

Processo C-311/24**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:**

29 de abril de 2024

Órgão jurisdicional de reenvio:

Oberlandesgericht Wien (Tribunal Regional Superior de Viena, Áustria)

Data da decisão de reenvio:

26 de abril de 2024

Requerente:

Bundewettbewerbsbehörde (Autoridade Federal da Concorrência, Áustria)

Requerida:

M. GmbH

Objeto do processo principal

Aplicação de uma coima adequada ao abrigo do § 6, n.º 2, da Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (Lei das Condições de Concorrência Leal, a seguir «FWBG»), no âmbito de interpelações para pagamento a fornecedores

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação do artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva (UE) 2019/633 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar (a seguir «Diretiva 2019/633»); conformidade do direito austríaco com esta diretiva; artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1a) Deve o artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva (UE) 2019/633 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar (a seguir «Diretiva 2019/633») ser interpretado no sentido de que esta disposição se opõe, num caso em que um comprador, por força de uma decisão tomada com uma motivação uniforme, interpela para pagamento, no mesmo dia, por separado, diferentes fornecedores sujeitos à proteção conferida pelo artigo 1.º da referida diretiva, contrariamente ao disposto no artigo 3.º, n.º 1 alínea d), da mesma diretiva, a uma disposição nacional nos termos da qual estas interpelações para pagamento devem ser consideradas, no seu conjunto, como uma única infração (unidade de ação) a que corresponde uma única sanção?

1b) É relevante para efeitos da resposta à questão 1a), à luz do requisito previsto no artigo 6.º, n.º 1, último período, da Diretiva 2019/633, nos termos do qual a sanção deve ser efetiva, proporcionada e dissuasiva, tendo em conta a natureza, duração, recorrência e gravidade da infração, que, de acordo com a norma sancionatória austríaca (§ 6, n.º 2, da FBWG), possa ser aplicada uma coima até um montante máximo de (apenas) 500 000 euros?

2. No caso de resposta afirmativa à questão 1a):

Deve o artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 2019/633 ser interpretado no sentido de que cada interpelação para pagamento efetuada a cada fornecedor — na medida em que viole a proibição prevista no artigo 3.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2019/633 — deve ser considerada uma prática comercial sancionável autonomamente, passível de uma sanção (coima) própria de acordo com o princípio da cumulação, devendo, por conseguinte, ser aplicada uma pluralidade de coimas, tendo em conta que a norma sancionatória austríaca (§ 6, n.º 2, da FBWG) prevê a aplicação de uma coima até um montante máximo de 500 000 euros?

Disposições de direito da União e de direito internacional invocadas

Artigo 101.º, n.º 3, TFUE

Artigo 102.º TFUE

Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, artigo 25.º

Diretiva (UE) 2019/633 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar (a seguir «Diretiva 2019/633»)

O artigo 6.º, n.º 1, alínea e), e n.º 1, último período, da Diretiva (UE) 2019/633 dispõe:

«1. Os Estados-Membros devem garantir que cada uma das suas autoridades competentes dispõe dos recursos e dos conhecimentos especializados necessários para executar as suas atribuições, conferindo-lhes os seguintes poderes:

[...]

e) Impor ou iniciar processos para a aplicação aos infratores de coimas, de outras sanções igualmente eficazes e de medidas cautelares, em conformidade com as normas e os procedimentos nacionais;

[...]

As sanções a que se refere a alínea e) do primeiro parágrafo devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas, tendo em conta a natureza, duração, recorrência e gravidade da infração.»

Artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Jurisprudência dos tribunais da União e dos tribunais internacionais

Acórdão de 8 de julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356

Acórdão de 1 de julho de 2010, AstraZeneca/Comissão, T-321/05, EU:T:2010:266

Acórdão de 5 de junho de 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319

Acórdão de 24 de junho de 2015, Fresh Del Monte Produce/Comissão e Comissão/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P e C-294/13 P, EU:C:2015:416

Acórdão de 26 de janeiro de 2017, Villeroy & Boch — Bélgica/Comissão, C-642/13 P, EU:C:2017:58

Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197

Acórdão de 12 de setembro de 2019, Maksimovic e o., C-64/18, C-140/18, C-146/18 e C-148/18, EU:C:2019:723

Acórdão de 22 de outubro de 2020, Silver Plastics e Johannes Reifenhäuser/Comissão, C-702/19 P, EU:C:2020:857

Acórdão de 22 de março de 2022, Nordzucker e o., C-151/20, EU:C:2022:203

Acórdão de 16 de junho de 2022, Sony Corporation e Sony Electronics/Comissão, C-697/19 P, EU:C:2022:478

Acórdão de 16 de junho de 2022, Toshiba Samsung Storage Technology e Toshiba Samsung Storage Technology Korea/Comissão, C-700/19 P, EU:C:2022:484

Acórdão de 9 de novembro de 2023, Altice Group Lux/Comissão, C-746/21 P, EU:C:2023:836

TEDH, 10 de fevereiro de 2009, Zolotukhin/Rússia, Processo n.º 14939/03

Disposições e jurisprudência nacionais invocadas

Faire-Wettbewerbsbedingungen-Gesetz (Lei das Condições de Concorrência Leal, a seguir «FWBG») (BGBl I 2021/239) que transpôs a Diretiva 2019/633:

O § 5a, n.º 2, pontos 1 a 5, da FWBG transpõe *ipsis verbis* o artigo 1.º, n.º 2, alíneas a) a e), da Diretiva 2019/633, estabelecendo o § 5a, n.º 3, da FWBG, em termos análogos aos do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2019/633, o âmbito territorial das vendas na União Europeia.

O § 5a da FWBG dispõe:

«(1) As disposições da presente secção regulam a luta contra práticas comerciais desleais no âmbito da venda de produtos agrícolas e alimentares. Destinam-se a transpor a Diretiva (UE) 2019/633, relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar, JO n.º L 111 de 25 de abril de 2019 p. 59 (a seguir «Diretiva (UE) 2019/633»). A primeira secção e a Kartellgesetz 2005 (Lei dos Cartéis de 2005, a seguir «KartG 2005»), BGBl. I n.º 61/2005, não são prejudicadas.

(2) As disposições da presente secção aplicam-se às práticas comerciais na venda de produtos agrícolas e alimentares de:

1. Fornecedores cujo volume anual de negócios não exceda os 2 000 000 de euros a compradores cujo volume anual de negócios exceda os 2 000 000 de euros;

2. Fornecedores cujo volume anual de negócios se situe entre os 2 000 000 de euros e os 10 000 000 de euros a compradores cujo volume anual de negócios exceda os 10 000 000 de euros;

3. Fornecedores cujo volume anual de negócios se situe entre os 10 000 000 de euros e os 50 000 000 de euros a compradores cujo volume anual de negócios exceda os 50 000 000 de euros;

4. *Fornecedores cujo volume anual de negócios se situe entre os 50 000 000 de euros e os 150 000 000 de euros a compradores cujo volume anual de negócios exceda os 150 000 000 de euros;*

5. *Fornecedores cujo volume anual de negócios se situe entre os 150 000 000 de euros e os 350 000 000 de euros a compradores cujo volume anual de negócios exceda os 350 000 000 de euros,*

[...]

3. *Esta secção aplica-se a vendas nas quais o fornecedor ou o comprador, ou ambos, se encontram estabelecidos na União.*

[...]»

O § 5c, n.º 1, da FWBG: «*As práticas comerciais enunciadas no anexo I são proibidas. [...]*»

O título do anexo I da FWBG é o seguinte: «Práticas comerciais proibidas em qualquer circunstância:»

O **anexo I, ponto 4, da FWBG** dispõe: «*Exigência, pelo comprador ao fornecedor, de pagamentos que não estão relacionados com a venda de produtos agrícolas e alimentares do fornecedor.*»

A prática proibida referida no § 5c em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG corresponde à que se encontra enumerada no artigo 3.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2019/633. Esta norma de proibição foi transposta literalmente.

O § 5b, ponto 2, da FWBG dispõe:

«*“Comprador”*: qualquer pessoa singular ou coletiva, que não consumidor, independentemente do local onde essa pessoa esteja estabelecida, ou qualquer autoridade pública na União, que adquira produtos agrícolas e alimentares. O termo “comprador” pode incluir agrupamentos de tais pessoas singulares ou coletivas;»

O § 5b, ponto 3, da FWBG dispõe:

«*“Fornecedor”*: qualquer produtor agrícola ou qualquer pessoa singular ou coletiva que, independentemente do local onde esteja estabelecido, venda produtos agrícolas e alimentares; o termo “fornecedor” pode incluir agrupamentos desses produtores agrícolas ou agrupamentos dessas pessoas singulares ou coletivas, tais como organizações de produtores, organizações de fornecedores e associações dessas organizações;»

As definições de «comprador» e «fornecedor» contidas na FWBG, no § 5b, pontos 2 e 3, têm a mesma redação do que as da Diretiva 2019/633 (artigo 2.º, ponto 2)

Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Lei Federal de 23 de janeiro de 1974 sobre factos puníveis com sanção penal) (Strafgesetzbuch, Código Penal, a seguir «StGB»), BGBl. I n.º 60/1974, § 28, n.º 1

Verwaltungsstrafgesetz 1991 (Lei de 1991 relativa às Sanções Administrativas, a seguir «VStG»), BGBl. I n.º 52/1991, § 22, n.º 2

Kartellgesetz 2005 (Lei dos Cartéis de 2005, a seguir «KartG 2005»), BGBl. I n.º 61/2005; §§ 1, 2, 4a, 5, 29, 33

Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), 20 de junho de 2001, 11 Os 51/11a

Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), 27 de fevereiro de 2006, 16 Ok 52/05

Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), 11 de abril de 2007, 13 Os 1/07g

Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), 17 de setembro de 2013, 11 Os 73/13i

Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), 8 de outubro de 2015, 16 Ok 2/15b

Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), 11 de maio de 2023, 16 Ok 3/23m

Apresentação sucinta dos factos e do processo

- 1 A requerida foi fortemente atingida, do ponto de vista económico, pelos efeitos da pandemia do coronavírus no turismo e pela conseqüente falta de clientela no setor da venda a retalho de produtos alimentares, tendo sido confrontada com aumentos maciços dos custos, sobretudo no setor da energia, bem como com uma inflação elevada e um aumento dos custos de financiamento devido à evolução das taxas de juro.
- 2 A requerida contratou uma empresa de consultoria para a apoiar na implementação de um «processo de transformação», a fim de assegurar a manutenção a longo prazo da empresa e a sua competitividade.
- 3 A reorientação estratégica previa uma transformação em todos os domínios da empresa, mas especialmente na gestão por categorias, logística, e *marketing*, bem como uma reestruturação dos mercados (por exemplo, planeou-se uma ampliação das prateleiras com alturas novas, o que tornava necessário um novo pavimento de menor espessura).

- 4 Aconselhada pela empresa de consultoria, a requerida organizou, em 16 de maio de 2023, uma conferência em linha para os fornecedores («Supplier-Day»), no âmbito da qual expôs aos seus fornecedores uma panorâmica geral da situação vivida no mercado e dos problemas associados, bem como das perdas então sofridas pela requerida. Numa perspetiva de futuro, foi explicado o processo de transformação em que a requerida se encontrava.
- 5 No decurso da conferência «Supplier-Day», a requerida anunciou aos seus fornecedores que iria seguir-se um pedido de apoio financeiro para o processo de transformação.
- 6 Em 17 de maio de 2023, foram enviadas mensagens de correio eletrónico de acompanhamento com faturas pró-forma anexas relativas a diferentes montantes fixos. Estas faturas prosseguiram o objetivo e plano de conjunto de financiar os custos do referido processo de transformação através de uma contribuição monetária dos fornecedores. As mensagens foram endereçadas a cada um dos fornecedores e foram enviadas simultaneamente.
- 7 À exceção do montante da fatura pró-forma e da distinção consoante o respetivo fornecedor tivesse ou não participado na conferência Supplier-Day, as referidas mensagens de correio eletrónico eram idênticas para todos os fornecedores:

«[...]»

De forma a conseguirmos implementar [este processo de transformação], necessitamos do seu apoio. Em concreto, [a requerida] espera que, na qualidade de cliente destacado da nossa empresa, faça um investimento de 15.000 euros [Nota: os montantes nas mensagens de correio eletrónico variam] no nosso futuro comum.

Para este efeito, preparámos uma fatura pró-forma.

Teremos em conta a sua disponibilidade para nos ajudar na qualidade de parceiro comercial. Sublinhamos que o seu investimento irá reforçar de forma duradoura a nossa parceria e contribuirá para forjarmos em conjunto um futuro de sucesso. Cabe-lhe a si transformar este projeto em realidade.»

- 8 Em 10 de novembro de 2023, a requerente apresentou no Kartellgericht (Tribunal da Concorrência) dezasseis pedidos distintos contra a requerida, para efeitos de aplicação de uma coima adequada nos termos do § 6, n.º 2, da FWBG, com o fundamento de que a requerida tinha violado o § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG, ao exigir de dezasseis fornecedores, na qualidade de compradora, um pagamento que não estava relacionado com a venda de produtos agrícolas e alimentares.
- 9 A Secção do Oberlandesgericht Wien (Tribunal Regional Superior de Viena) que submeteu o pedido de decisão prejudicial, irá pronunciar-se sobre quatro interpelações para pagamento no valor de 10.000 a 18.000 euros.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 10 Segundo a **requerente**, a requerida violou o § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG, ao efetuar cada um dos pedidos de pagamento.
- 11 Está preenchido o requisito do volume de negócios (estabelecido no § 5a, n.º 2, da FWBG), para efeitos da aplicação da segunda secção da FWBG, entre o volume de negócios da requerida enquanto compradora, na aceção do § 5b, ponto 2, da FWBG, e o volume de negócios do fornecedor, na aceção do § 5b, ponto 3, da FWBG.
- 12 A **requerida** contesta a existência de violação da FWBG, uma vez que não exigiu quaisquer pagamentos na aceção do § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG. A requerida limitou-se a fazer um pedido de investimento, com referência explícita ao carácter voluntário do pagamento.

Alegação quanto à apresentação de pedidos por separado

- 13 A **requerente** alega que a requerida violou dezasseis vezes o § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG, ao exigir um pagamento proibido à luz do § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG a dezasseis fornecedores distintos e em montantes diferentes.
- 14 A parte pertinente da FWBG procedeu à transposição da Diretiva 2019/633. A opção de redação na Diretiva 2019/633 e na FWBG indica claramente que é intenção do legislador avaliar as infrações praticadas com base no fornecedor e no comprador individualmente considerados ou socorrer-se destes dois indivíduos como critério decisivo para a apreciação da identidade. Tal decorre, desde logo, das definições de «comprador» e «fornecedor», uma vez que as definições de ambos os conceitos preveem que devem ser entendidos por «qualquer pessoa singular ou coletiva, independentemente do local onde essa pessoa esteja estabelecida» ou «agrupamentos de tais pessoas singulares ou coletivas». Em conjugação com as disposições relativas ao cálculo do volume anual de negócios relevante (§ 5a, n.º 2, da FWBG), pode inferir-se — com base nas definições de «empresa autónoma», «empresa parceira» e «empresa associada» constantes do anexo da Recomendação 2003/361/CE — que por «comprador» e «fornecedor» devem, em princípio, entender-se empresas individuais e autónomas, exceto estando em causa um grupo de empresas.
- 15 Na formulação da sanção penal, o legislador austríaco optou por estabelecer um montante máximo de 500 000 euros em vez de uma percentagem do volume anual de negócios (§ 6, n.º 2 da FWBG).
- 16 Na tipificação das práticas comerciais desleais proibidas é utilizado o singular de «fornecedor» ou «comprador». A utilização intencional do singular apresenta uma relação lógica com os volumes anuais de negócios a ter em conta ao abrigo do § 5a da FWBG, os quais devem, geralmente, ser calculados apenas para a

«empresa autónoma», «empresa parceira» e «empresa associada». A opção concreta pelo singular no que respeita ao conceito de «fornecedor» ou «comprador» resulta, em especial, da formulação da prática comercial desleal prevista no anexo I, ponto 4, da FWBG. Ali se prevê que constitui uma prática comercial desleal a reclamação de um ou vários pagamentos (utilização do plural) a um fornecedor.

- 17 Do objetivo de proteção da Diretiva 2019/633 e da segunda secção da FWBG, decorre, em princípio, a necessidade de condução de processos separados para cada fornecedor afetado por uma prática comercial desleal do comprador.
- 18 A Diretiva 2019/633, transposta pela segunda secção da FWBG, não constitui — conforme alega a requerida — um «direito da concorrência especial», criando antes um contexto normativo no qual o processo de negociação entre os intervenientes na cadeia de abastecimento alimentar conduz a um resultado justo.
- 19 Assim, deve proceder-se a uma distinção entre problemas decorrentes de potenciais práticas comerciais desleais e problemas respeitantes a práticas anticoncorrenciais. A Diretiva 2019/633 não visa proteger a concorrência enquanto instituição nem proteger os consumidores da publicidade enganosa e de outras práticas desleais, mas sim manter um equilíbrio adequado de interesses entre os fornecedores e os seus clientes nas relações entre empresas. (v. considerandos 1 e 6)
- 20 Além disso, resulta claramente dos considerandos 7 e 14 da Diretiva 2019/633 que os produtores primários da cadeia de abastecimento agrícola e alimentar são os destinatários da proteção, os quais devem ser protegidos contra o impacto negativo direto ou indireto das práticas comerciais desleais. Nesse contexto, é sempre considerado o poder de negociação relativo entre o fornecedor individual e o comprador individual, o qual deve ser avaliado com base no respetivo volume anual de negócios.
- 21 É precisamente a existência de um desequilíbrio deste poder de negociação — entre o fornecedor individual e o comprador individual — que abre o âmbito de aplicação da Diretiva 2019/633 e, deste modo, a necessidade de lutar contra as práticas comerciais desleais. Por conseguinte, o desequilíbrio do poder de negociação constitui um elemento identificador essencial de cada infração individual. No que respeita à unidade de ação, atento o objetivo de proteção resultante da Diretiva 2019/633, deve ser tida em conta a relação individual entre o comprador e o fornecedor, com base na qual deve, igualmente, ser avaliada a gravidade individual da prática comercial desleal aplicada.
- 22 A Comissão Europeia indica claramente na exposição de motivos do projeto da Diretiva (UE) 2019/633 [Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento alimentar, de 12 de abril de 2018, COM (2018) 173 final, 2018/0082 (COD) (a seguir «Projeto da Diretiva 2019/633»)]

eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0173, consultado em 03 de janeiro de 2024], que o âmbito de aplicação do direito da concorrência se distingue do da luta contra as práticas comerciais desleais e que estes conjuntos de regras coexistem de forma independente e complementar. Por último, merece igualmente referência a base jurídica em que assenta a adoção da Diretiva 2019/633. Se se tivesse pretendido adotar regras (especiais) de concorrência para a cadeia de abastecimento agrícola e alimentar, o artigo 103.º TFUE poderia ter sido utilizado como base jurídica. No entanto, não se fez uso desta possibilidade. Em seu lugar, optou-se pelo artigo 43.º, n.º 2, TFUE, que visa a prossecução dos objetivos da política comum da agricultura e pescas.

- 23 Tal significa que não existe qualquer base para a aplicação da figura jurídica da infração única, complexa e continuada, desenvolvida no direito da União em matéria de concorrência.
- 24 Ao formular a sanção penal, o legislador austríaco optou por estabelecer um montante máximo fixo em vez de uma percentagem, contrariamente ao que sucede no direito da concorrência. Dentro deste montante máximo, é igualmente relevante, no âmbito do cálculo de uma coima específica, a que classe de dimensão do volume de negócios (§ 5a, n.º 2, da FWBG) pertence um comprador. Enquanto para um comprador abrangido pelo ponto 1 da referida disposição uma sanção penal até 500 000 euros ameaça consideravelmente a sua existência, no caso de um comprador que se integre nas classes de volume de negócios mais elevadas até ao ponto 6 da disposição, a referida infração não parece ser apropriada para refletir adequadamente violações graves e abrangentes, dentro de um montante máximo comum. Pelo contrário, e à semelhança do que sucede no direito administrativo sancionatório, deve, neste caso, partir-se da aplicação do princípio da cumulação, devendo, para cada infração individual ser determinada uma coima dentro do valor de 500 000 euros. No contexto das observações anteriores e à luz de uma interpretação conforme com a diretiva, tal significaria entender que a segunda secção da FWBG adotou, em princípio, uma abordagem baseada no exame caso a caso e, conseqüentemente, na condução de processos separados.
- 25 Por conseguinte, a condução dos dezasseis processos individuais não constitui uma separação artificial, mas sim a consequência necessária da aplicação dos critérios de apreciação individuais previstos na FWBG.
- 26 A **requerida** opôs-se à apresentação por separado dos pedidos e à condução em separado dos processos, com o fundamento de que todos os dezasseis pedidos apresentados separadamente pela requerente se baseiam nos mesmos factos, tratando-se, por conseguinte, da alegação da prática de uma única infração. A divisão artificial em dezasseis processos viola o princípio *ne bis in idem*.
- 27 Nos últimos tempos, quanto à questão da existência da mesma infração, o THDH tem atendido essencialmente às situações a avaliar (os mesmos factos)

(fundamentalmente, TEDH, 10 de fevereiro de 2009, 14939/03, Zolotukhin/RU, n.ºs 71 e segs., 82 e segs.). Por conseguinte, existe uma violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH se a mesma situação conduzir a diversos procedimentos penais ou punições com base nos mesmos factos ou em factos essencialmente idênticos («*identical facts or facts which are substantially the same*»). De acordo com a jurisprudência do TEDH, deve considerar-se a existência de um *idem* sempre que ambas as infrações assentarem nos mesmos factos ou em factos essencialmente idênticos. Segundo o TEDH, deve atender-se às circunstâncias que formem um complexo de factos, indissociavelmente ligados entre si no tempo e espaço. De acordo com o Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), deve considerar-se que existe uma ação idêntica, um *idem*, quando os processos ou as decisões tiverem por base os mesmos factos, independentemente da qualificação jurídica ou do bem jurídico lesado. O Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça) sublinhou no processo 11 Os 73/13i: «*Os critérios de apreciação a utilizar devem ser o momento e o lugar da prática dos factos, o objeto, a ação, o autor, o ofendido e o resultado causado ou pretendido. Neste contexto, não pode proceder-se a uma divisão de um complexo de factos que, pela sua natureza, estão indissociavelmente ligados entre si e coincidem no tempo e no espaço, em atos artificialmente separados.*»

- 28 Esta definição de *idem* significa que a alegação formulada pela requerente contra a requerida em dezasseis processos da violação do § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 5, da FWBG se refere a uma única e mesma situação de facto.
- 29 O § 6, n.º 2, da FWBG estabelece que o Kartellgericht pode «[...] aplicar uma coima até um montante máximo de 500 000».
- 30 Ao instaurar processos separados, a requerente contornou a medida legal que prevê **uma** coima até um montante máximo de 500.000 euros. Tal conduz não apenas a uma sobrecarga da capacidade financeira da requerida, mas também a uma multiplicação dos custos processuais e a uma sobrecarga excessiva da atividade judicial.
- 31 Uma vez que todos os pedidos de investimento dirigidos aos fornecedores se baseavam no plano de conjunto destinado a compensar os custos do processo de transformação através de uma contribuição financeira dos seus fornecedores de produtos agrícolas e alimentares a fim de assegurar a continuidade da requerida, está em causa uma ação única.
- 32 A título subsidiário, a requerida alega que está em causa a imputação da prática de uma **infração única e continuada**. De acordo com a jurisprudência constante, uma violação do direito da concorrência pode resultar não apenas de um ato isolado, mas igualmente de uma série de atos, ou mesmo de um comportamento continuado, quando efetivamente um ou diversos elementos dessa série de atos ou desse comportamento continuado também possam constituir, por si só e considerados isoladamente, uma violação da referida disposição (TJUE, C-697/19 P, n.º 62). Trata-se de uma figura jurídica criada pela jurisprudência,

com origem no acórdão de referência do Tribunal de Justiça no processo C-49/92 P. Os órgãos jurisdicionais da União declararam, a este respeito, que *«[...] acordos e as práticas concertadas observados [...] se inscreviam, em virtude da identidade do seu objeto, em sistemas de reuniões periódicas, de fixação dos objetivos de preços e de quotas, sistemas esses que se inscreviam, por sua vez, numa série de esforços das empresas em causa que prosseguiam um único fim económico, a saber, falsear a evolução dos preços. Seria, portanto, artificial subdividir esse comportamento contínuo, caracterizado por uma única finalidade, vendo nele diversas infrações distintas.»*

Também na Áustria, a figura jurídica da infração única e continuada é utilizada na jurisprudência constante no que respeita às infrações em matéria de concorrência (16 Ok 2/15b).

O conceito de infração única e continuada pressupõe a existência de um «plano de conjunto» no qual os diferentes atos se inscrevem em virtude da sua finalidade idêntica, independentemente do facto de um ou vários desses atos poderem constituir, por si só e considerados isoladamente, uma violação do direito da concorrência.

- 33 A jurisprudência europeia também aplica esta figura jurídica às violações do artigo 102.º TFUE/§ 5 da KartG. Segundo o Tribunal Geral (T-321/05, n.ºs 892 e segs.), na aplicação desta figura jurídica da infração única e continuada a formas de abuso cabe verificar se os diversos atos são complementares entre si.
- 34 A figura jurídica da infração única e continuada é igualmente aplicável a infrações à FWBG ou às disposições de transposição da Diretiva 2019/633 contidas nos §§ 5a e segs. da FWBG, se existir uma complementaridade entre as infrações, ou seja, se estas forem semelhantes na forma como são praticadas, estiverem estreitamente relacionadas no tempo e se tiverem por base uma intenção ou plano conjunto, uma vez que as disposições de transposição da Diretiva 2019/633 previstas nos §§ 5a e segs. da FWBG e as infrações aí referidas apresentam, no que respeita ao objetivo de proteção, à finalidade legislativa e aos efeitos, uma sistemática muito semelhante às proibições em matéria de direito da concorrência previstas no artigo 102.º TFUE /§ 5 da KartG.
- 35 O comportamento da requerida em relação aos dezasseis fornecedores diz respeito a um complexo de factos que, pela sua natureza, estão indissociavelmente ligados entre si. O conceito de investimento foi integralmente desenvolvido pela consultoria de empresa contratada pela requerida e por esta (parcialmente) aceite. O objetivo era conseguir uma melhor posição no mercado através da reestruturação e de investimentos adicionais. Para o efeito, os fornecedores fortes, do ponto de vista financeiro, deviam ser especificamente convidados a realizar um investimento que contribuísse para a sustentabilidade do seu cliente. Neste contexto, deve partir-se do princípio de que o requisito acima referido da existência de um «plano conjunto» está claramente preenchido no âmbito do pedido de investimento.

- 36 Uma análise do objetivo da Diretiva 2019/633 e da FWBG evidencia que a FWBG pode ser qualificada de regulamentação em matéria de direito da concorrência ou de cartéis.
- 37 Dos considerandos da Diretiva 2019/633 decorre que esta visa proteger os fornecedores de um setor específico dos compradores mais poderosos. Para o efeito, a Diretiva 2019/633 define uma série de «comportamentos» que parecem ser absoluta ou relativamente proibidos. De notar que estes comportamentos das empresas dominantes violam, por si só, o controlo dos abusos no direito da concorrência. As referidas práticas apresentam uma grande proximidade com o direito da concorrência. A Diretiva 2019/633 e o direito da concorrência prosseguem a mesma ideia base de «proteção contra os desequilíbrios do mercado».
- 38 Em especial, a redação do considerando 9, concretamente na parte em que refere «diferenças de poder negocial, que correspondem à dependência económica do fornecedor relativamente ao comprador», estabelece uma relação direta com a regulamentação em matéria de controlo de abusos prevista no § 5 da KartG/artigo 102.º TFUE.
- 39 A expressão «acordos equitativos e geradores de eficiência» é igualmente comparável, nas suas linhas gerais, à exceção prevista no artigo 101.º, n.º 3, TFUE ou no § 2 da KartG.
- 40 Por último, não deve deixar de se ter em conta a organização da estrutura da Diretiva 2019/633 e dos §§ 5a e segs. da FWBG, que, no que respeita ao «catálogo de proibições», se assemelha, em grande medida, às disposições com a mesma designação dos regulamentos de isenção por categoria ao nível do direito da concorrência, a designada «lista negra», e às práticas admitidas sob determinadas condições, a designada «lista cinzenta».
- 41 Consequentemente, é de notar que a figura jurídica da infração única e continuada foi desenvolvida para situações conjuntas como a do presente caso. A sistemática das infrações previstas nos §§ 5a e segs. da FWBG baseia-se no direito da concorrência, em especial no § 5 da KartG, cujo âmbito de aplicação apenas difere da Diretiva 2019/633 e da FWBG no que respeita ao requisito rigoroso da posição dominante no mercado. Consequentemente, seria artificial que uma infração coerente, caracterizada por um plano conjunto, fosse dividida em diversas infrações pelo simples facto de estar prevista nos §§ 5a e segs. da FWBG e não no § 5 da KartG. Pelo contrário, a jurisprudência relativa à infração única e continuada deve igualmente ser aplicada às infrações à FWBG.
- 42 A não aplicação da figura jurídica da infração única e continuada ou do delito continuado viola igualmente o princípio da equivalência previsto no direito da União.
- 43 A obrigação de garantir a eficácia prática do direito da União, que assenta no dever de lealdade e de cooperação dos Estados-Membros ao abrigo do artigo 4.º,

n.º 3, TUE, inclui, igualmente, a proteção efetiva de posições jurídicas subjetivas resultantes de uma norma de conduta objetiva na sua execução. Daqui decorrem exigências específicas quanto à elaboração da legislação nacional aplicável na falta de disposições de direito da União. Por conseguinte, as disposições substantivas e processuais para punir as infrações ao direito da União devem ser equivalentes às que sancionam as correspondentes infrações ao direito nacional (princípio da equivalência).

- 44 O mesmo se aplica à relação entre os §§ 5a e segs. da FWBG, baseados no direito da União (Diretiva 2019/633), e o § 1 e segs. da KartG. A autonomia processual e, em parte, também a liberdade de organização substantiva (no âmbito da transposição da diretiva) termina quando a equivalência é perturbada. Essa perturbação da equivalência verifica-se se, não obstante a ampla semelhança com a KartG, a aplicação interna dos §§ 4a e segs. da FWBG seguir outras modalidades de aplicação. Tal decorre igualmente da própria Diretiva 2019/633, segundo a qual os direitos de defesa do comprador garantidos (pelo direito da União) devem ser salvaguardados pelas autoridades competentes (considerando 35 e artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2019/633). Estes direitos de defesa não devem ser reduzidos em virtude de uma divisão excessiva de uma infração (continuada), pois tal seria contrário à equivalência.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 45 Tendo em conta o objetivo definido na Diretiva 2019/633, a saber, compensar os frequentes desequilíbrios no tocante ao poder de negociação existentes entre compradores e fornecedores na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar, é necessário avaliar a transposição nacional em conformidade com esta orientação. Em seguida, a natureza das coimas previstas no § 6, n.º 2, da FWBG deve ser qualificada juridicamente, devendo, por último, ser abordada a doutrina austríaca do concurso no caso de pluralidade de violações da lei, relacionando este sistema com a Diretiva 2019/633.
- 46 O desequilíbrio entre a capacidade económica do fornecedor e a do cliente (comprador) é expresso no artigo 1.º da Diretiva 2019/633 com base em limiares de volume de negócios, que foram transpostos para o direito austríaco pelo § 5a, n.º 2, pontos 1 a 5, da FWBG. Em conformidade com a Diretiva 2019/633, o § 5a, pontos 1 a 5, da FWBG estabelece limiares máximos e mínimos de volume de negócios como condição para a aplicação dos §§ 5a e segs. da FWBG.
- 47 Os considerandos da Diretiva 2019/633 não foram incluídos na FWBG. No entanto, foram reproduzidos *ipsis verbis* nos seus trabalhos preparatórios, em concreto na exposição de motivos da proposta de lei do Governo (ErlRV 1167 XXVII. GP, 1).
- 48 Por força do artigo 6.º da Diretiva 2019/633, o § 6, n.º 2, da FWBG estabelece a aplicação de uma coima como sanção em caso de infração da proibição de práticas comerciais desleais.

- 49 Segundo a Secção de reenvio, trata-se de uma norma sancionatória que reveste carácter penal.

A coima prevista na Lei dos Cartéis austríaca

- 50 De acordo com o seu objetivo e efeito, a coima prevista na Lei dos Cartéis austríaca constitui uma sanção com um carácter semelhante ao do direito penal (Oberster Gerichtshof em RIS-Justiz RS0120560). O objetivo das coimas previstas no § 29 da KartG é punir a ilegalidade praticada (repressão) e prevenir a prática de novas infrações (prevenção), independentemente de o comportamento não autorizado ainda perdurar ou de os seus efeitos ainda se verificarem. As coimas previstas no direito em matéria de cartéis constituem um meio de coerção do Estado e, por conseguinte, integram o direito penal em sentido lato (Koprivnikar/Mertel in Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 29 KartG 2005).
- 51 A coima prevista no § 29.º da KartG preenche igualmente os critérios estabelecidos pelo TJUE no processo C-151/20 para a sua qualificação como sanção de natureza penal.
- 52 No processo C-151/20, o Tribunal de Justiça declarou a este respeito:

«n.º 29: O artigo 50.º da Carta dispõe que “[n]inguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei”. Assim, o princípio *ne bis in idem* proíbe o cúmulo tanto de procedimentos como de sanções que revistam natureza penal na aceção deste artigo pelos mesmos factos e contra a mesma pessoa (Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 25 e jurisprudência referida).

n.º 30: No que diz respeito à apreciação da natureza penal dos procedimentos e das sanções em causa, que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar, há que recordar que são pertinentes três critérios. O primeiro é a qualificação jurídica da infração em direito interno, o segundo é a própria natureza da infração, sendo o terceiro o nível de severidade da sanção suscetível de ser aplicada ao interessado (v., neste sentido, Acórdãos de 5 de junho de 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, n.º 37, e de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.ºs 26 e 27).

n.º 31: A este respeito, há que salientar que a aplicação do artigo 50.º da Carta não se limita apenas aos procedimentos e às sanções qualificados de “penais” pelo direito nacional, abrangendo — independentemente de semelhante qualificação em direito interno — os procedimentos e as sanções que se deva considerar revestirem natureza penal com base nos dois outros critérios indicados no número anterior (v., neste sentido, Acórdão de 20 de março de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, n.º 30).»

A coima prevista no § 6, n.º 2, da FWBG

- 53 Os critérios estabelecidos em relação à qualificação da coima ao abrigo da KartG como uma sanção de carácter penal são igualmente preenchidos pelo § 6, n.º 2, da FWBG.
- 54 A ameaça da aplicação de uma coima prevista no § 6, n.º 2, da FWBG transpõe a medida sancionatória prevista no artigo 6.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 2019/633. No cálculo do montante da coima deve ter-se em conta, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 2, da FWBG, a gravidade e a duração da infração, o enriquecimento alcançado em virtude da duração da infração, o grau de culpa e a capacidade económica. Esta sanção deve, em conformidade com as exigências previstas no artigo 6.º, n.º 1, último período, da Diretiva 2019/633, ser efetiva, proporcionada e dissuasiva, tendo em conta a natureza, duração, recorrência e gravidade da infração. Deste modo, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2019/633 estabelece como critério do grau de severidade da sanção suscetível de ser aplicada ao interessado (C-151/20 — Bundeswettbewerbsbehörde/Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH) que a ilegalidade cometida deva ser eficazmente punida (repressão) e que a prática de outras infrações deva ser prevenida no sentido de uma dissuasão (prevenção). Uma vez que o efeito repressivo e preventivo, enquanto características típicas da pena (Oberster Gerichtshof, 16 Ok 52/05), devem ser alcançados de acordo com as exigências claras previstas no artigo 6.º, n.º 1, último período, da Diretiva 2019/633, a transposição realizada na Áustria no § 6, n.º 2, da FWBG, com uma moldura penal até 500 000 euros, constitui uma sanção de natureza penal.
- 55 Tendo em conta esta qualificação jurídica da norma sancionatória austríaca como uma medida sancionatória de carácter penal, coloca-se a questão de saber de que forma deve ser sancionado um comportamento que violou repetidamente o § 5 c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG (artigo 3.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2019/633), o que é alegado pela requerente no processo em causa.

Conceitos no direito penal austríaco em caso de pluralidade de infrações — doutrina do concurso

- 56 Ao contrário do Strafgesetzbuch (Código Penal, a seguir «StGB») austríaco e da Verwaltungsstrafgesetz (Lei relativa às Sanções Administrativas, a seguir «VStG»), a FWBG não prevê a forma como deve ser aplicada a sanção no caso de serem praticadas várias infrações.
- 57 A Lei dos Cartéis austríaca também não contém qualquer disposição sobre esta matéria (v. Koprivnikar/Mertel *in* Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht, § 29, n.º 5).
- 58 No caso de violações repetidas e continuadas do direito da concorrência, foi desenvolvida, em linha com a jurisprudência e doutrina dominantes, a figura

jurídica da infração única e continuada nas condições que serão explicitadas mais detalhadamente *infra*, que considera dogmaticamente as violações múltiplas uma ação única a título de concurso ideal.

- 59 Neste caso, coloca-se a questão de saber se deve recorrer-se à figura jurídica da infração única e continuada em caso de pluralidade de infrações à FWBG. Tal carece de uma análise mais detalhada da figura jurídica da infração única e continuada.

Infração única e continuada

- 60 O Regulamento n.º 1/2003 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º TFUE utiliza o conceito de infração continuada no seu artigo 25.º, n.º 2.
- 61 De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, deve considerar-se que se verifica uma infração única e continuada quando exista um «plano de conjunto», no qual se inscrevem diferentes atos, em razão do seu objetivo idêntico que falseia o jogo da concorrência no mercado interno, independentemente do facto de um ou vários desses atos também poderem constituir, por si só e considerados isoladamente, uma violação do artigo 101.º TFUE (C-702/19 P e C-642/13).
- 62 Assim, quando as diferentes ações se inscrevem num «plano de conjunto» em razão do seu objetivo idêntico que falseia o jogo da concorrência no mercado interno, a Comissão pode imputar a responsabilidade por essas ações em função da participação na infração considerada como um todo (C-642/13P; v., neste sentido, Acórdão nos processos C-293/13 P e C-294/13 P, n.º 156 e jurisprudência referida).
- 63 Verificando-se estas condições, seria artificial cindir esse comportamento contínuo caracterizado por uma única finalidade e construir, a partir do mesmo, várias infrações independentes (C-642/13 P, C-702/19 P e C-700/19 P).
- 64 Contrariamente ao artigo 25.º do Regulamento n.º 1/2003, a KartG austríaca não distingue entre infrações continuadas e outros tipos de infrações (Schwarz *in* Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 33 da KartG 2005).
- 65 Desde a Decisão 16 Ok 2/15b, que a figura jurídica da infração única e continuada é reconhecida na Áustria pelo Supremo Tribunal de Justiça no caso de violações do artigo 101.º TFUE.
- 66 O Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça) declarou que uma série de comportamentos sucessivos ilegais constitui uma infração continuada e uma unidade jurídica se os comportamentos estiverem ligados entre si através de uma identidade de objeto (a mesma finalidade de conjunto dos elementos). Os atos parciais individuais devem ser similares na forma como são praticados, estar

- estritamente relacionados no tempo e assentar numa intenção de conjunto (16 Ok 2/15b).
- 67 Esta infração de conjunto caracteriza-se geralmente por um comportamento anticoncorrencial contínuo dos participantes no cartel com um objetivo económico único (16 Ok 3/23m).
- 68 O Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça) salienta que, ao classificar-se diferentes atos como uma infração continuada, deve examinar-se se existe uma relação de complementaridade entre eles, na medida em que cada um deles se destine a eliminar uma ou mais consequências da concorrência normal e contribua, através da interação, para a concretização de todos os efeitos anticoncorreciais pretendidos pelos seus autores no âmbito de um plano de conjunto que visa um objetivo único. Não é necessário que exista um plano de conjunto desde o início, podendo este ser desenvolvido ao longo do tempo (16 Ok 2/15b).
- 69 Tal significa, de acordo com a jurisprudência convergente do Tribunal de Justiça e do Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), que a figura jurídica da infração única e continuada no direito da concorrência pressupõe a existência de um plano de conjunto das partes envolvidas para falsear a concorrência através dos seus atos.
- 70 A aplicação da figura jurídica da infração única e continuada, desenvolvida no direito da concorrência, para punir violações múltiplas da FWBG não parece ser coerente com o sistema:
- 71 Tendo em conta que o principal objetivo da Diretiva 2019/633 e, por conseguinte, da FWBG, é compensar as diferenças de poder de negociação entre compradores e fornecedores na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar e que a tónica é colocada no poder de negociação relativo (considerando 14 da Diretiva 2019/633), é evidente que, no caso de violações múltiplas da proibição de práticas comerciais desleais, não procede a qualificação destas ações como uma infração única e continuada devido à falta de um plano de conjunto para falsear a concorrência no sentido de uma estratégia de obstrução de larga escala. O foco da FWBG é sempre a relação individual de fornecimento e o desequilíbrio do poder negocial nela existente.
- 72 A doutrina austríaca nega igualmente a existência de uma base, no contexto das práticas comerciais desleais, para a aplicação da figura jurídica da infração única e continuada desenvolvida no direito da concorrência (Seper *in* Egger/Harsdorf-Borsch, Kartellrecht § 6 FWBG, n.º 6).
- 73 Assim, a questão da repressão das infrações múltiplas às proibições estabelecidas na Diretiva 2019/633 deve ser resolvida de acordo com o direito (administrativo) sancionatório austríaco.

- 74 Como se verá em seguida, a Secção de reenvio questiona-se se a abordagem de acordo com a dogmática austríaca está em conformidade com as exigências estabelecidas na Diretiva 2019/633.

Princípio da absorção versus princípio da cumulação

- 75 O tratamento da situação em que uma pessoa comete várias infrações é regulado no direito penal austríaco no § 28 do StGB e no direito administrativo sancionatório austríaco no § 22 da VStG.
- 76 O § 28, n.º 1, do StGB estabelece o designado princípio da absorção no caso de penas semelhantes.
- 77 O § 28, n.º 1, do StGB dispõe: «Quando, mediante um ou vários atos distintos, uma pessoa tiver praticado várias infrações da mesma natureza ou de natureza diferente e estas infrações forem julgadas simultaneamente, deve ser aplicada uma única pena de prisão ou sanção pecuniária, se as leis em causa previrem apenas penas de prisão ou sanções pecuniárias. Esta sanção deve ser determinada em conformidade com a lei que impõe a sanção mais elevada. No entanto, independentemente da atenuação extraordinária da pena, não pode ser aplicada uma pena inferior à mais elevada das penas mínimas previstas nas leis em causa.»
- 78 Em contrapartida, o direito administrativo sancionatório austríaco prevê, no § 22, n.º 2, da VStG, o princípio da cumulação como regra geral em caso de coincidência de várias infrações administrativas puníveis: «Quando, mediante atos distintos, uma pessoa tiver praticado várias infrações administrativas ou se um ato estiver sujeito a várias sanções que não se excluem entre si, as sanções devem ser aplicadas concomitantemente. O mesmo se aplica verificando-se a coincidência de infrações administrativas e outras infrações a punir por uma autoridade administrativa.»
- 79 O princípio da cumulação aplica-se a todos os casos de verdadeiro concurso ideal e real. Se, por conseguinte, o autor praticar várias infrações distintas através da repetição da infração e, por conseguinte, existir um concurso real semelhante, deve ser aplicada uma sanção por cada infração administrativa, de modo a que, conseqüentemente, sejam aplicadas várias sanções em paralelo (Lewisch *in* Lewisch/Fister/Weilguni, VStG3, § 22, n.º 9).
- 80 No entanto, no cúmulo de sanções, devem ser tidas em conta as restrições previstas no direito da União, em especial, o princípio da proporcionalidade (C-64/18 e C-746/21 P).
- 81 A FWBG não prevê qualquer regra sobre o princípio segundo o qual devem ser aplicadas sanções em caso de coincidência de infrações.
- 82 Com base no entendimento de que a aplicação do princípio da cumulação não exige qualquer outra ordem para além da ordem sancionatória propriamente dita, ao passo que o princípio da absorção (princípio da imputação) deve conter regras

de imputação, deve partir-se do princípio de que, no caso de pluralidade de infrações à FWBG, as sanções (coimas) devem ser aplicadas em paralelo, em conformidade com o princípio da cumulação.

- 83 No entanto, de acordo com a dogmática austríaca do direito (administrativo) sancionatório, não são aplicáveis neste caso nem o princípio da absorção nem o princípio da cumulação, uma vez que o comportamento imputado pela requerente à requerida deve ser avaliado como uma unidade de ação constitutiva do tipo (delito continuado):

Unidade de ação constitutiva do tipo — ato único

- 84 A decisão da Secção do Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça), com composição alargada, no processo 13 Os 1/07g, marcou uma mudança de paradigma nos casos de unidade de ação: a figura jurídica do delito continuado foi substituída pela de unidade de ação constitutiva do tipo.

- 85 A este respeito, na fundamentação no processo 13 Os 1/07g, afirma-se:

«Na medida em que, na jurisprudência anterior, o conceito de «delito continuado» (de acordo com outros requisitos por vezes exigidos, mas cuja aplicação não é uniforme), combinava, numa unidade jurídica de ação não prevista pela lei, vários atos, que preenchiam o mesmo tipo penal (quer na forma tentada ou consumada), praticados com uma «intenção de conjunto» com a consequência de para as infrações independentes da mesma natureza ser estabelecido apenas um ato punível, o Supremo Tribunal de Justiça já abandonou esta figura jurídica, em substância, mediante a afirmação da sua divisibilidade processual através da Decisão SSt 56/88 = EvBl 1986/123. [...]. O reconhecimento do contexto de continuidade apenas com base em unidades de ação constitui uma rejeição deliberada de uma visão absoluta do delito continuado e um compromisso com o conceito específico de delito. Com efeito, a diferença entre a figura jurídica do delito continuado e a da unidade de ação consiste no facto de a figura jurídica do delito continuado derivar da parte geral do direito penal substantivo, enquanto a figura jurídica da unidade de ação combina atos semelhantes de acordo com os elementos constitutivos individuais. Assim, os critérios de combinação podem variar em função do delito, sem que daí resultem contradições que afetem todo o sistema penal. De acordo com Jescheck/Weigend⁵ (711 e segs.), fala-se em unidade de ação em caso de ocorrência simples da infração, ou seja, de cumprimento dos requisitos mínimos da infração, em especial, no caso de delitos praticados através de vários atos e de delitos continuados (unidade de ação em sentido restrito) e quando se trata apenas da intensidade da execução uniforme da infração (SSt 56/88), ou seja, da ocorrência repetida da mesma infração em curta sucessão temporal, ou seja, quando se trata apenas de um aumento quantitativo (unidade da ilegalidade) e de uma motivação única (unidade da culpa), mesmo que sejam violados bens jurídicos pessoais de diferentes titulares, bem como no caso da prática contínua da infração, ou seja, de aproximação ao resultado da infração através de vários atos individuais no caso de uma situação de facto única

e com a mesma motivação como, por exemplo, na transição da tentativa para a consumação ou no caso de roubo em duas fases (unidade de ação em sentido lato).»

- 86 A unidade de ação em sentido lato é, desde então, a figura jurídica aplicada pela jurisprudência constante (RIS-Justiz RS0122006) no caso de se verificarem os seguintes pressupostos:
- ocorrência repetida da mesma infração, ou seja, aumento quantitativo (unidade da ilegalidade)
 - num breve espaço de tempo,
 - com a mesma motivação (unidade de culpa).
- 87 Caso este pressuposto se encontre preenchido, a figura jurídica da unidade de ação constitutiva do tipo deve ser aplicada mesmo no caso de serem violados bens jurídicos de vários titulares (Ratz *in* Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar² StGB, Vorbemerkungen zu §§ 28-31, n.º 89).
- 88 A combinação de comportamentos numa unidade de ação constitutiva do tipo tem como consequência a circunstância de o tipo se verificar apenas uma vez (RIS-Justiz RS0120233; RS0122006). Assim, uma unidade de ação constitutiva do tipo constitui tanto no plano substantivo como processual uma ação (11 Os 51/11a).
- 89 No direito administrativo sancionatório, a figura jurídica do delito continuado continua a ser aplicada no caso de atos dolosos. O Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo) austríaco define o delito continuado como «uma série de atos ilícitos individuais que, devido à semelhança da forma como são praticados, bem como às circunstâncias externas que os acompanham no âmbito de uma relação temporal ainda identificável», delimitados por uma «decisão uniforme preconcebida» («intenção de conjunto»), que «se reúnem para formar uma unidade», devendo a decisão uniforme orientar-se pela realização sucessiva de um objetivo de conjunto, definido em termos gerais. Mais recentemente, o Verwaltungsgerichtshof (Supremo Tribunal Administrativo, a seguir «VwGH») definiu a decisão uniforme como um «motivo para a prática repetida de delitos do mesmo tipo» (Lewisch *in* Lewisch/Fister/Weilguni, VStG³, § 22 n.º 20). A função do delito continuado consiste na delimitação da ocorrência repetida da infração («delitos continuados») a um único «delito continuado». Por conseguinte, caso se verifique um delito continuado, estará em causa, juridicamente, um único ato, ao qual que deve ser aplicado uma única pena; não há lugar à cumulação de penas para os atos individuais praticados no contexto de continuidade (v. n.º 24, *supra*).

Conclusões

- 90 Nos casos em apreço, isto significa que as acusações, formuladas pela requerente contra a requerida, de violação do § 5c, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG, em virtude do envio, em simultâneo, de dezasseis mensagens de correio eletrónico, incluindo faturas pró-forma, a dezasseis fornecedores diferentes com o conteúdo acima mencionado, devem, de acordo com a dogmática austríaca do direito penal, ser qualificadas como uma unidade de ação constitutiva do tipo:
- 91 A acusação da requerente diz respeito à realização repetida e semelhante da mesma infração, a saber do § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG (unidade da ilegalidade), numa relação temporal direta, ou mesmo simultânea, com a mesma motivação no sentido de uma intenção de conjunto de implementar o processo de transformação com as mesmas circunstâncias externas, ou seja, em especial, a implementação da recomendação de um consultor contratado (unidade da culpa). Assim, de acordo com a jurisprudência nacional constante (RIS-Justiz RS0122006), os atos devem ser considerados juridicamente uma unidade de ação, o que significa que as múltiplas violações da FWBG imputadas pela requerente à requerida devem ser entendidas como uma única infração à FWBG.
- 92 Deste modo, se após a produção de prova a alegação da requerente se revelar correta, a coima com a moldura penal de 500 000 euros deveria ser aplicada apenas uma vez com base numa única infração, ainda que tivessem sido afetadas dezasseis relações de fornecimento.
- 93 No entanto, segundo a Secção de reenvio, este resultado colide com o objetivo prosseguido pela Diretiva 2019/633 de compensar os desequilíbrios existentes em termos de poder de negociação entre compradores e fornecedores na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar, uma vez que esta compensação apenas é possível com base na relação de fornecimento individual. O facto de no âmbito da Diretiva 2019/633 o foco ser sempre a relação individual de fornecimento e o desequilíbrio relativo do poder de negociação nela existente, decorre também do artigo 1.º da Diretiva 2019/633 que estabelece um rácio de volume anual de negócios entre fornecedores e compradores, assumindo que a posição de negociação do comprador é prejudicada no caso de verificação deste rácio de volume anual de negócios (v., igualmente, considerando 7 da Diretiva 2019/633). Este objetivo sugere que em cada violação da FWBG deve proceder-se a uma análise separada do comprador e do fornecedor, no que diz respeito aos seus volumes anuais de negócios. Deste modo, é destacada relação de fornecimento individual.
- 94 Ao agregar as violações à FWBG por um comprador contra uma pluralidade de fornecedores numa unidade de ação, o poder de negociação relativo, cuja desigualdade frequentemente existente constituiu a razão da adoção da Diretiva 2019/633 deixa de ser o foco da avaliação. A classificação do comportamento de um comprador em relação a uma pluralidade de fornecedores como uma unidade

de ação conduz igualmente a que o requisito da eficácia, proporcionalidade e dissuasão da coima não seja, eventualmente, satisfeito, podendo, por conseguinte, a eficácia da Diretiva 2019/633 ser afetada. Em contrapartida, segundo do órgão jurisdicional de reenvio, a aplicação cumulativa de coimas em função do número de relações de fornecimento afetadas pela violação ou violações teria efetivamente em conta o poder de negociação relativo.

- 95 Uma vez que, de acordo com a dogmática nacional do direito penal e, por conseguinte, com a situação jurídica austríaca, não deve proceder-se a esta cumulação de coimas, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar a Diretiva 2019/633 e a conformidade do direito austríaco com esta diretiva de acordo com as questões prejudiciais.

Resumo da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

Quanto à primeira questão:

- 96 De acordo com a dogmática austríaca do direito penal, o comportamento imputado pela requerente à requerida referente ao envio de diversas interpelações para pagamento (faturas pró-forma), não relacionadas com a venda de produtos agrícolas e alimentares, simultaneamente a 16 fornecedores, com a mesma motivação (implementação do processo de transformação), na mesma situação de facto, deve ser qualificado de unidade de ação, no sentido de uma infração única ao § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo 1, ponto 4, da FWBG.
- 97 Coloca-se a questão de saber se a qualificação do comportamento imputado pela requerente como unidade de ação, com a consequência da aplicação de uma (única) coima, alcança, de forma equivalente e eficaz, o objetivo definido na Diretiva 2019/633 de compensar os desequilíbrios existentes no que respeita ao poder de negociação entre compradores e fornecedores na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar. A primeira questão prejudicial e respetivos subpontos 1a e 1b destinam-se a esclarecer se a qualificação como infração única, a efetuar de acordo com a dogmática nacional, é conforme com a Diretiva 2019/633.

Quanto à segunda questão prejudicial:

- 98 Na falta de previsão, na FWBG, de uma regra para a aplicação de sanções numa situação de coincidência de vários delitos, deve ser aplicada uma coima cumulativamente por cada infração no caso de a imputação feita pela requerente relativa à existência de uma pluralidade de violações do § 5c, n.º 1, em conjugação com o anexo I, ponto 4, da FWBG, dever ser qualificada como pluralidade de ações e não como unidade de ação. A questão de saber se a aplicação do princípio da cumulação no caso em apreço é conforme com a Diretiva 2019/633 é objeto da segunda questão prejudicial.

- 99 Se a qualificação, ao abrigo da dogmática austríaca, do comportamento imputado pela requerente à requerida relativamente a dezasseis fornecedores como uma unidade de ação for considerada contrária à diretiva e a primeira questão prejudicial for, por conseguinte, respondida em sentido afirmativo, é necessário, para efeitos de decisão do órgão jurisdicional de reenvio, que se esclareça se a aplicação do princípio da cumulação, ou seja, a aplicação em paralelo de várias coimas ao abrigo do § 6, n.º 2, da FWBG, é conforme com a Diretiva 2019/633.

DOCUMENTO DE TRABALHO