

Asunto C-151/20

Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia

Fecha de presentación:

27 de marzo de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

12 de marzo de 2020

Parte demandante y recurrente en casación:

Bundewettbewerbsbehörde (Autoridad Federal de Competencia, Austria)

Partes demandadas y recurridas en casación:

1. Nordzucker AG
2. Südzucker AG
3. Agrana Zucker GmbH

Objeto del procedimiento principal

Infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, debido, en particular, a pactos contrarios a la competencia relativos al mercado austriaco del azúcar

Objeto de la petición de decisión prejudicial

Prohibición de la doble incriminación cuando la misma infracción es perseguida por autoridades de diferentes Estados miembros, importancia del interés jurídico protegido

Cuestiones prejudiciales

1. El tercer criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de Derecho de la competencia para la aplicación del principio «*non bis in idem*», a saber, que debe verse afectado un mismo interés jurídico protegido, ¿debe aplicarse incluso cuando las autoridades de defensa de la competencia de dos Estados miembros están llamadas a aplicar, además de normas jurídicas nacionales, las mismas normas jurídicas europeas (en el presente asunto, el artículo 101 TFUE) a los mismos hechos y a las mismas personas?

En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión:

2. En un caso así de aplicación paralela del Derecho europeo y del Derecho nacional de la competencia, ¿existe un mismo interés jurídico protegido?

3. ¿Es importante además para la aplicación del principio «*non bis in idem*» el hecho de que la resolución de imposición de una multa emitida en primer lugar por la autoridad de competencia de un Estado miembro haya tenido realmente en cuenta los efectos de la infracción en materia de competencia en otro Estado miembro cuya autoridad de competencia no se ha pronunciado hasta un momento posterior en el procedimiento en materia de competencia del que conocía?

4. ¿Se está también ante un procedimiento en el que impera el principio «*non bis in idem*» cuando en un procedimiento, por el hecho de que una parte haya participado en el programa nacional de clemencia, solamente se puede constatar que esa parte ha infringido el Derecho de la competencia, o puede realizarse esa mera constatación de la infracción independientemente del resultado de un procedimiento anterior relativo a la imposición de una multa (en otro Estado miembro)?

Disposiciones de Derecho de la Unión invocadas

Artículo 101 TFUE; artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales; artículo 4 del Protocolo Adicional n.º 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «PACEDH»); artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en lo sucesivo, «CAAS»); artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 1184/2006; artículo 2 del Reglamento n.º 26/1962; artículo 209, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1308/2013; Reglamento (CE) n.º 318/2006; considerandos 18 y 37, así como artículos 5, 13, apartados 1 y 2, y 23, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículos 1; 2, apartado 2, punto 5; 28, apartado 1; 29, punto 1, letras a) y d); y 36, apartado 1, de la Kartellgesetz 2005 (Ley austriaca de Defensa de la Competencia de 2005), y artículos 9; 87, apartado 2; y 142, punto 1, letras a) y d), de la Kartellgesetz 1988 (Ley austriaca de Defensa de la Competencia de 1988)

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada

Sentencias de 18 de junio de 2013, Schenker & Co (C-681/11); de 14 de febrero de 2012, Toshiba (C-17/10); de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl (C-238/99 P); de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland (C-204/00); de 29 de junio de 2006, Showa Denko (C-289/04 P); de 13 de febrero de 1968, Walt Wilhelm (14/68); de 18 de mayo de 2006, Archer-Midlands (C-397/03); de 9 de marzo de 2006, Esbroeck (C-436/04); de 20 de marzo de 2018, Luca Menci (C-524/15), y de 28 de septiembre de 2006, Von Straaten (C-150/05)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Los grupos empresariales de las dos primeras demandadas (Nordzucker y Südzucker) están entre los principales productores de azúcar de Europa. La tercera demandada (Agrana), controlada por Südzucker, opera dos fábricas de azúcar en Austria y, por medio de filiales, tiene otras fábricas de azúcar en Europa del Este. En Alemania, el mercado del azúcar ha estado dominado durante decenios por las empresas de tres grandes productores, incluidas las dos primeras demandadas. Por razones históricas, así como a causa de la homogeneidad del producto y de los elevados costes de transporte, el mercado alemán del azúcar estaba dividido por zonas de venta principales de los grandes productores alemanes («principio del mercado propio»). Con esto no se estaba haciendo referencia a los mercados extranjeros, tampoco a aquellos en los que, como en Austria, operaban filiales de los productores de azúcar alemanes. La tercera demandada opera en gran medida de manera independiente en los mercados que atiende y es considerada el productor austriaco de azúcar por excelencia.
- 2 A raíz de los intentos de productores de azúcar extranjeros de entrar en el mercado alemán, como muy tarde en 2004 comenzaron a celebrarse diversas reuniones entre los gerentes de ventas de las demandadas primera y segunda, responsables en ese momento del azúcar industrial en Alemania. En dichas reuniones se subrayó la importancia de evitar la presión competitiva recientemente generada asegurándose de que las empresas alemanas no compitieran entre sí penetrando en los principales territorios de venta tradicionales de los demás productores. No se mencionó a Austria en esas reuniones. La tercera demandada tampoco participó en las reuniones y sus directivos no fueron informados.

- 3 En el caso de la zona austriaca de ventas, la apertura de las fronteras orientales de la UE tuvo una importancia decisiva. A finales del año 2005 y principios de 2006, la tercera demandada descubrió que algunos clientes industriales a los que anteriormente ella suministraba en exclusiva recibían azúcar desde Eslovaquia, al parecer de la filial de la primera demandada. Con ocasión de una llamada telefónica realizada el 22 de febrero de 2006 acerca de otros asuntos relacionados con el grupo de empresas, el director gerente de la tercera demandada informó al gerente de ventas de la segunda demandada también acerca de esas entregas en Austria y le preguntó si conocía a alguien de la primera demandada con quien pudiera hablar sobre tal asunto. A continuación, el gerente de ventas de la segunda demandada llamó al gerente de ventas de la primera demandada y se quejó de las entregas en Austria. El gerente de ventas de la primera demandada no asumió ningún compromiso en ese momento, pero se tomó en serio el riesgo para la «paz competitiva» en el mercado alemán e informó de la conversación a su compañero y al presidente de la junta directiva de la primera demandada por correo electrónico de 23 de febrero de 2006. Este último le ordenó de palabra que no reaccionara. Sin embargo, el gerente de ventas de la primera demandada declaró frente al responsable de ventas de la filial eslovaca que no deseaba que se ampliaran las exportaciones a Austria. Este último consideró que este deseo, expresado por una persona importante para él en la dirección del grupo empresarial, era una orden y se mostró dispuesto a cumplirla. La tercera demandada no podía conocer estos procesos internos en el seno de la primera demandada. La conversación telefónica del 22 de junio de 2006 fue la única conversación entre las demandadas en la que se mencionó el mercado austriaco.
- 4 Mediante una resolución sancionadora firme de 18 de febrero de 2014, el Bundeskartellamt (Oficina Federal de Defensa de la Competencia, Alemania) impuso una multa de 195 500 000 euros a la segunda demandada, como empresa implicada, porque varias personas que actuaban en su nombre, en el período comprendido entre finales de 2001 y el 26 de marzo de 2009, en diversos lugares de la República Federal de Alemania, incumplieron dolosamente la prohibición de celebrar acuerdos entre empresas competidoras que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, o porque, con negligencia, no adoptaron las medidas de supervisión necesarias para impedir tal incumplimiento de la prohibición de pactos colusorios, que se habría impedido o dificultado sustancialmente mediante una supervisión adecuada. Esto se fundamenta en el hecho de que los agentes responsables de la primera demandada, de la segunda demandada y de la tercera empresa alemana pusieron en práctica un acuerdo, tanto respecto del azúcar industrial como del azúcar de mesa, consistente en respetar las respectivas zonas de venta principales de los competidores («principio del mercado propio»). En este contexto, la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana señaló determinados hechos referentes a las reuniones periódicas entre los representantes de la primera y de la segunda demandada de 2004 a 2007 o hasta el verano de 2008. En dicha resolución sancionadora de

apenas veintidós páginas se reproduce expresamente el contenido de la ya mencionada conversación telefónica de 22 de febrero de 2006, relativa a Austria, entre los directores de ventas de la segunda y de la primera demandada.

- 5 En el presente **procedimiento**, la Bundeswettbewerbsbehörde (Autoridad Federal de Competencia, Austria) solicita, respecto de la primera demandada, que se declare que esta ha infringido el artículo 101 TFUE y las disposiciones correspondientes de la Ley austriaca de Defensa de la Competencia, así como, respecto de la segunda demandada, la imposición de una multa de 12 460 000 euros por el período comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 21 de septiembre de 2006, así como de otra multa de 15 390 000 euros, solidariamente con la tercera demandada, por el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2006 y el 31 de octubre de 2008.
- 6 El **órgano jurisdiccional de primera instancia** desestimó las pretensiones formuladas. Consideró que, en cuanto a la pretensión declarativa dirigida contra la primera demandada, había que tener en cuenta que la Autoridad Federal de Competencia no tiene un interés legítimo en obtener una declaración frente a una empresa respecto de la cual no había solicitado la imposición una multa, habida cuenta de la aplicación del programa de clemencia. Negó la existencia de una excepción sectorial agrícola con arreglo al Reglamento (UE) n.º 1308/2013. Entendió que hasta febrero de 2006 no había indicios de que Austria estuviera incluida, ni siquiera «implícitamente», en el pacto básico relativo al respeto de las zonas de venta tradicionales alemanas. En su opinión, en virtud de la petición formulada de manera no explícita en la llamada telefónica de 22 de febrero de 2006 de que al menos se redujeran los suministros a Austria por parte de la filial eslovaca de la primera demandada en 2006 y del posterior cumplimiento de esta petición, se produjo entre las demandadas primera y segunda un acuerdo colusorio a los efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, cuyo carácter apreciable cabe asumir. Estimó que este acuerdo no admite la aplicación de una excepción *de minimis*. Ahora bien, también consideró que la prohibición de la doble incriminación está consagrada asimismo en el procedimiento de imposición de multas por prácticas colusorias. Afirmó que, si un determinado aspecto de las prácticas —y, por tanto, también su contenido de lo injusto— está comprendido por una sanción ya impuesta por otra autoridad nacional de competencia, una nueva sanción sería contraria a la prohibición de la doble incriminación. Consideró que ese es el caso del acuerdo del 22 de febrero de 2006 objeto del presente asunto.
- 7 El recurso de casación de la Autoridad Federal de Competencia se dirige contra esta resolución, solicitando que se declare, respecto de la primera demandada, que, en virtud del acuerdo alcanzado entre las demandadas primera y segunda mediante la llamada telefónica de 22 de febrero de 2006, infringió el artículo 101 [TFUE] y las disposiciones correspondientes de la Ley nacional de Defensa de la Competencia, así como que se imponga una multa de un importe apropiado a la segunda demandada por las mismas infracciones.

Principales alegaciones de las partes en el litigio principal

- 8 En opinión de la **Autoridad Federal de Competencia**, la llamada telefónica del 22 de febrero de 2006 descrita anteriormente dio lugar a una serie de reuniones en relación con el mercado austriaco que se ajustaban a la idea de un monopolio territorial garantizado a la tercera demandada. Alega que los diferentes contactos entre los participantes en el cártel deben evaluarse en su conjunto y en un contexto más amplio. Considera acreditada una participación activa de la tercera demandada desde la primera reunión personal que se produjo el 22 de septiembre de 2006. Por ello, desde esa fecha y hasta el 31 de octubre de 2008, la tercera demandada responde solidariamente junto con la segunda demandada. Sostiene que el artículo 101 TFUE es aplicable a las presentes prácticas y que no es posible acogerse a las excepciones del artículo 2 del Reglamento n.º 1184/2006 o del artículo 2 del Reglamento n.º 26/1962. Afirma que la cuestión de la prohibición de la doble incriminación no es relevante, pues la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana solamente se ocupó de los pactos que tenían efectos en el mercado alemán. En su opinión, el Derecho comunitario admite que las autoridades nacionales puedan imponer sanciones paralelas por una infracción que afecte a varios Estados miembros, siempre que las multas se limiten a los efectos en los respectivos territorios (aplicación descentralizada del Derecho de la competencia en virtud del Reglamento n.º 1/2003). Sostiene que así ocurrió en el caso de la resolución de la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana, mientras que en el presente asunto solamente se persiguen los efectos en el mercado austriaco. Alega que el órgano jurisdiccional de primera instancia ha hecho caso omiso de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Schenker & Co* (C-681/11): no se llevó a cabo el examen exigido por el Tribunal de Justicia para determinar respecto de qué territorios y teniendo en cuenta qué operaciones se impuso la multa.
- 9 La **primera demandada** solicitó que la pretensión declarativa dirigida contra ella fuera inadmitida o desestimada por falta de interés legítimo. Sostiene que, si bien Austria siempre había estado implícitamente incluida en el «entendimiento básico» desde el punto de vista de la primera demandada, había sido siempre solo un «teatro secundario» a causa de los reducidos volúmenes de venta. En ese sentido, afirma, en los contactos censurados relativos a Austria, la principal preocupación de la primera demandada había sido impedir las contramedidas resultantes de las prácticas en el mercado austriaco y las «guerras de precios» en el «teatro principal» de los acontecimientos, Alemania.
- 10 La **segunda demandada** pidió que la pretensión de imposición de multa fuera desestimada por infundada. Argumenta que el reparto *de facto* de las zonas de venta principales se debió a la ubicación respectiva de las fábricas de azúcar y al elevado coste del transporte. Sostiene que, habida cuenta de esta situación, el «entendimiento básico» se dio, de forma natural, por razones de economía empresarial, sin necesidad de garantizarlo mediante acuerdos. Además, afirma que ni siquiera hubo un determinado «entendimiento» explícito que «implícitamente» se refiriera también a Austria. Defiende que no ha habido

acuerdos tangibles relativos a Austria y que la tercera demandada ha gestionado siempre el negocio del azúcar con autonomía dentro del grupo empresarial de la segunda demandada. El 18 de febrero de 2014, la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana impuso a la segunda demandada una multa que ya no es recurrible. Afirma que la conversación telefónica del 22 de febrero de 2006 también fue objeto de esa resolución de imposición de multa. Concluye que, por lo tanto, según el principio «*non bis in idem*», reconocido también en el Derecho de la competencia, no se puede imponer otra multa a la segunda demandada por los mismos hechos.

- 11 También la **tercera demandada** solicitó que se desestimase la pretensión de imposición de multa. Expone que el sistema de zonas de venta principales nació por motivos de lógica de gestión empresarial. La tercera demandada afirma que no participó en los contactos que, según la Autoridad Federal de Competencia, hubo entre las demandadas primera y segunda. Sí es cierto que el director gerente de la tercera demandada pidió que se mediara en la toma de contacto con la primera demandada, pero no solicitó ninguna intervención ante la primera demandada ni fue informado de ello. Finalmente, sostiene que los acuerdos censurados por la Autoridad Federal de Competencia quedan excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, en virtud de la excepción para el sector agrícola del artículo 209, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1308/2013.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

Acerca de la segunda demandada:

- 12 En Alemania se impuso a la segunda demandada una multa por hechos que incluían también la única infracción pertinente del Derecho de la competencia pendiente en el presente asunto, a saber, la llamada telefónica del 22 de junio de 2006.

Observaciones generales sobre el principio «*non bis in idem*»

- 13 En el contexto del Derecho de la competencia y, en particular, en el contexto del enjuiciamiento o castigo paralelo por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia, el Tribunal de Justicia ha sostenido en jurisprudencia reiterada que la aplicación del principio «*non bis in idem*» está supeditada al triple requisito acumulativo («tríada») de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad del interés jurídico protegido en lo que al elemento «*idem*» se refiere. En este sentido, el principio debe ser respetado también en los procedimientos para la imposición de multas en el ámbito del Derecho de la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia Toshiba, C-17/10, apartado 94; Limburgse Vinyl, C-238/99 P, apartado 59; Aalborg Portland, C-204/00 P, apartados 338 a 340, y Showa Denko, C-289/04 P, apartado 50) y prohíbe que se

condene o se inicie un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso (C-238/99 P, *Limburgse Vinyl*, apartado 59).

- 14 En las sentencias *Aalborg Portland* (C-204/00), apartado 338, y *Toshiba* (C-17/10), apartado 94, el Tribunal de Justicia se refirió a esos criterios y declaró que una empresa no puede invocar el principio «*non bis in idem*» cuando la Comisión haya impuesto una sanción a una empresa por una conducta que difiera de la conducta imputada a la misma empresa y que haya sido objeto de una decisión anterior de una autoridad nacional de defensa de la competencia, incluso cuando las dos decisiones se refieran a contratos y acuerdos que estén inseparablemente vinculados.
- 15 Esta línea jurisprudencial se fundamenta en consideraciones que se remontan a la sentencia de 13 de febrero de 1968, *Walt Wilhelm* (14/68), y que, por lo tanto, tienen su origen en los primeros decenios de la integración europea. Desde entonces, el Derecho nacional y el Derecho de la Unión se han ido entrelazando cada vez más y se ha puesto de manifiesto una cierta tensión, en particular entre el tercer criterio de la «tríada», la identidad del interés jurídico, tal y como se aplica en el ámbito del Derecho de la competencia, y los actos jurídicos más recientes, como, en particular, el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales, el PACHEDH o el CAAS.
- 16 En efecto, a este respecto el Derecho de la Unión establece la igualdad de una infracción a partir de solamente dos criterios: identidad de los hechos y del infractor. En cambio, la calificación jurídica o el interés protegido no son decisivos para la aplicación del principio «*non bis in idem*». El Tribunal de Justicia ha aplicado este enfoque, que se fundamenta en gran medida en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH»), en casos relativos a la cooperación policial y judicial en materia penal (*Esbroeck*, C-436/04, apartado 36; *Luca Menci*, C-524/15, apartado 35, y *Von Straaten*, C-150/05, apartado 53; véanse también las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto C-617/17, *Powszechny Zakład*, punto 25 y jurisprudencia citada).
- 17 En el asunto *Esbroeck* (C-436/04), apartados 27 y siguientes, en un procedimiento relativo al artículo 54 del CAAS, el Tribunal de Justicia analizó extensamente la objeción de que la identidad de los hechos presupone la identidad de su calificación jurídica y de los intereses jurídicos protegidos. Expuso en dicha sentencia que, si bien la disposición citada utiliza los términos «los mismos hechos», resulta que dicha disposición se refiere exclusivamente a la materialidad de los hechos de que se trata, con exclusión de su calificación jurídica. Apreció que, en ese sentido, los términos empleados en dicha disposición se diferencian de los que figuran en otros instrumentos internacionales que consagran el principio «*non bis in idem*». Así, por ejemplo,

el artículo 4 del PACHEDH utiliza el concepto de «infracción», lo que implica la pertinencia del criterio de la calificación jurídica de los hechos como requisito de aplicación del principio «*non bis in idem*». Sin embargo, el TEDH se refirió a esta diferenciación conceptual en su posterior resolución n.º 14939/03, de 10 de febrero de 2009, Zolotukhin c. Rusia. Consideró que, también en el caso del artículo 4 del PACHEDH, lo único determinante es si las circunstancias de hecho perseguidas eran esencialmente las mismas y no lo es, en cambio, su calificación jurídica.

Sobre los aspectos territoriales del «*non bis in idem*»

- 18 En general, no existe ningún principio de Derecho internacional público que prohíba que las autoridades públicas, incluidos los tribunales, de distintos Estados procesen y condenen a una persona física o jurídica por los mismos hechos que aquellos por los que ya ha sido juzgada en otro Estado (Tribunal de Justicia, Showa Denko, C-289/04 P, apartado 58). En dicho asunto, el Tribunal de Justicia desestimó la alegación de que cabía invocar el principio «*non bis in idem*» en una situación en la que la Comisión ejerce sus competencias en virtud del Derecho de la Unión una vez que las autoridades de un Estado tercero han impuesto multas a empresas por formar parte de un cártel internacional sobre la base de una infracción de las normas de competencia aplicables en ese Estado cuando dichas autoridades han intervenido en el marco de sus respectivas competencias (véanse las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto Powszechny Zakład, C-617/17, punto 35).
- 19 En esta línea jurisprudencial relativa a la persecución o sanción de una conducta, de forma paralela, por la Comisión y por las autoridades de competencia de un Estado tercero, el Tribunal de Justicia ha resaltado el carácter internacional de la conducta reprochada, así como las diferencias existentes entre los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, incluidos los objetivos y las finalidades de las normas materiales pertinentes en materia de competencia, así como el interés jurídico específico protegido por las normas de la Unión en materia de competencia. También ha señalado expresamente que esta situación en la que la Comisión y las autoridades de un Estado tercero intervienen en el marco de sus respectivas competencias debe considerarse distinta de aquella en la que un comportamiento contrario a la competencia se circunscribe exclusivamente al ámbito de aplicación territorial del ordenamiento jurídico de la Unión (y sus Estados miembros) (Showa Denko, C-289/04, apartados 51 y 53; véanse las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto Powszechny Zakład, C-617/17, punto 36).
- 20 También la sentencia del Tribunal de Justicia recaída en el asunto Archer-Midlands (C-397/03) tuvo su origen en la intervención de las autoridades de la Comunidad, por un lado, y de las autoridades de un tercer país, por otro. Conforme a esta sentencia, cuando la sanción impuesta en el Estado tercero se refiere únicamente a la aplicación o a los efectos de la práctica concertada en el mercado de dicho Estado y la sanción comunitaria únicamente a la aplicación o a

los efectos de dicha práctica en el mercado comunitario, no existe identidad entre los hechos.

- 21 En la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto Toshiba (C-17/10) la cuestión era si, por un lado, las autoridades de competencia nacionales (checas) podían imponer sanciones en virtud de la legislación nacional en materia de competencia y si, por otro lado, las autoridades de la Unión lo podían hacer en virtud del Derecho de la Unión. A este respecto, era significativo que las autoridades checas solamente querían sancionar los efectos de un cártel en el territorio checo antes de la adhesión de la República Checa a la UE, mientras que la decisión anterior de las autoridades comunitarias no abarcaba los efectos contrarios a la competencia del cártel en el territorio checo antes de la adhesión de la República Checa a la UE (véanse los apartados 99 a 103). En este contexto, el Tribunal de Justicia atendió a la forma de proceder efectiva de la Comisión, como los efectos en los Estados miembros o en los Estados del EEE tomados concretamente en consideración y el método de cálculo de las multas (apartado 101) y no acogió las reflexiones de la Abogada General expuestas en sus conclusiones (punto 131), según las cuales el principio «*non bis in idem*» prohíbe de antemano que dentro del EEE varias autoridades de competencia o varios órganos jurisdiccionales enjuicien a un mismo cártel que tenga por objeto o por efecto restringir la competencia en territorios diferentes.
- 22 De la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia no se desprende si estos principios también tienen que aplicarse en un caso en el que dos Estados miembros de la Unión Europea tienen que aplicar no solo su legislación nacional sino también el Derecho de la Unión en materia de competencia en procedimientos en materia de competencia relativos a los mismos hechos que conciernen a la misma persona respecto de prácticas ocurridas durante su pertenencia a la UE.

Acerca del paquete de modernización de la Comisión Europea:

- 23 Tampoco el paquete de modernización de la Comisión Europea en el área afín de las competencias de las autoridades de defensa de la competencia aclara estas cuestiones. El considerando 18 del Reglamento n.º 1/2003 define como objetivo que cada asunto solo sea tratado por una única autoridad. Sin embargo, atendiendo a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Toshiba (C-17/10), apartados 89 y 90, esto no puede interpretarse en el sentido de que la autoridad nacional se vea privada de su competencia para aplicar el Derecho nacional cuando la propia Comisión ya haya adoptado una decisión. En ese sentido, el artículo 13, apartado 1, de dicho Reglamento dispone que, cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros se ocupen de procedimientos relativos al mismo acuerdo o práctica, el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia, si bien esta circunstancia no tiene como efecto que las demás autoridades se vean privadas de su competencia. Con arreglo al apartado

2 de dicha disposición, las autoridades de competencia de un Estado miembro o la Comisión podrán desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica que ya hayan sido tratados por otra autoridad de competencia.

- 24 En el punto 12 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, publicada en relación con estas cuestiones, se indica que una acción concurrente de varias autoridades puede ser apropiada cuando un acuerdo o práctica tenga efectos sustanciales sobre la competencia principalmente en sus territorios respectivos y la acción de una sola autoridad no sea suficiente para poner fin a la infracción o sancionarla adecuadamente. En ese caso, cada autoridad nacional de competencia tramitará el asunto «en lo que respecta a su territorio respectivo».
- 25 Sin embargo, dado que estas disposiciones de Derecho derivado tratan principalmente —sin establecer normas estrictas— de establecer un sistema de competencias en la Red de autoridades de competencia que sea lo más eficiente y elástico posible, en última instancia nada puede extraerse de ellas en lo que respecta a la cuestión de la aplicación del principio «*non bis in idem*». Para la presente situación, en la que dos autoridades nacionales de defensa de la competencia toman medidas contra las mismas personas por el mismo comportamiento, falta una aclaración del Tribunal de Justicia acerca de la aplicación del principio «*non bis in idem*», lo que justifica las cuestiones prejudiciales primera y segunda.

¿Relevancia de la consideración real?

- 26 Sin embargo, tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a terceros países (en particular la sentencia Toshiba, C-17/10) como la mencionada Comunicación de la Comisión Europea podrían interpretarse en el sentido de que el factor decisivo es si la primera resolución sancionadora tuvo realmente en cuenta los efectos del comportamiento contrario a la competencia en el otro país. En el presente asunto la recurrente en casación también se refiere a este aspecto y afirma que la resolución de la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana no impuso ninguna multa por los efectos del cártel en Austria.
- 27 El órgano jurisdiccional de primera instancia, en cambio, defendió la opinión contraria y se remitió a las apreciaciones en la resolución sancionadora de la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana relativas a la conversación telefónica entre las demandadas primera y segunda de 22 de junio de 2006, a las que, a la vista de la concisión de la resolución (veintidós páginas frente a las cerca de cuatrocientas páginas de la «Notificación del pliego de cargos»), hay que atribuir especial importancia, y destacó su relevancia para el mercado austriaco. Contrariamente a la opinión del Vicepresidente de la Oficina Federal de Defensa de la Competencia de 28 de junio de 2019, emitida después de la resolución del Kartellgericht (tribunal de primera instancia de defensa de la competencia), en la

que señalaba que las resoluciones de la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana según su práctica decisoria en principio solo sancionan los efectos en Alemania de un comportamiento anticompetitivo, de la resolución de la sección de decisiones competente de la propia Oficina Federal de Defensa de la Competencia no se deducen detalles sobre el cálculo de la multa, tampoco, en particular, sobre los volúmenes de negocios considerados y su origen.

- 28 Por lo tanto, también es hay dudas acerca de si es relevante para la aplicación del principio «*non bis in idem*» el hecho de que se hayan tenido realmente en cuenta los efectos de una infracción del Derecho europeo de la competencia en otro Estado miembro, a lo que se refiere la tercera cuestión prejudicial.

Respecto de la primera demandada: ¿«*non bis in idem*» en caso de pretensiones meramente declarativas?

- 29 La Autoridad Federal de Competencia austriaca permitió a la primera demandada acogerse a un programa de clemencia. En la sentencia dictada en el asunto Schenker (C-681/11), el Tribunal de Justicia también declaró que el artículo 101 TFUE, así como los artículos 5 y 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003, deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que se constate la existencia de una infracción, las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden limitarse excepcionalmente a declarar dicha infracción sin imponer una multa cuando la empresa implicada haya participado en un programa nacional de clemencia. En consecuencia, la Autoridad Federal de Competencia solicita que, respecto de la primera demandada, se dicte una resolución declarando que hubo una conducta anticompetitiva con arreglo al artículo 101 TFUE.
- 30 Ahora bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio «*non bis in idem*» debe ser respetado en los procedimientos para la imposición de multas en el ámbito del Derecho de la competencia (Tribunal de Justicia: Toshiba, C-17/10, apartado 94; Limburgse Vinyl, C-238/99 P, apartado 59; Aalborg Portland, C-204/00 P, apartados 338 a 340, y Showa Denko, C-289/04 P, apartado 50; también con respecto al artículo 54 del CAAS: C-398/12, apartado 41). Por último, según las sentencias dictadas en los asuntos Limburgse Vinyl (C-238/99 P), apartado 59, y Toshiba (C-17/10), apartado 94, el principio «*non bis in idem*» prohíbe no solo que se condene de nuevo a una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso, sino incluso que sea perseguida por dicho comportamiento.
- 31 En consecuencia, se suscita la cuestión de si un procedimiento meramente declarativo, en el que, debido a la participación del infractor en un programa nacional de clemencia, solo puede declararse la infracción del Derecho europeo o nacional de la competencia por parte del infractor sigue pudiendo calificarse

de procedimiento para la imposición de multas en el que deba aplicarse el principio «*non bis in idem*» o si ese procedimiento meramente declarativo constituye una segunda persecución inadmisibles. Por ello ha sido necesario plantear la cuarta cuestión prejudicial.

DOCUMENTO DE TRABAJO