administrativa durante un largo período de tiempo, a pesar de los riesgos inherentes a tales actividades ilícitas, los participantes en el cártel obtuvieron un cierto beneficio de su acuerdo y, por tanto, éste tuvo repercusiones concretas sobre el mercado afectado. [123]

294. En cuanto al indicio derivado de la importancia y la estabilidad de las cuotas de mercado de las empresas, el Tribunal de Primera Instancia considera que ese factor no basta por sí solo para demostrar la existencia de repercusiones concretas. En efecto, el hecho de que las partes en la práctica colusoria controlen una parte mayoritaria del mercado forma parte del objeto de la práctica colusoria, y no de sus efectos. Se trata por tanto de indicaciones dirigidas a demostrar que la infracción podía provocar importantes efectos contrarios a la competencia, y no que realmente hubiera ocurrido así. [124] Según el Tribunal, la Comisión debe en tal caso apreciar ese factor teniendo en cuenta los datos relativos a la situación del mercado de referencia antes de la práctica colusoria. Además, el Tribunal de Primera Instancia estima que el valor de este indicio aumenta con la duración de la práctica colusoria. [125]

295. En lo que respecta a los indicios derivados de la evolución coordinada de los precios el Tribunal de Primera Instancia ha adoptado dos criterios.

296. En las sentencias antes citadas Jungbunzlauer/Comisión y Archer Daniels Midlan II, el Tribunal de Primera Instancia ha considerado que, para controlar la apreciación formulada por la Comisión sobre las repercusiones concretas en el mercado de las prácticas colusorias, «es preciso examinar, sobre todo, su valoración de los efectos de las prácticas colusorias sobre los precios». Según el Tribunal, la Comisión debe en ese caso demostrar, con un grado de probabilidad razonable, que los acuerdos en cuestión permitieron efectivamente a las partes interesadas alcanzar un nivel de precios superior al que se habría impuesto si éstos no hubieran existido. En ese marco el Tribunal estima que la Comisión debe tener en cuenta todas las condiciones objetivas del mercado de referencia, tomando en consideración el contexto económico, y eventualmente normativo, imperante, y debe demostrar que, en el marco del libre juego de la competencia, el nivel de precios no habría evolucionado de manera idéntica al de los precios practicados. [126]

297. En el asunto que dio lugar a la sentencia Jungbunzlauer/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia estimó que, debido a la existencia de un paralelismo permanente entre los precios fijados por los miembros del cártel y los efectivamente practicados, «había quedado suficientemente

123 — Sentencias antes citadas Roquette Frères/Comisión (apartado 79), y Archer Daniels Midlan I (apartado 182).

124 — Sentencia Degussa/Comisión, antes citada (apartado 232).

125 — Sentencias antes citadas Jungbunzlauer/Comisión (apartado 159), y Archer Daniels Midlan II (apartados 165 y 166). Véanse también las sentencias antes citadas Knauf Gips/Comisión (apartados 395 y 403); BPB/Comisión (apartados 304 y 312), y Lafarge/Comisión (apartados 587 y 594).

126 — Sentencias antes citadas Jungbunzlauer/Comisión (apartados 177 a 190, en especial el apartado 179), y Archer Daniels Midlan II (apartados 180 a 192, en especial el apartado 182). Véase también el criterio del Tribunal de Primera Instancia en la sentencia Degussa/Comisión, antes citada (apartado 224).

acreditado con arreglo a Derecho que las prácticas colusorias habían tenido repercusiones concretas en el mercado, que podían "determinarse" en el sentido de las Directrices mediante la comparación entre el precio hipotético que se habría alcanzado de no existir el cártel y el precio aplicado en el caso de autos tras la constitución del mismo». [127]

298. En cambio, en la sentencia Lafarge/Comisión, antes citada, recientemente dictada por el Tribunal de Primera Instancia, éste ha considerado que no se puede exigir a la Comisión, cuando se demuestra la puesta en obra de la práctica colusoria, que pruebe sistemáticamente que los acuerdos permitieron efectivamente a las empresas afectadas alcanzar un nivel de precios de transacción superior al que habría existido sin la práctica colusoria. Según el Tribunal, dicha demostración requeriría recursos considerables y supondría hacer cálculos hipotéticos, basados en modelos económicos cuya exactitud sólo difícilmente puede verificar el juez. En ese asunto el Tribunal de Primera Instancia ha estimado que la Comisión había demostrado, de forma bastante en Derecho, repercusiones concretas de la práctica colusoria sobre el mercado afectado respecto de los precios, basándose en la publicación de listas de precios y en la fijación de un precio, repercusiones que, aunque sean meramente indicativas, afectan al juego de la competencia. [128]

299. En la sentencia Degussa/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia ha señalado que esos indicios deben basarse además en factores económicos objetivos y no en meras conjeturas. [129]

300. Atendiendo a esos elementos procede examinar seguidamente el fundamento de la alegación sostenida por RZB.

ii) Mi punto de vista

301. Como he indicado, la recurrente imputa en esencia al Tribunal de Primera Instancia haber aceptado que la Comisión deduzca de la mera ejecución de la práctica colusoria la existencia de repercusiones concretas de la infracción en el mercado, a los efectos del cálculo de la multa.

302. Estimo que esa alegación es fundada.

303. Pienso en efecto que es importante mantener una elevada exigencia de prueba a cargo de la Comisión cuando ésta afirma que una práctica colusoria ha tenido incidencia en el mercado a los efectos de apreciar la

127 — Apartado 185 y jurisprudencia citada.

128 — Sentencia Lafarge/Comisión, antes citada (apartados 587 a 593). Véanse también las sentencias antes citadas Knauf Gips/Comisión (apartados 396 a 402), y BPB/Comisión (apartados 307 a 311).

129 — Apartado 240 y jurisprudencia citada.

gravedad de la infracción y de calcular el importe de la multa.

304. Es verdad que, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de las Directrices, la Comisión no está obligada a tener en cuenta el efecto de la infracción en el mercado cuando se trata de una infracción particularmente grave, como el acuerdo en cuestión.

305. No obstante, si la Comisión afirma la existencia de repercusiones concretas de la infracción ello le permite reforzar la gravedad de ésta e incrementar el importe de base de la multa por encima del límite fijado por las Directrices.

306. Ahora bien, a mi parecer las multas previstas por el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 son equiparables por su naturaleza y su importancia a una sanción penal, aunque en el sentido estricto del término tengan carácter de sanción administrativa. La actuación de la Comisión, que es ante todo represiva, debe así pues respetar, tanto en el orden procesal como el sustantivo, los principios del Derecho punitivo, y la Comisión tiene que demostrar por consiguiente los elementos en los que se basa para calcular el importe de la sanción.

307. Ello es tanto más importante en el caso de una infracción muy grave, ya que la Comisión sólo está vinculada por el límite máximo fijado en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. A diferencia de las infracciones calificadas como leves o graves, la Comisión puede en efecto ir mucho más allá del límite de 20 millones de euros previsto en el punto 1, sección A, tercer guión, de las Directrices, lo que le confiere un gran margen de apreciación.

308. En ese contexto, si la Comisión decide tener en cuenta las repercusiones concretas de la infracción en el mercado para apreciar la gravedad de ésta y para determinar el importe de la multa correspondiente, debe en tal caso estar en condiciones de aportar indicios concretos, verosímiles y suficientes acreditativos de la existencia de efectos reales de la infracción en el mercado así como de un nexo de causalidad entre el acuerdo anticompetitivo y la modificación del juego de la competencia en el mercado.

309. Pues bien, no es ése el criterio mantenido por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida.

310. En efecto, aun si el Tribunal podía considerar fundadamente en el apartado 288 de la sentencia recurrida que «la Comisión pudo, con razón, basarse en la aplicación de la práctica colusoria», cometió a mi juicio un error de Derecho al estimar que tal análisis bastaba para deducir la existencia de repercusión en el mercado.

311. Por una parte, como consideró el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia Prym y Prym Consumer/Comisión, antes citada, creo que la ejecución de un acuerdo no implica necesariamente que produzca efectos reales en el mercado. Esos efectos son a mi juicio aún menos «determinables» en el sentido del punto 1, sección A, de las Directrices. La ejecución de un acuerdo constituye por tanto un indicio importante ya que se trata de una condición previa de una repercusión concreta en el mercado, pero creo que es sólo un principio de indicio. [130]

312. Pienso que la Comisión debe además poder obtener indicios derivados de la evolución de los precios o de las cuotas de mercado de las empresas, sin que ello implique utilizar recursos considerables. En el marco, por ejemplo, de un acuerdo de fijación de precios, como la «red Lombard», me parece esencial, y plenamente concorde con la demostración que se supone tiene que hacer la Comisión, que ésta examine los efectos de los acuerdos en los precios, atendiendo a las condiciones objetivas del mercado de referencia. Ese análisis puede permitir comprobar un aumento o una reducción de los precios a raíz de la ejecución de los acuerdos, o la existencia de paralelismo entre los precios fijados en virtud de la práctica colusoria y los precios efectivamente aplicados. En el marco de esa apreciación, y como el propio Tribunal de Primera Instancia ha recordado en el apartado 284 de la sentencia recurrida, para valorar las repercusiones concretas de una infracción en el mercado la Comisión debe referirse al juego de la competencia que habría existido normalmente sin la infracción. Aunque es difícil exigir a la Comisión que aporte evaluaciones cuantificadas, creo no obstante que ésta puede demostrar ciertas tendencias sobre la base de una comparación entre la situación del mercado antes de la comisión de la infracción y tras su ejecución.

313. Por consiguiente tampoco comparto el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia expuesto en el apartado 287 de la sentencia recurrida, según el cual no es necesario tener en cuenta el nivel de los precios de mercado efectivamente practicados, porque podía verse influido por otros factores, fuera del control de los miembros del cártel. En efecto, es ocioso recordar que el objeto del control de la Comisión es determinar las repercusiones concretas de la práctica colusoria en el mercado, en especial en los precios, y ello, como ha establecido el Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta el contexto económico y reglamentario.

314. Por último, sólo quiero poner de relieve que, si bien comparto la preocupación del Tribunal de Primera Instancia por las dificultades que puede encontrar la Comisión para probar las repercusiones concretas de una práctica colusoria en el mercado, [131] pienso que en el presente caso ello no puede justificar la insuficiencia de la demostración de la Comisión, sobre todo cuando ésta basa su apreciación en un indicio único, el de la ejecución del acuerdo.

130 — Véase la nota 118.

131 — Véase el apartado 286 de la sentencia recurrida.

315. A la vista del conjunto de esos elementos considero que el Tribunal de Primera Instancia ha cometido un error de Derecho al estimar que, a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción y del cálculo del importe de base de la multa, la Comisión podía basarse en la ejecución de la práctica colusoria para deducir la existencia de repercusiones concretas en el mercado.

316. Por consiguiente propongo al Tribunal de Justicia declarar fundada esta tercera parte del motivo.

4. Sobre la cuarta parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la «dimensión del mercado geográfico afectado»

a) Alegaciones de las partes

317. RZB imputa al Tribunal de Primera Instancia no haber examinado en los apartados 308 a 313 de la sentencia recurrida la alegación de que la extensión del territorio de la República de Austria, manifiesta e innegablemente limitada, se opone a la calificación de la infracción apreciada como muy grave. Además, dicho razonamiento es contrario al texto de las Directrices y a la práctica decisoria de la Comisión.

b) Apreciación

318. Considero infundada esta parte.

319. Por un lado y en contra de lo que mantiene la recurrente el Tribunal de Primera Instancia expuso de forma clara y suficientemente motivada en los apartados 308 a 313 de la sentencia recurrida las razones por las que la limitada dimensión del mercado geográfico afectado no se oponía, según el Tribunal, a la calificación de la infracción comprobada como muy grave.

320. Como el Tribunal de Primera Instancia expuso fundadamente en el apartado 240 de la sentencia recurrida, y lo he señalado en el punto 261 de las presentes conclusiones, los acuerdos de fijación de precios, como los considerados, pueden ser calificados como una infracción muy grave por su propia naturaleza, con independencia de su repercusión en el mercado y de la dimensión geográfica del mercado de referencia.

321. Además, recuérdese que la práctica decisoria de la Comisión no puede servir de marco jurídico a las multas en materia de competencia. [132] De reiterada jurisprudencia resulta en efecto que las orientaciones deducidas de esa práctica sólo tienen carácter indicativo dado que los datos circunstanciales

132 — Sentencia JCB Service/Comisión, antes citada (apartado 205). Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de julio de 2005, Scandinavian Airlines System/Comisión (T-241/01, Rec. p. II-2917), apartado 87 y jurisprudencia citada.

de los asuntos, como los mercados, los productos, los países, las empresas y los períodos considerados, no son idénticos. [133] En esas circunstancias la recurrente no puede invocar decisiones anteriores adoptadas por la Comisión.

322. Por último quiero añadir que ni el Tratado CE, ni el Reglamento nº 17, ni las Directrices, ni la jurisprudencia, permiten considerar que sólo puedan calificarse como infracciones muy graves las restricciones que abarquen mercados muy amplios. Como señaló válidamente el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 312 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Justicia estima que el territorio de un solo Estado miembro, o incluso una parte reducida de éste, puede ser considerado como una parte sustancial del mercado común. Además, como he expuesto, la infracción comprobada en el presente caso no afecta únicamente a la República de Austria sino que puede afectar al comercio entre los Estados miembros.

323. Siendo así, considero que la cuarta parte de este motivo debe ser desestimada.

133 — Véase la sentencia JCB Service/Comisión, antes citada (apartado 201).

5. Sobre la quinta parte del motivo, basada en la apreciación errónea por el Tribunal de Primera Instancia de la influencia del carácter selectivo de las actuaciones sancionadoras y en la vulneración del deber de motivación

a) Alegaciones de las partes

324. En apoyo de la quinta parte RZB formula dos alegaciones.

325. En primer lugar, RZB reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber desestimado su alegación de que la calificación de la infracción como «muy grave» es incompatible con la opción por la Comisión de actuar en vía sancionadora sólo contra algunas de las empresas que participaron en la infracción.

326. En segundo lugar, RZB alega que el Tribunal de Primera Instancia vulneró su obligación de motivación al no dar respuesta a las alegaciones según las cuales el elevado nivel de la multa contradice el carácter simbólico de un procedimiento dirigido en definitiva contra la totalidad del sector bancario austriaco, por un lado, y por otro conduce a distorsiones de la competencia dado que la multa sólo se impone al 10 % de los bancos. Por último, afirma que la calificación de la infracción como muy grave no es conciliable con la imputación de «injusticia de empresas individuales».

b) Apreciación

327. En lo que atañe a la primera alegación opino, al igual que la Comisión, que sólo es la reproducción literal de un motivo ya alegado ante el Tribunal de Primera Instancia, y no identifica ningún error de Derecho. Conforme a los principios recordados en el punto 65 de las presentes conclusiones, propongo al Tribunal de Justicia declararla inadmisible.

328. Por lo que se refiere a la segunda alegación, sobre la falta de motivación de la sentencia recurrida, creo que no debe ser acogida. [134]

329. Recuerdo ante todo que en virtud del artículo 36 del Estatuto del Tribunal de Justicia, aplicable al Tribunal de Primera Instancia conforme al artículo 53 del mismo Estatuto, «las sentencias serán motivadas».

330. Según el Tribunal de Justicia, la motivación de una sentencia debe poner de manifiesto de forma clara e inequívoca el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia, de manera que permita a los interesados conocer la justificación de la decisión adoptada y al Tribunal de Justicia ejercer su control jurisdiccional. [135] Cuando se trata de un recurso basado en el artículo 230 CE la obligación de motivación requiere evidentemente que el Tribunal de Primera Instancia examine los motivos de anulación alegados por el recurrente y exponga las razones que llevan a desestimar un motivo o anular el acto impugnado. En el marco en particular de la aplicación de los artículos 81 CE y 15 del Reglamento nº 17, el Tribunal de Justicia considera que le incumbe comprobar si el Tribunal de Primera Instancia ha contestado de modo suficiente con arreglo a Derecho a todas las alegaciones formuladas por el recurrente tendentes a la supresión o la reducción de la multa. [136]

331. El Tribunal de Justicia ha puesto límites no obstante a esa obligación de responder a los motivos invocados, en la sentencia Connolly/Comisión. [137] El Tribunal de Justicia ha considerado que la motivación de una sentencia debe apreciarse en relación con las circunstancias del asunto [138] y no puede obligar al Tribunal de Primera Instancia a responder «con detalle a cada uno de los argumentos presentados por el recurrente, sobre todo si no son suficientemente claros y precisos ni se apoyan en elementos de prueba idóneos». [139]

134 — Recuérdese que según reiterada jurisprudencia la cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia ha dado respuesta a los motivos de las partes y ha motivado debidamente su sentencia constituye una cuestión de Derecho que, como tal, puede ser invocada en un recurso de casación [véase en especial la sentencia de 7 de mayo de 1998, Somaco/Comisión (C-401/96 P, Rec. p. I-2587), apartado 53 y jurisprudencia citada].

135 — Véanse en ese sentido las sentencias de 14 de mayo de 1998, Consejo/de Nil e Impens (C-259/96 P, Rec. p. I-2915), apartados 32 a 34, y de 17 de mayo de 2001, IECC/Comisión (C-449/98 P, Rec. p. I-3875), apartado 70, así como los autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 1995, Comisión/Atlantic Container Line y otros [C-149/95 P(R), Rec. p. I-2165)], apartado 58; de 14 de octubre de 1996, SCK y FNK/Comisión [C-268/96 P(R), Rec. p. I-4971)], apartado 52, y de 25 de junio de 1998, Antilles néerlandaises/Consejo [C-159/98 P(R), Rec. p. I-4147)], apartado 70.

136 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 19 de las presentes conclusiones.

137 — Sentencia de 6 de marzo de 2001 (C-274/99 P, Rec. p. I-1611).

138 — Apartado 120.

139 — Apartado 121. Véase también la sentencia de 11 de septiembre de 2003, Bélgica/Comisión (C-197/99 P, Rec. p. I-8461), apartado 81.

332. A la vista de esos elementos estimo que el Tribunal de Primera Instancia no estaba obligado a responder a las mencionadas alegaciones de la recurrente.

333. En efecto, en el apartado 315 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia apreció que la premisa de la recurrente según la cual la Comisión había actuado contra las empresas de forma selectiva y simbólica era errónea. Señaló que la Comisión eligió en realidad a los destinatarios de la Decisión basándose en la frecuencia de su participación en las mesas redondas más importantes. [140] En esas circunstancias me parece que el Tribunal de Primera Instancia no estaba obligado a proseguir el examen de las demás alegaciones de la recurrente fundadas en esa premisa.

334. Propongo por tanto al Tribunal de Justicia que declare inadmisible e infundada esta quinta parte del motivo.

6. Sobre la sexta parte, basada en la falta de apreciación global de la gravedad de la infracción

a) Alegaciones de las partes

335. RZB critica al Tribunal de Primera Instancia por no haber realizado una apreciación global de la gravedad de la infracción, teniendo en cuenta todos los aspectos mencionados en las Directrices (la naturaleza propia de la infracción, las repercusiones concretas de ésta y la dimensión del mercado geográfico de referencia), así como los elementos exógenos, a saber la importancia económica del sector bancario austriaco, la falta de necesidad de efecto disuasorio y el carácter selectivo de las actuaciones sancionadoras. Si el Tribunal de Primera Instancia hubiera procedido a ese análisis habría apreciado en tal caso que la infracción en cuestión no podía calificarse como muy grave.

b) Apreciación

336. Considero infundada esta alegación. En efecto, al examinar la primera parte de este motivo he estimado que el Tribunal de Primera Instancia no había cometido ningún error de apreciación al afirmar que la Comisión podía tener en cuenta elementos distintos de los mencionados expresamente en las Directrices, y en particular elementos «exógenos» [141] a los efectos de valorar la

140 — Considerando 470 de la Decisión controvertida.

141 — Puntos 245 a 251 de las presentes conclusiones.

gravedad de la infracción. En realidad la recurrente plantea en esta parte una alegación que entra en contradicción pura y simple con lo que mantiene en la primera parte de este motivo.

337. Por consiguiente esta sexta parte debe desestimarse por infundada.

7. Sobre la séptima parte del motivo, basada en la apreciación errónea de la distribución de las recurrentes en categorías

338. De la Decisión controvertida resulta que el mercado bancario austriaco se caracteriza por la existencia de grupos bancarios cuya estructura comprende varios niveles, llamados «descentralizados».

339. Las cajas de ahorro y los bancos populares tienen una estructura en dos niveles, y por su parte las cajas de crédito agrícola (bancos Raiffeisen), una estructura en tres niveles. En cada una de esas estructuras a varios niveles (en lo sucesivo, «sector de las cajas de ahorro», «sector Raiffeisen» y «sector de los bancos populares», y en conjunto, «sectores descentralizados»), un establecimiento central, denominado usualmente «sociedad de cabecera», ejerce funciones de apoyo y de servicio a los bancos del sector. Erste, RZB y ÖVAG son respectivamente los establecimientos centrales del sector de las cajas de ahorro, del sector Raiffeisen y del sector de los bancos populares.

340. En virtud del punto 1, sección A, de las Directrices, en lo que atañe a las infracciones muy graves la Comisión puede ajustar el importe de base de la multa en función de la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción para falsear la competencia.

341. En los presentes asuntos la Comisión estimó en el considerando 515 de la Decisión controvertida que ese tipo de tratamiento diferenciado se imponía en la medida en que existían diferencias de dimensión considerables entre las empresas y los grupos bancarios que habían participado en la «red Lombard».

342. Por tanto la Comisión distribuyó a los destinatarios de la Decisión controvertida en cinco categorías, en función de los datos disponibles sobre sus cuotas de mercado. En cuando a Erste, RZB y ÖVAG la Comisión consideró que, como sociedades de cabecera de los sectores descentralizados de las cajas de ahorro, de los bancos Raiffeisen y de los bancos populares respectivamente, era preciso atribuirles las cuotas de mercado de sus respectivos sectores a fin de apreciar mejor su poder económico en el mercado. Erste y RZB fueron pues clasificadas en la primera categoría, en tanto que ÖVAG lo fue en la tercera.

a) Las alegaciones formuladas por las recurrentes

343. En primer lugar, no obstante algunas particularidades ligadas a su respectiva situación, Erste, RZB y ÖVAG impugnan el principio de esa atribución. Consideran que el Tribunal de Primera Instancia vulneró en el plano jurídico los requisitos conforme a los que la Comisión podía atribuirles, en cuanto establecimientos centrales de los sectores descentralizados, las cuotas de mercado de sus respectivos sectores a efectos de la clasificación en categorías. Al respecto las recurrentes mantienen que esa atribución infringe el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 así como el principio de proporcionalidad de la sanción, el principio de responsabilidad personal por las infracciones en el Derecho de la competencia y el principio de igualdad.

344. En segundo lugar Erste, RZB y ÖVAG afirman que el Tribunal de Primera Instancia vulneró su derecho de defensa.

345. En tercer lugar mantienen que el propio Tribunal no apreció correctamente su papel y sus funciones en el seno de los grupos bancarios.

346. En cuarto lugar Erste alega que son erróneas las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia sobre la cuota de mercado del grupo de las cajas de ahorro.

347. En quinto lugar ÖVAG sostiene que el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó los hechos y los elementos de prueba que le fueron presentados.

i) Sobre la primera alegación, basada en la ilegalidad de la atribución a los establecimientos centrales de las cuotas de mercado de los bancos de los sectores descentralizados

348. Erste, RZB y ÖVAG exponen diversos argumentos en apoyo de esta alegación.

— Sobre el principio de la atribución y los criterios de apreciación utilizados con ese fin

349. Erste, RZB y ÖVAG mantienen que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al estimar en los apartados 356 y 373 de la sentencia recurrida que, al atribuirles las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados a los efectos del cálculo de la multa, la Comisión no les imputó el comportamiento infractor de esos bancos, y únicamente les sancionó «por su propio comportamiento».

350. Según dichas partes esa atribución equivale en realidad a imputarles la responsabilidad por las infracciones cometidas por los

bancos de sus sectores descentralizados ya que la posición de esos bancos en el mercado se toma plenamente en cuenta a los efectos del cálculo de la multa. Erste, RZB y ÖVAG consideran por tanto que esa atribución habría debido apreciarse atendiendo a los criterios que el Tribunal de Justicia ha enunciado respecto a la imputabilidad de las infracciones dentro de un grupo de sociedades, a saber la posibilidad de control de la empresa y la existencia de una unidad económica.

351. Basándose en la existencia de relaciones estables dentro de los grupos bancarios y en las funciones de apoyo y de servicio ejercidas por los establecimientos centrales, según alegan, la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia eludieron las exigencias estrictas establecidas por la jurisprudencia.

352. La Comisión mantiene que el criterio determinante para la distribución en categorías es la comparación del poder de mercado real, que se funda en las relaciones estables de los bancos descentralizados con sus sociedades de cabecera.

— Sobre la infracción del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, así como del principio de proporcionalidad de la sanción, del principio de responsabilidad personal por las infracciones en el Derecho de la competencia y del principio de igualdad

353. Erste mantiene que la atribución a las sociedades de cabecera (GiroCredit o Erste) [142] de las cuotas de mercado de cerca de 70 cajas de ahorro austriacas infringe el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 en conjunción con el punto 1, sección A, de las Directrices. En efecto, dicha disposición no permite imputar a una empresa la cuota de mercado de terceras empresas que operan en el mismo sector de actividades.

354. Erste y RZB alegan también que esa atribución vulnera el principio de la responsabilidad personal por la comisión de infracciones del Derecho de la competencia así como el principio de proporcionalidad de la sanción.

355. Finalmente, RZB y ÖVAG afirman que el Tribunal de Primera Instancia también vulneró el principio de igualdad. En ese

142 — Esa imputación afecta a GiroCredit respecto al período comprendido entre el año 1995 y el mes de octubre de 1997, cuando ésa era el establecimiento central del sector, y se refiere a Erste respecto al período comprendido entre octubre de 1997 y junio de 1998, cuando ésta pasó a ser la sociedad de cabecera del sector a raíz de la absorción de GiroCredit.

aspecto RZB reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber asimilado los establecimientos centrales de los sectores descentralizados a los grandes bancos centralizados a los efectos de la clasificación en categorías. Según la recurrente el Tribunal de Primera Instancia habría debido examinar si era procedente computar sólo una parte de las cuotas de mercado de cada sector afectado, para tener en cuenta el hecho de que, cuando participaba en las mesas redondas interbancarias, un establecimiento central como RZB se limitaba a transmitir informaciones, dado que no podía actuar en nombre de los bancos ni podía dar instrucciones para la ejecución de los posibles acuerdos.

356. La Comisión recuerda que la atribución de las cuotas de mercado en la Decisión controvertida no se basa en apreciaciones específicas relativas a la participación efectiva de los bancos descentralizados en la infracción, sino únicamente en el hecho de que la Comisión sancionó a las sociedades de cabecera por su propio comportamiento. Puntualiza que en el presente caso no se imputó ningún comportamiento de tercero.

357. En lo que atañe a las alegaciones formuladas por RZB la Comisión señala ante todo que las multas impuestas a las sociedades de cabecera no superaban el límite del 10 % del volumen de negocios de la empresa, conforme al artículo 15 del Reglamento nº 17. Ello difiere por tanto del supuesto de que hubiera sido preciso tener en cuenta el volumen de negocios total del grupo, si la sociedad de cabecera y los bancos descentralizados hubieran sido considerados como una unidad económica. La Comisión observa por otro lado que la recurrente no precisa de qué forma se han tratado situaciones diferentes de manera idéntica sin justificación adecuada.

358. Por último la Comisión invoca la inadmisibilidad de la alegación tendente a que se examine la proporcionalidad de la multa ya que el Tribunal de Justicia no puede sustituir por razones de equidad la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por la suya propia.

ii) Sobre la segunda alegación, basada en la vulneración del derecho de defensa

359. Ante el Tribunal de Primera Instancia Erste y ÖVAG habían imputado a la Comisión no haber mencionado en el pliego de cargos su intención de atribuir a los establecimientos centrales las cuotas de mercado de sus grupos respectivos a los efectos del cálculo de la multa.

360. En sus respectivos recursos de casación Erste y ÖVAG mantienen que el Tribunal de Primera Instancia vulneró su derecho de defensa al estimar en el apartado 369 de la sentencia recurrida que era suficiente la indicación en el pliego de cargos de que esas empresas eran las sociedades de cabecera del sector de las cajas de ahorro y del sector de los bancos populares.

361. Erste y ÖVAG sostienen que la Comisión no habría debido limitarse a una mera afirmación general y que habría debido informar a las empresas de las conclusiones que se proponía deducir de todos los elementos de hecho relativos a la infracción.

iii) Sobre la tercera alegación, basada en la apreciación errónea del papel y de las funciones de los establecimientos centrales dentro de los grupos bancarios

362. Erste, RZB y ÖVAG critican al Tribunal de Primera Instancia por no haber apreciado correctamente su papel y sus funciones dentro de los grupos bancarios.

363. Erste rebate la apreciación del Tribunal de Primera Instancia, expuesta en el apartado 401 de la sentencia recurrida, según la cual esa empresa tenía la función de «representar» al sector de las cajas de ahorro en las mesas redondas bancarias.

364. ÖVAG señala por su parte que, en contra de lo apreciado por el Tribunal de Primera Instancia, no tuvo posibilidad alguna de vincular a los bancos populares autónomos, ni forma con éstos una entidad económica.

365. RZB alega a su vez que no disponía de «una mayor pericia y de mejor información» en comparación con los bancos de su sector descentralizado, en contra de lo manifestado en el apartado 405 de la sentencia recurrida. En cualquier caso afirma que las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia sobre los vínculos que esa empresa mantiene con el sector descentralizado impedían atribuirle en su totalidad las cuotas de mercado de ese sector. Finalmente la recurrente señala que no tiene una capacidad comparable a la de los grandes bancos organizados de forma jerárquica para causar daños a los particulares y destaca que tampoco está en condiciones de beneficiarse de las prácticas controvertidas, ya que carece de una cuota individual de mercado significativa o de participación en las ganancias de los bancos del sector.

iv) Sobre la cuarta alegación, basada en la determinación incorrecta de las cuotas de mercado de Erste y del grupo de las cajas de ahorro

366. Erste mantiene que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al no apreciar que la Comisión se basó en una evaluación demasiado elevada de las cuotas de mercado para clasificarla en una de las categorías. En efecto, tanto antes como después de su fusión con GiroCredit su cuota de mercado era muy inferior a la que estimó la Comisión y confirmó el Tribunal de Primera Instancia en los apartados 455 y 458 de la sentencia recurrida.

367. El Tribunal de Primera Instancia cometió pues un error de Derecho en el apartado 457 de la sentencia recurrida, al estimar que Erste debía seguir clasificada en la primera categoría y que la alegación, aun suponiéndola fundada, no podía poner en cuestión la parte dispositiva de la Decisión impugnada. El Tribunal de Primera Instancia vulneró en ese aspecto los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad al no diferenciar la tenencia de una cuota de mercado del 30 % y una del 17 % con vistas a la clasificación en categorías.

368. La Comisión mantiene que cualquiera que fuera la cuota de mercado exacta estaba facultada para clasificar a Erste en la primera categoría tras la fusión con GiroCredit. Respecto a la alegación de que la Comisión tuvo en cuenta por dos veces las cuotas de mercado y el comportamiento de Erste Österreichische Spar-Casse-Bank AG (a saber Erste antes de la fusión con GiroCredit, en lo sucesivo, «EÖ»), la Comisión objeta su inadmisibilidad ya que Erste pretende conseguir un mero reexamen de los hechos, lo que no forma parte de la competencia del Tribunal de Justicia.

v) Sobre la quinta alegación, basada en la desnaturalización de los hechos y de los elementos de prueba

369. ÖVAG afirma que el análisis del Tribunal de Primera Instancia nace de una desnaturalización de los elementos de prueba que obran en los autos. En efecto, los intercambios de información y las actividades de ÖVAG como supuesta coordinadora y representante de los bancos populares descentralizados nunca se probaron (apartados 401 a 406 de la sentencia recurrida). Además, el Tribunal de Primera Instancia invocó erróneamente una sentencia del Verfassungsgerichtshof (Tribunal Constitucional austriaco) de 23 de junio de 1993 para justificar la atribución de las cuotas de mercado de los bancos del sector (apartados 392 a 401 de la sentencia recurrida). En efecto, ÖVAG indica que no participó en ese procedimiento y que esa sentencia sólo se refería a aspectos ligados a las «reservas líquidas». El Tribunal de Primera Instancia cometió de esa forma un error de hecho así como un error de Derecho, y además excedió el margen de apreciación que le está atribuido. Por último la recurrente expone que el Tribunal de Primera Instancia no examinó expresamente su situación, a diferencia de lo que hizo respecto a Erste y RZB así como los bancos de sus sectores respectivos.

370. La Comisión señala la falta de explicación por parte de la recurrente y pide que se desestime esta alegación. En lo que atañe al supuesto error cometido por el Tribunal de Primera Instancia al referirse a la sentencia del Verfassungsgerichtshof, la Comisión refuta la existencia de toda desnaturalización. En efecto, el juez austriaco se pronunció formalmente y de manera general sobre las relaciones entre los «establecimientos centrales» y sus «bancos primarios», y los bancos populares son expresamente mencionados en esa sentencia. Según la Comisión, ÖVAG no mantiene que su papel como sociedad de cabecera se diferencie del de las sociedades de cabecera de los otros sectores.

b) Apreciación

374. Pienso que el Tribunal de Primera Instancia cometió en ese aspecto un error de Derecho, y vició la sentencia recurrida con una contradicción en los fundamentos.

i) Sobre la primera alegación, basada en la ilegalidad de la atribución a los establecimientos centrales de las cuotas de mercado de los bancos de los sectores descentralizados

375. En efecto, mediante ese razonamiento el Tribunal de Primera Instancia afirma que la sociedad de cabecera no es responsable por las infracciones cometidas por los bancos de su sector descentralizado, pero que a los efectos del cálculo de la multa procede no obstante atribuirle las cuotas de mercado del conjunto del grupo.

371. Esta alegación plantea a mi juicio otro punto delicado del asunto. Atañe a la forma en la que la Comisión debe calcular el importe de la sanción en relación con las responsabilidades que tiene que asumir el autor de la infracción en la comisión de ésta.

376. Eso no es lógico. O bien la Comisión puede imputar la responsabilidad por la infracción a la sociedad de cabecera, en cuanto ésta forme una unidad económica con el sector descentralizado, y en tal caso puede tomar en cuenta para el cálculo de la multa la capacidad económica efectiva del conjunto de ese sector, o bien la Comisión imputa a la sociedad de cabecera su participación con carácter individual y sólo puede tener en cuenta para el cálculo de la multa su cuota de mercado, con independencia de las cuotas propias de su sector descentralizado.

372. En los presentes asuntos la Comisión calculó el importe de la multa que se proponía imponer a Erste, a RZB y a ÖVAG, como sociedades de cabecera, atribuyéndoles las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados. Ello le permitía apreciar su capacidad económica, en virtud del punto 1, sección A, párrafo cuarto, de las Directrices.

377. El criterio del Tribunal de Primera Instancia no es por tanto coherente. Es evidente que el hecho de calcular el importe de la sanción sobre la base de las cuotas de mercado conseguidas por los bancos de los sectores descentralizados equivale a «sancionar» a las sociedades de cabecera por el comportamiento infractor de esos bancos.

373. En los apartados 356 y 373 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia estimó que, al actuar así, la Comisión no les imputó el comportamiento infractor de los bancos de sus sectores, y les «sancionó por su propio comportamiento».

378. Ahora bien, estimo que, al calcular la sanción, y en este caso una multa, la Comisión sólo puede tener en cuenta la capacidad económica efectiva de las empresas a las que ha considerado responsables de la infracción cometida en el mercado. Esto resulta con gran claridad del punto 1, sección A, párrafo cuarto, de las Directrices que se refiere expresamente a la «capacidad económica efectiva *de los autores de la infracción*».[143] Pues bien, en la Decisión controvertida sólo las sociedades de cabecera fueron consideradas responsables de la infracción. El mismo Tribunal de Primera Instancia lo señala en el apartado 356 de la sentencia recurrida cuando puntualiza que «la Decisión [impugnada] no basa la imputación de las cuotas de mercado en comprobaciones específicas relativas a la participación efectiva de los bancos descentralizados en la infracción» y que «la Comisión sancionó a las sociedades de cabecera por su propio comportamiento».

379. En esta fase de mi examen, considero que la primera alegación, basada en la ilegalidad de la atribución a los establecimientos centrales de las cuotas de mercado de los bancos de los sectores descentralizados, es fundada, sin que sea preciso examinar las demás alegaciones formuladas por las recurrentes, y que debe estimarse la séptima parte de este primer motivo.

380. Vistos esos elementos, considero que la tercera y la séptima parte del primer motivo son fundadas. En consecuencia propongo al Tribunal de Justicia que declare que este motivo, basado en errores de Derecho sobre la apreciación de la gravedad de la infracción, es fundado, y que anule la sentencia recurrida en cuanto incurre:

— en un error de Derecho, ya que el Tribunal de Primera Instancia ha estimado que la Comisión podía deducir de la mera ejecución de la práctica colusoria la existencia de repercusiones concretas de la infracción en el mercado, y esto a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción y del cálculo del importe de base de la multa, así como

— en un error de Derecho y en una contradicción en los fundamentos, ya que el Tribunal de Primera Instancia ha estimado que, a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción y del cálculo del importe de base de la multa, la Comisión podía atribuir a Erste, a RZB y a ÖVAG las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados, a pesar de que no les imputó el comportamiento infractor de estos últimos.

381. Propongo sin embargo al Tribunal de Justicia proseguir el examen de los otros motivos alegados por las recurrentes dado que también pretenden una reducción del importe de la multa impuesta por la Comisión.

143 — La cursiva es mía.

B. *Sobre el segundo motivo, basado en errores de Derecho, en la falta de motivación y en la desnaturalización de los elementos de prueba en lo que se refiere a la existencia de circunstancias atenuantes*

382. A tenor del punto 3 de las Directrices, pueden constituir circunstancias atenuantes, si están probadas:

— la función exclusivamente pasiva o subordinada de una empresa en la comisión de la infracción;

— la no aplicación efectiva de los acuerdos ilícitos;

— la interrupción de las infracciones desde las primeras intervenciones de la Comisión;

— la existencia de una duda razonable de la empresa en cuanto al carácter ilícito del comportamiento restrictivo;

— las infracciones cometidas por negligencia, y

— la colaboración efectiva de la empresa en el procedimiento, fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la cooperación.

383. Ni la Comisión en la Decisión controvertida (considerandos 525 a 542), ni el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida (apartados 469 a 511), apreciaron circunstancias atenuantes a favor de las recurrentes.

384. En los presentes recursos de casación ÖVAG reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber reconocido como circunstancia atenuante su comportamiento pasivo en el curso de la infracción. BA-CA sostiene a su vez que el Tribunal de Primera Instancia cometió también errores de Derecho al no tener en cuenta la participación de las autoridades públicas en las mesas redondas bancarias así como el carácter público de éstas.

a) Sobre la primera parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre el comportamiento pasivo de ÖVAG

i) Alegaciones de las partes

385. ÖVAG critica en sustancia la forma en la que el Tribunal de Primera Instancia apreció su comportamiento durante la infracción en relación con las circunstancias atenuantes. Plantea al respecto varias alegaciones.

— Sobre la primera alegación, basada en el ejercicio incorrecto de la potestad jurisdiccional del Tribunal de Primera Instancia

386. La recurrente imputa al Tribunal de Primera Instancia haberse limitado a reproducir el texto de las Directrices sin examinar las circunstancias del asunto, y en especial el papel singular de ÖVAG dentro de la «red Lombard».

— Sobre la segunda alegación, basada en la utilización de un criterio de apreciación erróneo

387. La recurrente considera que el Tribunal de Primera Instancia ha cometido un error de Derecho en el apartado 483 de la sentencia recurrida, al fundar su apreciación en el criterio de la participación de los bancos en las mesas redondas, que también se utilizó para la distribución de los bancos en categorías. Al hacerlo el Tribunal de Primera Instancia vincula la cuestión de la distribución de los bancos según su poder en el mercado con la del reconocimiento de una circunstancia atenuante. Ahora bien, según la recurrente el reconocimiento de una circunstancia atenuante no puede depender del carácter «esporádico» de la participación de una empresa en las reuniones. En efecto, las Directrices obligan a la Comisión a realizar una apreciación diferenciada de las funciones y no a una presentación maniquea del tipo «todo o nada».

— Sobre la tercera alegación, basada en la desnaturalización de los elementos de prueba presentados al Tribunal de Primera Instancia

388. Según la recurrente el Tribunal de Primera Instancia desnaturalizó su exposición así como los hechos que constan en autos relativos a su participación en la práctica colusoria. En efecto, esa parte nunca alegó haberse distanciado de la práctica colusoria, sino que destacó siempre la modestia del papel que desempeñaba en ésta.

— Sobre la cuarta alegación, basada en una contradicción en los fundamentos

389. Según ÖVAG, el análisis del Tribunal de Primera Instancia es contradictorio dado que esa empresa es calificada como «gran banco» y «representante de un sector», a pesar de que la Comisión no realizó ninguna verificación en sus locales, de que la recurrente no formaba parte del «círculo restringido de los bancos» y de que sólo participaba en un número limitado de reuniones.

390. La Comisión considera que esas alegaciones carecen de pertinencia por el mero hecho de que no incumbe al Tribunal de Justicia sustituir por razones de equidad la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por la suya propia.

ii) Apreciación

391. Opino que esta primera parte debe ser desechada en su conjunto.

392. En lo referido a la primera alegación estimo que la forma en la que el Tribunal de Primera Instancia ha ejercido su control jurisdiccional no merece ninguna crítica. Recuerdo en efecto que en el marco del control de legalidad de la Decisión controvertida el Tribunal de Primera Instancia ejerce un control jurisdiccional limitado que debe tener presente el margen de apreciación del que dispone la Comisión para fijar el importe de las multas. En el examen de las alegaciones presentadas por ÖVAG, el control del Tribunal de Primera Instancia estaba limitado por tanto a la verificación del respeto de las reglas de procedimiento y de motivación, de la exactitud material de los hechos, de la inexistencia de error de Derecho así como de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder. Al respecto el Tribunal de Primera Instancia señaló en los apartados 484 y 487 de la sentencia recurrida que la recurrente no había demostrado que en su análisis la Comisión hubiera cometido errores de hecho o un error manifiesto de apreciación o incluso una desviación de poder.

393. En contra de lo que alega la recurrente el Tribunal de Primera Instancia no se limitó a una mera reproducción de las Directrices ya que indicó con claridad en los apartados 482 y 486 de la sentencia recurrida la jurisprudencia aplicable, y examinó seguidamente en los apartados 484 y 487 de la misma sentencia la forma en la que la Comisión tuvo en cuenta el comportamiento de cada una de las empresas y en particular de ÖVAG en las mesas redondas.

394. Estimo por tanto que esta alegación puede desestimarse fácilmente por infundada.

395. En cuanto a la segunda alegación, debe también desestimarse. Por una parte, el criterio que el Tribunal de Primera Instancia

utilizó en su apreciación, a saber el basado en la participación en las reuniones de los miembros de la práctica colusoria, se ajusta a una reiterada jurisprudencia, expresamente mencionada en el apartado 482 de la sentencia recurrida. Ese criterio permite tener en cuenta el comportamiento individual de una empresa en el curso de la práctica colusoria. Por otra parte, en contra de lo que mantiene ÖVAG, dicho criterio es diferente del utilizado por la Comisión para la clasificación de las recurrentes en categorías, basado sólo en el poder económico de las empresas.

396. Respecto a la tercera alegación, considero que no es admisible ya que los argumentos de ÖVAG no contienen ningún elemento serio que pueda demostrar que el Tribunal de Primera Instancia haya desnaturalizado su exposición o los elementos de los autos relativos a su participación en la práctica colusoria. En cualquier caso me parece evidente que al destacar la modestia de su papel en las mesas redondas bancarias la recurrente se proponía demostrar su distanciamiento de los demás miembros de la práctica colusoria.

397. Por último, en lo que se refiere a la cuarta alegación propongo al Tribunal de Justicia desestimarla de entrada por infundada dado que el hecho de que la Comisión no hubiera practicado una verificación por sorpresa en los locales de la recurrente en nada contradice el hecho de que ésta pueda ser calificada como «gran banco» y «representante del sector de los bancos populares».

398. En virtud del conjunto de esos elementos estimo que la primera parte de este motivo debe declararse en parte inadmisible y por lo demás infundada.

b) Sobre la segunda parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre la participación de las autoridades públicas en las mesas redondas bancarias [144]

i) Alegaciones de las partes

399. BA-CA critica en sustancia al Tribunal de Primera Instancia por no haber tenido en cuenta en concepto de circunstancia atenuante la participación de determinadas autoridades públicas en las reuniones. Al no hacerlo el Tribunal de Primera Instancia vulneró el principio de igualdad de trato dado que trató a BA-CA de forma diferente a otras empresas a las que se referían anteriores decisiones de la Comisión.

400. Según la recurrente, de la práctica decisoria de la Comisión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la tolerancia de un comportamiento por parte del legislador nacional así como la participación de autoridades públicas en reuniones constituyen una circunstancia atenuante y justifican la reducción del importe de la multa, con

144 — Apartados 261 y 504 a 506 de la sentencia recurrida.

independencia de la dimensión de las empresas interesadas. [145] En particular BA-CA critica al Tribunal de Primera Instancia por haber estimado en el apartado 505 de la sentencia recurrida que la tolerancia de la infracción por parte de las autoridades públicas no puede tenerse en consideración «en particular, a la vista de los medios de que disponen los bancos para obtener información jurídica precisa y correcta». Por una parte, esa condición no es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en especial con la sentencia de 9 de septiembre de 2003, CIF. [146] Por otra parte, dicha condición genera una discriminación en perjuicio de ciertas empresas, en función de su objeto social.

ii) Apreciación

401. Estimo que las críticas de BA-CA son infundadas.

402. En primer lugar, en el apartado 505 de la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia consideró que las pruebas presentadas por las recurrentes sobre la participación de determinadas autoridades públicas en las reuniones no eran suficientes para fundamentar una duda razonable acerca del carácter ilícito de las mesas redondas a la luz del Derecho comunitario de la competencia. Es una apreciación cuyo control no incumbe a mi juicio al Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación, de conformidad con los principios que he expuesto en los puntos 66 a 68 de las presentes conclusiones.

403. En segundo lugar, el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia estimara que la aprobación o la tolerancia de la infracción por parte de las autoridades austriacas no podía tomarse en consideración en concepto de circunstancia atenuante no es contrario a la jurisprudencia comunitaria y no infringe a mi parecer el principio de igualdad de trato.

404. Por una parte, pienso que la recurrente no puede invocar la sentencia CIF, antes citada. En efecto en ese asunto la práctica colusoria era facilitada por una ley nacional. En esas circunstancias el juez comunitario consideró en el apartado 57 de la sentencia que «al determinar el alcance de la sanción, produce, sin embargo, la consecuencia de poder apreciar el comportamiento de las empresas implicadas teniendo en cuenta la circunstancia atenuante que constituía el marco jurídico nacional». Ahora bien, no es esa la situación en el presente caso ya que la ley austriaca en cuestión, que permitía la concertación de las entidades bancarias, fue derogada a más tardar el 1 de enero de 1994, es decir un año antes del período de infracción al que se refiere la Decisión controvertida.

145 — La recurrente se refiere a las Decisiones 77/327/CEE de la Comisión, de 19 de abril de 1977, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/28.841 — ABG/Empresas petrolíferas que operan en los Países Bajos) (DO L 117, p. 1); 92/204/CEE de la Comisión, de 5 de febrero de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (Asuntos IV/31.572 y 32.571 — Industria de la construcción de los Países Bajos) (DO L 92, p. 1, véase el apartado 141 de la Decisión), y 1999/271/CE de la Comisión, de 9 de diciembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/34.466 — Transbordadores griegos) (DO L 109, p. 24), así como a la sentencia Jungbunzlauer/Comisión, antes citada (apartado 88).

146 — C-198/01, Rec. p. I-8055, apartado 57.

405. Por otra parte, considero que BA-CA no puede invocar la vulneración del principio de igualdad de trato por el hecho de que haya sido tratada de forma diferente a otras empresas afectadas por anteriores decisiones de la Comisión.

406. Recuérdese que el principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho a cuya observancia está obligada la Comisión en el marco de un procedimiento iniciado en virtud del artículo 81 CE. Según reiterada jurisprudencia, ese principio se opone a que se traten de manera diferente situaciones que sean comparables o a que situaciones diferentes se traten de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado. [147] En el contexto del cálculo de las multas impuestas en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, el juez comunitario estima que un cierto trato diferenciado entre las impresas implicadas es inherente a la aplicación del método elegido por las Directrices. [148] En efecto, éstas permiten a la Comisión individualizar la sanción en función de las actuaciones y de las características propias de las empresas a fin de garantizar la eficacia de las reglas comunitarias sobre la competencia.

407. Además, resulta de reiterada jurisprudencia, que el Tribunal de Justicia recordó en la sentencia JCB Service/Comisión, antes citada, que «la práctica seguida anteriormente por la Comisión en sus decisiones no sirve de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y que decisiones relativas a otros asuntos tienen carácter indicativo en lo referente a la existencia de discriminaciones». [149] En efecto, como puntualiza el Tribunal de Justicia, las orientaciones deducidas de esa práctica únicamente pueden tener un carácter indicativo cuando los datos circunstanciales de los asuntos, como los mercados, los productos, los países, las empresas y los períodos considerados, no son idénticos. [150]

408. En estas circunstancias estimo que las posibles orientaciones que puedan deducirse de las anteriores decisiones de la Comisión no pueden invocarse en los presentes asuntos.

409. A la vista de esos elementos opino que la segunda parte de este motivo debe desestimarse por infundada.

147 — Véanse en especial las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, BPB de Eendracht/Comisión (T-311/94, Rec. p. II-1129), apartado 309, y Archer Daniels Midlan I, antes citada (apartado 107).

148 — Véase en ese aspecto la sentencia Jungbunzlauer/Comisión, antes citada (apartado 238).

149 — Apartado 205. Véase también la sentencia Scandinavian Airlines System/Comisión, antes citada (apartado 87 y jurisprudencia citada)

150 — Sentencia JCB Service/Comisión, antes citada (apartado 201).

c) Sobre la tercera parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre el carácter público de las reuniones [151]

i) Alegaciones de las partes

410. BA-CA mantiene que el Tribunal de Primera Instancia ha cometido varios errores de Derecho al no conceder ninguna reducción de la multa a pesar de que se había demostrado la notoriedad de las mesas redondas bancarias. En primer lugar el Tribunal de Primera Instancia estimó erróneamente que la práctica colusoria no era públicamente conocida en toda su magnitud, a pesar de que los numerosos elementos presentados con la demanda y en especial los artículos de prensa demostraban que el público tenía conocimiento del objeto de las conversaciones y del nexo directo entre las mesas redondas bancarias y la evolución de los tipos de interés. El Tribunal de Primera Instancia vulneró por tanto los principios de valoración de la prueba al no examinar, en cuanto al fondo, los documentos aportados por la recurrente. En segundo lugar el Tribunal de Primera Instancia va más allá de lo que es posible exigir, al estimar que la opinión pública debe tener un perfecto conocimiento de las conversaciones para que sea posible conceder una reducción de la multa. En tercer lugar el Tribunal de Primera Instancia reprodujo de forma incorrecta la exposición de la recurrente dado que ésta no sostuvo precisamente que la notoriedad de las reuniones las hacía lícitas.

411. La Comisión refuta esas alegaciones. Puntualiza que no existe ninguna jurisprudencia según la cual los participantes en una práctica colusoria puedan considerar lícitas sus actuaciones por el hecho de que algunos comportamientos sean notorios. Si así fuera bastaría pues hacer públicas algunas prácticas para evitar sanciones pecuniarias. En ese aspecto el Tribunal de Primera Instancia pone claramente de manifiesto que la notoriedad no es determinante.

ii) Apreciación

412. Propongo al Tribunal de Justicia desechar de entrada esta alegación por inadmisible.

413. En efecto, BA-CA intenta en esencia impugnar varias apreciaciones de hecho realizadas por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 506 de la sentencia recurrida. La recurrente se limita a rebatir las conclusiones del Tribunal de Primera Instancia sin demostrar los errores que hubieran llevado a éste a desnaturalizar elementos de prueba. Su crítica constituye por tanto sólo un intento de sustituir la valoración del Tribunal de Primera Instancia por la versión de los hechos según la recurrente.

151 — Apartado 506 de la sentencia recurrida.

414. En esas circunstancias estimo que la tercera parte del motivo debe declararse inadmisible.

415. En virtud del conjunto de los anteriores elementos propongo al Tribunal de Justicia que declare en parte inadmisible y por lo demás infundado el segundo motivo relativo al análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre la existencia de circunstancias atenuantes, y que lo desestime en esa última parte.

C. *Sobre el tercer motivo, basado en errores de Derecho, en la vulneración de los principios de igualdad de trato, de protección de la confianza legítima y del derecho de defensa así como en la motivación insuficiente y contradictoria en lo que se refiere a la aplicación de la sección D de la Comunicación sobre la cooperación*

416. En su Comunicación sobre la cooperación la Comisión ha definido las condiciones en las que las empresas que cooperen con ella en el marco de su investigación sobre un acuerdo podrán quedar exentas del pago de la multa o beneficiarse de una reducción de la multa que, en principio, habrían tenido que pagar (sección A, apartado 3).

417. En lo que atañe a la aplicación a las recurrentes de la Comunicación sobre la cooperación no se discute que el comportamiento de ésas debe apreciarse conforme a la sección D de esa Comunicación, titulada «Reducción significativa del importe de la multa».

418. A tenor de la sección D, apartado 1, de dicha Comunicación, «cuando una empresa coopere sin que se reúnan todas las condiciones establecidas en las [secciones] B o C, gozará de una reducción del 10 al 50 % del importe de la multa que se le habría impuesto a falta de cooperación».

419. La sección D, apartado 2, de la Comunicación sobre la cooperación precisa:

«Así sucederá cuando:

— antes del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción,

— tras recibir el pliego de cargos, una empresa informe a la Comisión de que no pone en duda la veracidad de los

hechos sobre los que la Comisión funda sus acusaciones.»

420. Como el Tribunal de Primera Instancia recordó en el apartado 530 de la sentencia recurrida, según reiterada jurisprudencia una reducción del importe de la multa en atención a la cooperación en el procedimiento administrativo sólo se justifica si el comportamiento de la empresa afectada ha facilitado la labor de la Comisión y le ha permitido comprobar la infracción con menor dificultad, y en su caso poner fin a ésta.

421. Por otra parte es preciso recordar que, a tenor del artículo 11, apartado 1, del Reglamento nº 17, en el cumplimiento de las tareas que le asigna el artículo 81 CE, la Comisión podrá, en particular, recabar todas las informaciones que considere necesarias de las empresas y de las asociaciones de empresas, que estarán obligadas a facilitar la información solicitada, en virtud del apartado 4 del mismo artículo. Si una empresa o una asociación de empresas no facilitare la información requerida en el plazo fijado por la Comisión, o la suministrare de manera incompleta, la Comisión podrá pedirla mediante decisión, conforme al artículo 11, apartado 5, del Reglamento nº 17, y la empresa o asociación de empresas se expone entonces, en caso de negativa persistente a presentar esa información, a una multa sancionadora o una multa coercitiva.

422. En ese aspecto, como ha recordado fundadamente el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 529 de la sentencia recurrida, la cooperación de una empresa en la investigación no justifica una reducción de la multa cuando esa cooperación no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que le incumbían en virtud del artículo 11, apartados 4 y 5, del Reglamento nº 17. En cambio, cuando en respuesta a una solicitud de información en virtud del artículo 11 del Reglamento nº 17, la empresa facilite una información que supere ampliamente a la que la Comisión puede exigir que se le aporte en virtud del citado artículo, dicha empresa puede disfrutar de una reducción de la multa.

423. A la luz de esos principios hay que examinar si el análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre la reducción del importe de la multa, concedida por la Comisión a las recurrentes conforme a la sección D, apartado 2, primer guión, de la Comunicación sobre la cooperación, deriva de una apreciación errónea.

424. En la Decisión controvertida, la Comisión valoró la cooperación de los bancos en relación con la sección D de la Comunicación sobre la cooperación. La Comisión concedió a esos bancos una reducción del 10 % de su multa, conforme a la sección D, apartado 2, segundo guión, de esa Comunicación, debido a que no refutaron los hechos expuestos en el pliego de cargos. [152]. En cambio, la Comisión rehusó concederles una reducción de la multa conforme a la sección D, apartado 2, primer guión, de la misma Comunicación, según la cual la multa puede reducirse cuando «antes

152 — Considerandos 558 y 559 de la Decisión controvertida.

del envío del pliego de cargos una empresa facilite a la Comisión información, documentos u otros elementos de prueba que contribuyan a confirmar la existencia de la infracción».

425. En cuanto a las respuestas a las solicitudes de información, la Comisión estimó que la comunicación de las fechas y los nombres de los participantes en las mesas redondas así como la entrega de documentos relativos a ésas no eran voluntarias, ni podían pues calificarse como «cooperación». [153]

426. En lo que se refiere a la exposición común de los hechos presentada por los bancos, la Comisión consideró que dicha exposición no aportaba ningún valor añadido con relación a lo legalmente requerido. Reconoció que esa exposición iba más allá de la información pedida, al describir en detalle el contexto histórico de la «red Lombard» y al resumir el contenido de las distintas mesas redondas. No obstante, según la Comisión esa exposición no sirvió para precisar los hechos sino antes bien para defender a los bancos.

427. En cuanto a los documentos entregados con la exposición común de los hechos, la Comisión señaló que los bancos no habían podido identificar, a instancias de la Comisión, los documentos que contuvieran hechos nuevos en relación con los hechos que figuraban en los documentos obtenidos en las verificaciones o en documentos que debían ser presentados a raíz de las solicitudes de información, y concluyó que los primeros documentos no habían aportado ningún valor añadido. [154]

428. En la sentencia recurrida el Tribunal de Primera Instancia desestimó todos los motivos basados en la vulneración de la Comunicación sobre la cooperación. Además, dada la gravedad de la infracción, el Tribunal de Primera Instancia estimó que la cooperación de las recurrentes no justificaba ninguna reducción adicional de la multa que les había sido impuesta.

429. En sus respectivos recursos de casación las recurrentes imputan al Tribunal de Primera Instancia no haber apreciado correctamente la amplitud de su cooperación a la luz de la Comunicación sobre la cooperación, y haber infringido en ese aspecto los principios de igualdad de trato y de protección de la confianza legítima. Sostienen que habrían debido obtener, en aplicación de la sección D de la Comunicación sobre la cooperación, una mayor reducción de la multa que les había sido impuesta.

153 — Considerandos 545 y 546 de la Decisión controvertida.

154 — Considerandos 547 a 557 de la Decisión controvertida.

1. Sobre la primera parte del motivo, basada en la apreciación errónea del Tribunal de Primera Instancia sobre la facultad de apreciación de la Comisión y sobre el ejercicio de su control jurisdiccional

a) Alegaciones de las partes

430. BA-CA mantiene que el Tribunal de Primera Instancia no valoró correctamente el margen de apreciación del que dispone la Comisión en la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación ni los límites de su control jurisdiccional. En efecto, la sección D de la Comunicación sobre la cooperación no confiere ninguna facultad de apreciación a la Comisión en lo que atañe a si la información presentada por la empresa ha facilitado la tarea de la Comisión, por una parte, y por otra si debe concederse a la empresa que ha cooperado una reducción de la multa. La referencia a la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, tampoco puede justificar la existencia de una facultad de apreciación ilimitada de la Comisión. Además, y en contra de lo que el Tribunal de Primera Instancia ha estimado en el apartado 532 de la sentencia recurrida, la apreciación de la cooperación de una empresa está sometida a la competencia de plena jurisdicción del Tribunal de Primera Instancia. En ese aspecto la recurrente hace referencia a la sentencia Groupe Danone/Comisión, antes citada, en la que dicho Tribunal accedió a examinar si la reducción del importe de la multa, concedida por la Comisión a la empresa conforme a la sección D, apartado 2, primer guión, de la Comunicación sobre la cooperación, derivaba de una apreciación errónea de la amplitud de la cooperación de la empresa, en particular habida cuenta de la práctica decisoria de la Comisión. [155]

b) Apreciación

431. No comparto el criterio de la recurrente sobre el margen de apreciación del que dispone la Comisión en la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación.

432. En efecto, como he expuesto, la Comisión dispone según reiterada jurisprudencia de una amplia facultad de apreciación para el cálculo del importe de la multa. La Comisión puede tener en cuenta al respecto múltiples elementos siempre que permanezca dentro de los límites enunciados en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. En cuanto a la consideración de la cooperación de una empresa en el procedimiento el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente en la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, que «la Comisión dispone de una facultad de apreciación a este respecto, tal como lo muestran el tenor literal de [la sección D, apartado 2, de la Comunicación sobre la cooperación] y, en particular, las primeras palabras del mismo: "Así podrá suceder cuando […]"». En esa sentencia el Tribunal de Justicia estimó que, dentro de los límites definidos por esa Comunicación, la Comisión dispone de una facultad de apreciación para evaluar si la información o los documentos, voluntariamente aportados por las empresas, han facilitado su tarea y si procede conceder a una empresa una reducción en virtud de la citada Comunicación. [156]

155 — Apartado 456.
156 — Apartados 393 y 394.

433. Con esos requisitos y como señala el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 532 de la sentencia recurrida, la evaluación realizada por la Comisión sólo puede ser por tanto objeto de un control jurisdiccional limitado.

434. Finalmente quiero poner de relieve que en la sentencia Groupe Danone/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia examinó efectivamente si la reducción del importe de la multa, concedida por la Comisión a la empresa interesada conforme a la sección D, apartado 2, primer guión, de la Comunicación sobre la cooperación, resultaba de una apreciación errónea de la amplitud de su cooperación y vulneraba el principio de igualdad de trato. Sin embargo, recuerdo a la recurrente que el Tribunal de Primera Instancia, en el apartado 458 de esa sentencia, rehusó tener en cuenta la práctica decisoria anterior de la Comisión, al considerar que «el mero hecho de que, en sus anteriores decisiones, la Comisión concediera un determinado porcentaje de reducción por un comportamiento determinado no implica que esté obligada a conceder la misma reducción proporcional en la apreciación de un comportamiento similar en el marco de un procedimiento administrativo posterior».

435. Vistos esos elementos, propongo al Tribunal de Justicia desestimar por infundada esta primera parte.

2. Sobre la segunda parte del motivo, basada en errores de Derecho en la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación

436. RZB y BA-CA formulan dos alegaciones en apoyo de esta parte.

a) Sobre la primera alegación, basada en la utilización de un criterio de apreciación erróneo y en la infracción del principio de igualdad de trato

i) Alegaciones de las partes

437. RZB y BA-CA afirman que el Tribunal de Primera Instancia ha cometido un error de Derecho al estimar que la Comisión podía exigir que la cooperación aportara un «valor añadido» para que fuera posible la reducción del importe de la multa. [157]

438. Según BA-CA, el Tribunal de Primera Instancia también vulneró el principio de igualdad de trato al utilizar ese criterio. Por una parte, el Tribunal de Primera Instancia habría debido concederle una mayor reducción del importe de su multa, dado que su cooperación fue indiscutiblemente más importante y cualitativamente superior a la

157 — En su recurso de casación, BA-CA se refiere al concepto de cooperación «valiosa» («Hilfreiche») de la empresa. Ese término no figura en la sentencia recurrida.

de las demás empresas. Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia estimó erróneamente en el apartado 534 de la sentencia recurrida que el hecho de que la Comisión haya concedido cierto porcentaje de reducción por un determinado comportamiento en la práctica seguida en sus anteriores decisiones no implica que esté obligada a conceder la misma reducción proporcional al valorar un comportamiento similar en un procedimiento administrativo posterior.

ii) Apreciación

439. En lo que se refiere a las alegaciones de RZB y de BA-CA sobre la utilización de un criterio de apreciación erróneo, propongo al Tribunal de Justicia que las declare inadmisibles de entrada, conforme a los principios enunciados en el punto 65 de las presentes conclusiones. En efecto, de los documentos obrantes en autos resulta que RZB y BA-CA se limitan a reproducir las alegaciones ya presentadas ante el Tribunal de Primera Instancia.

440. En cuanto a la alegación de BA-CA, basada en la vulneración del principio de igualdad de trato, opino que es infundada.

441. Como he señalado, de reiterada jurisprudencia resulta que la Comisión no puede vulnerar el principio de igualdad de trato al valorar la colaboración prestada por una empresa. [158] El principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho comunitario que, según jurisprudencia asentada, sólo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado.

442. Sin embargo, en el marco del cálculo de las multas impuestas en virtud del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, el juez comunitario ha reconocido que un cierto trato diferenciado entre las empresas afectadas por una decisión de la Comisión es inherente a la aplicación del método elegido por las Directrices. [159] En lo que atañe a la cooperación de una empresa en el procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia ha estimado de esa forma en la sentencia Groupe Danone/Comisión, antes citada, que una diferencia de trato de las empresas afectadas debe ser imputable a grados de cooperación no comparables, sobre todo en la medida en que éstos han consistido en el suministro de información diferente o en el suministro de dicha información en fases diferentes del procedimiento administrativo, o en circunstancias no análogas. [160]

158 — Véase la sentencia Groupe Danone/Comisión, antes citada (apartado 453).

159 — Véase en ese aspecto la sentencia Jungbunzlauer/Comisión, antes citada (apartado 238).

160 — Apartado 454.

443. En apoyo de su alegación la recurrente reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haberle concedido una reducción mayor conforme a la sección D de la Comunicación sobre la cooperación, dado que esa empresa cooperó en el procedimiento en mayor grado que los demás bancos afectados. Opino que esa alegación no puede ser objeto de control por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación, porque en tal caso éste debería sustituir la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por la suya propia.

444. En cualquier caso, y si el Tribunal de Justicia considerase admisible dicha alegación, opino que, atendiendo al margen de apreciación del que dispone la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia podía estimar válidamente, y sin incurrir en error de Derecho sancionable en el procedimiento de casación, que la cooperación de la recurrente, en principio posiblemente constitutiva de un supuesto que permite una reducción del importe de la multa conforme a la sección D de la Comunicación sobre la cooperación, no obligaba necesariamente a la Comisión a concederle una reducción mayor de la multa.

445. Finalmente, en contra de lo que sostiene BA-CA, el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho al estimar en el apartado 534 de la sentencia recurrida que la Comisión no está vinculada por su práctica decisoria anterior. En efecto, como ya he expuesto en el punto 407 de las presentes conclusiones resulta de una reiterada jurisprudencia que la práctica decisoria anterior de la Comisión no sirve de marco jurídico a las multas en materia de competencia, y que decisiones relativas a otros asuntos tienen carácter indicativo en lo referente a la existencia de discriminaciones. En esas circunstancias pienso que BA-CA no puede invocar la infracción del principio de igualdad de trato por el hecho de haber sido tratada de forma diferente a otras empresas afectadas por anteriores decisiones de la Comisión.

446. Conforme a lo expuesto propongo al Tribunal de Justicia declarar esta primera alegación inadmisible en parte e infundada por lo demás.

b) Sobre la segunda alegación, basada en errores de Derecho en el examen de la amplitud de la cooperación de las empresas, en la vulneración de los principios de igualdad de trato, de protección de la confianza legítima y de respeto del derecho de defensa así como en la motivación insuficiente y contradictoria

447. Esta alegación se formula por RZB y BA-CA.

448. Sin perjuicio de las particularidades ligadas a su respectiva situación esas partes sostienen en esencia que el Tribunal de Primera Instancia ha cometido errores de Derecho en su apreciación de la cooperación que prestaron a la Comisión durante las diferentes etapas del procedimiento. El Tribunal de Primera Instancia no aplicó correctamente el artículo 11 del Reglamento nº 17 ni tuvo en cuenta la práctica decisoria de

la Comisión. Además, infringió los principios de igualdad de trato, de protección de la confianza legítima así como el derecho de defensa de las recurrentes. Por último, el Tribunal de Primera Instancia motivó de forma insuficiente y contradictoria la sentencia recurrida.

i) Sobre la primera alegación de RZB, basada en la apreciación errónea del carácter voluntario de las respuestas a las solicitudes de información y en la vulneración del derecho de defensa

— Alegaciones de las partes

449. RZB reprocha al Tribunal de Primera Instancia no haber calificado como «voluntarias» las respuestas que dio a las solicitudes de información de la Comisión, lo que según alega debió dar lugar a una reducción de la multa en virtud de la Comunicación sobre la cooperación. De esa forma el Tribunal de Primera Instancia permite que la Comisión, desde que comienza a tener dudas sobre reuniones entre los competidores, formule solicitudes de información en términos muy vagos y que implican consecuencias para las empresas que no respondieran. La Comisión, alega, ejerce así una presión irresistible sobre esas empresas al formularles meras preguntas estándar que les conducen a testimoniar contra sí mismas. Ese razonamiento vulnera el derecho de defensa de esas empresas, según ha sido reconocido en la sentencia Orkem/Comisión, antes citada. [161]

450. Según la Comisión, RZB no considera el hecho de que la Comisión sólo puede tener en cuenta la información constitutiva de una cooperación «voluntaria» en el sentido de la Comunicación sobre la cooperación si dicha información facilita la tarea de la Comisión de comprobar y sancionar la infracción y representa una muestra de auténtica cooperación. Ahora bien, la información aportada por la recurrente sólo describía el contexto histórico de la «red Lombard» y el contenido de las reuniones relativas a la práctica colusoria, elementos que ya estaban en conocimiento de la Comisión. Carecía pues de todo valor añadido. Por otra parte la Comisión destaca que cuando interrogó a las recurrentes estaba informada de que el conjunto de los productos bancarios se examinaba en numerosas mesas redondas y que éstas se insertaban en una red, de modo que el marco de la infracción y por tanto el objeto de la investigación estaban claramente identificados, en particular en lo que atañe a las empresas participantes, a la naturaleza de la infracción y al objeto de los acuerdos. Finalmente la Comisión precisa que las preguntas se referían al conjunto de las mesas redondas que tenían lugar de forma regular, por lo que las empresas no tenían que seleccionar o evaluar las reuniones que podían constituir una infracción del artículo 81 CE.

161 — Apartados 32 y ss.

— Apreciación

451. El 21 de septiembre de 1998 la Comisión dirigió una solicitud de información a numerosas entidades bancarias sospechosas de haber participado en acuerdos o en prácticas anticompetitivas, conforme al artículo 11, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 17.

452. La amplitud de las solicitudes de información dirigidas por la Comisión a los diferentes bancos variaba entre 30 preguntas (BA-CA) y 3 preguntas (ÖVAG y Bank der Österreichischen Postsparkasse AG, en lo sucesivo, «PSK-B»). Las preguntas contenidas en las solicitudes más detalladas y a las que los bancos respondieron trataban de obtener en especial la indicación de los participantes en las mesas redondas (nombres, empresas de las que dependían y funciones), la presentación de cualesquiera documentos internos que guardaran relación con ellas así como la descripción del contenido de las conversaciones. Las solicitudes de información contenían además preguntas como la siguiente:

«Sírvase presentar toda acta, nota para archivo, correspondencia u otro documento que se refieran a reuniones, [a] discusiones u otros contactos de su empresa con otras entidades de crédito austriacas en el marco de las mesas redondas citadas a continuación o de otras posibles mesas redondas que tengan lugar de forma regular (hayan sido redactados antes, durante o después de tales contactos). Sírvase indicar las fechas, incluidas las de la primera y la última reunión y los participantes (nombre, empresa, función)» (seguía una lista de determinadas mesas redondas).

453. Opino que esas críticas son infundadas.

454. Me parece en efecto que la recurrente confunde las obligaciones a su cargo en respuesta a una solicitud de información formulada por la Comisión en virtud del artículo 11 del Reglamento nº 17 y las ventajas que se le ofrecen conforme a la Comunicación sobre la cooperación.

455. Las respuestas que la recurrente dio a las solicitudes de información de la Comisión se insertan en el marco de las facultades de investigación atribuidas a esa autoridad.

456. A tenor del artículo 11, apartados 1 a 5, del Reglamento nº 17 y como resulta de la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder.[162] Esa potestad se

162 — Apartado 34.

refiere también a los documentos que puedan servir para «probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia», y ello dentro del límite del respeto del derecho de defensa de la empresa. [163] Como señala el Tribunal de Justicia, el Reglamento nº 17 impone a la empresa una obligación de colaboración activa, que implica que ponga a disposición de la Comisión todos los elementos de información relativos al objeto de la investigación. [164] En el presente asunto la recurrente no se hallaba pues en el contexto de una cooperación «voluntaria» en el procedimiento que pudiera incluirse en los supuestos previstos en la Comunicación sobre la cooperación.

457. En tal situación considero que el Tribunal de Primera Instancia podía válidamente rehusar la calificación de la contribución de la recurrente como puramente «voluntaria» así como denegar una reducción del importe de la multa en virtud de la Comunicación sobre la cooperación.

458. Pienso además que el Tribunal de Primera Instancia no vulneró el derecho de defensa de la recurrente, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

459. Es sabido que la necesidad de garantizar el respeto del derecho de defensa constituye un principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que debe ser observado en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción. [165] Como señaló el Tribunal de Justicia en la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, ese derecho debe respetarse en los procedimientos de investigación previa, ya que éstos pueden tener un carácter determinante para la constitución de pruebas del carácter ilegal de conductas de las empresas. [166]

460. El Tribunal de Justicia pretende lograr un equilibrio entre las exigencias relacionadas con el descubrimiento así como la sanción de las prácticas colusorias anticompetitivas y las ligadas al necesario respeto del derecho de defensa de las empresas afectadas por una investigación de la Comisión.

461. Ese equilibrio es a mi juicio muy difícil de conseguir, como muestran los términos utilizados por el Tribunal de Justicia en el apartado 34 de la sentencia Orkem/Comisión, antes citada, según los cuales: «aunque para preservar la eficacia de los apartados 2 y 5 del artículo 11 del Reglamento nº 17 la Comisión tenga la potestad de obligar a la empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, *incluso si los mismos pueden servir para probar contra ella o contra cualquier otra empresa la existencia de una conducta contraria a la competencia, la referida institución no puede, mediante una decisión de solicitud de información, vulnerar*

163 — Ibidem.
164 — Apartado 27.
165 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), apartado 7; Hoechst/Comisión, antes citada (apartado 15), y Orkem/Comisión, antes citada (apartados 32 y 33).
166 — Apartado 33.

el derecho de defensa reconocido a la empresa». [167] Ello significa, como indica el Tribunal de Justicia en el apartado 35 de dicha sentencia, que «la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión». [168]

462. Esa jurisprudencia, que me parece contradictoria en algunos aspectos, revela las dificultades a las que puede verse enfrentado el juez comunitario en su control del respeto del derecho de defensa de las empresas en ese tipo de procedimiento.

463. Ese control debe realizarse necesariamente caso por caso. La cuestión planteada es en particular la de saber cuáles pueden ser las informaciones potencialmente reveladoras del comportamiento anticompetitivo de las empresas en el mercado.

464. No me parece que los presentes asuntos susciten dificultades serias al respecto.

465. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha estimado que las preguntas relativas a las reuniones de las empresas, que pretenden tan sólo obtener informaciones fácticas sobre la celebración de dichas reuniones y la condición de los participantes, así como la presentación de los correspondientes documentos, no son censurables. [169]

466. En cambio, el Tribunal de Primera Instancia también ha considerado que las informaciones relativas al objeto y desarrollo de las reuniones en las que las empresas han participado así como a los resultados o conclusiones de las mismas son incompatibles con el derecho de defensa, ya que pueden obligar a la empresa a confesar su participación en la infracción. [170]

467. En los presentes asuntos el Tribunal de Primera Instancia apreció que las solicitudes de la Comisión trataban de obtener información puramente fáctica sobre el conjunto de las mesas redondas, apreciación que, recuérdese, no puede ser objeto de control por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.

468. Por consiguiente y a la vista de la jurisprudencia antes citada opino que el Tribunal de Primera Instancia podía estimar válidamente en los apartados 541 y 544 de la sentencia recurrida que las preguntas formuladas por la Comisión no pudieron vulnerar el derecho de defensa de la recurrente.

167 — La cursiva es mía.

168 — Véase también la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada (apartados 61 a 65).

169 — SentenciaOrkem/Comisón, antes citada (apartado 37).

170 — Véase la jurisprudencia citada en el apartado 540 de la sentencia recurrida y en particular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de febrero de 2001, Mannesmannröhren-Werke/Comisión (T-112/98, Rec. p. II-729), apartados 71 a 73 y jurisprudencia citada.

469. En virtud de esas consideraciones estimo que la primera alegación de RZB, basada en la apreciación errónea del carácter voluntario de las respuestas a las solicitudes de información, debe desestimarse por infundada.

ii) Sobre la segunda alegación, basada en errores de Derecho en la apreciación de la exposición común de los hechos

— Alegaciones de las partes

470. Esta segunda alegación se postula por RZB y BA-CA.

471. En primer lugar esas dos empresas mantienen que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al estimar en el apartado 556 de la sentencia recurrida que las explicaciones del contexto relativas a prácticas contrarias al Derecho de la competencia no pueden considerarse como una cooperación en el procedimiento, en el sentido de la Comunicación sobre la cooperación, debido a que pueden constituir un medio de defensa de las empresas. Según BA-CA, no hay regla jurídica alguna según la cual un documento que las partes utilizan para su defensa no pueda al mismo tiempo proporcionar a la Comisión información valiosa y útil sobre el fondo, que contribuya a la comprobación de la infracción.

472. En segundo lugar RZB afirma que el análisis del Tribunal de Primera Instancia es incorrecto ya que el razonamiento de la Comisión es opuesto a su propia práctica decisoria. La recurrente se refiere al respecto a los capítulos II, sección A, apartado 9, letra a), y IV de la Comunicación sobre la cooperación de 2006. [171]

473. En tercer lugar, BA-CA mantiene que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al estimar que la Comisión podía tener en cuenta, al valorar la utilidad de la cooperación voluntaria de los bancos, el hecho de que éstos no le proporcionaron, junto con la exposición común de los hechos, «todos los documentos relativos a las mesas redondas». Según esa empresa no existe ninguna regla en ese sentido. Además, dada la amplitud de la infracción, la recurrente sólo podía facilitar esos documentos de forma escalonada en el tiempo.

474. En cuarto lugar BA-CA alega que la sentencia recurrida incurre en una contradicción. En efecto, a pesar de que la exposición común de los hechos contribuyó a la compro-

171 — 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 2006 C 298, p. 17).

bación de la infracción, el Tribunal de Primera Instancia no concedió ninguna reducción de la multa a favor de la recurrente.

— Apreciación

475. En sustancia, RZB y BA-CA reprochan al Tribunal de Primera Instancia no haber refutado la apreciación de la Comisión según la cual los bancos utilizaron la exposición común de los hechos como un medio de defensa. Propongo al Tribunal de Justicia desestimar de entrada esta alegación por infundada ya que incumbe únicamente a la Comisión apreciar en qué grado pudieron cooperar las empresas en el procedimiento al presentar una exposición común de los hechos, y el Tribunal de Primera Instancia sólo respetó el margen de apreciación del que dispone la Comisión en esa materia.

476. En lo que atañe a la segunda alegación de RZB, también propongo al Tribunal de Justicia que la desestime. Por una parte, como ya he indicado, la Comisión no está vinculada por su práctica decisoria anterior. Por otra parte RZB no puede invocar los términos de la Comunicación sobre la cooperación que la Comisión adoptó en 2006, es decir cuatro años después de dictar la Decisión controvertida.

477. En lo referido a la tercera alegación de BA-CA, también debe refutarse. El Tribunal de Primera Instancia podía basarse fundadamente en el margen de apreciación del que dispone la Comisión en ese aspecto para considerar que ésta podía tener en cuenta el carácter incompleto de los anexos de la exposición común de los hechos al valorar la utilidad de la cooperación de la empresa.

478. Atendiendo a esos elementos estimo que el análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre la exposición común de los hechos aportada por las recurrentes no incurre en ningún error de Derecho ni adolece de ninguna contradicción.

479. Por tanto propongo al Tribunal de Justicia desestimar el conjunto de las objeciones formuladas al respecto por RZB y BA-CA.

iii) Sobre la tercera alegación, basada en la apreciación errónea del reconocimiento por RZB del objeto anticompetitivo de la infracción y en la vulneración del principio de igualdad de trato

— Alegaciones de las partes

480. RZB imputa al Tribunal de Primera Instancia no haber considerado en el apartado 559 de la sentencia recurrida el valor intrínseco de su confesión, a pesar de que la Comisión se refirió expresamente a ésa en su análisis. El razonamiento del Tribunal de Primera Instancia es contrario a su jurisprudencia puesto que ha considerado en la sentencia Krupp Thyssen Stainless y Acciai speciali Terni/Comisión, antes citada, que el reconocimiento por una empresa de la existencia de una práctica colusoria ilícita facilita la tarea de la Comisión. Además, ese análisis equivale a vulnerar el principio de igualdad de trato dado que a pesar de su confesión RZB ha sido tratada de igual forma que los demás bancos. La recurrente pide por tanto al Tribunal de Justicia que reduzca en el 10 % al menos la multa que le ha sido impuesta.

481. La Comisión alega que el requisito preciso para obtener una reducción de la multa superior al 10 % no se cumplía porque ya disponía de los documentos necesarios para la comprobación de los hechos sustanciales. Esa parte insiste en que la Comunicación sobre la cooperación constituye un medio de instrucción acompañado de incentivos financieros, y no una medida de gratificación en interés de las empresas que acepten cooperar con la Comisión y recuerda que dispone de una amplia facultad de apreciación sobre si una información contribuye a confirmar la existencia de una infracción.

— Apreciación

482. Opino que esta alegación también debe desestimarse.

483. Es cierto que el Tribunal de Primera Instancia estimó en la sentencia Krupp Thyssen Stainless y Acciai speciali Terni/Comisión, antes citada, que «el hecho de que se reconozca la existencia de una práctica colusoria facilita el trabajo de la Comisión en la investigación más que el mero reconocimiento de la veracidad de los hechos». [172] Se trata de un fundamento jurídico de principio que sin embargo tiene que aplicarse a cada caso particular, lo que el Tribunal de Primera Instancia reconoció expresamente en el apartado 559 de la sentencia recurrida. El Tribunal de Primera Instancia tuvo en cuenta el margen de apreciación conferido a la Comisión al valorar la cooperación de las empresas en el procedimiento. A mi parecer el Tribunal pudo por tanto estimar válidamente y sin cometer un error de Derecho sancionable en vía de casación que incumbía a la Comisión apreciar en cada caso singular si tal confesión facilitó efectivamente su tarea.

172 — Apartado 276.

484. En lo que atañe además a la alegación de RZB derivada de la vulneración del principio de igualdad de trato, al ser tratada de igual modo que los demás bancos, a pesar de su confesión, me parece que no puede prosperar.

485. En efecto, de la sentencia recurrida resulta que la confesión de la recurrente no facilitó la tarea de la Comisión, criterio en el que puede basarse una reducción de la multa. En estas circunstancias pienso que el Tribunal de Primera Instancia podía considerar que la Comisión no estaba en absoluto obligada a diferenciar a esa empresa de las demás concediéndole por ese concepto una reducción adicional del importe de su multa.

iv) Sobre la cuarta alegación, basada en la inversión de la carga de la prueba sobre el valor de la cooperación de RZB y en la vulneración de principio de protección de la confianza legítima

— Alegaciones de las partes

486. RZB critica al Tribunal de Primera Instancia por haber invertido la carga de la prueba al estimar en los apartados 546 a 551 de la sentencia recurrida que, para obtener una reducción de la multa superior al 10 %, la recurrente habría debido demostrar que la Comisión no podía probar la infracción sin los elementos de prueba aportados. Por una parte ese análisis es contrario a la sección D, apartado 2, segundo guión, de la Comunicación sobre la cooperación y por tanto vulnera el principio de protección de la confianza legítima. Por otra parte, ese análisis es inconciliable con la obligación de la Comisión de comprobar en los procedimientos administrativos tanto las circunstancias de hecho favorables como las desfavorables.

— Apreciación

487. Propongo al Tribunal de Justicia desestimar esta alegación. Me parece en efecto que RZB confunde de nuevo el procedimiento previsto en el artículo 11 del Reglamento nº 17, relativo a las solicitudes de información que la Comisión puede formular en el marco de su investigación, y los casos en los que la empresa puede disfrutar de una reducción de la multa en el marco de la Comunicación sobre la cooperación.

488. RZB rebate el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia en el apartado 551 de la sentencia recurrida. Ese razonamiento guarda relación con las respuestas a las solicitudes de información formuladas por la Comisión en virtud del Reglamento nº 17. La recurrente no puede por tanto invocar la vulneración del texto de la Comunicación sobre la cooperación ni a fortiori la del principio de protección de la confianza legítima.

489. Además, RZB no puede alegar que el análisis del Tribunal de Primera Instancia sea contrario a las reglas de procedimiento aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba.

490. La Comunicación sobre la cooperación es un medio de instrucción que permite a la Comisión obtener información sobre una supuesta infracción del Derecho de la competencia mediante un incentivo económico para que las empresas cooperen en el procedimiento. Como he señalado en los puntos 420 y 422 de las presentes conclusiones, cuando la cooperación de una empresa se produce en el marco de una solicitud de información formulada en virtud del artículo 11 del Reglamento nº 17 esa empresa sólo puede disfrutar de una reducción de la multa si la información que proporciona a la Comisión va claramente más allá de la que ésta puede exigir conforme a la citada disposición. El comportamiento de dicha empresa tiene que facilitar la tarea de la Comisión y permitir que ésta compruebe la infracción con menor dificultad.

491. Siendo así, y aun cuando ciertamente corresponde a la Comisión aportar la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, que haya apreciado, [173] incumbe en cambio a la empresa que solicita una reducción del importe de su multa demostrar que su colaboración haya ayudado a la Comisión en el cumplimiento de su función.

173 — Véanse en ese aspecto mis consideraciones en el punto 128 de las presentes conclusiones.

492. Así pues, al estimar en el apartado 551 de la sentencia recurrida que «las demandantes no han demostrado que los documentos aportados en respuesta a las solicitudes de información fueran necesarios para permitir a la Comisión identificar el conjunto de las mesas redondas esenciales ni que, a falta de ellos, los elementos de prueba obtenidos por medio de las comprobaciones fueran insuficientes para probar la infracción y para adoptar una decisión por la que se imponen multas», el Tribunal de Primera Instancia no invirtió en modo alguno la carga de la prueba imponiéndola a las empresas.

493. Por tanto la cuarta alegación de RZB me parece infundada.

v) Sobre la quinta alegación, basada en errores de Derecho y en la motivación contradictoria del análisis del Tribunal de Primera Instancia sobre el valor de los documentos complementarios aportados por BA-CA

— Alegaciones de las partes

494. BA-CA refuta en esencia la apreciación del Tribunal de Primera Instancia sobre el valor de 33 archivadores que contenían más de 10.000 páginas de documentos que remitió a la Comisión.

495. En primer lugar BA-CA mantiene que el Tribunal de Primera Instancia desvaloró su cooperación al elevar sin cesar las exigencias que debían cumplirse para obtener una reducción de la multa. La recurrente critica en especial la comparación realizada por el Tribunal de Primera Instancia entre el valor respectivo que debe atribuirse a esos documentos y a la exposición común de los hechos.

496. En segundo lugar la recurrente afirma que la argumentación del Tribunal de Primera Instancia es contradictoria dado que el Tribunal deniega una reducción de la multa a falta de documentos nuevos, en relación con la exposición común de los hechos, a pesar de que consta que, con carácter de presentación voluntaria de documentos, aportó 10.000 páginas de documentos nuevos, una parte de los cuales fue indiscutiblemente utilizada en el marco de la Decisión controvertida.

497. La Comisión objeta la inadmisibilidad de esa alegación ya que recoge una ya presentada ante el Tribunal de Primera Instancia. Además la Comisión destaca que el hecho de que algunos documentos sean nuevos, es decir que aún no se hubieran presentado, no basta por sí solo para que dichos documentos constituyan una contribución eficaz en concepto de cooperación.

— Apreciación

498. En el apartado 560 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia estimó que la aportación de documentos complementarios por uno de los bancos interesados sólo podía justificar una reducción ulterior de su multa con carácter individual si dicha cooperación aportó efectivamente elementos nuevos y útiles en relación con los presentados en el marco de la exposición común de los hechos formulada por el conjunto de las empresas.

499. Por una parte, ese análisis me parece plenamente lógico y coherente dado que el valor de una cooperación voluntaria depende ante todo de la pertinencia de los documentos presentados y de la utilidad de éstos para la comprobación de la infracción.

500. Por otra parte dicho análisis no me parece viciado por ninguna contradicción. En efecto, en contra de lo que alega BA-CA, el Tribunal de Primera Instancia no denegó la reducción del importe de la multa de las recurrentes debido a que la exposición común de los hechos no contuviera ningún elemento nuevo. Como resulta de los apartados 552 a 558 de la sentencia recurrida, el Tribunal sólo estimó que la Comisión no había incurrido en ningún error manifiesto de apreciación al no conceder ninguna reducción adicional ya que dicha exposición no había facilitado su tarea.

501. Ya sea en el marco de su apreciación sobre la exposición común de los hechos o en el de su examen del valor de los documentos complementarios presentados por BA-CA, el Tribunal de Primera Instancia mantuvo un razonamiento plenamente coherente, basado en un único y mismo criterio, a saber la utilidad para la tarea de la Comisión y la pertinencia de la información aportada por las recurrentes.

502. En esas circunstancias considero que el análisis del Tribunal de Primera Instancia no puede ser objeto de ninguna objeción por la recurrente y propongo al Tribunal de Justicia que desestime por infundada esta quinta alegación.

vi) Sobre la sexta alegación, basada en la falta de consideración de las respuestas de BA-CA al pliego de cargos

— Alegaciones de las partes

503. BA-CA refuta la apreciación del Tribunal de Primera Instancia en el apartado 564 de la sentencia recurrida según la cual la Comisión no estaba obligada a tener en cuenta en concepto de cooperación su respuesta al pliego de cargos. En efecto, la recurrente aportó de esa forma la prueba de los intercambios de información en el seno de los sectores descentralizados, lo que permitió a la Comisión comprobar la infracción. Además, nada permite excluir la cooperación de una empresa tras el envío del pliego de cargos.

— Apreciación

504. A mi parecer esta alegación es inadmisible ya que BA-CA se limita a reproducir literalmente una alegación ya expuesta ante el Tribunal de Primera Instancia. A la luz de los principios que he recordado en el punto 65 de las presentes conclusiones dicha alegación no puede por tanto ser objeto de examen por el Tribunal de Justicia en el marco de este recurso de casación.

505. En virtud de los anteriores elementos estimo que la segunda parte, basada en errores de Derecho en la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación, debe ser declarada inadmisible en parte e infundada por lo demás.

3. Sobre la tercera parte, basada en la vulneración del derecho de defensa en cuanto comprende el derecho a ser oído

a) Alegaciones de las partes

506. BA-CA afirma que el Tribunal de Primera Instancia ha vulnerado su derecho a ser oída al denegar la declaración de un testigo, en este caso un funcionario de la Comisión, que habría podido permitir que el juez comunitario apreciara mejor la cooperación de la recurrente en el procedimiento mediante los documentos que aportó.

b) Apreciación

507. Opino que esta parte debe ser desestimada.

508. En el apartado 563 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia expuso que no accedió a esa solicitud de diligencias de instrucción porque «esta proposición de prueba no [era] directamente relevante para valorar la utilidad de dichos documentos». Con carácter previo el Tribunal de Primera Instancia observó que la utilización de esos documentos no demostraba, por sí misma, que su aportación hubiera facilitado el trabajo de la Comisión en el aspecto sustantivo.

509. De reiterada jurisprudencia resulta que el Tribunal de Primera Instancia es exclusivamente competente para apreciar la posible necesidad de completar los elementos de información de los que dispone en los asuntos de los que conoce. El carácter probatorio de esos elementos corresponde a su facultad exclusiva de apreciación de los hechos. Según el Tribunal de Justicia, esa apreciación no está sometida a su control cuando se pronuncia sobre un recurso de casación, a menos que las partes aleguen una desnaturalización de los elementos de prueba presentados ante el Tribunal de Primera Instancia o que la inexactitud material de las apreciaciones de éste se deduzca de los documentos obrantes en los autos. [174]

510. Ninguna indicación presentada en el marco del recurso de casación interpuesto por BA-CA me permite pensar que eso último haya sucedido en el presente asunto. En esas circunstancias estimo que no puede criticarse al Tribunal de Primera Instancia por no haber accedido a la proposición de prueba de la recurrente.

511. En consecuencia opino que la tercera parte del tercer motivo es infundada y debe ser desestimada.

512. Por el conjunto de las anteriores consideraciones propongo al Tribunal de Justicia declarar que el tercer motivo, referido a la

174 — Véase en particular el auto de 12 de diciembre de 2006, Autosalone Ispra/Comisión (C-129/06 P), apartado 22 y jurisprudencia citada.

apreciación del Tribunal de Primera Instancia sobre la cooperación de las empresas en el procedimiento, es inadmisible en parte e infundado por lo demás y debe ser desestimado en ese último aspecto.

D. *Sobre el cuarto motivo, basado en la vulneración del derecho de defensa en cuanto comprende el derecho a ser oído, y del deber de motivación del Tribunal de Primera Instancia acerca de sus conclusiones sobre las pretensiones de reducción de las multas*

1. Alegaciones de las partes

513. En su recurso de casación, BA-CA critica las conclusiones generales del Tribunal de Primera Instancia relativas al conjunto de las pretensiones de reducción de las multas. Mantiene que, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia ha manifestado sus propias consideraciones sobre el importe de las multas que debían imponerse, la recurrente debió ser oída.

514. La Comisión señala que las consideraciones expuestas en el apartado 566 de la sentencia recurrida sólo son consideraciones complementarias y finales, que expresan la apreciación del Tribunal de Primera Instancia.

2. Apreciación

515. En el apartado 566 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia ha señalado que «habida cuenta de la gravedad de la infracción, respecto de la cual el nivel de las multas impuestas por la Comisión parece poco elevado, el Tribunal de Primera Instancia considera, en el marco del ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, que la cooperación de las demandantes no justifica, en el caso de autos, ninguna reducción adicional de las multas que se les impusieron».

516. Además, en el apartado 570 de la misma sentencia el Tribunal de Primera Instancia indicó que procedía desestimar los motivos de las demandantes en apoyo de su pretensión de reducción de las multas en virtud del control de la legalidad, y que estimaba en el ejercicio de su competencia jurisdiccional plena que no procedía reducir las multas por otros motivos.

517. No considero que el Tribunal de Primera Instancia estuviera obligado, antes de exponer sus conclusiones, a ofrecer a BA-CA la posibilidad de presentar sus observaciones. Estimo en efecto que la recurrente ha tenido oportunidad efectiva de manifestar su criterio sobre la fijación del importe de la multa.

518. Ello resulta en primer lugar de la argumentación expuesta por BA-CA ante el Tribunal de Primera Instancia, en segundo lugar de las preguntas del propio Tribunal y en

tercer lugar de las consideraciones que figuran en la sentencia recurrida.

519. En primer lugar, señalo que cuatro de los seis motivos alegados por la recurrente ante el Tribunal de Primera Instancia pretendían la reducción del importe de la multa impuesta. Esos motivos se referían en particular a las apreciaciones de la Comisión sobre la calificación de la infracción, a la existencia de circunstancias atenuantes y a la cooperación de la recurrente en el procedimiento.

520. En segundo lugar observo que el Tribunal de Primera Instancia formuló numerosas preguntas a la recurrente para su respuesta escrita, relativas a la existencia de circunstancias atenuantes y a su cooperación en el procedimiento.

521. En tercer lugar, en la sentencia recurrida, y considerando el conjunto de las alegaciones entrecruzadas ante el Tribunal de Primera Instancia, éste examinó de forma muy detallada todos los elementos pertinentes para la fijación del importe de la multa.

522. De tal forma, el Tribunal de Primera Instancia examinó en los apartados 216 a 571 de la sentencia recurrida todas las pretensiones dirigidas a la reducción de las multas impuestas. Ante todo el Tribunal de Primera Instancia confirmó en los apartados 217 y siguientes de su sentencia la aplicabilidad de las Directrices y de la Comunicación sobre la cooperación. A continuación confirmó en el apartado 315 de la sentencia el carácter muy grave de la infracción cometida por las recurrentes. Sobre esa base el Tribunal de Primera Instancia se pronunció en el apartado 463 de la sentencia recurrida sobre la clasificación en categorías de las empresas realizada por la Comisión, y en el apartado 468 de la misma sentencia sobre el incremento del importe de las multas aplicado por la Comisión en virtud de la duración de la infracción. Seguidamente el Tribunal de Primera Instancia desestimó en el apartado 511 de dicha sentencia todas las alegaciones de las recurrentes sobre la apreciación de las circunstancias atenuantes por la Comisión así como, en el apartado 565 de la sentencia recurrida, el conjunto de los motivos basados en la vulneración de la Comunicación sobre la cooperación.

523. En esas circunstancias me parece que BA-CA pudo exponer de forma adecuada su criterio sobre todos los elementos pertinentes relativos a la fijación del importe de la multa.

524. En consecuencia propongo al Tribunal de Justicia que desestime este cuarto motivo por infundado.

X. Sobre las consecuencias de la anulación de la sentencia recurrida

525. Como he indicado, propongo al Tribunal de Justicia anular la sentencia recurrida en cuanto el Tribunal de Primera Instancia ha cometido dos errores de Derecho en la apreciación de la gravedad de la infracción a los efectos del cálculo del importe de base de las multas.

526. Considero en efecto que el Tribunal de Primera Instancia ha cometido un primer error de Derecho al estimar que la Comisión podía basarse en la ejecución de la práctica colusoria para deducir la existencia de repercusiones concretas de la infracción en el mercado. Considero además que ha cometido un segundo error de Derecho y ha viciado la sentencia recurrida con una contradicción en los fundamentos al estimar que la Comisión, al atribuir a Erste, a RZB y a ÖVAG las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados, sólo les sancionó por su propio comportamiento.

527. Dado que el estado del litigio así lo permite a mi juicio, propongo al Tribunal de Justicia resolver definitivamente sobre esos dos motivos de anulación alegados ante el Tribunal de Primera Instancia, conforme al artículo 61, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia.

A. *Sobre el primer motivo, basado en la apreciación errónea de la gravedad de la infracción y del importe de base de la multa habida cuenta de la falta de demostración de repercusiones concretas de la práctica colusoria en el mercado*

1. Alegaciones de las partes

528. En sus recursos de anulación interpuestos ante el Tribunal de Primera Instancia, todos los bancos afectados impugnaron la forma en la que la Comisión determinó el importe de base de las multas. [175] Alegaron que la infracción había sido erróneamente calificada como muy grave. Las recurrentes imputan en especial a la Comisión no haber examinado las repercusiones concretas de la infracción en los mercados afectados y haberse limitado a afirmar, basándose en la mera aseveración de la ejecución de la práctica colusoria, que ésta tuvo repercusiones en el mercado, sin examinar la importancia de éstas, y ello con vulneración de las Directrices. Por tanto la determinación del importe de base de la multa es errónea.

175 — Además de las recurrentes también habían interpuesto recurso Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (en lo sucesivo, «BAWAG»), PSK, Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG (en lo sucesivo, «NÖ-Hypo») y Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG (en lo sucesivo, «RLB»). RLB absorbió en 1997 a Raiffeisen Wien AG (en lo sucesivo, «RBW»).

2. Apreciación

529. Opino que este motivo es fundado y ello por las siguientes razones.

530. En la Decisión controvertida, la calificación de la infracción como muy grave deriva de la consideración de la naturaleza de la infracción, de su dimensión geográfica y de la existencia de un efecto de la práctica colusoria en el mercado. Este elemento fue tomado en consideración para calificar la infracción y por tanto al determinar el importe de base de la multa. Esa circunstancia se corrobora por la mera lectura literal de la Decisión controvertida.

531. En el considerando 430 de la Decisión controvertida, la Comisión aprecia la existencia de efectos reales en el mercado bancario resultantes en ese caso de la ejecución de la práctica colusoria, y ello aun cuando afirma en el considerando 436 de esa Decisión que no es posible cuantificarlos con precisión, es decir, determinar cada uno de los tipos y comisiones que los bancos habrían aplicado de no existir el acuerdo. Los efectos concretos de la práctica colusoria tomados en cuenta a los efectos del cálculo de la multa figuran en los considerandos 508 a 510 de dicha Decisión. Estos últimos remiten a los considerandos 410 y 430 a 436 de la Decisión controvertida que sólo describen a los efectos de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, la forma de aplicación de los acuerdos en cuestión por los bancos.

532. El considerando 431 de la Decisión controvertida remite a ejemplos concretos de ejecución de las decisiones del cártel, como la baja de los tipos de crédito o la modificación de los tipos de ahorro. El considerando 432 de la misma Decisión explica que los bancos se sirvieron para tal fin de las informaciones recogidas en las mesas redondas, y el considerando 433 de dicha Decisión expone que los propios bancos evaluaban la aplicación concreta de sus acuerdos. En el considerando 434 de la Decisión controvertida, la Comisión señala que si las reuniones no hubieran tenido ningún efecto los bancos no se habrían reunido de forma regular y tan frecuente. Finalmente en el considerando 435 de esa Decisión la Comisión observa que los efectos dañinos sobre la competencia causados por los intercambios de información sobre métodos y parámetros de cálculo deben juzgarse tanto más graves en cuanto que los márgenes de interés de los bancos son pequeños.

533. No resulta de la Decisión controvertida que la Comisión hubiera intentado, en cuanto fuera posible, examinar de forma separada la ejecución de la práctica colusoria y la repercusión concreta de ésta en el mercado. A mi parecer, la Comisión no menciona en su análisis ningún factor económico objetivo que permita medir, en el sentido estricto del término, la repercusión real del acuerdo en el mercado austriaco de los productos y de los servicios bancarios. En efecto, en ningún lugar se menciona la situación del mercado, de los precios y de las comisiones bancarias aplicados antes de que la infracción fuera cometida y después de que fuera ejecutada. En esas circunstancias es efectivamente difícil demostrar en qué medida la ejecución de los acuerdos pudo influir concretamente en la estructura del mercado o en el nivel de los

pecios que la práctica colusoria en cuestión pretendía precisamente controlar. [176] Además, el indicio expuesto en el considerando 434 de la Decisión controvertida, deducido de las reuniones regulares de los bancos, no es a mi juicio más que una mera conjetura.

534. Atendiendo a esos elementos estimo que la Comisión no demostró de forma suficiente en Derecho y a los efectos del cálculo del importe de la multa la incidencia real de la práctica colusoria en el mercado de los productos y de los servicios bancarios durante el período de enero de 1995 a junio de 1998.

535. Es preciso analizar a continuación el alcance de esa conclusión respecto a la calificación de la infracción y al importe de base fijado por la Comisión.

536. Considero en primer lugar que el error de apreciación cometido por la Comisión no tiene incidencia en la calificación de la infracción como muy grave.

537. En efecto, por las razones que ya he expuesto en los puntos 259 a 261 de las presentes conclusiones los acuerdos de fijación de precios, como los considerados aquí, pueden por su propia naturaleza constituir una infracción muy grave, con independencia de sus repercusiones concretas en el mercado y de la dimensión del mercado geográfico afectado. En este aspecto hay que recordar que esos acuerdos figuran entre los ejemplos de prácticas colusorias expresamente declaradas incompatibles con el mercado común por el artículo 81 CE, apartado 1, letra a). Además de la grave alteración del juego de la competencia que producen, esas prácticas colusorias, al obligar a las partes a respetar los precios, levantan barreras a la entrada en el mercado, de modo que se oponen al objetivo principal de integración del mercado comunitario previsto por el Tratado CE.

538. Por otra parte, considero que la Comisión no atribuyó al criterio de las repercusiones reales de la infracción en el mercado importancia preponderante en la fijación del importe de base de la multa. En efecto, la Comisión también basó su apreciación en otros elementos, a saber la estimación de que la infracción debía calificarse como muy grave por su propia naturaleza (considerandos 506 y 507 de la Decisión controvertida) y el grado en que las empresas interesadas podían falsear la competencia gracias a su capacidad económica (considerandos 515 a 519 de la misma Decisión).

539. Opino en consecuencia que la Comisión podía válidamente calificar la infracción como muy grave.

176 — Considerando 426 de la Decisión controvertida.

540. En cambio, estimo que el hecho de que la Comisión no demostrara los supuestos efectos de la infracción en el mercado desvirtúa la apreciación del importe de base de la multa fijado en función de la gravedad de la infracción. En efecto, como he expuesto antes, la Comisión determinó el importe de base de la multa en función de la gravedad de la infracción, considerando que ésta había producido efectos en el mercado, a pesar de que no se demostró tal repercusión a lo largo del período de duración de la práctica colusoria.

541. En estas circunstancias propongo al Tribunal de Justicia que estime este motivo, y modifique en ejercicio de su competencia de plena jurisdicción el importe de base de las multas de las recurrentes, fijado por la Comisión en el considerando 520 de la Decisión controvertida.

542. Para ello es preciso indicar el método que la Comisión adoptó para calcular el importe de esas multas.

543. De los considerandos 515 a 519 de la Decisión controvertida resulta que la Comisión ponderó el importe de la multa fijado en las Directrices en 20 millones de euros para las infracciones muy graves, a fin de tener en cuenta las repercusiones concretas de la infracción en el mercado por una parte, y por otra la capacidad económica efectiva de cada empresa, así como para asegurar el carácter disuasorio de la multa. [177]

544. A este efecto, resulta del considerando 519 de la Decisión controvertida que la Comisión clasificó a las empresas en cinco categorías, en función de los datos disponibles sobre sus cuotas de mercado. Además, como señaló en el punto 143 de su escrito de contestación, la Comisión fijó para cada categoría de empresas unos valores guía, alrededor de los cuales se situaban las cuotas de mercado de las empresas interesadas. Del considerando 520 de la Decisión controvertida resulta que también fijó un importe fijo de la multa para cada una de las categorías de empresas.

545. En ese aspecto el Tribunal de Primera Instancia estimó que, conforme a la jurisprudencia, las diferencias entre esos valores guía eran coherentes y estaban objetivamente justificadas en lo que respecta a las categorías primera a cuarta. [178] En cuanto a la quinta categoría el Tribunal de Primera Instancia consideró en los apartados 424 a 427 de la sentencia recurrida que la Comisión no sobrepasó su margen de apreciación al clasificar en esta categoría a todas las empresas que tenían una cuota de mercado inferior al 1 %, pese a sus diferencias de tamaño.

177 — Punto 1, A, párrafos primero y cuarto, de las Directrices.

178 — El valor guía de las categorías segunda a cuarta corresponde, en cada caso, a la mitad del de la categoría superior y lo mismo sucede con el importe básico correspondiente (véase el apartado 424 de la sentencia recurrida).

546. He aquí la base de cálculo de la Comisión:

	Valores guía de cuotas de mercado	**Importe de base de la multa** *(en millones de euros)*
Categoría I (GiroCredit/Erste y RZB)	> 22 %	25
Categoría II (BA y CA)	11 %	12,5
Categoría III (Erste antes de la fusión con GiroCredit, BAWAG y ÖVAG)	5,5 %	6,25
Categoría IV (PSK y PSK-B)	2,75 %	3,13
Categoría V (NÖ-Hypo y RBW/RLB)	< 1 %	1,25

547. No sé en qué medida tuvo en cuenta la Comisión el criterio basado en las repercusiones concretas de la infracción en el mercado para calcular el importe de base de la multa. Ignoro la importancia relativa de ese criterio en relación con los otros dos criterios derivados del peso económico de la empresa y del carácter disuasorio de la multa. En estas condiciones estimo que el incremento aplicado por la Comisión constituye un todo indivisible.

548. En primer lugar, respecto a las empresas incluidas en la primera categoría, a saber GiroCredit/Erste (tras su fusión) y RZB, observo que el importe de base fijado en 20 millones de euros para las infracciones muy graves fue elevado en 5 millones de euros para tener en cuenta esos tres criterios. Para anular los efectos ligados al aumento de la multa debido a la errónea consideración del criterio de las repercusiones concretas de la infracción y siguiendo las observaciones que acabo de exponer, propongo al Tribunal de Justicia que reduzca ese importe a 20 millones de euros, es decir el importe previsto para una infracción muy grave.

549. En segundo lugar, en lo que se refiere a las empresas incluidas en las demás categorías, entre las que están BA-CA y ÖVAG, observo que ese umbral fue sustancialmente reducido debido al menor peso económico de

esas empresas. Propongo al Tribunal de Justicia que les aplique un porcentaje de reducción equivalente al que propongo aplicar a las empresas de la primera categoría, esto es una reducción de una quinta parte del importe de base de la multa.

550. Habida cuenta de la falta de repercusiones concretas de la infracción en el mercado propongo pues al Tribunal de Justicia que modifique los importes de base de las multas impuestas por la Comisión a Erste, a RZB, a BA-CA y a ÖVAG en virtud de la gravedad de la infracción de la siguiente forma:

	Destinatarios de la Decisión controvertida	**Importe de base de la multa a falta de repercusiones concretas de la infracción en el mercado** ***(en millones de euros)***
Categoría I	GiroCredit/Erste (tras la fusión)	20
	RZB	20
Categoría II	BA	10
	CA	10
Categoría III	Erste (EÖ antes de la fusión con GiroCredit)	5
	ÖVAG	5

B. *Sobre el segundo motivo, basado en la apreciación errónea sobre la clasificación en categorías de Erste, de RZB y de ÖVAG a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción así como del cálculo del importe de base de la multa*

551. En el recurso de anulación que interpusieron ante el Tribunal de Primera Instancia, Erste, RZB y ÖVAG sostuvieron que su clasificación en categorías era ilegal, dado que la Comisión les había atribuido, en cuanto sociedades de cabecera de los sectores descentralizados de las cajas de ahorro, de las cajas Raiffeisen y de los bancos populares respectivamente, las cuotas de mercado del conjunto de su sector respectivo.

1. Sobre la Decisión controvertida

552. La Decisión controvertida justifica la atribución a los establecimientos centrales de las cuotas de mercado de sus sectores descentralizados respectivos con las siguientes consideraciones:

«(515) Por lo que se refiere a las infracciones que deben caracterizarse como muy graves, la escala de multas a imponer permite tener en cuenta la capacidad económica efectiva de las empresas interesadas para falsear la competencia en una medida significativa. [Esa escala permite] también fijar la cuantía en un nivel que le garantice un carácter suficientemente disuasivo. Este tipo de tratamiento diferenciado se impone especialmente en el presente asunto, en la medida en que existen diferencias considerables entre las empresas y grupos que participaron en la infracción.

(516) En el presente asunto las particularidades del mercado bancario austriaco deberán tenerse en cuenta. Sería irrealista reducir la importancia de Erste, [de] RZB y [de] ÖVAG en la red, así como su capacidad efectiva para falsear la competencia a costa de los consumidores, a sus actividades respectivas como bancos comerciales.

(517) Al contrario, el expediente pone de manifiesto claramente que estas empresas, como cabezas de sus grupos respectivos, contribuyeron a la eficacia de la red en toda Austria gracias a intercambios de información intensivos en el grupo. Estos establecimientos no sólo representaron sus propios intereses sino también los de sus grupos respectivos y en este sentido eran considerados por los otros participantes como representantes de tales grupos. Por lo tanto no hay sólo acuerdos entre los distintos bancos sino también entre los grupos.

(518) Ignorar a los grupos que están detrás estas sociedades (agrupación de cajas de ahorros, agrupación de cajas [Raiffeisen] y agrupación de bancos populares) equivaldría a fijar multas inadecuadas y distantes de la realidad económica y que no tendrían ningún efecto disuasivo. Las multas sólo tendrán efectivamente un efecto disuasivo suficiente si estas sociedades no participan en el futuro en prácticas concertadas como representantes de sus grupos respectivos.»

553. En el considerando 519 de la Decisión controvertida, la Comisión clasificó por tanto a GiroCredit/Erste y a RZB en la primera categoría y a ÖVAG en la tercera, y calculó el importe de base de sus multas en consecuencia.

2. Resumen de las alegaciones de las partes [179]

554. En primer lugar, Erste, RZB y ÖVAG afirman que la Comisión vulneró en el plano jurídico los requisitos para que sea permisible la atribución de las cuotas de mercado de una empresa a otra a los efectos del cálculo de la multa. Exponen que la atribución a los establecimientos centrales de las cuotas de mercado de los bancos pertenecientes a sus sectores descentralizados respectivos equivale a imputarles el comportamiento de los últimos en conjunto. Afirman que esa imputación carece de fundamento jurídico y es contraria al carácter personal de la responsabilidad por las infracciones en el Derecho de la competencia, dado que los sectores no pueden ser considerados unidades económicas.

555. En segundo lugar, Erste y ÖVAG alegan que la Comisión infringió su derecho de defensa y la obligación de motivación. Erste imputa a la Comisión la vulneración de su derecho de defensa en la medida en que el pliego de cargos no manifestaba la intención de la Comisión de imputar a los establecimientos centrales las cuotas de mercado de sus grupos. Además Erste y ÖVAG alegan que el pliego de cargos no mencionaba la supuesta transmisión de información a los bancos descentralizados ni la supuesta representación de éstos por las sociedades de cabecera.

556. En tercer lugar Erste, RZB y ÖVAG rebaten las apreciaciones fácticas en las que se basó la Comisión para justificar la atribución de las cuotas de mercado y la valoración de estos hechos. Reprochan en sustancia a la Comisión no haber considerado la independencia jurídica y económica de los bancos descentralizados y destacan que las recurrentes no podían impartir instrucciones a las entidades de sus sectores.

179 — Remito a la exposición de las alegaciones de las partes que figura en los apartados 339 a 354 de la sentencia recurrida.

557. En cuanto a los intercambios de información entre las sociedades de cabecera y los bancos descentralizados, RZB reconoce que tal intercambio se produjo dentro de su sector pero refuta que se hubieran establecido especialmente mecanismos internos de información y de representación para la ejecución de los acuerdos.

558. Además Erste y RZB rebaten las apreciaciones que figuran en particular en los considerandos 61 y 517 de la Decisión controvertida, según las cuales eran «representantes» de sus sectores descentralizados y/o eran consideradas como tales por los demás bancos. Por último Erste alega que la Comisión no podía invocar la supuesta influencia de las mesas redondas de Viena en las mesas existentes a nivel regional para justificar la imputación controvertida.

559. La Comisión aduce ante todo que es preciso diferenciar la imputación del comportamiento infractor de una empresa a otra y la clasificación de las empresas en categorías a los efectos de la determinación del importe de base de la multa, y afirma que sancionó a cada una de las sociedades de cabecera únicamente por su propio comportamiento, a saber por su contribución al funcionamiento de la práctica colusoria en el conjunto del territorio austriaco por medio de la transmisión de información destinada a las entidades de sus sectores o procedente de éstos. Según la Comisión las alegaciones derivadas de la inexistencia de una unidad económica y de las reglas aplicables a las asociaciones de empresas no son pues pertinentes. La Comisión sostiene que la consideración de las cuotas de mercado estaba justificada en relación con las Directrices por la necesidad de tener en cuenta la capacidad efectiva de las sociedades de cabecera para perjudicar la competencia. Finalmente, alega que las sociedades de cabecera formaban con sus grupos unidades que ejercían una actividad económica común, comparables a las unidades económicas.

3. Apreciación

560. Opino que el primer motivo alegado por Erste, RZB y ÖVAG es fundado.

561. En efecto, considero que la Comisión no podía calcular el importe de la sanción que se proponía imponer a esas empresas como sociedades de cabecera atribuyéndoles las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados, a pesar de que no les imputó el comportamiento infractor de éstos.

562. Conforme al punto 1, sección A, párrafo cuarto, de las Directrices, la Comisión sólo puede tomar en consideración «la capacidad económica efectiva de los autores de la infracción» para el cálculo del importe de base de la multa.

563. Ahora bien, resulta de la Decisión controvertida que la Comisión no formuló imputaciones en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, contra los bancos de los sectores descentralizados, con la excepción de RLB, que es uno de los ocho bancos regionales del sector Raiffeisen.

564. También resulta de esa Decisión que la Comisión tampoco se propuso imputar a las sociedades de cabecera la responsabilidad por la infracciones que hubieran podido cometer los bancos de los sectores descentralizados.

565. En efecto la citada Decisión se dirige únicamente a Erste, a RZB y a OVÄG como establecimientos centrales, pero no les considera como representantes que actuaran en nombre y por cuenta de los bancos de sus sectores descentralizados.

566. La mera lectura del considerando 9 de la Decisión controvertida, que se refiere a las entidades de crédito destinatarias de dicha Decisión, basta para demostrarlo:

«b) [Erste]

Tras absorber al GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen, al 4 de octubre de 1997, *pasó a englobar a la red de cajas de ahorros* [la red de cajas de ahorros se caracteriza por vínculos particulares, que le confieren una *estructura asimilable a la de un grupo.* En su calidad de sociedad de cabecera, Erste debe prestar una serie de servicios a las entidades a ella vinculados y está obligada a ejecutar sus tareas respetando los intereses de éstos, lo que forma una tupida red de derechos y obligaciones mutuos] que cuentan con unos 70 establecimientos […]. La red de cajas de ahorros, Erste incluida, tiene una cuota de mercado del 30 % aproximadamente [por sí sola, Erste representa una cuota de mercado de cerca del 7 %]. […]

c) [RZB]

RZB es la sociedad de cabecera del grupo bancario Raiffeisen. Este grupo está constituido por una estructura de tres niveles [el primer nivel se compone de cerca de 615 bancos locales dotados de personalidad jurídica. En el segundo nivel, es decir, el de los Estados federados, operan ocho bancos regionales (Raiffeisen-Landesbanken). Por último, el tercer nivel está constituido por RZB, cuyas participaciones están en manos, en más de un 80 %, de los bancos regionales. *Los bancos locales son entidades independientes, no sujetas a consigna alguna ni por parte de los bancos regionales ni de RZB].* Tiene una cuota de mercado del 22 % aproximadamente […]. Además de su función de representante del grupo bancario Raiffeisen, RZB efectúa a su vez

operaciones bancarias y está especializada en las actividades en el extranjero y la asesoría financiera a grandes clientes [por sí sola RZB representa una cuota de mercado de alrededor del 2 %].

[…]

f) [ÖVAG]

ÖVAG es la sociedad de cabecera del grupo de bancos populares, constituido con una estructura a dos niveles, puesto que cuenta en la base con aproximadamente 60 establecimientos independientes. Los bancos populares cooperan estrechamente en ámbitos importantes, […] y son, por otra parte, accionistas mayoritarios de ÖVAG. La cuota de mercado del grupo de bancos populares es del 7 % aproximadamente [por sí sola, ÖVAG representa una cuota de mercado inferior al 1 %]. […]

[…]

h) [RLB]

En 1997, [RBW], fue absorbido por RLB, que era su accionista principal [antes, RLB sólo se encargaba de un número muy limitado de asuntos por cuenta propia]. El campo de actividad de RLB/RBW se limita a la ciudad de Viena, donde tiene una cuota de mercado del 5 % aproximadamente.» [180]

567. Esa exposición ofrece indicaciones sobre las entidades contra las que la Comisión se propuso actuar en virtud del artículo 81 CE, apartado 1. Permite comprender mejor la estructura de los grupos bancarios e indica con gran claridad que determinados bancos de los sectores descentralizados, en este caso los pertenecientes al sector Raiffeisen, «son entidades independientes, no sujetas a consigna alguna ni por parte de los bancos regionales ni de RZB». [181]

180 — La cursiva es mía.

181 — Considerando 9, letra c), de la Decisión controvertida, citado en el punto anterior de las presentes conclusiones.

568. No resulta de esa exposición, ni siquiera de los elementos señalados en el análisis posterior de la Comisión, que las sociedades de cabecera formaran una unidad económica con los bancos de sus sectores descentralizados, ni que pudieran vincular a éstos dada su función en el seno de los grupos bancarios. [182]

569. Ello se pone de manifiesto aún con más claridad por el hecho de que la Comisión actuó de forma individualizada contra RLB, es decir uno de los bancos regionales del sector Raiffeisen, por su participación en la «red Lombard» y le impuso una multa calculada según la propia cuota de mercado de la empresa. Respecto al sector Raiffeisen, la Comisión actuó pues específicamente contra un banco del segundo nivel, que operaba en el nivel regional, a saber RLB, y contra un banco del tercer nivel, que operaba en el nivel central, a saber RZB.

570. Siendo así, la Comisión no tenía a mi juicio ninguna posibilidad de tomar en consideración la capacidad económica efectiva de los bancos de los sectores descentralizados, y menos aún de atribuirla a las sociedades de cabecera, que fueron objeto de valoración por su propio comportamiento.

571. El hecho, señalado por la Comisión en el considerando 517 de la Decisión controvertida, de que Erste, RZB y ÖVAG, como sociedades de cabecera, contribuyeron a la eficacia de la red gracias a intercambios de información intensivos en el grupo no era un motivo suficiente ni siquiera un criterio que permitiera a la Comisión atribuirles las cuotas de mercado del conjunto del grupo.

572. En efecto, tiene que existir un nexo lógico y coherente entre la imputación de la responsabilidad por la infracción y el cálculo de la sanción inherente. En contra de lo que mantiene la Comisión no se trata de dos operaciones distintas que deban realizarse basadas en criterios diferentes. Una implica a la otra y el importe de la sanción sólo puede calcularse basándose en los elementos que hayan sido apreciados en contra del autor de la infracción, tal como se precisan en este caso en el artículo 1 de la Decisión controvertida. Ahora bien, en los presentes asuntos la Comisión no ha demostrado ni siquiera considerado a la luz del artículo 81 CE, apartado 1, los intercambios de información que hubieran podido realizarse entre las sociedades de cabecera y los bancos de sus sectores descentralizados. Al tener en cuenta esos intercambios de información en el cálculo de la multa la Comisión no sólo modifica la naturaleza de la infracción imputada a las recurrentes sino que también agrava su situación.

182 — Véanse los considerandos 58 a 62, 358 a 361 y 516 a 518 de la Decisión controvertida.

573. Es evidente que ese razonamiento carece de fundamento jurídico.

574. Además ese razonamiento incurre en una contradicción. En efecto, recuérdese que la Comisión actuó de modo individualizado contra RLB, que no es más que uno de los bancos regionales del sector Raiffeisen. Como resulta del considerando 519 de la Decisión controvertida, RLB fue clasificada en la quinta categoría en virtud de su cuota de mercado. Por tanto la Comisión tomó en consideración por dos veces las cuotas de mercado de esa empresa, la primera al atribuir a RZB las cuotas de mercado del conjunto de los bancos del sector Raiffeisen, y la segunda al clasificar por categoría a RLB.

575. A la vista de esos elementos pienso que la Comisión no podía pues atribuir a Erste, a RZB y a ÖVAG las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados a los efectos de su clasificación en categorías. Erste, RZB y ÖVAG sólo pueden por tanto ser sancionadas por su participación en la práctica colusoria en cuanto bancos comerciales y no como entidades a la cabeza de sus sectores descentralizados.

576. Por consiguiente estimo que la clasificación de Erste y de RZB en la primera categoría y la de ÖVAG en la tercera son erróneas y que el importe de las multas que les impuso la Comisión es por tanto indebido.

577. Siendo así propongo al Tribunal de Justicia que estime los motivos alegados en primera instancia por esas tres empresas, basados en la apreciación errónea de su clasificación en categorías a los efectos del cálculo del importe de base de la multa. También insto al Tribunal de Justicia a anular el artículo 3 de la Decisión controvertida en cuanto la Comisión calculó el importe de las multas impuestas a Erste, a RZB y a ÖVAG basándose en un criterio de apreciación erróneo.

578. Incumbe ahora al Tribunal de Justicia apreciar la categoría a la que pertenece cada una de esas tres empresas y modificar en su caso en ejercicio de su competencia de plena jurisdicción el importe de base de las multas que les fueron impuestas.

579. A tal fin es preciso basar ese cálculo en el método de análisis adoptado por la Comisión y tener en cuenta la corrección que he propuesto efectuar dada la falta de prueba de

repercusiones concretas de la práctica colusoria en el mercado.

580. En cuanto al método de análisis elegido por la Comisión recuerdo que ésta dividió a los bancos y los grupos bancarios afectados en cinco categorías en función de los datos disponibles sobre sus cuotas de mercado. Como resulta del cuadro que he presentado en el punto 546 de las presentes conclusiones la Comisión también fijó valores guía para cada categoría de empresas, alrededor de los cuales se sitúan las cuotas de mercado de las empresas afectadas, así como un importe fijo de multa.

581. En lo que atañe a las cuotas de mercado de las empresas afectadas, están en su mayoría señaladas en la nota 17 de la Decisión controvertida. Las cifras guardan relación con las operaciones realizadas con la clientela de particulares así como con la de empresas (operaciones activas y pasivas), y se extraen de las decisiones de la Comisión adoptadas en materia de concentraciones bancarias, [183] de informes anuales y de otras publicaciones y fuentes oficiales. Como resulta del punto 190 del escrito de contestación de la Comisión esos datos se refieren a los años 1997 a 1999.

582. En cambio, la Decisión controvertida no indica la cuota de mercado de las cajas de ahorro antes de su absorción por Erste ni la cuota de mercado propia de GiroCredit antes de esa operación. Sin embargo resulta del punto 145 del escrito de contestación de la Comisión que ésta evaluó la primera cuota de mercado en el 23 %. Las respuestas de la Comisión a la pregunta duodécima, letra b), del Tribunal de Primera Instancia revelan además que la cuota de mercado individual de GiroCredit se evaluó en el 4,8 % sobre la base de los datos indicados en la Decisión IV/M.873 de la Comisión, de 11 de marzo de 1997, Bank Austria/Creditanstalt. [184]

183 — Véanse las Decisiones de la Comisión de 7 de noviembre de 2000, COMP/M.2140, BAWAG/PSK (considerando 9); de 14 de noviembre de 2000, COMP/M.2125, HypoVereinsbank/Bank Austria (considerando 21), y de 2 de julio de 2001, COMP/M.2402, Creditanstalt/RZB/JV (considerando 15). Todas esas Decisiones están publicadas en el sitio http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

184 — Esta Decisión también está disponible en el sitio http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

583. He aquí los datos de los que dispongo en esta fase del análisis: [185]

	Cuotas de mercado	**Análisis de la Comisión**			**Corrección nº 1**
		Cuotas de mercado tomadas en cuenta	Categoría	Multa	Multa a falta de repercusiones concretas
Erste/Giro-Credit *(tras la fusión)*	Grupo de las cajas de ahorro, incluida Erste, tras la fusión: 30 % - Erste: 7 % Grupo de las cajas de ahorro, antes de la fusión, incluida GiroCredit: 23 % - GiroCredit: 4,8 %	30 %	I	25	20

185 — El importe de las multas se expresa en millones de euros.

RZB	Grupo Raiffeisen: 22 % - RZB: 2 %	22 %	I	25	20
Erste *(EÖ antes de la fusión)*	7 %	7 %	III	6,25	5
ÖVAG	Grupo de los bancos populares: 7 % - ÖVAG: 1 %	7 %	III	6,25	5

584. A continuación es preciso realizar una nueva distribución de las recurrentes por categoría teniendo en cuenta sus propias cuotas de mercado (corrección nº 2).

585. Respecto a Erste/GiroCredit, considero que a raíz de la absorción de GiroCredit en octubre de 1997, Erste pasó a ser responsable de la infracción cometida por GiroCredit desde el 1 de enero de 1995, en cuanto banco comercial y no como sociedad de cabecera del sector de las cajas de ahorro. Hay que tomar en cuenta por tanto las cuotas de mercado propias de Erste y de GiroCredit que se elevan en total a 11,8 %.

586. Considero por tanto que Erste/GiroCredit, tras la fusión, queda incluida en la segunda categoría. Para ésta la Comisión había fijado una multa con un importe de base de 12,5 millones de euros que he corregido y rebajado a 10 millones de euros.

587. En cuanto a RZB y ÖVAG, sus cuotas de mercado se elevan respectivamente al 2 % y al 1 %. Esas dos empresas deben clasificarse a mi juicio en la cuarta categoría. Para ésta la Comisión había fijado una multa con un importe de base de 3,13 millones de euros que he corregido y rebajado a 2,5 millones de euros habida cuenta de la falta de demostración de repercusiones concretas de la práctica colusoria en el mercado.

588. He aquí la nueva distribución en categorías de Erste, de RZB y de ÖVAG así como el importe de base de la multa en virtud de la gravedad de la infracción que se les debe imponer a mi juicio:

	Cuotas de mercado señaladas en la Decisión controvertida	**Corrección nº 2**		
		Cuotas de mercado que deben tenerse en cuenta	Categorías	Importe de base de la multa en virtud de la gravedad de la infracción *(en millones de euros)*
Erste/Giro-Credit *(tras la fusión)*	Erste: 7 % Giro-Credit: 4,8 %	11,8 %	II	10
Erste *(EÖ antes de la fusión)*	7 %	7 %	III	5
RZB	2 %	2 %	IV	2,5
ÖVAG	1 %	1 %	IV	2,5

589. Hay que determinar ahora el importe definitivo de la multa impuesta a todas las recurrentes teniendo en cuenta en primer lugar el incremento efectuado por la Comisión en virtud de la duración de la infracción.

590. En ese aspecto los importes de base determinados en relación con la gravedad de la infracción han sido todos ellos elevados en el 35 %, con excepción del relativo a Erste antes de su fusión con GiroCredit (EÖ). En el

caso de esta empresa la Comisión sólo aplicó un incremento del 30 % dado que la duración de su participación en la infracción como banco comercial sólo era de tres años. [186]

591. En segundo lugar hay que tener en cuenta que la Comisión no reconoció ninguna circunstancia atenuante o agravante, [187] pero concedió sin embargo una reducción del 10 % a cada una de las empresas destinatarias de la Decisión controvertida en aplicación de la Comunicación sobre la cooperación. [188]

	Importe de base de la multa en virtud de la gravedad de la infracción *(en millones de euros)*	**Importe de base de la multa en virtud de la gravedad y de la duración de la infracción *(en millones de euros)***	**Importe de la multa habida cuenta de la cooperación de las empresas *(en millones de euros)***
BA	10	13,5	12,15
Erste/GiroCredit *(tras la fusión)*	10	13,5	12,15
CA	10	13,5	12,15
Erste *(EÖ antes de la fusión)*	5	6,5	5,85
RZB	2,5	3,375	3,037
ÖVAG	2,5	3,375	3,037

592. Por el conjunto de los anteriores elementos propongo al Tribunal de Justicia fijar como sigue el importe final de la multa impuesta a BA-CA, a Erste, a RZB y a ÖVAG:

— BA-CA: 24.300.000 euros.

— Erste: 18.000.000 de euros.

— RZB: 3.037.000 euros.

186 — Considerandos 521 y 522 de la Decisión controvertida.

187 — Considerandos 525 a 542 de la Decisión controvertida.

188 — Considerandos 543 a 559 de la Decisión controvertida.

— ÖVAG: 3.037.000 euros.

596. En los presentes asuntos es preciso tener en cuenta que la mayor parte de las pretensiones de las recurrentes han sido desestimadas.

XI. Costas

593. A tenor del artículo 122, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia decidirá sobre las costas cuando el recurso de casación sea fundado y dicho Tribunal resuelva definitivamente sobre el litigio.

594. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 118 de este Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

595. No obstante, conforme al artículo 69, apartado 3, párrafo primero, del mismo Reglamento, en circunstancias excepcionales o cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas.

597. En efecto, a mi juicio los motivos que las recurrentes han alegado para la anulación en su totalidad de la Decisión controvertida deben ser desestimados. Considero que las recurrentes han cometido ciertamente una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, como declaró la Comisión en el artículo 1 de la citada Decisión. En cuanto a los motivos de anulación de las recurrentes dirigidos a la reducción del importe de base de la multa fijado por la Comisión en el artículo 3 de la Decisión controvertida, conducen efectivamente, según mi opinión, a la revocación de la sentencia recurrida y a la anulación del artículo 3 de la Decisión controvertida. No obstante, el importe de base de la multa sólo se modifica en relación con dos criterios de apreciación.

598. El importe de la multa de las cuatro recurrentes ha sido modificado habida cuenta de la falta de demostración de las repercusiones concretas de la práctica colusoria en el mercado. Además, Erste, RZB y ÖVAG obtienen una reducción adicional del

importe de su multa habida cuenta de los errores cometidos por la Comisión en su distribución en categorías a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción.

599. En esas circunstancias propongo al Tribunal de Justicia condenar a BA-CA a cargar con sus propias costas y con el 80 % de las costas de la Comisión.

600. En lo que atañe a Erste, RZB y ÖVAG, propongo al Tribunal de Justicia condenarles a cargar con sus propias costas y con el 70 % de las costas de la Comisión.

XII. Conclusión

601. A la luz de las anteriores consideraciones propongo por tanto al Tribunal de Justicia:

«1) Anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/ Comisión (T-259/02 a T-264/02 y T-271/02), en cuanto incurre:

— en un error de Derecho, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas estimó que la Comisión de las Comunidades Europeas podía deducir de la mera ejecución de la práctica colusoria la existencia de repercusiones concretas de la infracción en el mercado, y ello a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción y del cálculo del importe de base de la multa, así como

— en un error de Derecho y en una contradicción en los fundamentos, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas estimó que la Comisión de las Comunidades Europeas, a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción y del cálculo del importe de base de la multa, podía atribuir a Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, a Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y a Österreichische Volksbanken AG las cuotas de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados, a pesar de que no les imputó el comportamiento infractor de estos últimos.

2) Desestimar por lo demás los recursos de casación.

3) Estimar los recursos de anulación interpuestos ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, dirigidos a la anulación de la Decisión 2004/138/CE de la Comisión, de 11 de junio de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (en el asunto COMP/36.571/D-1 — Bancos austriacos — "Club Lombard"), en cuanto:

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG, y Österreichische Volksbanken AG solicitan la anulación del artículo 3 de la Decisión 2004/138, en la medida en que la Comisión de las Comunidades Europeas no ha demostrado repercusiones concretas de la infracción en el mercado a los efectos de la apreciación de la gravedad de la infracción y ha apreciado erróneamente el importe de la multa correspondiente, y

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y Österreichische Volksbanken AG solicitan la anulación del artículo 3 de la Decisión 2004/138, en la medida en que la Comisión de las Comunidades Europeas les ha atribuido, a los efectos de la apreciación de la

gravedad de la infracción y del cálculo del importe de base de la multa, la cuota de mercado de los bancos de sus sectores descentralizados.

4) Modificar como sigue el importe de las multas fijado en el artículo 3 de la Decisión 2004/138:

— en el asunto C-125/07 P, el importe de la multa impuesta a Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG se reduce a 18.000.000 de euros;

— en el asunto C-133/07 P, el importe de la multa impuesta a Raiffeisen Zentralbank Österreich AG se reduce a 3.037.000 euros;

— en el asunto C-135/07 P, el importe de la multa impuesta a Bank Austria Creditanstalt AG se reduce a 24.300.000 euros, y

— en el asunto C-137/07 P, el importe de la multa impuesta a Österreichische Volksbanken AG se reduce a 3.037.000 euros.

5) En los asuntos C-125/07 P, C-133/07 P y C-137/07 P, condenar a Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y

Österreichische Volksbanken AG a cargar con sus propias costas y con el 70 % de las costas de la Comisión de las Comunidades Europeas. Ésta soportará el 30 % de sus costas.

6) en el asunto C-135/07 P, condenar a Bank Austria Creditanstalt AG a cargar con sus propias costas y con el 80 % de las costas de la Comisión de las Comunidades Europeas. Ésta soportará el 20 % de sus costas.»