CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL HENRI MAYRAS

apresentadas em 29 de Novembro de 1972*

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

I — Introdução

A — *Descrição dos factos*

Os factos que estão na origem no presente processo são já conhecidos deste Tribunal.

Por ter aderido à *entente* internacional da quinina, a empresa Boehringer Mannheim foi sujeita a um processo administrativo estabelecido nos termos do Regulamento n.° 17 do Conselho, tendo sido condenada numa multa de 190 000 unidades de conta por infracção às disposições do artigo 85.° do Tratado de Roma, mediante uma decisão da Comissão das Comunidades Europeias de 16 de Julho de 1969.

No período imediatamente anterior, esta empresa tinha sido objecto de acusações de violação da legislação *antitrust* dos Estados Unidos. Em Setembro de 1968, o Grand Jury of the Southern District Court de Nova Iorque (Tribunal federal) tinha formulado as cinco acusações (counts) seguintes: na primeira, a empresa era acusada de ter restringido de forma injustificada, entre o fim do ano de 1958 e o Verão de 1966, mediante uma infracção concertada, o comércio interno e externo dos Estados Unidos e de ter, por este facto, violado as disposições da secção I do Sherman Act.

A segunda acusação tomou em consideração que, durante o mesmo período, a empresa tinha praticado a referida infracção com o objectivo de monopolizar o comércio interno e externo dos Estados Unidos e, desta forma, violara as disposições da secção II do Sherman Act.

As outras acusações diziam respeito, nomeadamente, à violação do Wilson Tariff Act bem como a uma fraude praticada contra os Estados Unidos, mediante a dissimulação, perante as autoridades americanas, do acordo para a compra do *stock* de reservas americanas de quinina, fraude esta que constituía uma violação das disposições da secção 371.ª do título 18 do Código dos Estados Unidos.

Recorrendo a uma faculdade permitida pelas leis processuais americanas, a empresa Boehringer declarou ao Tribunal federal, através do seu representante legal, que se reconhecia culpada das duas primeiras acusações e que não as pretendia contestar (processo de *nolo contendere*). Tendo as restantes acusações sido abandonadas pelo Ministério Público, o Tribunal federal aplicou à empresa, na audiência de 3 de Julho de 1969, e relativamente a cada uma das duas acusações apresentadas, uma multa de 40 000 dólares, isto é, um total de 80 000 dólares, quantia esta que foi paga em 11 de Julho seguinte.

* Língua original: francês.

A sociedade Boehringer comunicou a referida condenação à Comissão das Comunidades Europeias, em 3 de Setembro de 1969, e solicitou que o valor da multa paga nos Estados Unidos fosse imputado no pagamento da multa que lhe tinha sido aplicada pela Comissão.

Em 26 de Setembro, a empresa Boehringer submeteu a este Tribunal, por um lado, um recurso directo destinado a obter a anulação da decisão da Comissão (processo 45/69) e, a título subsidiário, requereu a redução do valor da sanção pecuniária aplicada, nos termos do Regulamento n.° 17, redução esta correspondente à multa paga em Nova Iorque.

No acórdão de 15 de Julho de 1970, proferido no processo 45/69, este Tribunal rejeitou o pedido de anulação, mas alterou a decisão da Comissão e reduziu o valor da multa aplicada à recorrente para 180 000 unidades de conta. Todavia, tal redução foi baseada em fundamentos alheios ao pedido, para imputar o valor da multa aplicada nos Estados Unidos.

Quanto a esta questão, com efeito, o Tribunal afastou as pretensões da recorrente pelas seguintes razões:

«A recorrente alega que a multa de 80 000 dólares, aplicada por um órgão jurisdicional dos EUA devido aos mesmos factos, e que já tinha sido paga antes de adoptada a decisão impugnada, deveria ser imputada ao valor da multa controvertida.

Estas sanções foram aplicadas devido às restrições da concorrência que se produziram no exterior da Comunidade.

Consequentemente, a alegação apresentada deve ser considerada improcedente no âmbito do presente litígio.»

Desta forma, o Tribunal evitou tomar posição sobre o próprio princípio da imputação de uma sanção pecuniária anteriormente fixada por um órgão jurisdicional de um Estado terceiro, à multa aplicada pela Comissão das Comunidades Europeias.

É evidente, que este Tribunal considerou que era da competência da Comissão pronunciar-se, em primeiro lugar, mediante uma decisão fundamentada, sobre o pedido de imputação apresentado pela recorrente.

Com efeito, a Comissão desde logo considerou mais oportuno prosseguir a análise deste pedido de imputação que, aliás, a empresa Boehringer lhe tinha confirmado de forma expressa em 3 de Novembro de 1970. Após ter ouvido os seus representantes e depois do parecer do comité consultivo em matéria de *ententes* e de posições dominantes, a Comissão indeferiu o pedido, por decisão de 25 de Novembro de 1971.

Trata-se da decisão impugnada no presente processo.

A recorrente solicita que a mesma seja alterada no sentido de a multa de 80 000 dólares, quantia em que foi condenada pela sentença do Southern District Court de Nova Iorque em 3 de Julho de 1969, ser imputada na multa aplicada pela Comissão das Comunidades Europeias, já reduzida para 180 000 unidades de conta pelo acórdão deste Tribunal de 15 de Julho de 1970; a recorrente

requer ainda, a título subsidiário, que a decisão impugnada seja declarada nula.

Trata-se de um domínio em que o Tribunal dispõe de uma competência de plena jurisdição. Com efeito, goza de plenos poderes para apreciar os factos e para alterar uma decisão comunitária, nomeadamente, reduzindo o montante da multa aplicada. Na nossa opinião, os pedidos da recorrente teriam sido apresentados de maneira mais lógica, se tivessem consistido em pedir ao Tribunal, em primeiro lugar, a anulação da decisão atacada, que segundo a sociedade Boehringer era baseada em fundamentos erróneos tanto de direito como de facto, e, em segundo lugar, que deduzisse do valor da multa fixada pelo acórdão de 15 de Julho de 1970 o montante da multa proferida pelo Tribunal federal americano.

B — *Fundamentos da decisão impugnada*

A decisão em apreciação tem como fundamento dois tipos de considerações:

O primeiro tem um alcance geral, enquanto o segundo diz respeito aos factos concretos do processo.

Em primeiro lugar, a Comissão sustenta que, não existindo, no Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia nem nos seus regulamentos de aplicação em matéria de concorrência, qualquer disposição expressa que a obrigue a imputar no valor das multas aplicadas por força do direito comunitário o valor das multas eventualmente estabelecidas por órgãos jurisdicionais nacionais, tal obrigação também não encontra qualquer fundamento num princípio geral, comum ao direito nacional dos Estados-membros; embora, com efeito, o acórdão deste Tribunal de 13 de Fevereiro de 1969, Wilhelm (14/68, Colect. 1969-1970, p. 1), tenha declarado que a Comissão e os Estados-membros deviam tomar em consideração, em matéria de *ententes* ilícitas, sanções anteriormente aplicadas por causa dos mesmos factos, contudo, tal obrigação, apenas contemplaria a hipótese de um concurso de sanções aplicadas, por um lado, nos termos do direito comunitário e, por outro lado, do direito nacional dos Estados-membros. Completamente diferente é, porém, o caso de concurso de sanções aplicadas, respectivamente, com base no direito comunitário e na legislação de Estados terceiros.

Em segundo lugar, e a título subsidiário, a imputação de uma sanção anterior só pode ser considerada quando os factos constitutivos da infracção à concorrência punida por um órgão jurisdicional de um Estado terceiro e pela Comissão sejam idênticos. Esta condição não é aplicável no caso *sub judice*, na medida em que o tribunal americano agiu contra comportamentos que seriam susceptíveis de afectar ou afectaram a concorrência nos Estados Unidos, enquanto a Comissão, por seu lado, aplicou uma multa devido a comportamentos que tinham por objecto ou efeito restringir a concorrência no mercado comum.

A recorrente contesta estes dois conjuntos de fundamentos.

O primeiro conjunto, que diz respeito ao próprio princípio geral da imputação da multa, deve logicamente ser analisado em termos prioritários, enquanto o segundo problema, que apenas se coloca se este Tribunal reconhecer a existência de tal imputação, deve portanto ser apreciado em último lugar.

II — O princípio *non bis in idem* e o princípio da imputação de uma sanção anterior

1. *Enquadramento do problema*

A Comissão admite sem problema a tese da recorrente, segundo a qual não é decisiva a inexistência, no direito comunitário escrito, de qualquer obrigação de tomar em consideração uma multa aplicada por um órgão jurisdicional nacional devido aos mesmos factos que fundamentam a aplicação por ela de uma sanção pecuniária a uma empresa, cujo comportamento foi reconhecido como contrário ao artigo 85.° do Tratado de Roma.

Trata-se, com efeito, de saber se, perante o silêncio dos textos, existe um princípio geral de direito que imponha às autoridades comunitárias tal obrigação.

Contudo, é ainda necessário que o problema seja apresentado de forma clara e que o seu enquadramento jurídico seja delimitado com precisão.

Com tal objectivo, em primeiro lugar, é indispensável distinguir dois conceitos:

— O primeiro, expresso pela máxima «*non bis in idem*», é imposto juridicamente pelo primado do caso julgado em direito penal; um facto ou um conjunto de factos delituosos que foram objecto de uma decisão jurisdicional definitiva, isto é, que constituem caso julgado, não podem ser objecto de um novo julgamento e, por maioria de razão, de uma nova condenação.

— O segundo conceito, invocado pela empresa recorrente, tem uma natureza diferente; não se baseia no primado do caso julgado, na medida em que, perante uma decisão condenatória anterior relativa a um mesmo facto ou a um mesmo comportamento delituoso, não exclui que possa ser adoptada uma nova sanção; tal conceito traduz-se unicamente pela tomada em consideração da pena anterior, que o juiz deverá imputar na sanção que ele próprio aplicar. Trata-se, no essencial, de uma tomada em consideração do princípio da equidade na determinação do *quantum* da pena.

Em segundo lugar, é necessário sublinhar que o princípio «*non bis in idem*» e o princípio da imputação de uma pena anterior decorrem, principalmente, do direito penal e são aplicáveis, em condições aliás variáveis nos vários Estados, às infracções estabelecidas pela legislação penal interna.

É sabido que o direito comunitário relativo às *ententes*, aplicado pela Comissão, compreende a aplicação de sanções pecuniárias de tipo administrativo. Assim, tem cabimento procurar saber se tais normas, de índole tipicamente penal, podem e devem ser aplicadas a este regime repressivo de tipo especial.

Finalmente, é conveniente considerar a aplicação do princípio «*non bis in idem*» e do princípio da imputação em situações distintas:

— Em primeiro lugar, numa ordem jurídica nacional, poderá haver cúmulo de sanções ou mesmo de acções penais com base nos mesmos factos?

— Seguidamente, no contexto das relações entre duas ordens jurídicas, que efeito poderá ter uma decisão condenatória anterior proferida por um órgão jurisdicional estrangeiro sobre as acções penais intentadas com base nos mesmos factos junto de um órgão jurisdicional nacional?

— Em último lugar, no contexto da relação entre a ordem jurídica comunitária e a de um Estado-membro da Comunidade, por um lado, e a de um Estado terceiro, por outro, poderá ser aplicado o princípio «*non bis in idem*»? Na hipótese de ser dada uma resposta negativa, a imputação de uma sanção anterior será obrigatória, com base num princípio geral do direito?

O problema é bastante complexo. A sua análise requer explicações pormenorizadas, que implicam a apreciação dos direitos nacionais dos Estados-membros, do direito dos Estados Unidos e, igualmente, do direito comunitário e do direito penal internacional.

2. *Princípio* «non bis in idem» *no direito interno*

Com base no direito penal dos Estados-membros da Comunidade, a recorrente julgou poder deduzir um princípio comum do qual decorreria o direito que reivindica de imputação na multa comunitária, aplicada em virtude do Tratado e do Regulamento n.° 17 relativo às *ententes,* o valor da multa que a recorrente teve de pagar nos Estados Unidos.

Não oferece dúvidas que, na ordem jurídica interna de cada um destes Estados, o princípio «*non bis in idem*», derivado do primado do caso julgado, não só é contrário a um cúmulo de sanções mas impede igualmente quaisquer novas acções penais em razão dos mesmos factos.

Em França, o primeiro parágrafo do artigo 6.° do Código de Processo Penal estabelece: «A acção pública para aplicação da pena extingue-se... com o caso julgado». A mesma norma encontra-se no Código Penal dos Países Baixos (artigo 68.°), no Código do Processo Penal italiano (artigo 90.°), assim como nas legislações belga e luxemburguesa.

Na República Federal da Alemanha, é a Lei Fundamental, protectora do direito dos indivíduos, que estabelece, no n.° 3 do seu § 103, que «ninguém pode ser condenado várias vezes pelo mesmo facto, com base em leis penais gerais».

Trata-se de um princípio assente, que não se limita a impor que seja imputada uma pena anteriormente aplicada, mas proíbe de forma taxativa qualquer nova condenação.

Contudo verifiquemos, por um lado, que esta norma apenas é válida no interior de cada uma das ordens jurídicas nacionais e, por outro, que é unicamente aplicável às infracções penais.

Sendo esta norma comum aos Estados-membros, e se mesmo na Alemanha reveste o carácter de um direito fundamental de protecção contra uma dupla condenação, a proibição que ela enuncia, ao garantir à pessoa já condenada ou definitivamente ilibada que não será de novo acusada pelo mesmo facto, apenas é válida em relação a um órgão jurisdicional nacional que se tenha pronuncia-

do anteriormente, isto com excepção do direito penal neerlandês que depois analisaremos.

Na República Federal da Alemanha, esta orientação resulta, na nossa opinião, de um acórdão de 17 de Janeiro de 1961 do Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) — BVerf. GE 12, p. 66 — NWJ 1961, 867 — nos termos do qual a proibição de novas acções penais, com base em factos a respeito dos quais foi anteriormente proferida uma decisão, apenas é aplicável quando a referida decisão emanar de um órgão jurisdicional alemão.

A regra «*non bis in idem*», que se baseia no princípio do caso julgado, apenas impede a duplicação de sanções aplicadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais.

Por outro lado, este princípio, que diz respeito às infracções penais definidas por textos cujo âmbito de aplicação é limitado rigorosamente, não se impõe com o mesmo rigor nos outros sistemas repressivos, nomeadamente os administrativos.

Na realidade, é, de modo geral, admitido que este princípio é aplicável ao regime disciplinar dos agentes da função pública, por equiparação com o direito penal, nomeadamente, em França e na Alemanha; o mesmo princípio é válido para os funcionários das Comunidades Europeias e foi com base num texto concreto — o n.° 3 do artigo 86.° do Estatuto dos Funcionários — que o Tribunal de Justiça o aplicou no acórdão de 5 de Maio de 1966, Gutmann/Comissão (18/65 e 35/65, Colect. 1965-1968, p. 325).

Em contrapartida, o princípio «*non bis in idem*» não é aplicável quando o mesmo facto constitutivo de uma sanção disciplinar é igualmente punível como infracção penal; uma sentença de condenação proferida por um tribunal penal não impede a apresentação de acções disciplinares e vice-versa. Contudo, na Alemanha, a regra de imputação de uma sanção disciplinar anterior a uma sanção penal é admitida em determinadas condições que analisaremos.

De facto, é sempre possível o cúmulo de uma sanção administrativa e de uma sanção penal, com excepção da hipótese em que exista uma disposição legal que expressamente o exclua (nesta acepção, Conseil d'État de França, 1 de Fevereiro de 1950, Lalanne, Recueil, p. 67).

Trata-se da consequência da autonomia dos sistemas sancionatórios administrativos em relação ao sistema penal. Pela mesma razão, é igualmente admitido o cúmulo de sanções administrativas aplicadas em razão do mesmo facto, por força de legislações diferentes (Conseil d'État de França, 22 de Maio de 1946, Consorts Mugnaini, Recueil, p. 142, e 18 de Novembro de 1953, Garrigue, Recueil, p. 499).

As sentenças dos órgãos jurisdicionais penais, tendo adquirido a força de caso julgado, não são vinculativas para a autoridade administrativa, a não ser quando mostrem a inexactidão material dos factos susceptíveis de justificar uma sanção administrativa.

3. *O princípio* «non bis in idem» *nas relações entre ordens jurídicas internas diferentes*

Analisemos agora se, e em que condições, se aplica a regra «*non bis in idem*» nas relações entre ordens jurídicas diferentes.

O direito nacional de quatro dos seis Estados actualmente membros da Comunidade reconhece, em princípio, a eficácia negativa das decisões proferidas no estrangeiro que constituam caso julgado, de forma a impedir novas acções penais. Contudo, em três destes Estados — a Bélgica, a França e o Luxemburgo —, este princípio apenas é válido se a infracção, ou no mínimo, a infracção principal, foi praticada exclusivamente no estrangeiro. Com efeito, o princípio «*non bis in idem*» perde relevância quando a competência penal se baseia no princípio da territorialidade.

O artigo 692.° do Código de Processo Penal francês estabelece que: «Não haverá qualquer condenação se o acusado provar que foi julgado no estrangeiro e, em caso de condenação, que a pena foi cumprida, prescreveu ou que foi reduzida por uma medida de graça.»

É todavia jurisprudência assente que, se a infracção foi praticada igualmente em França, não é reconhecido qualquer efeito jurídico ao julgamento estrangeiro. Consequentemente, ele não impede que se dê início a uma acção nos órgãos jurisdicionais franceses, nem uma nova condenação em razão dos mesmos factos (Cour de cassation, Secção Criminal, acórdão de 3 de Novembro de 1970, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation 1970*, n.° 285).

A mesma solução prevalece no direito penal belga; uma sentença condenatória proferida por um órgão jurisdicional estrangeiro não impede novas acções na Bélgica se os factos delituosos foram igualmente praticados no território belga (Cour de cassation da Bélgica, 20 de Fevereiro de 1961, Pas. 1961 I, p. 664).

A legislação luxemburguesa segue a mesma orientação.

Na Alemanha, a eficácia negativa do caso julgado não é reconhecida às sentenças estrangeiras, excepto no caso de existir uma convenção internacional vinculativa para a República Federal (Maurach, *Rapport au Colloque de l'Association internationale de droit pénal*, Freiburg im Breisgau, 1963).

Portanto, a condenação proferida por um órgão jurisdicional estrangeiro não impede uma nova acção perante um tribunal alemão, desde que o acto seja punível por força da lei penal interna.

O mesmo se passa em Itália, por força dos artigos 7.° e seguintes do Código Penal italiano.

Só o direito neerlandês admite, sem reserva, a aplicação do princípio «*non bis in idem*» quer os factos tenham sido praticados apenas no estrangeiro ou também nos Países Baixos (segundo parágrafo do artigo 68.° do Código Penal).

Feitas estas verificações, pode afirmar-se que a eficácia negativa do caso julgado não é, em nenhum destes Estados, com a única excepção dos Países Baixos, reconhecida, no ordenamento jurídico interno, às sentenças penais proferidas por tribunais estrangeiros, na hipótese de os factos ilícitos terem sido igualmente praticados no território nacional.

Trata-se de uma consequência, que é impossível negar, da territorialidade das leis penais e da soberania dos Estados num domínio onde tal soberania muito dificilmente admite ataques, o da ordem pública protegida pelo sistema penal.

Consequentemente, o princípio «*non bis in idem*», consagrado e aplicado em direito interno, não é geralmente reconhecido como um princípio geral de direito nas relações internacionais.

Isto é tanto mais certo quanto os trabalhos desenvolvidos desde a guerra, no âmbito do Instituto de Direito Internacional ou pela Associação Internacional de Direito Penal, relativamente aos efeitos internacionais da sentença penal, evidenciaram, no essencial, as divergências que existem entre as normas aplicadas pelos vários Estados e revelaram as dificuldades práticas em evitar qualquer cúmulo das sanções penais e em alcançar uma concepção comum na aplicação do princípio «*non bis in idem*».

Certamente que foram aprovadas resoluções, por exemplo no IX Congresso Internacional de Direito Penal, em Haia, em 1964 (Resolução III A, 1, a, c), nos termos das quais «a consequência negativa da eficácia das sentenças penais estrangeiras *deveria* ser reconhecida pela legislação de todos os países...». Contudo, é evidente que estes esforços apenas resultaram em meros votos inspirados por considerações de justiça e de protecção de interesses individuais; tais iniciativas, porém, não consagram um *consensus* dos Estados nem o reconhecimento de uma norma de direito positivo.

Podemos lamentar esta situação, mas seria inútil não a reconhecer. Apenas uma ou várias convenções internacionais poderiam permitir resolver o problema (Spanjaard, «Rapport au Colloque de l'Association international de droit pénal», *Revue international de droit pénal*, 1963, p. 156).

Mesmo a nível europeu, é necessário recordar que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não compreende, no seu artigo 6.° relativo às garantias processuais, qualquer proibição da dupla condenação. O princípio «*non bis in idem*» nem sequer é referido. Quanto à Convenção relativa à eficácia internacional das sentenças, elaborada pelo Conselho da Europa em 28 de Maio de 1970, o seu artigo 53.° reconhece que uma pessoa, julgada definitivamente num Estado-membro, não pode ser demandada pelo mesmo facto num outro Estado-membro, desde que a pena, se tiver sido aplicada qualquer uma, tenha sido cumprida, tenha prescrito ou ainda tenha sido reduzida por uma medida de graça. Todavia, a Convenção introduz duas derrogações à proibição de princípio de quaisquer novas acções que limitam manifestamente o alcance da proibição:

— por um lado, a proibição não é oponível a Estados no território dos quais a infracção foi alegada ou efectivamente praticada;

— por outro lado, a proibição também não é aplicável quando os interesses públicos do Estado, entendida a expressão em sentido amplo, foram lesados pela referida infracção.

Esta é a melhor confirmação de que o princípio «*non bis in idem*» não assumiu, até este momento, eficácia vinculativa em direito internacional.

4. *O princípio da imputação de uma sanção anterior constituirá um princípio geral de direito?*

A recorrente alega que, na ausência de uma norma que estabeleça a exclusão de qualquer

nova acção penal, o direito à protecção contra o cúmulo de sanções deveria, no mínimo, ser assegurado pela imputação duma sanção anteriormente pronunciada em virtude dos mesmos factos.

Para esta tese ter fundamento, seria ainda necessário:

1) que a norma, na qual a recorrente encontra um substituto do princípio «*non bis in idem*», seja considerada ela própria um dos direitos fundamentais e faça parte integrante dos princípios gerais de direito, cujo respeito o Tribunal de Justiça garante no âmbito da ordem jurídica comunitária;

2) que, admitindo esta hipótese, este direito fundamental, que diz respeito à protecção da pessoa humana contra a repressão penal, seja igualmente válido para as empresas, no domínio da repressão dos comportamentos anticoncorrenciais, repressão esta que está limitada, como sabemos, a sanções pecuniárias e é baseada na defesa da ordem pública económica e na protecção dos consumidores.

Seguidamente, iremos analisar as questões referidas.

A — Na nossa opinião, é duvidoso que, mesmo no âmbito do direito penal clássico, o princípio da imputação possa ser visto como um princípio geral de direito.

O Código Penal da República Federal da Alemanha admite tal princípio sem reserva (terceiro parágrafo do § 60), tal como o Código Penal italiano (artigo 138.°). A jurisprudência do Bundesverfassungsgericht Karlsruhe chegou a aplicar aquele princípio a um caso em que havia o concurso de uma pena privativa de liberdade, aplicada por força do regulamento de disciplina militar, e de uma sanção da mesma natureza aplicada, em razão dos mesmos factos, por um órgão jurisdicional penal. Mas é evidente que esta solução apenas foi acolhida em razão da natureza idêntica das sanções aplicadas e com a preocupação de salvaguardar a liberdade individual (acórdão de 2 de Maio de 1967). Contudo, a legislação interna dos outros Estados-membros ignora a regra da imputação. A Bélgica é excepção, com o n.° 2 do artigo 13.° da lei de 17 de Abril de 1878 relativa ao processo penal, estabelecendo que, em caso de nova condenação proferida na Bélgica, a pena privativa de liberdade aplicada no estrangeiro deve ser imputada à pena do mesmo tipo aplicada pelo juiz nacional. Consequentemente, a obrigação é unicamente válida para as penas privativas de liberdade e não para as multas; acrescente-se que, de acordo com uma jurisprudência bem assente, a imputação não se impõe se o acto delituoso foi praticado não só no estrangeiro mas também na Bélgica, na medida em que o artigo 13.° da referida lei apenas visa a hipótese de infracções praticadas e julgadas no estrangeiro. Assim, em definitivo, só em Itália e na Alemanha é que a imputação de uma sanção anterior, mesmo pecuniária, constitui uma obrigação para o juiz nacional. Consequentemente, não se trata de um princípio geral comum. Deverá ainda o terceiro parágrafo do § 60 do Código Penal alemão ser entendido como um direito fundamental, nos termos da pretensão da recorrente?

Não existe qualquer indício que permita corroborar tal afirmação: nem a referência ao § 103 da Lei Fundamental que, dizendo respeito, como vimos, à proibição de novas acções penais na ordem jurídica interna, não pode ser invocado na hipótese de cúmulo de sanções aplicadas por órgãos jurisdicionais

pertencentes a ordens jurídicas diferentes, nem a remissão que é feita pela recorrente para uma decisão do Bundesgerichtshof (Tribunal de Justiça Federal), proferida em 17 de Dezembro de 1970, a propósito da *entente* na indústria dos corantes. Esta decisão diz efectivamente respeito a uma excepção de litispendência, suscitada pelas empresas acusadas perante o Organismo Federal dos Cartéis (Bundeskartellamt), em razão do processo já apresentado contra elas pela Comissão das Comunidades Europeias devido à mesma *entente*. Após ter estabelecido que, no caso *sub judice*, uma acção não exclui que outra seja apresentada, o Bundesgerichtshof acrescenta, a título meramente indicativo, que seria conveniente, para evitar um cúmulo de sanções, aplicar neste caso a disposição do § 60 do Código Penal, a saber, tomar em consideração a sanção anteriormente aplicada, ao pronunciar a multa ulterior.

Contudo, o Bundesgerichtshof acrescentou não ser necessário neste caso aprofundar este ponto. Consequentemente, não resolveu o problema.

Acrescentemos que, se as considerações que o Bundesgerichtshof entendeu dever desenvolver sobre o problema revelam uma orientação, ou mesmo uma opinião, não se pode deduzir que a obrigação de imputação seja considerada um direito fundamental.

Finalmente, observemos que o problema suscitado por esta decisão dizia respeito a um eventual cúmulo de uma sanção comunitária e de uma sanção imposta pelo órgão jurisdicional de um Estado-membro da Comunidade.

B — Exactamente a respeito da mesma *entente* na indústria dos corantes, o Tribunal de Justiça proferiu, em 13 de Fevereiro de 1969, no processo 14/68, Wilhelm, um acórdão a título prejudicial que é invocado pela empresa Boehringer em defesa da sua tese.

O Kammergericht (Kartellsenat) de Berlim, órgão jurisdicional competente em matéria de *ententes* na República Federal da Alemanha, submeteu à apreciação do Tribunal de Justiça, a título prejudicial, a questão de saber se, perante um processo apresentado pela Comissão em conformidade com o artigo 14.° do Regulamento n.° 17 sobre as *ententes*, será compatível com o Tratado o facto de as autoridades nacionais aplicarem, em relação aos mesmos factos, as sanções previstas pelo direito alemão sobre a matéria; o Kammergericht, sublinhando, por outro lado, o risco de esses mesmos factos serem apreciados de forma diferente e a possibilidade de distorção da concorrência no mercado comum em detrimento daqueles que estão sujeitos ao direito alemão sobre *ententes*, referia-se assim ao artigo 9.° do Regulamento n.° 17 bem como aos artigos 85.° e 5.° do Tratado da Comunidade Económica Europeia e, finalmente, aos princípios gerais do direito comunitário.

Resulta claramente dos termos do acórdão do Tribunal de Justiça que o artigo 9.° do Regulamento n.° 17 apenas visa a competência das autoridades nacionais, na medida em que estas estejam habilitadas a aplicar directamente as disposições do artigo 85.° do Tratado, quando não for proposta uma acção por parte da Comissão; consequentemente, o referido artigo 9.° deve ser afastado, no caso de estas autoridades nacionais apenas terem aplicado o direito interno. O referido acórdão acrescenta ainda que o direito comunitário e o direito nacional analisam as *ententes* sob aspectos diferentes:

— o artigo 85.° considera-as em razão dos obstáculos que podem resultar para o

comércio entre os Estados-membros e dos perigos para a concorrência no território do mercado comum;

— as legislações internas, inspiradas por considerações que são próprias a cada Estado, visam, em contrapartida, as *ententes* unicamente no seu âmbito nacional.

Assim, uma mesma *entente* pode, em princípio, ser objecto de dois processos paralelos: um, perante as autoridades comunitárias nos termos do Tratado, o outro, perante as autoridades nacionais por força do direito interno.

Desta forma, foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça que o princípio «*non bis in idem*» não é aplicável em tal situação, pois o cúmulo de acções é considerado admissível. Em contrapartida, foi ainda afirmado que os conflitos eventualmente resultantes de um concurso entre a norma comunitária e as legislações nacionais devem ser sempre decididos no sentido do primado do direito comunitário, o que é evidentemente indispensável à realização dos objectivos do Tratado de Roma.

Considerados estes princípios, o Tribunal de Justiça deve decidir sobre uma outra questão, através da qual o Kammergericht chamava a atenção relativamente ao risco de os mesmos factos virem a estar sujeitos a duas sanções, uma imposta pela Comissão e a outra pelo órgão jurisdicional nacional.

Tendo declarado que o cúmulo das acções penais é admitido em virtude do sistema particular de repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-membros, o Tribunal considerou dever sublinhar, nos fundamentos da sua decisão, uma exigência geral de equidade, como aliás se encontra enunciada no segundo parágrafo do artigo 90.° do Tratado que institui a Comunidade Económica do Carvão e do Aço, exigência que implicaria tomar em conta qualquer decisão anterior para determinar a sanção que se tenha eventualmente de aplicar.

Não somos da opinião que este considerando seja supérfluo, contudo, o mesmo não é ponto de apoio necessário para defender cabalmente o teor do acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1969, devendo ser necessário interpretá-lo unicamente no âmbito das questões que foram apresentadas nos termos do artigo 177.° Com efeito, a regra da imputação foi reconhecida apenas em relação à situação particular resultante da competência concorrente dos Estados-membros e dos órgãos comunitários em matéria de *ententes* num mesmo território — o do mercado comum. Não pensamos que seja possível deduzir daí a afirmação de um princípio geral de direito que seria igualmente aplicável na hipótese de um concurso de acções e, eventualmente, de sanções, por um lado, comunitárias, e, por outro, emanadas de autoridades ou órgãos jurisdicionais de um Estado terceiro.

É em virtude da íntima interdependência entre os mercados nacionais dos Estados-membros e o mercado comum que o Tribunal de Justiça reconheceu a eventual aplicabilidade da regra da imputação. Ora, a situação é completamente diferente quando a decisão anterior foi proferida num Estado terceiro.

C — No presente processo, a multa aplicada por um órgão jurisdicional americano cuja imputação na sanção pecuniária decidida pela Comissão é pedida a este Tribunal, não deixa de ter interesse saber que nos Estados Unidos as acções penais paralelas baseadas, por

um lado, na legislação de um Estado e, por outro lado, na legislação federal podem conduzir, e conduzem efectivamente, a um cúmulo de sanções, não obstante a quinta alteração da Constituição Federal, que estabelece: «nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb», isto é, apesar do princípio constitucional de proibição de dupla condenação.

A jurisprudência americana reconhece que, se o mesmo comportamento lesa o direito de duas ordens jurídicas diferentes, a da Federação e a de um dos Estados federados, estamos em presença de duas infracções distintas. Consequentemente, deve ser afastada a condição de identidade dos factos que implica a proibição da dupla sanção. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu então que «qualquer cidadão dos Estados Unidos é, simultaneamente, cidadão de um Estado ou de um território. Consequentemente, deve obediência a dois Estados soberanos e é susceptível de ser punido quando viola as leis de um ou outro Estado. Um mesmo comportamento pode constituir uma infracção, por força de cada uma destas duas legislações. Não restam dúvidas que um Estado ou ambos podem punir o delinquente, segundo a sua própria apreciação. Contudo, é impossível afirmar que o delinquente tenha sido punido duas vezes pela mesma infracção. Em contrapartida, com *um único e mesmo comportamento,* cometeu duas infracções, e é com razão que é punido por cada uma delas. Assim, não pode basear-se numa infracção, para evitar a condenação segundo a outra infracção».

Esta decisão foi proferida relativamente à questão de saber se uma lei de um Estado seria contrária à Constituição, devido ao facto de não excluir a aplicação de uma nova sanção, com base no direito federal.

Num outro processo, Estados Unidos contra Lanza, o Supremo Tribunal decidiu que uma condenação com força de caso julgado ao abrigo da lei de um Estado não se opunha a uma nova acção, em execução do direito federal, e não impedia o cúmulo de sanções.

O Supremo Tribunal decidiu no mesmo sentido num outro processo em que o órgão jurisdicional de um Estado federal tinha aplicado uma pena com base no direito deste Estado, embora o interessado tivesse sido punido anteriormente, por força do direito federal, devido ao mesmo comportamento.

Não obstante terem sido expressas «dissenting opinions», a referida jurisprudência foi confirmada. Assim, na hipótese de conflito entre a soberania da Federação e dos Estados, por um lado, e o princípio da proibição do cúmulo de sanções, por outro, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos decidiu a favor da soberania.

Com o Professor Mestmaecker (estudo publicado in *Der Betriebsberater,* 1968, p. 1297), pensamos que desta posição resulta que uma condenação, revestida de força de caso julgado, adoptada em virtude do direito *antitrust* de um Estado, não impede, de modo nenhum, a aplicação de uma nova sanção com base no direito federal e vice-versa. Com efeito, apenas uma constante concertação entre as autoridades dos Estados e as autoridades federais permite evitar, de facto, uma dupla sanção. Disto resulta que, mesmo num sistema federal como o dos Estados Unidos, o princípio «*non bis in idem*» cede perante os princípios de soberania e de territorialidade, não sendo aliás possível admitir o princípio da imputação da sanção anterior.

D — Acrescente-se que a tese da recorrente, baseada em conceitos de direito penal geral,

por demasiadas vezes ignora as especificidades e, podemos afirmar, a autonomia, em relação ao direito penal geral, do regime sancionatório instituído pelo Tratado de Roma, em matéria de concorrência.

Sendo incontestável o facto de os Estados-membros terem transferido para as instituições comunitárias o exercício de algumas das suas prerrogativas de soberania em matéria económica, é igualmente certo que não desejaram perder a sua competência penal. O artigo 15.° do Regulamento n.° 17 estabelece, aliás, que as multas previstas em matéria de *ententes* não têm natureza penal.

As referidas sanções proferidas pela Comissão, após um processo administrativo contraditório, no qual são respeitados os direitos da defesa, pertenceriam à categoria das sanções administrativas.

De resto, esta observação, que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v. acórdãos de 15 de Julho de 1970 relativos à *entente* internacional da quinina e de 14 de Julho de 1972 relativo aos processos dos corantes), não é, porém, suficiente para subtrair completamente o regime das multas comunitárias às normas do direito penal.

Embora definidas pelo artigo 85.° em termos bastante genéricos e respeitando a um domínio eminentemente técnico, o que permite à Comissão e ao Tribunal de Justiça uma margem de apreciação particularmente ampla, as infracções à disciplina da concorrência são objecto de uma previsão legal. Compreendem igualmente um elemento moral, na medida em que devem ter sido praticadas «deliberadamente ou com negligência» (n.° 1 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17). Finalmente, compreendem um elemento material, na medida em que as proibições previstas pelo artigo 85.° são aplicáveis a acordos, decisões ou práticas concertadas, cuja prova deve ser feita.

Quanto às sanções previstas pelo Regulamento n.° 17, elas são delimitadas entre um *maximum* e um *minimum* determináveis, sendo assim regidas pelo princípio da legalidade.

Nesta medida, foi possível afirmar (Lambois, *Droit pénal international,* Dalloz, 1971) que as multas comunitárias, de índole formalmente administrativa, têm, do ponto de vista material, a natureza de sanções penais.

Contudo, apresentam características originais e correspondem a objectivos que revestem, na nossa opinião, uma importância decisiva na solução do presente processo.

Em primeiro lugar, as multas comunitárias atingem, exclusivamente, não indivíduos, mas empresas, pessoas colectivas, no seu património. A preocupação de protecção da pessoa humana contra a dupla sanção penal, especialmente quando se trata de sanções privativas de liberdade, não intervém neste domínio.

Por outro lado, a regulamentação comunitária sobre as *ententes* aplica-se, na maior parte dos casos, a empresas multinacionais cujos comportamentos são extensivos não apenas a vários mercados nacionais, no interior do mercado comum, mas igualmente ao mercado mundial.

Se entre os Estados-membros da Comunidade e a Comunidade existe uma interdepen-

dência tal que se pode considerar como contrário ao princípio da equidade que determinado comportamento anticoncorrencial, originando embora acções paralelas, possa ser abrangido por sanções cumulativas, esta consideração já não tem o mesmo valor quando estes mesmos comportamentos, quer se tenham traduzido em acordos ou tenham originado meras práticas, afectem simultaneamente, por um lado, a Comunidade e os Estados ou determinados Estados-membros, e, por outro lado, os Estados exteriores ao mercado comum.

De que forma poderia ser eficazmente assegurada a defesa dos objectivos estabelecidos pelo Tratado de Roma, se se admitisse que qualquer sanção pecuniária, imposta por um órgão jurisdicional de um país terceiro em virtude de determinados acordos, deveria ser deduzida da multa aplicada pela Comissão com base na mesma *entente* ilícita? Não significaria isto limitar os poderes das autoridades comunitárias em nome de um princípio de equidade que não é de nenhum modo certo que seja aceite, a título de reciprocidade, pelos Estados terceiros interessados? Quem poderia acreditar, por exemplo, que um tribunal dos Estados Unidos, perante o qual fossem acusadas, devido à mesma *entente,* empresas que anteriormente sofreram a imposição de uma multa pela Comissão por força do Regulamento n.° 17, estivesse disposto a imputar esta multa ao valor da multa que ele próprio seria levado a aplicar?

Mesmo admitindo, por hipótese, que o princípio da imputação constitua um princípio geral de direito, o que, em nossa opinião, não julgamos corresponder à realidade jurídica actual, seria então necessário, que prevalecessem os objectivos do Tratado e a eficácia da acção dos órgãos comunitários. Com efeito, o princípio da imputação, no âmbito das relações com um Estado terceiro, apenas se poderia basear em disposições convencionais.

Em segundo lugar, o poder repressivo reconhecido à Comissão contra empresas que celebraram *ententes* contrárias ao artigo 85.° deriva indiscutivelmente da necessidade de proteger a ordem pública económica no território da Comunidade.

As multas aplicadas pela Comissão visam acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas que, nos termos do artigo 85.°, «sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham *por objecto ou efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum». Portanto, é em consideração de consequências prejudiciais que estes acordos, decisões ou práticas concertadas podem ter ou tiveram concretamente sobre a concorrência no mercado comum que a sanção se revela justificada. Consequentemente, o efeito territorial — potencial ou real — é um dos elementos constitutivos da infracção, revelando-se mesmo como um elemento necessário.

Com base nestas considerações, deve ser afastado o princípio da imputação de uma sanção anterior aplicada por um órgão jurisdicional não pertencente à Comunidade, pois elas conduzem a negar a condição de identidade dos factos e levam a reconhecer a existência de duas infracções distintas, puníveis, respectivamente, uma e outra, sem reserva, na ordem jurídica comunitária e na ordem jurídica do Estado terceiro.

III — A inexistência da condição de identidade dos factos

Concordamos com a Comissão, quando considera que o conceito de identidade do facto delituoso em matéria de concorrência não

pode ser apreciado nas mesmas condições que no direito penal clássico.

Com efeito, as infracções penais, quer se trate de crimes e delitos contra as pessoas, como o homicídio e as lesões físicas, ou contra os bens, como o furto e a burla, apresentam, no que diz respeito aos seus elementos materiais, características geralmente simples; trata-se de factos praticados por um ou vários autores determinados, num local e num momento igualmente determinados; apenas excepcionalmente surgem dificuldades de apreensão destes factos, na hipótese de infracções complexas, porém, o órgão jurisdicional em causa goza de competência para apreciar o conjunto dos elementos de facto que lhe são submetidos e para os qualificar em termos penais.

Independentemente do critério da identidade de facto admitido pela jurisprudência, o juiz efectua uma apreciação global dos elementos de informação de que dispõe.

No domínio das *ententes* internacionais, o problema coloca-se de uma forma muito diferente, segundo dois pontos de vista:

— A infracção de restrição da concorrência é praticada mediante uma multiplicidade de actos durante um longo período (vários meses ou mesmo vários anos) e no território de vários Estados; os acordos celebrados entre empresas são frequentemente diversificados, em função das negociações entre os membros da *entente* que possuem a sua sede em países diferentes, em função do objecto destas negociações: *ententes* sobre os preços, repartição territorial dos mercados, quotas de exportação, etc. Resulta disto, em primeiro lugar, que o órgão jurisdicional de um dos Estados cuja ordem jurídica está em contacto com a *entente* apenas toma conhecimento de alguns dos acordos celebrados ou, então, não será chamado a reprimir senão determinados comportamentos censurados às empresas ou a algumas delas.

— Em segundo lugar, por força do princípio da territorialidade, as legislações que sancionam comportamentos anticoncorrenciais limitam o seu âmbito de aplicação ao território do Estado onde são verificados os efeitos destes comportamentos; a mesma afirmação é válida relativamente à Comunidade: o n.° 1 do artigo 85.° do Tratado de Roma visa apenas os actos que sejam susceptíveis de restringir a concorrência no mercado comum; em termos análogos, a legislação *antitrust* americana, embora vise os prejuízos causados tanto ao comércio externo como ao comércio interno dos Estados Unidos, tem um âmbito de aplicação territorial delimitado; tal legislação contempla unicamente os prejuízos contra a concorrência que tenham incidência em relação a operadores económicos dos Estados Unidos.

Assim, ainda que as mesmas empresas, em razão dos mesmos acordos, sejam simultaneamente accionadas perante um órgão jurisdicional federal americano e a Comissão das Comunidades Europeias, os elementos constitutivos da infracção serão necessariamente diferentes em relação a cada um dos órgãos jurisdicionais.

Perante o órgão jurisdicional dos Estados Unidos, não podem ser examinados senão os comportamentos que caibam no âmbito da legislação federal e afectem os interesses da Federação, sob pena daquele exceder a sua competência; reciprocamente, a Comissão de Bruxelas apenas poderá examinar, sob o

controlo do Tribunal de Justiça, os comportamentos que, pelo seu objecto ou efeito, sejam susceptíveis de afectar a concorrência no interior do mercado comum. A circunstância de os acordos em causa serem os mesmos não é suficiente para caracterizar a identidade dos factos incriminados.

Consideramos, assim, inútil tentar encontrar, nas jurisprudências nacionais, um critério único do conceito de identidade dos factos. Em termos análogos, não se pode deduzir do acórdão deste Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1969 qualquer ensinamento a este respeito, pois o Kammergericht, ao submeter-vos as questões prejudiciais, tinha posto a hipótese de que, no litígio a decidir, estávamos na presença do «*mesmo facto*». Foi com base nestas premissas que ele solicitou a interpretação do direito comunitário. No contexto definido pelo juiz, o Tribunal de Justiça proferiu a sua sentença, sem discutir — como aliás não era da sua competência — a fundamentação das referidas premissas.

Poderíamos limitar aqui as nossas conclusões, pois, em primeira análise, consideramos ter podido demonstrar que o princípio da imputação de uma sanção anterior não constitui um princípio geral de direito que este Tribunal seja obrigado a aplicar na hipótese de duas sanções pecuniárias em matéria de *ententes*, aplicadas, respectivamente, pelo tribunal de um Estado terceiro e pela Comissão das Comunidades Europeias; em segundo lugar, considerámos como determinante o efeito territorial de uma *entente*, enquanto elemento constitutivo da infracção às regras da concorrência, efeito territorial que é necessariamente distinto quando diz respeito, por um lado, aos Estados Unidos, país terceiro, e, por outro lado, ao mercado comum.

Todavia, com o objectivo de esgotar o exame dos aspectos jurídicos relativos à recorrente, analisaremos ainda os elementos que resultam, respectivamente, da decisão tomada em 3 de Julho de 1969 pelo Southern District Court de Nova Iorque, e do acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, proferido no processo 45/69. Esta comparação levar-nos-á, aliás, a confirmar completamente, a nossa opinião.

Quais são as duas decisões em causa?

Por um lado, uma sentença federal proferida nos termos do processo de «*nolo contendere*», a saber, uma sentença perfeitamente eficaz, mas na qual o juiz se limitou a registar a declaração da empresa Boehringer em que esta reconhece os factos alegados nos dois primeiros pontos da acusação, e impôs uma sanção com base nestes factos não contestados.

Embora, nestas condições, os factos em causa não possam ser apreciados como tendo sido provados em termos definitivos, tal como aconteceria no termo de um processo normal, dever-se-á considerar, no mínimo, que a decisão tomou em consideração apenas as ofensas articuladas nos dois primeiros pontos da acusação do Ministério Público, com a exclusão daquelas que eram objecto dos três outros pontos que a acusação abandonou.

Por outro lado, não é a decisão administrativa de 16 de Julho de 1969, nos termos da qual a Comissão aplicou uma multa à empresa Boehringer, que devemos tomar em consideração, mas o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, visto que, tendo a examinar um recurso de plena jurisdição, o Tribunal apreciou o conjunto das acusações feitas à recorrente, admitindo algumas para afastar outras, alterando parcialmente a decisão da Comissão, facto que

implica a substituição da referida decisão pelo acórdão do Tribunal.

Quais são os elementos de facto que constituíram o fundamento da decisão do Tribunal de Justiça?

A base de apreciação do Tribunal não foi a Convenção de exportação relativa ao comércio com países terceiros, instrumento legal que constituía o primeiro e principal acordo celebrado entre os membros da *entente* internacional da quinina, entre os quais se encontrava a empresa Boehringer, mas o «gentlemen's agreement» que regula o comportamento destas empresas no mercado comum.

Ao analisar este documento, cuja existência foi reconhecida pela recorrente, e ao sublinhar o facto de as partes terem declarado reciprocamente que estavam dispostas a respeitar as suas disposições, o Tribunal de Justiça declarou que o «gentlemen's agreement» representava «a expressão fiel da vontade dos membros da *entente* em relação ao seu comportamento no mercado comum». Tendo ainda sido considerado que tal compromisso compreendia uma cláusula, segundo a qual a sua violação constituiria, *ipso facto,* uma violação da Convenção de exportação, o Tribunal apreciou em seguida o comportamento das empresas na Comunidade.

A este respeito, o Tribunal verificou que o «gentlemen's agreement» assegurava a protecção de cada mercado nacional em benefício dos produtores dos diferentes Estados-membros e, após ter afastado os argumentos da recorrente, considerou que esta repartição dos mercados nacionais tinha por objecto restringir a concorrência das trocas efectuadas no mercado comum.

No que diz respeito à fixação comum dos preços de venda nos mercados não repartidos, isto é, na Bélgica, no Luxemburgo e em Itália, foi decidido que estes comportamentos eram susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e limitavam, de forma grave, a concorrência no mercado comum. O Tribunal reconheceu, aliás, que não estava provado que a recorrente praticasse, de comum acordo com os outros produtores, preços uniformes nas suas vendas nestes países, após Maio de 1964.

Em contrapartida, o Tribunal considerou improcedente, por falta de provas suficientes, a acusação baseada na fixação de quotas de venda no mercado comum, após 29 de Outubro de 1962.

Finalmente, o Tribunal declarou ilícita a proibição, imposta ao grupo dos membros franceses da *entente,* de fabricar quinidina sintética.

Em conclusão, o Tribunal qualificou o conjunto destes factos, à luz do artigo 85.° do Tratado, como constituindo uma *entente* proibida por este artigo, isto é, como tendo por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Como resultado do que precede, o Tribunal fixou o valor da multa em 180 000 unidades de conta, tomando em consideração, por um lado, a influência considerável que a empresa Boehringer tinha exercido no momento da elaboração e da entrada em vigor da *entente,* de forma a justificar a imposição de uma multa de valor mais elevado do que aquelas que tinham sido aplicadas a outras empresas, mas, por outro lado, levando em linha de conta o afastamento das acusações relativas às quotas de venda, para o período de Novembro de 1962 a Fevereiro de 1965, e aos preços de venda, para o período de Maio de 1964 a Fevereiro de 1965, motivo pelo

qual o Tribunal reduziu o valor da multa aplicada pela Comissão.

A enumeração destas observações, as quais revestem força de caso julgado, chega para mostrar que o Tribunal se baseou unicamente nos comportamentos que tiveram ou eram susceptíveis de ter incidência sobre as condições da concorrência no mercado comum.

Em contrapartida, os factos com base nos quais o Southern District Court de Nova Iorque impôs à recorrente uma multa de 80 000 dólares, tal como podem ser deduzidos dos dois primeiros pontos da acusação não contestados, dizem respeito aos comportamentos da recorrente que tiveram repercussões no território americano, por força, nomeadamente, do acordo de exportação para países terceiros:

— trata-se da fixação dos preços dos produtos extraídos da casca da quina, a um nível artificial, no mercado interno dos Estados Unidos, dos prejuízos causados à concorrência entre importadores e revendedores americanos, bem como dos entraves à concorrência entre produtores no mercado interno dos Estados Unidos;

— trata-se igualmente dos efeitos do acordo designado «Stockpyle agreement», relativo à compra de quinina proveniente das reservas estratégicas americanas;

— finalmente, trata-se dos acordos relativos à compra em comum da casca de quina (barkpool).

Deve esclarecer-se que estes dois últimos acordos relativos à política de compras no seio da *entente* não foram objecto de qualquer acusação perante a Comissão das Comunidades Europeias.

Apenas são visados, como vemos, os efeitos provocados no território americano pelos comportamentos da recorrente. Consequentemente, nada permite supor que, ao aplicar uma multa à empresa Boehringer, o Tribunal Federal americano tenha considerado dever punir outros prejuízos causados à concorrência.

Tanto mais que o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão proferido no processo 45/69, que esta sanção foi aplicada «em relação às restrições à concorrência que se verificaram no exterior da Comunidade».

Acrescente-se que o caso não dá nenhum elemento de informação para saber se a Comissão, ao determinar o montante da multa imposta à recorrente e aos outros membros da *entente* igualmente perseguidos, tomou em consideração vantagens financeiras que estas empresas teriam usufruído dos seus acordos no mercado comum unicamente ou no mercado mundial. Não foi possível fornecer uma resposta clara a este respeito durante a audiência. No entanto, é certo que foram unicamente punidos os comportamentos que tiveram repercussões no mercado comum, e que as multas aplicadas às empresas em causa se situam, aliás, a um nível amplamente inferior à taxa máxima prevista pelo Regulamento n.° 17.

Recordemos igualmente que, em resposta a uma questão formulada, em 1966, pelo Bundeskartellamt, os representantes da empresa Boehringer tinham afirmado que lhes era impossível fornecer qualquer precisão relativamente às exportações de quinina para cada um dos principais países compradores,

devido ao facto de os acordos apenas obrigarem os membros da *entente* a trocar as suas informações em relação às exportações globais; assim, a empresa recorrente não possuía informações relativas a cada país comprador.

Concluímos, por conseguinte, no sentido de que seja rejeitado o pedido da empresa Boehringer no processo 7/72 e que a recorrente seja condenada nas despesas.