

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

29 de Novembro de 2005 *

No processo T-62/02,

Union Pigments AS, anteriormente Waardals AS, com sede em Bergen (Noruega),
representada por J. Magne Langseth e T. Olavson Laake, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por F. Castillo de la Torre,
na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

que tem por objecto um pedido de anulação parcial da Decisão 2003/437/CE da Comissão, de 11 de Dezembro de 2001, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E 1/37.027 — Fosfato de zinco) (JO 2003, L 153, p. 1), ou, a título subsidiário, um pedido de redução do montante da coima aplicada à recorrente,

* Língua do processo: inglês.

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

composto por: P. Lindh, presidente, R. García-Valdecasas e J. D. Cooke, juízes,

secretário: J. Plingers, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 2 de Julho de 2004,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto

1 A Union Pigments AS (anteriormente Waardals AS, a seguir «recorrente» ou «Union Pigments»), sociedade de direito norueguês, produz fosfato de zinco e variedades modificadas de fosfato de zinco. Em 2000, o seu volume de negócios a nível mundial foi de 7,09 milhões de EUR.

- 2 Embora as fórmulas químicas possam variar ligeiramente, os ortofosfatos de zinco constituem um produto químico homogéneo, designado pela denominação genérica «fosfato de zinco». O fosfato de zinco, obtido a partir do óxido de zinco e do ácido fosfórico, é utilizado frequentemente como pigmento mineral anticorrosão na indústria de tintas. É comercializado no mercado como fosfato de zinco normal, seja como fosfato de zinco modificado ou «activado».
- 3 Em 2001, a maior parte do mercado mundial do fosfato de zinco era detida pelos cinco seguintes produtores europeus: Dr. Hans Heubach GmbH & Co. KG (a seguir «Heubach»), James M. Brown Ltd (a seguir «James Brown»), Société nouvelle des couleurs zinciques SA (a seguir «SNCZ»), Trident Alloys Ltd (a seguir «Trident») (anteriormente Britannia Alloys & Chemicals Ltd, a seguir «Britannia») e Union Pigments. Entre 1994 e 1998, o valor mercantil do fosfato de zinco normal era de aproximadamente 22 milhões de EUR por ano a nível mundial e de aproximadamente 15 a 16 milhões de EUR por ano a nível do Espaço Económico Europeu (EEE). No EEE, a Heubach, a SNCZ, a Trident (anteriormente Britannia) e a Union Pigments detinham quotas de mercado do fosfato de zinco normal bastante semelhantes, da ordem de 20%. A James Brown detinha uma quota de mercado claramente inferior. Os compradores de fosfato de zinco são os grandes fabricantes de tintas. O mercado das tintas é dominado por alguns grupos químicos multinacionais.
- 4 Em 13 e 14 de Maio de 1998, a Comissão procedeu simultaneamente e sem aviso prévio a inspecções nas instalações da Heubach, da SNCZ e da Trident, nos termos do artigo 14.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204, EE 08 F1 p. 22). De 13 a 15 de Maio de 1998, agindo no seguimento de um pedido da Comissão nos termos do artigo 8.º, n.º 3, do Protocolo 23 ao Acordo EEE, o Órgão de Fiscalização da Associação Europeia de Comércio Livre (EFTA) procedeu simultaneamente e sem aviso prévio a inspecções nas instalações da Union Pigments, nos termos do artigo 14.º, n.º 2, do capítulo II do Protocolo n.º 4 do Acordo entre os Estados da EFTA relativo à criação de um órgão de fiscalização e de um Tribunal de Justiça.

- 5 No procedimento administrativo, a Union Pigments e a Trident informaram a Comissão da sua intenção de com ela cooperarem plenamente, em conformidade com a Comunicação da Comissão, de 18 de Julho de 1996, 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») e apresentaram cada uma delas uma declaração a respeito do cartel (a seguir «declaração da Union Pigments» e «declaração da Trident»).
- 6 Em 2 de Agosto de 2000, a Comissão emitiu uma comunicação de acusações relativamente às empresas destinatárias da decisão objecto do presente recurso (v., n.º 7 *infra*), incluindo a recorrente.
- 7 Em 11 de Dezembro de 2001, a Comissão adoptou a Decisão 2003/437/CE relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-1/37.027 — Fosfato de zinco) (JO 2003, L 153, p. 1). A decisão tomada em consideração para efeitos do presente acórdão é a que foi notificada às empresas em causa e que está junta à petição (a seguir «decisão impugnada»). Esta decisão é, sob determinados aspectos, diferente da que foi publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*.
- 8 Na decisão impugnada, a Comissão indica que entre 24 de Março de 1994 e 13 de Maio de 1998 existiu um acordo ou prática concertada que englobava a Britannia (Trident a partir de 15 de Março de 1997), a Heubach, a James Brown, a SNCZ e a Union Pigments. O acordo ou prática concertada limitou-se ao fosfato de zinco normal. Em primeiro lugar, os membros do cartel instituíram um acordo de partilha do mercado com quotas de venda para os produtores. Em segundo lugar, fixaram preços «mínimos» ou «recomendados» em cada reunião e em geral observaram-nos. Em terceiro lugar, existiu, em determinada medida, uma repartição de clientes.

9 O dispositivo da decisão impugnada tem a seguinte redacção:

«*Artigo 1.º*

A Britannia [...], a [...] Hans Heubach [...], a James [...] Brown [...], [a SNCZ], a Trident [...] e a [Union Pigments] cometeram uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 81.º do Tratado CE e no n.º 1 do artigo 53.º do Acordo EEE ao participarem num acordo e/ou prática concertada contínuos no sector do fosfato de zinco.

A duração da infracção foi a seguinte:

- a) No caso da [...] Heubach [...], da James [...] Brown [...], [da SNCZ] e da [Union Pigments]: entre 24 de Março de 1994 e 13 de Maio de 1998;

- b) No caso da Britannia [...]: entre 24 de Março de 1994 e 15 de Março de 1997;

- c) No caso da Trident [...]: entre 15 de Março de 1997 e 13 de Maio de 1998.

[...]

Artigo 3.º

São aplicadas as seguintes coimas relativamente à infracção referida no artigo 1.º:

- a) Britannia [...]: 3,37 milhões de EUR;
- b) [...] Heubach[...]: 3,78 milhões de EUR;
- c) James [...] Brown [...]: 940 000 EUR;
- d) [SNCZ]: 1,53 milhões de EUR;
- e) Trident [...]: 1,98 milhões de EUR;
- f) [Union Pigments]: 350 000 EUR.

[...]»

- 10 Para o cálculo do montante das coimas, a Comissão aplicou a metodologia 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 CECA (JO 1998, C 9, p. 3, a seguir «orientações») e a comunicação sobre a cooperação.
- 11 Assim, a Comissão fixou, antes de mais, um «montante básico», em função da gravidade e duração da infracção (v. considerandos 261 a 313 da decisão impugnada).
- 12 Relativamente ao primeiro factor, considerou que a infracção devia ser considerada «muito grave», e isto tendo em consideração a natureza do comportamento em análise, o seu impacto efectivo no mercado do fosfato de zinco, bem como o facto de abranger todo o mercado comum e, após a sua criação, todo o EEE (considerando 300 da decisão impugnada). Sem prejuízo de a natureza da infracção ser muito grave, a Comissão esclareceu que tomaria em consideração a dimensão limitada do mercado em causa (considerando 303 da decisão impugnada).
- 13 A Comissão aplicou um «tratamento diferenciado» às empresas em causa de modo a, por um lado, ter em conta a capacidade económica efectiva das mesmas para prejudicar significativamente a concorrência, e, por outro, fixar a coima a um nível que garantisse um efeito dissuasor suficiente (considerando 304 da decisão impugnada). Para este efeito, dividiu as empresas em causa em duas categorias, segundo a sua «importância relativa no mercado em causa». Assim, baseou-se no volume de negócios realizado a nível do EEE durante o último ano da infracção com a venda do produto em causa por cada uma dessas empresas e teve em consideração o facto de a recorrente, a Britannia (Trident a partir de 15 de Março de 1997), a Heubach e a SNCZ serem «os principais produtores de fosfato de zinco no EEE, com quotas de mercado bastante semelhantes, superiores ou próximas de 20%» (considerandos 307 e 308 da decisão impugnada). A recorrente foi classificada, tal como a Britannia, a Heubach, a SNCZ e a Trident, na primeira categoria («montante de base» de 3 milhões de EUR). A James Brown, cuja quota de mercado no EEE era «significativamente mais baixa», foi classificada na segunda categoria («montante de base» de 750 000 EUR) (considerandos 308 e 309 da decisão impugnada).

- 14 No que respeita ao factor duração, a Comissão considerou que a infracção imputada à recorrente era de duração «média», tendo decorrido de 24 de Março de 1994 a 13 de Maio de 1998 (considerando 310 da decisão impugnada). Por conseguinte, aumentou em 40% o montante de base da recorrente, chegando assim a um «montante de base» de 4,2 milhões de EUR (considerandos 310 e 313 da decisão impugnada).
- 15 Em seguida, a Comissão entendeu que não havia que considerar circunstâncias agravantes ou atenuantes no caso vertente (considerandos 314 à 336 da decisão impugnada). Além disso, rejeitou os argumentos baseados no «difícil contexto económico» em que a infracção ocorreu e nas características específicas das empresas em causa (considerandos 337 a 343 da decisão impugnada). Por conseguinte, a Comissão fixou o montante da coima em 4,2 milhões de EUR «antes da aplicação da comunicação sobre a [cooperação]» no que respeita à recorrente (considerando 344 da decisão impugnada).
- 16 Além disso, a Comissão recordou o limite que, em conformidade com o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a coima a aplicar a cada uma das empresas em causa não pode ultrapassar. Assim, o montante da coima da recorrente antes da aplicação da comunicação sobre a cooperação foi reduzido para 700 000 EUR e o da SNCZ para 1,7 milhões de EUR. Os montantes da coima antes da aplicação da comunicação sobre a cooperação das outras empresas não foram afectados por esse limite (considerando 345 da decisão impugnada).
- 17 Por último, a Comissão concedeu à recorrente uma redução de 50% nos termos da comunicação sobre a cooperação tendo em conta o facto de esta ter facultado à Comissão informações detalhadas relativamente às actividades do cartel (considerandos 354 a 356 da decisão impugnada). O montante final da coima aplicada à recorrente foi assim de 350 000 EUR (considerando 370 da decisão impugnada).

Tramitação processual e pedidos das partes

- 18 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 1 de Março de 2002, a recorrente interpôs o presente recurso.
- 19 Através de petição entregue na Secretaria no mesmo dia, a recorrente apresentou um pedido de medidas provisórias com vista a obter a suspensão da execução do artigo 3.º, alínea f), e do artigo 4.º da decisão impugnada na medida em que pelos mesmos lhe é aplicada uma coima.
- 20 Uma vez que as partes acordaram na solução a dar ao processo de medidas provisórias, o presidente do Tribunal de Primeira Instância, por despacho de 1 de Julho de 2002, Waardals/Comissão (T-62/02 R, não publicado na Colectânea), ordenou o cancelamento do processo de medidas provisórias e reservou para final a decisão quanto às despesas.
- 21 Por carta de 18 de Novembro de 2003, a Comissão informou o Tribunal de Primeira Instância de que a Union Pigments estava em liquidação judicial e que presumia que a mesma desistiria do seu recurso. Em resposta a uma questão do Tribunal de Primeira Instância, o administrador judicial da Union Pigments indicou, por carta de 12 de Dezembro de 2003, que esta última tinha sido objecto de um processo de liquidação judicial em Junho de 2003, mas que tinha autorizado os advogados da Union Pigments a prosseguir o processo.
- 22 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, convidou a Comissão a apresentar determinados documentos e a responder a determinadas questões escritas. A Comissão atendeu a esses pedidos.

23 Foram ouvidas alegações das partes e as suas respostas às questões do Tribunal de Primeira Instância na audiência de 2 de Julho de 2004.

24 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- anular ou reformar o artigo 1.º da decisão impugnada no que respeita à duração da infracção que lhe foi imputada;
- anular o artigo 3.º, alínea f), da decisão impugnada ou reduzir o montante da coima;
- deferir o seu pedido de medidas de organização do processo e de instrução e, nomeadamente, proceder à notificação e à audição de testemunhas e conceder-lhe acesso ao relatório de audição de 17 de Janeiro de 2001 elaborado pela Comissão;
- condenar a Comissão nas despesas.

25 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- negar provimento ao recurso;
- condenar a recorrente nas despesas.

Questão de direito

- 26 A recorrente invoca dois fundamentos em apoio do seu recurso. O primeiro é relativo a erros de apreciação dos factos e dos elementos de prova na aplicação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, e o segundo a um cálculo errado do montante da coima bem como à violação de princípios gerais.

1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de apreciação dos factos e dos elementos de prova na aplicação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17

- 27 A recorrente alega que o cálculo do montante da coima efectuado pela Comissão assenta numa apreciação errada dos factos e dos elementos de prova. A Comissão não teve suficientemente em consideração as observações formuladas pela recorrente a propósito das circunstâncias do processo e da sua participação no cartel. Critica a Comissão por ter limitado o processo tanto temporalmente como no que respeita aos factos. Esta abordagem não permitiu à Comissão ter em conta factores que podem justificar, por exemplo, um acréscimo do montante da coima a aplicar a algumas das empresas em causa, devido à gravidade da infracção e outras circunstâncias, e apresenta ainda a desvantagem de tratar da mesma forma todas estas empresas e de reduzir as possibilidades de a recorrente beneficiar de uma decisão mais favorável.

- 28 Este fundamento é composto por duas partes, nas quais a recorrente alega que:

— a Comissão cometeu um erro de apreciação no que respeita à duração da sua participação na infracção e à sua saída do cartel;

- a Comissão cometeu erros de apreciação dos factos e dos elementos de prova relativos à recorrente e ao seu papel no cartel.

Quanto à primeira parte, relativa à duração da participação da recorrente na infracção e à sua saída do cartel

Argumentos das partes

- 29 A recorrente defende que a Comissão cometeu um erro de apreciação quanto à duração da sua participação na infracção e à sua saída da mesma. Segundo jurisprudência assente, compete à Comissão fazer prova não só da existência do acordo mas também da sua duração (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Julho de 1994, *Dunlop Slazenger/Comissão*, T-43/92, Colect., p. II-441, n.º 79, e de 13 de Dezembro de 2001, *Acerinox/Comissão*, T-48/98, Colect., p. II-3859, n.º 55). A recorrente recorda que a Comissão concluiu que aquela tinha participado na infracção de 24 de Março de 1994 a 13 de Maio de 1998, ou seja, durante quatro anos e um mês [decisão impugnada, artigo 1.º, alínea a)]. Embora referindo que a recorrente se tinha retirado temporariamente do cartel (considerando 125 da decisão impugnada), a Comissão transmite uma impressão inexacta dessa retirada ao duvidar que tenha chegado «a verificar-se» (considerando 130 da decisão impugnada).
- 30 A recorrente recorda que anunciou oficialmente a sua retirada do cartel por telecópia de 24 de Abril de 1995 em resposta a uma advertência do Conselho Europeu das Federações da Indústria Química (a seguir «CEPIC»), relativa a dados estatísticos do mês de Maio, e que essa retirada se manteve até ao mês de Agosto de 1995. Alega que a referida retirada durou cinco a seis meses, a saber, de Março de 1995, mês em que não comunicou nenhum número relativo ao mercado, até meados de Agosto de 1995. Subsidiariamente, alega que tomou a decisão de se retirar do cartel «imediatamente após a reunião [de 27 de Março de 1995]», e em conformidade com as conclusões da nota de 30 de Março de 1995.

31 A recorrente entende que a Comissão considera erradamente que a sua retirada do cartel era um acto desprovido de efeitos. Precisa que, sem esses dados, as estatísticas preparadas pelo CEFIC não podiam ser correctas e que tinham, portanto, menos valor para o cartel. Acrescenta que obteve uma encomenda da cliente Tekno Winter (a seguir «Teknos») à qual forneceu um contentor, após se ter retirado do cartel em Abril de 1995, e isto fora do acordo de repartição estabelecido pelos outros membros do cartel. Em resposta ao argumento avançado pela Comissão na decisão impugnada segundo o qual a referida retirada não demonstra um comportamento comercial totalmente autónomo, uma vez que o facto de saber que o cartel continuava a existir devia ter influenciado as suas decisões comerciais, a recorrente alega que o facto de já não estar sujeita às restrições impostas pelo cartel lhe permitiu agir em detrimento deste. O facto de obter uma encomenda da Teknos não pode deixar de ser considerado uma prova de um «comportamento comercial totalmente autónomo». Quanto ao argumento da Comissão segundo o qual há que presumir que, salvo prova em contrário, uma empresa que permaneça activa no mercado toma em consideração as informações trocadas com os seus concorrentes para determinar o seu comportamento nesse mercado, a recorrente retorque que a Comissão não podia ter querido dizer que ela se devia retirar do mercado. Além disso, a recorrente alega que não tinha nenhuma razão para dar crédito às informações recebidas ou para agir em consequência com estas dado que, por um lado, os preços recomendados não eram respeitados nos países nórdicos e os preços praticados eram inferiores aos custos «que não eram, pode-se supor, muito inferiores aos da recorrente», e, por outro, que as trocas de informações cessaram efectivamente a partir de Março de 1995.

32 Na réplica, a recorrente acrescenta que não se limitou a comportar-se como uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política mais ou menos independente no mercado (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, SCA Holding/Comissão, T-327/94, Colect., p. II-1373, n.º 142). Com efeito, contrariou directamente os efeitos anticoncorrenciais pretendidos pelos outros participantes (acórdão SCA Holding/Comissão, já referido, n.º 143). O princípio da segurança jurídica impõe que a Comissão prove que a recorrente participou em práticas restritivas da concorrência durante esse período (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, Dansk Rørindustri/Comissão, T-21/99, Colect., p. II-1681, n.º 62). Ora, a Comissão não

apresentou tal prova no caso vertente. Em consequência, há que concluir que a recorrente não participou no cartel durante esse período. Relativamente à afirmação da Comissão segundo a qual o carácter continuado da infracção poderia não se verificar se a retirada tivesse tido o efeito de eliminar toda e qualquer utilidade das informações trocadas, a recorrente responde que tal é precisamente o caso no presente processo, uma vez que as informações trocadas entre os restantes participantes não tinham qualquer utilidade sem dados quantificados da sua parte.

- 33 A recorrente acrescenta que a Comissão dá uma impressão incorrecta do que se passou quando qualifica a sua retirada do cartel de «temporária». Alega que, quando se retirou, não tinha a intenção de o fazer apenas por um curto período. O facto de ter obtido uma encomenda da Teknos constitui, designadamente, prova disso.
- 34 A recorrente alega que a decisão impugnada parece pressupor que participou na reunião do cartel em Londres em 12 de Junho de 1995. Ora, quando a Comissão levanta a questão de saber se a recorrente participou ou não nessa reunião, mas sem nada concluir quanto a esse ponto, baseia a sua decisão numa apreciação incorrecta dos factos e dos elementos de prova. A recorrente recorda que, na sua declaração e na sua resposta à comunicação de acusações, informou a Comissão de uma reunião que teve com um representante da Heubach em Heathrow (Londres) em 12 de Junho de 1995. No entanto, o objectivo e a ordem do dia dessa reunião nada tinham a ver com o cartel. A recorrente admite que poderia ter tido lugar uma reunião do cartel em Heathrow no mesmo dia, mas insiste no facto de não ter estado aí presente. Considera que não se pode especular sobre as numerosas razões que levaram a Heubach a propor esse lugar e data para uma reunião. Alega que indicou na sua declaração que a Heubach aproveitou esta reunião para a informar de que devia voltar a integrar o clube, mas a recorrente declinou o convite para participar na reunião deste, o que aliás levou os outros participantes a considerá-la uma «estranha».

- 35 Por sua vez, a Comissão contesta que a recorrente se tenha efectivamente retirado do cartel e que não tenha, por erro, tomado este facto em consideração (considerandos 230 a 234 da decisão impugnada). Afirma, designadamente que a alegada retirada de três meses e seis dias deve ser apreciada à luz do facto de que a infracção em causa consistia na participação num acordo e/ou prática concertada (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 164 e 173).

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 36 Resulta da jurisprudência que compete à Comissão fazer prova não só da existência do acordo mas também da sua duração (acórdãos *Acerinox/Comissão*, acima referido no n.º 29, n.º 55, e *Dunlop Slazenger/Comissão*, acima referido no n.º 29, n.º 79). No caso vertente, é ponto assente que a recorrente participou no cartel de 24 de Março 1994 a Março ou Abril de 1995, e de 1 de Agosto de 1995 a 13 de Maio de 1998. A recorrente alega que se retirou do cartel a partir do mês de Março de 1995 até 1 de Agosto de 1995.
- 37 O Tribunal de Primeira Instância verifica que existem efectivamente indícios que de certa forma demonstram que a recorrente se retirou do cartel durante determinado período. Assim, em resposta a um pedido do CEFIC para lhe comunicar as suas estatísticas para Março de 1995, a recorrente indicou, por telecópia de 24 de Abril de 1995, que «se retirava do subgrupo da associação dos produtores de fosfato de zinco» e que, por esta razão, já não comunicaria mais estatísticas. Esta resposta é conforme à nota interna redigida em 30 de Março de 1995 pelo director de vendas aos restantes membros da direcção da recorrente (a seguir «nota de 30 de Março de 1995») que contém a recomendação de retirada do cartel. Além disso, é ponto assente que a recorrente não comunicou as suas estatísticas às outras empresas em causa entre 24 de Abril e 1 de Agosto de 1995.

38 No entanto, o Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão tinha o direito de concluir que a recorrente participou no cartel, sem interrupção efectiva, entre 24 de Março de 1994 e 13 de Maio de 1998.

39 Segundo a jurisprudência, o comportamento do concorrente leal caracteriza-se pela forma autónoma como determina a política que entende seguir no mercado comum (acórdão *Suiker Unie e o./Comissão*, acima referido no n.º 35, n.º 173). Mesmo admitindo que a recorrente se absteve de participar nas actividades do cartel desde o fim do mês de Março de 1995 até 1 de Agosto de 1995, há que considerar que não retomou uma verdadeira política autónoma no mercado no decurso deste breve período. O benefício que retirava do acesso às estatísticas dos outros membros não deixou de existir no dia em que a recorrente se retirou do cartel. É lícito supor que teve em conta informações já trocadas com os seus concorrentes, inclusive na reunião de 27 de Março de 1995, para determinar o seu comportamento neste mercado durante a sua alegada retirada (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, *Comissão/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, *Colect.*, p. I-4125, n.º 121, e *Hüls/Comissão*, C-199/92 P, *Colect.*, p. I-4287, n.º 162). Há que acrescentar que a recorrente admite que, em Agosto de 1995, se juntou de novo ao cartel porque tinha necessidade urgente de informações relativas ao mercado (n.º 67 da declaração da *Union Pigments*).

40 Além disso, há que referir que, quando se juntou de novo ao cartel, a recorrente forneceu aos outros membros estatísticas que abrangiam retroactivamente todo o período da sua alegada retirada. Por conseguinte, a decisão de cessar de transmitir estatísticas teve apenas efeitos limitados. Acresce que a recorrente não contestou que a quota de mercado que detinha em 1995 coincidia com a acordada nas reuniões do cartel.

41 A recorrente alega que forneceu um contentor à *Teknos* após se ter retirado do cartel, e isto fora do acordo de partilha. No entanto, a Comissão tinha o direito de concluir que a recorrente obteve esta encomenda porque tinha agido com base em informações recebidas no âmbito dos acordos do cartel (v., neste sentido,

jurisprudência acima referida no n.º 39). Segundo o acordo de atribuição da Teknos, só o produtor a quem «cabia a vez» poderia cobrar um preço inferior ao fixado para a Teknos. É ponto assente que a recorrente forneceu a mercadoria em causa à Teknos em Abril de 1995 (considerando 230 da decisão impugnada). A Comissão podia legitimamente concluir que esta encomenda tinha sido obtida pela recorrente porque esta conhecia o preço fixado na reunião anterior, a saber, a de 27 de Março de 1995. O comportamento da recorrente a este respeito constitui um exemplo clássico de um participante num cartel que se aproveita do mesmo em seu benefício, circunstância que não pode ser tida em conta para atenuar a responsabilidade desse participante (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, Cascades/Comissão, T-308/94, Colect., p. II-925, n.º 230).

42. Além disso, deve observar-se que a recorrente não se retirou do cartel para o denunciar à Comissão ou mesmo para retomar um comportamento de concorrência leal e independente no mercado em causa. Pelo contrário, resulta da nota de 30 de Março de 1995 que a recorrente tentou utilizar a sua alegada retirada para melhor tirar partido do cartel em seu benefício. Segundo esta nota, a recorrente considerava que os outros participantes levavam a cabo uma cooperação interna no cartel e que tinham repartido clientes e mercados em seu detrimento. Apesar de um pedido nesse sentido feito pela recorrente na reunião do cartel de 27 de Março de 1995, os outros participantes não estavam dispostos a considerar um acréscimo da sua quota de mercado. Este facto é mencionado nessa nota como uma razão para se retirar do cartel. Esta nota demonstra também que a recorrente encarava expressamente a possibilidade de se juntar de novo ao cartel posteriormente. Não se tendo a recorrente retirado do cartel de forma decisiva e tendo de novo participado no cartel apenas alguns meses após a sua alegada saída do mesmo, o Tribunal de Primeira Instância considera que ela utilizou essa retirada para tentar obter melhores condições no cartel, o que constitui outro exemplo de um participante num cartel que se aproveita do mesmo em seu benefício (v., neste sentido, jurisprudência acima referida no n.º 41).

- 43 O facto de a recorrente não ter assistido apenas à reunião de 12 de Junho de 1995 não pode ter por efeito atenuar a sua participação no cartel, uma vez que este durou mais de quatro anos. Há que acrescentar que a recorrente estava em contacto com as outras empresas em causa durante o período de referência, tal como resulta do facto de ter tido uma reunião com a Heubach em 12 de Junho de 1995 no aeroporto de Heathrow, a saber, no mesmo dia e local de uma reunião do cartel.
- 44 Daí resulta que a primeira parte do primeiro fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à segunda parte, relativa a erros de apreciação dos factos e dos elementos de prova relativos à recorrente e ao seu papel no cartel

- 45 Esta segunda parte do primeiro fundamento abrange cinco críticas nas quais a recorrente alega que a Comissão cometeu erros de apreciação no que respeita:

— à evolução da sua situação desde o início das investigações;

— à sua influência no mercado em causa;

- à sua participação no cartel antes de 1994 e ao facto de não ter sido uma instigadora da infracção;

- ao facto de não ser membro efectivo do cartel;

- ao facto de ter imediatamente posto termo à infracção.

Quanto à primeira crítica, relativa à evolução da situação da recorrente desde o início das investigações

— Argumentos das partes

46 A recorrente afirma que a Comissão não teve em conta de forma apropriada a degradação da sua situação financeira, quando é certo que a recorrente mencionou esse facto nas suas comunicações com esta última antes da adopção da decisão impugnada. Desenvolvimentos mais recentes também deveriam ter sido tomados em consideração.

47 Em primeiro lugar, a recorrente alega que a Comissão afirma erradamente na decisão impugnada que a recorrente «emprega actualmente cerca de 30 pessoas» (considerando 28). Alega ter indicado à Comissão que apenas tinha 25 trabalhadores.

- 48 Em segundo lugar, a recorrente invoca a sua situação financeira crítica. O seu volume de negócios passou de 68,7 milhões de coroas norueguesas (NOK) em 1997 para 57,2 milhões de NOK (ou seja, aproximadamente 6,92 milhões EUR) em 2001. As suas actividades são pouco rentáveis, como demonstram os prejuízos de 317 589 EUR e de 310 659 EUR que sofreu respectivamente em 2000 e em 2001. A recorrente acrescenta que, em 1997, teve um resultado líquido antes de impostos de 1 148 837 NOK, mas que, em 2000 e em 2001, esse resultado era, respectivamente, de — 3 413 554 e de — 3 496 000 NOK. Além disso, os seus fundos próprios diminuíram consideravelmente devido principalmente aos prejuízos significativos registados em 2000 e em 2001. Em 2001, os seus fundos próprios eram apenas de 466 095 NOK (ou seja, cerca de 58 300 EUR). Representam 15% da coima aplicada pela Comissão.
- 49 A recorrente recorda que não teve possibilidade de obter uma garantia bancária para assegurar o pagamento da coima e que, portanto, apresentou um pedido de medidas provisórias no Tribunal de Primeira Instância com vista a obter a suspensão do referido pagamento. Acrescenta que, recentemente, não teve possibilidade de pagar todas as suas dívidas.
- 50 A Comissão considera que esta primeira crítica não é pertinente para apreciar a legalidade da decisão impugnada.

— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 51 O Tribunal de Primeira Instância considera que esta crítica não é verdadeiramente baseada numa errada apreciação dos factos e dos elementos de prova. É certo que a Comissão referiu na decisão impugnada, que a recorrente «emprega[va] [então]

cerca de 30 pessoas» (considerando 28), ao passo que esta última lhe tinha indicado que só tinha 25 trabalhadores. No entanto, tal não pode afectar a legalidade da decisão impugnada. Além disso, há que referir que a recorrente invoca sobretudo uma situação financeira crítica e que não procura demonstrar erros de facto a este respeito na decisão impugnada. Em especial, os seus argumentos relativos à evolução da sua situação económica após a adopção da decisão impugnada não são pertinentes para uma apreciação dos erros de facto que a própria decisão possa conter.

- 52 Na realidade, os argumentos suscitados no âmbito desta primeira crítica da segunda parte apenas são pertinentes à luz dos factos que podem ser tomados em consideração relativamente à segunda parte do segundo fundamento, relativo à impossibilidade de pagar a coima (v. n.^{os} 172 a 181 *infra*).

Quanto à segunda crítica, relativa à influência da recorrente no mercado em causa

— Argumentos das partes

- 53 A recorrente critica a Comissão por não ter tido devidamente em conta o facto de que tinha escassa influência no mercado e de que a sua margem de manobra estava limitada devido às suas relações com os distribuidores e os clientes. Em primeiro lugar, no que respeita à sua rede de distribuição, afirma que, durante muitos anos, vendeu toda a sua produção de fosfato de zinco destinado à Europa continental à BASF no âmbito de um acordo de co-produção. Precisa que fabricava fosfato de zinco que embalava em sacos ou pacotes que tinham a marca BASF e que era em seguida vendido como um produto BASF. Tendo em conta a sua dependência face à BASF e a grande diferença de dimensão e poder entre ambas as sociedades, a recorrente não tinha praticamente nenhuma influência no que respeita ao preço dos

seus fornecimentos à BASF. Apesar do termo do acordo com a BASF em 1997, esta manteve-se um importante cliente. Além disso, a recorrente salienta que a Wengain Ltd (a seguir «Wengain»), o seu distribuidor exclusivo no mercado britânico para vários produtos, incluindo o fosfato de zinco, tinha importado e vendido outros produtos provenientes de várias empresas, de modo que podia oferecer toda uma gama de produtos à indústria das tintas. A Wengain comprou produtos à recorrente a um preço baseado na entrega gratuita e revendeu-os no Reino Unido a preços que ela própria determinava. No que respeita aos clientes importantes e a entregas superiores a 10 toneladas, a recorrente tinha o direito de participar nas negociações e de fornecer a mercadoria directamente. Tendo em conta a sua rede de distribuição, a recorrente apenas dispunha de uma margem de manobra limitada no que respeita às quantidades e tinha poucas possibilidades de influenciar as vendas e os preços. Apenas sucedia de outra forma relativamente aos clientes directos da recorrente.

54 Em segundo lugar, a recorrente alega que a Comissão não teve suficientemente em conta o facto de que estava numa situação de dependência relativamente aos seus concorrentes, que eram igualmente seus clientes. A recorrente forneceu cromato de zinco à Heubach e à SNCZ. Esta última é o cliente mais importante da recorrente no que se refere a essa produto. Determinados clientes e concorrentes da recorrente quiseram obter preços mais elevados para o fosfato de zinco de forma a tornar mais competitivo o preço do fosfato de zinco modificado. Não querendo prejudicar as relações que mantinha com os seus concorrentes, que eram também seus clientes, a recorrente afirma que sofreu uma forte pressão da parte destes para se juntar ao cartel. Precisa que, contrariamente ao que afirma a Comissão, não sustenta ter sido obrigada a participar na infracção, mas antes ter sofrido pressões por parte dos seus concorrentes e não ter podido encarar outra solução na época.

55 A Comissão contesta que a recorrente apenas tenha tido uma possibilidade muito limitada de influenciar os preços praticados em relação aos clientes e que não tenha sido devidamente tido em conta, na decisão impugnada, o facto de que a mesma dependia dos seus concorrentes, que eram igualmente seus clientes.

- 56 Em resposta à afirmação da recorrente segundo a qual não teve nenhuma ou escassa influência nas quantidades vendidas no Reino Unido e na Alemanha, a Comissão indica que, mesmo se esse facto for exacto, o mesmo é totalmente irrelevante, uma vez que as quotas de mercado eram calculadas à escala do EEE.
- 57 A Comissão salienta também que os números que constam dos anexos 23 a 25 da petição, relativos às vendas de fosfatos, não correspondem exactamente àqueles que lhe foram comunicados por carta de 17 de Março de 1999. Salienta que a recorrente não explica essas divergências.

— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 58 Em primeiro lugar, relativamente ao argumento da recorrente segundo o qual a Comissão cometeu um erro de apreciação relativamente à influência da recorrente sobre os seus «distribuidores», há que referir que, no âmbito do presente processo, a recorrente não produziu prova de que a Comissão cometeu tal erro.
- 59 Com efeito, contrariamente à sua afirmação segundo a qual vendia todas as suas quantidades de fosfato de zinco destinadas à Europa continental no âmbito do seu acordo de co-produção entre a recorrente e a BASF, resulta dos anexos à petição que a recorrente abasteceu de fosfato de zinco outras empresas na Europa continental. Além disso, o acordo de co-produção entre a recorrente e a BASF terminou em Abril de 1997. Por último, a recorrente começou a manter relações com os ex-clientes da BASF (n.º 77 da declaração da Union Pigments). Mesmo que a BASF tenha influenciado consideravelmente a recorrente até Abril de 1997, esta influência não pôde ser assim tão importante durante o último ano do acordo.

- 60 Quanto à Wengain, distribuidora da recorrente no Reino Unido, há que recordar que a recorrente participou no acordo para pôr termo à guerra de preços que era importante no Reino Unido. Ela própria admitiu, por um lado, que tinha organizado um contra-ataque no Reino Unido durante essa guerra de preços (n.º 45 da declaração da Union Pigments) e, por outro, que uma das vantagens do cartel tinha sido o fim da guerra de preços no Reino Unido em que tinha participado (n.º 49 da declaração da Union Pigments e nota interna de 30 de Março de 1995). Estes factos demonstram que a recorrente pôde influenciar o comportamento da Wengain no mercado britânico no que respeita aos preços.
- 61 Em todo o caso, é ponto assente que a quota de mercado da recorrente era muito próxima daquela que lhe tinha sido atribuída no âmbito do cartel. Daí resulta que pôde influenciar suficientemente os seus distribuidores para aplicar o acordo relativo às quotas. Além disso, a recorrente admitiu, na sua declaração, que ano após ano, o cartel tinha por resultado uma melhor «coerência» quanto aos preços, salvo nos países nórdicos (n.º 73 da declaração da Union Pigments). Daí decorre que a Comissão tinha o direito de concluir que a recorrente influenciou suficientemente os seus distribuidores para assegurar a aplicação do acordo sobre os preços.
- 62 Resulta do exposto que o primeiro argumento invocado em apoio dessa segunda crítica deve ser julgado improcedente.
- 63 No que respeita, em segundo lugar, ao argumento baseado numa alegada dependência da recorrente relativamente aos seus clientes e concorrentes (v. n.º 54 *supra*), mesmo supondo que a recorrente tenha sofrido pressões, não pode invocar esta circunstância, uma vez que a recorrente podia ter denunciado as pressões de que foi objecto às autoridades competentes e apresentado à Comissão uma denúncia nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, em vez de participar nas actividades em questão (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, KE KELIT/Comissão, T-17/99, Colect., p. II-1647, n.º 50, e jurisprudência aí referida). Além disso, após se ter alegadamente retirado do cartel em 1995, a recorrente reintegrou-o, segundo as suas próprias declarações,

com vista a obter informações sobre o mercado (n.º 67 da declaração da Union Pigments) e não devido a pressões. Há que acrescentar que o argumento da recorrente segundo o qual era obrigada a participar na infracção não é coerente com a sua alegada retirada.

64 Resulta do exposto que esta crítica deve ser julgada improcedente.

Quanto à terceira crítica, relativa ao facto de a recorrente não ter sido instigadora da infracção

— Argumentos das partes

65 A recorrente alega que a Comissão cometeu erros de facto no que respeita aos seus contactos com os membros do cartel antes de Março de 1994. Refere que, segundo a Comissão, o cartel no sector em causa foi criado em Março de 1994 (considerando 81 da decisão impugnada). Ora, o cartel foi criado antes dessa data e antes de a recorrente ter sido convidada integrá-lo. A recorrente alega que os «outros concorrentes» já tinham acordado uma forma de repartição dos mercados e que os seus três principais concorrentes, a SNCZ, a Britannia e a Heubach, detinham, portanto, a mesma quota de mercado, ou seja, 24%. A recorrente indica que desconfiou da existência de um «acordo dentro do cartel», um «círculo restrito», que funcionava antes de ter sido convidada para a reunião de 24 de Março de 1994. A existência de tal «círculo restrito» foi corroborada pelas verificações da Comissão segundo as quais a Trident declarou que existiram contactos regulares entre a Pasmenco Europe-ISC Alloys (antecessora da Trident) e os seus concorrentes de 1989 a 1994 e um responsável de vendas estava regularmente em contacto com concorrentes, designadamente através de uma linha telefónica directa (considerando 76 da decisão impugnada). Segundo a recorrente, a mesma nunca teve contactos com o responsável em questão no que respeita ao estado do mercado e ao nível dos preços. O facto de as outras empresas em causa terem constituído o cartel antes de ela ter sido convidada a juntar-se-lhes explica, pelo menos em parte, que a recorrente não fizesse parte do círculo restrito formado pelos membros fundadores.

66 A recorrente acrescenta que o facto de o cartel existir antes da reunião de 24 de Março de 1994 é confirmado pela verificação da Comissão de que ocorreu uma reunião em Outubro de 1993, cujo objectivo «era pôr termo à guerra dos preços e impor alguma ordem no mercado» (considerando 315 da decisão impugnada). A recorrente defende que não participou nessa reunião. Embora tenha explicado, tanto na sua resposta à comunicação de acusações como verbalmente, que não assistiu a essa reunião, a Comissão não tomou posição sobre esta questão e apenas referiu, na decisão impugnada, que a recorrente contestava a sua participação na reunião em causa (considerando 86 da decisão impugnada). O facto de a Comissão não ter aparentemente procurado verificar os factos relativos a esta reunião prejudicou a recorrente. Em resposta ao argumento da Comissão segundo o qual, nas suas declarações de 2 de Setembro de 1998, ela própria mencionou a reunião de 24 de Março de 1994 como sendo a «primeira reunião do clube», a recorrente afirma que a entendia manifestamente como a «primeira reunião em que esteve presente».

67 Em seguida, a recorrente recorda que, na decisão impugnada, a Comissão conclui que não pôde identificar um líder específico e que o cartel constituía «uma iniciativa conjunta da maior parte dos concorrentes do sector do fosfato de zinco» (considerando 319 da decisão impugnada). Critica a Comissão por não ter tido em consideração o facto de que os outros participantes no cartel tinham tido a iniciativa de constituir o cartel e que já tinham tido uma primeira reunião antes dela ter sido convidada a integrá-lo. Uma vez que não tinha participado na reunião de 1993, acontecimento que esteve na origem do cartel, é injusto tratar a recorrente da mesma forma que os outros participantes no que respeita à criação do cartel. Se se revelar exacto que a primeira reunião entre os cinco produtores ocorreu, o mais tardar, em 24 de Março de 1994, a Comissão terá lesado a recorrente ao não ter em conta o facto de que existiram reuniões multilaterais entre os outros quatro produtores antes de 1994. Segundo a recorrente, a Heubach comportou-se como líder de facto do cartel, pelo menos no que lhe diz respeito. Acrescenta que não é necessário que o cartel tenha sido imposto por um dos seus participantes para levar a Comissão a designar um líder.

68 Quanto à recusa da Comissão em lhe conceder um tratamento diferenciado tendo em conta o facto de os outros participantes terem criado o cartel antes dela ser convidada a participar no mesmo, a recorrente mantém que o que ocorreu antes e após o período em causa não pode ser considerado totalmente irrelevante. A opção da Comissão de tomar determinados elementos em conta influenciou a apreciação da gravidade da participação da recorrente em seu detrimento. Mesmo devendo a Comissão limitar as suas verificações e a decisão impugnada a um determinado período com escassos efeitos sobre a importância da coima para os restantes, não era necessário que a recorrente fosse objecto dessa sanção pelo facto de não beneficiar do tratamento diferenciado de que, se assim não fosse, muito provavelmente beneficiaria.

69 A Comissão retorque que nunca afirmou que a recorrente era uma instigadora do cartel nem que tinha participado na reunião de Outubro de 1993. Limitou-se a constatar a existência de uma infracção a partir de 1994. Embora seja possível que tenha existido um cartel antes dessa data, é claro que não está abrangido pela decisão impugnada sendo, portanto, inútil prosseguir a discussão quanto a este ponto. A Comissão salienta que, nas suas declarações de 2 de Setembro de 1998, a recorrente faz referência à reunião de 24 de Março de 1994 como sendo a «primeira reunião do 'clube'». Remete a análise dessa questão para a secção relativa às eventuais circunstâncias atenuantes.

70 Em todo o caso, a recorrente não retira nenhuma vantagem da conclusão de que os outros destinatários da decisão impugnada eram «líderes», ou de que acordavam entre si igualmente quanto a outros mercados ou há muito tempo.

— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 71 Em primeiro lugar, embora o processo contenha determinadas indicações de acordo com as quais os produtores de fosfato de zinco mantiveram contactos anticoncorrenciais antes de 24 de Março de 1994 (v., por exemplo, considerandos 76 a 80, 82 a 86 e 225 da decisão impugnada), o Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão podia razoavelmente concluir que a infracção tinha apenas começado com a reunião tida nessa data. Há que referir, a este respeito, que a recorrente contestou a sua participação numa reunião em Outubro de 1993 (considerando 86 da decisão impugnada), pelo que a Comissão podia concluir que a primeira reunião a que tinham assistido todas as empresas em causa foi a de 24 de Março de 1994. Além disso, esta última reunião foi a primeira das reuniões regulares do cartel. Há que acrescentar que as primeiras reuniões do cartel de 24 de Março e de 3 de Maio de 1994 coincidem com a carta do CEFIC, de 26 de Maio de 1994, que anuncia a criação do grupo estatístico fosfato de zinco (considerandos 66, 109 e 112 da decisão impugnada).
- 72 Em todo o caso, mesmo supondo que a infracção tenha começado numa data anterior, isso em nada altera a situação da recorrente, uma vez que esta só participou na infracção a partir de 24 de Março de 1994. O argumento da recorrente segundo o qual o cartel começou em Outubro de 1993 carece, portanto, de pertinência para efeitos do pedido de anulação da decisão impugnada.
- 73 A recorrente alega que a Comissão deveria ter declarado que os outros participantes, designadamente a Heubach, tinham tomado a iniciativa de constituir o cartel e que a Comissão não teve em consideração o diferente papel da recorrente. Embora seja verdade que, segundo as orientações, o «papel de líder ou de instigador da infracção» pode constituir uma circunstância agravante que justifique o aumento do montante de base (ponto 2, terceiro travessão), no caso vertente, a Comissão

concluiu que «o cartel foi uma iniciativa conjunta da maior parte dos concorrentes do sector do fosfato de zinco, não sendo, assim, possível identificar um líder específico» (considerando 319 da decisão impugnada). Por conseguinte, contrariamente ao que a recorrente parece dar a entender, a Comissão não aumentou as coimas a esse título. Daí resulta que a recorrente não foi lesada pela já referida conclusão da Comissão. Além disso, a procedência desta conclusão não pode ser colocada em causa uma vez que não resulta do processo que uma empresa tenha tomado a iniciativa de constituir o cartel (v., por exemplo, considerandos 314 a 318 da decisão impugnada).

74 Daí resulta que esta terceira crítica não é procedente.

Quanto à quarta crítica, baseada no facto de a recorrente não ser membro efectivo do cartel

— Argumentos das partes

75 A recorrente alega que a Comissão cometeu um erro ao não ter em conta o facto de que ela não era membro efectivo do cartel e que não era considerada como tal pelos outros membros. A este respeito invoca vários factos. Em primeiro lugar, não participou na primeira reunião, que ocorreu em Outubro de 1993. Em segundo lugar, e de modo geral, só com muita reticência cooperou no cartel. Refere-se assim ao facto, reconhecido pela Comissão, de que o CEFIC teve que a advertir, em 15 de Junho de 1994, para que fornecesse informações (considerando 109 da decisão impugnada). Em terceiro lugar, as verificações da Comissão referentes a notas relativas a uma reunião de 27 de Março de 1995 em Londres demonstram que a recorrente não beneficiava de igualdade de tratamento enquanto membro. A recorrente indica que um dos seus empregados anotou na sua agenda, na data de 27 de Março de 1995, que a recorrente tinha previsto pedir nesta reunião para ser

tratada como um «membro efectivo com atribuição de clientes» (considerando 122 da decisão impugnada). Após esta reunião, o seu director de vendas mencionou, numa nota de 30 de Março de 1995, que os outros participantes «não estavam dispostos a discutir o aumento da [sua] quota de mercado» (considerando 122 da decisão impugnada). A Comissão afirma igualmente que a recorrente pensava que «[os outros membros do cartel] a estavam a enganar» (considerando 124 da decisão impugnada).

76 Em quarto lugar, a recorrente indica que não participou no acordo de repartição da Teknos. Defende que, como refere a Comissão (considerando 99 da decisão impugnada), a razão pela qual, uma única vez, as outras três empresas decidiram unilateralmente que a recorrente entregaria um contentor à Teknos era a de evitar que esta sociedade desconfiasse da existência de um acordo. No entanto, esta encomenda ocorreu em detrimento de outros negócios na Finlândia. A nota de 30 de Março de 1995 é, segundo a recorrente, a prova de que não participou no acordo de repartição da Teknos. A recorrente critica a Comissão por não tirar nenhuma conclusão do facto de ter recebido uma encomenda da Teknos após se ter retirado do clube em Abril de 1995 (considerando 131 da decisão impugnada). Ora, a única abordagem correcta seria a de concluir que a recorrente não tinha participado nesse acordo, o que é mais uma prova de que não era um membro efectivo do cartel. No que respeita à afirmação da Comissão segundo a qual «ela própria reconhece» ter beneficiado da atribuição da Teknos durante seis meses, a recorrente reitera que esta cliente só lhe foi atribuída uma vez e não durante seis meses.

77 A recorrente rejeita a afirmação da Comissão de que os elementos de prova demonstram que não teve um papel passivo no cartel. Considera que estes elementos de prova, embora reflectam talvez uma atitude um pouco ingénua no que respeita às actividades do clube, não permitem concluir por um papel activo ou passivo. O facto de reunir documentos, tais como os recolhidos pela Comissão nas instalações da recorrente, não é incompatível com um papel passivo. Na realidade, o seu papel seria mais activo se tivesse escamoteado ou destruído tais documentos. A recorrente acrescenta que o facto de ter reservado salas de reunião, quando era a sua vez, de tempos a tempos, apenas sublinha o carácter passivo da sua participação. No que respeita às tentativas da Comissão de dar a impressão de que não tinha revelado

a existência da reunião de 9 de Janeiro de 1995, a recorrente alega que não considerava que esta reunião, cujo objectivo era o de tentar melhorar as suas relações com uma das outras sociedades, uma «reunião do clube». Este elemento também não deve ser utilizado para apreciar a sua conduta.

78 A descrição efectuada pela Comissão dos representantes da recorrente nas reuniões do cartel é enganosa e dá a impressão incorrecta de que eram de um nível tão elevado quanto os das outras empresas em causa. A Comissão verificou que as outras empresas eram representadas por membros da direcção ao mais elevado nível, ou seja, administradores-delegados, directores-gerais ou presidentes, e que a recorrente estava representada por um «director e o director das vendas internacionais» (considerando 71 da decisão impugnada). Embora R. usasse, efectivamente, o título de «director», este título não constituía, no entanto, uma designação jurídica e nada revela sobre a posição, os poderes ou as responsabilidades do seu titular, que eram antes comparáveis aos de B., director das vendas. Ao invés, as outras empresas escolheram representantes ao mais elevado nível das respectivas direcções. W. era, no início da infracção, administrador-delegado da recorrente.

79 A Comissão contesta a argumentação da recorrente. Salienta que esta última não era obrigada a participar no cartel e afirma que resulta dos factos expostos na decisão impugnada, baseados em numerosas provas directas recolhidas nas instalações da recorrente, que o papel desta não pode ser qualificado de «passivo». Pelo contrário, os elementos de prova demonstram que pôs em prática os acordos concluídos pelo cartel.

80 A Comissão alega que a recorrente beneficiou da atribuição de clientes. Na sua contestação, indica que em 1997 a Teknos foi atribuída à recorrente durante seis

meses, o que a própria recorrente reconhece. Na sua tréplica, a Comissão admite que «fez por erro referência a uma outra atribuição de cliente», mas recorda que o facto de ter sido concluído na decisão impugnada que a Teknos tinha sido atribuída à recorrente não é por esta contestado.

— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

81 O Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão tinha o direito de concluir que a recorrente participou efectivamente no cartel. Com efeito, como será a seguir demonstrado, a recorrente participou em todos os aspectos mais essenciais da infracção.

82 Em primeiro lugar, é ponto assente que a recorrente participou regularmente nas reuniões do cartel. A Comissão concluiu, com razão, que tinha assistido a quinze das dezasseis reuniões multilaterais identificadas enquanto durou o cartel (considerandos 102, 107, 112, 116, 120, 132, 133, 137, 151, 157, 168 e 181 da decisão impugnada). Além disso, a recorrente tinha mesmo organizado algumas destas reuniões (considerandos 120, 136 e 160 da decisão impugnada). A sua afirmação de que não assistiu à reunião de Outubro de 1993 é irrelevante, uma vez que a Comissão concluiu que o cartel só tinha começado em 24 de Março de 1994.

83 O argumento da recorrente de que não estava representada por pessoas de tão alto nível quanto os representantes das outras empresas em causa, não demonstra que não era um membro efectivo do cartel. Contrariamente ao que a recorrente dá a entender, a Comissão não declarou que as outras empresas estavam representadas por membros da direcção ao mais alto nível. Apenas identificou os representantes

habituais das empresas nas reuniões do cartel. Além disso, o nível de representação da recorrente, mesmo que se tratasse apenas do director de vendas, era suficientemente importante para demonstrar a efectiva participação da recorrente nestas reuniões.

- 84 Em segundo lugar, a recorrente não contesta que participou plenamente no acordo relativo às quotas (n.ºs 51 a 53 da declaração da Union Pigments). Além disso, a nota interna de 30 de Março de 1995 demonstra que até pediu um aumento da sua quota de mercado (considerando 122 da decisão impugnada). Como previsto no acordo, a recorrente enviou informações relativas aos seus volumes de vendas ao CEFIC e, em seguida, ao seu sucessor, a Verband des Mineralfarbenindustrie eV (n.ºs 51 a 53 da declaração da Union Pigments; considerandos 109, 110, 130, 134, 144, 153 e 184 da decisão impugnada). Em troca, a recorrente recebeu informações sobre as vendas realizadas pelos outros membros do cartel, o que era susceptível de influenciar o seu comportamento no acordo e no mercado (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, Cheil Jedang/Comissão, T-220/00, Colect., p. II-2473, n.º 207). O facto de que o CEFIC teve que advertir a recorrente para que fornecesse informações (considerando 109 da decisão impugnada) não basta para demonstrar que a recorrente só com muita reticência cooperou no cartel.
- 85 Em terceiro lugar, a recorrente não contesta, na sua declaração, que participou na fixação de preços indicativos (v. n.ºs 49, 60 e 73 da declaração da Union Pigments). Reconheceu mesmo, na sua nota de 30 de Março de 1995, que tinha obtido preços mais elevados graças ao cartel (considerando 125 da decisão impugnada; v. igualmente n.ºs 49 e 73 da declaração da Union Pigments).
- 86 Em quarto lugar, a Comissão podia concluir que a recorrente tinha participado na atribuição de clientes. Esta última contesta apenas a sua participação no acordo de atribuição da Teknos e não a sua participação nas outras atribuições que são objecto

da decisão impugnada. Quanto à Teknos, é possível que tenha havido uma atribuição deste cliente antes de Março de 1995 sem a participação da recorrente (considerandos 122 a 124 da decisão impugnada). No entanto, a recorrente admitiu que tinha fornecido um contentor à Teknos (n.º 69 da declaração da Union Pigments). A sua explicação de que este fornecimento apenas tinha sido efectuado para que a Teknos não desconfiasse da existência do acordo não pode ser acolhida. Além disso, segundo a Trident, o preço a facturar à Teknos era objecto de um acordo e tinha sido combinado que só o produtor a quem «cabia a vez» de fornecer este cliente lhe poderia cobrar um preço inferior ao que tinha sido acordado (considerando 96 da decisão impugnada). Segundo uma nota da recorrente relativa a uma reunião de 4 de Fevereiro de 1997, esta última aparentemente aceitou fixar os seus preços acima dos da SNCZ porque a Teknos lhe tinha sido atribuída durante seis meses (considerandos 138 e 139 da decisão impugnada). Este facto demonstra igualmente a participação da recorrente no acordo de atribuição da Teknos. Além disso, esta última sociedade era um dos principais clientes da recorrente (considerandos 97 e 270 da decisão impugnada) e, segundo a Trident, a recorrente estava pronta para tomar a iniciativa de uma guerra de preços afim de o conservar (considerando 97 da decisão impugnada). O Tribunal de Primeira Instância considera assim que não está demonstrado que a recorrente não participou na atribuição deste cliente, pelo menos após ter tido conhecimento de tal atribuição.

87 Em todo o caso, mesmo que a recorrente não tivesse participado no acordo de atribuição da Teknos, a Comissão tinha o direito de decidir que ela era responsável pela atribuição de clientes. Há que recordar, a este respeito, que uma empresa que participou numa infracção multiforme às regras da concorrência através de comportamentos que lhe são próprios, que integram as noções de acordo ou de prática concertada com um objectivo anticoncorrencial na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE e que visam contribuir para a realização da infracção no seu conjunto pode igualmente ser responsável pelos comportamentos de outras empresas no quadro da mesma infracção durante todo o período em que participou na referida infracção, quando se prove que a empresa em questão conhecia os comportamentos ilegais dos outros participantes, ou que os podia razoavelmente prever e estava pronta a aceitar o risco (acórdão Comissão/Anic Participazioni, acima referido no n.º 39, n.º 203, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, LR AF 1998/Comissão, T-23/99, Colect., p. II-1705, n.º 158).

88 Por último, a Comissão tinha o direito de não concluir pela existência de um «cartel dentro do cartel» invocada pela recorrente (considerandos 122 a 125 da decisão impugnada). Com efeito, esta última não produziu prova suficiente da existência de tal círculo restrito. Em todo o caso, isto não prejudica o facto de a recorrente ter participado plenamente na infracção identificada na decisão impugnada.

89 Resulta do exposto que esta quarta crítica deve ser julgada improcedente.

Quanto à quinta crítica, baseada na circunstância de a recorrente ter imediatamente posto termo à infracção

— Argumentos das partes

90 A recorrente alega que a Comissão não teve devidamente em conta o facto de, na sequência das verificações efectuadas junto das empresas, ter imediatamente posto termo à infracção. A recorrente decidiu cooperar plenamente com a Comissão no âmbito das verificações e mantém-se determinada a fazê-lo. Na sequência das referidas verificações, a recorrente anulou a reunião prevista em Amesterdão sem dar satisfações e indicou claramente à Heubach que não comunicaria mais nenhum dado estatístico. Em 15 de Julho de 1998, a recorrente enviou uma telecópia aos participantes no cartel informando-os da sua retirada do mesmo. A recorrente recusou o convite para se juntar à nova associação, a European Manufacturers of Zinc Phosphates (a seguir «EMZP»), e informou a Comissão da sua criação. De facto, o comportamento da recorrente no que respeita à EMZP demonstra que tomou imediatamente as medidas que a Comissão ia impor mais tarde no âmbito da comunicação de acusações. Este comportamento justifica que a recorrente beneficie de um tratamento diferente. No entanto, a Comissão não teve devidamente em conta estas circunstâncias. A recorrente critica-a, especialmente, por não ter

efectuado uma distinção clara entre ela própria e as outras empresas em causa no que respeita à EMZP. A Comissão dá uma impressão incorrecta do comportamento da recorrente ao afirmar que foram fornecidas informações a essa associação pelos «membros do cartel» (considerando 254 da decisão impugnada), sem claramente especificar que a recorrente não estava aí incluída.

- 91 A Comissão recorda que não é obrigada a reduzir o montante da coima pelo facto de a recorrente ter posto termo à infracção após a sua primeira intervenção (acórdão LR AF 1998/Comissão, acima referido no n.º 87, n.º 324) e que o facto de ter em consideração uma circunstância atenuante no caso vertente não tem nenhum efeito sobre o montante definitivo da coima.

— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 92 Há que referir que o ponto 3, terceiro travessão, das orientações prevê uma diminuição do montante de base no caso de ser «posto termo às infracções desde as primeiras intervenções da Comissão (nomeadamente verificações)». No entanto, a Comissão não é obrigada a considerar, em regra geral, a cessação de uma infracção como uma circunstância atenuante. A reacção de uma empresa à abertura de um inquérito relativo às suas actividades apenas pode ser apreciada tendo em consideração o contexto específico do caso concreto (acórdão LR AF 1998/Comissão, acima referido no n.º 87, n.º 324).
- 93 No caso vertente, a Comissão procedeu, em 13 e 14 de Maio de 1998, a verificações junto de diversas empresas e o órgão de fiscalização da EFTA procedeu a inspecções junto da recorrente de 13 a 15 de Maio de 1998. No artigo 1.º da decisão impugnada, a Comissão concluiu que o acordo ou prática concertada durou de 24 de Março de 1994 a 13 de Maio de 1998. Daqui resulta que o facto de as empresas terem cessado a infracção após as primeiras intervenções da Comissão foi tomado em consideração.

- 94 Em todo o caso, a recorrente não demonstrou ter cessado a sua participação no cartel após a intervenção da Comissão. Com efeito, a recorrente só informou os outros participantes da sua retirada em 15 de Julho de 1998 (v. n.º 90, *supra*).
- 95 No que respeita ao argumento da recorrente baseado no facto de ter cooperado plenamente com a Comissão após as inspecções, há que notar que a recorrente só contactou a Comissão em 17 de Julho de 1998 (considerando 57 da decisão impugnada). Além disso, beneficiou da redução máxima por força do ponto D da comunicação sobre a cooperação, a saber, 50%.
- 96 No que respeita à EMZP, basta precisar que esta organização foi criada em 31 de Julho de 1998 e que não é, portanto, visada pela infracção em causa (considerando 42 da decisão impugnada). Por conseguinte, a não adesão da recorrente a esta associação é irrelevante no caso vertente.
- 97 Daí resulta que esta quinta crítica e, por consequência, a totalidade do primeiro fundamento, devem ser julgados improcedentes.

2. Quanto ao segundo fundamento, relativo ao cálculo errado do montante da coima e à violação de princípios gerais

- 98 A recorrente afirma que, uma vez que a Comissão baseou a decisão impugnada numa apreciação incorrecta dos factos e dos elementos de prova, esta decisão está igualmente viciada no que respeita ao montante de base da coima e, portanto, viola o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, os princípios reconhecidos pela prática

decisória, as orientações e a comunicação sobre a cooperação. Este fundamento compõe-se de seis partes relativas aos seguintes aspectos da decisão impugnada:

- gravidade da infracção e tratamento diferenciado;
- duração da infracção;
- errada aplicação de circunstâncias agravantes e não consideração de circunstâncias atenuantes;
- errada aplicação da comunicação sobre a cooperação;
- violação dos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade;
- inutilidade de a Comissão se mostrar mais dissuasora e impossibilidade de pagar a coima.

Quanto à primeira parte, relativa à gravidade da infracção e ao tratamento diferenciado

Argumentos das partes

⁹⁹ Segundo a recorrente, a Comissão não podia qualificar a infracção que aquela cometeu de «muito grave» (considerando 300 da decisão impugnada). Defende que esta infracção deveria ter sido considerada «menos grave» e que mereceria um tratamento diferenciado se a Comissão tivesse devidamente tido em conta as

circunstâncias da causa, em especial o facto de que não fazia parte dos instigadores do cartel nem do círculo restrito, que não era membro efectivo do cartel, que se tinha retirado durante um período de cinco a seis meses, que a sua retirada teve um impacto negativo no cartel e que o seu papel era meramente passivo, ao passo que o papel de motor do cartel era assumido por outros participantes. Além disso, o efeito real da infracção que lhe é imputada foi insignificante, dado que uma grande parte da sua produção foi adquirida pela BASF ou vendida por intermédio dos seus distribuidores. Com efeito, os preços que praticava estavam normalmente situados no «nível recomendado».

100 Em seguida, a recorrente alega que a Comissão não teve em conta o peso relativo das empresas em causa na sua aplicação de um tratamento diferenciado. Vista a diferença de dimensão relativamente grande dessas empresas, que se reflecte nos seus volumes de negócios e no número de empregados, e da capacidade efectiva da recorrente de causar prejuízos, o montante de base desta última deveria ser consideravelmente menos elevado que o das outras empresas. Além disso, a Comissão deveria ter em consideração a existência de uma cooperação entre os outros participantes, em especial a Heubach, a SNCZ e a Trident, face a uma pequena empresa como a recorrente. Salaria que a sua influência era diferente da que as outras empresas exerciam e era consideravelmente inferior à quota de mercado que serve de base ao cálculo do montante da coima pela Comissão (v., a este respeito, n.º 53, *supra*).

101 Tendo em conta o exposto, a recorrente alega que a Comissão fixou um montante de base excessivo no que lhe diz respeito.

102 Segundo a Comissão, a recorrente confunde a questão da gravidade da infracção com a da sua própria participação na mesma. No que respeita às alegações relativas

ao tratamento diferenciado, recorda que dividiu as empresas em duas categorias, estando a recorrente classificada na primeira junto com três outras empresas. Sendo a quota de mercado da recorrente, avaliada por ela própria em aproximadamente 30%, de longe a mais elevada, não havia, segundo a Comissão, nenhuma razão para lhe conceder um tratamento especial. Na tréplica, a Comissão acrescenta que a recorrente não fornece nenhum elemento de prova pertinente para demonstrar que não se incluía nos principais produtores de fosfato de zinco do EEE e que foi classificada erradamente na mesma categoria que estes.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

103 Em conformidade com o ponto 1.A das orientações, a Comissão comprometeu-se expressamente a tomar em consideração, para avaliar a gravidade da infracção, além da própria natureza desta e da dimensão do mercado geográfico em causa, o seu impacto concreto no mercado, quando este seja quantificável. No presente processo, todos estes critérios são mencionados no considerando 300 da decisão impugnada.

104 Resulta desta decisão, bem como das orientações, cujos princípios aquela aplica, que, embora a gravidade da infracção seja, num primeiro momento, apreciada em função dos elementos específicos à infracção, como a sua natureza e o seu impacto no mercado, ela é, num segundo momento, modulada em função de circunstâncias específicas à empresa, o que conduz, além disso, a Comissão a tomar em consideração, para além da dimensão e das capacidades da empresa, não só as eventuais circunstâncias agravantes, mas também, se for caso disso, as circunstâncias atenuantes (v., acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Colect., p. II-3275, n.º 1530, e jurisprudência aí referida).

105 Os argumentos invocados pela recorrente no âmbito desta primeira parte dizem respeito mais à sua própria participação na infracção do que a elementos próprios dessa infracção. O Tribunal de Primeira Instância entende que os argumentos baseados no facto de a recorrente não ter feito parte dos instigadores do cartel nem do «círculo restrito», de não ser membro efectivo do cartel e de o seu papel ser meramente passivo, devem ser apreciados no âmbito da análise da questão relativa às circunstâncias agravantes e atenuantes (v., n.ºs 118 a 133 *infra*). Quanto à retirada da recorrente do cartel, este elemento inclui-se na questão da duração da infracção que será tratada nos n.ºs 111 a 114 *infra*.

106 No que respeita ao argumento da recorrente de que o efeito real da sua infracção foi insignificante, basta referir que os efeitos a ter em consideração para fixar o nível geral das coimas não são os resultantes do comportamento efectivo que uma empresa alega ter adoptado, mas os resultantes do conjunto da infracção em que participou (acórdão Comissão/Anic Participazioni, acima referido no n.º 39, n.º 152, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão, T-224/00, Colect., p. II-2597, n.º 160).

107 Quanto à crítica segundo a qual a Comissão não teve em conta o peso relativo das empresas em causa na aplicação do tratamento diferenciado nem a capacidade efectiva da recorrente para causar prejuízo, há que analisar no âmbito da crítica baseada na violação dos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade (v. n.ºs 148 a 165 *supra*).

108 Por último, o Tribunal de Primeira Instância já rejeitou os restantes argumentos invocados pela recorrente no âmbito da segunda parte do primeiro fundamento, ou seja, o facto de que existiu um círculo restrito (v. n.º 88 *supra*) e de que ela teve pouca influência sobre o mercado (v. n.ºs 58 a 62 *supra*).

Quanto à segunda parte, relativa à duração da infracção

Argumentos das partes

- 109 A recorrente alega que foi erradamente que a Comissão concluiu, por um lado, que tinha cometido uma infracção da mesma duração que os outros participantes, ou seja, quatro anos e um mês e, por outro, aumentou conseqüentemente, em 40% o montante de base da coima fixado a título da gravidade da infracção. A Comissão não teve em consideração o facto de a recorrente se ter retirado do cartel durante cinco ou seis meses. Em consequência, violou o princípio da igualdade de tratamento bem como a sua prática decisória, e aplicou mal as orientações. Segundo a recorrente, o aumento do montante de base para ter em conta a duração deveria ter sido muito inferior a 40%.
- 110 A Comissão remete para os argumentos invocados em resposta à primeira parte do primeiro fundamento.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 111 Como foi indicado nos n.^{os} 36 a 44 *supra*, a Comissão tinha o direito de concluir que a recorrente tinha participado na infracção de forma ininterrupta entre 24 de Março de 1994 e 13 de Maio de 1998. Por conseguinte, a segunda parte do segundo fundamento não pode ser acolhida.

- 112 Em todo o caso, mesmo que os argumentos da recorrente fossem procedentes, o montante final da coima não seria alterado. A Comissão teria sempre o direito de concluir que a recorrente cometeu uma infracção de duração média, a saber, que se desenvolveu de 24 de Março de 1994 até Março de 1995, e, em seguida, de Agosto de 1995 a 13 de Maio de 1998. Um aumento referente à duração de 35% seria apropriado. No entanto, tendo em conta as operações de cálculo que se impõem em função da aplicação da comunicação sobre a cooperação bem como ao limite máximo de 10% do volume de negócios realizado no decurso do exercício anterior pela empresa em causa, um aumento de aproximadamente 35% em vez de 40% não alteraria o montante final da coima da recorrente.
- 113 Por último, no que respeita ao argumento invocado pela recorrente na audiência e segundo o qual a Comissão não devia aumentar as coimas em 10% por ano, basta referir que este argumento não foi invocado na petição inicial e que constitui um fundamento novo, inadmissível nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.
- 114 Por estas diferentes razões, a segunda parte do segundo fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à terceira parte, relativa à errada aplicação de circunstâncias agravantes e à não tomada em consideração de circunstâncias atenuantes

Argumentos das partes

- 115 Em primeiro lugar, a recorrente alega que não se justifica que a Comissão tenha em conta circunstâncias agravantes a seu respeito incluindo-a entre os participantes que

tomaram a «iniciativa comum» de constituir o cartel. Acrescenta que a Comissão não tomou suficientemente em consideração o facto de as outras empresas terem estado na origem do cartel e terem constituído um «círculo restrito», ao passo que ela apenas se juntou ao cartel mais tarde e nunca foi um membro efectivo. Ao não conceder um tratamento mais favorável à recorrente por estas razões, a Comissão violou as orientações.

- 116 Em segundo lugar, a recorrente alega que, ao considerar que não devia ser atendida nenhuma circunstância atenuante no caso vertente, a Comissão cometeu um erro e violou a sua prática decisória, bem como as orientações. Remetendo para os seus argumentos acima expostos, afirma que a Comissão não teve em consideração o facto de que a recorrente tinha sido convidada a juntar-se a um cartel que já existia, que nunca fez parte do «círculo restrito» e que nunca lhe foi atribuído nenhum cliente, salvo num caso, de modo a proteger os outros membros do cartel. A Comissão também não tomou em consideração o facto de que, na prática, a recorrente só tinha executado os acordos controvertidos de uma forma muito limitada, como demonstram a sua retirada do cartel, os preços mais baixos que praticava no mercado nórdico e o facto, verificado pela Comissão (considerando 118 da decisão impugnada), de que estava frequentemente, nas reuniões, em conflito com os outros participantes, designadamente com a Britannia no que respeita às vendas no Reino Unido e à guerra de preços. Além disso, a recorrente considera que a Comissão não teve em consideração o facto de que tinha sido, em certa medida, obrigada a juntar-se ao cartel porque, por um lado, alguns dos seus participantes no mesmo constituíam também importantes clientes e, por outro, estava em vias de perder o seu cliente mais importante e distribuidor no continente, a saber, a BASF.

- 117 A Comissão considera, por um lado, que basta referir que a decisão impugnada não considerou existirem circunstâncias agravantes em relação à recorrente. Por outro, considera que os argumentos desta última relativos às alegadas circunstâncias atenuantes devem ser julgados improcedentes.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 118 Como resulta da jurisprudência, quando uma infracção é cometida por várias empresas, há que apreciar a gravidade relativa da participação de cada uma delas (acórdãos Suiker Unie e o./Comissão, acima referido no n.º 35, n.º 623, e Comissão/Anic Partecipazioni, acima referido no n.º 39, n.º 150), a fim de determinar se existem, a seu respeito, circunstâncias agravantes ou atenuantes.
- 119 Esta conclusão constitui a consequência lógica do princípio da individualização das penas e das sanções, por força do qual uma empresa só deve ser punida por factos que lhe sejam individualmente imputados, princípio que é aplicável em qualquer procedimento administrativo susceptível de conduzir a sanções nos termos das normas comunitárias da concorrência (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Dezembro de 2001, Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Comissão, T-45/98 e T-47/98, Colect., p. II-3757, n.º 63).
- 120 Os pontos 2 e 3 das orientações prevêm uma modulação do montante de base da coima em função de certas circunstâncias agravantes e atenuantes, próprias de cada empresa em causa.
- 121 Antes de mais, no que respeita ao argumento da recorrente segundo o qual a Comissão teve em conta uma circunstância agravante a seu respeito ao incluí-la entre os participantes que tinham tomado a iniciativa comum de constituir o cartel, basta observar que o mesmo não se baseia em factos. Com efeito, a Comissão não

teve em conta nenhuma circunstância agravante relativamente à recorrente (considerandos 314 a 319 da decisão impugnada). Em todo o caso, se a Comissão tivesse concluído pela existência de uma circunstância agravante no que respeita às outras empresas em causa, tendo em conta o facto de que eram líderes ou instigadores da infracção, isso em nada teria alterado o montante da coima aplicada à recorrente.

- 122 Pelas mesmas razões, o argumento da recorrente segundo o qual a Comissão deveria ter constatado a existência de uma circunstância agravante pelo facto de as outras empresas terem constituído um círculo restrito, não pode ser acolhido (v., a este respeito, n.º 88 *supra*).
- 123 Em seguida, há também que julgar improcedente o pedido de redução do montante da coima a título de circunstâncias atenuantes.
- 124 Em primeiro lugar, a recorrente invoca o facto de ter sido convidada a juntar-se a um cartel que já existia, que não fazia parte do círculo restrito e que nunca lhe foi atribuído qualquer cliente. Como foi acima indicado no n.º 71, a Comissão tinha o direito de não concluir que o cartel existia antes de 24 de Março de 1994. Além disso, nenhum elemento do processo demonstra a existência do círculo restrito invocado pela recorrente (v., a este respeito, n.º 88, *supra*). Por último, a Comissão tinha o direito de concluir que a recorrente tinha participado no acordo de atribuição dos clientes, incluindo a Teknos (v., n.º 88, *supra*).
- 125 Além disso, o Tribunal de Primeira Instância considera que, por princípio, o participante numa infracção não pode invocar uma circunstância atenuante baseada no comportamento dos outros participantes nessa infracção. No caso vertente, o facto de os outros membros do cartel se terem empenhado mais cedo ou mais radicalmente neste pode constituir, se for caso disso, uma circunstância agravante a seu respeito, mas não uma circunstância atenuante a favor da recorrente.

126 Relativamente ao argumento da recorrente segundo o qual só desempenhava um papel passivo no cartel, há que referir que o «papel exclusivamente passivo ou seguidista» de uma empresa na realização da infracção constitui, se estiver demonstrado, uma circunstância atenuante, nos termos do ponto 3, primeiro travessão, das orientações. Este papel passivo implica a adopção pela empresa em causa de uma «atitude discreta», ou seja, a não participação activa na elaboração do ou dos acordos anticoncorrenciais. Resulta da jurisprudência que, entre os elementos susceptíveis de revelar o papel passivo de uma empresa num acordo, podem ser tidos em conta o carácter sensivelmente mais esporádico das suas participações nas reuniões relativamente aos membros normais do cartel, assim como a sua entrada tardia no mercado objecto da infracção, independentemente da duração da sua participação naquele, ou ainda a existência de declarações expressas neste sentido por parte dos representantes de empresas terceiras que participaram na infracção (v. acórdão Cheil Jedang/Comissão, acima referido no n.º 84, n.ºs 167 e 168, e jurisprudência aí referida, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Abril de 2004, Tokai Carbon e o./Comissão, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, Colect., p. II-1181, n.º 331). No entanto, como já foi acima referido nos n.ºs 82 a 87, a recorrente não demonstrou a existência de tal «atitude discreta» no caso vertente.

127 Em segundo lugar, a recorrente considera que devia ter beneficiado de uma redução do montante da coima uma vez que só tinha «executado numa medida muito restrita os acordos controvertidos». Parece criticar assim a Comissão por não ter aceite uma circunstância atenuante baseada na não aplicação efectiva dos acordos ilícitos, nos termos do ponto 3, segundo travessão, das orientações.

128 Para esse efeito, há que verificar se as circunstâncias avançadas pela recorrente são susceptíveis de demonstrar que, durante o período em que aderiu aos acordos ilícitos, se subtraiu efectivamente à sua aplicação, adoptando um comportamento concorrencial no mercado (v., neste sentido, acórdãos Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão, acima referidos no n.º 106, n.º 268, e a jurisprudência aí referida).

- 129 Tendo a recorrente participado plenamente no cartel (v. n.ºs 81 a 87 *supra*), o Tribunal de Primeira Instância considera que a mesma não teve um comportamento concorrencial no mercado na acepção da jurisprudência acima referida no n.º 128. Há que salientar, a este respeito, que a recorrente admitiu que tinha terminado a sua alegada retirada em Agosto de 1995 de modo a beneficiar da infracção (n.º 67 da declaração da Union Pigments). Assim, rejeitou manifestamente a possibilidade de adoptar um comportamento concorrencial no mercado e preferiu tirar partido do cartel.
- 130 No que respeita ao argumento da recorrente segundo o qual esta vendeu produtos abaixo do preço recomendado, há que notar que o facto de uma empresa, cuja participação numa concertação com os seus concorrentes em matéria de preços está demonstrada, não se ter comportado no mercado em conformidade com o convencionado com os seus concorrentes não constitui necessariamente um elemento que deva ser tomado em consideração como circunstância atenuante. Com efeito, uma empresa que prossegue, apesar da concertação com os seus concorrentes, uma política que derroga a acordada pode simplesmente estar a tentar tirar partido do cartel em seu proveito (v., neste sentido, acórdão *Cascades/Comissão*, acima referido no n.º 41, n.º 230).
- 131 Quanto ao argumento da recorrente segundo o qual estava em concorrência com a Britannia apesar do cartel, há que referir que é ponto assente que estas empresas tentaram desviar clientes das outras empresas em 1994 e que, em 9 de Janeiro de 1995, a James Brown organizou uma reunião com a Britannia e a recorrente para tentar melhorar a situação (considerando 117 da decisão impugnada). Afigura-se que as partes não conseguiram chegar a um acordo para resolver as dificuldades da situação em curso. É certo que este conflito demonstra um certo nível de concorrência entre as empresas em questão. No entanto, a Comissão não afirmou na decisão impugnada que o cartel tinha impedido toda e qualquer concorrência no mercado. Além disso, a recorrente não apresentou elementos de prova que demonstrem que o seu conflito com a Britannia tinha continuado durante toda a duração da infracção.

132 Em todo o caso, é manifesto que a recorrente participou na reunião de 9 de Janeiro de 1995, porque se considerava afectada pela concorrência e pretendia, portanto, celebrar um novo acordo.

133 Em terceiro lugar, a recorrente defende que a Comissão deveria ter tido em conta o facto de que tinha sido obrigada a juntar-se ao cartel. Como o Tribunal de Primeira Instância já declarou, este argumento deve ser julgado improcedente (v. n.º 63 *supra*).

134 Daí resulta que a terceira parte do segundo fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à quarta parte, relativa à aplicação errada da comunicação sobre a cooperação

Argumentos das partes

135 A recorrente considera que a redução de 50% que a Comissão lhe concedeu nos termos da comunicação sobre a cooperação é insuficiente. Refere que a nova Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO 2002, C 45, p. 3, a seguir «nova comunicação») se distingue da comunicação sobre a cooperação na medida em que esta última exige que uma empresa produza elementos de prova «determinantes» e não prevê imunidade total para as empresas que tiveram um papel de iniciadoras ou determinante na actividade ilícita. A recorrente alega que, embora a decisão impugnada dê a impressão de que o cartel era o resultado de uma iniciativa comum, a Comissão reconhece agora nunca ter afirmado que a recorrente era uma instigadora ou que tinha desempenhado um papel determinante no cartel. Além disso, a recorrente alega ter comunicado à Comissão informações que lhe

permitiram ter conhecimento do facto de outros participantes terem decidido, após as inspecções, criar a EMZP. A recorrente salienta que na Decisão da Comissão de 21 de Outubro de 1998 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (Processo IV/35.691/E-4: — Cartel dos tubos com revestimento térmico) (JO 1999, L 24, p. 1), a Løgstør, uma das empresas que beneficiou de uma redução, tinha prevenido a Comissão de que os membros do cartel tinham decidido continuar as actividades do mesmo após as inspecções. A recorrente acrescenta que deu explicações verbais e listas de reuniões à Comissão. Por último, a recorrente contesta ter indicado que o inquérito conduzido nas instalações dos participantes no cartel não tenha fornecido fundamentos suficientes para instauração do processo.

- 136 A Comissão defende que a diferença invocada pela recorrente entre a comunicação sobre a cooperação e a nova comunicação carece de toda e qualquer pertinência, uma vez que nunca alegou que a recorrente era uma instigadora ou que tinha desempenhado um papel determinante no cartel. Quanto ao argumento da recorrente de que a Comissão não aplicou correctamente, no caso vertente, a comunicação sobre a cooperação, o mesmo é destituído de todo e qualquer fundamento.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 137 Antes de mais, há que referir que, como foi verificado nos considerandos 351 a 353 da decisão impugnada, nenhuma das empresas em causa reunia as condições de aplicação do ponto B ou do ponto C da comunicação sobre a cooperação. Por conseguinte, o comportamento destas empresas devia ser apreciado nos termos do ponto D da referida comunicação intitulado «Redução significativa da coima».

- 138 Nos termos do ponto D, n.º 1, «[a] partir do momento em que uma empresa se propõe cooperar sem se encontrarem preenchidas todas as condições expostas nos pontos B ou C, a mesma beneficiará de uma redução de 10% a 50% do montante da coima que lhe teria sido aplicada na falta da sua cooperação».
- 139 No caso vertente, a Comissão concedeu à recorrente uma redução da coima de 50%, a saber, a redução máxima que a Comissão podia conceder com base no ponto D, n.º 1, da comunicação sobre a cooperação (considerandos 354 a 356 da decisão impugnada). A recorrente defende que a Comissão lhe deveria ter concedido uma redução ainda maior. No entanto, não contesta a aplicação do ponto D, n.º 1, ao caso vertente. Além disso, não contesta que a Comissão tenha reunido provas decisivas e directas da infracção nas inspecções efectuadas nas suas instalações e que portanto não reúne as condições para a aplicação dos títulos B e C. Tendo a Comissão concedido à recorrente a redução máxima de 50%, nos termos do ponto D, n.º 1, da comunicação sobre a cooperação, o Tribunal de Primeira Instância considera que o argumento da recorrente a este respeito é totalmente destituído de fundamento.
- 140 Quanto à nova comunicação, esta só foi publicada no Jornal Oficial em 19 de Fevereiro de 2002 e só substitui, por força do seu n.º 28, a comunicação sobre a cooperação a partir de 14 de Fevereiro de 2002. Nestas circunstâncias, a nova comunicação não é pertinente no caso vertente (v., neste sentido acórdão Tokai Carbon e o./Comissão, acima referido no n.º 126, n.º 273). Além disso, o argumento invocado pela recorrente a esse respeito (v. n.º 135 *supra*) é irrelevante na medida em que a Comissão nunca afirmou que a recorrente foi uma instigadora ou que tinha tido um papel determinante no cartel.
- 141 Resulta do exposto que a quarta parte do segundo fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à quinta parte, baseada na violação dos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade

Argumentos das partes

142 A recorrente alega que foi sancionada de forma relativamente mais severa que os «membros do círculo restrito», que tiveram todavia um papel mais activo na criação e condução do cartel e que participaram neste de forma ininterrupta. Em consequência, a Comissão violou os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade e violou as orientações gerais.

143 A recorrente recorda que beneficiou de uma redução porque a coima ultrapassava 10% do seu volume de negócios global. Ora, o montante de base da recorrente (4,2 milhões de EUR) ultrapassava 60% do seu volume de negócios global em 2001. Em contrapartida, a coima aplicada à Britannia, à Heubach e à James Brown não ultrapassava 10% dos seus volumes de negócios globais respectivos. O montante final da coima imposta à recorrente, após aplicação da comunicação sobre a cooperação, ultrapassa 5% desse volume de negócios, uma coima tão severa quanto a aplicada à Heubach. Embora, após aplicação da comunicação sobre a cooperação, a recorrente tenha beneficiado de uma redução de 50% e a Heubach de uma redução de 10%, o que indica que esta última devia ser sancionada com mais severidade, numa relação de 80%, o montante final da coima indica que a sanção aplicada à Heubach foi apenas 8% mais severa que a da recorrente. Em consequência, a Comissão violou os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade.

144 Acresce que a Comissão tomou como base para o cálculo do montante da coima o mesmo montante de 3 milhões de EUR para praticamente todas as empresas,

independentemente da sua dimensão. A recorrente indica que, embora as empresas em causa dispusessem de quotas de mercado mais ou menos semelhantes, as suas dimensões respectivas eram, e ainda são, significativamente diferentes, tal como atestam os seus volumes de negócios, o que é um factor importante para determinar a sua influência «real» no mercado. Ao escolher a mesma base de cálculo para todos os participantes, a Comissão impôs uma sanção muito mais pesada às empresas que, como a recorrente, tinham um volume de negócios menos elevado. A Comissão violou o princípio da proporcionalidade, uma vez que as coimas não são proporcionais ao poderio de cada empresa, determinado pela sua quota de mercado, a sua dimensão e o seu volume de negócios.

145 A recorrente recorda que as orientações prevêem a classificação das infracções em três categorias e, portanto, a aplicação de um tratamento diferenciado às empresas em causa segundo a natureza da infracção que lhes é imputada. Como indicou o Tribunal de Primeira Instância no seu acórdão Acerinox/Comissão, acima referido no n.º 29 (n.º 78), é, além disso «necessário tomar em consideração a capacidade económica efectiva dos autores da infracção de causarem um prejuízo importante aos outros operadores, nomeadamente aos consumidores, e determinar um montante que assegure que a coima apresenta um carácter suficientemente dissuasivo [ponto 1 A, quarto parágrafo (das orientações)]». O Tribunal de Primeira Instância declarou também que, no interior de cada uma das categorias acima referidas, poderá ser conveniente «ponderar [...] os montantes determinados a fim de ter em conta o peso específico e, portanto, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa na concorrência, nomeadamente se existir uma disparidade considerável em termos de dimensão das empresas que cometeram uma infracção da mesma natureza e, por conseguinte, adaptar a base geral em função do carácter específico de cada empresa [ponto 1 A, sexto parágrafo (das orientações)]». O Tribunal de Primeira Instância concluiu, no mesmo processo, que as quotas de mercado de uma empresa são relevantes para determinar a influência que a mesma pôde exercer no mercado, mas não são determinantes para se concluir que essa empresa pertence a uma entidade económica poderosa (acórdão Acerinox/Comissão, acima referido no n.º 29, n.º 88; acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão, C-185/95 P, Colect., p. I-8417, n.º 139). A recorrente afirma que, no caso vertente, a Comissão não analisou a questão de saber se existia uma disparidade considerável entre as empresas que participaram na infracção e não teve apropriadamente em consideração a dimensão

e o poder económico das empresas em causa e, portanto, a sua influência no mercado. O princípio da igualdade de tratamento para o mesmo tipo de infracção deveria ter levado a Comissão a aplicar às empresas em causa coimas de diferente montante.

146 A recorrente entende que, se a Comissão tivesse correctamente utilizado a sua «ampla margem de apreciação», deveria ter tido em consideração os factores que justificariam uma coima menos elevada a seu respeito. Indica que resulta, por exemplo, do acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Junho de 1983, *Musique diffusion française e o./Comissão* (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825), para o qual remete a Comissão na sua contestação, que esta última deve, para apreciar a gravidade da infracção, tomar em consideração nomeadamente o volume e o valor das mercadorias que são objecto da infracção bem como a dimensão e o poder económico da empresa em causa e, portanto, a influência que esta pode exercer no mercado (n.º 120). A recorrente reafirma que não tinha verdadeiramente poder para impor os preços acordados no cartel. Além disso, a sua situação financeira era muito frágil em comparação com a das outras empresas em causa. Assim, a influência que poderia exercer no mercado era consideravelmente inferior à quota de mercado que serve de base ao cálculo da coima pela Comissão.

147 A Comissão contesta a argumentação da recorrente. Salienta, designadamente, que esta última não refere o facto de que a coima que lhe foi aplicada é, de longe, a menos elevada. Esta coima é dez vezes inferior à aplicada à Heubach, quando as duas empresas tinham quotas de mercado semelhantes e retiraram teoricamente o mesmo benefício do cartel.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

148 A recorrente alega, essencialmente, que a Comissão não tomou suficientemente em consideração a sua dimensão e a sua própria responsabilidade quando fixou o montante das coimas e que, portanto, violou os princípios da igualdade de

tratamento e da proporcionalidade. Há também que analisar, neste contexto, o argumento da recorrente segundo o qual a Comissão não teve em conta o peso relativo das empresas em causa na aplicação do tratamento diferenciado nem a capacidade efectiva da recorrente para causar prejuízo (v. n.º 107 *supra*).

149 Antes de mais, há que recordar, por um lado, que a única referência expressa ao volume de negócios contida no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 diz respeito ao limite máximo que o montante de uma coima não pode ultrapassar e, por outro, que se considera que esse limite é relativo ao volume de negócios global (acórdão *Musique diffusion française e o./Comissão*, acima referido no n.º 146, n.º 119). No respeito deste limite, a Comissão pode, em princípio, fixar a coima a partir do volume de negócios à sua escolha, em termos de base geográfica e de produtos em causa (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 5023), sem ser obrigada a tomar em consideração precisamente o volume de negócios global ou o realizado no mercado geográfico ou no mercado dos produtos em causa. Por último, embora as orientações não prevejam o cálculo das coimas em função de um determinado volume de negócios, também não se opõem a que tal volume de negócios seja tido em conta, desde que a escolha operada pela Comissão não esteja viciada por erro manifesto de apreciação (acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, acima referido no n.º 126, n.º 195).

150 No caso vertente, deve recordar-se que resulta da decisão impugnada que a Comissão considerou necessário aplicar um tratamento diferenciado às empresas, de modo a ter em conta a «capacidade económica efectiva dos autores da infracção para prejudicar significativamente a concorrência [e a] fixar a coima a um nível que garanta um efeito dissuasor suficiente» (considerando 304 da decisão impugnada). Acrescentou que era necessário «ter em conta [...] o peso específico de cada empresa e, logo, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa sobre a concorrência». Para efeitos da apreciação destes elementos, a Comissão optou por se basear no volume de negócios resultante das vendas de fosfato de zinco normal no EEE durante o último ano da infracção. Referiu que a recorrente era uma das

principais produtoras de fosfato de zinco no EEE e que detinha uma quota de mercado de aproximadamente 20%, e, portanto, classificou-a na primeira categoria (considerando 308 da decisão impugnada). O montante de base da coima foi fixado, para todas as empresas da primeira categoria, em 3 milhões de EUR. O montante de base da James Brown, que tinha uma quota de mercado de aproximadamente 5%, foi fixado em 750 000 EUR.

151 Embora a Comissão tenha comparado a importância relativa das empresas em causa com base no volume de negócios realizado com as vendas de fosfato de zinco no EEE, também se referiu às quotas de mercado das empresas no mercado em causa para as classificar em duas categorias diferentes. Com efeito, a Comissão fixou as quotas de mercado das empresas em causa baseando-se, por um lado, nos volumes de negócios realizados no mercado em causa mencionados na tabela que consta do considerando 50 da decisão impugnada e, por outro, nas informações contidas no processo. A justeza desta abordagem não foi contestada pela recorrente.

152 Na análise da «capacidade económica efectiva dos autores da infracção para prejudicar significativamente a concorrência», que implica uma apreciação da importância real destas empresas no mercado afectado, ou seja, da sua influência no mesmo, o volume de negócios global apenas permite obter uma perspectiva incompleta das coisas. Não se pode excluir, com efeito, a possibilidade de uma empresa poderosa com uma multiplicidade de actividades diferentes estar presente apenas de forma acessória num mercado específico de produtos. Do mesmo modo, não se pode excluir a possibilidade de uma empresa com uma posição importante num mercado geográfico extracomunitário dispor apenas de uma posição débil no mercado comunitário ou do EEE. Em tais casos, o simples facto de tal empresa realizar um volume de negócios global considerável não significa necessariamente que exerce uma influência determinante no mercado afectado. Por isso o Tribunal de Justiça salientou, no acórdão Baustahlgewebe/Comissão, acima referido no n.º 145 (n.º 139), que, embora as quotas de mercado de uma empresa não possam ser determinantes para se concluir que essa empresa pertence a uma entidade económica poderosa, são, em contrapartida, relevantes para determinar a influência que a mesma pôde exercer no mercado (v. acórdão Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão, acima referido no n.º 106, n.º 193).

No caso em apreço, a Comissão teve em conta a quota de mercado e o volume de negócios das empresas no mercado afectado, os quais permitiram determinar a importância relativa de cada empresa no mercado em causa.

153 Daí resulta que a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação na sua análise da «capacidade económica efectiva dos autores da infracção», na aceção do ponto 1 A, quarto parágrafo das orientações.

154 Além disso, resulta da comparação dos volumes de negócios realizados no mercado pelas empresas classificadas na primeira categoria, mencionados na tabela que consta do considerando 50 da decisão impugnada, que foi com razão que estas empresas foram reunidas e lhes foi aplicado um montante de base específico idêntico. Assim, a recorrente realizou, em 1998, um volume de negócios no mercado em causa no EEE de 3,2 milhões de EUR. A Heubach, a Trident e a SNCZ realizaram, respectivamente, volumes de negócios de 3,7, 3,69 e 3,9 milhões de EUR. A Britannia, que cessou toda e qualquer actividade económica em 1998, tinha realizado em 1996 um volume de negócios no mercado em causa no EEE de 2,78 milhões de EUR.

155 Não deixa de ser verdade que a repartição por categorias deve respeitar o princípio da igualdade de tratamento segundo o qual é proibido tratar situações comparáveis de modo diferente e situações diferentes de maneira igual, salvo se esse tratamento se justificar por razões objectivas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Março de 2003, CMA CGM e o./Comissão, T-213/00, Colect., p. II-913, a seguir «acórdão FETTCSA», n.º 406). Nesta mesma óptica, as orientações prevêm no seu ponto 1 A, sexto parágrafo, que uma disparidade «considerável» em termos de dimensão das empresas que cometeram uma infracção da mesma natureza é, designadamente, susceptível de justificar uma diferenciação para fins da apreciação da gravidade da infracção. Por outro lado, segundo a jurisprudência, o montante das coimas deve, pelo menos, ser proporcionado relativamente aos elementos tidos em

conta na apreciação da gravidade da infracção (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 2001, Tate & Lyle e o./Comissão, T-202/98, T-204/98 e T-207/98, Colect., p. II-2035, n.º 106).

156 Consequentemente, quando a Comissão reparte as empresas envolvidas em categorias para efeitos da fixação do montante das coimas, a delimitação dos limiares para cada uma das categorias assim identificadas deve ser coerente e objectivamente justificada (acórdãos FETTCSA, n.º 416, e LR AF 1998/Comissão, acima referido no n.º 87, n.º 298).

157 Na verdade, no caso vertente embora a recorrente só tenha realizado um volume de negócios global de 7 milhões de EUR em 2000, foi classificada no mesmo grupo que a Britannia, a Heubach, a Trident e a SNCZ que tinham, respectivamente, um volume de negócios global de 55,7, 71, 76 e 17 milhões de EUR. No entanto, daí não se pode deduzir que o princípio da proporcionalidade ou o princípio da igualdade de tratamento foram violados. Como foi acima explicado nos n.ºs 150 e 151, essas diferentes empresas foram reunidas porque detinham volumes de negócios no mercado em causa e quotas de mercado muito semelhantes. Era coerente e objectivamente justificado agrupar as empresas com esta base. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância considera que a diferença de dimensão da recorrente face à dimensão das outras empresas em causa não era de uma importância tal que aquela devesse ser classificada num grupo diferente (v., neste sentido, acórdão de 9 de Julho de 2003, Daesang e Sewon Europe/Comissão, T-230/00, Colect., p. II-2733, n.ºs 69 a 77).

158 Há que referir, a título exaustivo, que, nas circunstâncias do presente processo, foi suficientemente tido em conta o volume de negócios global da recorrente na aplicação do limite de 10% previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. Como foi acima referido nos n.ºs 16 e 17, o montante da coima da recorrente foi reduzido para 700 000 EUR de forma a respeitar esse limite, antes de ser ainda reduzido para 350 000 EUR por cooperação. O limite de 10% visa evitar que as coimas sejam desproporcionadas relativamente à importância da empresa (acórdão Musique diffusion française e o./Comissão, acima referido no n.º 146, n.º 119). A

aplicação deste limite máximo no caso vertente assegurou que a coima aplicada à recorrente fosse proporcionada à sua dimensão. Tendo em conta o carácter muito grave da infracção e o facto de esta ter perdurado por mais de 4 anos, o montante da coima poderia ter sido muito mais elevado se a recorrente não fosse uma pequena empresa e se não tivesse beneficiado do limite de 10%.

159 A recorrente alega que, comparada à das outras empresas em causa, a sua coima não é proporcionada à sua dimensão. Ora, a Comissão não é obrigada a efectuar o cálculo da coima a partir de montantes baseados no volume de negócios das empresas envolvidas. Além disso, não tem de 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 toda e qualquer diferença entre estas quanto ao seu volume de negócios global ou quanto ao seu volume de negócios no mercado do produto em causa (acórdão *Dansk Rørindustri/Comissão*, acima referido no n.º 32, n.º 202).

160 Quanto ao argumento da recorrente segundo o qual, após a aplicação da comunicação sobre a cooperação, beneficiou de uma redução de 50% e a Heubach de uma redução de 10%, o que indica que esta última devia ser sancionada mais severamente, numa relação de 80%, basta referir que a Comissão não é obrigada a determinar o montante das coimas em função das reduções que concedeu no âmbito da comunicação sobre a cooperação.

161 A argumentação da recorrente de que o montante de base ultrapassa 60% do seu volume de negócios global não é pertinente. O limite máximo imposto pelo artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, que exige que a coima que venha finalmente a ser aplicada a uma empresa seja reduzida no caso de ultrapassar 10% do seu volume de negócios, independentemente das operações de cálculo intermédias destinadas a tomar em consideração a gravidade e a duração da infracção, não proíbe a Comissão de fazer referência, no decurso do seu cálculo, a um montante

intermédio que ultrapasse 10% do volume de negócios da empresa em causa, desde que a coima finalmente aplicada a essa empresa não ultrapasse esse limite (acórdão Dansk Rørindustri/Comissão, acima referido no n.º 32, n.º 205).

- 162 Além disso, a recorrente alega que a Comissão violou os princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade e que não teve em consideração as orientações para o cálculo das coimas, na medida em que a recorrente foi sancionada mais severamente que os «membros do círculo restrito». No entanto, como foi acima referido no n.º 88, a existência do alegado «círculo restrito» não foi demonstrada.
- 163 Acresce que há que concluir que a recorrente não demonstrou que o seu comportamento era «menos grave» que o das outras empresas em causa.
- 164 Por último, há que notar, no que respeita ao princípio da igualdade de tratamento, à luz do exposto, que a aplicação das orientações no caso vertente permitiu assegurar que as duas vertentes deste princípio fossem respeitadas. Por um lado, todas as empresas em causa tinham uma responsabilidade comum e comparável na medida em que todas participaram numa infracção muito grave. Assim, num primeiro momento, essa responsabilidade foi apreciada em função dos elementos específicos da infracção, como a sua natureza e o seu impacto no mercado. Por outro, num segundo momento, a Comissão modulou essa apreciação em função das circunstâncias próprias de cada empresa em causa, incluindo a sua dimensão e as suas capacidades, a duração da sua participação e a sua cooperação.
- 165 Resulta do exposto que a quinta parte do segundo fundamento deve ser julgada improcedente.

Quanto à sexta parte, relativa à inutilidade de a Comissão se mostrar mais dissuasora e à impossibilidade de pagar a coima

Argumentos das partes

166 A recorrente alega que a Comissão violou formalidades essenciais e os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento ao não ter em consideração o facto de que não havia nenhuma razão para se mostrar ainda mais dissuasora e de que a recorrente não tinha meios para pagar a coima.

167 Em primeiro lugar, a recorrente defende que a Comissão violou os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento na medida em que não se interrogou quanto à oportunidade de medidas de dissuasão menos severas. À semelhança do que fez noutros processos, a Comissão deveria ter tido em consideração não apenas a quota de mercado da recorrente, mas também a «sua dimensão geral, de modo a garantir que a sanção seria proporcionada e dissuasora» [Decisão 2002/742/CE da Comissão, de 5 de Dezembro de 2001, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo COMP/E-1/36 604 — Ácido cítrico) (JO L 239, p. 18)]. A recorrente recorda que se retirou do cartel em 1995, que cessou imediatamente a infracção quando a Comissão interveio e que foi a primeira a cooperar com esta última nas verificações. Após esta experiência muito custosa, a recorrente manifestou a firme intenção de obedecer às regras da concorrência, sendo, portanto, inútil a adopção de medidas de dissuasão severas. A recorrente considera que a Comissão podia, no que lhe diz respeito, considerar validamente aplicar-lhe apenas uma coima simbólica. Alega que, em consequência, a coima deve ser reduzida. Receia ter sido vítima do

propósito da Comissão de difundir a mensagem, reflectida no comunicado de imprensa da Comissão (IP/01/1797), de que as pequenas e médias empresas não deviam ter a ilusão de que a sua dimensão lhes permitiria beneficiar de um tratamento preferencial no que respeita às coimas.

- 168 Em segundo lugar, a recorrente alega que a Comissão deveria ter tido em conta a sua capacidade contributiva real nos termos do ponto 5, alínea b), das orientações e da jurisprudência (acórdão LR AF 1998/Comissão, acima referido no n.º 87, n.º 308). Afirmar encontrar-se numa situação financeira muito precária. Se tiver de pagar a coima, as suas hipóteses de se restabelecer e de retomar uma posição concorrencial no mercado serão completamente comprometidas.
- 169 A Comissão admitiu, na sua contestação, que, em resposta a pedidos seus, a recorrente lhe «[tinha] enviado relatórios financeiros que revelavam uma má situação financeira». No entanto, a Comissão, por um lado, criticou a recorrente por não manifestar «apreensão relativamente à sua capacidade de pagar qualquer coima» e, por outro, afirmou que não podia avaliar a capacidade de pagamento real da recorrente sem informações desta última a esse respeito. A recorrente responde que, quando a Comissão pediu tais documentos, não foi convidada a fornecer-lhe informações relativas à sua capacidade de pagamento. Além disso, a frágil situação financeira da recorrente e as suas tentativas de reduzir em geral os custos devido a essa situação eram bem conhecidas da Comissão. Por exemplo, em 31 de Janeiro de 2001, a recorrente enviou à Comissão as traduções das contas provisórias para o ano 2000, que demonstravam um resultado negativo final, antes de impostos, de 417 100 EUR. Por carta de 31 de Janeiro de 2001, a Comissão agradeceu à recorrente as contas anuais e assegurou-lhe que «seriam tomadas em consideração na apreciação final».
- 170 Em resposta ao argumento da Comissão de que uma redução da coima da recorrente justificada pelo facto de se encontrar numa situação financeira difícil equivaleria a conceder-lhe uma vantagem concorrencial injustificada, a recorrente afirma que esta hipótese não se coloca no presente caso. Com efeito, o mercado

alterou-se. Além disso, afirma que os seus proprietários e os seus órgãos de gestão mudaram e que os novos proprietários e dirigentes, que já não estão vinculados por laços de família, estão em vias de adoptar decisões audaciosas em matéria de comercialização e de reestruturação da empresa que seriam consideradas impossíveis pelos proprietários e dirigentes anteriores.

- 171 A Comissão contesta a procedência da argumentação da recorrente. Indica, a este respeito, que esta última não faz de forma alguma referência à incapacidade de pagar num «contexto social determinado» na aceção das orientações e que nem sequer forneceu informações sobre o grau de rentabilidade da empresa. Além disso, a recorrente nunca manifestou apreensão relativamente à sua capacidade de pagar qualquer coima.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 172 No que respeita, em primeiro lugar, ao carácter dissuasor da coima, há que referir que o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 tem por objectivo atribuir à Comissão o poder de aplicar coimas com vista a permitir-lhe cumprir a missão de fiscalização que o direito comunitário lhe confere (acórdãos *Musique diffusion française* e *o./ /Comissão*, acima referido no n.º 146, n.º 105, e *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, acima referido no n.º 106, n.º 105). Esta missão inclui a tarefa de reprimir as infracções individuais e o dever de prosseguir uma política geral destinada a aplicar em matéria de concorrência os princípios estabelecidos no Tratado e a orientar nesse sentido o comportamento das empresas. Daí resulta que a Comissão deve garantir o carácter dissuasor das coimas (acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, acima referido no n.º 106, n.ºs 105 e 106). Com efeito, o carácter dissuasor de uma coima aplicada por uma violação das regras comunitárias da concorrência não pode ser determinado apenas em função da situação particular da empresa condenada

(acórdão Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão, acima referido no n.º 106, n.º 110; v. igualmente acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, 41/69, Colect. 1969-1970, p. 447, n.ºs 170 a 174).

173 No caso vertente, a coima de 350 000 EUR aplicada à recorrente representa apenas 4,9% do seu volume de negócios. Tal coima não pode ser considerada desproporcionada em relação à dimensão da recorrente, nem à natureza da infracção. Além disso, a recorrente não demonstrou qualquer violação do princípio da igualdade de tratamento a esse respeito (v. n.ºs 149 a 165 *supra*).

174 Além disso, relativamente à afirmação da recorrente de que a Comissão lhe deveria ter aplicado uma coima «simbólica», há que notar que, nos termos do ponto 5, alínea d), das orientações, a Comissão «deve, igualmente, reservar-se a possibilidade de aplicar, em certos casos, uma coima ‘simbólica’ de 1 000 [EUR] que não implica a realização do cálculo em função da duração da infracção e das circunstâncias agravantes ou atenuantes». A recorrente não demonstrou porque razão se justificaria no caso vertente a aplicação de uma coima simbólica. Tendo em conta que participou numa infracção muito grave durante mais de quatro anos, o Tribunal de Primeira Instância considera que tal justificação só muito dificilmente poderia ser apresentada. A cooperação da recorrente no procedimento não pode justificar tal coima. Como foi acima indicado no n.º 139, a recorrente já beneficiou da redução máxima de 50% nos termos do ponto D, n.º 1, da comunicação sobre a cooperação. Além disso, o facto de a recorrente ter manifestado a intenção de obedecer às regras da concorrência antes da adopção da decisão impugnada não constitui uma razão suficiente para que a Comissão se limite a aplicar-lhe uma coima simbólica. Há que recordar, a este respeito, que resulta da jurisprudência que a dissuasão de terceiros, e não apenas a da empresa em causa, é um objectivo importante do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 (v. jurisprudência acima referida no n.º 172).

175 Quanto à afirmação da recorrente de que a Comissão não teve suficientemente em conta a sua situação financeira, há que recordar que, segundo jurisprudência assente, a Comissão não é obrigada, ao proceder à determinação do montante da coima, a ter em conta a situação financeira deficitária de uma empresa interessada, dado que o reconhecimento de tal obrigação equivaleria a conceder uma vantagem concorrencial injustificada às empresas menos adaptadas às condições do mercado (v. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância LR AF 1998/Comissão, acima referido no n.º 87, n.º 308; de 20 de Março de 2002, HFB e o./Comissão, T-9/99, Colect., p. II-1487, e FETTCSA, n.º 351, e jurisprudência aí referida).

176 Esta jurisprudência não pode ser posta em causa pelo ponto 5, alínea b), das orientações, segundo o qual a capacidade contributiva real de uma empresa deve ser tida em consideração. Com efeito, esta capacidade apenas opera no seu «contexto social determinado», constituído pelas consequências que o pagamento da coima tem, designadamente, ao nível de um aumento do desemprego ou de uma deterioração de sectores económicos a montante e a jusante da empresa em causa (acórdão Tokai Carbon e o./Comissão, acima referido no n.º 126, n.º 371). Embora a recorrente tenha informado a Comissão da sua situação financeira quando do procedimento pré-contencioso, não invocou o ponto 5, alínea b), das orientações e não apresentou nenhum elemento susceptível de permitir à Comissão apreciar o referido «contexto social determinado».

177 Por outro lado, o facto de uma medida adoptada por uma autoridade comunitária provocar a falência ou a liquidação de uma dada empresa não é proibido, como tal, pelo direito comunitário (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 1986, Comissão/Bélgica, 52/84, Colect., p. 89, n.º 14, e de 2 de Julho de 2002, Comissão/Espanha, C-499/99, Colect., p. I-6031, n.º 38). Com efeito, a liquidação de uma empresa sob a sua forma jurídica em causa, embora possa prejudicar os interesses financeiros dos proprietários, accionistas ou detentores de participações, não significa por isso que os elementos pessoais, materiais e imateriais

representados pela empresa percam também o seu valor (acórdão Tokai Carbon e o./Comissão, acima referido n.º 126, n.º 372).

178 A título exaustivo, há que referir que a recorrente não estabeleceu um nexo de causalidade entre, por um lado, a decisão impugnada e a aplicação da coima e, por outro, a sua falência. Resulta do processo que a recorrente foi declarada falida em 2 de Junho de 2003, a saber, perto de 18 meses após a data da decisão impugnada e um ano após o acordo que celebrou com a Comissão nos termos do qual devia apenas pagar 50 000 EUR de seis em seis meses a partir de 1 de Julho de 2002 (v. despacho Waardals/Comissão, acima referido no n.º 20). Apesar das questões colocadas a este respeito pelo Tribunal de Primeira Instância na audiência, a recorrente não deu esclarecimentos a respeito da natureza da sua falência, nem a respeito das suas outras dívidas que desempenharam um papel nessa falência. Daqui resulta que não foi demonstrado que a coima aplicada no caso vertente tivesse como resultado provocar a falência da recorrente.

179 Por último, a recorrente não demonstrou que a Comissão se comprometeu a reduzir a coima atenta a sua situação financeira. A Comissão referiu na sua carta de 31 de Janeiro de 2001 que tomaria em consideração as contas anuais da recorrente relativas ao ano de 2000 para determinar a sua responsabilidade individual. Isto não traduz de forma alguma um compromisso no sentido alegado pela recorrente, mas antes a intenção de a Comissão utilizar as contas anuais para fixar o limite de 10% previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

180 Tendo em conta o exposto, o último fundamento da recorrente deve ser julgado improcedente.

181 Daí resulta que deve ser negado provimento ao recurso na sua totalidade.

Quanto aos pedidos de medidas de organização do processo e de medidas de instrução

182 A recorrente pede ao Tribunal de Primeira Instância, a título de medidas de organização do processo e de instrução, que proceda à notificação e à audição de testemunhas e que lhe conceda acesso ao relatório da audição de 17 de Janeiro de 2001 elaborado pela Comissão.

183 A Comissão opõe-se a este requerimento.

184 O Tribunal de Primeira Instância considera que, uma vez que o processo não apresenta controvérsia quanto ao desenrolar dos factos, não há deferir o referido pedido.

185 Daí resulta que deve ser negado provimento ao recurso na íntegra.

Quanto às despesas

186 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias, conforme os pedidos da Comissão nesse sentido.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Quinta Secção)

decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**

- 2) **A recorrente é condenada nas despesas, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias.**

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 29 de Novembro de 2005.

O secretário

O presidente

E. Coulon

P. Lindh

II - 5133

Índice

Matéria de facto	II - 5067
Tramitação processual e pedidos das partes	II - 5074
Questão de direito	II - 5076
1. Quanto ao primeiro fundamento, relativo a erros de apreciação dos factos e dos elementos de prova na aplicação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 ..	II - 5076
Quanto à primeira parte, relativa à duração da participação da recorrente na infracção e à sua saída do cartel	II - 5077
Argumentos das partes	II - 5077
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5080
Quanto à segunda parte, relativa a erros de apreciação dos factos e dos elementos de prova relativos à recorrente e ao seu papel no cartel	II - 5083
Quanto à primeira crítica, relativa à evolução da situação da recorrente desde o início das investigações	II - 5084
— Argumentos das partes	II - 5084
— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5085
Quanto à segunda crítica, relativa à influência da recorrente no mercado em causa	II - 5086
— Argumentos das partes	II - 5086
— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5088
Quanto à terceira crítica, relativa ao facto de a recorrente não ter sido instigadora da infracção	II - 5090
— Argumentos das partes	II - 5090
— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5093

Quanto à quarta crítica, baseada no facto de a recorrente não ser membro efectivo do cartel	II - 5094
— Argumentos das partes	II - 5094
— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5097
Quanto à quinta crítica, baseada na circunstância de a recorrente ter imediatamente posto termo à infracção	II - 5100
— Argumentos das partes	II - 5100
— Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5101
2. Quanto ao segundo fundamento, relativo ao cálculo errado do montante da coima e à violação de princípios gerais	II - 5102
Quanto à primeira parte, relativa à gravidade da infracção e ao tratamento diferenciado	II - 5103
Argumentos das partes	II - 5103
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5105
Quanto à segunda parte, relativa à duração da infracção	II - 5107
Argumentos das partes	II - 5107
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5107
Quanto à terceira parte, relativa à errada aplicação de circunstâncias agravantes e à não tomada em consideração de circunstâncias atenuantes	II - 5108
Argumentos das partes	II - 5108
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5110
Quanto à quarta parte, relativa à aplicação errada da comunicação sobre a cooperação	II - 5114
Argumentos das partes	II - 5114
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5115
	II - 5135

Quanto à quinta parte, baseada na violação dos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade	II - 5117
Argumentos das partes	II - 5117
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5119
Quanto à sexta parte, relativa à inutilidade de a Comissão se mostrar mais dissuasora e à impossibilidade de pagar a coima	II - 5126
Argumentos das partes	II - 5126
Apreciação do Tribunal de Primeira Instância	II - 5128
Quanto aos pedidos de medidas de organização do processo e de medidas de instrução ...	II - 5132
Quanto às despesas	II - 5132