



## Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
NILS WAHL  
apresentadas em 29 de novembro de 2018<sup>1</sup>

**Processo C-617/17**

**Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie**  
**contra**  
**Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**  
**intervenientes:**  
**Edward Detka e o.**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal de Justiça, Polónia)]

«Decisão prejudicial — Princípio *ne bis in idem* — Alcance — Concorrência — Abuso de posição dominante — Decisão proferida por uma autoridade da concorrência nacional — Coima aplicada com base nas normas de direito da concorrência nacionais e nas normas de direito da concorrência da União Europeia»

1. Deve o princípio *ne bis in idem* ser aplicado quando a autoridade da concorrência nacional aplicou, numa única decisão, uma coima a uma empresa por conduta anticoncorrencial, com base na aplicação simultânea da legislação nacional em matéria de concorrência e das regras da concorrência da União Europeia? Esta é, em substância, a questão que se coloca ao Tribunal de Justiça no presente processo.

### **I. Quadro jurídico**

#### **A. Direito da União**

2. O Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>2</sup> inclui normas de execução dos atuais artigos 101.º e 102.º TFUE. O regulamento inclui regras relativas, nomeadamente, à aplicação paralela da legislação nacional em matéria de concorrência e das regras da concorrência da União.

3. O considerando 8 do Regulamento n.º 1/2003 explica que, a fim de assegurar uma aplicação eficaz das regras da concorrência da União, é necessário impor às autoridades responsáveis em matéria de concorrência e aos tribunais dos Estados-Membros que apliquem igualmente os artigos 101.º e 102.º TFUE nos casos em que apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos e práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros.

<sup>1</sup> Língua original: inglês.

<sup>2</sup> Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos [101.º e 102.º TFUE] (JO 2003, L 1, p. 1).

4. O considerando 9 do Regulamento n.º 1/2003 especifica, ainda, que os artigos 101.º e 102.º TFUE têm por objetivo proteger a concorrência no mercado. O regulamento não impede os Estados-Membros de aplicarem no seu território legislação nacional que proteja outros interesses legítimos, desde que essa legislação seja compatível com os princípios gerais e outras disposições do direito da União. Na medida em que tal legislação nacional prossiga essencialmente um objetivo diferente do da proteção da concorrência no mercado, as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros poderão aplicá-la no seu território.

5. O artigo 3.º do referido regulamento diz respeito à relação entre os artigos 101.º e 102.º TFUE e as legislações nacionais em matéria de concorrência. Prevê que:

«1. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a acordos, decisões de associação ou práticas concertadas na aceção do artigo [101.º TFUE], suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros, na aceção desta disposição, devem aplicar igualmente o artigo [101.º TFUE] a tais acordos, decisões ou práticas concertadas. Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo [102.º TFUE], devem aplicar igualmente o artigo [102.º TFUE].

2. A aplicação da legislação nacional em matéria de concorrência não pode levar à proibição de acordos, decisões de associação ou práticas concertadas suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros mas que não restrinjam a concorrência na aceção do n.º 3 do artigo [101.º TFUE], ou que reúnam as condições do n.º 3 do artigo [101.º TFUE] ou se encontrem abrangidos por um regulamento de aplicação do n.º 3 do artigo [101.º TFUE]. Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba atos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses atos.

[...]»

6. O artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003 trata das competências das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Estabelece que:

«As autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, os artigos [101.º e 102.º TFUE]. Para o efeito, podem, atuando oficiosamente ou na sequência de denúncia, tomar as seguintes decisões:

- exigir que seja posto termo à infração,
- ordenar medidas provisórias,

[...]»

### ***B. Direito nacional***

7. O artigo 8.º da Lei de 15 de dezembro de 2000 sobre a proteção da concorrência e dos consumidores (a seguir «lei sobre a proteção da concorrência»)<sup>3</sup> estabelece:

«1. É proibido o abuso de uma posição dominante no mercado relevante por uma ou mais empresas.

<sup>3</sup> Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2000, n.º 122, rúbrica 1319).

2. Esse abuso pode consistir, nomeadamente, em:

[...]

5) Medidas que impeçam a verificação de condições essenciais para o surgimento ou desenvolvimento da concorrência.

[...]»

8. O artigo 101.º lei sobre a proteção da concorrência prevê:

«1. O Prezes Urzędu [Ochrony Konkurencji i Konsumentów (presidente da Autoridade para a Proteção da Concorrência e dos Consumidores)] pode, por despacho, aplicar a uma empresa uma coima, cujo montante não pode ser superior a 10% dos lucros que aquela auferiu no ano económico em que a coima foi aplicada, se essa empresa, mesmo por negligência:

1) Tiver violado a proibição estabelecida no artigo 5.º, salvo se se verificar um dos fundamentos para a exclusão dessa proibição previstos nos artigos 6.º e 7.º, ou a proibição estabelecida no artigo 8.º;

2) Tiver violado o artigo [101.º] ou o artigo [102.º TFUE];

[...]»

## II. Quadro factual, questões prejudiciais e processo perante o Tribunal de Justiça

9. O presente processo diz respeito a um litígio entre o Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (presidente do Autoridade para a Proteção da Concorrência e dos Consumidores, a autoridade da concorrência polaca, a seguir «ACN») e a Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A., uma empresa seguradora polaca (a seguir «empresa em causa»), a propósito da aplicação pela ACN, a esta última, de uma coima por conduta anticoncorrencial.

10. No seu despacho de 25 de outubro de 2007, a ACN declarou que a empresa em causa abusou da sua posição dominante no mercado dos seguros de vida de grupo para trabalhadores na Polónia, pois tomou medidas que impediam a concorrência no setor. Considerou, então que a empresa em causa violou a proibição do artigo 8.º da lei sobre a proteção da concorrência. Além disso, a ACN entendeu que semelhante conduta pode ter repercussões negativas na possibilidade de seguradores estrangeiros entrarem no mercado de trabalho polaco, o que é passível de prejudicar o comércio entre os Estados-Membros. Consequentemente, a ACN concluiu que a empresa em causa, paralelamente às normas de direito da concorrência nacionais, também tinha violado o atual artigo 102.º TFUE.

11. À luz dessas conclusões, a ACN aplicou à empresa em causa uma coima no montante total de 50 361 080 zlotis polacos (PLN). Essa coima é constituída por dois montantes calculados separadamente, um relativo à infração às normas de direito da concorrência nacionais e o outro relativo à infração às normas de direito da concorrência da União Europeia. Mais especificamente, a ACN explicou no seu despacho que:

«1. Na determinação da medida da sanção, deve tomar-se por base o período da prática da conduta controvertida pela [empresa em causa], entre 1 de abril de 2001 até à data em que foi declarada a existência da infração às normas da [lei sobre a proteção da concorrência], isto é, 78 meses completos (seis anos e seis meses).

2. Só pode estar em causa um efeito lesivo da conduta descrita no presente despacho no comércio entre os Estados-Membros a partir da data da adesão da [República da] Polónia à União Europeia, isto é, a partir de 1 de maio de 2004.
3. A base para determinar a medida da sanção pela infração do artigo 102.º [TFUE] (conjugado com o artigo 5.º do [Regulamento n.º 1/2003] é a prática dessa conduta pela [empresa em causa] no período compreendido entre 1 de maio de 2004 e a declaração da existência da infração a essas normas, isto é, 41 meses completos (três anos e cinco meses).
4. A coima pela conduta da [empresa em causa] no período compreendido entre 1 de abril de 2001 e a declaração da existência da infração às disposições supramencionadas resulta do artigo 101.º, n.º 1, pontos 1 e 2, da [lei sobre a proteção da concorrência].
5. A conduta da [empresa em causa] no período compreendido entre 1 de maio de 2004 e a declaração da existência da infração prejudicam quer o mercado nacional quer o comércio entre os Estados-Membros, pelo que também se aplica (a par das normas mencionadas no n.º 4, *supra*) o artigo 5.º do [Regulamento n.º 1/2003].
6. Pela infração às normas nacionais [...], e atendendo à duração da infração, é aplicada à [empresa em causa] uma coima no montante de 33 022 892,77 PLN, o que corresponde a 65,55% do montante total da coima mencionado no início.
7. Pela infração ao artigo 102.º [TFUE], conjugado com o artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003, e atendendo à sua duração e aos seus potenciais efeitos no comércio entre os Estados-Membros, é aplicada à [empresa em causa] uma coima no montante de 17 358 187,23 PLN, o que corresponde a 34,45% do montante total da coima mencionado no início.»
12. Após ter impugnado o despacho da ACN em dois tribunais inferiores, sem êxito, a empresa em causa veio, agora, interpor recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, no qual invoca que ambos os montantes dizem respeito à mesma conduta e que, por conseguinte, lhe foi aplicada duas vezes uma coima por essa mesma conduta, o que constitui uma infração ao princípio *ne bis in idem*.
13. Tendo dúvidas quanto à correta interpretação deste princípio em termos do direito da União, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes questões prejudiciais:
  - «1) Pode o artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ser interpretado no sentido de que a aplicação do princípio *ne bis in idem* exige não só a identidade do infrator e dos factos, mas também a identidade do bem jurídico protegido?
  - 2) Deve o artigo 3.º [do Regulamento n.º 1/2003], conjugado com o artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ser interpretado no sentido de que as normas de direito da concorrência da União Europeia e as normas de direito da concorrência nacionais que a autoridade da concorrência de um Estado-Membro aplica paralelamente protegem o mesmo bem jurídico?»
14. Foram apresentadas observações escritas pela empresa em causa, pela ACN, pelo Governo polaco, pelo Órgão de Fiscalização da EFTA e pela Comissão Europeia. Nos termos do artigo 76.º, n.º 2 do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, não foi realizada nenhuma audição no presente processo.

### III. Análise

15. Com as questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio pretende apurar, em substância, se, à luz do princípio *ne bis in idem*, uma autoridade da concorrência nacional está impedida de aplicar a uma empresa, numa única decisão, uma coima por conduta anticoncorrencial, com base na aplicação simultânea de normas do direito da concorrência nacionais e de normas do direito da concorrência da União.

16. Como foi sugerido por todas as partes, com exceção da empresa em causa, esta questão deve ser respondida pela negativa<sup>4</sup>.

17. Para explicar porque é necessariamente assim, vou proceder à minha análise em três etapas. Em primeiro lugar, tecerei algumas considerações gerais quanto ao fundamento do princípio *ne bis in idem*. Em segundo lugar, analisarei os princípios fundamentais da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à aplicação desse princípio no contexto do direito da concorrência. Em terceiro e último lugar, abordarei a pertinência do princípio *ne bis in idem* no litígio no processo principal.

#### A. Fundamento do princípio *ne bis in idem*

18. O princípio *ne bis in idem* constitui, indiscutivelmente, um dos pilares de qualquer sistema jurídico assente no Estado de direito.<sup>5</sup> Em termos gerais, como corolário próximo do princípio da força do caso julgado (*res judicata*), o seu fundamento consiste em garantir a segurança e a igualdade jurídicas, garantindo que quem for julgado e, se for caso disso, condenado, não voltará a ser acusado judicialmente pela mesma infração. Por outro lado, no caso de ser absolvido, o princípio garante-lhe a certeza de que não se instaurará outro processo para o julgar novamente pela mesma infração<sup>6</sup>.

19. O Tribunal de Justiça deixou claro que o princípio *ne bis in idem* também é aplicável em matéria de direito da concorrência, um domínio do direito que, dependendo da perspetiva que se escolha, recai algures na zona cinzenta entre o direito penal e o direito administrativo<sup>7</sup>. Segundo o Tribunal de Justiça, o princípio *ne bis in idem* deve ser observado em processos em que exista aplicação de coimas devido a violações de normas de direito da concorrência: uma empresa não pode, assim, ser novamente condenada ou objeto de um processo por conduta anticoncorrencial pela qual já foi punida ou declarada isenta de responsabilidade por uma decisão anterior que já não seja suscetível de recurso<sup>8</sup>.

20. Contudo, como em outros domínios do direito, o princípio *ne bis in idem* só pode ser aplicado no domínio do direito da concorrência se forem cumpridos dois requisitos: em primeiro lugar, a existência de uma repetição de processos e, em segundo lugar, o segundo processo deve ter por objeto a mesma conduta anticoncorrencial.

21. Esses requisitos, ou seja, a existência de um segundo processo (*bis*) para julgar pela mesma infração (*idem*), decorrem diretamente do texto do artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), uma disposição que estabelece o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito. Nos termos desta disposição, «[n]inguém pode

4 Foi sugerido por algumas das partes que apresentaram observações que o Tribunal de Justiça deveria recusar responder às questões submetidas, uma vez que, em seu entender, não são relevantes para a resolução do litígio pendente no órgão jurisdicional de reenvio. Não concordo. Ainda que o princípio *ne bis in idem* não seja aplicável às circunstâncias do processo em causa, daí não resulta que as questões sejam hipotéticas ou irrelevantes. Pelo contrário, decorre claramente da decisão de reenvio que a resposta dada pelo Tribunal de Justiça quanto à interpretação do princípio *ne bis in idem* contribuirá para a tomada de decisão pelo órgão jurisdicional de reenvio no âmbito do processo nele pendente.

5 O Tribunal de Justiça aplicou este princípio pela primeira vez no Acórdão de 5 de maio de 1966, Gutmann/Comissão (18/65 e 35/65, EU:C:1966:24, n.º 119).

6 V. Conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Gözütok e Brügge (C-187/01 e C-385/01, EU:C:2002:516, n.º 49).

7 V., quanto à aplicação do princípio em domínios que não sejam o direito penal «puro», Tomkins, J., «Article 50», in Peers, S., et al (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights — A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 1373 a 1412, 1388 a 1390.

8 Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2012:72, n.º 94 e jurisprudência referida).

ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União [Europeia] por sentença transitada em julgado, nos termos da lei». O artigo 50.º da Carta reflete o artigo 4.º, n.º 1, do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH»), uma vez que visa especificamente a repetição de processos com objeto idêntico que já tenham sido concluídos através de uma decisão transitada em julgado.

22. Importa sublinhar, a este respeito, que o princípio *ne bis in idem* não constitui uma medida de referência da proporcionalidade de uma sanção (penal) em determinado processo. O seu fundamento é outro: garantir que um infrator não seja julgado ou condenado de forma consecutiva mais do que uma vez por conduta idêntica e que, em consequência disso, tenha a certeza que «expiou a sua culpa, sem receio de um novo corretivo» no que diz respeito a essa conduta específica<sup>9</sup>. Por outras palavras, a aplicação do princípio não visa determinar se um ato é passível de constituir mais do que uma infração<sup>10</sup> ou se o cúmulo de sanções num só processo é proporcionado.

23. Na secção seguinte sistematizarei os princípios fundamentais da jurisprudência do Tribunal de Justiça que estão no cerne das questões prejudiciais do presente processo.

### **B. O elemento «idem» no direito da concorrência**

24. Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça formulou critérios específicos que delimitam inegavelmente o âmbito do princípio *ne bis in idem* no domínio do direito da concorrência. Esses critérios dizem respeito à interpretação do elemento «idem» no princípio *ne bis in idem*, ou seja, os critérios para determinar se o segundo processo tem por objeto uma «infração idêntica»<sup>11</sup>.

25. Nos termos do direito da União, a identidade de uma infração é geralmente determinada com base num duplo critério: a matéria de facto (os factos) e o infrator devem ser os mesmos. 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»),<sup>12</sup> tem sido aplicada pelo Tribunal de Justiça no âmbito de processos de cooperação policial e judiciária em matéria penal<sup>13</sup>.

26. O mesmo não sucede, todavia, no direito da concorrência. Contrariamente à abordagem descrita no ponto anterior, o Tribunal de Justiça tem reiteradamente declarado que, 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 bem jurídico protegido é igualmente relevante. Por outras palavras, o princípio *ne bis in idem* só é passível de ser aplicado se se verificarem, cumulativamente, três requisitos no que respeita ao elemento «idem». Ou seja, os factos, o infrator e os bens jurídicos protegidos devem ser idênticos nos processos comparados<sup>14</sup>.

9 V. Conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer no processo Gözütok e Brügger (C-187/01 e C-385/01, EU:C:2002:516, n.º 49).

10 V., designadamente, TEDH, 29 de maio de 2001, Fischer c. Áustria, CE:ECHR:2001:0529JUD003795097, § 25.

11 V., designadamente, TEDH, 10 de fevereiro de 2009, Sergey Zolotukhin c. Rússia [GC], CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, §§ 81 a 84, e de 17 de fevereiro de 2015, Boman c. Finlândia, CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, § 33.

12 V., designadamente, TEDH, 10 de fevereiro de 2009, Sergey Zolotukhin c. Rússia [GC], CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, §§ 81 a 84, e de 17 de fevereiro de 2015, Boman c. Finlândia, CE:ECHR:2015:0217JUD004160411, § 33.

13 V., designadamente, Acórdãos de 9 de março de 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165, n.º 32); de 28 de setembro de 2006, Gasparini e o. (C-467/04, EU:C:2006:610, n.º 54); de 28 de setembro de 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, n.ºs 41, 47 e 48); de 18 de julho de 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444, n.ºs 26 e 28); e de 16 de novembro de 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683, n.º 39).

14 Acórdãos de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.º 338), e de 14 de fevereiro de 2012, Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2012:72, n.º 94).

27. Este princípio remonta ao Acórdão *Walt Wilhelm e o.*<sup>15</sup>. Nesse processo, a questão submetida ao Tribunal de Justiça era a de saber se a autoridade da concorrência nacional poderia instaurar um procedimento contra um cartel que já tinha sido objeto de uma decisão da Comissão. O Tribunal de Justiça admitiu o recurso a essa possibilidade pela autoridade da concorrência, uma vez que, em matéria de condutas anticoncorrenciais, quer as normas do direito nacional quer as normas do direito da União Europeia as consideram sob aspetos diferentes. Com efeito, enquanto as normas do direito da concorrência da União Europeia as abordam à luz dos obstáculos que delas podem resultar para o comércio entre os Estados-Membros, as legislações nacionais, inspiradas em considerações próprias a cada uma delas, consideram os cartéis apenas nesse quadro. Assim, o Tribunal de Justiça rejeitou a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* neste contexto<sup>16</sup>.

28. Apoiando-se na jurisprudência constante do Acórdão *Walt Wilhelm e o.*, o Tribunal de Justiça analisou a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* e, em especial, a existência do elemento «*idem*» em circunstâncias diversas no domínio do direito da concorrência.

### 1. Abordagem do Tribunal de Justiça

29. É pertinente começar pelo tipo de situação que mais se assemelha, de facto, às circunstâncias subjacentes ao presente processo, ou seja, uma situação em que a Comissão e uma autoridade da concorrência nacional tomaram medidas contra o mesmo infrator com base na mesma conduta anticoncorrencial (cartel).

30. No Acórdão *Aalborg Portland*<sup>17</sup>, o Tribunal de Justiça criou jurisprudência ao estabelecer que a aplicação do princípio *ne bis in idem* está sujeita a uma identidade dos factos, do infrator e do bem jurídico protegido. Segundo o entendimento do Tribunal, este princípio proíbe, assim, punir uma mesma pessoa mais do que uma vez pelo mesmo comportamento ilícito, a fim de proteger um bem jurídico idêntico<sup>18</sup>. O Tribunal explicou também 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. Esta afirmação também é verdadeira se se tratar de duas decisões que digam respeito a contratos e outros acordos de empresas que estejam intrinsecamente ligados entre si.

31. No Acórdão *Toshiba*<sup>19</sup>, o Tribunal de Justiça reiterou o princípio estabelecido no Acórdão *Aalborg Portland* no que respeita ao requisito da identidade dos factos, do infrator e do bem jurídico protegido. Fê-lo ainda que a advogada-geral J. Kokott tivesse apelado ao Tribunal para que não tomasse em consideração o requisito da identidade do bem jurídico protegido e, em vez disso, desse relevância ao duplo requisito da identidade dos factos e do infrator aplicado em outras áreas do direito da União<sup>20</sup>.

15 Acórdão de 13 de fevereiro de 1969, *Wilhelm e o.* (14/68, EU:C:1969:4).

16 Acórdão de 13 de fevereiro de 1969, *Wilhelm e o.* (14/68, EU:C:1969:4, n.ºs 3 e 9). No entanto, o Tribunal de Justiça fez uma advertência. Segundo este, os princípios de justiça natural (direito natural) exigem que qualquer decisão sobre uma infração anterior deve ser tomada em conta na determinação da sanção a ser imposta. V. n.º 11 deste acórdão e Acórdão de 14 de dezembro de 1972, *Boehringer Mannheim/Comissão* (7/72, EU:C:1972:125, n.º 3).

17 Acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6).

18 Acórdão de 7 de janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, n.ºs 338 a 340).

19 Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, *Toshiba Corporation e o.* (C-17/10, EU:C:2012:72).

20 Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, *Toshiba Corporation e o.* (C-17/10, EU:C:2012:72, n.º 94). V. também Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo *Toshiba Corporation e o.* (C-17/10, EU:C:2011:552, n.ºs 97 a 134).

32. No seu acórdão, o Tribunal de Justiça não se pronunciou expressamente sobre a questão de saber se os bens jurídicos protegidos pelas normas de direito da concorrência nacional e pelas normas de direito da concorrência da União Europeia eram idênticos nesse processo. Com efeito, foi possível abordar a questão sob uma perspetiva diferente: os factos subjacentes aos dois processos não eram idênticos, pelo que o princípio *ne bis idem* não teve, em todo o caso, de ser aplicado. A declaração do Tribunal de Justiça a esse respeito baseou-se no facto de a coima ter sido aplicada pela autoridade da concorrência nacional às empresas que participavam num cartel com base em efeitos anticoncorrenciais no Estado-Membro em causa anteriores à sua adesão à União Europeia. Por seu lado, a Comissão tinha previamente tomado uma decisão que aplicava uma coima aos membros do referido cartel, mas que não tinha por objeto reprimir os referidos efeitos antes da adesão à União<sup>21</sup>.

33. Além disso, o Tribunal de Justiça, no Acórdão *Limburgse Vinyl*<sup>22</sup>, considerou inexistente o elemento «*idem*». Tratava-se de um processo no qual se suscitava a questão de saber se o princípio *ne bis in idem* podia impedir uma segunda decisão da Comissão que tivesse como objeto idêntica conduta anticoncorrencial quando uma primeira decisão tinha sido anulada pelo Tribunal Geral. O Tribunal de Justiça declarou que a aplicação deste princípio pressupõe que tenha havido uma decisão sobre a existência material da infração ou que a legalidade da apreciação desta tenha sido fiscalizada. Como tal não sucedeu no processo *Limburgse Vinyl*, o Tribunal de Justiça concluiu que este princípio não obsta, em si mesmo, a novos processos que tenham como objeto idêntica conduta anticoncorrencial quando a primeira decisão tenha sido anulada por razões formais sem que tenha havido uma decisão de fundo quanto aos factos imputados. Isso deveu-se, segundo o Tribunal de Justiça, ao facto de a decisão de anulação não ter sido considerada equivalente a «absolvição». Neste caso, as sanções impostas pela nova decisão substituem simplesmente as aplicadas pela primeira decisão anulada por vício de forma<sup>23</sup>.

34. Por último, o Tribunal de Justiça também analisou a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* em cujas circunstâncias um comportamento anticoncorrencial idêntico tenha sido objeto de um processo e de aplicação de sanção, quer na União Europeia, quer fora dela.

35. No Acórdão *Showa Denko*<sup>24</sup>, por exemplo, 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<sup>25</sup>.

36. No âmbito desta última 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

21 Acórdão de 14 de fevereiro de 2012, *Toshiba Corporation e o.* (C-17/10, EU:C:2012:72, n.ºs 97 a 103).

22 Acórdão de 15 de outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582).

23 Acórdão de 15 de outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, n.ºs 59 a 62).

24 Acórdão de 29 de junho de 2006, *Showa Denko/Comissão* (C-289/04 P, EU:C:2006:431).

25 Acórdão de 29 de junho de 2006, *Showa Denko/Comissão* (C-289/04 P, EU:C:2006:431, n.ºs 52 a 56).

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)<sup>26</sup>.

37. A jurisprudência do Tribunal de Justiça e, em especial, o facto de estar sujeita a um triplo critério em matéria de processos e de sanções paralelos na União Europeia (ou no Espaço Económico Europeu), suscita algumas questões (fundamentais) que analisarei sucintamente na secção seguinte.

## 2. Observações relativas ao triplo critério aplicado pelo Tribunal de Justiça

38. O fundamento subjacente à linha de jurisprudência vertida no Acórdão Aalborg Portland remonta ao Acórdão do Tribunal de Justiça Walt Wilhelm e o. No entanto, não se deve ignorar que esse processo foi julgado nas décadas iniciais da integração europeia. Nessa altura, justificava-se partir do princípio de que o direito da concorrência nacional e o (então) direito da concorrência da Comunidade tinham objetivos diferentes e eram, por conseguinte, concebidos para proteger bens jurídicos distintos. Por outro lado, nem a Carta nem o Protocolo n.º 7 da CEDH estavam em vigor nessa altura<sup>27</sup>.

39. Todavia, na União Europeia de hoje, atribuir importância aos bens jurídicos protegidos para a determinação da existência do elemento *idem* é, a meu ver, problemático por duas razões principais.

40. Em primeiro lugar, o direito nacional e o direito da União Europeia têm vindo a convergir cada vez mais: assim, afigura-se que a declaração do Tribunal de Justiça no Acórdão Walt Wilhelm e o., segundo a qual o direito da concorrência nacional e o direito da concorrência da União Europeia consideram o comportamento anticoncorrencial sob pontos de vista diferentes, já não parece ser inteiramente correta. Até certo ponto, pode pôr-se em causa a relevância prática do critério no âmbito de processos e de sanções paralelos, por parte da Comissão e das autoridades da concorrência nacionais.

41. Dito isto, casos há em que a sobreposição pode não seja perfeita: tal é reconhecido pelo Regulamento n.º 1/2003, um ato de direito derivado que visa coordenar a aplicação das normas de direito da concorrência da União Europeia e garantir, sempre que necessário, que as autoridades da concorrência nacionais apliquem os artigos 101.º e 102.º TFUE nas investigações de práticas que afetem o comércio entre os Estados-Membros. Assim, o considerando 9 desse regulamento estabelece que, na medida em que a legislação nacional prossiga essencialmente um objetivo diferente do da proteção da concorrência no mercado (o objetivo dos artigos 101.º e 102.º TFUE), as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros podem aplicar essa legislação no seu território. Contudo, estou convicto de que tal raramente acontece hoje.

42. Em segundo lugar, e mais importante ainda, pode observar-se uma certa tensão entre o triplo critério aplicado em matéria de direito da concorrência e o artigo 50.º da Carta. Por outras palavras: o triplo critério é compatível com o artigo 50.º da Carta?

43. Esta questão é legítima, em meu entender.

<sup>26</sup> Acórdãos de 29 de junho de 2006, Showa Denko/Comissão (C-289/04 P, EU:C:2006:431, n.ºs 51 e 53), e de 29 de junho de 2006, SGL Carbon/Comissão (C-308/04 P, EU:C:2006:433, n.ºs 29 e 31). Para uma análise sobre os motivos pelos quais o princípio *ne bis in idem* não pode, em caso algum, ser aplicado quando há lugar a uma dupla interposição de processos em diferentes jurisdições, a menos que exista um acordo internacional que estipule a aplicabilidade desse princípio, v. Conclusões do advogado-geral A. Tizzano no processo Archer Daniels Midland and Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão (C-397/03 P, EU:C:2005:363, n.ºs 94 a 99).

<sup>27</sup> As complexidades decorrentes da aplicação do princípio *ne bis in idem* no quadro das normas de direito da concorrência nessa altura estão descritas em pormenor nas Conclusões do advogado-geral H. Mayras no processo Boehringer Mannheim/Comissão (7/72, EU:C:1972:107, n.ºs 1296 e segs.).

44. Sou de opinião que o Tribunal de Justiça não é alheio a esta tensão. Embora se tenha, de facto, referido ao triplo critério no Acórdão Toshiba, o Tribunal de Justiça excluiu, ainda assim, a aplicação do princípio *ne bis in idem* nesse processo com base noutro argumento, assinalando que os factos subjacentes às duas decisões controvertidas consecutivas (proferidas pela Comissão e pela autoridade da concorrência nacional) não eram idênticos. Esta diferença terá permitido que o Tribunal de Justiça não analisasse, de forma expressa, o triplo critério, o que acarretará, seguramente, litígios futuros.

45. Tenho dificuldade em identificar motivos que justifiquem a aplicação do triplo critério no âmbito do direito da concorrência.

46. Tendo a concordar com a advogada-geral J. Kokott no sentido de que o princípio *ne bis in idem*, tal como está consagrado no artigo 50.º da Carta, deve ser objeto de uma interpretação uniforme em todos os domínios do direito da União, tendo em conta os requisitos da jurisprudência do TEDH<sup>28</sup>. O facto de o direito da concorrência não pertencer ao cerne do direito penal, ou das sanções em matéria de legislação da concorrência deverem ter um efeito suficientemente dissuasivo, com vista a garantirem uma proteção efetiva da concorrência, não constituem motivos suficientes, na minha opinião, para limitar a proteção conferida pela Carta no domínio da legislação da concorrência.

47. O risco de várias autoridades da concorrência iniciarem processos contra as mesmas empresas por ações idênticas (porque os efeitos presentes ou futuros se alastram na União Europeia) parece ser inerente a um sistema descentralizado em matéria de aplicação do direito da concorrência estabelecido pelo Regulamento n.º 1/2003. Isto sem prejuízo de este regulamento conter normas que visam evitar a interposição paralela de processos<sup>29</sup>. Devido ao sistema de execução definido pelo Regulamento n.º 1/2003, a aplicação do princípio *ne bis in idem* não deve, no meu ponto de vista, estar sujeito a requisitos demasiado complexos.

48. Com efeito, a proteção efetiva da concorrência na União Europeia, que tem em conta os direitos das empresas que operam no mercado interno, pode ser assegurada sem depender da identidade dos bens jurídicos protegidos. De facto, o princípio *ne bis in idem*, tendo por base o duplo requisito da identidade dos factos e do infrator, impede, por si só, que várias autoridades da concorrência apliquem sanções relativas a efeitos (reais ou presumidos) anticoncorrenciais decorrentes de determinada conduta quando tais sanções respeitem ao mesmo território e ao mesmo período de tempo na União Europeia. Pelo contrário, o princípio *ne bis in idem* não proíbe que várias autoridades da concorrência iniciem processos ou sancionem comportamentos que tenham por objetivo ou efeito restringir a concorrência, decorrentes de um único e idêntico tipo de atuação em diferentes territórios ou durante diferentes períodos de tempo<sup>30</sup>.

49. Considerando que, no direito da concorrência, os efeitos da conduta impugnada relativos a um determinado território e período de tempo específico constituem elementos necessários dos factos, o duplo critério do elemento «*idem*» pode garantir a interposição eficaz de processos no âmbito de práticas anticoncorrenciais na União Europeia. Garante, igualmente, uma maior segurança jurídica para as empresas. Mas, mais importante ainda, o duplo critério do elemento «*idem*» é consentânea com os requisitos previstos no artigo 50.º da Carta, tal como interpretado pela jurisprudência do TEDH.

50. Lamentavelmente, porém, o presente processo não se presta a clarificar esta questão.

28 V. Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.º 120 a 122).

29 V., em especial, o artigo 13.º deste regulamento relativo à suspensão ou arquivamento do processo.

30 Conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Toshiba Corporation e o. (C-17/10, EU:C:2011:552, n.º 131). No entanto, nessas circunstâncias, deve ser tomado em conta o requisito geral enunciado no Acórdão Walt Wilhelm. Assim, qualquer decisão sancionatória anterior deve ser tida em conta na determinação da sanção a aplicar. V. Acórdão de 13 de fevereiro de 1969, Wilhelm e o. (14/68, EU:C:1969:4, n.º 11).

### C. Presente processo: falta dos elementos «bis» e «idem»

51. Como já foi acima mencionado, as questões prejudiciais refletem as dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio quanto à conformidade do triplo critério relativo à identificação do elemento «*idem*» com o artigo 50.º da Carta analisada na secção anterior.

52. Nunca é demais salientar que a aplicação do princípio *ne bis in idem* implica que o elemento *bis* também esteja presente. Isto resulta claramente tanto da formulação do próprio princípio como do artigo 50.º da Carta e decorre, também de forma bem patente, da jurisprudência do TEDH<sup>31</sup>. Compreensivelmente, o Tribunal de Justiça, tanto quanto sei, apenas examinou a potencial infração desse princípio em situações nas quais estavam em causa processos sucessivos<sup>32</sup>.

53. No processo pendente no órgão jurisdicional de reenvio, falta o elemento «*bis*» do princípio *ne bis in idem*. Com efeito, resulta do despacho de reenvio que a ACN proferiu uma única e mesma decisão e impôs uma só coima (constituída por duas parcelas) com base na aplicação simultânea das normas de direito da concorrência nacionais e das normas de direito da concorrência da União.

54. O princípio *ne bis in idem* não é aplicável nessas circunstâncias.

55. Com base na informação de que este Tribunal dispõe, parece que a questão a dirimir no processo principal é a de saber se, na coima aplicada, a metodologia foi utilizada de forma proporcional pela ACN<sup>33</sup>.

56. Embora caiba, em última análise, ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a proporcionalidade da sanção, o Regulamento n.º 1/2003 merece aqui uma especial atenção. Ao adotar o Regulamento n.º 1/2003, o legislador da União procurou garantir que as autoridades nacionais aplicassem (em vez do direito da concorrência nacional) os artigos 101.º e 102.º TFUE. Como decorre do artigo 3.º, o regulamento visa também garantir que as autoridades nacionais da concorrência não tomem decisões que possam prejudicar a eficácia das normas de concorrência da União Europeia. Por outras palavras, o regulamento incentiva, de facto (se for caso disso), a aplicação simultânea do direito da concorrência nacional e do direito da concorrência da União pelas autoridades da concorrência nacionais. No que diz respeito à proporcionalidade da aplicação das coimas, contudo, o regulamento não estabelece nenhuma regra relativa ao modo de cálculo de uma coima em determinadas circunstâncias. O artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 impõe apenas um limite máximo rígido para as coimas aplicadas pela Comissão: esse limite é de 10% do volume de negócios total realizado pela empresa em causa durante o exercício precedente.

57. Não consigo identificar no presente processo nenhum elemento que possa indicar a existência de violação do princípio da proporcionalidade.

58. Com efeito, a metodologia aplicada pela ACN ao definir a coima parece ser um exemplo clássico de como é possível uma autoridade da concorrência nacional aplicar as normas de direito da concorrência nacionais e as normas de direito da concorrência da União Europeia em paralelo num determinado processo. A coima é constituída por duas parcelas que visam sancionar os efeitos da

31 V., por exemplo, TEDH, 7 de dezembro de 2006, Hauser-Sporn c. Áustria, CE:ECHR:2006:1207JUD003730103, § 42 e jurisprudência referida. V. também [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_4\\_Protocol\\_7\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_ENG.pdf) (acedido em 19 de outubro de 2018), n.ºs 30 e segs.

32 A questão de interpretação suscitada pelo elemento *bis* deu, assim, origem a que, em termos gerais, se formulasse uma interpretação correta do conceito de «decisão definitiva». V., por exemplo, Acórdãos de 28 de setembro de 2006, Gasparini e o. (C-467/04, EU:C:2006:610, n.ºs 31 e 32); de 28 de setembro de 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614, n.ºs 51 e 58); e de 22 de dezembro de 2008, Turansky (C-491/07, EU:C:2008:768, n.ºs 35 e 36). O Tribunal Geral rejeitou recentemente, de forma expressa, uma alegação sobre a aplicação do princípio *ne bis in idem* no caso de serem impostas várias coimas numa única decisão. V. Acórdão de 26 de outubro de 2017, Marine Harvest/Comissão (T-704/14, EU:T:2017:753, n.ºs 307 a 344). Está pendente no Tribunal de Justiça um recurso interposto contra este acórdão.

33 V., neste sentido, Acórdão de 18 de dezembro de 2008, Coop de France Bétail et Viande e o./Comissão (C-101/07 P e C-110/07 P, EU:C:2008:741, n.º 130). Pode deduzir-se da argumentação do Tribunal de Justiça que a questão de saber se a aplicação, a uma empresa, de duas coimas pela mesma infração deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade.

conduta impugnada no que respeita a dois períodos de tempo distintos: a primeira diz respeito à infração às normas de direito da concorrência nacionais antes da data da adesão da República da Polónia à União Europeia, em 1 de maio de 2004, e a segunda é relativa à infração às normas de direito da concorrência da União Europeia (e às normas de direito da concorrência nacionais) depois dessa data. No que se refere especialmente a esse segundo período de tempo, a ACN teve em consideração o facto de a conduta impugnada (ser passível de) afetar o comércio entre os Estados-Membros (além dos respetivos efeitos no mercado interno da Polónia). Essa «sobreposição» está relacionada com a metodologia utilizada no cálculo da coima por infração às normas de direito da concorrência. Não é, em caso algum, proibida pelo princípio *ne bis in idem*.

59. À luz do que precede, importa responder às questões prejudiciais no sentido de que o princípio *ne bis in idem* não é aplicável em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal.

#### IV. Conclusão

60. Com base nas considerações acima apresentadas, sou de opinião que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal de Justiça, Polónia) da seguinte forma:

O princípio *ne bis in idem* não é aplicável em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal.