

**Causa C-511/23****Resumo do pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

8 de agosto de 2023

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália)

**Data da decisão de reenvio:**

1 de agosto de 2023

**Recorrente:**

Caronte &amp; Tourist SpA

**Recorrida:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade Reguladora da Concorrência e do Mercado)

**Objeto do processo principal**

Recurso interposto no Tribunale amministrativo per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, a seguir «TAR Lazio») pela sociedade Caronte & Tourist (a seguir «recorrente»), com vista à anulação do procedimento adotado pela Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autoridade Reguladora da Concorrência e do Mercado, a seguir «AGCM») pelo qual esta última verificou a existência de um abuso de posição dominante, proibido nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 287, de 10 de outubro de 1990, ordenou à recorrente que pusesse termo à infração e infligiu-lhe uma sanção pecuniária.

**Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial**

O pedido de decisão prejudicial, apresentado pelo TAR Lazio, ao abrigo do artigo 267.º TFUE, diz respeito à interpretação do direito da União Europeia, e em especial do artigo 102.º TFUE, no contexto da aplicação do artigo 14.º da Lei

n.º 689, de 24 de novembro de 1981, aos processos relativos a práticas restritivas da concorrência conduzidos pela AGCM

### **Questão prejudicial**

«Deve o artigo 102.º TFUE, à luz dos princípios da proteção dos consumidores e da efetividade da ação administrativa, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional como a que resulta da aplicação do artigo 14.º da Lei n.º 689, de 24 de novembro de 1981 - conforme interpretada atualmente - que impõe à Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autoridade Reguladora da Concorrência e do Mercado) a obrigação de dar início a um processo de instrução para verificação de um abuso de posição dominante num prazo de caducidade de noventa dias, que começa a correr a partir do momento em que a Autoridade tenha conhecimento dos elementos essenciais da infração, os quais podem esgotar-se na primeira denúncia da infração?»

### **Disposições de direito da União invocadas**

Artigo 102.º TFUE

### **Disposições de direito nacional invocadas**

Legge 10 ottobre 1990, n.º 287 «Norme per la tutela della concorrenza e del mercato» (Lei n.º 287, de 10 de outubro de 1990, que adota normas para a proteção da concorrência e do mercado)

Artigo 1.º

«1. As disposições da presente lei, em aplicação do artigo 41.º da Constituição, para proteção e garantia do direito de iniciativa económica, aplicam-se aos acordos, aos abusos de posição dominante e às concentrações de empresas.

2. A Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autoridade Reguladora da Concorrência e do Mercado) referida no artigo 10.º, a seguir “Autoridade”, aplica paralelamente em relação ao mesmo caso os artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e os artigos 2.º e 3.º da presente lei em matéria de acordos restritivos da livre concorrência e de abuso de posição dominante.

4. A interpretação das normas constantes do presente título é efetuada com base nos princípios do ordenamento das Comunidades Europeias em matéria de regulamentação da concorrência».

Artigo 3.º

«1. É proibido o abuso por uma ou mais empresas de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, bem como: a) impor direta ou indiretamente preços de aquisição, de venda ou outras condições contratuais injustificadamente gravosas [...]».

Artigo 12.º «Poderes de investigação» (versão em vigor no momento da abertura da instrução)

«1. A Autoridade, uma vez avaliados os elementos na sua posse e os que foram levados ao seu conhecimento pelas entidades públicas ou por qualquer pessoa que tenha interesse nisso, incluindo as associações representativas dos consumidores, inicia a instrução a fim de verificar a existência de infrações às proibições previstas nos artigos 2.º e 3.º [...]».

Artigo 12.º (versão resultante da alteração de 2021)

«[...] 1-ter. A Autoridade tem o poder de estabelecer as prioridades de intervenção para efeitos da aplicação da presente lei e dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE. A Autoridade pode não dar seguimento às denúncias que não se enquadrem nas suas prioridades de intervenção.

1-quater. Os processos relativos às infrações aos artigos 101.º TFUE ou 102.º TFUE ou aos artigos 2.º ou 3.º da presente lei, incluindo o exercício dos poderes referidos no Capítulo II por parte da Autoridade, respeitam os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...]».

Artigo 14.º Instrução (versão em vigor no momento da abertura da instrução):

«1. A Autoridade, no caso de haver indícios de infração aos artigos 2.º ou 3.º, notifica a abertura da instrução às empresas e entidades em questão [...]»

Artigo 14.º (versão resultante da alteração de 2021):

«1. A Autoridade, no caso de haver indícios de infração aos artigos 2.º ou 3.º, procede à instrução dentro de prazos razoáveis, notificando a sua abertura às empresas e entidades em questão [...]».

Artigo 15.º Intimações e sanções (versão em vigor no momento da abertura do processo de instrução):

«1. Se, na sequência da instrução referida no artigo 14.º, a Autoridade constatar a existência de infrações aos artigos 2.º ou 3.º, fixa às empresas e entidades em questão o prazo para a cessação dessas mesmas infrações. Em caso de infrações graves, tendo em conta a gravidade e a duração da infração, ordena além disso a aplicação de uma sanção administrativa pecuniária de montante até dez por cento do volume de faturação [...]».

Artigo 15.º (versão resultante da alteração de 2021):

«1. Se, na sequência da instrução referida no artigo 14.º, a Autoridade constatar a existência de infrações aos artigos 101.º ou 102.º TFUE ou aos artigos 2.º ou 3.º da presente lei, fixa às empresas e às associações de empresas em questão o prazo para a cessação dessas mesmas infrações ou, se a infração já tiver cessado, proíbe que volte a ser praticada. Para esse fim, a Autoridade pode impor a adoção de qualquer medida comportamental ou estrutural proporcionada à infração cometida e necessária para fazer cessar efetivamente a mesma infração. No momento de escolher entre duas medidas igualmente eficazes, a Autoridade opta pela menos onerosa para a empresa, em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

*1-bis.* Tendo em conta a gravidade e a duração da infração, ordena além disso a aplicação de uma sanção administrativa pecuniária de montante até dez por cento do volume da faturação realizada [...].

*1-quater.* Se, com base nas informações de que dispõe, a Autoridade entender que não estão reunidas as condições para declarar a existência de uma infração, a Autoridade pode tomar uma decisão nesse sentido. Quando, depois de ter informado a Comissão Europeia nos termos do artigo 11.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1/2003, a Autoridade considere que não há motivos para intervir e, portanto, ponha termo ao processo de instrução, informa disso a Comissão Europeia [...].»

Artigo 31.º

«1. No que se refere às sanções administrativas pecuniárias decorrentes da inobservância da presente lei, cumprem-se, na medida em que forem aplicáveis, as disposições do Capítulo I, secções I e II, da Lei n.º 689, de 24 de novembro de 1981».

Legge 24 novembre 1981, n.º 689, «Modifiche al sistema penale» (Lei n.º 689, de 24 de novembro de 1981, relativa às Alterações ao Sistema Penal)

Artigo 12.º

«Na medida em que forem aplicáveis e salvo disposição em contrário, as disposições do presente Capítulo regulam todas as infrações relativamente às quais esteja prevista uma sanção administrativa que consista no pagamento de um montante em numerário, mesmo que essa sanção não esteja prevista em substituição de uma sanção penal. [...].»

Artigo 14.º

«A infração deve ser notificada imediatamente, sempre que possível, quer ao infrator quer à pessoa que seja obrigada solidariamente ao pagamento do montante devido pela mesma infração.

No caso de não ter sido efetuada a notificação imediata a todas ou a algumas das pessoas indicadas no parágrafo anterior, a descrição da infração deve ser notificada a todos os interessados no território da República [Italiana] no prazo de noventa dias e aos residentes no estrangeiro no prazo de trezentos e sessenta dias a contar da verificação da mesma.

[...]

A obrigação de pagar o montante devido pela infração extingue-se relativamente à pessoa que não tiver sido notificada no prazo fixado».

Artigo 28.º

«O direito de cobrar os montantes devidos pelas infrações indicadas pela presente lei prescreve no prazo de cinco anos a contar da data em que foi cometida a infração.

A interrupção da prescrição é regulada pelas normas do codice civile (Código Civil italiano)».

Lei n.º 287, de 10 de outubro de 1990

Artigo 10.º, n.º 5

«[...] por decreto do Presidente da República [...] são instituídos processos de instrução que garantam às pessoas em questão o pleno conhecimento dos atos de instrução, o contraditório e o registo».

Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1998, n.º 217 «Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato» (Decreto n.º 217, de 30 de abril de 1998, do Presidente da República, que aprova o Regulamento aplicável aos processos de instrução da competência da Autoridade Reguladora da Concorrência e do Mercado).

### **Apresentação sucinta dos factos e do processo principal**

- 1 Em 2022, a AGCM verificou a existência de um abuso de posição dominante cometido pela recorrente mediante a imposição de preços excessivos para o serviço de transporte de veículos, por ferry, no estreito de Messina.
- 2 Em especial, a AGCM, seguindo a chamada doutrina *United brands*, demonstrou a absoluta falta de correlação entre ganhos e custos, igualmente através de vários testes económicos que confirmaram a existência de uma desproporção significativa. Acresce que, mesmo comparando os preços da recorrente com os preços praticados por outras companhias estrangeiras, os preços por ela fixados são excessivos. A AGCM sublinhou, além disso, a especial relevância da infração das regras da concorrência - que afeta diretamente o montante pago pelo utilizador

– tendo em consideração a zona geográfica em questão, o estreito de Messina, em que a recorrente detém uma posição de quase monopólio, transportando anualmente cerca de dez milhões de passageiros e dois milhões de veículos (dados de 2019).

- 3 No caso vertente, a AGCM, em 24 de março de 2018, recebeu uma denúncia de um consumidor que reclamou dos preços excessivamente elevados do serviço de transporte. Após receber a referida denúncia, em 23 de abril de 2019, ou seja, 394 dias após a referida receção, a AGCM enviou um pedido de informações à Autorità portuale di Messina (Autoridade Portuária de Messina), a qual respondeu, em 22 de maio de 2019, mas só parcialmente. A AGCM interpelou, por conseguinte, em 19 de novembro de 2019, a referida autoridade portuária, que respondeu em 26 de novembro de 2019.
- 4 Em 4 de agosto de 2020, a AGCM notificou a recorrente do ato de início do processo, decidido na reunião de 28 de julho de 2020 (isto é, 245 dias após a receção da resposta da autoridade portuária). O processo foi concluído em 11 de abril de 2022, com a adoção de uma medida pela qual a AGCM ordenou à recorrente que se abstinhasse para o futuro de impor preços excessivos e, tendo em conta a gravidade da infração, aplicou também uma sanção pecuniária.
- 5 A recorrente impugnou o procedimento referido, pedindo a sua anulação com base no facto de a AGCM ter iniciado tardiamente o processo de verificação da infração, ou seja, depois de terminado o prazo de noventa dias previsto pelo artigo 14.º da Lei n.º 689/1981.

### **Argumentos essenciais das partes no processo principal**

- 6 Segundo a recorrente, a fase prévia à instrução – ou seja, a fase anterior à comunicação do início do processo, durante a qual, sem que exista contraditório, a AGCM recolhe os primeiros indícios a fim de verificar a existência efetiva da infração por abuso de posição dominante – prolongou-se por 855 dias no total, violando desse modo o artigo 14.º da Lei n.º 689/1981.
- 7 Na opinião da recorrente, o comportamento da AGCM é manifestamente contrário ao artigo 6.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH») e ao artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), na medida em que infringe os direitos de defesa, bem como a confiança legítima da parte investigada, que não pode ser submetida a um procedimento sancionatório quando a notificação da infração tenha sido efetuada há mais de noventa dias.
- 8 A AGCM entende, pelo contrário, que o prazo de caducidade de noventa dias não é aplicável aos processos por abuso de posição dominante. A única obrigação prevista é, com efeito, a de dar início à instrução num prazo razoável. No caso em análise, isso foi respeitado, tendo em conta a complexidade dos factos objeto de investigação, mesmo à luz da entrada superveniente de outro operador no

mercado, pelo que se tornou necessário acompanhar, por um período de tempo adequado, a evolução da dinâmica da concorrência.

- 9 Além disso, a AGCM indica que em nenhum outro Estado-Membro da União Europeia as autoridades nacionais encarregadas da proteção da concorrência têm de iniciar imediatamente, sob pena de caducidade, o processo de instrução. A esse respeito, a AGCM refere também as preocupações manifestadas pela Comissão Europeia quanto à aplicação eficaz do direito da União Europeia por parte da Autoridade italiana em caso de fixação estrita de um prazo tão curto para atuar. A AGCM salienta ainda que o referido prazo de caducidade contraria os artigos 3.º e 4.º, n.º 5, da Diretiva 2019/1/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que, à luz do princípio da efetividade, se opõem a uma regulamentação nacional que imponha à AGCM que inicie a instrução segundo uma sequência temporal rigorosa (no caso italiano, de noventa dias), sem lhe garantir a possibilidade de estabelecer autonomamente as suas prioridades de ação.

#### **Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial**

- 10 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, com base numa recente orientação da jurisprudência, já consolidada, se considera aplicável ao início do processo de instrução da AGCM o prazo de noventa dias previsto pelo artigo 14.º da Lei n.º 689/1981.
- 11 Daí resulta que, uma vez completada a fase prévia à instrução, a AGCM está obrigada a notificar a infração no prazo de noventa dias, notificando o ato de início da instrução. Os noventa dias não se contam necessariamente a partir da primeira denúncia da infração, mas da conclusão da verificação efetuada na fase prévia à instrução, ou seja, desde que ficou completada a recolha dos elementos de facto necessários para notificar a infração. A conclusão da verificação constitui objeto de avaliação pelo tribunal administrativo (que julga da legalidade dos atos, incluindo dos atos sancionatórios, da AGCM), o qual pode verificar se, numa certa data, a notificação podia razoavelmente ser formulada.
- 12 O órgão jurisdicional de reenvio salienta, todavia, que se se aplicar de modo mecânico o artigo 14.º da Lei n.º 689/1981, e eventualmente se exceder, ainda que apenas um dia, do prazo de notificação, tal implica a anulação em sede jurisdicional do procedimento da AGCM, invalidando a atuação desta última. Com efeito, apesar de o artigo 15.º da Lei n.º 287/1990 esclarecer que a principal consequência da verificação da infração é exigir a sua cessação (ao passo que a sanção pecuniária só é infligida nos casos mais graves), a especificidade da atuação e, sobretudo, do processo implicam que o início tardio deste último torne inevitavelmente inválida a medida final adotada. Além disso, por força do princípio *ne bis in idem*, não é possível reabrir posteriormente uma nova instrução pela mesma prática, nem mesmo em caso de infração continuada, isto é, no caso de a empresa nunca ter interrompido a prática comercial incorreta.

- 13 O órgão jurisdicional de reenvio recorda em seguida que o artigo 3.º da Lei n.º 287/1990 constitui a transposição para o ordenamento nacional do artigo 102.º TFUE. Por conseguinte, ainda que seja notificado um abuso de posição dominante limitado ao mercado nacional, à luz do artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 287/1990, mantém-se o interesse da União Europeia na aplicação correta das disposições legais para combater as infrações contra as regras da concorrência, como declarou o Tribunal de Justiça da União Europeia (Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de dezembro de 2007, C-280/06, ECLI:EU:C:2007:775, n.ºs 21 e 26).
- 14 Após ter reiterado que o artigo 14.º da Lei n.º 689/1981 impõe à AGCM o início do processo de instrução dentro de um prazo de caducidade de noventa dias, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que o Tribunal de Justiça, em relação aos processos por abuso de posição dominante conduzidos a nível europeu, afirmou que a Comissão Europeia está obrigada a concluir o processo (entendido como a fase prévia à instrução e a instrução propriamente dita) dentro de um prazo razoável (Acórdão de 15 outubro de 2002, C-254/99, ECLI:EU:C:2002:582).
- 15 Portanto, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário esclarecer se essa discrepância relativa ao início das investigações por abuso de posição dominante, consoante a infração seja cometida no mercado nacional ou no mercado comum, é ou não compatível com o direito da União.
- 16 A esse respeito, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que a AGCM demonstrou que a aplicação do artigo 14.º da Lei n.º 689/1981 pode prejudicar o seu funcionamento, impedindo a aplicação correta do direito nacional e europeu em matéria de concorrência. Com efeito, a AGCM seria obrigada a dar seguimento, em paralelo, a uma multiplicidade de processos que, devido ao seu elevado número, poderiam comprometer o êxito das investigações, deixando substancialmente impunes algumas infrações.
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio sublinha, além disso, a complexidade da atividade da AGCM, que deve proceder logo na fase prévia à instrução a um número significativo de verificações para poder formular corretamente a notificação.
- 18 Além disso, a aplicação rigorosa do artigo 14.º da Lei n.º 689/1981 pode afetar inclusivamente a autonomia da AGCM. Com efeito, a fixação de um prazo de caducidade de noventa dias traduz-se, na prática, na obrigação de dar início à instrução segundo um critério meramente cronológico, limitando assim a discricionariedade da AGCM.
- 19 Quanto a este último aspeto, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que a regulamentação europeia citada pela AGCM (ou seja, os artigos 3.º e 4.º, n.º 5, da Diretiva 2019/1/UE) não é aplicável ao caso vertente – tendo sido transposta para o ordenamento italiano apenas em 2021, portanto, depois do início da instrução. Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio observa, ao mesmo tempo, que a



diretiva não parece ter caráter inovador, visto que simplesmente codifica no direito positivo um princípio geral já existente no ordenamento.

- 20 No que respeita ao direito de defesa da empresa, o órgão jurisdicional de reenvio salienta, antes de mais, que reconduzir as sanções infligidas pela AGCM ao domínio para-penal (com base nos princípios estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, os chamados «critérios *Engel*») tem como consequência lógica o respeito das garantias, incluindo das garantias processuais, referidas no artigo 6.º da CEDH e no artigo 41.º da Carta. Entre estas figura, em especial, a obrigação de a autoridade pública notificar imediatamente a infração («no mais curto prazo», segundo o texto da CEDU), a fim de garantir a igualdade de armas e de evitar que o tempo decorrido possa prejudicar o acusado. Todavia, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o artigo 14.º da Lei n.º 689/1981, tal como é interpretado e aplicado, vai mais além, determinando uma presunção inilidível de lesão do direito de defesa do profissional, relacionada com a extinção do prazo de caducidade, sem que seja necessária a prova do prejuízo efetivo sofrido por causa do início tardio do processo de instrução.
- 21 Ao mesmo tempo, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, na prática, a notificação tardia da infração não prejudica necessariamente os direitos de defesa das empresas: com efeito, salvo nos casos específicos em que se demonstrou a impossibilidade de submeter à AGCM um elemento de prova, observa-se que, durante toda a fase prévia à instrução, as empresas poderiam até obter uma vantagem competitiva com a prática da infração.
- 22 O órgão jurisdicional de reenvio observa, em seguida, que a própria natureza penal, em sentido amplo, da sanção justifica a existência de uma fase secreta, isto é, sem contraditório, durante a qual a AGCM é chamada a recolher todos os elementos necessários para proceder à notificação: com efeito, reduzir a fase prévia à instrução a verificações sumárias implica uma limitação desrazoável da ação da AGCM que pode não conseguir reconstituir a infração de maneira correta e completa. Além disso, antecipar excessivamente a abertura do processo aumenta o risco de a AGCM não obter os elementos de prova úteis.
- 23 No que respeita à proteção da confiança legítima, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, dado que o momento a partir do qual deve ser calculado o prazo de caducidade não é rígido, dependendo de fatores específicos de cada caso concreto, como o caráter mais ou menos completo da denúncia, não parece garantir adequadamente a confiança legítima das pessoas sancionadas. Além disso, argumenta-se com frequência que a inércia da AGCM causa um prejuízo aos interesses públicos, de modo que o prazo é fixado também a fim de solicitar uma intervenção repressiva rápida, evitando assim que se consolide a confiança da empresa. Todavia, a aplicação de um prazo de caducidade para dar início ao processo de instrução, relativamente a infrações ainda em curso, parece contraditória e ilógica, dado que determina em substância a impossibilidade de a AGCM reprimir infrações que continuam a lesar o interesse público.

- 24 Por último, em relação à exigência de segurança jurídica, o órgão jurisdicional de reenvio observa que o ordenamento italiano já prevê, até para evitar notificações que sobrevenham após um período excessivamente longo, um prazo diferente de prescrição, de cinco anos a contar da data de cessação da infração (artigo 28.º da Lei n.º 689/1981).

DOCUMENTO DE TRABALHO