SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta)
de 5 de diciembre de 2006 *

En el asunto T-303/02,

Westfalen Gassen Nederland BV, con domicilio social en Deventer (Países Bajos), representada por los Sres. M. Essers y M. Custers, abogados,

parte demandante,

contra

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

parte demandada,

que tiene por objeto, con carácter principal, la anulación parcial de la Decisión 2003/207/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/E-3/36.700 — Gases médicos e industriales) (DO 2003, L 84, p. 1) y, con carácter subsidiario, la reducción de la multa impuesta a la demandante,

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

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

integrado por el Sr. M. Vilaras, Presidente, y los Sres. F. Dehousse y D. Šváby, Jueces;
Secretario: Sr. J. Plingers, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 4 de abril de 2006;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes del litigio

Hechos que originaron el litigio

1 Westfalen Gassen Nederland BV (en lo sucesivo, «demandante» o «Westfalen») es una empresa activa en el mercado neerlandés de los gases industriales y médicos desde 1989.

2 En diciembre de 1997 y durante el año 1998, la Comisión procedió a realizar investigaciones en los locales de la demandante y de diferentes sociedades que también desarrollaban sus actividades en dicho mercado –en este caso AGA Gas BV (en lo sucesivo, «AGA»), Air Liquide BV, Air Products Nederland BV, Boc Gases Benelux (en lo sucesivo, «BOC»), Hydrogas Holland BV y Messer Nederland BV (en lo sucesivo, «Messer»)– de conformidad con el artículo 14, apartados 2 y 3, del Reglamento nº 17 del Consejo, 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).

3 Tras haber dirigido a las mencionadas sociedades peticiones de información con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17, el 9 de julio de 2001 la Comisión envió un pliego de cargos a ocho empresas que operaban en el sector en cuestión, entre ellas la demandante.

4 La demandante cuestionó en su respuesta los hechos expuestos en el pliego de cargos. Con posterioridad a la liquidación de AGA Gas, la sociedad matriz de ésta, AGA AB, respondió a dicho pliego en cuanto al fondo en nombre de su antigua filial y declaró expresamente estar dispuesta a asumir la responsabilidad por las infracciones cometidas por ésta.

5 Tras dar audiencia a las empresas afectadas el 10 de enero de 2002, la Comisión adoptó la Decisión 2003/207/CE de la Comisión, de 24 de julio de 2002, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE (asunto COMP/E-3/36.700 — Gases médicos e industriales) (DO 2003, L 84, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión»).

6 La Decisión fue notificada a la demandante el 26 de julio de 2002 y se dirigió a AGA AB en su calidad de sucesor jurídico de AGA Gas.

Decisión impugnada

7 La Comisión indica, en la Decisión, que recogió pruebas de la existencia de una práctica colusoria entre competidores que operan en el sector de los gases médicos e industriales en los Países Bajos, en particular durante el período de 1993 a 1997 (considerando 331).

8 Asimismo, afirmó (considerando 393 de la Decisión) que la demandante había participado en los acuerdos/prácticas concertadas relativos a:

— la fijación de incrementos de los precios desde octubre de 1994 hasta diciembre de 1995;

— la fijación de períodos de moratoria desde octubre de 1994 hasta enero de 1995; y

— la fijación de precios mínimos desde marzo de 1994 hasta diciembre de 1995.

9 Por lo que se refiere, en primer lugar, a los incrementos de los precios, la Comisión señala, en primer lugar, que una primera discusión sobre el incremento del precio de los gases en botella para 1995 tuvo lugar en la reunión de 14 de octubre de 1994 de la asociación Vereniging van Fabrikanten van Industriële Gassen (en lo sucesivo, «VFIG»), que agrupa a las empresas que fabrican y venden gases industriales en los Países Bajos. Los participantes en dicha reunión eran AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Hydrogas, Messer, Nederlanse Technische Gasmaatschappij (en lo sucesivo, «NTG») y la demandante (considerando 136 de la Decisión).

10 Con el fin de demostrar el objeto contrario a la competencia de dicha reunión, la institución se refiere, en particular, al contenido de notas manuscritas encontradas en la sede de AGA o facilitadas por dicha empresa y fechadas el 17 de octubre de 1994.

11 Seguidamente, la Comisión invoca que estos aumentos de los precios de los gases en botella para 1995 fueron elaborados detalladamente por AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Messer y Westfalen en la reunión de la VFIG celebrada el 18 de noviembre de 1994 y se apoya, para fundamentar esta conclusión, en dos cuadros manuscritos, de los que uno fue presentado por AGA (en lo sucesivo, «cuadro nº 1»), y el otro encontrado en la sede de Air Products (en lo sucesivo, «cuadro nº 2») (considerandos 139 a 141 de la Decisión).

12 Según la Comisión, el cuadro nº 1, con fecha de 21 de noviembre de 1994, contiene, en particular, la lista de los incrementos de precios (en porcentaje) de los gases en botella para 1995 para Hoek Loos, AGA, Messer, Air Liquide, Air Products, BOC y la demandante.

13 En cuanto al cuadro nº 2, que recoge los incrementos de los precios, la institución indica que parece referirse a la misma reunión, aunque todas las menciones contenidas en los dos cuadros no sean idénticas. La Comisión recuerda que Air Products creyó en un principio que el cuadro había sido elaborado en una reunión con algunos competidores celebrada en 1995, pero afirmó, acto seguido, que podía referirse a la reunión de la VFIG de noviembre de 1994.

14 La Comisión precisa que, en su respuesta al pliego de cargos, la demandante declaró que nunca había participado activamente en estas reuniones, y que no tenía conocimiento de que se discutieran cuestiones tales como los incrementos de los precios, pues no se mencionaban estos temas en el orden del día de las reuniones (considerando 145 de la Decisión).

15 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la determinación de períodos de moratoria, la Comisión afirma que, en las reuniones de la VFIG de 14 de octubre y de 18 de noviembre de 1994 se discutieron y acordaron incrementos de precios para 1995 entre AGA, Hoek Loos, Air Liquide, Air Products, Messer, BOC y la demandante, en combinación con una moratoria que concluyó en enero de 1995. A este respecto, la institución se refiere a las notas manuscritas de AGA, antes mencionadas en el apartado 10, y a los cuadros nº 1 y nº 2, en los que se hace referencia a un período de moratoria de dos meses para la aplicación de los incrementos de los precios (considerandos 168 a 171 de la Decisión).

16 La Comisión recuerda que, en su respuesta al pliego de cargos, la demandante alegó que no se había demostrado que, en las dos reuniones de la VFIG celebradas a finales de 1994, participara activamente en un acuerdo con sus competidores sobre un período de moratoria (considerando 172 de la Decisión).

17 Por lo que atañe, en tercer lugar, a la fijación de los precios mínimos, la Comisión sostiene que las empresas afectadas acordaron listas sucesivas de precios mínimos para los gases en botella y que el principal propósito de las listas era fijar umbrales mínimos en caso de empresas que compitiesen por el mismo cliente. (considerando 189 de la Decisión).

18 La Comisión afirma que, en las reuniones de la VFIG de 17 de marzo y de 14 de octubre de 1994, se hizo referencia a «listas de precios» y «precios mínimos» para los gases en botella, aplicables a los clientes pequeños, para la conclusión de un acuerdo, al menos entre la demandante, Messer, Air Liquide, Hoek Loos y Air Products, indicando que las cuatro últimas empresas citadas ya se habían puesto de acuerdo sobre un sistema de precios mínimos para los gases en botella en octubre de 1990 (considerandos 194 y 205 de la Decisión).

19 Según la institución, las notas manuscritas encontradas en AGA mencionan que en las reuniones de la VFIG de marzo y octubre de 1994 se discutieron de nuevo las «listas de precios» y que en la última reunión Hoek Loos presentó una lista de precios para los gases en botella, mientras que las notas manuscritas de 17 de octubre confirman que en la reunión de octubre se discutieron los «precios mínimos» (considerando 206 de la Decisión).

20 La Comisión señala también que la lista de precios para los clientes pequeños de gases en botella se encontró en los locales de tres empresas, a saber, en los locales de la demandante, dentro de un expediente titulado «VFIG 1995», en los locales de Air Liquide, dentro de un expediente titulado «VFIG 1994», y en los locales de Messer. Las tres copias contienen una lista impresa de precios mínimos idéntica, con fecha de octubre de 1994 y titulada «lista de precios para clientes pequeños de gases en botella» y en la copia encontrada en Messer también figura una lista de precios manuscrita que se añadió en 1996. La institución añade que el hecho de que estas empresas guardasen esta propuesta en sus archivos durante varios años significa que era importante para ellas (considerandos 207 y 208 de la Decisión).

21 En la Decisión se menciona que, en su respuesta al pliego de cargos, la demandante declaró que no sabía cómo había llegado la lista a sus manos y que era muy probable que se le distribuyera en la reunión de la VFIG de 14 de octubre de 1994, pero que este hecho no implicaba, sin embargo, que hubiera dado su acuerdo efectivo a los precios mencionados en la lista (considerando 212).

22 La respuesta global de la Comisión a las negativas de la demandante figura en el considerando 351 de la Decisión, que tiene el tenor siguiente:

«La Comisión señala que el hecho de que Air Liquide y [la demandante] participaran en varias reuniones y que el objeto de estas reuniones fuera restringir la

competencia, se ve confirmado por las pruebas documentales que figuran en el expediente de la Comisión. La conclusión de que el comportamiento descrito constituye un acuerdo en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se ve modificada si puede establecerse que uno o más participantes no tenían la intención de aplicar las intenciones conjuntas expresadas en ellos. Teniendo en cuenta la naturaleza manifiestamente anticompetitiva de las reuniones en que se expresaron las intenciones, las empresas en cuestión, al participar sin distanciarse públicamente, dieron la impresión a los otros participantes de que suscribían el acuerdo objeto de la discusión y de que actuarían de conformidad con el mismo. La noción de "acuerdo" es objetiva por naturaleza. Los motivos reales (y las intenciones ocultas) que subyacen en el comportamiento adoptado no son relevantes.»

23 La Decisión comprende las disposiciones siguientes:

«Artículo 1

AGA AB, Air Liquide BV, [Air Products], [BOC], [Messer], Hoek Loos [NV] y [Westfalen] han violado el apartado 1 del artículo 81 del Tratado al participar en un acuerdo o práctica concertada continua en el sector de los gases industriales y médicos en los Países Bajos.

La duración de la infracción fue la siguiente:

— AGA AB: desde septiembre de 1993 hasta diciembre de 1997,

— Air Liquide BV: desde septiembre de 1993 hasta diciembre de 1997,

— [Air Products]: desde septiembre de 1993 hasta diciembre de 1997,

— [BOC]: desde junio de 1994 hasta diciembre de 1995,

— [Messer]: desde septiembre de 1993 hasta diciembre de 1997,

— Hoek Loos [NV]: desde septiembre de 1993 hasta diciembre de 1997,

— [Westfalen]: desde marzo de 1994 hasta diciembre de 1995.

[...]

Artículo 3

Por la infracción mencionada en el artículo 1, se imponen las siguientes multas:

— AGA AB: 4,15 millones de euros,

— Air Liquide BV: 3,64 millones de euros,

— [Air Products]: 2,73 millones de euros,

— [BOC]: 1,17 millones de euros,

— [Messer]: 1 millón de euros,

— Hoek Loos [NV]: 12,6 millones de euros,

— [Westfalen]: 0,43 millones de euros.»

24 Para calcular el importe de las multas, la Comisión aplicó, en la Decisión, el método expuesto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado [CA] (DO 1998, C 9, p. 3; en lo sucesivo, «Directrices») y en la Comunicación (96/C 207/04) de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (DO 1996, C 207, p. 4; en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación») .

25 Así, el importe de base de la multa, determinado en función de la gravedad y de la duración de la infracción, se fijó, con respecto a la demandante, en 0,51 millones de euros (considerando 438 de la Decisión).

26 La Comisión consideró que la demandante desempeñó un papel meramente pasivo en las infracciones y que no había participado en todos sus aspectos, y que estas circunstancias atenuantes justificaban una disminución del 15 % del importe básico de la multa que debía imponerse, con lo que éste se estableció en 0,43 millones de euros (considerando 442 de la Decisión).

27 En cambio, la demandante no obtuvo ninguna reducción en virtud de la Comunicación sobre la cooperación.

Procedimiento y pretensiones de las partes

28 La demandante interpuso el presente recurso mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 4 de octubre de 2002.

29 Tras la interposición de este recurso, la Comisión consideró que había incurrido en error de apreciación de la duración de la infracción imputada a esta empresa. Así, admitió, en el escrito de contestación, que había señalado indebidamente marzo de 1994 como punto de partida de la infracción imputada a la demandante.

30 Por consiguiente, la Comisión adoptó, el 9 de abril de 2003, la Decisión 2002/355/CE por la que se modifica la Decisión (DO 2003, L 123, p. 49).

31 Así, en su versión actual, el artículo 1 de la Decisión, modificado, declara que la demandante infringió el artículo 81 CE por haber participado en un acuerdo o práctica concertada continua en el sector de los gases industriales y médicos en los Países Bajos durante un período comprendido entre octubre de 1994 y diciembre de 1995. El artículo 3 de la Decisión, modificado, establece una multa rebajada de 0,43 a 0,41 millones de euros.

32 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) decidió iniciar la fase oral y, en el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento contempladas en el artículo 64 del Reglamento de Procedimiento, requirió a la Comisión para que presentara un documento.

33 En la vista de 4 de abril de 2006 se oyeron los informes orales de las partes, así como sus respuestas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia.

34 En su demanda, la demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Con carácter principal, anule los artículos 1 y 3 de la Decisión, que le imponen una multa de 0,43 millones de euros por haber infringido el artículo 81 CE.

— Con carácter subsidiario, anule el artículo 1 de la Decisión y reduzca sustancialmente el importe de la multa impuesta.

— Condene en costas a la Comisión.

35 En la réplica, la demandante precisa que su pretensión subsidiaria debe entenderse como una pretensión de anulación parcial del artículo 1 de la Decisión con el fin de obtener una reducción sustancial de la multa que se le impuso en el artículo 3 de la misma Decisión. Asimismo, pide al Tribunal de Primera Instancia que tome declaración bajo juramento al Sr. P. van den Heuij, que participó en las reuniones de la VFIG como directivo de una empresa activa en el sector de que se trata y del cual se adjunta una declaración al escrito de demanda.

36 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime la solicitud de prueba testifical.

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la demandante.

Sobre la pretensión de anulación de los artículos 1 y 3 de la Decisión

Alegaciones de las partes

37 Con carácter preliminar, la demandante subraya que desmintió los hechos expuestos en el pliego de cargos y también aquellos en los que se basaba la Decisión.

38 Sostiene que la Comisión no ha demostrado de modo suficiente en Derecho que participó en los acuerdos o prácticas concertadas y la demandada incumplió, de ese modo, la obligación de motivación contemplada en el artículo 253 CE. La demandante alega asimismo una violación por parte de la Comisión del principio de igualdad de trato.

39 La demandante señala que hasta julio de 1994 no era miembro de la VFIG, creada el 23 de marzo de 1989, y que asistió por primera vez a una reunión de dicha asociación el 14 de octubre de 1994. La Comisión se basa, según la demandante, en esa participación en la reunión de 14 de octubre de 1994 y en la de 18 de noviembre del mismo año para imputarle, erróneamente, un triple comportamiento contrario a la competencia, a saber, la fijación de incrementos de los precios, la determinación de períodos de moratoria y el establecimiento de precios mínimos.

Sobre la fijación de los incrementos de los precios

40 La demandante alega, en primer lugar, que, en las dos reuniones de la VFIG de 14 de octubre y de 18 de noviembre de 1994, se negó a participar en un incremento de los

precios concertado para 1995. Precisa que, en la reunión de la VFIG de 14 de octubre de 1994, se extrañó de que se tratara el tema del aumento de los precios que no figuraba en el orden del día y manifestó su sorpresa.

41 Según la demandante, en cada reunión, se negó a decir si se produciría un aumento de los precios y si, en su caso, éste sería del 5 % o del 6 %, en la medida en que aún no había determinado en aquel momento sus precios para 1995 y la sociedad matriz, Westfalen AG, debía ser consultada necesariamente al respecto. La demandante sostiene que declaró que no se oponía, en principio, a los incrementos pero que no aprobaba una práctica colusoria y que, dado que era partidaria de ejercer presión sobre los precios, tenía la intención de adaptar su política al mercado de manera autónoma.

42 La demandante estima que estas declaraciones sólo pueden calificarse de prudentes y vagas. Afirma que no aportó ningún indicio sobre su futura política comercial, dejando a las otras empresas con la duda de cuál sería su comportamiento en el mercado en 1995.

43 La realidad de esta actitud de oposición a un acuerdo contrario a la competencia viene confirmada, según la demandante, por las declaraciones del Sr. Nordkamp, representante de la demandante en dichas reuniones, y del Sr. van den Heuij, miembro de NTG, que también estuvo presente en tales reuniones. La demandante sostiene que el Sr. van den Heuij no tenía el menor interés personal en hacer esa declaración y que, por lo tanto, no había motivo alguno para dudar de la sinceridad de ésta. Habida cuenta de la respuesta dada por la Comisión, en la que se limita a afirmar que la declaración de que se trata carece de cualquier credibilidad, la demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que se tome declaración bajo juramento al Sr. van den Heuij.

44 Añade que, contrariamente a las afirmaciones de la Comisión, no existe contradicción alguna entre las declaraciones de la demandante presentadas en respuesta al pliego de cargos y las realizadas en esta instancia.

45 En segundo lugar, la demandante sostiene que los documentos en los que la Comisión basa sus conclusiones carecen de fuerza probatoria.

46 Así, en opinión de la demandante, no es en absoluto seguro que los cuadros nºs 1 y 2 se refieran a la reunión de 14 de octubre o a la de 18 de noviembre de 1994.

47 A su juicio, los dos cuadros de que se trata son además incoherentes. En efecto, se menciona un incremento de los precios por parte de la demandante del orden del «5-6 %» en el cuadro nº 1, mientras que en el cuadro nº 2 figura un aumento de más del 6 %. Esta incoherencia resulta más llamativa aún si se tiene en cuenta que, en el caso de las otras empresas, los porcentajes indicados en los dos documentos coinciden.

48 Afirma que los dos cuadros son también contradictorios en lo que se refiere a los precios del alquiler y a los gastos de transporte. Mientras que del cuadro nº 1 resulta que ni siquiera se informó a la demandante de los acuerdos alcanzados sobre esa cuestión, el cuadro nº 2 indica que la demandante había concluido un acuerdo sobre el alquiler de los cilindros. Las cantidades mencionadas en los dos cuadros en concepto de precios de alquiler tampoco coinciden. Por otra parte, no se excluye, según la demandante, que la mención «¿WF no estaba informada?? ¿no aceptó??», que figura en las notas manuscritas de AGA de 17 de octubre de 1994, pueda referirse no sólo a los gastos de alquiler y de transporte, sino a todas las cuestiones tratadas en el curso de la reunión de que se trata.

49 La demandante sostiene que, aun suponiendo que los dos cuadros se refieran efectivamente a las reuniones de 14 de octubre y 18 de noviembre de 1994, puede deducirse que los otros operadores no tenían una idea precisa acerca de su política de precios y que, por lo tanto, se había expresado efectivamente en términos particularmente vagos durante esas reuniones.

50 Según la demandante, la Comisión se limitó, por comodidad, a asumir lo que otros participantes habían señalado sobre la demandante sin mencionar las reservas con que ésta había restringido sus manifestaciones. Añade que la institución demandada, tampoco trató de explicar las diferencias, admitidas sin embargo en el considerando 141 de la Decisión, entre las indicaciones de cifras que figuran en los dos cuadros, y por ello la Decisión no está suficientemente motivada al respecto.

51 Tales diferencias pueden explicarse, según la demandante, por el hecho de que los datos contenidos en esos cuadros reflejaban únicamente los deseos de sus autores y no un aumento de precios decidido por la demandante. Esta explicación viene corroborada por otros documentos emanados de empresas presentes en las reuniones de la VFIG, en los que se menciona el nombre de la demandante a pesar de que ésta no participó en dichas reuniones.

52 La demandante señala que, en diversos períodos de la práctica colusoria, los participantes en ella mencionaron su nombre a propósito de reuniones de la VFIG a las que no asistió y, acertadamente, la Comisión no dio crédito a esas declaraciones. A pesar de que los cuadros n^{os} 1 y 2 están relacionados precisamente con esas imputaciones erróneas, la demandada los tuvo en cuenta sin la mínima duda. En cualquier caso, esas notas manuscritas correspondientes a los cuadros n^{os} 1 y 2 son, en opinión de la demandante, extremadamente sumarias y, por lo tanto, no pueden considerarse un acta completa del contenido de las reuniones.

Sobre la determinación de períodos de moratoria

53 La demandante alega que, en las reuniones de la VFIG de 14 de octubre y de 18 de noviembre de 1994, participó en discusiones relativas a la aplicación de una moratoria, pero para expresar su oposición a tal medida, y que recibió, en aquella ocasión, el apoyo de otros pequeños operadores. A efectos de prueba, se remite de nuevo a la declaración explícita del Sr. van den Heuij.

54 Los cuadros n^{os} 1 y 2, en los que falta coherencia y que sólo pueden ser el reflejo del comportamiento que las otras empresas esperaban de la demandante, no contradicen que las reuniones se desarrollaran tal como se ha descrito en el apartado precedente.

55 Aunque la demandante sea consciente de que el hecho de que no se respete un acuerdo contrario a la competencia no impide que exista una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, señala que, durante la moratoria, contactó a diversos clientes de empresas competidoras y que aportó a la Comisión la prueba de esta circunstancia.

Sobre la fijación de precios mínimos

56 La demandante objeta que no pudo participar en una discusión sobre los precios mínimos en la reunión de marzo de 1994, y aún menos celebrar un acuerdo, ya que no estaba presente en dicha reunión. Añade que tampoco tomó parte en ninguna discusión sobre precios mínimos en la reunión de 14 de octubre de 1994 y que las notas manuscritas de AGA relativas a esa reunión no prueban que participara en dicha discusión ni en la conclusión del acuerdo. Los puntos 132 y 133 del pliego de cargos confirman incluso que los pequeños operadores, como la demandante, opusieron resistencia en las reuniones de la VFIG.

57 El hecho de que se encontrara una lista de precios mínimos en los locales de la demandante es, a su juicio, irrelevante. Ésta precisa que únicamente afirmó que era posible que se le hubiera repartido dicha lista en la reunión de 14 de octubre de 1994 y no, como sostiene la Comisión, que era muy posible que la referida lista le hubiera sido entregada en el transcurso de dicha reunión. La mera posesión por la demandante de tal documento no prueba en ningún caso su participación en un acuerdo sobre precios mínimos ni en una eventual discusión sobre ese tema. La Comisión, acertadamente, no confirió ninguna importancia a otras informaciones recibidas por la demandante sin haberlas solicitado.

58 En conclusión, la demandante afirma que el hecho de que una empresa participe en una discusión sobre la coordinación de los comportamientos en el mercado no puede constituir una violación de la prohibición de prácticas colusorias cuando resulte que dicha empresa se manifestó en contra de esa coordinación (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartados 94 a 96).

59 La demandante sostiene que, habida cuenta del comportamiento que adoptó en las reuniones de la VFIG de 14 de octubre y de 18 de noviembre de 1994, procede considerar que se distanció públicamente del contenido de dichas reuniones, en el sentido exigido por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, HFB y otros/Comisión, T-9/99, Rec. p. II-1487, apartado 223). Según la demandante, una persona que se distancia de aquello que se dice durante una reunión participa necesariamente en la discusión, pero ello no significa que, con tal conducta, infrinja la prohibición de prácticas colusorias. Afirma que, a este respecto, la Comisión se contradice, ya que admite que la participación en una reunión oficial no constituye, en sí misma, una participación en una práctica colusoria. Además, en su opinión, la jurisprudencia, contrariamente a lo que la Comisión da a entender, no exige que la prueba del distanciamiento deba basarse en un documento contemporáneo a la infracción ni que dicha prueba pueda sólo proceder de los participantes en la práctica colusoria.

60 Según la demandante, su actitud se explica con facilidad a la vista de su situación en el mercado de referencia, a saber, la de un operador reciente y modesto, pero que había sido capaz de hacer crecer su volumen de negocios utilizando una política comercial dinámica. Los participantes en la práctica colusoria y la propia Comisión (considerando 78 de la Decisión) reconocen que la demandante desempeñó un papel de «aguijón» de los precios. En este contexto, la demandante no tenía, pues, interés alguno en quedar vinculada por un acuerdo sobre los incrementos de los precios.

61 La demandante afirma que su actitud de oposición abierta, combinada con la de otros pequeños operadores, tuvo por consecuencia que los grandes operadores se vieron obligados a proseguir sus negociaciones ilícitas fuera del marco de las reuniones de la VFIG y de la presencia de esos pequeños operadores. Por lo tanto,

debió considerarse a la demandante un «quebrador de prácticas colusorias» y no una empresa que ha contribuido pasivamente a una práctica concertada. Además, mientras que la situación antes citada era descrita en el apartado 132 del pliego de cargos, la Comisión no se refiere a ella en la Decisión, la cual, según la demandante, no está suficientemente motivada a este respecto.

62 La Comisión subraya que la demandante no niega su participación en las reuniones de 14 de octubre y de 18 de de noviembre de 1994 ni que el objeto de tales reuniones fuera restringir la competencia. La participación, en sí misma, en las reuniones de la VFIG no equivale ciertamente a una participación en reuniones colusorias, pero ello no significa, sin embargo, que en el marco de esas reuniones oficiales, o al margen de ellas, no haya tenido lugar ninguna práctica colusoria.

63 La Comisión indica que la jurisprudencia ha declarado claramente que el hecho de que una empresa participe en una reunión de los miembros de una práctica colusoria, aun sin tomar parte activa en el debate, implica su responsabilidad en la infracción, a menos que se distancie públicamente del contenido de dicha reunión (sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el apartado 59 *supra,* apartado 223).

64 La institución demandada puntualiza que, en la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 58 *supra,* invocada por la demandante, el Tribunal de Justicia precisó que incumbe a toda persona que invoque el distanciamiento aportar su prueba. Pues bien, en el presente caso la demandante no aportó tal prueba.

65 La demandada se opone, por extemporánea, a la solicitud de que el Tribunal de Primera Instancia examine al Sr. van den Heuij, dado que la demandante infringió el artículo 48 del Reglamento de Procedimiento al no motivar el carácter tardío de su proposición de prueba. Además, según la demandada, ese testimonio no puede aportar nada nuevo a los debates y, por lo tanto, no es útil.

Sobre la duración de la infracción

66 En su escrito de demanda, la demandante sostiene que la Decisión no es exacta en cuanto a la duración de la infracción indicada por la Comisión, en la medida en que no estaba presente en la reunión de la VFIG de marzo de 1994. En la réplica indica que toma nota de que la Comisión ha reconocido su error en cuanto al punto de partida del período de la infracción, que ha quedado fijado en octubre y no en marzo de 1994.

67 La Comisión considera que la alegación de la demandante relativa a la duración de la infracción carece totalmente de pertinencia, ya que, en aplicación de las Directrices, tuvo en cuenta la rectificación de la duración de la infracción y redujo la multa.

Sobre la violación del principio de igualdad de trato

68 La demandante sostiene que la Comisión vulneró el principio de igualdad de trato al apreciar la participación de los pequeños operadores, ya que consideró que sólo la demandante había incumplido la prohibición de prácticas colusorias y no las sociedades NTG e Hydrogas que, sin embargo, participaron en varias reuniones en las que se trató de acuerdos ilegales. Alega que la motivación de la Decisión es gravemente insuficiente al respecto.

69 La Comisión sostiene que la alegación relativa a la supuesta violación del principio de igualdad de trato, que se enmarca en realidad en la pretensión de reducción del importe de la multa, carece de fundamento.

70 Por lo que se refiere a NTG, su implicación es, según la Comisión, manifiestamente diferente a la de la demandante, y dicha empresa consiguió demostrar, en su respuesta al pliego de cargos, su ausencia de responsabilidad. La situación de Hydrogas tampoco puede asimilarse a la de la demandante, dado que la Comisión ni siquiera le comunicó el pliego de cargos a falta de indicios de comportamientos ilícitos. La Comisión añade que la participación en las reuniones oficiales de la VFIG no constituía en sí misma una participación en una reunión de la práctica colusoria y que no disponía, como sí ocurría en el caso de la demandante, de pruebas que demostraran la participación de NTG y de Hydrogas en los incrementos de los precios, en las moratorias y en los precios mínimos.

71 La Comisión sostiene que, aunque se considerase incorrecto que esas otras sociedades no hubieran sido imputadas, la situación de la demandante sería idéntica. En efecto, señala, la posible concesión de una ventaja indebida no significa que la demandante tenga derecho a obtener una reducción de su propia multa si ésta ha sido fijada lícitamente (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 176, y de 20 de marzo de 2002, LR AF 1998/Comisión, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 367).

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

Observaciones preliminares

72 Es preciso señalar que la demandante afirma que la Comisión no demostró de modo suficiente en Derecho que participara en acuerdos o prácticas concertadas y que, «al actuar así, la Comisión infringió igualmente el principio de motivación del artículo 253 CE». La demandante señala más en particular una insuficiencia de motivación en cuanto a las diferencias señaladas entre las cifras indicadas en los cuadros n^{os} 1 y 2, su papel de «quebrador de prácticas colusorias» y el trato de que

ha sido objeto con respecto a los otros dos pequeños operadores. De dicha formulación y del tenor de las alegaciones expuestas por la demandante se desprende que la imputación realizada no se refiere, en el fondo, a una falta o una insuficiencia de motivación enmarcada en los vicios sustanciales de forma en el sentido del artículo 230 CE. La citada imputación se confunde, en realidad, con la crítica del fundamento de la Decisión y, por lo tanto, de la legalidad en cuanto al fondo de ese acto, que, según la demandante, es ilegal, puesto que la Comisión no ha podido probar la infracción del artículo 81 CE y ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

Sobre el supuesto distanciamiento público de la demandante

73 La demandante alega que la Comisión no ha probado de modo suficiente en Derecho que hubiera infringido de algún modo el artículo 81 CE, apartado 1.

74 Procede recordar a este respecto que, en caso de litigio sobre la existencia de una infracción de las normas sobre la competencia, 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 (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Baustahlgewebe/Comisión, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 58).

75 A efectos de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que un acuerdo tenga por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, independientemente de sus efectos concretos. En consecuencia, en el supuesto de acuerdos que se ponen de manifiesto con ocasión de reuniones de empresas competidoras, se produce una infracción de la referida disposición cuando las reuniones tienen dicho objeto y pretenden, de este modo, organizar artificialmente el funcionamiento del mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 145).

76 Por consiguiente, para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel, basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (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 81, y la jurisprudencia allí citada).

77 La razón que subyace en este principio jurídico es que, al haber participado en la reunión sin distanciarse públicamente de su contenido, la empresa ha dado a entender a los demás participantes que suscribía su resultado y que se atendría a éste (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 82).

78 En el presente asunto, la demandante no niega haber participado en las dos reuniones de la VFIG celebradas los días 14 de octubre y 18 de noviembre de 1994 ni que éstas fueran contrarias a la competencia. En cambio, afirma que, dado su comportamiento en el curso de esas reuniones, procede considerar que se distanció públicamente de su contenido contrario a la competencia, en el sentido que exige la jurisprudencia.

— Sobre la fijación de incrementos de los precios y la determinación de un período de moratoria

79 En sus escritos, la demandante afirma, de manera general, que «demostró su oposición a los acuerdos relativos al comportamiento [de las empresas] en el mercado en las reuniones de 14 de octubre y 18 de noviembre de 1994».

80 En cuanto al incremento de los precios, sostiene que dijo claramente que no aprobaba un aumento de precios y que, al ser partidaria de ejercer una presión sobre éstos, su intención era adaptar su política al mercado de manera autónoma. Añade que no quiso pronunciarse, «durante la reunión», sobre si tenía previstos incrementar los precios en 1995 y, en su caso, en qué medida, pero declaró que, en principio, no se oponía a tales incrementos. Asimismo, indica que su directivo, el Sr. Nordkamp, se negó «en cada una de las reuniones» a pronunciarse sobre si habría un incremento de precios y, en su caso, si éste sería del 5 o del 6 %.

81 En su declaración, el Sr. Nordkamp señala que, después de que otras empresas declararan, «en una de las dos reuniones referidas de la VFIG», que tenían la intención de aumentar los precios en un 5 o un 6 %, «no quedó claro si Westfalen incrementaría sus precios para 1995 y, en su caso, en qué medida».

82 Estas declaraciones sólo corresponden parcialmente a las hechas por la demandante en su respuesta al pliego de cargos, en la que aquélla indicó que, en la «post-reunión» sobre política comercial declaró, después de que los otros operadores anunciaran sucesivamente incrementos de los precios, que «había previsto un incremento de los precios del 5 o 6 % para 1995», dato que contradice el tenor del escrito de demanda, recordado anteriormente. La demandante añadió que «ni en las reuniones de 14 de octubre o de 18 de noviembre de 1994 ni en ningún otro momento se comprometió a aplicar un determinado aumento de los precios», lo que no corresponde a la afirmación expresa de una oposición al aumento de los precios.

83 De las consideraciones anteriores resulta que, como mínimo, la demandante no adoptó una posición clara sobre la cuestión del incremento de los precios. Así, no dijo expresamente que aumentaría sus precios en 1995, pero tampoco dijo que no habría incremento de los precios ese mismo año.

84 Por consiguiente, la demandante no adoptó una posición que permitiera a las otras empresas saber claramente que se distanciaba del principio de tal incremento. Su comportamiento, que ella califica de vago, viene a ser una aprobación tácita que produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 76 *supra,* apartado 84).

85 Por lo que se refiere al segundo comportamiento contrario a la competencia reprochado por la Comisión, la demandante precisó en la respuesta al pliego de cargos, que «se manifestó en la reunión en contra de una moratoria» y que «el Sr. Nordkamp no se comprometió, en nombre de Westfalen, a respetar una moratoria ni en la reunión ni en ningún otro momento», extremo que la demandante ha confirmado en sus escritos al indicar que se pronunció en contra del establecimiento de una moratoria.

86 Con el fin de demostrar la realidad de sus declaraciones de oposición y, por lo tanto, el hecho de haberse distanciado públicamente de las discusiones colusorias en las que participó, la demandante se basa fundamentalmente en la declaración del Sr. van den Heuij.

87 El testigo expone que, en una reunión de la VFIG, la demandante reaccionó en tono de protesta contra las propuestas contrarias a la competencia formuladas por otras empresas miembros de la asociación empresarial. De su declaración escrita se desprende que dicha protesta no fue el resultado de una oposición de principio a una concertación manifiestamente ilegal, sino que obedeció a que, *a priori,* la medida propuesta no correspondía a los intereses económicos de NTG y de la demandante.

88 Sin embargo, es preciso señalar que del propio tenor de la declaración del Sr. van den Heuij se desprende que éste no conserva un recuerdo muy preciso de la reunión de que se trata. Así, el testigo indica que no se acuerda ni de la fecha de ésta, ni de la duración de la moratoria discutida en el curso de dicha reunión, ni de si el directivo de Hydrogas había protestado también contra las propuestas controvertidas.

89 La declaración del Sr. van den Heuij, realizada el 9 de octubre de 2002, sólo afecta a una reunión de la VFIG que se celebró «ocho años» antes. Teniendo en cuenta esa referencia temporal y a la vista del cuadro en el que se recapitulan todas las reuniones de la VFIG con mención de las participaciones individuales de las empresas miembros de la asociación (considerando 106 de la Decisión), procede señalar que la referida declaración afecta sólo a la reunión de 14 de octubre de 1994, debiendo señalarse que NTG, empresa de la que el Sr. van den Heuij es directivo, no estaba representada en la reunión siguiente de 18 de noviembre de 1994.

90 Además y de manera especial, el testimonio del Sr. van den Heuij no coincide exactamente con la narración ofrecida por la demandante de la reunión de que se trata, ya que el testigo no menciona que determinadas empresas anunciaron sucesivamente incrementos de sus precios del 5 o 6 % ni refiere las manifestaciones formuladas entonces por el Sr. Nordkamp según las cuales la demandante había previsto «un aumento de precios de 5 o 6 % para 1995» o, en principio no se oponía a incrementos, si bien se negó a pronunciarse sobre si habría un aumento de precios para 1995 y, en su caso, sobre la magnitud de dicho aumento.

91 El testigo menciona una declaración general de oposición tras un anuncio de propuestas contrarias a la competencia, a la que no se refiere como tal la demandante, que, afirma que, mediante sus reacciones ante cada una de las tres iniciativas contrarias a la competencia controvertidas, mostró su oposición frente a la coordinación ilícita.

92 En cualquier caso, de las consideraciones anteriores resulta que el Tribunal de Primera Instancia no puede acoger la afirmación de la demandante según la cual el testimonio del «Sr. [...] van den Heuij, que participó personalmente en las dos reuniones de la VFIG de 14 de octubre y de 18 de noviembre de 1994, pone de manifiesto [que] se opuso frontalmente en esas reuniones a las propuestas de práctica colusoria prohibida», ya que es pura y simplemente errónea.

93 A este respecto, al ser interrogada por el Tribunal de Primera Instancia en la vista, la demandante admitió expresamente que el Sr. van den Heuij no había participado en la reunión de la VFIG de 18 de noviembre de 1994. Esta constatación resulta determinante para apreciar la responsabilidad de la demandante.

94 En efecto, debe recordarse que la Comisión se basa en la participación de la demandante tanto en la reunión de la VFIG de 14 de octubre de 1994 como en la de 18 de noviembre siguiente para afirmar que había participado en los acuerdos relativos a la fijación de los incrementos de los precios y en la determinación de un período de moratoria.

95 Pues bien, la demandante no presenta ningún indicio concreto y objetivo que pruebe que se había distanciado públicamente del contenido manifiestamente contrario a la competencia de la reunión de 18 de noviembre de 1994.

96 Las afirmaciones de la demandante relativas al carácter plausible de tal distanciamiento con respecto a su posición de operador reciente y dinámico en el mercado de que se trata no le bastan, por sí solas, para cumplir con la carga de la prueba que le incumbe.

97 Como señala acertadamente la Comisión, la demandante podía asimismo tener interés en que los suministradores de gas respetaran los acuerdos concluidos y creyeran que ésta se ajustaría también a tales acuerdos, mientras que, sin advertir a dichas empresas de ello, practicaba precios algo inferiores a los acordados con el fin de aumentar sus márgenes y su cuota de mercado. A este respecto, debe recordarse que, según la jurisprudencia, el hecho de que el comportamiento en el mercado de las empresas afectadas no sea conforme con las «reglas del juego» acordadas no afecta en nada a su responsabilidad derivada de su participación en un acuerdo contrario a la competencia (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartado 1389).

98 La demandante indica además que no se excluye en absoluto que la mención «¿WF no estaba informada?? ¿no aceptó??», que figura en las notas manuscritas de AGA invocadas por la Comisión en la Decisión (considerandos 138 y 169) pueda referirse no sólo a los gastos de alquiler y de transporte, sino a todas las cuestiones tratadas en el curso de las discusiones colusorias.

99 Entre las pruebas documentales facilitadas por la Comisión figuran efectivamente notas manuscritas enviadas por AGA, que incluyen las menciones siguientes:

«17.10.94

VFIG

Incremento de los precios

Alquiler 0,25 Transporte

¿WF no estaba informada?? ¿no aceptó??

Precio del gas en botella + 6 % + alquiler y transporte

Contratos a granel + 4,5 %, ¿fórmula indexada?

[...]

Moratoria: 1 de diciembre + 3-4 meses.»

100 Aparte del hecho de que la mención controvertida se refiere al primer punto de las notas relativo a los gastos de alquiler y de transporte y no al incremento de los precios de los gases en botella que se menciona en un apartado posterior distinto, basta con señalar que las notas manuscritas de que se trata llevan fecha de 17 de octubre de 1994, es decir, sólo unos días después de la celebración, el 14 de octubre de 1994, de la reunión colusoria de la VFIG en la que consta claramente la participación de AGA. Por lo tanto, las notas manuscritas y la mención citadas por la demandante no pueden referirse a la segunda reunión colusoria de 18 de noviembre de 1994.

101 En estas circunstancias, resulta que, tras haber participado en una primera reunión con un carácter manifiestamente contrario a la competencia, cuyo tenor afirma haber desaprobado, la demandante participó, apenas un mes después, en una segunda reunión colusoria, con respecto a la cual no se ha acreditado que se distanciara públicamente.

102 Esta participación deliberada en una segunda reunión contraria a la competencia, que siguió directamente a una primera concertación ilícita, anula la protesta inicial, en caso de que se hubiera probado ésta, de la reunión de 14 de octubre de 1994 y es suficiente para desvirtuar, en el marco de un análisis global del comportamiento de la demandante durante el período comprendido entre el 14 de octubre y el 18 de

noviembre de 1994, toda alegación de distanciamiento público con respecto a las discusiones colusorias relativas a la fijación de incrementos de los precios de los gases en botella y a la determinación de un período de moratoria de dos meses.

103 A este respecto, se debe recordar que el concepto de distanciamiento público como elemento de exención de la responsabilidad debe interpretarse de manera restrictiva. Si la demandante hubiera querido efectivamente disociarse de las discusiones colusorias, habría podido fácilmente indicar por escrito a sus competidoras y al secretario de la VFIG, tras la reunión de 14 de octubre de 1994, que no quería en ningún caso ser considerada miembro de la práctica colusoria y participar en reuniones de una asociación empresarial que servía de marco oculto a concertaciones ilícitas (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de diciembre de 2003, Adriatica di Navigazione/Comisión, T-61/99, Rec. p. II-5349, apartado 138).

104 Además, a mayor abundamiento, es preciso señalar que la Comisión se basa en pruebas documentales que permitan concluir que la demandante participó efectivamente en los citados acuerdos. Se trata de notas manuscritas en forma de cuadros y definidas como tales por la Comisión en la Decisión.

105 Para negarles cualquier fuerza probatoria, la demandante alega, de manera general, el carácter extremadamente sumario de tales notas. Además de formular determinadas tachas concretas acerca de uno u otro documento, afirma que, en cualquier caso, las notas manuscritas no pueden considerarse un acta completa de las reuniones en cuestión.

106 A este respecto, es preciso recordar que, al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos

acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero, y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo. Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartados 55 y 56).

107 En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 76 *supra*, apartado 57).

108 En el presente caso, ha quedado acreditado que las discusiones colusorias tuvieron lugar al margen de las reuniones de la VFIG de 14 de octubre y de 18 de noviembre de 1994 y que, obviamente, no podían dar lugar, ni dieron lugar, a que se levantaran actas oficiales exhaustivas. Por consiguiente, no pueden excluirse las notas manuscritas invocadas por la Comisión por el simple motivo de que revistan carácter sumario.

109 Además, las alegaciones de la demandante en cuanto a la imposibilidad de relacionar los dos cuadros a una u otra de las reuniones de la VFIG y a su supuesta incoherencia no resisten el examen concreto de los documentos de que se trata.

110 Por una parte, el cuadro nº 1, entregado por AGA, lleva fecha de 21 noviembre de 1994 y contiene la denominación abreviada de siete empresas, entre ellas AGA, que participaron efectivamente en la reunión de la VFIG de 18 de diciembre de 1994

(considerando 140 de la Decisión). El cuadro nº 2 fue encontrado en Air Products, que declaró que podía referirse a la citada reunión (considerando 141 de la Decisión). Además, ese cuadro nº 2 contiene la misma lista de empresas que figuran en el cuadro nº 1 e indicaciones similares relativas a los incrementos de los precios de los gases en botella, del transporte y del alquiler.

111 Procede recordar, además, que la reunión de la VFIG de 18 de noviembre de 1994 es la segunda y la última reunión contraria a la competencia en la que la demandante participó con los grandes operadores y que las discusiones colusorias prosiguieron en otro marco.

112 Por otra parte, el cuadro nº 1 contiene la mención siguiente «W/F 5-6 % sobre todos los productos 1/1-95» mientras que el cuadro nº 2 indica «W/F 6 %» en la columna titulada «Producto». Como señala acertadamente la Comisión, si bien las referidas indicaciones de cifras no coinciden exactamente, sin embargo, son plenamente compatibles y dan fe de la participación de la demandante en un incremento de los precios, del 5 al 6 %, previsto para enero de 1995.

113 Por otra parte, el cuadro nº 1 contiene, en la parte superior de la página, la mención «Moratoria: 1.12. — 31.1.95» cuyo carácter único sólo puede explicarse por el hecho de que afecte a todas las empresas citadas en dicho cuadro. El cuadro nº 2 incluye la mención «W/F [...] 2 ms» que, con toda probabilidad, expresa el período de dos meses de moratoria acordado por las empresas implicadas en el cártel. Procede señalar, como complemento, que la cuestión de la moratoria ya había sido debatida en la reunión de 14 de octubre de 1994, como se desprende claramente de las notas manuscritas de AGA a las que se refiere el apartado 99 anterior.

114 Además, es particularmente significativo que, a diferencia de lo que ocurre con la demandante, no se cite en ningún momento a Hydrogas, pequeño operador mencionado en la declaración del Sr. van den Heuij y cuya participación en las reuniones de la VFIG de 14 de octubre y de 18 de noviembre ha quedado acreditada.

115 De las consideraciones precedentes resulta que el distanciamiento público alegado por la demandante no ha sido probado por ésta y que la Comisión ha demostrado de modo suficiente en Derecho que la demandante participó en los acuerdos relativos a la fijación de incrementos de los precios de octubre de 1994 a diciembre de 1995 y en la determinación de un período de moratoria de octubre de 1994 a enero de 1995.

— Sobre la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gases en botella

116 Con carácter preliminar, es preciso observar que de la Decisión (considerando 352) se desprende que la Comisión consideró que el comportamiento de las distintas empresas implicadas en la práctica colusoria constituía una infracción única y continua, que se fue concretando progresivamente en acuerdos o prácticas concertadas.

117 Así, el artículo 1 de la Decisión establece que las empresas afectadas, entre las que se encuentra la demandante, «han violado el apartado 1 del artículo 81 del Tratado al participar en un acuerdo o práctica concertada continua en el sector de los gases industriales y médicos en los Países Bajos».

118 Por lo que se refiere, más en particular, a la demandante, la Comisión estimó que aquélla había participado en dicha infracción mediante comportamientos contrarios a la competencia que le eran propios, y, en particular, mediante la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gas en botella. A este respecto, la responsabilidad de la demandante se basa sólo en su participación en la reunión de 14 de octubre de 1994, a la vista de la rectificación de la Decisión introducida el 9 de abril de 2003.

119 Tras haber indicado en el pliego de cargos que «[seguía] sin saberse si en 1994 se [había] celebrado efectivamente un acuerdo sobre precios mínimos», la Comisión precisó en el considerando 205 de la Decisión que, en las reuniones de la VFIG de marzo y octubre de 1994 se «discutieron las "listas de precios" y los "precios mínimos" de los gases en botella para los pequeños clientes, con vistas a un acuerdo» al menos entre la demandante, Messer, Air Liquide, de Hoek Loos y Air Products. Asimismo, se menciona en el considerando 341 de la Decisión que «Hoek Loos, AGA, Air Products, Air Liquide y Messer» acordaron los precios mínimos de los gases en botella para pequeños clientes para «1995, 1996 y 1997».

120 De las consideraciones precedentes resulta que la Comisión reprocha a la demandante su participación en una práctica concertada relativa a la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gases en botella.

121 Llegados a este punto, es preciso recordar que el concepto de «práctica concertada» se refiere a una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 64). Los criterios de coordinación y de cooperación fijados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de exigir la elaboración de un verdadero «plan», deben interpretarse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado común. Si bien es cierto que esta exigencia de independencia no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse inteligentemente al comportamiento actual o previsto de sus competidores, no obstante prohíbe de forma terminante cualquier contacto directo o indirecto entre tales operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, o revelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o que se prevea adoptar en el mercado (sentencia del Tribunal del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73,

50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartados 173 y 174; 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 720).

122 Al igual que ocurre con respecto a los comportamientos contrarios a la competencia que la Comisión le reprocha, la demandante niega su responsabilidad afirmando que se distanció públicamente de las discusiones colusorias relativas a la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gases en botella.

123 A este respecto, tanto de los escritos de la demandante como de la declaración del Sr. Nordkamp, representante de ésta en las reuniones de la VFIG, resulta que éste no se pronunció sobre la cuestión de la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gases en botella cuando dicha cuestión se suscitó en la reunión de 14 de octubre de 1994.

124 Ahora bien, el silencio observado por un operador en una reunión en la que se produjo una concertación ilícita sobre una cuestión precisa relativa a la política de precios no puede ser asimilado a la expresión de una desaprobación firme y clara. Al contrario, según la jurisprudencia, la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 76 *supra,* apartado 84).

125 Los recuerdos imprecisos del Sr. van den Heuij por sí solos, relatados en una declaración solicitada y prestada poco tiempo antes de la interposición del presente recurso, que no coinciden exactamente con las declaraciones de la propia demandante, no pueden invalidar la citada conclusión. Como mucho, de la

declaración del Sr. van den Heuij, podría deducirse que los pequeños operadores, entre ellos la demandante, formularon una protesta ante el anuncio de las propuestas ilícitas de otras empresas, antes de que se iniciaran las discusiones específicas sobre cada una de esas propuestas y antes de que cada empresa expresara su postura, como hizo la demandante, en las condiciones particulares referidas en el apartado 123 anterior, en lo que se refiere a la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gases en botella.

126 Pues bien, no puede considerarse que dicho comportamiento de la demandante sea la manifestación firme y clara de un desacuerdo que pueda subsumirse en el concepto de distanciamiento público que la jurisprudencia exige, e interpreta de manera restrictiva.

127 Además, debe señalarse que, en la Decisión, la Comisión indica que, según las explicaciones facilitadas por AGA, corroboradas en una mención que figura en las notas manuscritas encontradas en AGA, las listas de niveles de precios para los clientes pequeños de gases en botella fue presentada por Hoek Loos al margen de la reunión de la VFIG celebrada en octubre de 1994. Aparte de esta circunstancia, en la sede de la demandante se descubrió, en particular, en un expediente con la mención «VFIG 1995», un documento con fecha de octubre de 1994 y titulado «lista de precios para clientes pequeños de gases en botella», en el que figuraba efectivamente una lista impresa de precios mínimos. El mismo documento se encontró en los locales de Messer y de Air Liquide (considerandos 207 y 208 de la Decisión).

128 La demandante se limitó a precisar que era posible que dicho documento le hubiera sido entregado en la reunión de 14 de octubre de 1994, pero que su posesión no probaba su participación en un acuerdo sobre precios mínimos ni tampoco en una discusión sobre esa cuestión.

129 No por ello es menos cierto que la demandante participó efectivamente en la reunión de 14 de octubre de 1994 y, como la Comisión señala acertadamente, no resulta en absoluto sorprendente que, a diferencia de lo que sucede con respecto a los incrementos de los precios y a la determinación de la moratoria, no se hizo mención individualizada alguna que se refiriera a la demandante o a otra empresa, ya que se trata de una lista de precios que fue distribuida en dicha reunión. La conservación por la demandante de tal documento no es en absoluto compatible con la afirmación de un distanciamiento público y la determinación autónoma de una política comercial sobre el mercado en cuestión que aquél necesariamente implica, según exige la jurisprudencia a todo operador económico (véase la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 116, y la jurisprudencia allí citada).

130 Asimismo, aunque la participación de la demandante en la segunda reunión colusoria celebrada el 18 de noviembre de 1994 no pueda constituir la refutación directa del distanciamiento público alegado por la demandante, sí es significativa, como ocurre con respecto a los dos primeros comportamientos reprochados por la Comisión, de su intención contraria a la competencia y contradice retrospectivamente la alegación de distanciamiento público con respecto a las discusiones colusorias de la reunión de 14 de octubre de 1994.

131 Sin embargo, la comprobación de que la demandante no ha probado el distanciamiento público que alega no basta, por sí sola, para concluir la responsabilidad de aquélla.

132 En la sentencia, recaída en casación, Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 58 *supra*, el Tribunal de Justicia precisó que, como se desprende del propio tenor del artículo 81 CE, apartado 1, el concepto de práctica concertada supone, además de la concertación entre las empresas, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y una relación de causa a efecto entre ambos elementos (apartado 118). Asimismo, declaró que cabe presumir –salvo prueba en contrario, que corresponde aportar a los operadores interesados– que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en

consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 58 *supra*, apartado 121).

133 En el presente asunto, salvo prueba en contrario, que le corresponde aportar, procede considerar que la demandante, que permaneció activa en el mercado de que se trata tras la reunión de 14 de octubre de 1994, tomó en consideración la concertación ilícita, en la que participó con ocasión de la referida reunión, para determinar su comportamiento en dicho mercado (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, citada en el apartado 58 *supra*, apartados 119 y 121).

134 De las consideraciones precedentes resulta que la Comisión ha demostrado de modo suficiente en Derecho que la demandante participó en una práctica concertada relativa a la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gases en botella.

Sobre la duración de la infracción

135 Con carácter preliminar, es preciso señalar, que la apreciación definitiva de la Comisión acerca de la duración de la infracción imputada a la demandante se incluye en el artículo 1 de la Decisión, en su versión revisada por la Decisión de 9 de abril de 2003, según la cual el período de la infracción se inició en octubre de 1994 y finalizó en diciembre de 1995.

136 Habida cuenta de la rectificación de la Decisión, la alegación de la demandante basada en el carácter erróneo del punto de partida del período de la infracción al que se refiere el artículo 1 de la Decisión ha quedado sin objeto.

137 En la vista, la demandante señaló que el artículo 1 de la Decisión mencionaba erróneamente el mes de diciembre de 1995 como término del período de infracción, en la medida en que, tras la reunión de la VFIG de 18 de noviembre, ya no participó en ninguna otra reunión colusoria.

138 Aun cuando esta nueva alegación pudiera considerarse como admisible, no puede ser acogida por el Tribunal de Primera Instancia. A este respecto, es preciso recordar que la Comisión ha demostrado de modo suficiente en Derecho que la demandante participó, en particular, en un acuerdo que tenía un objeto claramente contrario a la competencia, consistente en la fijación de incrementos de los precios para el año 1995. Para calcular la duración de una infracción cuyo objeto es restrictivo de la competencia, procede determinar únicamente la duración de la existencia del acuerdo, a saber, el período transcurrido entre la fecha de su celebración y la fecha en que se le puso fin (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de julio de 2005, Brasserie nationale/Comisión, T-49/02 a T-51/02, Rec. p. II-3033, apartado 185).

139 Pues bien, la demandante no ha demostrado de modo suficiente en Derecho haber puesto fin a su participación en la práctica colusoria de manera anticipada, es decir, con anterioridad al mes de diciembre de 1995, adoptando un comportamiento de competencia leal e independiente en el mercado de referencia. Por otra parte, debe observarse que la demandante no se retiró del cártel para denunciarlo a la Comisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de noviembre de 2005, Union Pigments/Comisión, T-62/02, Rec. p. II-5057, apartado 42).

Sobre la violación del principio de igualdad de trato

140 La demandante sostiene que la Comisión vulneró el principio de igualdad de trato al apreciar la participación de los pequeños operadores, ya que consideró que sólo la demandante había incumplido la prohibición de prácticas colusorias y no NTG e Hydrogas, que, sin embargo, participaron en varias reuniones en las que se trató de acuerdos ilegales.

141 A este respecto, basta recordar que si una empresa ha infringido, con su comportamiento, el artículo 81 CE, apartado 1, no puede eludir toda sanción, debido a que no se haya impuesto multa alguna a otro operador económico, cuando el juez comunitario ni siquiera ha sido llamado a conocer de la situación de este último (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 197, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1994, Parker Pen/Comisión, T-77/92, Rec. p. II-549, apartado 86).

142 Por consiguiente, no puede acogerse la alegación de la demandante basada en que otras empresas que se encontraban en una situación supuestamente similar no fueron sancionadas con una multa.

Sobre la solicitud de reducción del importe de la multa

Alegaciones de las partes

143 En primer lugar, la demandante alega que la brevedad de la duración de la infracción debe suponer una moderación del importe de la multa.

144 En la vista, la demandante indicó que la reducción de 20.000 euros, operada a raíz de la Decisión rectificativa de 9 de abril de 2003, no estaba motivada y era insuficiente.

145 En segundo lugar, la demandante sostiene que la Comisión ha violado los principios de proporcionalidad y de igualdad de trato al fijar el importe de la multa que se le ha impuesto.

146 A este respecto, enuncia las diferencias que permiten distinguirla de otros operadores destinatarios de la Decisión, a saber, la existencia de un comportamiento dinámico en el mercado de referencia, reconocido por la Comisión y por otro operador; su adhesión tardía a la VFIG, en julio de 1994, que explica que no asistiera a las trece reuniones de esta asociación celebradas entre 1989 y septiembre de 1994; su oposición declarada a los acuerdos contrarios a la competencia en las reuniones de 14 de octubre y de 18 de noviembre de 1994; su ausencia en las reuniones colusorias celebradas, después de noviembre de 1994, en Breda y Barendrecht entre los grandes operadores del mercado; su pequeña cuota de mercado, del 1,5 %, mientras que los otros operadores tenían un peso al menos dos veces superior al suyo; la brevedad del período de su implicación en los comportamientos prohibidos, y su abstención de participar en los acuerdos relativos a las condiciones contractuales distintas de los precios.

147 Teniendo en cuenta dichas diferencias, y a la vista del porcentaje de los volúmenes de negocios en el sector de los gases industriales, la demandante opina que fue sancionada más severamente que las otras empresas a las que la Decisión se refiere.

148 La demandante afirma que, si bien las multas se fijaron en relación con el volumen de negocios total de las empresas del sector de los gases industriales en los Países Bajos en 1996, el resultado final es desproporcionado. Así, la multa impuesta a la demandante representa el 13,6 % de su volumen de negocios, frente al 2,2 % sólo en el caso de Hoek Loos y al 7,5 % en el de AGA. Si bien es cierto que las multas se fijaron en función del volumen de negocios, establecido para el año 1996 en el mercado de los gases industriales en los Países Bajos, resulta, además, que la multa impuesta a la demandante es comparable en proporción a las impuestas a las otras empresas, a pesar de que su participación en la práctica colusoria no puede, bajo ningún concepto, compararse a la de otras empresas. La demandante señala además que la multa impuesta a AGA es aproximadamente nueve veces superior a la que se le ha impuesto a ella, cuando la cuota de mercado de AGA (27,4 %) es 18 veces superior a la suya (1,5 %).

149 Según la demandante, estas cifras demuestran que las multas proporcionalmente más benévolas se impusieron a los operadores que desempeñan el papel más importante en la práctica colusoria y que poseen la mayor capacidad para dañar la competencia en el mercado de referencia. Se sancionó mucho más severamente a la demandante, que no desempeñó papel alguno, o como mucho un papel muy limitado, y que ostenta una cuota de mercado muy pequeña, que a los organizadores de la práctica colusoria.

150 Tras recordar que dispone de una facultad discrecional para fijar el importe de las multas en los asuntos relativos a prácticas colusorias, la Comisión sostiene que el importe de la multa impuesta a la demandante es plenamente apropiado y niega cualquier violación del principio de igualdad de trato.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

151 Recuérdese, con carácter preliminar, que, según reiterada jurisprudencia, al determinar la cuantía de cada multa, la Comisión dispone de una facultad de apreciación y no está obligada a aplicar, a tal fin, una fórmula matemática precisa (sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2000, Mo och Domsjö/Comisión, C-283/98 P, Rec. p. I-9855, apartado 47; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, Martinelli/Comisión, T-150/89, Rec. p. II-1165, apartado 59, y de 14 de mayo de 1998, Mo och Domsjö/Comisión, T-352/94, Rec. p. II-1989, apartado 268). Su apreciación debe efectuarse sin embargo respetando el Derecho comunitario, que no sólo incluye las disposiciones del Tratado, sino también los principios generales del Derecho (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C-50/00 P, Rec. p. I-6677, apartado 38).

152 A este respecto, según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato sólo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1984, Sermide, 106/83, Rec. p. 4209, apartado 28, y de 28 de junio de 1990,

Hoche, C-174/89, Rec. p. I-2681, apartado 25; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, BPB de Eendracht/Comisión, T-311/94, Rec. p. II-1129, apartado 309).

153 Debe destacarse asimismo que la apreciación del carácter proporcionado de la multa impuesta en relación con la gravedad y la duración de la infracción –criterios contemplados en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17– está sujeta al control jurisdiccional pleno atribuido al Tribunal de Primera Instancia en virtud del artículo 17 del mismo Reglamento.

154 En el caso de autos, la Comisión determinó el importe de la multa impuesta a la demandante con arreglo al método general que ella misma se impuso en sus Directrices.

155 Las Directrices disponen en el punto 1, párrafo primero, que el importe de base para el cálculo del importe de las multas se determina en función de la gravedad y la duración de la infracción, únicos criterios que figuran en el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17. Con carácter general, la Comisión, en el punto 5, letra a), de las Directrices precisa también que «el resultado final del cálculo de la multa con arreglo a este modelo (importe de base más porcentajes de incremento o reducción) en ningún caso puede rebasar el 10 % del volumen de negocios mundial de las empresas, de conformidad con el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17». Por consiguiente, las Directrices no sobrepasan el marco jurídico de las sanciones definido por esta disposición (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 75 *supra*, apartados 250 y 252).

Sobre la duración de la infracción

156 Por lo que se refiere al factor relativo a la duración de la infracción, las Directrices establecen una distinción entre las infracciones de corta duración (en general, inferior a un año), para las que no debe incrementarse el importe de partida establecido en razón de la gravedad; las infracciones de mediana duración (en general, de uno a cinco años), para las que dicho importe puede incrementarse en un 50 %, y las infracciones de larga duración (en general, más de cinco años), para las que dicho importe puede incrementarse, por cada año, en el 10 % (punto 1 B, párrafo primero, primer a tercer guión).

157 Por lo tanto, si bien está previsto un incremento de hasta el 50 % para las infracciones de duración media, el punto 1 B de las Directrices no prevé un incremento automático de determinado porcentaje por año sino que concede un margen de apreciación al respecto a la Comisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2003, Cheil Jedang/Comisión, T-220/00, Rec. p. II-2473, apartado 134).

158 Como se ha expuesto anteriormente, la Comisión consideró inicialmente, de manera errónea, que la infracción cometida por la demandante duró de marzo de 1994 a diciembre de 1995, por lo que calificó dicha infracción de mediana duración (considerando 434 de la Decisión).

159 La modificación de la Decisión introducida el 9 de abril de 2003 permitió rectificar el artículo 1 de ésta en lo relativo a la duración de la infracción reprochada a la demandante. La Comisión explica claramente en su Decisión rectificativa que el importe de partida de la multa, de 0,45 millones de euros, fue inicialmente aumentado en un 15 % en virtud de la duración, y que después se rebajó ese incremento al 10 % al pasar a considerarse octubre de 1994 como punto de partida de la infracción.

160 Habida cuenta de que ahora, y de manera acertada, se considera que la duración de la infracción cometida por la demandante se extiende de octubre de 1994 a diciembre de 1995, es decir, algo más de un año, la calificación de mediana duración atribuida a dicha infracción sigue siendo apropiada y, por lo tanto, la Comisión procedió, acertadamente, en aplicación de las Directrices, a un aumento del 10 %. La demandante no ha facilitado ningún elemento que permita considerar que la Comisión cometió, a este respecto, un error de apreciación y que el aumento realizado habría debido ser inferior al 10 %.

161 De las consideraciones anteriores se desprende que no puede acogerse la alegación basada en el carácter supuestamente no motivado e insuficiente de la reducción del importe de la multa efectuado por la Comisión en su Decisión rectificativa.

Sobre el carácter supuestamente discriminatorio o desproporcionado de la multa impuesta a la demandante

162 Es preciso señalar que, para establecer el importe de partida de las multas, determinado en función de la gravedad de la infracción, la Comisión consideró que, a pesar de que las empresas implicadas hubieran participado en un cártel sobre los precios, dicha infracción debía calificarse sólo de grave, habida cuenta del alcance geográfico limitado del mercado y del hecho de que el sector en cuestión tenía una importancia económica mediana (considerandos 423 y 428 de la Decisión).

163 Con el fin de tener en cuenta el peso específico de la conducta ilícita de cada empresa implicada en el cártel y, por tanto, su impacto real en la competencia, la Comisión clasificó las empresas afectadas en cuatro categorías, en función de su importancia relativa en el mercado en cuestión. En efecto, la Comisión consideró apropiado emplear el volumen de negocios obtenido en 1996 en el mercado en cuestión como base para la comparación de la importancia relativa de las empresas en dicho mercado (considerandos 429 a 432 de la Decisión).

164 En consecuencia, Hoek Loos y AGA Gas, consideradas con mucho los dos mayores participantes en los mercados en cuestión, fueron clasificadas en la primera categoría. Air Products y Air Liquide, que eran operadores medianos en dicho mercado, fueron incluidos en la segunda categoría. Messer y BOC, que eran «considerablemente más pequeños» en el mercado en cuestión, fueron ubicados en la tercera categoría. La demandante, con una cuota de mercado sumamente pequeña en dicho mercado, figura en la cuarta categoría (considerando 431 de la Decisión).

165 Sobre la base de las consideraciones precedentes, la Comisión adoptó un importe de partida idéntico, de 10 millones de euros, para Hoek Loos y AGA Gas, frente a 2,6 millones de euros para Air Products y Air Liquide, 1,2 millones de euros para Messer y BOC y 0,45 millones de euros para la demandante.

166 En lo que atañe a la duración de la infracción, la Comisión estimó que ésta tuvo una duración media (de uno a cuatro años) para cada empresa implicada, dado que Hoek Loos, AGA Gas, Air Products, Air Liquide y Messer habían infringido el artículo 81 CE, apartado 1, desde septiembre de 1993 hasta diciembre de 1997, BOC desde junio de 1994 hasta diciembre de 1995 y la demandante desde octubre de 1994 hasta diciembre de 1995, tras la rectificación de la Decisión realizada el 9 de abril de de 2003. Inicialmente aumentado en un 15 %, el importe de partida adoptado respecto a la demandante fue finalmente aumentado en un 10 % en virtud de la duración de la infracción, según el considerando 9 de la Decisión de 9 de abril de 2003.

167 Por lo tanto, el importe de base de la multa, determinado en función de la gravedad y la duración de la infracción, fue fijado, tanto respecto de Hoek Loos como de AGA Gas, en 14 millones de euros, frente a 3,64 millones de euros para Air Products y Air Liquide, 1,68 millones de euros para Messer, 1,38 millones de euros para BOC y 0,51, que pasaron a ser 0,49 millones de euros tras la rectificación operada, para la demandante.

168 La Comisión consideró que la demandante sólo había desempeñado un papel meramente pasivo en las infracciones y que no había participado en todos los aspectos de la mismas, y que estas circunstancias atenuantes justificaban una disminución del 15 % del importe básico de la multa impuesta, que fijó en 0,43 millones de euros (considerando 442 de la Decisión) y, luego, en 0,41 millones de euros, tras la Decisión rectificativa de 9 de abril de 2003.

169 En cambio, la demandante no obtuvo ninguna reducción en virtud de la Comunicación sobre la cooperación.

170 De las consideraciones precedentes resulta que la Comisión tuvo en cuenta plenamente las particularidades de la situación de la demandante, que la diferencian de otras empresas destinatarias de la Decisión, ya se trate de la duración del período de la infracción, del papel pasivo de la demandante o de su pequeña cuota de mercado, y que explican que se impusiera a ésta la multa inferior de las impuestas por la Comisión en la Decisión.

171 La alegación de una situación diferente a la de otras empresas implicadas en el cártel, basada en una supuesta oposición declarada a los acuerdos contrarios a la competencia, puesta en relación con la existencia de un comportamiento dinámico en el mercado de referencia, no se enmarca en la discusión sobre la fijación del importe de la multa, sino en la relativa a la existencia de la infracción.

172 No obstante, la demandante sostiene que el importe final de la multa impuesta no es proporcional a su reducida cuota de mercado y a su volumen de negocios tanto a nivel mundial como en el mercado de referencia y que, en consecuencia, ha sido sancionado más severamente que otras empresas más grandes que desempeñaron un papel rector en el cártel.

173 En primer lugar, es preciso recodar que, al determinar el importe de las multas en función de la gravedad y de la duración de la infracción correspondiente, la Comisión no está obligada a garantizar que, en el caso de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, los importes definitivos de las multas a las empresas resultantes de sus cálculos reflejen cualquier diferencia existente entre ellas en cuanto a su volumen de negocios global o a su volumen de negocios pertinente (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 75 *supra,* apartado 312).

174 Seguidamente, hay que indicar que el artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 tampoco exige que, en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T-21/99, Rec. p. II-1681, apartado 203).

175 A este respecto, procede indicar que el importe final de la multa no es más que el resultado de una serie de cálculos efectuados por la Comisión con arreglo a las Directrices y, cuando procedía, a la Comunicación sobre la cooperación.

176 Pues bien, las apreciaciones de la Comisión en cuanto a la duración de la infracción, la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes y el grado de cooperación de una empresa implicada en un cártel están ligadas al comportamiento individual de la empresa en cuestión y no a su cuota de mercado o a su volumen de negocios.

177 Por consiguiente, el importe definitivo de la multa no constituye, *a priori*, un elemento apropiado para determinar una eventual falta de proporcionalidad de la multa en relación con la importancia de las empresas implicadas en la práctica colusoria.

178 En cambio, el importe de partida de la multa constituye, en este caso, un elemento pertinente para apreciar la eventual falta de proporcionalidad de la multa en relación con la importancia de los participantes en el cártel.

179 En la Decisión, la Comisión fijó el importe de base de la multa, determinado en función de la gravedad de la infracción en 0,45 millones de euros para la demandante.

180 Como se ha expuesto, con el fin de tener en cuenta el peso específico de la conducta ilícita de cada empresa implicada en el cártel y, por tanto, su impacto real en la competencia, en la Decisión la Comisión clasificó las empresas afectadas en cuatro categorías, precisamente en función de su importancia relativa en el mercado en cuestión. La demandante fue clasificada en la última categoría.

181 A este respecto, la Comisión se refirió a las cifras indicadas en la tercera columna del cuadro 1, que figura en el considerando 75 de la Decisión:

Empresa	Volumen de negocios total de los destinatarios de la Decisión durante 2001 (en euros)	Volumen de negocios de los gases en botella y en forma líquida en los Países Bajos (en euros) y cuotas de mercado estimadas para 1996
Hoek Loos [NV]	470.648.000	71.400.000 (39,7 %)
AGA Gas BV [1]	55.479.000 [2]	49.200.000 (27,4 %)
[Air Products]	110.044.000	18.600.000 (10,4 %)
Air Liquide BV	60.720.000	12.900.000 (7,2 %)
[Messer]	11.275.000	8.200.000 (4,4 %)
[BOC]	6.690.905.000	6.800.000 (3,8 %)
[Westfalen]	5.455.000	2.600.000 (1,5 %)

[1] Tras la liquidación de AGA Gas BV en 2000-2001, AGA AB ha aceptado la responsabilidad por sus actos y es la destinataria de la Decisión.

[2] 2000 es el último ejercicio económico completo para el que se dispone de cifras de volumen de negocios de AGA Gas BV.

182 Basta comprobar que la demandante ostentaba para el año de referencia el volumen de negocios en el mercado en cuestión y la cuota de mercado más bajos de todas las empresas destinatarias de la Decisión, lo que explica y justifica su clasificación en la última categoría y el hecho de que el importe de partida sea el más pequeño de todos los adoptados por la Comisión en relación con dichas empresas. Por consiguiente, el importe de partida adoptado para la demandante está objetivamente diferenciado en relación con los señalados para otras empresas.

183 Por otra parte, las relaciones entre los volúmenes de negocios, en el mercado afectado, de las empresas contempladas en el cuadro 1 de la Decisión y los importes de partida de las multas considerados por la Comisión para cada una de ellas no revelan ningún trato desproporcionado hacia la demandante, ya que los importes de partida de las multas representan el 17,3 % del volumen de negocios del mercado en cuestión para la demandante frente al 14 % para Hoek Loos, el 20,3 % para AGA Gas, el 13,98 % para Air Products, el 20,2 % para Air Liquide, el 14,6 % para Messer y el 17,6 % para BOC.

184 En su escrito de demanda, la demandante afirma que, si bien las multas se fijaron ciertamente en función del volumen de negocios en el sector de los gases industriales en los Países Bajos en 1996, la multa impuesta a la demandante resulta comparable en proporción a las impuestas a las otras empresas, a pesar de que su participación en la práctica colusoria no puede, bajo ningún concepto, compararse a la de otras empresas. A este respecto, basta recordar que la menor importancia del papel desempeñado por la demandante en la infracción con respecto al de las demás empresas fue tenida en cuenta por la Comisión como circunstancia atenuante, con el fin de reducir el importe de la multa que se le debía imponer.

185 De lo antedicho resulta que la demandante no puede concluir válidamente que el importe de la multa que se le ha impuesto es desproporcionado, dado que el importe de partida de su multa está justificado a la luz del criterio empleado por la Comisión para apreciar la importancia de cada una de las empresas en el mercado en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia LR AF 1998/Comisión, citada en el apartado 71 *supra*, apartado 304).

186 Esta última apreciación sirve asimismo para rechazar la alegación de la demandante basada en la comparación con Hoek Loos y AGA Gas en lo que respecta a la relación

entre el importe final de la multa y el volumen de negocios mundial, ya que la Comisión no consideró este último al apreciar la gravedad de la infracción y determinar los importes de partida del cálculo de las multas.

187 De las consideraciones precedentes se desprende que la demandante no ha aportado la prueba del carácter supuestamente discriminatorio o desproporcionado de la multa impuesta y que el importe final de esta resulta plenamente apropiado.

Sobre la solicitud de que se tome declaración al Sr. van den Heuij

188 En la réplica, la demandante solicita que el Tribunal de Primera Instancia tome declaración, bajo juramento, al Sr. van den Heuij. En la vista, la demandante precisó que esta solicitud se basa en el artículo 48 del Reglamento de Procedimiento relativo a la proposición de prueba.

189 Procede recordar que, a tenor del artículo 44, apartado 1, letra e), del Reglamento de Procedimiento y del artículo 48, apartado 1, de dicho Reglamento, la demanda deberá contener la proposición de prueba, si procediere, y en la réplica y en la dúplica las partes también podrán proponer prueba en apoyo de sus alegaciones, siempre que motiven el retraso producido en proponerla. Así pues, la norma de caducidad prevista en el artículo 48, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento no afecta a la prueba en contrario ni a la ampliación de la proposición de prueba formuladas a raíz de la prueba en contrario aportada por la parte adversa en su escrito de contestación a la demanda. En efecto, dicha disposición se refiere a las proposiciones de pruebas nuevas y debe interpretarse a la luz del artículo 66, apartado 2, de dicho Reglamento que prevé expresamente que podrán presentarse pruebas en contrario y ampliarse la proposición de prueba (sentencia Baustahlgewebe/Comisión, citada en el apartado 74 *supra*, apartados 71 y 72).

190 En el presento asunto, basta con declarar que de los autos se desprende que los elementos de prueba invocados por la Comisión en su escrito de contestación ya habían sido mencionados en la Decisión y en el pliego de cargos o en sus anexos.

191 Por consiguiente, la solicitud de que se tome declaración al Sr. van den Heuij no puede considerarse una proposición de prueba en contrario, no sometida a la norma de caducidad prevista en el artículo 48, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, dado que la demandante pudo presentar dicha proposición de prueba en el escrito de demanda presentado ante el Tribunal de Primera Instancia. Por consiguiente, la proposición de prueba testifical formulada en la réplica debe considerarse extemporánea y, por lo tanto, ha de desestimarse debido a que la demandante no motivó el retraso en proponerla.

Costas

192 A tenor del artículo 87, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, en circunstancias excepcionales o cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Primera Instancia podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas.

193 En el presente asunto, procede señalar que la modificación de la Decisión realizada el 9 de abril de 2003 permitió rectificar el artículo 1 de ésta en cuanto a la duración de la infracción reprochada a la demandante, reconociendo mediante ella la Comisión que estaba fundada la alegación formulada por la demandante en su demanda en cuanto al punto de partida del período de la infracción inicialmente considerado, que era marzo de 1994.

194 Habida cuenta de esta circunstancia y de la desestimación del recurso, procede condenar a la demandante a cargar con sus propias costas y con tres cuartas partes de las costas de la Comisión.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Quinta)

decide:

1) **Desestimar el recurso.**

2) **Condenar a Westfalen Gassen Nederland BV a cargar con sus propias costas y con tres cuartas partes de las costas de la Comisión. La Comisión cargará con un cuarto de sus propias costas.**

Vilaras Dehousse Šváby

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 5 de diciembre de 2006.

El Secretario

E. Coulon

El Presidente

M. Vilaras

Índice

Antecedentes del litigio ..... II - 4575

Hechos que originaron el litigio ..... II - 4575

Decisión impugnada ..... II - 4577

Procedimiento y pretensiones de las partes ..... II - 4584

Sobre la pretensión de anulación de los artículos 1 y 3 de la Decisión ..... II - 4586

Alegaciones de las partes ..... II - 4586

Sobre la fijación de los incrementos de los precios ..... II - 4586

Sobre la determinación de períodos de moratoria ..... II - 4589

Sobre la fijación de precios mínimos ..... II - 4590

Sobre la duración de la infracción ..... II - 4593

Sobre la violación del principio de igualdad de trato ..... II - 4593

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia ..... II - 4594

Observaciones preliminares ..... II - 4594

Sobre el supuesto distanciamiento público de la demandante ..... II - 4595

— Sobre la fijación de incrementos de los precios y la determinación de un período de moratoria ..... II - 4596

— Sobre la fijación de precios mínimos para los compradores de pequeñas cantidades de gases en botella ..... II - 4606

Sobre la duración de la infracción ..... II - 4611

Sobre la violación del principio de igualdad de trato ..... II - 4613

Sobre la solicitud de reducción del importe de la multa ..... II - 4614

Alegaciones de las partes ..... II - 4614

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia ..... II - 4616

Sobre la duración de la infracción ..... II - 4618

Sobre el carácter supuestamente discriminatorio o desproporcionado de la multa impuesta a la demandante ..... II - 4619

Sobre la solicitud de que se tome declaración al Sr. van den Heuij ..... II - 4626

Costas ..... II - 4627