

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

JULIANE KOKOTT

apresentadas em 3 de Julho de 2007 ¹

I — Introdução

1. Em que circunstâncias pode uma infracção em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, cometida por uma empresa que anteriormente operava no mercado em causa, ser imputada ao seu sucessor no referido mercado? É este o cerne da questão que o Consiglio di Stato (Itália) submeteu no presente processo ao Tribunal de Justiça.
2. O presente processo tem por base um cartel que, entre 1993 e 2001, influenciou o preço de venda no mercado dos cigarros em Itália, violando as regras de concorrência, e que foi detectado pela autoridade italiana da concorrência. Originariamente, a administração autónoma do monopólio do Estado esteve envolvida neste cartel. No entanto, a partir de Março de 1999, a sua actividade económica no âmbito da produção e venda de tabacos manufacturados, incluindo a sua participação no cartel, foi assumida pela nova empresa Ente Tabacchi Italiani, posteriormente privatizada, a quem deve agora ser imputada a participação anterior da administração do monopólio do Estado no cartel, para além da sua própria participação, devendo ser sancionada com uma coima — pelo menos, segundo a intenção da autoridade italiana da concorrência.
3. Os limites de tal imputação deste tipo de infracções em matéria de práticas concertadas no caso de uma sucessão de empresas assumem uma relevância prática determinante para a configuração concreta da alienação, reestruturação ou privatização de empresas. Na verdade, consoante os critérios que as autoridades da concorrência e os órgãos jurisdicionais adoptarem na imputação de infracções em matéria de práticas concertadas, alterar-se-ão os riscos ligados à responsabilidade dos alienantes e dos adquirentes de empresas.
4. O presente caso é igualmente interessante sob outro ponto de vista: a decisão de aplicação de uma coima por parte da autoridade italiana da concorrência apenas se baseia no direito nacional em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, o qual, por sua vez, se orienta pelo direito

¹ — Língua original: alemão.

comunitário, cuja interpretação é pedida neste processo ao Tribunal de Justiça. A questão de saber se um pedido de decisão prejudicial pode ser admissível nestas circunstâncias assume uma grande importância para a colaboração futura entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais na área do direito em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, tanto mais que o direito nacional e o direito comunitário neste domínio têm vindo a interagir cada vez mais.

II — Enquadramento jurídico

5. O *enquadramento jurídico comunitário* do presente caso é definido pelos artigos 81.º CE e seguintes e pelo artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE. No que diz respeito ao *direito nacional*, é necessário remeter, por um lado, para as disposições do direito da concorrência italiano e, por outro, para algumas disposições relativas à administração do monopólio italiano do tabaco.

A — O direito da concorrência italiano

6. No direito da concorrência italiano, é relevante a Lei n.º 287, de 10 de Outubro de 1990, relativa às regras para protecção da

concorrência e do mercado², cujo título I contém, em particular, as seguintes disposições:

«Artigo 1.º

1. As disposições da presente lei, adoptada de acordo com o artigo 41.º da Constituição para protecção e garantia do direito à iniciativa económica, aplicam-se a acordos, abusos de posição dominante e concentrações de empresas que não estejam abrangidos pelo âmbito de aplicação dos artigos 65.º e/ou 66.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, dos artigos 85.º e/ou 86.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (CEE), pelos regulamentos comunitários ou por actos comunitários com um efeito normativo equiparado.

[...]

4. A interpretação das disposições legais constantes deste título faz-se de acordo com os princípios da ordem jurídica das Comunidades Europeias aplicáveis no domínio do direito da concorrência.

2 — Legge 10 ottobre 1990, n.º 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI n.º 240, de 13 de Outubro de 1990, p. 3), a seguir «Lei n.º 287/1990».

Artigo 2.º

1. São considerados acordos os acordos e/ou as práticas concertadas entre empresas, bem como as decisões de consórcios, associações de empresas e outros organismos similares, mesmo se adoptados com base em disposições estatutárias ou regulamentares.

2. São proibidos acordos entre empresas que tenham por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear de modo duradouro a concorrência no mercado nacional ou numa parte substancial deste, através das seguintes práticas:

a) a fixação, de forma directa ou indirecta, dos preços de compra ou venda ou de outras condições contratuais;

b) a limitação ou restrição da produção, da distribuição ou do acesso ao mercado, dos investimentos, do desenvolvimento técnico ou dos progressos tecnológicos;

c) a repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento;

d) a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os por esse facto injustificadamente em desvantagem na concorrência;

e) a subordinação da celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que não têm ligação com o objecto do contrato, nem pela sua natureza nem de acordo com os usos comerciais.

3. Os acordos proibidos são sempre nulos.»

7. No título II da Lei n.º 287/90, está prevista a criação de uma autoridade nacional da concorrência, designada *Autorità Garante della concorrenza e del mercato* (a seguir «Autorità Garante»), a quem o artigo 15.º, n.º 1, da referida lei confere as seguintes competências:

«Caso a [Autorità Garante] [...] constate violações dos artigos 2.º ou 3.º, define um prazo às empresas e instituições em causa para cessarem as referidas infracções. Em

caso de violações flagrantes, de acordo com a sua gravidade e duração, ordena, para além disso, a aplicação de sanções financeiras num valor que pode ascender a 10% do volume de negócios realizado pela respectiva empresa ou instituição durante o exercício social anterior à notificação da intimação e define os prazos para o pagamento da sanção por parte da empresa.»

8. O título VI da Lei n.º 287/90 contém ainda um artigo 31.º, que dispõe o seguinte:

«Em relação às sanções financeiras administrativas aplicadas na sequência de uma violação da presente lei são válidas, quando aplicáveis, as disposições do capítulo I, partes I e II, da Lei n.º 698, de 24 de Novembro de 1981.»

B — *As disposições relativas à administração do monopólio italiano do tabaco*

9. Por Real Decreto Legislativo ³ n.º 2258, de 8 de Dezembro de 1927⁴, foi criada em Itália uma administração autónoma do monopólio

do Estado, denominada *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (a seguir «AAMS»). A AAMS é um órgão administrativo do Estado que ainda hoje está subordinado ao Ministério da Economia e das Finanças⁵, sendo autónomo tanto do ponto de vista administrativo como financeiro e contabilístico, mas não dispondo de personalidade jurídica própria. Até Fevereiro de 1999, inclusive, foi-lhe confiado o monopólio italiano do tabaco, entre outras mis-
sões.

10. Pelo Decreto Legislativo⁶ n.º 283 do Presidente da República, de 9 de Julho de 1998⁷, foi criada uma empresa pública⁸ denominada *Ente Tabacchi Italiani* (a seguir «ETI»), a quem foram transmitidas por via legislativa todas as actividades económicas da AAMS relativas à produção e venda, com excepção do sector das lotarias. Nos domínios que lhe foram transmitidos, a ETI foi constituída a sucessora jurídica da AAMS em todas as relações activas e passivas, bem como nos direitos e nos bens⁹. A ETI iniciou a sua actividade em 1 de Março de 1999.

11. A ETI começou por estar subordinada ao controlo do Ministério da Economia e das Finanças, que lhe impunha as orientações para a sua actividade, nomeava os seus

3 — Regio decreto-legge.

4 — Convertido na Lei n.º 3474, de 6 de Dezembro de 1928.

5 — Ministero dell'Economia e delle Finanze.

6 — Decreto Legislativo.

7 — GURI n.º 190, de 17 de Agosto de 1998, p. 3 (a seguir «Decreto Legislativo n.º 283/1998»).

8 — Ente pubblico economico.

9 — Artigo 3.º, n.º 1, do Decreto Legislativo n.º 283/1998.

órgãos de administração e fiscalizava as suas decisões¹⁰. Mas, tal como estava previsto desde o início¹¹, em 23 de Junho de 2000 a ETI foi transformada numa sociedade anónima, a Ente Tabacchi Italiani — ETI SpA, cujo capital social começou por ser detido na totalidade pelo Ministério da Economia e das Finanças. Em 2003, a ETI foi privatizada e, desde então, está sujeita ao controlo exclusivo da British American Tobacco plc, uma sociedade *holding* de direito inglês que pertence ao grupo BAT — British American Tobacco.

12. A AAMS, por seu turno, desde 1 de Março de 1999 apenas desempenha funções de autoridade pública no sector do tabaco¹² e já não exerce qualquer actividade económica. No sector das apostas e dos jogos de fortuna e azar, em particular no sector das lotarias, a AAMS prosseguiu, no entanto, a sua actividade económica depois da data referida.

III — Matéria de facto e processo principal

13. Pela decisão n.º 11795, de 13 de Março de 2003¹³, a Autorità Garante constatou

que, entre 1993 e 2001, diversas sociedades do grupo Philip Morris¹⁴, por um lado, e a AAMS e posteriormente a ETI, por outro, tinham criado um cartel, que tinha por objectivo e efeito uma significativa e duradoura distorção da concorrência quanto ao preço de venda dos cigarros no mercado nacional italiano, em violação do artigo 2.º, n.º 2, alíneas a) e b), da Lei n.º 287/90; em consequência, a Autorità Garante aplicou aos membros do cartel sanções pecuniárias administrativas que atingiram 50 milhões de euros no caso da Philip Morris, e 20 milhões de euros no caso da ETI. Para além disso, a Autorità Garante exigiu às partes envolvidas nas referidas práticas concertadas que cesassem a infracção.

14. Na sua decisão, a Autorità Garante também imputou à ETI a participação da AAMS na prática concertada pelo período anterior a 1 de Março de 1999 e justificou esta decisão com o facto de esta ter suspenso a sua actividade económica no domínio da produção e venda de tabacos manufacturados e ainda com o facto de a referida actividade económica ter sido assumida pela ETI.

15. Tanto a Philip Morris como a ETI interpuseram recurso da decisão da Autorità Garante para o Tribunale amministrativo regionale del Lazio — Roma¹⁵ (a seguir

10 — De acordo com as informações fornecidas pelo Governo italiano a pedido do Tribunal de Justiça.

11 — Artigo 1.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 283/1998.

12 — Como exemplo das suas funções foram indicados o controlo do comércio dos produtos para fumar e a atribuição de concessões para a venda ao público dos tabacos manufacturados.

13 — Provvedimento 13 marzo 2003, n.º 11795, l 479 «Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi» (Bollettino settimanale, ano XIII, n.º 11/2003, p. 5). Esta decisão foi precedida de um inquérito iniciado em Junho de 2001.

14 — Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. e Philip Morris International Management SA. Por razões de simplificação, estas empresas serão designadas em conjunto por «Philip Morris».

15 — Tribunale amministrativo da região de Lazio, com sede em Roma.

«TAR»). Tendo negado provimento ao recurso interposto pela Philip Morris, o TAR deu razão à ETI num ponto, concluindo que a participação na prática concertada da AAMS não lhe pode ser imputada, o que teve por efeito a suspensão parcial da decisão da Autorità Garante. Na sua decisão, o TAR baseou-se no princípio da responsabilidade pessoal, na aceção dos artigos 1.º e 7.º da Lei n.º 689/81, para o qual remete o artigo 31.º da Lei n.º 287/1990, tendo concluído que o mesmo princípio também se aplica no direito comunitário. O critério da continuidade económica objectiva apenas poderia ser aplicado em casos excepcionais sujeitos a interpretação estrita, que não se verificam no presente processo.

16. Após tanto a ETI e a Philip Morris como também a Autorità Garante terem interposto recursos da decisão da primeira instância, o litígio está actualmente pendente no Consiglio di Stato¹⁶ (a seguir também «órgão jurisdicional de reenvio»), na qualidade de Supremo Tribunal Administrativo. O Consiglio di Stato já considerou infundadas as censuras formuladas pela ETI e a Philip Morris em relação à existência de uma infracção em matéria de práticas concertadas e está actualmente a apreciar a questão suscitada no recurso da Autorità Garante, relativa à imputação à ETI da participação na prática concertada da AAMS no período «anterior à sua criação».

16 — Conselho de Estado.

IV — Pedido de decisão prejudicial e processo no Tribunal de Justiça

17. Por decisão de 8 de Novembro de 2005, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 27 de Junho de 2006, o Consiglio di Stato suspendeu o seu processo e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

- a) Nos termos dos artigos 81.º e seguintes do Tratado e dos princípios gerais do direito comunitário, qual o critério a seguir para determinar a empresa a que se deve aplicar a sanção por violação das normas em matéria de concorrência quando, no âmbito de uma conduta punida de forma global, a parte final dessa conduta tenha sido assumida por uma empresa que sucedeu à empresa originária no sector económico em causa e esta, embora não tenha deixado de existir, tenha deixado de exercer a actividade como empresa comercial, pelo menos no sector económico no qual a sanção foi aplicada?
- b) Para determinar o sujeito punível, incumbe à autoridade administrativa competente para a aplicação da legislação em matéria de concorrência apreciar discricionariamente a ocorrência de circunstâncias que justifiquem a imputação à empresa sucessora da responsabilidade por infracções às regras da concorrência cometidas pela pessoa

jurídica à qual sucedeu, mesmo quando esta última não tenha deixado de existir na data da decisão, para que o efeito útil das normas sobre a concorrência não fique prejudicado pelas alterações à forma jurídica da empresa?

18. A ETI, a Philip Morris, o Governo italiano e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram as suas observações escritas e alegações orais no Tribunal de Justiça.

V — Apreciação

A — Admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

19. O objecto do litígio no processo principal perante os órgãos jurisdicionais italianos diz respeito a uma decisão da autoridade da concorrência italiana, a Autorità Garante, num processo relativo a acordos, decisões e práticas concertadas. A referida decisão baseia-se exclusivamente no direito nacional em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, mais concretamente na Lei n.º 287/1990. Para apreciar a sua legalidade, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessária igualmente a interpretação do direito comunitário da concorrência, referindo-se ao artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 287/1990, de acordo com o qual os

princípios comunitários em matéria de direito da concorrência constituem a base para a interpretação das disposições no título I da referida lei, ou seja, também são relevantes para o direito nacional.

20. Em face do exposto, são necessárias algumas considerações relativas à admissibilidade das questões prejudiciais, em particular no que diz respeito à sua pertinência para a decisão.

1. Observações preliminares

21. A circunstância de o direito comunitário no presente processo apenas se tornar relevante em virtude de uma referência no direito interno não exclui a pertinência das questões prejudiciais submetidas pelo Consiglio di Stato para a decisão que deve proferir, nem a competência do Tribunal de Justiça para as apreciar.

22. Nos termos da jurisprudência constante, que se baseia no acórdão Dzodzi (a seguir «jurisprudência Dzodzi») ¹⁷, nem os termos

17 — Acórdão de 18 de Outubro de 1990, Dzodzi (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.º 36); v. igualmente os acórdãos de 8 de Novembro de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Colect., p. I-4003, n.º 25); de 17 de Julho de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Colect., p. I-4161, n.º 25) e Giloy (C-130/95, Colect., p. I-4291, n.º 21); de 11 de Janeiro de 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Colect., p. I-207, n.º 21); de 17 de Março de 2005, Feron (C-170/03, Colect., p. I-2299, n.º 11); de 16 de Março de 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Colect., p. I-2505, n.º 15); e de 14 de Dezembro de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Colect., p. I-11987, n.º 19); no mesmo sentido, também o acórdão de 7 de Janeiro de 2003 no processo BIAO (C-306/99, Colect., p. I-1, n.º 90).

do artigo 234.º CE nem o objecto do processo instituído por esse artigo obstam a que o Tribunal de Justiça responda a questões prejudiciais relativas à interpretação de disposições do direito comunitário para as quais o direito nacional de um Estado-Membro remete para decidir uma situação puramente interna desse Estado.

23. Muito pelo contrário, tal como o Tribunal de Justiça já reconheceu múltiplas vezes, existe um interesse comunitário manifesto em que, para evitar divergências de interpretação futuras, as disposições do direito comunitário sejam interpretadas de modo uniforme, quaisquer que sejam as condições em que se devem aplicar¹⁸.

24. No âmbito do direito da concorrência, é particularmente vincado este interesse numa interpretação e aplicação tão uniformes quanto possível das disposições vigentes a nível comunitário¹⁹, na medida em que

neste domínio o direito nacional se orienta muito frequentemente pelo direito comunitário, o que não é apenas válido desde a entrada em vigor do Regulamento (CE) n.º 1/2003²⁰, do qual resultou uma ligação particularmente estreita entre o direito da concorrência nacional e o direito comunitário. Já no período anterior, ou seja durante o âmbito de aplicação temporal do Regulamento n.º 17²¹, o direito de concorrência nacional de muitos Estados-Membros se orientava pelo direito comunitário para solucionar situações puramente internas, o que se aplica igualmente à Lei n.º 287/1990 italiana, aplicável ao processo principal.

25. Tendo em consideração este contexto, também a colaboração entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais no domínio do direito da concorrência se reveste de uma particular importância, na medida em que contribui para assegurar a maior segurança jurídica possível e condições de concorrência equiparáveis para todos os operadores económicos a que se aplica — directa ou indirectamente — o direito comunitário.

26. No entanto, no presente caso, a Comissão manifestou dúvidas quanto à admissibi-

18 — Acórdãos Dzodzi (já referido na nota 17, n.º 37) e de 25 de Junho de 1992, *Federconsorzi* (C-88/91, *Colect.*, p. I-4035, n.º 7); no mesmo sentido, os acórdãos *Leur-Bloem* (n.º 32), *Giloy* (n.º 28), *Kofisa Italia* (n.º 32), *Poseidon Chartering* (n.º 16) e *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (n.º 20), já referidos na nota 17, bem como os acórdãos de 11 de Outubro de 2001, *Adam* (C-267/99, *Colect.*, p. I-7467, n.º 27); de 15 de Janeiro de 2002, *Andersen e Jensen* (C-43/00, *Colect.*, p. I-379, n.º 18); de 15 de Maio de 2003, *Salzmänn* (C-300/01, *Colect.*, p. I-4899, n.º 34); e de 29 de Abril de 2004, *British American Tobacco* (C-222/01, *Colect.*, p. I-4683, n.º 40). V. igualmente a jurisprudência do Tribunal de Justiça em relação à sua competência para interpretar disposições constantes de acordos internacionais mistos, em particular o acórdão de 16 de Junho de 1998, *Hermès* (C-53/96, *Colect.*, p. I-3603, n.º 32).

19 — V., a este respeito, as minhas conclusões de 13 de Julho de 2006 no processo *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (já referido na nota 17, n.º 21 e segs.).

20 — 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 (JO 2003, L 1, p. 1, a seguir «Regulamento n.º 1/2003»). O presente regulamento modernizou as regras para a execução dos artigos 81.º CE e 82.º CE e reforçou a participação das autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais na aplicação do direito da concorrência comunitário; v., a este respeito, o sexto, o sétimo e o décimo quinto considerando do Regulamento n.º 1/2003, bem como os seus artigos 5.º e 6.º

21 — Regulamento (CEE) n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 104; EE 08 F1 p. 22).

lidade do pedido de decisão prejudicial, apresentando várias razões para considerar que a jurisprudência Dzodzi não é pertinente para o presente caso.

27. Parto desde logo do princípio de que nenhuma das objecções da Comissão é convincente. A Comissão concentra-se demasiado nas particularidades das disposições italianas e esquece-se de que no processo de decisão prejudicial não compete ao Tribunal de Justiça interpretar o direito nacional²². Para além disso, não tem em consideração que a análise da pertinência das questões colocadas pelo juiz nacional cabe no quadro factual e regulamentar que o mesmo define sob sua responsabilidade, e que não compete ao Tribunal de Justiça verificar a sua exactidão²³. Caso as questões colocadas pelo juiz nacional digam respeito à interpretação do direito comunitário, o Tribunal de Justiça é, em princípio, obrigado a decidir o caso²⁴.

28. De seguida, irei apreciar cada uma das objecções da Comissão.

22 — Jurisprudência constante; v. apenas os acórdãos de 10 de Janeiro de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze* (C-222/04, Colect., p. I-289, n.º 63) e de 13 de Julho de 2006, *Manfredi* (C-295/04 a C-298/04, Colect., p. I-6619, n.º 70).

23 — Acórdãos *Salzmann* (já referido na nota 18, n.º 31); de 1 de Dezembro de 2005, *Burtscher* (C-213/04, Colect., p. I-10309, n.º 35); e de 7 de Junho de 2007, *Van der Weerd e o.* (C-222/05 a C-225/05, ainda não publicado na Colectânea, n.º 22).

24 — Jurisprudência constante; v. apenas os acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, *Bosman* (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 59); *Dzodzi* (já referido na nota 17, n.º 35); de 23 de Novembro de 2006, *Asnef-Equifax* (C-238/05, Colect., p. I-11125, n.º 15); e *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (já referido na nota 17, n.º 17).

2. As objecções da Comissão à admissibilidade

29. No total, a Comissão levantou quatro objecções à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial do Consiglio di Stato. Em primeiro lugar, considera que as disposições italianas aplicáveis não contêm qualquer remissão para o direito comunitário. Em segundo lugar, expõe que uma eventual remissão não é, em todo o caso, incondicional e vinculativa. Em terceiro lugar, a Comissão não vê qualquer interesse para na interpretação do direito comunitário. Em quarto lugar, invoca a falta de disposições comunitárias a este respeito.

a) Primeira objecção: falta de qualquer remissão para o direito comunitário

30. Na sua primeira objecção, a Comissão contesta que o direito italiano remeta para o direito comunitário em casos como o presente. Apenas o título I da Lei n.º 287/1990 deve ser interpretado em conformidade com o direito comunitário. No presente caso, não são, no entanto, pertinentes as disposições materiais do referido título I, mas sim as disposições sancionatórias constantes do título II e título IV da Lei n.º 287/1990, na medida em que

está exclusivamente em causa a «imputação de sanções» a uma pessoa singular ou colectiva concreta, pelo que neste aspecto o direito italiano não se orienta de modo nenhum pelo direito comunitário. Por conseguinte, apenas o direito nacional é pertinente para a decisão.

31. Esta argumentação não me convence. Ao contrário do que a Comissão parece supor, não é de modo algum evidente que a imputação de infracções em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas em casos de sucessão de empresas deva ser enquadrada exclusivamente no domínio das *disposições sancionatórias* e possa ser apreciada de forma totalmente independente das *regras substantivas em matéria de concorrência* e do conceito de empresa. Assim, o Tribunal de Justiça, não aprecia, por exemplo, a questão da imputação de infracções em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas apenas no contexto das disposições pertinentes relativas às coimas (artigo 15.º do Regulamento n.º 17, bem como actualmente o artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003), mas também no contexto das disposições materiais do artigo 81.º CE²⁵, podendo ainda o critério da continuidade económica ou da identidade das empresas desempenhar um papel decisivo nesta questão²⁶.

32. No caso de o Consiglio di Stato, no âmbito do direito de concorrência italiano, optar agora por uma via equiparável, o Tribunal de Justiça não poderá rejeitar esta situação por a considerar manifestamente desajustada, se não pretender entrar em contradição com a sua própria jurisprudência.

33. Efectivamente, o Tribunal de Justiça poderia igualmente considerar inadmissível o pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato, se fosse *manifesto* que a interpretação solicitada de uma regra comunitária não tem qualquer relação com a realidade ou com o objecto do litígio nos processos principais²⁷. Neste sentido, se estivesse assente que o direito italiano em casos como o presente não se orienta pelo direito comunitário, as questões relativas à interpretação do direito comunitário submetidas ao Tribunal de Justiça teriam de ser julgadas inadmissíveis por falta de pertinência para a decisão²⁸.

34. No entanto, esta situação não se verifica no presente caso. No seu despacho de reenvio, o Consiglio di Stato parte do princípio de que o título I da Lei n.º 287/1990, com a sua remissão para o

25 — A relação entre o artigo 81.º CE (antigo artigo 85.º do Tratado CEE) e a questão da imputação torna-se particularmente evidente nos acórdãos de 28 de Março de 1984, CRAM e Rheinziink/Comissão (29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679, n.º 9), e 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, Colect., p. I-123, n.º 59).

26 — Acórdãos CRAM e Rheinziink/Comissão (já referido na nota 25, n.º 9) bem como de 8 de Julho de 1999, Comissão/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 145).

27 — Jurisprudência constante, v. apenas os acórdãos Bosman (já referido na nota 24, n.º 59 e 61), de 10 de Janeiro de 2006, IATA e ELFAA (C-344/04, Colect., p. I-403, n.º 24), Asnef-Equifax (já referido na nota 24, n.º 17) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (já referido na nota 17, n.º 17).

28 — No mesmo sentido, também os acórdãos Dzodzi (n.º 40), Gmurzynska-Bscher (n.º 23), Leur-Bloem (n.º 26), Giloy (n.º 22) e Kofisa Italia (n.º 22), já referidos na nota 17.

direito comunitário, é pertinente para o processo principal²⁹. No âmbito do processo de decisão prejudicial, apenas esta definição do quadro jurídico nacional é vinculativa para o Tribunal de Justiça.

35. Tal como já foi referido, o Tribunal de Justiça não é competente, no quadro de um reenvio prejudicial, para se pronunciar sobre a interpretação de disposições de direito nacional nem para julgar se a interpretação dada pelo órgão jurisdicional de reenvio é correcta³⁰. Em particular num caso como o presente, compete exclusivamente ao órgão jurisdicional nacional apreciar o alcance exacto de uma remissão do direito nacional para o direito comunitário. Na sua resposta ao órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal de Justiça não pode ter em consideração a economia geral das disposições do direito nacional, a quais, ao remeterem para o direito comunitário, definem simultaneamente o alcance desta remissão³¹.

36. Por conseguinte, a primeira objecção da Comissão é improcedente.

b) Segunda objecção: falta de uma remissão incondicional e vinculativa

37. Com a sua segunda objecção, a Comissão alega que, mesmo que se considere aplicável, a remissão para o direito comunitário feita no artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 287/1990 não é incondicional e vinculativa; para além disso, a interpretação do direito comunitário pelo Tribunal de Justiça neste caso não é vinculativa para os órgãos jurisdicionais nacionais. Por conseguinte, a Comissão considera que o pedido de decisão prejudicial no presente caso é inadmissível, invocando o processo Kleinwort Benson³².

38. Este argumento também não convence.

39. Mesmo segundo o acórdão Kleinwort Benson, é determinante saber se o legislador nacional procede a uma distinção entre situações puramente internas e aquelas que são reguladas pelo direito comunitário ou se pretende tratar de forma idêntica os dois tipos de situações e, por conseguinte, se orienta em ambos os casos pelo direito comunitário³³. Neste caso, é irrelevante

29 — Na audiência no Tribunal de Justiça, a Philip Morris remeteu ainda de forma suplementar para o despacho n.º 1189 do Consiglio di Stato, de 2 de Março de 2001 (em particular, os seus capítulos 4.4 e segs.), de acordo com o qual o próprio órgão jurisdicional se orienta pelo direito comunitário bem como pela jurisprudência do Tribunal de Justiça no que diz respeito às disposições sancionatórias.

30 — Acórdãos de 3 de Outubro de 2000, Corsten (C-58/98, Colect., p. I-7919, n.º 24), de 29 de Abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, Colect., I-5257, n.º 42), e de 12 de Janeiro de 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Colect., p. I-589, n.º 21).

31 — Acórdãos Dzodzi (n.º 41 e 42) e Leur-Bloem (n.º 33), ambos já referidos na nota 17.

32 — Acórdão de 28 de Março de 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Colect., p. I-615).

33 — V., neste sentido, as considerações relativas ao processo Kleinwort Benson em acórdãos posteriores, em particular os acórdãos Leur-Bloem (n.ºs 29, no final, e 31), Giloy (n.ºs 25, no final, e 27) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (n.ºs 21, no final, e 22), todos referidos na nota 17. O acórdão Poseidon Chartering baseia-se no mesmo tipo de consideração (já referido na nota 17, n.º 17).

saber se o direito nacional remete de forma expressa ou apenas implícita para o direito comunitário, sendo decisiva, pelo contrário, a *orientação material* pelo direito comunitário³⁴.

nacional orientou-se pelo direito comunitário, mas não efectuou qualquer remissão directa e incondicional para este, prevendo mesmo expressamente a possibilidade de derrogações bem como de modificações «destinadas a criar divergências»³⁵.

40. Tal como é possível depreender, o legislador italiano não procedeu a uma distinção entre situações puramente internas e aquelas que são reguladas pelo direito comunitário. Em ambos os casos, a remissão para o direito comunitário é aplicada de acordo com o disposto no artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 287/1990, o que, desde logo, vai no sentido da admissibilidade das questões prejudiciais do Consiglio di Stato, de acordo com a jurisprudência Dzodzi, incluindo a do acórdão Kleinwort Benson.

41. Para além disso, o presente caso não é de forma alguma comparável ao processo Kleinwort Benson, contrariamente ao entendimento da Comissão.

42. Por um lado, no processo Kleinwort Benson o legislador nacional apenas se limitou a adoptar parcialmente o direito comunitário (em causa, estava a Convenção de Bruxelas) como modelo, reproduzindo parcialmente os seus termos. O direito

43. No presente caso, não se afigura que a referida situação se verifique no artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 287/1990. Esta disposição contém, pelo contrário, uma remissão expressa para «os princípios da ordem jurídica das Comunidades Europeias em matéria de concorrência». Não é possível deduzir nem do teor da referida disposição nem do despacho de reenvio ou dos autos que a referida remissão para o direito comunitário esteja sujeita a qualquer condição.

44. Por outro lado, nos termos das disposições nacionais aplicáveis no processo Kleinwort Benson, em situações internas os órgãos jurisdicionais de reenvio apenas devem «ter em conta» a jurisprudência do Tribunal de Justiça, sem estarem vinculados a segui-la³⁶.

34 — Particularmente evidente neste sentido o acórdão BIAO (já referido na nota 17, n.ºs 92 e 93).

35 — Acórdão Kleinwort Benson (já referido na nota 32, n.ºs 9 e 10, bem como 16 a 18). Estes aspectos do acórdão Kleinwort Benson voltaram a ser posteriormente realçados pelo Tribunal de Justiça, por exemplo, nos seus acórdãos Leur-Bloem (n.º 29), Giloy (n.º 25), Kofisa Italia (n.º 30), BIAO (n.º 93) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (n.º 21), todos já referidos na nota 17.

36 — Acórdão Kleinwort Benson (já referido na nota 32, n.ºs 10 e 20 a 23). Este aspecto do acórdão Kleinwort Benson voltou a ser posteriormente realçado pelo Tribunal de Justiça, por exemplo nos seus acórdãos Leur-Bloem (n.º 29) e Giloy (n.º 25), ambos já referidos na nota 17.

45. No presente caso, também não se pode falar de uma falta de vinculação deste tipo dos órgãos jurisdicionais nacionais, contrariamente ao entendimento da Comissão: a interpretação das disposições jurídicas contidas no título I da Lei n.º 287/1990 «é realizada de acordo com os princípios da ordem jurídica das Comunidades Europeias aplicáveis no domínio do direito da concorrência» (artigo 1.º, n.º 4, da Lei n.º 287/1990). Não é possível deduzir nem do teor da referida disposição nem do despacho de reenvio ou dos autos que a jurisprudência do Tribunal de Justiça não seria vinculativa no âmbito desta interpretação³⁷.

46. A Comissão não apresentou qualquer elemento que comprovasse a sua afirmação de que, para quem aplica o direito em Itália, o direito comunitário apenas é um de vários elementos para a interpretação das disposições nacionais pertinentes, mas não o decisivo, não estando os órgãos jurisdicionais italianos obrigados por lei a transpor a jurisprudência do Tribunal de Justiça para o direito nacional. Na audiência, todas as outras partes realçaram que num caso como o presente os órgãos jurisdicionais italianos estão vinculados à jurisprudência do Tribunal de Justiça.

47. Em última instância, deveria ser sobretudo decisiva a questão de saber se a resposta às questões prejudiciais *pode ser útil* ou não ao órgão jurisdicional de reenvio, na medida em que, de acordo com o artigo 234.º CE, o

processo de decisão prejudicial constitui um instrumento de cooperação judicial, graças ao qual o Tribunal de Justiça fornece aos juízes nacionais os elementos de interpretação do direito comunitário que lhes possam ser úteis para apreciar os efeitos de uma disposição nacional em causa no litígio que lhes foi submetido³⁸. No que diz respeito a esta utilidade, o órgão jurisdicional de reenvio dispõe de uma margem de apreciação³⁹.

48. Tendo em consideração o acima exposto, a segunda objecção da Comissão também não é convincente.

c) Terceira objecção: falta de interesse na interpretação do direito comunitário

49. Com a sua terceira objecção, a Comissão alega que, no presente caso — ao contrário dos processos Bronner⁴⁰ e Asnef-Equifax⁴¹ —, não existe qualquer interesse na interpretação do direito comunitário, na medida em que este não pode desde logo ser aplicado em paralelo com o direito nacional.

37 — Em circunstâncias análogas, o Tribunal de Justiça também negou um paralelismo com o processo Kleinwort Benson, por exemplo nos acórdãos Kofisa Italia (n.º 31) e Poseidon Charterin (n.º 18), ambos já referidos na nota 17.

38 — Acórdãos Salzmann (já referido na nota 18, n.º 28) e de 4 de Dezembro de 2003, EVN e Wienstrom (C-448/01, Colect., p. I-14527, n.º 77).

39 — V., neste sentido, a jurisprudência constante relativa à pertinência para a decisão das questões prejudiciais, em particular os acórdãos Bosman (já referido na nota 24, n.º 59), EVN e Wienstrom (já referido na nota 38, n.º 74), Asnef-Equifax (já referido na nota 24, n.º 15) e Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (já referido na nota 17, n.º 16).

40 — Acórdão de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791).

41 — Acórdão já referido na nota 24.

50. Também este argumento não é convincente, na medida em que a Comissão ignora o facto de a jurisprudência Dzodzi não se limitar apenas aos casos em que o direito comunitário e o direito nacional possam eventualmente ser pertinentes em simultâneo.

51. O direito em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas caracteriza-se por, frequentemente, uma mesma situação de facto estar simultaneamente abrangida pelo direito comunitário e pelo direito interno⁴². É o que se passa sempre que existe uma intersecção entre os campos de aplicação do direito nacional e do direito comunitário em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, ou seja, quando acordos entre empresas são abrangidos não apenas pelo direito da concorrência nacional mas também pelo artigo 81.º CE, especialmente quando são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros na acepção dessa disposição. O interesse numa interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário neste tipo de casos já era particularmente evidente no período anterior à entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003⁴³.

42 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, Walt Wilhelm (14/68, Colect. 1969-1970, p. 1, n.º 3); no mesmo sentido, os acórdãos de 10 de Julho de 1980, Giry e Guerlain (253/78 e 1/79 a 3/79, Recueil, p. 2327, n.º 15); de 16 de Julho de 1992, Asociación Española de Banca Privada e o. (C-67/91, Colect., p. I-4785, n.º 11); Bronner (já referido na nota 40, n.º 19); e Asnef-Equifax (já referido na nota 24, n.º 20).

43 — Desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003, encontra-se mesmo expressamente proibido às autoridades nacionais, responsáveis em matéria da concorrência, e aos tribunais aplicarem isoladamente o seu direito da concorrência interno, quando um caso é igualmente abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 81.º CE. Desde então, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003, o que importa é aplicar em tais casos o artigo 81.º CE em paralelo com a legislação nacional em matéria da concorrência (artigo 3.º, n.º 1, do regulamento), sendo que aqui se deve ter em conta a prevalência do direito comunitário (v., neste sentido, o artigo 3.º, n.º 2, primeira frase, do regulamento).

52. Com base nesta situação, não é, no entanto, possível concluir que apenas existiria um interesse na resposta a um pedido de decisão prejudicial na acepção da jurisprudência Dzodzi em caso de aplicação paralela das disposições internas e comunitárias. Pelo contrário, até ao momento a referida jurisprudência aplicou-se maioritariamente a casos em que o âmbito de aplicação do direito comunitário não estava em causa e, por conseguinte, não era desde logo necessário discutir uma aplicação paralela do direito comunitário e do direito nacional⁴⁴.

53. Também no direito da concorrência, o interesse numa interpretação e aplicação uniforme do direito comunitário não se restringe apenas aos casos em que o direito comunitário e o direito interno se aplicam em paralelo, por estarem em causa ambos os âmbitos de aplicação. A legislação de muitos Estados-Membros orienta-se, *mesmo em situações de facto puramente internas* que são abrangidas em exclusivo pelo direito da concorrência nacional, pelas correspondentes disposições do direito comunitário, pelo que este se *aplica indirectamente*. Esta tendência não se observa apenas desde a entrada em vigor do Regulamento n.º 1/2003 — ainda não aplicável no presente processo.

44 — Esta situação é particularmente evidente nos acórdãos Leur-Bloem (n.º 27), Giloy (n.º 23), BIAO (n.º 90), Feron (n.º 10) e Poseidon Chartering (n.º 17), todos já referidos na nota 17, bem como no acórdão Andersen e Jensen (já referido na nota 18, n.ºs 16 e 19).

As disposições do direito da concorrência italiano em causa no presente processo, adoptadas já em 1990, demonstram de uma forma particularmente evidente que esta orientação material pelo direito comunitário já era praticada há muito tempo.

54. Independentemente da questão de saber se o direito da concorrência comunitário é aplicável *em paralelo* com o direito nacional em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas ou apenas se torna relevante para situações de facto puramente internas *de forma indirecta*, através de uma remissão feita pelo direito nacional em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, deve o mesmo ser interpretado e aplicado de modo uniforme, de maneira a assegurar a maior segurança jurídica possível e condições de concorrência equiparáveis para todos os operadores económicos a que se aplica — directa ou indirectamente — o direito comunitário. Em casos relacionados com o direito da concorrência, esta garantia constitui um dos objectivos principais do processo de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE.

55. Consequentemente, nos processos respeitantes ao direito da concorrência, o Tribunal de Justiça não reconhece apenas a admissibilidade de pedidos de decisão prejudicial quando é possível uma aplicação paralela do direito da concorrência comunitário⁴⁵, mas também quando apenas se aplica o direito nacional, e o direito comu-

nitário da concorrência apenas se torna relevante de uma forma indirecta, através de uma remissão feita pelo direito interno⁴⁶.

56. Por conseguinte, também a terceira objecção da Comissão não é convincente.

d) Quarta objecção: falta de disposições comunitárias

57. A quarta e última objecção da Comissão baseia-se no artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003, mais concretamente ao seu quarto travessão. Desta disposição resulta que, em processos em matéria de cartéis, as autoridades nacionais responsáveis em matéria de concorrência aplicam sempre a *sanção prevista pelo respectivo direito nacional*, mesmo quando aplicam o direito comunitário (artigo 81.º CE). Com base nesta disposição, a Comissão conclui que, num caso como o presente, em que apenas está em causa a «imputação da sanção», o direito comunitário não impõe qualquer tipo de regras. Por conseguinte, não existe qualquer interesse na sua interpretação.

45 — Acórdãos Bronner (já referido na nota 40, n.ºs 18 a 20) e Asnef-Equifax (já referido na nota 24, n.ºs 19 a 21).

46 — Acórdão Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (já referido na nota 17, em particular os n.ºs 19 a 22).

58. Este ponto de vista não é convincente, na medida em que, tal como já foi referido⁴⁷, não é de forma alguma evidente que a imputação de infracções em matéria de práticas concertadas em casos de sucessão de empresas deva ser enquadrada exclusivamente no domínio das *disposições sancionatórias* e possa ser apreciado de uma forma completamente independente de *regras de concorrência substantivas*.

59. Neste caso, antes de mais, não está em causa a questão de saber se podem ser aplicadas sanções penais ou administrativas e se este tipo de sanções pode ser eventualmente aplicado a pessoas singulares, como os gestores das empresas envolvidas no cartel. Pelo contrário, é necessário averiguar se uma empresa pode ser responsabilizada por uma infracção em matéria de práticas concertadas praticada em determinado período por outra empresa. Contrariamente ao entendimento da Comissão, este problema não pode ser reduzido à mera «imputação da sanção», estando em causa, pelo contrário, a *imputação da infracção em matéria de prática concertada* no geral. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não aprecia a referida questão exclusivamente no contexto das disposições sancionatórias, mas também no contexto das *disposições substantivas* do artigo 81.º CE⁴⁸.

60. O quarto travessão do artigo 5.º do Regulamento n.º 1/2003, no entanto, apenas

fornece esclarecimentos sobre as *disposições sancionatórias* que uma autoridade nacional pode aplicar num processo em matéria de práticas concertadas conduzido por ela. Por conseguinte, da referida disposição não é possível retirar quaisquer conclusões inequívocas para a resposta à questão que interessa ao presente processo, relativa à *imputação das infracções em matéria de práticas concertadas* num caso de sucessão de empresas.

61. Por conseguinte, também a quarta objecção da Comissão deve ser considerada improcedente.

3. Observação final quanto à admissibilidade

62. Para completar o exposto, deve referir-se que também do acórdão Ynos⁴⁹ não resulta qualquer conclusão que se possa opor à aplicação da jurisprudência Dzodzi.

63. No processo Ynos, o Tribunal de Justiça não renunciou à jurisprudência Dzodzi, tendo apenas recusado a sua competência para responder ao pedido de decisão prejudicial, na medida em que os factos do litígio no referido processo principal foram anteriores à adesão do Estado-Membro em causa à União Europeia, ou seja, *não eram*

47 — V., a este respeito, as alegações relativas à primeira objecção da Comissão, em particular o n.º 31 das presentes conclusões.

48 — V. novamente o n.º 31 das presentes conclusões, bem como os acórdãos CRAM e Rheinzink/Comissão (n.º 9) e Aalborg Portland e o./Comissão (n.º 59), já referidos na nota 25.

49 — Acórdão de 10 de Janeiro de 2006, Ynos (C-302/04, Colect., p. I-371).

*abrangidos pelo âmbito de aplicação temporal do direito comunitário*⁵⁰. O Tribunal de Justiça apenas se considera competente para a interpretação do direito comunitário em relação à sua aplicação num novo Estado-Membro a partir da data da adesão deste último à União Europeia⁵¹.

4. Conclusão provisória

64. Com base nas considerações que precedem, concluo que o pedido de decisão prejudicial é admissível.

B — *Apreciação quanto ao mérito das questões prejudiciais*

65. Com as suas duas questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio pretende essencialmente saber em que circunstâncias o direito comunitário permite a imputação de uma infracção em matéria de práticas concertadas a um sucessor do interveniente na prática concertada⁵² (primeira questão) e

se as autoridades nacionais da concorrência dispõem eventualmente de uma margem de apreciação discricionária no âmbito de uma imputação deste tipo (segunda questão).

66. A resposta a estas questões é essencial para saber se no processo principal, a Autorità Garante imputou correctamente a participação da AAMS na prática concertada à ETI ou se, pelo contrário, deveria ter responsabilizado a AAMS e a ETI de forma separada e apenas pelo período em que durou a respectiva participação na prática concertada. Enquanto que o Governo italiano defende a imputação à ETI, tanto a ETI como a Philip Morris e a Comissão defendem o ponto de vista oposto.

1. Os critérios para a imputação de infracções em matéria de práticas concertadas (primeira questão)

67. A primeira questão do Consiglio di Stato é dedicada aos critérios para a imputação de infracções em matéria de práticas concertadas no caso de uma sucessão de empresas.

68. O problema fundamental da imputação de infracções em matéria de práticas concertadas reside no facto de os destinatários das regras de concorrência não serem necessariamente os mesmos que os destinatários das decisões das autoridades da concorrência.

50 — Acórdão Ynos (já referido na nota 49, n.º 37).

51 — Acórdão Ynos (já referido na nota 49, n.º 36).

52 — O problema da imputação de infracções em matéria de práticas concertadas num grupo empresarial, por exemplo entre sociedade-mãe e filial, relacionado com o problema em causa, não constitui, no entanto, objecto do presente caso e, por conseguinte, não irá ser analisado de seguida de forma aprofundada. O presente caso também não diz respeito à questão de saber se, e em que circunstâncias, o sucessor no mercado deve responder pelas dívidas que resultam das coimas aplicadas ao seu antecessor.

69. Enquanto as regras de concorrência se destinam a *empresas* e lhes são aplicáveis de forma directa, independentemente da sua organização ou forma jurídica, as decisões das autoridades da concorrência para sancionar as violações das regras de concorrência apenas podem ser dirigidas a *pessoas*, pois trata-se de decisões que devem eventualmente ser objecto de execução⁵³. Por conseguinte, em cada caso em que uma autoridade da concorrência sanciona uma infracção em matéria de práticas concertadas, coloca-se a questão da imputação desta infracção a uma pessoa concreta⁵⁴.

a) Responsabilidade pessoal e continuidade económica

70. Na escolha dos critérios de imputação deve ser tido em consideração tanto o carácter sancionatório das medidas aplicadas como o seu espírito e objectivo: as medidas visam a aplicação efectiva das regras de concorrência de forma a garantir que a concorrência não seja falseada [artigo 3.º, n.º 1, alínea g), CE], pelo que têm a finalidade de dissuadir os operadores económicos de

cometerem infracções em matéria de práticas concertadas⁵⁵.

— O princípio da responsabilidade pessoal

71. Do carácter sancionatório das medidas — em particular coimas — aplicadas pelas autoridades da concorrência para punir infracções em matéria de práticas concertadas é possível depreender que se trata de um domínio pelo menos relacionado com o direito penal. Por conseguinte, o *princípio da responsabilidade pessoal*⁵⁶ é decisivo para a imputação de infracções em matéria de práticas concertadas, estando este, por sua vez, ancorado no princípio do Estado de Direito e no princípio da culpabilidade⁵⁷. Responsabilidade pessoal significa que uma infracção em matéria de práticas concertadas, em princípio, deve ser imputada à

53 — De acordo com o artigo 256.º, primeiro parágrafo, CE, as decisões da Comissão que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas constituem título executivo. Enquanto que na versão alemã do Tratado falta uma indicação esclarecedora, de uma série de outras versões linguísticas é possível deduzir que terá de se tratar da exequibilidade de decisões adoptadas em relação a pessoas singulares ou colectivas; v., por exemplo, as versões francesas («personnes»), italiana («persone»), inglesa («persons»), portuguesa («pessoas») e espanhola («personas»), bem como a versão neerlandesa («natuurlijke of rechtspersonen»), sendo esta particularmente elucidativa.

54 — O acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Enichem Anic/Comissão (T-6/89, Colect., p. II-1623, n.º 236), é particularmente claro em relação a este aspecto; no mesmo sentido, o acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 25, n.º 60).

55 — V., a este respeito, o acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão (41/69, Colect., p. 661, n.º 173), de acordo com o qual as sanções em casos de infracções em matéria de práticas concertadas também têm o objectivo de «punir comportamento ilícitos e prevenir a sua reiteração»; v., igualmente, o acórdão de 7 de Junho de 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Comissão (C-76/06 P, não publicado na Colectânea, n.º 22). No que diz respeito ao objectivo de prevenir infracções futuras através da dissuasão, v. ainda os acórdãos de 29 de Junho de 2006, Showa Denko/Comissão (C-289/04 P, Colect., p. I-5859, n.º 61) e SGL Carbon/Comissão (C-308/04 P, Colect., p. I-5977, n.º 37).

56 — Acórdão Comissão/Anic Participazioni (já referido na nota 26, n.º 145). Também nas ordens jurídicas nacionais dos Estados-Membros, o princípio da responsabilidade pessoal representa em regra o ponto de partida para a imputação de infracções em matéria de práticas concertadas.

57 — V., a este respeito, as conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo, de 11 de Fevereiro de 2003 no processo Aalborg Portland/Comissão (C-204/00 P, Colect., p. I-123, I-133, em particular os n.ºs 63 a 65). O princípio da culpabilidade também é expresso, por exemplo, no artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, de acordo com o qual uma actuação *deliberada* ou *negligente* é punida com a aplicação de coimas.

pessoa singular ou colectiva que gere a empresa que participou na prática concertada⁵⁸. Por outras palavras, a responsabilidade é atribuída à entidade jurídica da empresa em causa.

72. Através da orientação pela responsabilidade pessoal, em regra contribui-se simultaneamente para a aplicação efectiva das regras de concorrência, mas também para que o gestor de uma empresa exerça uma influência decisiva sobre o seu comportamento no mercado. Pretende-se que este comportamento se altere sob a pressão das sanções impostas, de modo a que a empresa passe a actuar de uma forma conforme com as regras de concorrência. A sanção tem simultaneamente um efeito de prevenção geral, ao dissuadir igualmente os outros operadores económicos de cometerem infracções em matéria de práticas concertadas.

73. Em virtude de reestruturações, cessões de empresas e outras alterações poderá dar-se o caso de a pessoa que gere uma empresa interveniente numa prática concertada no momento da punição da infracção nesta matéria já não seja a mesma que geria a empresa quando esta infracção foi cometida. Neste caso, resulta do princípio da responsabilidade pessoal que a infracção em matéria de práticas concertadas, em princípio, deve ser imputada à pessoa singular ou

colectiva que geria a empresa no período em que a infracção foi cometida (*gestor inicial*), mesmo que, à data da adopção da decisão da autoridade da concorrência, a gestão da empresa tenha sido colocada sob a responsabilidade de outra pessoa (*novo gestor*)⁵⁹; no caso de a empresa ter prosseguido o comportamento ilícito quando já estava sob responsabilidade do novo gestor, a infracção em matéria de práticas concertadas apenas deve ser imputada ao novo gestor a partir do momento em que este assumiu a gestão da empresa⁶⁰.

— Os riscos de uma aplicação demasiado formalista do princípio da responsabilidade pessoal

74. No entanto, caso o gestor inicial da empresa já não exista ou já não exerça qualquer actividade económica significativa, corre-se o risco de prejudicar o efeito útil da sanção pela infracção em matéria de práticas concertadas. Neste sentido, uma aplicação demasiado formalista do princípio da responsabilidade pessoal poderia frustrar o espírito e o objectivo das sanções aplicadas por infracções em matéria de práticas concertadas, nomeadamente a aplicação efectiva das regras de concorrência⁶¹. Para

58 — Nesta aceção, os acórdãos de 16 de Novembro de 2000, KNP BT/Comissão (C-248/98 P, Colect., p. I-9641, n.º 71); Cascades/Comissão (C-279/98 P, Colect., p. I-9693, n.º 78); Stora Kopparbergs Bergslags/Comissão (C-286/98 P, Colect., p. I-9925, n.º 37); e SCA Holding/Comissão (C-297/98 P, Colect., p. I-10101, n.º 27); v., igualmente, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, SCA Holding/Comissão (T-327/94, Colect., p. II-1373, n.º 63).

59 — Em relação a este aspecto, v. novamente a jurisprudência já referida na nota 58; no mesmo sentido, o acórdão Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 26, n.º 145).

60 — V., em particular, o acórdão Cascades/Comissão (já referido na nota 58, n.º 77 a 80).

61 — O facto de o Tribunal de Justiça conferir uma importância particular a esta situação é demonstrado, por exemplo, nos acórdãos CRAM e Rheinzink/Comissão (já referido na nota 25, n.º 9), Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 26, n.º 146, última frase) e Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 25, n.º 59); v. igualmente os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Março de 1999, NMH Stahlwerke/Comissão (T-134/94, Colect., p. II-239, n.º 127), e de 20 de Março de 2002, HFB e o./Comissão (T-9/99, Colect., p. II-1487, n.º 106 e 107).

além disso, criar-se-ia um estímulo para que os gestores das empresas se furtassem à sua responsabilidade pelo comportamento anti-concorrencial procedendo a alterações específicas na organização com esse propósito.

77. Para além disso, devem verificar-se circunstâncias especiais que justifiquem que se derroge o princípio da responsabilidade pessoal. Neste sentido, desenvolveram-se essencialmente dois grupos de casos na jurisprudência.

— O critério da continuidade económica

75. Para garantir a aplicação efectiva das regras de concorrência pode, por conseguinte, ser necessário imputar *excepcionalmente* uma infracção em matéria de práticas concertadas não ao gestor inicial da empresa que participou nas práticas concertadas mas ao novo.

76. Uma imputação deste tipo ao novo gestor apenas pode, no entanto, ser tida em consideração caso este possa efectivamente ser considerado, de um ponto de vista económico, como sucessor do gestor inicial⁶², ou seja, caso continue a gerir a empresa interveniente na prática concertada⁶³ (*critério da continuidade económica*⁶⁴).

78. Em primeiro lugar, o critério da continuidade económica é aplicado em caso de alterações que apenas dizem respeito ao gestor da empresa interveniente na prática concertada e levam a que este tenha cessado a sua existência jurídica⁶⁵. Deste modo, o facto de se ter em consideração a continuidade económica assegura que as pessoas colectivas não se subtraem à sua responsabilidade em matéria de práticas concertadas através da mera alteração da sua forma jurídica e da denominação⁶⁶, o que também se deve aplicar a uma fusão em que o gestor inicial da empresa que participou na prática concertada renuncia à sua personalidade jurídica a favor de outra pessoa colectiva que lhe sucede.

79. Em segundo lugar, a jurisprudência aplica igualmente o critério da continuidade económica a reestruturações no interior de um grupo empresarial, em que o gestor inicial não cessa necessariamente a sua existência jurídica, mas já não exerce qualquer actividade económica relevante, nem

62 — V., neste sentido, o acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 1663, n.º 84).

63 — Neste sentido, os acórdãos CRAM e Rheinzink/Comissão (n.º 9) e Aalborg Portland e o./Comissão (n.º 59), já referidos na nota 25.

64 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 26, n.º 145) e Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 25, n.º 359).

65 — Acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 26, n.º 145).

66 — Neste sentido, os acórdãos CRAM e Rheinzink/Comissão (n.º 9) e Aalborg Portland e o./Comissão (n.º 59), já referidos na nota 25.

sequer num mercado diferente daquele em que foram realizadas as práticas concertadas⁶⁷. Caso exista uma ligação estrutural⁶⁸ entre o gestor inicial e o novo gestor da empresa interveniente na prática concertada, as partes em causa podem furtar-se às suas responsabilidades em matéria de práticas concertadas, recorrendo — independentemente de o fazerem de forma intencional ou não — às possibilidades de configuração jurídica que lhe são permitidas. Neste sentido, o gestor inicial da empresa poderia transformar-se numa «concha vazia sem núcleo central» na sequência de uma reestruturação no seio do grupo empresarial, o que faria com que o efeito útil de uma sanção que lhe fosse aplicada seria prejudicado⁶⁹.

empresa na sequência da participação na prática concertada⁷⁰ e, por outro lado, que também a sanção em si não perca o seu efeito útil, na medida em que apenas o novo gestor activo economicamente pode tornar o comportamento futuro da empresa conforme com as regras da concorrência. A sanção não teria um efeito equiparável se fosse aplicada ao gestor inicial da empresa, que já não exerce qualquer actividade económica. Em relação aos outros operadores económicos, o efeito dissuasor e de prevenção geral também seria menor.

— Os limites da aplicação do critério da continuidade económica

80. Apenas através da imputação da infracção em matéria de práticas concertadas ao novo gestor da empresa pode ser assegurado nos referidos casos que, por um lado, seja responsabilizada a pessoa que tem a ganhar com os eventuais lucros e a valorização da

81. O princípio da responsabilidade pessoal não pode, no entanto, ser esvaziado de conteúdo e praticamente subvertido através do recurso à continuidade económica, na medida em que este não deve substituir o princípio da responsabilidade pessoal, mas apenas complementá-lo, caso seja necessário para punir infracções em matéria de práticas concertadas de forma eficaz e proporcionada à culpa e, deste modo, contribuir para a

67 — Neste sentido, o acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 25, n.º 359), que sublinha a inaplicabilidade do critério da continuidade económica na situação de «duas empresas existentes e operacionais, uma das quais tinha simplesmente cedido uma parte das suas actividades à outra»; em sentido idêntico, o acórdão NHM Stahlwerke/Comissão (já referido na nota 61, n.º 127 a 137).

68 — Em relação ao significado da «ligação estrutural», v. o acórdão Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 25, n.º 359, em conjugação com o n.º 344). Neste caso, o Tribunal de Justiça considerou suficiente uma participação de 50% do gestor inicial da empresa interveniente na prática concertada no novo gestor para pressupor uma «ligação estrutural» entre ambas.

69 — Neste caso, deve ter-se sobretudo em conta que os volumes de negócio das empresas desempenham um papel fundamental no cálculo das coimas (v., por exemplo, o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003). Caso uma empresa não realize volumes de negócios significativos, também não lhe poderá ser aplicada uma coima que produza os efeitos pretendidos.

70 — Na jurisprudência é reconhecido que o lucro que as empresas puderam obter das suas práticas anticoncorrenciais faz parte dos elementos que podem ser considerados na apreciação da gravidade da infracção e que a tomada em consideração desse elemento visa assegurar o carácter dissuasivo da coima (v. acórdão de 28 de Junho de 2005, Dansk Rorindustri e o./Comissão (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Colect., p. I-5425, n.ºs 260 e 292).

aplicação efectiva das regras de concorrência. Por conseguinte, o recurso ao critério da continuidade económica deve manter o seu carácter excepcional.

matéria de concorrência poderá produzir os seus efeitos também em relação ao gestor inicial da empresa.

82. Isto não exclui a possibilidade de se associarem novos grupos de casos aos dois já referidos⁷¹. No entanto, são impostos limites particularmente estritos à aplicação do critério da continuidade económica, quando a empresa que participou na prática concertada é alienada a um terceiro independente e entre o gestor inicial e o novo não exista uma ligação estrutural. Neste caso, o recurso ao critério da continuidade económica e, por conseguinte, a imputação ao novo gestor apenas deveria ser admitida caso a empresa lhe tenha sido transmitida *de forma abusiva*, isto é, com a intenção de escapar às sanções em matéria de direito da concorrência⁷².

84. Para além disso, no caso de uma alienação que respeitou as condições do mercado, não é imperativo que apenas o novo gestor lucre com eventuais ganhos e a valorização da empresa na sequência da sua participação na prática concertada, dependendo esta situação sobretudo das estipulações obrigacionais entre o alienante e o adquirente, em particular do facto de se saber se foram tidas em consideração coimas iminentes em virtude de infracções em matéria de práticas concertadas destinadas a descer o preço de alienação.

b) Particularidades do presente caso

83. Caso não estejamos na presença de uma situação abusiva e a empresa tenha sido adquirida por um terceiro independente respeitando as condições do mercado, não deveria recorrer-se ao critério da continuidade económica, na medida em que, neste caso, não será necessário proceder a uma derrogação do princípio da responsabilidade jurídica para aplicar eficazmente as regras de concorrência. Neste caso, a sanção em

85. Apesar de o Tribunal de Justiça não ser competente para apreciar a matéria de facto do processo principal, pode, no entanto, fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio todas as indicações úteis que lhe facilitarão a solução do processo principal, tendo em consideração as particularidades da matéria de facto em causa. Neste contexto, deve sublinhar-se o seguinte.

71 — V., *supra*, os n.ºs 78 e 79 das presentes conclusões.

72 — Neste sentido, os acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 26, n.ºs 145 e 146, última frase) e HFB/Comissão (já referido na nota 61, n.º 107); v. igualmente as conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo no processo C-204/00 P (já referidas na nota 57, n.ºs 66 e 67).

86. O presente caso caracteriza-se pelo facto de o Estado italiano ter começado por exercer, através de uma empresa própria, a AAMS, uma actividade económica em dois

sectores: por um lado, no sector das apostas e da lotaria e, por outro, no sector do tabaco. Apenas um destes sectores, mais concretamente o da produção e venda de tabacos manufacturados, foi mais tarde transmitido à ETI, uma empresa pública criada propositamente para o efeito, que começou por estar sujeita ao controlo do Ministério da Economia e das Finanças, apenas posteriormente tendo sido transformada numa sociedade anónima e privatizada.

87. Por conseguinte, o primeiro passo consistiu numa reestruturação interna, em que as referidas actividades económicas do Estado nos domínios das apostas e do tabaco continuaram a estar agrupadas e sob o controlo do Ministério da Economia e das Finanças. O segundo passo consistiu depois em excluir as actividades económicas do Estado no sector do tabaco da influência do Ministério da Economia e das Finanças e transferi-las para o sector privado.

88. É indiscutível que a empresa pública ETI e a sociedade anónima ETI SpA devem ser consideradas os *sucessores económicos* da AAMS no domínio da produção e venda de tabacos manufacturados, o que não resulta apenas da transmissão formal das referidas actividades para a ETI e da posição da ETI como sucessora jurídica da AAMS em todas as relações activas e passivas, bem como nos

direitos e bens⁷³, pois, de acordo com as informações fornecidas, a ETI também assumiu integralmente o papel da AAMS na vida económica, incluindo a participação no cartel com a Philip Morris.

89. O mero facto de a ETI ter prosseguido a gestão da actividade económica da AAMS no domínio da produção e venda de tabacos manufacturados e, por conseguinte, estar cumprido o critério da continuidade económica, ainda não é suficiente para que a infracção em matéria de práticas concertadas da AAMS seja imputada à ETI, derrogando o princípio da responsabilidade pessoal, na medida em que, como já foi referido⁷⁴, o critério da continuidade económica não deve substituir o princípio da responsabilidade pessoal, mas apenas complementá-lo, caso tal seja necessário para punir infracções em matéria de práticas concertadas de forma eficaz e proporcionalmente à culpa e, deste modo, contribuir para a aplicação efectiva das regras de concorrência.

90. Num caso como o presente, não se verifica esta necessidade.

73 — Regulamento n.º 283/1998; v., em relação a este aspecto, *supra*, o n.º 10 das presentes conclusões.

74 — V., *supra*, o n.º 81 das presentes conclusões.

— Prossecução da actividade económica por parte da AAMS

91. Em primeiro lugar, deve ter-se em consideração que a actividade económica da AAMS não foi completamente transmitida para a ETI, na medida em que, de acordo com as informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, a AAMS mantém-se como operador económico autónomo com actividades relevantes no sector dos jogos e da lotaria. Por conseguinte, o presente processo não é equiparável aos casos em que o gestor inicial da empresa envolvida no cartel já não existe juridicamente ou pelo menos não desempenha um papel fundamental como operador económico⁷⁵.

92. Por conseguinte, o espírito e o objectivo da sanção não exigem necessariamente que a sanção seja aplicada à ETI em substituição da AAMS. Uma sanção aplicada à AAMS como gestor inicial da empresa ainda pode produzir um efeito de prevenção geral e, deste modo, contribuir para a aplicação efectiva das regras de concorrência, na medida em que a AAMS continua a participar na vida económica e, através de uma multa, pode ser constrangida a actuar futuramente de modo conforme com o direito da concorrência.

75 — V., a este respeito, os n.ºs 78 e 79 das presentes conclusões.

93. É certo que uma coima aplicada à empresa estatal AAMS seria, por sua vez, paga ao Estado, mas, no entanto, a autonomia financeira e contabilística da AAMS⁷⁶ dá a entender que a sanção poderá ter, apesar disso, um efeito sobre o comportamento individual da AAMS no mercado.

94. O facto de a AAMS já não prosseguir uma actividade económica no sector do tabaco também não se opõe a uma imputação da infracção em matéria de práticas concertadas à AAMS nos termos do princípio da responsabilidade pessoal⁷⁷, na medida em que uma coima por ela paga ainda pode produzir neste sector um efeito de prevenção geral, fazendo com que as empresas que operam actualmente no referido sector sejam constrangidas a adoptar comportamentos conformes com o direito da concorrência e possam ser dissuadidas de cometer novas infracções em matéria de práticas concertadas.

76 — V., *supra*, o n.º 9 das presentes conclusões. Na audiência, o representante do Governo italiano expôs ainda em relação a este aspecto que a AAMS dispõe de um orçamento separado do do Ministério da Economia e das Finanças.

77 — V., a este respeito, o acórdão Comissão/Anic Partecipazioni (já referido na nota 26, n.º 145), em que a Anic se tinha retirado do ramo económico em causa no processo em matéria de práticas concertadas e, apesar disso, foi responsabilizada nos termos do princípio da responsabilidade pessoal; esta situação é igualmente evidenciada no acórdão posterior Aalborg Portland e o./Comissão (já referido na nota 25, n.º 359), em que o processo Comissão/Anic Partecipazioni é definido como «situação de duas empresas existentes e operacionais, uma das quais tinha simplesmente cedido uma *parte das suas actividades* à outra» (o sublinhado é meu).

— Privatização e alienação da ETI a um terceiro independente

95. Em segundo lugar, é preciso ter em consideração que a ETI foi entretanto transformada numa sociedade anónima e privatizada, tal como já estava planeado desde o início. Neste contexto, não existem quaisquer elementos que permitam concluir no sentido de uma transmissão abusiva da empresa para a ETI, com o objectivo de contornar as sanções em matéria de direito da concorrência.

96. Para além disso, segundo é possível depreender, à data da aplicação da sanção não existiam quaisquer ligações estruturais entre a AAMS, como gestor inicial da empresa envolvida no cartel, e a ETI, como novo gestor desta. Quando a sanção foi aplicada, a empresa já tinha sido alienada ao terceiro independente.

97. Neste sentido, o presente caso equipara-se menos a uma reestruturação no seio de um grupo empresarial do que a uma cessão de empresa a um terceiro independente respeitando as condições do mercado, situação à qual, tal como já foi referido⁷⁸, o critério da continuidade económica não se aplica.

98. Contrariamente ao entendimento do Governo italiano, mesmo no caso de uma eventual valorização da empresa, gerida posteriormente pela ETI, em virtude de uma participação no cartel, não vejo razão para derrogar o princípio da personalidade pessoal, na medida em que, tal como já foi referido, não é apenas o novo gestor da empresa que lucra necessariamente com esta valorização. Uma valorização deste tipo poderia, pelo contrário, ter tido efeitos sobre o preço de aquisição da ETI SpA à data da sua privatização total e teria então sido realizada pelo alienante, o Estado italiano.

99. Por último, cumpre ainda salientar que, no que respeita à imputação de infracções em matéria de práticas concertadas, não deve ser feita qualquer distinção entre uma alienação realizada por um particular ou pelo Estado a um terceiro independente da empresa envolvida no cartel. O Estado não deve, pelo menos, ser objecto de um tratamento mais favorável que um alienante privado.

100. A Comissão considera que em diversas circunstâncias a responsabilidade por infracções em matéria de práticas concertadas por parte de uma empresa pública deveria passar, no caso da sua privatização, para o seu novo gestor privado, nos termos do princípio da continuidade económica, considerando nomeadamente esta hipótese nos casos em

⁷⁸ — V., *supra*, os n.ºs 81 a 84 das presentes conclusões.

que o Estado, no âmbito da estrutura de organização especial em que a empresa privatizada esteve integrada, já não exerce qualquer actividade económica após a privatização, mesmo que ainda continue economicamente activo no âmbito de outras estruturas — por exemplo na esfera de competências de outros ministérios⁷⁹.

na medida em que, de acordo com as informações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, está provado que o Estado italiano continuará a exercer uma actividade económica através da AAMS, ou seja, esta actividade irá ser prosseguida na estrutura organizacional da qual foi separado o sector de actividade posteriormente transmitido à ETI e privatizado.

101. A esta consideração opõe-se, no entanto, o facto de a mera privatização de uma empresa pública não deve libertar o Estado da sua responsabilidade por eventuais infracções em matéria de práticas concertadas da empresa por ele anteriormente gerida. Esta responsabilidade do Estado representa antes a consequência lógica da sua actividade económica, na qual não pode, em princípio, furtar-se às regras da concorrência aplicáveis a todas as empresas (v. igualmente o artigo 86.º, n.º 1, CE). Por conseguinte, se um particular, à luz do princípio da responsabilidade pessoal, é responsável por infracções em matéria de práticas concertadas de uma empresa por ele gerida mesmo após a sua alienação, o mesmo terá de se aplicar igualmente ao Estado.

103. Considero, em suma, que, num caso como o presente, as autoridades da concorrência e os órgãos jurisdicionais devem respeitar o princípio da responsabilidade pessoal e não imputar a infracção em matéria de prática concertada à luz do critério da continuidade económica.

2. Quanto à eventual margem de apreciação discricionária das autoridades *antitrust* no âmbito da imputação (segunda questão)

102. No presente caso, não é, no entanto, necessário pronunciar-se de forma definitiva sobre o problema levantado pela Comissão,

104. Com a sua segunda questão, o Consiglio di Stato pretende essencialmente saber se a autoridade da concorrência pode imputar discricionariamente uma infracção em matéria de práticas concertadas ao gestor

79 — A título de exemplo, a Comissão remete para o facto de as empresas públicas nos sectores dos correios e dos caminhos-de-ferro terem tradicionalmente pertencido a outras estruturas de organização e, em especial, estarem subordinados a outros ministérios.

inicial ou ao novo gestor da empresa envolvida no cartel, de forma a assegurar que o efeito útil das normas sobre a concorrência não fique prejudicado.

105. Tal como já foi referido, a imputação de infracções em matéria de práticas concertadas no caso de sucessão de empresas deve fazer-se de acordo com o princípio da responsabilidade pessoal. O critério da continuidade económica não deve substituir o princípio da responsabilidade pessoal, mas apenas complementá-lo, caso tal seja necessário para punir infracções em matéria de práticas concertadas de forma eficaz e proporcionada à culpa e, deste modo, contribuir para a aplicação efectiva das regras de concorrência.

106. Daqui resulta que não é reconhecido às autoridades da concorrência competentes, tal como não o é aos órgãos jurisdicionais competentes, o direito de optarem por imputar a infracção em matéria de prática concertada de uma empresa ao seu gestor inicial ou ao novo gestor. O critério da continuidade económica apenas pode ser aplicado quando a sanção prevista pelo direito da concorrência não possa atingir o objectivo pretendido aplicando apenas o princípio da responsabilidade pessoal.

107. A questão de saber se uma sanção prevista pelo direito da concorrência não iria atingir o objectivo pretendido pode exigir no caso concreto a apreciação de situações económicas complexas.

108. Deste modo, será também necessário apreciar se o gestor inicial da empresa envolvida no cartel ainda exerce uma actividade económica significativa à data da punição da infracção, de modo que uma sanção que lhe seja aplicada possa representar um contributo eficaz para a aplicação das regras de concorrência. Também a questão de saber se existe ou não uma ligação estrutural entre o gestor inicial da empresa e o novo pode tornar necessária a apreciação de contextos económicos complexos deste tipo, bem como a questão de saber se a empresa terá sido alienada ao novo gestor respeitando as condições do mercado ou com uma intenção abusiva.

109. Tal como a Comissão sublinha correctamente, ao apreciarem este tipo de questões, as autoridades da concorrência nacionais dispõem, nos termos do direito comunitário, de uma margem de apreciação⁸⁰.

80 — Neste sentido, a jurisprudência constante; v. apenas os acórdãos de 11 de Julho de 1985, *Remia e o./Comissão* (42/84, Recueil, p. 2545, n.º 34), de 17 de Novembro de 1987, *BAT e Reynolds/Comissão* (142/84 e 156/84, Recueil, p. 4487, n.º 62), e *Aalborg Portland e o./Comissão* (já referido na nota 25, n.º 279).

VI — Conclusão

110. Com base nas considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo ao Consiglio di Stato:

«1) a) À luz do princípio da responsabilidade pessoal, uma infracção em matéria de práticas concertadas cometida por uma empresa deve, em princípio, ser imputada ao seu gestor inicial, que era responsável pela empresa à data em que a infracção foi cometida, mesmo que, à data da decisão da autoridade da concorrência, a empresa tenha passado para a responsabilidade de um novo gestor.

Isto aplica-se igualmente aos casos em que a empresa, à data em que a infracção foi cometida, era gerida pelo Estado, tendo sido transmitida posteriormente para a responsabilidade de um particular.

b) Uma infracção em matéria de prática concertada apenas deve ser imputada excepcionalmente ao novo gestor, quando

— este tenha prosseguido a gestão da empresa até à data da decisão da autoridade da concorrência,

— à data da decisão da autoridade da concorrência, o gestor inicial já não tenha existência jurídica ou já não exerça qualquer actividade económica significativa, nem sequer num mercado diferente do atingido pelas práticas concertadas,

— exista uma ligação estrutural entre o novo gestor e o gestor inicial ou a empresa tenha sido transmitida abusivamente ao novo gestor com o propósito de eludir a sanção prevista pelo direito da concorrência.

- 2) A autoridade da concorrência competente não dispõe de poder discricionário na imputação de infracções em matéria de práticas concertadas. No entanto, é-lhe conferida uma margem de apreciação discricionária para apreciar, no âmbito dessa imputação, situações económicas complexas.»