ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

5 de Dezembro de 2006 *

No processo T-303/02,

Westfalen Gassen Nederland BV, com sede em Deventer (Países Baixos), representada por M. Essers e M. Custers, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por A. Bouquet, na qualidade de agente,

recorrida,

que tem por objecto, a título principal, um pedido de anulação parcial da Decisão 2003/207/CE da Comissão, de 24 de Julho de 2002, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/E-3/36 700 — Gases industriais e medicinais) (JO 2003, L 84, p. 1), e, a título subsidiário, um pedido de redução da coima aplicada à recorrente,

* Língua do processo: neerlandês.

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Quinta Secção),

composto por: M. Vilaras, presidente, F. Dehousse e D. Šváby, juízes,

secretário: J. Plingers, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 4 de Abril de 2006,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

Factos na origem do litígio

1 A Westfalen Gassen Nederland BV (a seguir «recorrente» ou «Wesfalen») é uma empresa activa no mercado neerlandês dos gases industriais e medicinais, desde 1989.

2 Em Dezembro de 1997 e durante o ano de 1998, a Comissão, nos termos do artigo 14.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), realizou investigações nas instalações da recorrente e de diferentes sociedades também presentes no referido mercado, no caso, a AGA Gas BV (a seguir «AGA»), a Air Liquide BV, a Air Products Nederland BV, o Boc Gases Benelux (a seguir «BOC»), a Hydrogas Holland BV e a Messer Nederland BV (a seguir «Messer»).

3 Depois de, ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, ter enviado pedidos de informações às sociedades acima referidas, a Comissão, em 9 de Julho de 2001, remeteu uma comunicação de acusações a oito empresas que operam no sector em causa, entre as quais a recorrente.

4 Na sua resposta, a recorrente contestou os factos expostos na comunicação de acusações. Na sequência da liquidação da AGA Gas, a sociedade-mãe desta, a AGA AB, respondeu substancialmente à referida comunicação, em nome da sua antiga filial, e declarou expressamente estar disposta a assumir a responsabilidade pelas infracções cometidas por esta última.

5 Na sequência da audição das empresas em causa, efectuada em 10 de Janeiro de 2002, a Comissão adoptou a Decisão 2003/207/CE, de 24 de Julho de 2002, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/E-3/36 700 — Gases industriais e medicinais) (JO 2003, L 84, p. 1, a seguir «decisão»).

6 A decisão foi notificada à recorrente, em 26 de Julho de 2002, e enviada à AGA AB, na sua qualidade de sucessora da AGA Gas.

Decisão recorrida

7 Na decisão, a Comissão indica que recolheu elementos de prova da existência, durante, designadamente, o período de 1993-1997, de uma colusão entre concorrentes que operavam no sector dos gases industriais e medicinais nos Países Baixos (considerando 331).

8 Entendeu, assim (considerando 393 da decisão), que a recorrente participou nos acordos e/ou práticas concertadas relativos:

— à fixação de aumentos de preços, desde Outubro de 1994 até Dezembro de 1995;

— à fixação de períodos de moratória, desde Outubro de 1994 até Janeiro de 1995;

— à fixação de preços mínimos, desde Março de 1994 até Dezembro de 1995.

9 No que se refere, em primeiro lugar, aos aumentos de preços, a Comissão refere, antes de mais, que se realizou uma primeira discussão sobre os aumentos de preços para os gases em garrafas, relativos a 1995, na reunião, efectuada em 14 de Outubro de 1994, da associação Vereniging van Fabrikanten van Industriële Gassen (a seguir «VFIG»), que agrupa empresas que produzem e vendem gases industriais nos Países Baixos. Participaram nessa reunião a AGA, a Air Liquide, a Air Products, o BOC, a Hoek Loos, a Hydrogas, a Messer, a Nederlandse Technische Gasmaatschappij (a seguir «NTG») e a recorrente (considerando 136 da decisão).

10 A fim de provar o objecto anticoncorrencial dessa reunião, a instituição refere-se, designadamente, ao conteúdo das notas manuscritas encontradas nas instalações da AGA ou fornecidas por esta empresa e datadas de 17 de Outubro de 1994.

11 A Comissão alega, em seguida, que esses aumentos de preços para os gases em garrafas, relativos a 1995, foram fixados em pormenor pela AGA, pela Air Liquide, pela Air Products, pelo BOC, pela Hoek Loos, pela Messer e pela Westfalen, na reunião da VFIG realizada em 18 de Novembro de 1994, e baseia-se, para justificar esta conclusão, em dois quadros manuscritos, um apresentado pela AGA (a seguir «quadro n.º 1») e o outro encontrado na Air Products (a seguir «quadro n.º 2») (considerandos 139 a 141 da decisão).

12 Segundo a Comissão, o quadro n.º 1, datado de 21 de Novembro de 1994, enumera, designadamente, a lista de aumentos de preços (em percentagem) para os gases em garrafas relativos a 1995, para a Hoek Loos, a AGA, a Messer, a Air Liquide, a Air Products, o BOC e a recorrente.

13 No que se refere ao quadro n.º 2, que também revela aumentos de preços, a instituição indica que parece referir-se à mesma reunião, embora nem todos os elementos dos dois quadros sejam idênticos. Relembra que, inicialmente, a Air Products considerou que o quadro tinha sido elaborado numa reunião com concorrentes realizada em 1995, mas afirmou, em seguida, que podia resultar da reunião da VFIG de Novembro de 1994.

14 A Comissão precisa que, na sua resposta à comunicação de acusações, a recorrente declarou que nunca tinha sido um participante activo nestas reuniões e que não tinha tido conhecimento de estarem a ser debatidas questões como aumentos de preços, uma vez que tais tópicos não tinham sido referidos na ordem de trabalhos das reuniões (considerando 145 da decisão).

15 No que diz respeito, em segundo lugar, à fixação de períodos de moratória, a Comissão afirma que, nas reuniões da VFIG de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, foram discutidos os aumentos de preços para 1995 entre a AGA, a Hoek Loos, a Air Liquide, a Air Products, a Messer, o BOC e a recorrente, que chegaram a acordo entre si e convencionaram uma moratória até Janeiro de 1995. A instituição refere-se, a este respeito, às notas manuscritas da AGA, mencionadas no n.º 10 *supra*, bem como aos quadros n.^{os} 1 e 2, nos quais é indicado um período de moratória de dois meses para a implementação dos aumentos de preços (considerandos 168 a 171 da decisão).

16 A Comissão recorda que, na sua resposta à comunicação de acusações, a recorrente argumenta que a Comissão não tinha demonstrado que, nas duas reuniões da VFIG realizadas no final de 1994, ela tinha deliberadamente celebrado um acordo com os seus concorrentes relativamente a um período de moratória (considerando 172 da decisão).

17 No que se refere, em terceiro lugar, à fixação de preços mínimos, a Comissão sustenta que as empresas em causa acordaram listas sucessivas de preços mínimos para os gases em garrafas e que o principal objectivo dessas listas consistia em fixar limiares no caso de as empresas se encontrarem em concorrência relativamente ao mesmo cliente (considerando 189 da decisão).

18 Afirma que, nas reuniões da VFIG de 17 de Março e 14 de Outubro de 1994, foram debatidas «tabelas de preços» e «preços mínimos» a aplicar aos pequenos clientes de gases em garrafas, com o objectivo de chegar a um acordo, pelo menos entre a recorrente, a Messer, a Air Liquide, a Hoek Loos e a Air Products, e observa que as quatro últimas empresas referidas já tinham chegado a um acordo, em Outubro de 1990, sobre um sistema de preços mínimos para os gases em garrafas (considerandos 194 e 205 da decisão).

19 Segundo a instituição, as notas manuscritas encontradas na AGA revelam que as «tabelas de preços» foram novamente discutidas nas reuniões da VFIG, de Março e Outubro de 1994, e que, nesta última reunião, a Hoek Loos apresentou uma tabela de preços para os gases em garrafas, enquanto as notas manuscritas de 17 de Outubro de 1994 confirmam que foram debatidos «preços mínimos» na reunião de Outubro (considerando 206 da decisão).

20 A Comissão refere ainda que a lista de preços para os pequenos compradores de gases em garrafas foi também encontrada nas instalações de três empresas, a saber, da recorrente, numa pasta com a menção «VFIG 1995», da Air Liquide, numa pasta intitulada «VFIG 1994», e da Messer. As três cópias da lista incluem uma listagem impressa de preços mínimos, idêntica, com data de Outubro de 1994 e intitulada «listagem de preços para os pequenos clientes de gases em garrafas», e a encontrada na Messer inclui igualmente uma lista de preços manuscrita que foi acrescentada em 1996. A instituição acrescenta que o facto de estas empresas terem mantido estas propostas nos seus arquivos durante diversos anos é revelador da importância que lhe consagravam (considerandos 207 e 208 da decisão).

21 Refere-se na decisão que, em resposta à comunicação de acusações, a recorrente declarou não saber como é que a lista chegou à sua posse e que era muito provável que lhe tenha sido entregue na reunião da VFIG de 14 de Outubro de 1994, mas que isso não implica que efectivamente tenha chegado a acordo relativamente aos preços mencionados na lista (considerando 212).

22 A resposta global da Comissão às negações da recorrente consta do considerando 351 da decisão, redigido da seguinte forma:

«A Comissão salienta que o facto de a Air Liquide e de a [recorrente] terem participado em diversas reuniões cujo objecto consistia em restringir a concorrência,

é confirmado pelos elementos de prova documentais incluídos no processo da Comissão. A conclusão de que o comportamento descrito constitui um acordo na acepção do n.º 1 do artigo 81.º [CE] não será alterada, mesmo se se provar que um ou mais participantes não tencionavam aplicar as intenções comuns por eles expressas. Tendo em conta a natureza manifestamente anticoncorrencial das reuniões onde tais intenções foram expressas, as empresas em causa, ao participarem sem se distanciarem publicamente, levaram os outros participantes a pensar que subscreviam o que tinha sido debatido e que iriam actuar em conformidade. A noção de 'acordo' é, por natureza, objectiva. Os verdadeiros motivos (e intenções ocultas) subjacentes ao comportamento adoptado são irrelevantes.»

23 A decisão contém as seguintes disposições:

«Artigo 1.º

A AGA AB, a Air Liquide BV, a [Air Products], o [BOC], a [Messer], a Hoek Loos [NV] e a [Westfalen] cometeram uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ao participarem num acordo e/ou prática concertada continuados no sector dos gases industriais e medicinais nos Países Baixos.

A duração da infracção foi a seguinte:

— AGA AB: desde Setembro de 1993 até Dezembro de 1997,

— Air Liquide BV: desde Setembro de 1993 até Dezembro de 1997,

— [Air Products]: desde Setembro de 1993 até Dezembro de 1997,

— [BOC]: desde Junho de 1994 até Dezembro de 1995,

— [Messer]: desde Setembro de 1993 até Dezembro de 1997,

— Hoek Loos [NV]: desde Setembro de 1993 até Dezembro de 1997,

— [Westfalen]: desde Março de 1994 até Dezembro de 1995.

[...]

Artigo 3.º

No que se refere à infracção referida no artigo 1.º, são aplicáveis as seguintes coimas:

— AGA AB: 4,15 milhões de euros,

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

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

— [BOC]: 1,17 milhões de euros,

— [Messer]: 1 milhão de euros,

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

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

24 Para efeitos do cálculo do montante das coimas, a Comissão aplicou, na decisão, o método constante das Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado [CA] (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações»), e da Comunicação 96/C 207/4 sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JO 1996, C 207, p. 4, a seguir «comunicação sobre a cooperação»).

25 Deste modo, o montante de base da coima, determinado em função da gravidade e da duração da infracção, foi fixado, relativamente à recorrente, em 0,51 milhões de euros (considerando 438 da decisão).

26 A Comissão considerou que a recorrente desempenhou um papel exclusivamente passivo nas infracções e que não participou em todos os elementos da infracção, e que essas circunstâncias atenuantes justificavam uma redução de 15% do montante de base da coima a aplicar, tendo este sido reduzido para 0,43 milhões de euros (considerando 442 da decisão).

27 Em contrapartida, a recorrente não beneficiou de qualquer redução a título da comunicação sobre a cooperação.

Tramitação processual e pedidos das partes

28 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 4 de Outubro de 2002, a recorrente interpôs o presente recurso.

29 Tendo sido interposto o recurso, a Comissão considerou que tinha cometido um erro de apreciação no que toca à duração da infracção de que essa empresa é acusada. Reconheceu, assim, na contestação, ter indevidamente considerado a data de Março de 1994 como data de início da infracção imputada à recorrente.

30 Consequentemente, a Comissão adoptou, em 9 de Abril de 2003, a Decisão 2003/355/CE que altera a decisão (JO 2003, L 123, p. 49).

31 Deste modo, o artigo 1.º da decisão, na versão alterada, passa a referir que a recorrente cometeu uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, ao participar num acordo e/ou prática concertada continuados, no sector dos gases industriais e medicinais nos Países Baixos, desde Outubro de 1994 até Dezembro de 1995. O artigo 3.º da decisão, na versão alterada, prevê um montante de coima reduzido de 0,43 para 0,41 milhões de euros.

32 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.º do Regulamento de Processo do Tribunal, convidou a Comissão a apresentar um documento.

33 As partes foram ouvidas em alegações e nas suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal na audiência de 4 de Abril de 2006.

34 Na petição, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— a título principal, anular os artigos 1.º e 3.º da decisão que lhe aplica uma coima de 0,43 milhões de euros por infracção ao artigo 81.º CE;

— a título subsidiário, anular o artigo 1.º da decisão e reduzir substancialmente o montante da coima aplicada;

— condenar a Comissão nas despesas.

35 Na réplica, a recorrente precisa que o seu pedido subsidiário deve ser entendido como um pedido de anulação parcial do artigo 1.º da decisão, com o objectivo de obter uma redução substancial da coima que lhe foi aplicada pelo artigo 3.º da mesma decisão. Pede também ao Tribunal que ouça sob juramento P. van den Heuij, que participou em reuniões da VFIG, na qualidade de dirigente de uma empresa activa no sector em causa, tendo uma sua declaração sido junta à petição inicial.

36 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— indeferir o pedido de prova testemunhal;

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas.

Quanto ao pedido de anulação dos artigos 1.º e 3.º da decisão

Argumentos das partes

37 A recorrente sublinha, a título liminar, que contestou os factos expostos na comunicação de acusações e que contesta também aqueles em que a decisão se baseia.

38 Alega que a Comissão não fez prova bastante de que ela participou em acordos e/ou práticas concertadas e que, desta forma, a recorrida violou o dever de fundamentação a que se refere o artigo 253.º CE. A recorrente refere igualmente uma infracção, cometida pela Comissão, ao princípio da igualdade de tratamento.

39 A recorrente observa que só em Julho de 1994 é que aderiu à VFIG, criada em 23 de Março de 1989, e que assistiu a uma reunião dessa associação, pela primeira vez, em 14 de Outubro de 1994. A Comissão baseia-se, segundo a recorrente, nessa participação na reunião de 14 de Outubro de 1994, bem como na de 18 de Novembro do mesmo ano, para lhe imputar, sem razão, um triplo comportamento anticoncorrencial, ou seja, a fixação de aumentos de preços, a fixação de períodos de moratória e a fixação de preços mínimos.

Quanto à fixação de aumentos de preços

40 A recorrente alega, em primeiro lugar, que, nas duas reuniões da VFIG, de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, recusou participar em aumentos de preços

concertados para 1995. Precisa que, na reunião da VFIG de 14 de Outubro de 1994, ficou surpreendida ao ouvir o tema dos aumentos de preços ser abordado, uma vez que este não constava da ordem de trabalhos, e exprimiu a sua estranheza.

41 Recusou, em todas as reuniões, declarar se iria haver um aumento de preços e, se assim fosse, se seria de 5% ou de 6%, uma vez que, naquele momento, ainda não tinha determinado os seus preços para 1995 e que era necessário consultar sobre este assunto a sociedade-mãe, a Westfalen AG. A recorrente alega ter declarado que não se opunha, em si mesmo, a aumentos, mas que não aprovava um acordo e que, sendo partidária do exercício de uma pressão sobre os preços, pretendia adaptar autonomamente a sua política ao mercado.

42 Estas declarações só podem ser qualificadas de prudentes e vagas. A recorrente não apresentou nenhum indício relativo à sua futura política comercial, deixando as outras empresas na dúvida sobre qual seria o seu comportamento no mercado em 1995.

43 A realidade desta atitude de oposição a um acordo anticoncorrencial é confirmada pelas declarações do Sr. Nordkamp, representante da recorrente nas reuniões em causa, e de P. van den Heuij, membro da NTG, que também esteve presente nessas reuniões. A recorrente sustenta que P. van den Heuij não tinha o menor interesse pessoal em fazer essa declaração e que, portanto, não há qualquer razão para duvidar da sua sinceridade. Atendendo à contestação da Comissão, que se contenta em afirmar que a declaração em causa não tem credibilidade, a recorrente pede ao Tribunal que ouça P. van den Heuij, sob juramento.

44 Além disso, contrariamente às afirmações da Comissão, não há contradição entre as declarações da recorrente apresentadas em resposta à comunicação de acusações e as efectuadas no âmbito do presente processo.

45 A recorrente alega, em segundo lugar, que os documentos em que a Comissão baseia os seus pedidos não têm força probatória.

46 Deste modo, não há a certeza absoluta de que os quadros n.os 1 e 2 se referem à reunião de 14 de Outubro ou à de 18 de Novembro de 1994.

47 De igual modo, os dois quadros em causa não são coerentes. Com efeito, trata-se de um aumento de preços para a recorrente, da ordem dos «5% a 6%» no quadro n.º 1, ao passo que o quadro n.º 2 refere um aumento superior a 6%. Esta incoerência é ainda mais gritante porquanto, para as outras empresas, as percentagens indicadas nos dois documentos coincidem.

48 Os dois quadros também parecem contraditórios no que se refere à questão das tarifas da locação e das despesas de transporte. Enquanto resulta do quadro n.º 1 que a recorrente nem sequer foi informada dos acordos celebrados sobre essa questão, o quadro n.º 2 indica que a recorrente celebrou um acordo sobre o aluguer dos cilindros. Os montantes referidos nos dois quadros a título das tarifas de aluguer também não coincidem. Além disso, também não está excluído que a menção «A WF não foi informada?? Não aceitou??», constante das notas manuscritas da AGA, datadas de 17 de Outubro de 1994, se refira apenas aos encargos de aluguer e transporte e não a todas as questões abordadas durante a reunião em causa.

49 A recorrente sustenta que, a admitir-se que os dois quadros se referem efectivamente às reuniões de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, se pode deduzir que os outros operadores não tinham uma ideia precisa da sua política de preços e que, portanto, nas referidas reuniões, as suas afirmações tinham sido particularmente vagas.

50 A Comissão, por comodidade, contentou-se em reproduzir o que os outros participantes tinham escrito sobre a recorrente, sem referir as reservas que acompanhavam as suas afirmações. Também não procurou explicar as diferenças, que, no entanto, foram admitidas no considerando 141 da decisão, entre as indicações quantitativas constantes dos dois quadros, estando a decisão insuficientemente fundamentada a este respeito.

51 Estas diferenças podem explicar-se pelo facto de os dados constantes desses quadros reflectirem apenas as pretensões dos seus autores, e não um aumento de preços decidido pela recorrente. Esta explicação é corroborada por outros documentos emanados de empresas presentes nas reuniões da VFIG e nos quais é feita referência ao nome da recorrente, embora esta última não tenha participado nas referidas reuniões.

52 A recorrente observa que, em diversos períodos de funcionamento do acordo, as entidades que nele participaram mencionaram o seu nome a propósito de reuniões da VFIG a que não assistiu e a Comissão, correctamente, não tomou em consideração essas declarações. Os quadros n.^{os} 1 e 2 tinham a ver, precisamente, com essas imputações erradas e, no entanto, a recorrida tomou-os em consideração sem expressar a menor dúvida. De qualquer modo, essas notas manuscritas correspondentes aos quadros n.^{os} 1 e 2 são extremamente sumárias e não podem, portanto, ser consideradas um relato integral do teor das reuniões.

Quanto à fixação de períodos de moratória

53 A recorrente alega que, nas reuniões da VFIG de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, participou em reuniões relativas à implementação de uma moratória, mas para exprimir a sua oposição a essa medida, tendo recebido, nessa ocasião, o apoio de outros pequenos operadores. A título de prova, remete novamente para a declaração explícita de P. van den Heuij.

54 Os quadros n.os 1 e 2, que não têm coerência e que só podem ser a tradução do comportamento que as outras empresas esperavam da recorrente, não contradizem o desenrolar das reuniões, como descrito no número anterior.

55 Embora saiba que o facto de um acordo anticoncorrencial não ser respeitado não impede que se produza uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, a recorrente observa que, durante o período da moratória, contactou diversos clientes de empresas concorrentes e que fez prova disso à Comissão.

Quanto à fixação de preços mínimos

56 A recorrente afirma que não pôde participar numa discussão sobre preços mínimos na reunião de Março de 1994 e, muito menos, celebrar um acordo, pois não esteve presente nessa reunião. Acrescenta que também não participou numa discussão sobre preços mínimos na reunião de 14 de Outubro de 1994, sendo que as notas manuscritas da AGA, relativas a essa reunião, não fazem prova de uma participação na referida discussão nem na celebração de um acordo. Os n.os 132 e 133 da comunicação de acusações confirmam mesmo que os pequenos operadores, como a recorrente, se opuseram a isso durante as reuniões da VFIG.

57 É irrelevante que uma lista de preços mínimos tenha sido encontrada nas instalações da recorrente. A recorrente precisa que apenas disse ser possível que essa lista lhe tivesse sido distribuída na reunião de 14 de Outubro de 1994 e não, como alega a Comissão, que há grandes possibilidades de essa lista lhe ter sido entregue durante essa reunião. O simples facto de a recorrente ter esse documento na sua posse não prova de forma alguma a sua participação num acordo sobre esses preços mínimos nem numa eventual discussão sobre essa questão. A Comissão, com razão, não atribuiu qualquer importância a outros elementos de informação que a recorrente recebeu sem ter solicitado.

58 Em conclusão, a recorrente afirma que o facto de uma empresa participar numa discussão sobre a coordenação dos comportamentos no mercado não pode constituir uma violação da proibição dos acordos, decisões ou práticas concertadas quando se revele que, na verdade, essa empresa se insurgiu contra essa coordenação (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.os 94 a 96).

59 A recorrente sustenta que, atendendo ao comportamento que adoptou nas reuniões da VFIG de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, se deve considerar que se distanciou publicamente do conteúdo das referidas reuniões, na acepção exigida pela jurisprudência (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, HFB e o./Comissão, T-9/99, Colect., p. II-1487, n.º 223). Segundo a recorrente, uma pessoa que se distancie do que é dito durante uma reunião participa necessariamente na discussão, não significando isso, no entanto, que viola a proibição dos acordos, decisões ou práticas concertadas. A este respeito, a Comissão contradiz-se, uma vez que admite que a participação numa reunião oficial não constitui, em si mesma, uma participação num acordo. Além disso, a jurisprudência não exige, contrariamente àquilo que a Comissão deixa entender, que a prova do distanciamento deva ser feita através de um documento contemporâneo da infracção, nem que essa prova só possa emanar dos participantes no acordo.

60 A atitude da recorrente explica-se facilmente pela sua situação no mercado em causa, ou seja, a de um operador recente e de dimensão modesta, mas que conseguiu desenvolver o seu volume de negócios através de uma política comercial dinâmica. Os participantes no acordo e a própria Comissão (considerando 78 da decisão) reconhecem que a recorrente desempenhou um papel de «atacante» dos preços. Neste contexto, a recorrente não tinha assim interesse algum em vincular-se a um acordo sobre aumentos de preços.

61 A recorrente afirma que a sua atitude de oposição aberta, conjugada com a de outros pequenos operadores, conduziu a que os grandes operadores tivessem de prosseguir as suas negociações ilícitas fora do âmbito das reuniões da VFIG e sem a presença desses pequenos operadores. A recorrente devia, portanto, ter sido considerada uma

«destruidora de acordos», e não uma empresa que contribuiu passivamente para um acordo. Além disso, apesar de a situação acima referida estar descrita no n.º 132 da comunicação de acusações, a Comissão já não se lhe refere na decisão, que, a este respeito, está insuficientemente fundamentada.

62 A Comissão sublinha que a recorrente não contesta ter participado nas reuniões do acordo de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, nem que o objecto dessas reuniões consistia em restringir a concorrência. Em si mesma, a participação nas reuniões da VFIG não equivale, é certo, a uma participação em reuniões colusórias, mas isso não significa no entanto que, no âmbito ou à margem dessas reuniões oficiais, não tenha sido celebrado um acordo.

63 Indica que a jurisprudência estabelece claramente que o facto de uma empresa participar numa reunião dos membros de um acordo sem nela participar activamente implica a sua responsabilidade na infracção, a menos que se distancie publicamente do conteúdo dessa reunião (acórdão HFB e o./Comissão, referido no n.º 59 *supra*, n.º 223).

64 No acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, referido no n.º 58 *supra*, invocado pela recorrente, o Tribunal de Justiça precisou que cabe àquele que invoca o distanciamento fazer a respectiva prova. Ora, no presente caso, a recorrente não fez essa prova.

65 A recorrida opõe-se ao pedido de audição de P. van den Heuij pelo Tribunal, por ser intempestivo, tendo a recorrente violado o artigo 48.º do Regulamento de Processo ao não fundamentar o carácter tardio do seu oferecimento da prova. Além disso, esse testemunho não trará nenhum elemento adicional à discussão, não sendo, portanto, útil.

Quanto à duração da infracção

66 Na petição, a recorrente sustenta que a decisão não é exacta quanto à duração da infracção a que a Comissão atendeu, uma vez que não esteve presente na reunião da VFIG de Março de 1994. Indica, na réplica, que registou o reconhecimento pela Comissão do seu erro quanto à data de início do período da infracção, que passou a ser Outubro e não Março de 1994.

67 A Comissão considera que a argumentação da recorrente relativa à duração da infracção é totalmente irrelevante, uma vez que, em aplicação das orientações, teve em conta a rectificação da duração da infracção e reduziu a coima.

Quanto à violação do princípio da igualdade de tratamento

68 A recorrente alega que a Comissão violou o princípio da igualdade de tratamento no âmbito da sua apreciação da participação dos pequenos operadores, uma vez que considerou que só a recorrente terá violado a proibição dos acordos, e não as sociedades NTG e Hydrogas que, no entanto, participaram em diversas reuniões que versavam sobre acordos ilegais. A fundamentação da decisão é gravemente insuficiente a este respeito.

69 A Comissão alega que a argumentação relativa à alegada violação do princípio da igualdade de tratamento, que, na realidade, faz parte do pedido de redução do montante da coima, não tem fundamento.

70 No que se refere à NTG, o seu envolvimento é manifestamente diferente do da recorrente e, além disso, a empresa em causa conseguiu demonstrar, na sua resposta à comunicação de acusações, a inexistência de responsabilidade da sua parte. A situação da Hydrogas também não pode ser equiparada à da recorrente, uma vez que a Comissão nem sequer lhe enviou uma comunicação de acusações, devido à inexistência de indícios de comportamentos ilícitos. A Comissão acrescenta que a participação nas reuniões oficiais da VFIG não constitui, em si mesma, uma participação numa reunião do acordo e que não dispunha, como sucede no caso da recorrente, de provas que demonstrassem a participação da NTG e da Hydrogas nos aumentos de preços, nas moratórias ou nos preços mínimos.

71 A Comissão alega que, ainda que essas outras sociedades tenham sido indevidamente afastadas do processo relativo à infracção, a situação da recorrente é idêntica. Com efeito, a atribuição de uma vantagem indevida não significa que a recorrente possa obter uma redução da sua própria coima se esta tiver sido fixada de forma legítima (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Julho de 1994, Dunlop Slazenger/Comissão, T-43/92, Colect., p. II-441, n.º 176, e de 20 de Março de 2002, LR AF 1998/Comissão, T-23/99, Colect., p. II-1705, n.º 367).

Apreciação do Tribunal

Observações preliminares

72 Há que referir que a recorrente alega que a Comissão não fez prova bastante da sua participação em acordos e/ou práticas concertadas e que, «ao actuar dessa forma, a Comissão violou também o dever de fundamentação do artigo 253.º CE». A recorrente sublinha, mais concretamente, uma insuficiência de fundamentação relativamente às diferenças apontadas entre as indicações quantitativas constantes dos quadros n.os 1 e 2, o seu papel de «destruidora de acordos» e o tratamento especial de que foi alvo relativamente a dois outros pequenos operadores. Resulta da

formulação acima referida e do teor da argumentação desenvolvida pela recorrente que a acusação suscitada não visa, propriamente, uma falta ou uma insuficiência de fundamentação que constitui uma violação das formalidades essenciais, na acepção do artigo 230.º CE. A acusação em causa confunde-se, na realidade, com a crítica relativa à justeza da decisão e, portanto, à legalidade substancial deste acto, que é ilegal por a Comissão não ter feito prova de uma violação do artigo 81.º CE e ter violado o princípio da igualdade de tratamento.

Quanto ao alegado distanciamento público da recorrente

73 A recorrente alega que a Comissão não fez prova bastante de que violou o artigo 81.º, n.º 1, CE.

74 A este respeito, há que recordar que, em caso de litígio quanto à existência de uma infracção às regras da concorrência, compete à Comissão fazer prova das infracções por ela verificadas e produzir os elementos probatórios adequados à demonstração juridicamente satisfatória da existência dos factos constitutivos da infracção (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/ /Comissão, C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 58).

75 Para efeitos de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE, basta que um acordo tenha por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência, independentemente dos seus efeitos concretos. Por conseguinte, no caso de surgirem acordos em reuniões de empresas concorrentes, há infracção ao disposto nesse artigo quando essas reuniões têm esse objecto e se destinam, assim, a organizar artificialmente o funcionamento do mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Junho de 2005, Dansk Rørindustri e o./Comissão, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.º 145).

76 Basta, portanto, que a Comissão demonstre que a empresa em causa participou em reuniões durante as quais foram concluídos acordos de natureza anticoncorrencial, sem a eles se ter oposto de forma manifesta, para fazer prova bastante da participação da referida empresa no acordo. Quando tenha sido feita prova da participação nessas reuniões, cabe a essa empresa apresentar indícios que possam provar que a sua participação nas referidas reuniões era destituída de qualquer espírito anticoncorrencial, demonstrando que tinha indicado aos seus concorrentes que participava nessas reuniões numa óptica diferente da deles (v., designadamente, acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, n.º 81 e jurisprudência citada).

77 A razão subjacente a este princípio de direito é que, tendo participado na referida reunião sem se distanciar publicamente do seu conteúdo, a empresa deu a entender aos outros participantes que subscrevia o seu resultado e que actuaria em conformidade com ele (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 76 *supra*, n.º 82).

78 No presente caso, a recorrente não contesta ter participado nas duas reuniões da VFIG de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, nem o teor anticoncorrencial destas. Em contrapartida, sustenta que, atendendo ao comportamento que adoptou nessas reuniões, se deve considerar que se distanciou publicamente do seu conteúdo anticoncorrencial, na acepção exigida pela jurisprudência.

— Quanto à fixação de aumentos de preços e à fixação de uma moratória

79 Nos seus articulados, a recorrente alega, de modo geral, que «mostrou a sua oposição aos acordos relativos ao comportamento [das empresas] no mercado, nas reuniões de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994».

80 Relativamente ao aumento de preços, sustenta que disse claramente que não aprovaria um aumento de preços e que, sendo partidária do exercício de pressão sobre estes, entendia adaptar autonomamente a sua política ao mercado. Acrescenta que, «durante a reunião», não quis dizer se pretendia proceder a aumentos de preços em 1995 e, sendo caso disso, de que dimensão, mas declarou que, por princípio, não se opunha a aumentos. Indica igualmente que o seu dirigente, Sr. Nordkamp, recusou, «em todas as reuniões», dizer se haveria um aumento de preços e, se assim fosse, se seria de 5% ou de 6%.

81 Na sua declaração, o Sr. Nordkamp indica que, depois de outras empresas terem declarado, «numa das duas reuniões em causa da VFIG», que ponderavam um aumento dos preços de 5% ou de 6%, «foi vago quanto à questão de saber se a Westfalen aumentaria os seus preços para 1995 e, se assim fosse, em que medida».

82 Estas declarações correspondem apenas parcialmente às feitas pela recorrente na sua resposta à comunicação de acusações, na qual a interessada indicou que, no «pós--reunião» sobre a política comercial, declarou, na sequência dos anúncios de aumentos de preços pelos outros operadores, que «iria ponderar um aumento de preços de 5% ou 6%, para 1995», o que contradiz a formulação da petição inicial, supra-recordada. A recorrente acrescentou que «nem nas reuniões de 14 de Outubro ou 18 de Novembro de 1994 nem em nenhum outro momento se comprometeu a pôr em prática um aumento dos preços determinado», o que não corresponde à afirmação expressa de uma oposição ao aumento dos preços.

83 Conclui-se que, no mínimo, a recorrente não tomou claramente posição sobre a questão do aumento dos preços. Assim, não disse expressamente que iria haver um aumento dos seus preços em 1995, mas também não declarou que não iria haver um aumento de preços nesse mesmo ano.

84 Por conseguinte, a recorrente não tomou uma posição que claramente revelasse às outras empresas que se distanciava em relação ao princípio desse aumento. O seu comportamento, que qualificou de vago, assemelha-se a uma aprovação tácita que tem por efeito incentivar a continuação da infracção e compromete a sua descoberta. Esta cumplicidade constitui um modo passivo de participação na infracção, pelo que é susceptível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade (v., neste sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 76 *supra*, n.º 84).

85 No que se refere ao segundo comportamento anticoncorrencial censurado pela Comissão, a recorrente precisou, na resposta à comunicação de acusações, que se «insurgiu contra uma moratória durante a reunião» e que «o Sr. Nordkamp não se comprometeu, em nome da Westfalen, a respeitar uma moratória, nem durante a reunião nem em qualquer outro momento», o que confirmou nos seus articulados ao indicar que se pronunciou contra a fixação de uma moratória.

86 A fim de provar a realidade das suas declarações de oposição e, portanto, o facto de se ter publicamente distanciado das discussões colusórias em que participou, a recorrente baseia-se essencialmente no depoimento de P. van den Heuij.

87 A testemunha refere que, durante uma reunião da VFIG, a recorrente reagiu contra as propostas anticoncorrenciais formuladas por outras empresas membros da associação profissional, tendo-o feito sob a forma de protesto. Resulta da declaração que esse protesto foi ditado, não por uma oposição de princípio a uma concertação manifestamente ilegal mas porque esta última não correspondia, *a priori*, aos interesses económicos de momento da NTG e da recorrente.

88 Importa, no entanto, observar que resulta dos próprios termos do depoimento de P. van den Heuij que este não tem recordações muito precisas da reunião em causa. Assim, a testemunha indica que não se recorda da sua data, da duração da moratória que foi discutida nessa reunião, nem se o dirigente da Hydrogas também protestou contra as propostas em causa.

89 O depoimento de P. van den Heuij, feito em 9 de Outubro de 2002, diz respeito a uma única reunião da VFIG, que teve lugar «oito anos» antes. Atendendo a esta única referência temporal e à luz do quadro recapitulativo de todas as reuniões da VFIG, que mencionam as participações individuais das empresas membros da associação (considerando 106 da decisão), há que sublinhar que a declaração em causa só se pode referir à reunião de 14 de Outubro de 1994, uma vez que a NTG, empresa que P. van den Heuij dirige, não se fez representar na reunião seguinte, de 18 de Novembro de 1994.

90 Além disso e sobretudo, o depoimento de P. van den Heuij não coincide exactamente com a narração do desenrolar da reunião em causa feita pela recorrente, uma vez que a testemunha não evoca o facto de determinadas empresas terem feito anúncios sucessivos de aumentos de 5% ou 6% nos seus preços, nem com as afirmações então feitas pelo Sr. Nordkamp, segundo as quais a recorrente ponderou «um aumento de preços de 5% ou 6% para 1995», ou não se opunha, por princípio, a aumentos, recusando, porém, dizer se haveria um aumento de preços para 1995 e, em caso afirmativo, de que dimensão.

91 A testemunha evoca uma declaração de oposição genérica feita depois de um anúncio de propostas anticoncorrenciais, que não é mencionada como tal pela recorrente, que alega ter demonstrado, através das suas reacções a cada uma das três iniciativas anticoncorrenciais em causa, a sua oposição à coordenação ilícita.

92 Seja como for, resulta das considerações que precedem que a afirmação da recorrente, segundo a qual o depoimento do «Sr. [...] van den Heuij, que participou pessoalmente nas duas reuniões da VFIG de 14 de Outubro de 1994 e 18 de Novembro de 1994, demonstra [que a recorrente] se opôs veementemente, nessas reuniões, às propostas de acordo proibido», não pode ser acolhida pelo Tribunal, uma vez que é pura e simplesmente errónea.

93 A este respeito, questionada pelo Tribunal na audiência, a recorrente admitiu expressamente que P. van den Heuij não tinha participado na reunião da VFIG de 18 de Novembro de 1994. Este facto é determinante para a apreciação da responsabilidade da recorrente.

94 Importa, com efeito, recordar que a Comissão se baseia na participação da recorrente tanto na reunião da VFIG de 14 de Outubro de 1994 como na de 18 de Novembro seguinte, para afirmar que participou em acordos relativos à fixação de aumentos de preços e à fixação de uma moratória.

95 Ora, a recorrente não fornece nenhum indício concreto e objectivo que demonstre ter-se distanciado publicamente do teor manifestamente anticoncorrencial da reunião de 18 de Novembro de 1994.

96 As únicas afirmações da recorrente quanto ao carácter plausível de tal distanciamento à luz da sua posição de operador recente e dinâmico no mercado em causa não são susceptíveis de preencher o ónus da prova que lhe incumbe.

97 Como sublinha correctamente a Comissão, a recorrente também podia ter todo o interesse em que os fornecedores de gás respeitassem os acordos celebrados e pensassem que a recorrente também os respeitaria, quando, sem avisar essas empresas, praticava preços um pouco inferiores aos acordados, de forma a aumentar as suas margens e a sua quota de mercado. Há que recordar, a este respeito, que, segundo a jurisprudência, o facto de o comportamento das empresas em questão no mercado não ser conforme às «regras do jogo» acordadas, em nada afecta a sua responsabilidade pela participação num acordo anticoncorrencial (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2000, Cimenteries CBR e o./Comissão, 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 e T-104/95, Colect., p. II-491, n.º 1389).

98 A recorrente indica ainda que não está de forma alguma excluído que a menção «A WF não foi informada?? Não aceitou??», constante das notas manuscritas da AGA invocadas pela Comissão na decisão (considerandos 138 e 169), possa referir-se não apenas às despesas de aluguer e transporte, mas a todas as questões abordadas durante as discussões colusórias.

99 Entre as provas documentais fornecidas pela Comissão, figuram efectivamente notas manuscritas entregues pela AGA, que comportam as seguintes menções:

«17.10.94

VFIG

Aumento de preço

Aluguer 0,25 Transporte

A WF não foi informada?? Não aceitou??

Preço do gás em garrafas + 6% + aluguer e transporte

Contratos a granel + 4,5%, indexar formula indexada?

[...]

Moratória: 1 de Dezembro + 3-4 meses».

100 Para além de a menção em causa se referir ao primeiro ponto das notas relativas às despesas de aluguer e de transporte, e não ao aumento de preços do gás em garrafas referido num ponto distinto subsequente, basta referir que as notas manuscritas em causa são especificamente datadas de 17 de Outubro de 1994, ou seja, alguns dias apenas após a realização, em 14 de Outubro de 1994, da reunião colusória da VFIG, em que a AGA participou efectivamente. Assim, as notas manuscritas e a menção referidas pela recorrente só se podem referir à segunda reunião colusória de 18 de Novembro de 1994.

101 Nestas condições, conclui-se que, pouco depois de ter participado numa primeira reunião de natureza manifestamente anticoncorrencial, cujo teor desaprovou, a recorrente, passado pouco mais de um mês, participou numa segunda reunião colusória, não tendo sido feita prova que dela se distanciou publicamente.

102 Esta participação deliberada numa segunda reunião anticoncorrencial, que se seguiu imediatamente a uma primeira concertação ilícita, aniquila o protesto inicial, supondo-o provado, da reunião de 14 de Outubro de 1994 e é suficiente para rejeitar, no âmbito de uma análise global do comportamento da recorrente durante o período de 14 de Outubro a 18 de Novembro de 1994, qualquer alegação de

distanciamento público a respeito das discussões colusórias relativas à fixação dos aumentos preços dos gases em garrafas e à fixação de um período de moratória de dois meses.

103 Há que recordar, a este respeito, que o conceito de distanciamento público enquanto elemento de isenção de responsabilidade deve ser objecto de interpretação restritiva. Se a recorrente tivesse efectivamente querido dissociar-se das discussões colusórias, podia facilmente ter indicado por escrito aos seus concorrentes e ao Secretariado da VFIG, depois da reunião de 14 de Outubro de 1994, que de maneira nenhuma queria ser considerada membro do acordo e participar em reuniões de uma associação profissional que serviam de fachada para concertações ilícitas (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Dezembro de 2003, Adriatica di Navigazione/Comissão, T-61/99, Colect., p. II-5349, n.º 138).

104 Além disso, para ser mais exaustivo, importa constatar que a Comissão se baseia em provas documentais que permitem concluir que a recorrente participou efectivamente nos acordos referidos. Trata-se de notas manuscritas sob a forma de quadros, que foram definidos como tal pela Comissão na decisão.

105 A recorrente alega, de modo geral, a natureza extremamente sumária dessas notas, a fim de lhes retirar qualquer força probatória. Para além da invocação de determinadas acusações específicas relativas a um ou outro dos documentos, afirma que as notas manuscritas não podem, em todo o caso, ser consideradas um relato integral das reuniões em causa.

106 A este respeito, há que recordar que, sendo notórias a proibição de participar em práticas ou acordos anticoncorrenciais bem como as sanções em que os infractores podem incorrer, é normal que as actividades que estas práticas e acordos implicam

decorram clandestinamente, que as reuniões se realizem secretamente, a maioria das vezes num país terceiro, e que a documentação que lhes diz respeito seja reduzida ao mínimo. Mesmo que a Comissão descubra documentos que comprovem de maneira explícita a existência de contactos ilegais entre operadores, como as actas de uma reunião, esses documentos estão normalmente fragmentados e dispersos, pelo que, muitas vezes, é necessário reconstituir por dedução determinados pormenores (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 76 *supra*, n.os 55 e 56).

107 Na maioria dos casos, a existência de uma prática ou de um acordo anticoncorrencial deve ser inferida de um determinado número de coincidências e de indícios que, considerados no seu todo, podem constituir, na falta de outra explicação coerente, a prova de uma violação das regras da concorrência (acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 76 *supra*, n.º 57).

108 No presente caso, é facto assente que as discussões colusórias se realizaram à margem das reuniões da VFIG de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994 e que, evidentemente, não podiam ter dado lugar nem deram lugar à elaboração de actas oficiais exaustivas. Assim, não é possível não aceitar as notas manuscritas invocadas pela Comissão, só porque eram de natureza sumária.

109 Por outro lado, as acusações da recorrente relativas à impossibilidade de se ligar os dois quadros a uma ou a outra das reuniões da VFIG e a sua alegada incoerência não resistem à análise concreta dos documentos em causa.

110 Por um lado, o quadro n.º 1, entregue pela AGA, está datado de 21 de Novembro de 1994 e contém a designação abreviada de sete empresas, entre as quais a AGA, que participaram efectivamente na reunião da VFIG de 18 de Novembro de 1994

(considerando 140 da decisão). O quadro n.º 2 foi encontrado nas instalações da Air Products, que declarou que pode dizer respeito à referida reunião (considerando 141 da decisão). Além disso, o quadro n.º 2 contém a mesma lista de empresas constante do quadro n.º 1, assim como indicações semelhantes relativas a aumentos do preço dos gases em garrafas, a transporte e a aluguer.

111 Há ainda que recordar que a reunião da VFIG de 18 de Novembro de 1994 é a segunda e última reunião de natureza anticoncorrencial em que a recorrente participou com os grandes operadores e que as discussões colusórias se prosseguiram em seguida noutro âmbito.

112 Por outro lado, o quadro n.º 1 comporta a menção «WF 5-6% sobre todos os produtos 1/1-95», ao passo que o quadro n.º 2 indica «W/F 6%», na coluna intitulada «Produto». Como sublinha correctamente a Comissão, embora as indicações quantitativas acima referidas não coincidam exactamente, são, no entanto, plenamente compatíveis e atestam a participação da recorrente num aumento de preços de cerca de 5% a 6%, previsto para Janeiro de 1995.

113 Além disso, o quadro n.º 1 contém, na parte superior da página, a menção «Moratória: 1.12.- 31.1.95», cuja natureza única só pode ser explicada pelo facto de se referir à totalidade das empresas citadas no referido quadro. No quadro n.º 2 surge a menção «W/F [...] 2 ms», que, com toda a probabilidade, exprime o período de dois meses de moratória acordado pelas empresas envolvidas no cartel. Há que notar, a título complementar, que a questão da moratória já tinha sido debatida na reunião de 14 de Outubro de 1994, como resulta claramente das notas manuscritas da AGA referidas no n.º 99 *supra*.

114 É, além disso, particularmente significativo que a Hydrogas, pequeno operador mencionado no depoimento de P. van den Heuij e relativamente ao qual está assente que participou nas reuniões da VFIG de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, não seja, contrariamente à recorrente, nunca citada nos referidos quadros.

115 Resulta das considerações precedentes que não foi feita prova do distanciamento público alegado pela recorrente e que a Comissão fez prova bastante de que a recorrente participou em acordos relativos à fixação de aumentos de preços, de Outubro de 1994 a Dezembro de 1995, e à fixação de um período de moratória, de Outubro de 1994 a Janeiro de 1995.

— Quanto à fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gases em garrafas

116 Há que referir, a título liminar, que resulta da decisão (considerando 352) que a Comissão considerou que o comportamento das diferentes empresas envolvidas no acordo constitui uma infracção única e continuada, que se concretizou progressivamente em acordos e/ou práticas concertadas.

117 Desta forma, o artigo 1.º da decisão enuncia que as empresas em causa, entre as quais a recorrente, «cometeram uma infracção ao n.º 1 do artigo 81.º do Tratado ao participarem num acordo e/ou prática concertada continuados no sector dos gases industriais e medicinais nos Países Baixos».

118 No que se refere mais concretamente à recorrente, a Comissão considerou que participou nessa infracção através de comportamentos anticoncorrenciais que lhe eram próprios, designadamente através da fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gás em garrafas. A responsabilidade da recorrente, a este respeito, baseia-se na sua única participação na reunião de 14 de Outubro de 1994, atenta a rectificação da decisão efectuada em 9 de Abril de 2003.

119 Depois de ter indicado na comunicação de acusações que «ainda não se sabia se tinha efectivamente sido celebrado um acordo sobre os preços mínimos em 1994», a Comissão precisou, no considerando 205 da decisão, que, nas reuniões da VFIG de Março e Outubro de 1994, foram debatidas tabelas de preços e preços mínimos a aplicar aos pequenos clientes, para os gases em garrafas, «com o objectivo de chegar a um acordo», pelo menos, entre a recorrente, a Messer, a Air Liquide, a Hoek Loos e a Air Products. Refere-se igualmente, no considerando 341 da decisão, que «a Hoek Loos, a AGA, a Air Products, a Air Liquide e a Messer» acordaram preços mínimos para os gases em garrafas, aplicáveis aos pequenos clientes, relativamente a «1995, 1996 e 1997».

120 Resulta das considerações que precedem que a Comissão acusa a recorrente de ter participado numa prática concertada relativa à fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gases em garrafas.

121 Há que recordar, nesta fase, que o conceito de «prática concertada» consiste numa forma de coordenação entre empresas que, sem ter levado à realização de um acordo propriamente dito, substitui cientemente por uma cooperação prática entre elas os riscos da concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, ICI/ /Comissão, 48/69, Colect., p. 205, n.º 64). Os critérios de coordenação e de cooperação em causa, longe de exigirem a elaboração de um verdadeiro «plano», devem ser entendidos à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência e segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que tenciona seguir no mercado comum. Embora seja exacto que esta exigência de autonomia não exclui o direito de os operadores económicos se adaptarem inteligentemente ao comportamento constatado ou previsível dos seus concorrentes, opõe-se rigorosamente a qualquer contacto directo ou indirecto entre eles, que tenha por objectivo ou por efeito influenciar o comportamento no mercado de um concorrente efectivo ou potencial, ou revelar a esse concorrente o comportamento que se tenha decidido adoptar ou se tencione adoptar no mercado (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73,

113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.os 173 e 174; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, 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 e T-335/94, Colect., p. II-931, n.º 720).

122 Da mesma forma que relativamente às actuações anticoncorrenciais de que é acusada pela Comissão, a recorrente contesta a sua responsabilidade alegando que se distanciou publicamente das discussões colusórias relativas à fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gás em garrafas.

123 A este respeito, resulta tanto dos articulados da recorrente como da declaração do Sr. Nordkamp, representante desta nas reuniões da VFIG, que este não se exprimiu sobre a questão da fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gás em garrafas, quando esta foi invocada na reunião de 14 de Outubro de 1994.

124 Ora, o silêncio observado por um operador durante uma reunião em que tem lugar uma concertação ilícita sobre uma questão precisa que envolve a política dos preços não pode ser equiparada à manifestação de uma desaprovação firme e clara. Pelo contrário, segundo a jurisprudência, a aprovação tácita de uma iniciativa ilícita, sem se distanciar publicamente do seu conteúdo ou sem a denunciar às entidades administrativas, tem por efeito incentivar a continuidade da infracção e compromete a sua descoberta. Esta cumplicidade constitui um modo passivo de participação na infracção, que é, portanto, susceptível de fazer a empresa incorrer em responsabilidade (v., neste sentido, acórdão Aalborg Portland e o./Comissão, referido no n.º 76 *supra*, n.º 84).

125 Do pouco que P. van den Heuij se recorda, que ficou relatado numa declaração pedida e prestada pouco tempo antes da interposição do presente recurso, que não coincidem exactamente com as declarações da própria recorrente, não são susceptíveis de pôr em causa a referida conclusão. Poder-se-ia, quando muito,

deduzir da declaração de P. van den Heuij que os pequenos operadores, entre os quais a recorrente, formularam um protesto quando do anúncio das propostas ilícitas de outras empresas, antes de se iniciarem as discussões específicas sobre cada uma das referidas propostas e de cada empresa exprimir a sua posição, como sucedeu com a recorrente, nas condições específicas relatadas no n.º 123 *supra*, no que se refere à fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gás em garrafas.

126 Ora, este comportamento da recorrente não pode ser analisado como a manifestação firme e clara de um desacordo susceptível de caracterizar o conceito de distanciamento público nos termos em que é exigido e interpretado, de forma restritiva, pela jurisprudência.

127 Além disso, há que referir que, na decisão, a Comissão indica que, segundo as explicações fornecidas pela AGA, corroboradas por uma menção que figura em notas manuscritas encontradas nas instalações desta, as tabelas de preços para os pequenos compradores de gás em garrafas foram apresentadas pela Hoek Loos, à margem da reunião da VFIG em Outubro de 1994. Além disso, e o que é mais importante, foi encontrado, nas instalações da recorrente, numa pasta com a menção «VFIG 1995», um documento datado de Outubro de 1994, intitulado «Listagem de preços para os pequenos clientes de 'gases em garrafas'», que comporta efectivamente uma listagem impressa de preços mínimos. O mesmo documento foi encontrado nas instalações da Messer e da Air Liquide (considerandos 207 e 208 da decisão).

128 A recorrente só precisou que era efectivamente possível que o referido documento lhe tivesse sido entregue na reunião de 14 de Outubro de 1994, mas que a sua posse não prova a sua participação num acordo sobre preços mínimos, nem mesmo numa discussão sobre esse assunto.

129 Não deixa de ser verdade que a recorrente participou efectivamente na reunião de 14 de Outubro de 1994 e, como sublinha com razão a Comissão, não é nada de estranhar que, contrariamente ao aumento dos preços e à fixação da moratória, nenhuma menção individualizada tenha ficado consignada a respeito da recorrente ou de outra empresa, pois o que foi distribuído nessa reunião foi uma lista de preços. O facto de a recorrente ter conservado esse documento não é de forma alguma compatível com a afirmação de um distanciamento público e com a determinação autónoma de uma política comercial no mercado em causa que necessariamente implica, nos termos exigidos pela jurisprudência relativamente a qualquer operador económico (v. acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, referido no n.º 58 *supra*, n.º 116 e jurisprudência citada).

130 De igual modo, sem que possa constituir uma refutação directa do distanciamento público alegado pela recorrente, como para as duas primeiras actuações censuradas pela Comissão, a participação da recorrente na segunda reunião colusória de 18 de Novembro de 1994 é demonstrativa do seu estado de espírito anticoncorrencial e contradiz retrospectivamente a alegação de distanciamento público a respeito das discussões colusórias da reunião de 14 de Outubro de 1994.

131 A mera verificação de que a recorrente não fez prova do distanciamento público alegado pela recorrente não é, no entanto, suficiente para concluir pela existência de responsabilidade sua.

132 No acórdão que proferiu na sequência da interposição de recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Comissão/Anic Partecipazioni, referido no n.º 58 *supra*, o Tribunal de Justiça precisou que, como resulta dos próprios termos do artigo 81.º, n.º 1, CE, o conceito de prática concertada implica, para além da concertação entre empresas, um comportamento no mercado que seja consequência dessa concertação e um nexo de causalidade entre esses dois elementos (n.º 118). Declarou igualmente que há que presumir, sem prejuízo da prova em contrário que aos operadores interessados cabe fazer, que as empresas que participam na concertação e que continuam activas no mercado levam em linha de conta as

informações que trocaram com os seus concorrentes, para determinar o seu comportamento nesse mercado (acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, referido no n.º 58 *supra*, n.º 121).

133 No presente caso, não tendo sido feita a prova contrária que lhe cabia, há que considerar que a recorrente, que continuou activa no mercado em causa depois da reunião de 14 de Outubro de 1994, tomou em consideração a concertação ilícita, na qual participou naquela reunião, para determinar o seu comportamento no referido mercado (acórdão Comissão/Anic Partecipazioni, referido no n.º 58 *supra*, n.os 119 e 121).

134 Resulta das considerações que precedem que a Comissão fez prova bastante de que a recorrente participou numa prática concertada relativa à fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gás em garrafas.

Quanto à duração da infracção

135 Há que referir, a título liminar, que a apreciação definitiva, pela Comissão, da duração da infracção imputada à recorrente está contida no artigo 1.º da decisão, rectificada pela decisão de 9 de Abril de 2003, segundo a qual o período de infracção começou em Outubro de 1994, tendo terminado em Dezembro de 1995.

136 Atendendo à rectificação da decisão, a acusação da recorrente relativa à incorrecção da data de início do período da infracção mencionado no artigo 1.º da decisão ficou desprovida de objecto.

137 Na audiência, a recorrente observou que é incorrectamente que o artigo 1.º da decisão refere o mês de Dezembro de 1995 como termo do período da infracção, na medida em que, depois da reunião da VFIG de 18 de Novembro de 1994, nunca mais participou em reuniões colusórias.

138 Ainda que este novo argumento possa ser considerado admissível, o Tribunal não pode julgá-lo procedente. A este respeito, há que recordar que a Comissão fez prova bastante de que a recorrente participou, designadamente, num acordo que tinha um objectivo claramente anticoncorrencial, ou seja, a fixação de aumentos de preços para o ano de 1995. Para calcular a duração de uma infracção cujo objecto é restritivo da concorrência, importa determinar apenas o período durante o qual esse acordo existiu, ou seja, o período decorrido entre a data da sua celebração e a data em que foi posto fim ao mesmo (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Julho de 2005, Brasserie nationale/Comissão, T-49/02 a T-51/02, Colect., p. II-3033, n.º 185).

139 Ora, a recorrente não fez prova bastante de que pôs antecipadamente termo à sua participação no acordo, ou seja, antes do mês de Dezembro de 1995, através da adopção de um comportamento de concorrência leal e independente no mercado em causa. Além disso, deve observar-se que a recorrente não se retirou do acordo para o denunciar à Comissão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Novembro de 2005, Union Pigments/Comissão, T-62/02, ainda não publicado na Colectânea, n.º 42).

Quanto à violação do princípio da igualdade de tratamento

140 A recorrente alega que a Comissão violou o princípio da igualdade de tratamento no âmbito da sua apreciação da participação dos pequenos operadores, isto porque considerou que só ela tinha violado a proibição de acordos, e não a NTG e a Hydrogas, que, no entanto, participaram em diversas reuniões que versaram sobre acordos ilegais.

141 A este respeito, basta referir que, tendo uma empresa, pelo seu comportamento, infringido o n.º 1 do artigo 81.º CE, essa empresa não poderá escapar às sanções pelo facto de não ter sido aplicada uma coima a outro operador económico, quando a situação deste último não foi submetida ao tribunal comunitário (acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colect., p. I-1307, n.º 197, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Julho de 1994, Parker Pen/Comissão, T-77/92, Colect., p. II-549, n.º 86).

142 Consequentemente, não procede a argumentação da recorrente relativa ao facto de não ter sido aplicada uma coima a outras empresas que estavam numa situação alegadamente semelhante.

Quanto ao pedido de redução do montante da coima

Argumentos das partes

143 A recorrente indica, em primeiro lugar, que a brevidade da duração da infracção deve conduzir a uma moderação do montante da coima.

144 Na audiência, a recorrente indicou que a minoração de 20 000 euros, ocorrida após a decisão rectificativa de 9 de Abril de 2003, não foi fundamentada nem é suficiente.

145 A recorrente alega, em segundo lugar, que a Comissão violou os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento ao fixar o montante da coima que lhe foi aplicada.

146 A este respeito, enuncia as diferenças que permitem distingui-la dos outros operadores destinatários da decisão, ou seja, a existência de um comportamento dinâmico no mercado em causa, reconhecido pela Comissão e por outro operador, uma adesão tardia à VFIG, em Julho de 1994, que explica o facto de não ter assistido às treze reuniões dessa associação que se realizaram entre 1989 e Setembro de 1994, uma oposição declarada aos acordos anticoncorrenciais nas reuniões de 14 de Outubro e 18 de Novembro de 1994, uma não participação nas reuniões colusórias que se realizaram, depois de Novembro de 1994, em Breda e em Barendrecht, entre os grandes operadores do mercado, uma quota de mercado diminuta de 1,5%, tendo os outros operadores uma quota de mercado pelo menos duas vezes superior à sua, a brevidade do período de envolvimento nos comportamentos proibidos e uma não participação nos acordos relativos a condições contratuais que não os preços.

147 Tendo em consideração estas diferenças, e atendendo à percentagem dos volumes de negócios no sector dos gases industriais, a recorrente foi sancionada de forma mais severa do que as outras empresas visadas na decisão.

148 A recorrente afirma que se as coimas são determinadas em relação ao volume de negócios total das empresas do sector dos gases industriais nos Países Baixos em 1996, o resultado final é desproporcionado. Assim, a coima aplicada à recorrente representa 13,6% do seu volume de negócios, contra apenas 2,2% para a Hoek Loos e 7,5% para a AGA. Sendo as coimas efectivamente fixadas em função do volume de negócios, fixado para o ano de 1996 no mercado dos gases industriais nos Países Baixos, revela-se, além disso, que a coima aplicada à recorrente é proporcionalmente comparável às aplicadas às outras empresas, embora a sua participação no acordo não possa, de forma alguma, ser comparada com as outras empresas. A recorrente refere ainda que a coima aplicada à AGA é cerca de nove vezes superior à que lhe foi aplicada, quando a quota de mercado da AGA (27,4%) é 18 vezes superior à sua (1,5%).

149 Estes números indicam, segundo a recorrente, que foram aplicadas as coimas menos pesadas aos operadores que desempenham o papel mais importante no acordo e que têm a maior capacidade para prejudicar a concorrência no mercado em causa, ressalvadas as devidas proporções. A recorrente, que não desempenhou papel algum, ou que apenas desempenhou um papel extremamente limitado, e que possui uma quota de mercado muito pequena, foi sancionada de forma mais severa do que os líderes do acordo.

150 Depois de ter recordado que dispõe de um poder discricionário para fixar o montante das coimas em processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, a Comissão sustenta que o montante da coima aplicada à recorrente é absolutamente adequado e contesta ter violado o princípio da igualdade de tratamento.

Apreciação do Tribunal

151 Há que recordar, a título liminar, que, na determinação do montante de cada coima, a Comissão dispõe de um poder de apreciação e não é obrigada a aplicar, para esse efeito, uma fórmula matemática precisa (acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 2000, Mo och Domsjö/Comissão, C-283/98 P, Colect., p. I-9855, n.º 47; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, Martinelli/ /Comissão, T-150/89, Colect., p. II-1165, n.º 59, e de 14 de Maio de 1998, Mo och Domsjö/Comissão, T-352/94, Colect., p. II-1989, n.º 268). A sua apreciação deve, no entanto, ser efectuada com respeito pelo direito comunitário, que inclui não apenas as disposições do Tratado mas também os princípios gerais do direito (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Conselho, C-50/00 P, Colect., p. I-6677, n.º 38).

152 A este respeito, segundo jurisprudência assente, o princípio da igualdade de tratamento só é violado quando situações comparáveis são tratadas de forma diferente ou quando situações diferentes são tratadas de forma igual, a menos que tal tratamento seja objectivamente justificado (acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 1984, Sermide, 106/83, Recueil, p. 4209, n.º 28, e de 28 de Junho

de 1990, Hoche, C-174/89, Colect., p. I-2681, n.º 25; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, BPB de Eendracht/Comissão, T-311/94, Colect., p. II-1129, n.º 309).

153 Importa também referir que a apreciação da natureza proporcionada da coima aplicada relativamente à gravidade e à duração da infracção, critérios referidos no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, é abrangida pelo controlo de plena jurisdição atribuído ao Tribunal por força do artigo 17.º do mesmo regulamento.

154 No presente caso, é facto assente que a Comissão determinou o montante da coima aplicada à recorrente, em conformidade com o método geral que decorre das suas orientações.

155 As orientações dispõem, no ponto 1, primeiro parágrafo, que, para o cálculo do montante das coimas, o montante de base é determinado em função da gravidade e da duração da infracção, que constituem os únicos critérios referidos no n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17. A título de observação de carácter geral, a Comissão, no ponto 5, alínea a), das orientações, precisa igualmente que «o resultado final do cálculo da coima de acordo com este método (montante de base corrigido por percentagem de majoração e de diminuição) nunca poderá ultrapassar 10% do volume de negócios mundial das empresas nos termos do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17». Consequentemente, as orientações não ultrapassam o quadro jurídico das sanções como definido por esta última disposição (acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, referido no n.º 75 *supra*, n.^{os} 250 e 252).

Quanto à duração da infracção

156 No que se refere ao factor relativo à duração da infracção, as orientações estabelecem uma distinção entre as infracções de curta duração (em geral inferiores a um ano), para as quais o montante de base tido em conta em função da gravidade não deveria ser majorado, as infracções de média duração (em geral de um a cinco anos), para as quais esse montante pode ser majorado em 50%, e as infracções de longa duração (em geral mais de cinco anos), para as quais esse montante pode ser majorado, relativamente a cada ano, em 10% (n.º 1, ponto B, primeiro parágrafo, primeiro a terceiro travessão).

157 Embora esteja assim prevista uma majoração que pode ir até aos 50% para as infracções de média duração, o n.º 1, ponto B, das orientações não prevê uma majoração automática de determinada percentagem ao ano, deixando, a este respeito, uma margem de apreciação à Comissão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, Cheil Jedang/Comissão, T-220/00, Colect., p. II-2473, n.º 134).

158 Como se referiu, a Comissão considerou inicialmente, de forma errada, que a infracção cometida pela recorrente durou de Março de 1994 a Dezembro de 1995, o que a levou a qualificá-la de infracção de média duração (considerando 434 da decisão).

159 A alteração da decisão ocorrida em 9 de Abril de 2003 permitiu rectificar o seu artigo 1.º quanto à duração da infracção imputada à recorrente. A Comissão explica claramente, na sua decisão rectificativa, que o montante inicial da coima de 0,45 milhões de euros foi inicialmente acrescido de 15% devido à duração, aumento reduzido para 10%, atendendo ao adiamento da data de início da infracção para Outubro de 1994.

160 Tendo a duração da infracção cometida pela recorrente passado a ficar compreendida, correctamente, entre Outubro de 1994 e Dezembro de 1995, ou seja, pouco mais de um ano, a qualificação da sua duração como média continua a ser adequada e foi com razão, portanto, que a Comissão procedeu, em aplicação das orientações, a uma majoração de 10%. A recorrente não forneceu nenhum elemento que permita considerar que a Comissão cometeu um erro de apreciação a este respeito e que a majoração efectuada devia ser inferior a 10%.

161 Conclui-se que a acusação relativa ao carácter alegadamente não fundamentado e à insuficiência da minoração do montante da coima efectuada pela Comissão na sua decisão rectificativa não pode ser acolhida.

Quanto ao carácter alegadamente discriminatório e/ou desproporcionado da coima aplicada à recorrente

162 Há que referir que, para determinar o montante inicial das coimas, fixado em função da gravidade da infracção, a Comissão considerou que, independentemente do facto de as empresas em causa terem participado num cartel sobre os preços, a referida infracção devia apenas ser qualificada de grave, atendendo ao reduzido âmbito geográfico do mercado e ao facto de o sector em causa ter uma importância económica média (considerandos 423 e 428 da decisão).

163 A fim de ter em conta a importância específica do comportamento ilícito de cada empresa envolvida no cartel e, portanto, o seu impacto real na concorrência, a Comissão agrupou as referidas empresas em quatro categorias, em função da sua importância relativa no mercado em causa. Para este efeito, a Comissão considerou adequado utilizar o volume de negócios realizado, em 1996, nesse mercado, como base para a comparação da importância relativa das empresas no mesmo (considerandos 429 a 432 da decisão).

164 Consequentemente, a Hoek Loos e a AGA Gas, consideradas os dois maiores operadores no mercado relevante, foram classificadas na primeira categoria. A Air Products e a Air Liquide, que são operadores de média dimensão nesse mercado, foram colocadas na segunda categoria. A Messer e o BOC, cuja importância no mercado em causa é qualificada de «muito mais reduzida», foram incluídos na terceira categoria. Na quarta categoria, figura a recorrente, que detém uma quota de mercado extremamente reduzida (considerando 431 da decisão).

165 Baseando-se nas considerações precedentes, a Comissão adoptou um montante inicial idêntico de 10 milhões de euros para a Hoek Loos e para a AGA Gas, contra 2,6 milhões de euros para a Air Products e a Air Liquide, 1,2 milhões de euros para a Messer e o BOC e 0,45 milhões de euros para a recorrente.

166 Relativamente à duração da infracção, a Comissão considerou que foi de média duração (de um a quatro anos) para cada empresa em causa, tendo a Hoek Loos, a AGA Gas, a Air Products, a Air Liquide e a Messer infringido o artigo 81.°, n.° 1, CE, de Setembro de 1993 a Dezembro de 1997, o BOC, de Junho de 1994 a Dezembro de 1995, e a recorrente, de Outubro de 1994 a Dezembro de 1995, na sequência da rectificação da decisão, ocorrida em 9 de Abril de 2003. Inicialmente majorado em 15%, o montante inicial adoptado para a recorrente acabou por ser majorado em 10%, devido à duração, segundo o considerando 9 da decisão de 9 de Abril de 2003.

167 O montante de base da coima, determinado em função da gravidade e da duração da infracção, foi portanto fixado, tanto no que se refere à Hoek Loos como à AGA Gas, em 14 milhões de euros, contra 3,64 milhões de euros para a Air Products e a Air Liquide, 1,68 milhões de euros para a Messer, 1,38 milhões de euros para o BOC e 0,51 e depois, após rectificação, 0,49 milhões de euros para a recorrente.

168 A Comissão considerou que a recorrente desempenhou um papel exclusivamente passivo nas infracções e que não tinha participado em todos os elementos da infracção e que essas circunstâncias atenuantes justificavam uma redução de 15% do montante de base da coima aplicada, sendo este último reduzido para 0,43 milhões de euros (considerando 442 da decisão) e, posteriormente, para 0,41 milhões de euros na sequência da decisão rectificativa de 9 de Abril de 2003.

169 Em contrapartida, a recorrente não beneficiou de qualquer redução a título da comunicação sobre a cooperação.

170 Resulta das considerações que precedem que a Comissão tomou totalmente em consideração as especificidades da situação da recorrente, que a diferenciam das outras empresas destinatárias da decisão, quer se trate da duração do período da infracção, do papel passivo da recorrente e da sua reduzida quota de mercado, e que explicam que a Comissão, de entre as coimas que aplicou na decisão, lhe tenha sido aplicado a mais pequena.

171 A alegação de uma situação diferente da das outras empresas envolvidas no cartel, decorrente de uma pretensa oposição declarada aos acordos anticoncorrenciais, em conjugação com a existência de um comportamento dinâmico no mercado em causa, não é relevante para a discussão sobre a determinação do montante da coima, mas para a da existência da infracção.

172 A recorrente alega, no entanto, que o montante final da coima aplicada não é proporcional à sua reduzida quota de mercado e ao seu volume de negócios, tanto mundial como no mercado em causa, e que, desse modo, foi sancionada de forma mais grave do que as empresas de maior dimensão que desempenharam um papel de líder no acordo.

173 Há que recordar, em primeiro lugar, que a Comissão não é obrigada, quando procede à determinação do montante das coimas em função da gravidade e da duração da infracção em questão, a assegurar, no caso de serem impostas coimas a várias empresas implicadas numa mesma infracção, que os montantes finais das coimas a que o seu cálculo conduziu relativamente às empresas envolvidas traduzam qualquer diferenciação entre elas quanto ao seu volume de negócios global ou quanto ao seu volume de negócios pertinente (acórdão Dansk Rørindustri e o./Comissão, referido no n.º 75 *supra*, n.º 312).

174 Em seguida, há que precisar que o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 também não exige que, no caso de serem aplicadas coimas a várias empresas implicadas numa mesma infracção, o montante da coima aplicada a uma empresa de pequena ou média dimensão não seja superior, em percentagem do volume de negócios, ao das coimas aplicadas às empresas maiores. Com efeito, resulta desta disposição que, tanto para as empresas de pequena ou média dimensão como para as empresas de maior dimensão, há que tomar em consideração, para a determinação do montante da coima, a gravidade e a duração da infracção. Na medida em que a Comissão aplique às empresas implicadas numa mesma infracção coimas justificadas, para cada uma delas, relativamente à gravidade e à duração da infracção, não pode ser criticada pelo facto de, no que diz respeito a algumas delas, o montante da coima ser superior, relativamente ao volume de negócios, ao de outras empresas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, Dansk Rørindustri/ /Comissão, T-21/99, Colect., p. II-1681, n.º 203).

175 A este respeito, há que referir que o montante final das coimas não é mais do que o resultado, no caso concreto, de uma série de apreciações quantitativas efectuadas pela Comissão em conformidade com as orientações e, sendo caso disso, com a comunicação sobre a cooperação.

176 Ora, as apreciações da Comissão quanto à duração da infracção, às circunstâncias agravantes ou atenuantes ou ao grau de colaboração de uma empresa envolvida num cartel estão relacionadas com o comportamento individual da empresa em causa, e não com a sua quota de mercado ou com o seu volume de negócios.

177 Nestas condições, o montante final da coima não constitui, *a priori*, um elemento adequado para determinar uma eventual falta de proporcionalidade da coima relativamente à importância das empresas envolvidas no acordo.

178 Em contrapartida, o montante inicial da coima constitui, no presente caso, um elemento relevante para apreciar uma eventual falta de proporcionalidade da coima, à luz da importância dos participantes no acordo.

179 Na decisão, a Comissão determinou o montante inicial da coima, fixado em função da gravidade da infracção, em 0,45 milhão de euros para a recorrente.

180 Como foi exposto, a Comissão, na decisão, a fim de ter em conta a importância específica do comportamento ilícito de cada empresa envolvida no cartel, e, portanto, o seu impacto real na concorrência, classificou as empresas em causa em quatro categorias, em função, precisamente, da sua importância relativa no mercado em causa. A recorrente foi classificada na última categoria.

181 A este respeito, a Comissão reportou-se às indicações quantitativas da terceira coluna do quadro n.º1 constante do considerando 75 da decisão:

Empresas	Volume de negócios total dos destinatários da decisão, no que se refere a 2001 (em euros)	Volume de negócios para os gases em garrafas e os gases líquidos nos Países Baixos (em euros) e quotas 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] Na sequência da liquidação da AGA Gas BV em 2000/2001, a AGA AB assumiu responsabilidade pelos actos da sua filial e é a destinatária da presente decisão.

[2] 2000 é o último ano completo relativamente ao qual existem dados referentes ao volume de negócios para a AGA Gas BV.

182 Basta referir que a recorrente detinha, no ano de referência, os volumes mais pequenos de negócios no mercado em causa e a quota de mercado de todas as empresas destinatárias da decisão, o que explica e justifica a sua classificação na última categoria e o facto de o montante inicial ser inferior a todos os que foram adoptados pela Comissão relativamente às referidas empresas. O montante inicial adoptado para a recorrente é, portanto, objectivamente diferenciado relativamente aos adoptados para as outras empresas.

183 Por outro lado, as relações entre os volumes de negócios no mercado afectado das empresas visadas no quadro n.º 1 da decisão e os montantes iniciais das coimas considerados pela Comissão para cada uma delas não revelam um tratamento desproporcionado da recorrente, uma vez que os montantes iniciais das coimas representam 17,3% do volume de negócios do mercado em causa para a recorrente contra 14% para a Hoek Loos, 20,3% para a AGA Gas, 13,98% para a Air Product, 20,2% para a Air Liquide, 14,6% para a Messer e 17,6% para o BOC.

184 Na sua petição, a recorrente afirma que se as coimas são efectivamente determinadas em função do volume de negócios, fixado para o ano de 1996, no mercado dos gases industriais nos Países Baixos, a coima que lhe foi aplicada é proporcionalmente comparável às aplicadas às outras empresas, quando a sua participação no acordo não pode, de forma alguma, ser comparável à das outras empresas. A este respeito, basta referir que a menor importância do papel desempenhado pela recorrente na infracção relativamente ao das outras empresas foi tomada em consideração pela Comissão enquanto circunstância atenuante, a fim de diminuir o montante da coima a aplicar-lhe.

185 Resulta assim que a recorrente não pode validamente concluir que há desproporção do montante da coima aplicada, uma vez que o montante inicial da sua coima é justificado à luz do critério adoptado pela Comissão para a apreciação da importância de cada uma das empresas no mercado relevante (v., neste sentido, acórdão LR AF 1998/Comissão, referido no n.º 71 *supra*, n.º 304).

186 Esta última conclusão justifica também a rejeição do argumento da recorrente assente na comparação com a Hoek Loos e a AGA à luz da relação entre o montante

final da coima e o volume de negócios mundial, não tendo este último sido tomado em consideração pela Comissão para apreciar a gravidade da infracção e determinar os montantes iniciais do cálculo das coimas.

187 Resulta das considerações precedentes que a recorrente não fez prova do carácter alegadamente discriminatório e/ou desproporcionado da coima aplicada e que o montante final desta é totalmente adequado.

Quanto ao pedido de audição de P. van den Heuij

188 A recorrente pede, na réplica, que o Tribunal ouça P. van den Heuij, sob juramento. Na audiência, a recorrente precisou que este pedido se funda no artigo 48.º do Regulamento de Processo, relativo ao oferecimento de prova.

189 Há que recordar que, nos termos do artigo 44.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento de Processo e do artigo 48.º, n.º 1, do mesmo regulamento, a petição deve conter o oferecimento de provas, sendo caso disso, e que as partes podem ainda, em apoio da sua argumentação, oferecer provas na réplica e na tréplica, desde que justifiquem o atraso no oferecimento das provas. Assim, a contraprova e a ampliação da prova oferecidas na sequência da apresentação de uma prova contrária pela outra parte na contestação não são abrangidas pela norma de preclusão do artigo 48.º, n.º 1, do Regulamento de Processo. Efectivamente, esta disposição diz respeito ao oferecimento de novas provas e deve ser interpretada à luz do artigo 66.º, n.º 2, do mesmo diploma, que prevê expressamente que a contraprova e a ampliação das provas dependem da decisão do Tribunal (acórdão Baustahlgewebe/Comissão, referido no n.º 74 *supra*, n.^{os} 71 e 72).

190 No presente caso, basta referir que resulta dos autos que os elementos de prova invocados pela Comissão na sua contestação já tinham sido referidos na decisão e na comunicação de acusações, ou juntos a esta.

191 Consequentemente, o pedido de audição de P. van den Heuij não pode ser considerado um oferecimento de contraprova, não sujeito à regra da preclusão prevista no artigo 48.º, n.º 1, do Regulamento de Processo, já que a recorrente teve a possibilidade de oferecer essa prova na petição inicial que apresentou ao Tribunal. O oferecimento da audição da testemunha feito na réplica deve, portanto, ser considerado intempestivo e, consequentemente, recusado por a recorrente não ter justificado o atraso na sua apresentação.

Quanto às despesas

192 Por força do artigo 87.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, se cada parte obtiver vencimento parcial, ou perante circunstâncias excepcionais, o Tribunal pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

193 Há que referir, no presente caso, que a alteração da decisão ocorrida em 9 de Abril de 2003 permitiu rectificar o seu artigo 1.º quanto à duração da infracção de que a recorrente era acusada, tendo assim a Comissão reconhecido a justeza da acusação feita pela recorrente na sua petição inicial, no que respeita à data do começo do período da infracção inicialmente considerado, a saber, Março de 1994.

194 Atendendo a esta circunstância e à improcedência do recurso, há que condenar a recorrente a suportar as suas próprias despesas bem como três quartos das despesas da Comissão.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A Westfalen Gassen Nederland BV é condenada a suportar as suas próprias despesas bem como três quartos das da Comissão das Comunidades Europeias. A Comissão suportará um quarto das suas despesas.

Vilaras Dehousse Šváby

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 5 de Dezembro de 2006.

O secretário

E. Coulon

O presidente

M. Vilaras

Índice

Antecedentes do litígio ..... II - 4575

Factos na origem do litígio ..... II - 4575

Decisão recorrida ..... II - 4577

Tramitação processual e pedidos das partes ..... II - 4584

Quanto ao pedido de anulação dos artigos 1.º e 3.º da decisão ..... II - 4586

Argumentos das partes ..... II - 4586

Quanto à fixação de aumentos de preços ..... II - 4586

Quanto à fixação de períodos de moratória ..... II - 4589

Quanto à fixação de preços mínimos ..... II - 4590

Quanto à duração da infracção ..... II - 4593

Quanto à violação do princípio da igualdade de tratamento ..... II - 4593

Apreciação do Tribunal ..... II - 4594

Observações preliminares ..... II - 4594

Quanto ao alegado distanciamento público da recorrente ..... II - 4595

— Quanto à fixação de aumentos de preços e à fixação de uma moratória II - 4596

— Quanto à fixação de preços mínimos para os compradores de pequenas quantidades de gases em garrafas ..... II - 4606

Quanto à duração da infracção ..... II - 4611

Quanto à violação do princípio da igualdade de tratamento ..... II - 4613

Quanto ao pedido de redução do montante da coima ..... II - 4614

Argumentos das partes ..... II - 4614

Apreciação do Tribunal ..... II - 4616

Quanto à duração da infracção ..... II - 4618

Quanto ao carácter alegadamente discriminatório e/ou desproporcionado da coima aplicada à recorrente ..... II - 4619

Quanto ao pedido de audição de P. van den Heuij ..... II - 4626

Quanto às despesas ..... II - 4627