

## LEGAL ALERT

# TJUE DEFINE LIMITES À INVOCABILIDADE DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

## ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO C-857/19 – SLOVAK TELEKOM

### I. Introdução

No dia 25 de fevereiro de 2021, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“**TJUE**”) proferiu um acórdão que veio precisar os limites à aplicação do princípio do *ne bis in idem* no quadro da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia (“**UE**”).

Neste acórdão, o TJUE esclareceu que o direito fundamental ao *ne bis in idem*, previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da UE e reconhecido enquanto princípio geral de direito da UE, não é aplicável em casos em que a mesma empresa é punida duas vezes por práticas anti-concorrenciais, uma vez pela Autoridade da Concorrência do Estado-Membro (“**ANC**”) e outra vez pela Comissão Europeia (“**Comissão**”), se:

- a) Os ilícitos ocorrerem em mercados relevantes distintos; ou,
- b) A ANC perder a sua competência por força da prioridade de *enforcement* reconhecida à Comissão nos termos do [Regulamento n.º 1/2003](#).

Trata-se de um acórdão fundamental para compreender a possibilidade jurídica de iniciativas contraordenacionais paralelas, a nível nacional e ao nível da Comissão, por práticas e períodos temporais próximos ou mesmo idênticos.

## II. Factos

Em 2005, a ANC da Eslováquia iniciou um procedimento sancionatório contra a Slovak Telekom (“ST”), fundado numa alegada violação do artigo 102.º do [Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia](#) (“TFUE”), norma que proíbe o abuso de posição dominante. Esse procedimento resultou na adoção, em 2007, de uma decisão condenatória. Em 2009, essa autoridade alterou a sua decisão condenatória de 2007, condenando, agora, a ST com fundamento numa alegada estratégia de compressão de margens. A ST recorreu contra esta decisão perante os tribunais eslovacos.

Em 2008, a Comissão deu igualmente início a um procedimento sancionatório contra a ST, também ele fundado numa alegada violação do artigo 102.º do TFUE. Em 2014, o executivo comunitário adotou uma decisão condenatória no procedimento que instaurou em 2008, condenando a ST com fundamento numa alegada estratégia de compressão de margens e de recusa de fornecimento. A ST recorreu contra essa decisão perante os Tribunais da UE. Esse recurso encontra-se pendente perante o Tribunal Geral da UE (“TGUE”).

Em 2019, o Supremo Tribunal da República Eslovaca (“STRE”), chamado a conhecer a causa relativa ao recurso proposto pela ST, contra a decisão de 2009 da ANC da Eslováquia, resolveu suspender a instância e colocar duas questões prejudiciais ao TJUE. E assim fez por ter dúvidas:

- a) Quanto à competência da ANC da Eslováquia face ao procedimento instaurado pela Comissão;
- b) Quanto às condições de aplicação, no processo nacional, do princípio do *ne bis in idem*.

## III. O acórdão do TJUE de 25.02.2021 (C-857/18)

Quanto à primeira questão, relativa à competência da ANC da Eslováquia, o TJUE precisou que, nos termos do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, o ato jurídico da UE que regula a repartição de competências entre a Comissão e as ANC, a instauração de um procedimento de aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE pela Comissão implica a perda de poderes de *enforcement* das ANC, mas apenas no ou nos mercados relevantes, e no ou nos períodos temporais, objeto do procedimento desencadeado em Bruxelas. No caso concreto, o TJUE entendeu, à luz dos

factos que lhe foram apresentados, que os procedimentos levados a cabo pela ANC da Eslováquia e pela CE visariam práticas relativas a mercados relevantes distintos. Se tal se verificasse, a ANC da Eslováquia manteria os seus poderes de *enforcement*, mesmo depois da instauração do procedimento da Comissão em 2008. O TJUE optou, contudo, por deixar essa verificação ao STRE.

Quanto à segunda questão relativa à aplicação do princípio do *ne bis in idem*, o TJUE esclareceu que esse direito fundamental não seria invocável na ausência de um *idem*.

Ou seja, se as práticas sancionadas, ainda que idênticas, dissessem respeito a mercados relevantes distintos, como aparentava ser o caso, o princípio não valeria. Com efeito, nesse caso, ainda que existisse identidade do infrator e do interesse jurídico protegido não se poderia considerar existir identidade dos factos. O TJUE optou, mais uma vez, por deixar essa verificação a cargo do STRE. Mas acrescentou, ainda, que mesmo que o STRE considerasse existir um *idem*, se faltasse um *bis*, a mesma conclusão se imporá. Ou seja, mesmo que as práticas sancionadas fossem idênticas e dissessem respeito ao mesmo mercado relevante, se a ANC fosse incompetente nos termos do Regulamento n.º 1/2003, por força da prioridade reconhecida à Comissão, não existiria *bis*. Com efeito, nesse caso, não se poderia considerar existir uma decisão anterior definitiva.

Trata-se, na expressão de Takis Tridimas, de um acórdão de orientação (*guidance*) e não de um acórdão de resultado (*outcome*)<sup>1</sup>: o TJUE fixou a orientação interpretativa a seguir pelo STRE, mas deixou ao tribunal nacional margem para conformar esse esclarecimento, nomeadamente para verificar a identidade dos mercados relevantes visados, algo que apenas se consegue por via da interpretação de um ato jurídico nacional, a saber a decisão condenatória da ANC da Eslováquia.

#### **IV. Implicações do acórdão do TJUE**

O acórdão *Slovak Telekom* vem fixar dois princípios importantes relativos à invocabilidade do princípio do *ne bis in idem* em casos de aplicação multinível da mesma norma europeia de Direito da Concorrência, seja o artigo 101.º, seja o artigo 102.º do TFUE.

---

<sup>1</sup> Takis Tridimas, “Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n.º 3-4, outubro 2011, pp. 737-756.

Em primeiro lugar, ainda que os factos que consubstanciem ilícitos jusconcorrenciais possam confundir-se (a mesma decisão empresarial pode, por exemplo, estar na origem de um mesmo tipo de prática ilícita em dois mercados distintos), o elemento determinante para invocar com sucesso o direito fundamental ao *ne bis in idem* será, a par da identidade temporal dos factos, a identidade do mercado relevante visado pelas iniciativas sancionatórias concorrentes.

Em segundo lugar, se uma ANC ignorar a prioridade de *enforcement* conferida à Comissão pelo Regulamento n.º 1/2003, o princípio do *ne bis in idem* não será a estratégia de defesa adequada contra a decisão condenatória nacional, tendo o TJUE determinado o insucesso da mesma. Nesses casos, e ainda que o TJUE não o tenha densificado, a empresa poderá, sim, invocar o princípio *Simmenthal*<sup>2</sup>, pedindo a desaplicação da decisão nacional condenatória por desconformidade com o direito da UE, concretamente por violação conjugada do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, e do princípio da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, do [Tratado da União Europeia](#).

## V. Recomendações práticas

As empresas que tenham sido sancionadas em procedimentos de aplicação do Direito da Concorrência da UE levados a cabo quer pela Comissão, quer por ANC, devem acautelar o risco de novas condenações por práticas que se aproximem objetiva e temporalmente daquelas pelas quais foram condenadas. Com efeito, como clarificado pelo TJUE no acórdão *Slovak Telekom*, o princípio do *ne bis in idem* não veda, em abstrato, essa hipótese.

Importa ter presente que o acórdão *Slovak Telekom* não veio inviabilizar, em tais situações, a invocação do direito fundamental ao *ne bis in idem*, mas sim delimitar o seu âmbito de aplicação, conferindo aos tribunais nacionais, no caso de recursos nacionais contra decisões de ANC, a competência final para verificar a aplicação desse direito fundamental.

Nesses processos, a delimitação do mercado relevante torna-se um exercício fundamental para uma defesa baseada no princípio do *ne bis in idem*, cabendo às empresas demonstrar, em juízo, a

---

<sup>2</sup> Acórdão de 9 de março de 1978, *Simmenthal*, C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

identidade dos mercados visados pelas iniciativas contraordenacionais levadas a cabo pelos dois tipos de atores institucionais, ou seja, pela Comissão e pelas ANC.

[Luís do Nascimento Ferreira \[+ info\]](#)

[Miguel Mota Delgado \[+ info\]](#)

Esta publicação é meramente informativa, não constituindo fonte de aconselhamento jurídico nem contendo uma análise exaustiva de todos os aspetos dos regimes a que se refere. A informação nela contida reporta-se à data da sua divulgação, devendo os leitores procurar aconselhamento jurídico antes de a aplicar em questões ou operações específicas. É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou integral, do conteúdo desta publicação sem consentimento prévio. Para mais informações, contacte-nos por favor através do endereço [com.pr@mlgts.pt](mailto:com.pr@mlgts.pt).