

Processo C-151/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

27 de março de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria)

Data da decisão de reenvio:

12 de março de 2020

Demandante e recorrente:

Bundswettbewerbsbehörde

Demandadas e recorridas:

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

Objeto do processo principal

Violação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, designadamente, através de acordos anticoncorrenciais relativos ao mercado austríaco do açúcar

Objeto do pedido de decisão prejudicial

Proibição de dupla pena na repressão da mesma infração por autoridades de diferentes Estados-Membros, importância do bem jurídico protegido

Questões prejudiciais

1. O terceiro requisito estabelecido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de direito da concorrência para a aplicação do princípio *ne bis in*

idem, ou seja, que deve estar em causa o mesmo bem jurídico protegido, é aplicável mesmo quando as autoridades da concorrência de dois Estados-Membros são chamadas a aplicar, relativamente aos mesmos factos e em relação às mesmas pessoas, a par das normas nacionais, igualmente as mesmas normas de direito da União (no caso em apreço, o artigo 101.º TFUE)?

Em caso de resposta afirmativa a esta questão:

2. Num caso deste tipo, de aplicação paralela do direito da União e do direito nacional da concorrência, está-se perante o mesmo bem jurídico protegido?

3. É, além disso, relevante para a aplicação do princípio *ne bis in idem* que a primeira decisão de aplicação de uma coima adotada pela autoridade da concorrência de um Estado-Membro tenha tido efetivamente em consideração os efeitos provocados pela violação das regras de concorrência noutro Estado-Membro, cuja autoridade da concorrência apenas se pronunciou posteriormente no processo de concorrência nela instaurado?

4. Um processo em que, pelo facto de uma parte ter participado no programa nacional de clemência, apenas é possível declarar a sua infração ao direito da concorrência, também pode ser considerado um processo regido pelo princípio *ne bis in idem*, ou pode essa mera declaração da infração ser feita independentemente do desfecho de um processo anterior relativo à aplicação de uma coima (noutro Estado-Membro)?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 101.º TFUE, artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais, artigo 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Protocolo Adicional à CEDH), artigo 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS), artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1184/2006, artigo 2.º do Regulamento n.º 26/1962, artigo 209.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1308/2013, Regulamento (CE) n.º 318/2006, considerando 18 e 37 bem como artigos 5.º, 13.º, n.ºs 1 e 2, e artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003

Disposições de direito nacional invocadas

§ 1, § 2, n.º 2, ponto 5, § 28, n.º 1, § 29, n.º 1, alíneas a) e d), e § 36, n.º 1, da Kartellgesetz 2005 (Lei de 2005 relativa aos cartéis) e § 9, § 87, n.º 2, e § 142, n.º 1, alíneas a) e d), da Kartellgesetz 1988 (Lei de 1998 relativa aos cartéis)

Jurisprudência do Tribunal de Justiça invocada

Acórdão de 18 de junho de 2013, C-681/11, Schenker & Co; Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, C-17/10, Toshiba; Acórdão de 15 de outubro de 2002,

C-238/99 P, Limburgse Vinyl; Acórdão de 7 de janeiro de 2004, C-204/00 P, Aalborg Portland; Acórdão de 29 de junho de 2006, C-289/04 P, Showa Denko; Acórdão de 13 de fevereiro de 1968, 14/68, Walt Wilhelm; Acórdão de 18 de maio de 2006, C-397/03, Archer-Midlands; Acórdão de 9 de março de 2006, C-436/04, Esbroeck; Acórdão de 20 de março de 2018, C-524/15, Luca Menci; Acórdão de 28 de setembro de 2006, C-150/05, Von Straaten

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Os grupos de sociedades das duas primeiras demandadas (Nordzucker e Südzucker) estão entre os principais produtores de açúcar na Europa. A terceira demandada (Agrana), que é controlada pela Südzucker, explora duas fábricas de açúcar na Áustria e possui, através de filiais, outras fábricas de açúcar na Europa de Leste. Na Alemanha, o mercado do açúcar tem sido dominado, há décadas, pelas empresas de três grandes produtores, entre os quais se encontram as duas primeiras demandadas. Por razões históricas, bem como devido à homogeneidade dos produtos e aos elevados custos de transporte, o mercado alemão do açúcar foi dividido nas principais áreas de comercialização dos principais produtores alemães («princípio do mercado nacional»). Os mercados estrangeiros não foram, portanto, visados, nem aqueles, em que, como na Áustria, operavam as filiais dos produtores alemães de açúcar. A terceira demandada atua com um grande grau de independência nos mercados de que está encarregada e é considerada o produtor austríaco de açúcar.
- 2 Em razão dos esforços para a entrada no mercado alemão por parte de produtores estrangeiros de açúcar, realizaram-se, o mais tardar a partir de 2004, várias reuniões entre os diretores de vendas da primeira e da segunda demandadas, responsáveis na altura pelo açúcar processado na Alemanha. Neste contexto, foi salientada a importância de evitar a pressão concorrencial recentemente gerada, assegurando que as empresas alemãs não concorreriam entre si ao penetrarem nas principais áreas de comercialização tradicionais de outros produtores. Não houve qualquer referência à Áustria nestas conversações. A terceira demandada não participou tão-pouco nas mesmas e os seus responsáveis não tiveram conhecimento delas.
- 3 A abertura das fronteiras a leste da União foi essencial para o mercado austríaco. Entre o final de 2005 e o início de 2006, a terceira demandada constatou que alguns clientes industriais anteriormente fornecidos exclusivamente por ela adquiriam açúcar proveniente da Eslováquia, aparentemente à filial da primeira demandada. Por ocasião de um telefonema relativo a outros assuntos relacionados com o grupo, realizado em 22 de fevereiro de 2006, o diretor-geral da terceira demandada informou igualmente o diretor de vendas da segunda demandada sobre esses fornecimentos efetuados à Áustria e perguntou-lhe se este conhecia alguém na primeira demandada com quem ele pudesse falar sobre esse assunto. O diretor de vendas da segunda demandada telefonou, em seguida, ao diretor de vendas da primeira demandada e queixou-se dos fornecimentos efetuados à Áustria. O

diretor de vendas da primeira demandada não assumiu qualquer compromisso naquele momento, mas reconheceu a gravidade da situação para a «paz competitiva» no mercado alemão e, por correio eletrónico de 23 de fevereiro de 2006, relatou a conversa ao seu colega e ao presidente da primeira demandada. Este ordenou-lhe verbalmente que não reagisse. Porém, o diretor de vendas da primeira demandada exprimiu o desejo perante o responsável de vendas da filial eslovaca de não expandir as exportações para a Áustria. Este último entendeu o desejo, expresso por uma pessoa por ele considerada importante no seio da sede do grupo, como uma instrução e estava pronto a implementá-la. A terceira demandada não teve conhecimento destes acontecimentos ocorridos no interior da primeira demandada. O telefonema de 22 de junho de 2006 foi a única conversa entre as demandadas em que foi referido o mercado austríaco.

- 4 Por decisão definitiva de aplicação de coima de 18 de fevereiro de 2014, o Bundeskartellamt alemão (Autoridade Federal da Concorrência, Alemanha) aplicou à segunda demandada na qualidade de parte acessória uma coima de 195 500 000 euros, visto que várias pessoas responsáveis violaram deliberadamente, no período compreendido, o mais tardar, entre o final de 2001 e 26 de março de 2009, em diferentes lugares da República Federal da Alemanha, a proibição de acordos celebrados entre empresas concorrentes entre si, acordos estes que são suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que têm por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, ou visto que essas pessoas se abstiveram negligentemente de tomar as medidas de supervisão necessárias para impedir tal violação da proibição dos cartéis, que teria sido impedida ou significativamente dificultada através de uma supervisão adequada. Esta situação baseou-se no facto de os responsáveis da primeira demandada, da segunda demandada e da terceira empresa alemã terem celebrado um acordo, tanto no que se refere ao açúcar processado como ao açúcar a retalho, para respeitar as principais áreas de comercialização de cada concorrente («princípio do mercado nacional»). Neste contexto, o Bundeskartellamt alemão constatou a existência de reuniões regulares entre os representantes da primeira e segunda demandadas realizadas entre 2004 e 2007 e no verão de 2008. Nesta decisão de aplicação da coima de apenas cerca de 22 páginas, é reproduzido expressamente o conteúdo do telefonema relativo à Áustria acima descrito, de 22 de fevereiro de 2006, entre o diretor de vendas da segunda demandada e o diretor de vendas da primeira demandada.
- 5 No presente **processo**, a Bundeswettbewerbsbehörde (Autoridade Federal da Concorrência, Áustria) pediu, no que se refere à primeira demandada, que fosse declarado que a mesma violou o artigo 101.º TFUE e as disposições correspondentes da Lei relativa aos cartéis austríaca, assim como, no que se refere à segunda demandada, que fosse aplicada uma coima de 12 460 000 euros relativa ao período compreendido entre 1 de janeiro de 2005 e 21 de setembro de 2006 e, de forma solidariamente responsável com a terceira demandada, uma outra coima de 15 390 000 euros relativa ao período compreendido entre 22 de setembro de 2006 e 31 de outubro de 2008.

- 6 O **tribunal de primeira instância** indeferiu os pedidos. No que diz respeito ao pedido de declaração formulado contra a primeira demandada, considerou que importava observar que a Bundeswettbewerbsbehörde não tinha qualquer interesse legítimo em obter uma declaração no que se refere a uma empresa relativamente à qual se absteve de exigir uma coima tendo em conta a aplicação de um programa de clemência. É de excluir a existência de uma exceção setorial agrícola ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 1308/2013. Em relação ao período até fevereiro de 2006, não há quaisquer indícios de que a Áustria tivesse participado, nem mesmo «implicitamente», no entendimento comum relativo ao respeito das áreas de comercialização tradicionais alemãs. Porém, em virtude do pedido formulado implicitamente, no telefonema de 22 de fevereiro de 2006, para, pelo menos, diminuir os fornecimentos efetuados pela filial eslovaca da primeira demandada à Áustria em 2006, e a subsequente implementação dessa pretensão, concluiu-se um acordo contrário ao direito da concorrência entre a primeira e a segunda demandadas nos termos do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, cuja existência se deve presumir. Este acordo não admite a aplicação de qualquer exceção *de minimis*. No entanto, o processo de aplicação de coimas em matéria de direito da concorrência consagra igualmente a proibição de dupla pena. Se um determinado aspeto da prática em causa e, portanto, também o seu elemento censurável forem abrangidos por uma sanção, que foi aplicada por outra autoridade nacional da concorrência, a nova sanção viola a proibição de dupla pena. É o que acontece no presente caso com o acordo de 22 de fevereiro de 2006.
- 7 É contra esta decisão que se dirige o recurso interposto pela Bundeswettbewerbsbehörde, pedindo que seja declarado no que se refere à primeira demandada, devido ao acordo celebrado entre a primeira e a segunda demandadas na conversa telefónica de 22 de fevereiro de 2006, que esta violou o artigo 101.º TFUE e as disposições correspondentes da Lei relativa aos cartéis austríaca, bem como que seja aplicada no que se refere à segunda demandada, devido às mesmas infrações, uma coima de montante adequado.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 8 Segundo a **Bundeswettbewerbsbehörde**, verificaram-se, na sequência do telefonema acima descrito de 22 de fevereiro de 2006, uma série de reuniões com respeito ao mercado austríaco, que foram realizadas em consonância com o entendimento do monopólio territorial assegurado à terceira demandada. Considera que os contactos individuais entre os participantes no cartel devem ser avaliados na sua totalidade e num contexto mais vasto. A participação ativa da terceira demandada ficou demonstrada desde a primeira reunião presencial em 22 de setembro de 2006. Por conseguinte, a contar desta data e até 31 de outubro de 2008, a terceira demandada é também responsável solidariamente com a segunda demandada. O artigo 101.º TFUE é aplicável à prática em causa. As exceções previstas no artigo 2.º do Regulamento n.º 1184/2006 e no artigo 2.º do Regulamento n.º 26/1962 não podem ser invocadas. A questão da proibição da dupla pena não é relevante, visto que o Bundeskartellamt alemão apenas teve em

consideração acordos que produziram efeitos no mercado alemão. Nos termos do direito da União, é admissível que, no caso de uma infração que abrange vários Estados-Membros, as autoridades nacionais apliquem sanções de forma paralela, desde que as coimas se limitem aos efeitos produzidos nos respetivos territórios (aplicação descentralizada do direito da concorrência nos termos do Regulamento n.º 1/2003). Foi o que se verificou no caso da decisão adotada pelo Bundeskartellamt alemão. Em contrapartida, no caso em apreço, apenas são julgados os efeitos produzidos no mercado austríaco. O tribunal de primeira instância não tomou em consideração o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (a seguir «TJUE») no processo C-681/11, Schenker & Co. O exame exigido pelo TJUE, em relação aos territórios em que foi aplicada uma coima e tendo em conta que operações, não foi efetuado.

- 9 A **primeira demandada** solicitou que o pedido de declaração dirigido contra ela fosse julgado improcedente ou rejeitado por falta de interesse legítimo. Embora, do ponto de vista da primeira demandada, a Áustria tenha sido sempre implicitamente incluída no «entendimento de base», foi sempre apenas um «palco secundário» devido ao reduzido volume de vendas. Por conseguinte, com os contactos impugnados relativos à Áustria, a primeira demandada teve como objetivo fundamental evitar contra-medidas resultantes das práticas adotadas no mercado austríaco e «guerras de preços» no «palco principal» dos acontecimentos, a Alemanha.
- 10 A **segunda demandada** solicitou que o pedido de aplicação da coima fosse julgado improcedente. A segmentação fáctica das principais áreas de comercialização ficou a dever-se à respetiva localização das fábricas de açúcar e aos elevados custos dos transportes. Face a esta situação, o «entendimento de base» surgiu automaticamente por razões de ordem comercial, sem necessidade de o garantir através de acordos para esse efeito. Além disso, também não existiu um determinado «entendimento» explícito que se referisse de forma «implícita» à Áustria. Não se verificaram quaisquer acordos concretos tendo a Áustria como objeto. A terceira demandada geriu sempre de forma independente o negócio do açúcar no seio do grupo da segunda demandada. No que se refere à segunda demandada, foi-lhe aplicada uma coima por decisão definitiva de aplicação de coima do Bundeskartellamt alemão de 18 de fevereiro de 2014. O objeto dessa decisão foi, nomeadamente, também a conversa telefónica de 22 de fevereiro de 2006. Por conseguinte, em conformidade com o princípio *ne bis in idem* reconhecido igualmente no direito da concorrência, é inadmissível aplicar uma nova coima à segunda demandada com base nos mesmos factos.
- 11 A **terceira demandada** solicita igualmente a rejeição do pedido de aplicação de coima. O sistema das principais áreas de comercialização surgiu por razões de lógica comercial. A terceira demandada não participou nos contactos que, segundo a Bundeswettbewerbsbehörde, existiram entre a primeira e a segunda demandadas. É certo que o diretor-geral da terceira demandada procurou estabelecer contacto com a primeira demandada, todavia, este não solicitou uma intervenção na primeira demandada e não foi tão-pouco informado de tal situação.

Por último, os acordos impugnados pela Bundeswettbewerbsbehörde são excluídos, pela exceção setorial agrícola prevista no artigo 209.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 1308/2013, do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

Quanto à segunda demandada:

- 12 Foi aplicada à segunda demandada uma coima na Alemanha, cujo quadro factual abrangia a única violação das regras de concorrência que permanece igualmente relevante no caso em apreço, nomeadamente o telefonema de 22 de junho de 2006.

Observações gerais sobre o princípio *ne bis in idem*

- 13 No domínio do direito da concorrência – e, em concreto, no que diz respeito à interposição de procedimentos e aplicação de sanções paralelas pela Comissão e pelas autoridades da concorrência nacionais, o Tribunal de Justiça tem reiteradamente defendido que o princípio *ne bis in idem* só é passível de ser aplicado se se verificarem, cumulativamente, três requisitos («tríade») no que respeita ao elemento «*idem*», nomeadamente a identidade dos factos, a identidade do infrator e a identidade dos bens jurídicos protegidos. Neste sentido, este princípio deve igualmente ser respeitado num processo em matéria de concorrência destinado à aplicação de coimas (TJUE C-17/10, Toshiba, n.º 94; C-238/99 P, Limburgse Vinyl, n.º 59; C-204/00 P, Aalborg Portland, n.ºs 338 a 340; C-289/04 P, Showa Denko, n.º 50) e proíbe que uma empresa seja condenada ou alvo de um processo uma segunda vez devido a um comportamento anticoncorrencial pelo qual já foi punida ou declarada isenta de responsabilidade por uma decisão anterior que já não seja suscetível de recurso (C-238/99 P, Limburgse Vinyl, n.º 59).
- 14 Nos Acórdãos C-204/00, Aalborg Portland, n.º 338, e C-17/10, Toshiba, n.º 94, o Tribunal de Justiça fez referência a estes requisitos e explicou que não é possível a uma empresa invocar o princípio *ne bis in idem* no caso de a Comissão ter aplicado uma sanção a uma outra empresa por conduta diferente da que foi imputada à primeira e que tenha sido objeto de uma decisão anterior da autoridade da concorrência nacional, ainda que se tratem de duas decisões que digam respeito a contratos e outros acordos de empresas que estejam intrinsecamente ligados entre si.
- 15 O fundamento subjacente a esta linha de jurisprudência remonta ao Acórdão de 13 de fevereiro de 1968, Walt Wilhelm e o., proferido no processo 14/68, e foi, por conseguinte, desenvolvido nas décadas iniciais da integração europeia. Desde então, o direito nacional e o direito da União Europeia têm vindo a convergir cada vez mais e pode observar-se uma certa tensão especialmente entre o terceiro

requisito da «tríade», a identidade do bem jurídico, conforme aplicado em matéria de direito da concorrência, e atos mais recentes, como nomeadamente o artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais, o Protocolo Adicional n.º 7 à CEDH ou a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS).

- 16 A este respeito, no termos do direito da União, a identidade de uma infração é determinada com base apenas num duplo critério: a identidade dos factos e do infrator. A qualificação jurídica ou o bem protegido não são, por outro lado, determinantes para efeitos de aplicação do princípio *ne bis in idem*. Esta abordagem, que está patente na jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»), tem sido aplicada pelo Tribunal de Justiça no âmbito de processos de cooperação policial e judiciária em matéria penal (C-436/04, Esbroeck, n.º 36; C-524/15, Luca Menci, n.º 35; C-150/05, Von Straaten, n.º 53; v. também as Conclusões do advogado-geral no processo C-617/17, Powszechny Zakład, n.º 25, e jurisprudência referida).
- 17 No processo C-436/04, Esbroeck, n.ºs 27 e segs., um processo relativo ao artigo 54.º da CAAS, o Tribunal de Justiça abordou pormenorizadamente a objeção de que a identidade dos factos pressupõe igualmente a identidade da sua qualificação jurídica e dos bens jurídicos protegidos. Nesse processo, o Tribunal de Justiça referiu que esta disposição utiliza os termos «os mesmos factos», ou seja, que esta disposição visa apenas a materialidade dos factos em causa, com exclusão da sua qualificação jurídica. Neste sentido, esta disposição distingue-se dos termos que constam de outros instrumentos internacionais que consagram o princípio *ne bis in idem*. Por exemplo, o artigo 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 à CEDH utiliza o conceito de «infração», o que implica a relevância do critério da qualificação jurídica dos factos como condição de aplicação do princípio *ne bis in idem*. No entanto, na Decisão ulterior n.º 14.939/03 de 10 de fevereiro de 2009, Zolotukhin c. Rússia, o TEDH referiu-se a esta distinção conceptual. Também no caso do artigo 4.º do Protocolo Adicional n.º 7 à CEDH é apenas relevante saber se as circunstâncias factuais em causa são no essencial as mesmas, e não, em contrapartida, a sua qualificação jurídica.

Quanto aos aspetos territoriais do *ne bis in idem*

- 18 Em geral, não existe um princípio de direito internacional público que proíba às autoridades públicas, incluindo os tribunais, de Estados diferentes de procederem contra e condenarem uma pessoa singular ou coletiva pelos mesmos factos pelos quais a referida pessoa foi já julgada noutro Estado (TJUE C-289/04 P, Showa Denko, n.º 58). Nesse processo, o Tribunal de Justiça rejeitou o argumento de que a aplicação do princípio *ne bis in idem* poderia estar sujeita ao exercício, pela Comissão, das suas competências ao abrigo do direito da União na sequência da aplicação de sanções, pelas autoridades de um Estado terceiro, a empresas por participação em cartel internacional com base na infração das normas de direito da concorrência aplicáveis nesse Estado quando as referidas autoridades tenham intervindo na sua jurisdição (v. as Conclusões do advogado-geral no processo C-617/17, Powszechny Zakład, n.º 35).

- 19 No âmbito desta jurisprudência relativa aos processos ou sanções aplicadas pela Comissão e por autoridades da concorrência de Estados terceiros, o Tribunal de Justiça realçou a natureza internacional da conduta impugnada e as diferenças entre os respetivos sistemas jurídicos, nomeadamente a finalidade e os objetivos das normas materiais em matéria de concorrência, bem como a especificidade do bem jurídico protegido pelas normas de direito da concorrência da União Europeia. O Tribunal assinalou, ainda, que esta situação, em que a Comissão e o Estado terceiro intervêm nas respetivas jurisdições, deve ser considerada separadamente da situação em que a conduta anticoncorrencial se situa exclusivamente no âmbito de aplicação territorial do ordenamento jurídico da União Europeia (e dos seus Estados-Membros) (C-289/04, Showa Denko, n.ºs 51 e 53; v. as Conclusões do advogado-geral no processo C-617/17, Powszechny Zakład, n.º 36).
- 20 O Acórdão do TJUE no processo C-397/03, Archer-Midlands, baseou-se igualmente na atuação das autoridades comunitárias, por um lado, e das autoridades de um Estado terceiro, por outro. Mais concretamente, quando a sanção aplicada no Estado terceiro apenas tem em vista as aplicações ou os efeitos do cartel no mercado desse Estado e a sanção comunitária as suas aplicações ou efeitos no mercado comunitário, não há identidade dos factos.
- 21 No Acórdão Toshiba do TJUE (C-17/10) estava em causa a questão de saber se, por um lado, as autoridades nacionais da concorrência (checas), ao abrigo do direito nacional da concorrência, e, por outro, as autoridades da União, em conformidade com o direito da União, podiam aplicar sanções. A este respeito, foi determinante o facto de as autoridades checas pretenderem sancionar unicamente os efeitos produzidos por um cartel no território checo antes da adesão da República Checa à União Europeia, ao passo que a decisão adotada anteriormente pelas autoridades comunitárias não abrangia quaisquer efeitos anticoncorrenciais produzidos pelo cartel no território checo antes da adesão da República Checa à União Europeia (v. n.ºs 99-103). Neste contexto, o TJUE teve em conta a prática efetiva da Comissão, quanto às consequências tidas concretamente em consideração nos Estados-Membros e nos Estados do EEE e às modalidades de cálculo das coimas (n.º 101), e não acolheu as considerações feitas pela advogada-geral nas suas conclusões (n.º 131), segundo as quais o princípio *ne bis in idem* proíbe, de antemão, que no EEE várias autoridades da concorrência ou vários órgãos jurisdicionais sancionem comportamentos do mesmo cartel que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência em diferentes territórios.
- 22 Da jurisprudência atual do TJUE não é possível concluir se esses princípios também devem ser aplicados num caso em que dois Estados-Membros da União Europeia devem aplicar não só o seu direito interno, mas também o direito da concorrência da União num processo em matéria de concorrência devido aos mesmos factos, sobre a mesma pessoa e por uma conduta verificada quando já pertenciam à União Europeia.

Quanto ao pacote de modernização da Comissão Europeia:

- 23 O pacote de modernização da Comissão Europeia, adotado no domínio conexo da competência das autoridades de concorrência, também não esclarece estas questões. O considerando 18 do Regulamento n.º 1/2003 indica que o objetivo é que cada processo apenas seja apreciado por uma única autoridade. No entanto, em conformidade com o Acórdão Toshiba do TJUE, C-17/10, n.ºs 89 e segs., isto não pode ser interpretado no sentido de que autoridades nacionais perdem a sua competência para aplicar o direito nacional, quando a própria Comissão tenha adotado uma decisão. Do mesmo modo, o artigo 13.º, n.º 1, desse regulamento prevê que então, caso as autoridades responsáveis em matéria de concorrência de dois ou mais Estados-Membros tenham dado início a um processo contra o mesmo acordo ou prática, a instrução do processo por parte de uma autoridade constitui, para as restantes autoridades, motivo suficiente para suspenderem a respetiva tramitação ou rejeitarem a denúncia, não resultando, porém, este facto na perda de competência das restantes autoridades. Nos termos do n.º 2 desta disposição, a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência ou a Comissão podem rejeitar uma denúncia contra um acordo, uma decisão de uma associação ou uma prática que já esteja a ser instruída por outra autoridade responsável em matéria de concorrência.
- 24 Na Comunicação da Comissão sobre a cooperação no âmbito da rede de autoridades de concorrência adotada a este respeito, o ponto 12 prevê que a ação paralela de várias autoridades nacionais pode ser adequada quando um acordo ou prática tem efeitos substanciais na concorrência principalmente nos territórios respetivos e a ação de uma única autoridade nacional não seria suficiente para pôr totalmente termo à infração e/ou para a sancionar adequadamente. Cada autoridade de concorrência nacional agirá então «relativamente ao respetivo território».
- 25 Porém, uma vez que estas disposições de direito derivado procuram, antes de mais – sem definir regras rigorosas – estabelecer um sistema de competência o mais eficiente e elástico possível na rede das autoridades de concorrência, nada se pode, em última análise, retirar das mesmas para a questão da aplicação do princípio *ne bis in idem*. No que se refere à situação em causa no caso em apreço, em que duas autoridades nacionais da concorrência atuam contra a mesma conduta praticada pela mesma pessoa, não há qualquer esclarecimento por parte do Tribunal de Justiça quanto à questão da aplicação do princípio *ne bis in idem*, o que conduz à primeira e segunda questões.

Relevância da tomada em consideração efetiva?

- 26 No entanto, tanto da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos Estados terceiros (em particular, TJUE C-17/10, Toshiba), como da Comunicação da Comissão Europeia por último referida poderia deduzir-se que o determinante é saber se a primeira decisão de aplicação da sanção teve efetivamente em consideração os efeitos provocados pela conduta anticoncorrencial no outro Estado. A recorrente refere-se igualmente a esta situação no caso em apreço e

entende que com a decisão adotada pelo Bundeskartellamt alemão não foi aplicada qualquer coima pelos efeitos provocados pelo cartel na Áustria.

- 27 Em contrapartida, o tribunal de primeira instância tem uma opinião diferente e remete para as constatações feitas na decisão de aplicação da coima do Bundeskartellamt alemão relativamente ao telefonema entre a primeira e a segunda demandadas em 22 de junho de 2006, às quais deve ser reconhecida especial importância tendo em conta a brevidade da decisão (22 páginas em comparação com a «comunicação de acusações» de cerca de 400 páginas), e salienta a sua relevância para o mercado austríaco. Contrariamente ao parecer do vice presidente do Bundeskartellamt de 28 de junho de 2019, emitido após a decisão do tribunal competente em matéria de concorrência, segundo o qual, em conformidade com a sua prática decisória, as decisões do Bundeskartellamt alemão sancionariam, em princípio, apenas os efeitos provocados pela conduta anticoncorrencial na Alemanha, da decisão da secção competente do Bundeskartellamt, em si mesma, não é possível obter quaisquer detalhes quanto ao cálculo da coima, nem, em especial, quanto ao volume de negócios tido em conta e à sua origem.
- 28 Por conseguinte, é igualmente questionável se, para a aplicação do princípio *ne bis in idem*, é relevante que os efeitos produzidos por uma infração ao direito europeu da concorrência noutro Estado-Membro tenham sido efetivamente tidos em consideração, situação a que se refere a terceira questão.

Quanto à primeira demandada: *ne bis in idem* no caso de simples declaração?

- 29 A Bundeswettbewerbsbehörde austríaca concedeu o estatuto de clemência à primeira demandada. No seu Acórdão no processo C-681/11, Schenker, o Tribunal de Justiça declarou igualmente que o artigo 101.º TFUE e os artigos 5.º e 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003 devem ser interpretados no sentido de que, caso esteja demonstrada a existência de uma infração, as autoridades nacionais da concorrência podem também, excecionalmente, limitar-se a declarar a existência dessa infração, sem aplicar uma coima, quando a empresa em causa tenha participado num programa nacional de clemência. Com efeito, em relação à primeira demandada, a Bundeswettbewerbsbehörde pediu a declaração de conduta anticoncorrencial nos termos do artigo 101.º TFUE.
- 30 Porém, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o princípio *ne bis in idem* deve ser respeitado nos processos que visam a aplicação de coimas, no domínio do direito da concorrência (TJUE C-17/10, Toshiba, n.º 94; C-238/99 P, Limburgse Vinyl, n.º 59; C-204/00 P, Aalborg Portland, n.ºs 338 a 340; C-289/04 P, Showa Denko, n.º 50; também quanto ao artigo 54.º da CAAS: C-398/12, n.º 41). Por último, segundo os Acórdãos proferidos nos processos C-238/99 P, Limburgse Vinyl, n.º 59 e C-17/10, Toshiba, n.º 94, o princípio *ne bis in idem* proíbe não só que uma empresa seja condenada mas também que seja objeto de um processo, uma segunda vez, devido a um comportamento

anticoncorrencial pelo qual já foi punida ou declarada isenta de responsabilidade por uma decisão anterior que já não seja suscetível de recurso.

- 31 Por conseguinte, coloca-se a questão de saber se num processo de simples declaração em que, devido à participação do infrator num programa nacional de clemência, apenas é possível declarar a sua infração ao direito europeu e nacional em matéria de concorrência, ainda se pode falar de um processo destinado à aplicação de uma coima, ao qual o princípio *ne bis in idem* se deve aplicar, e se esse processo de simples declaração constitui um segundo processo inadmissível. Para este efeito foi colocada a quarta questão.

DOCUMENTO DE TRABALHO