Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 2 de septiembre de 2021 [1]

Asunto C-151/20

Bundeswettbewerbsbehörde
contra
Nordzucker AG,
Südzucker AG,
Agrana Zucker GmbH

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria)]

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Conducta investigada por dos autoridades nacionales de competencia — Principio *non bis in idem* — Aplicación simultánea del Derecho de la Unión y del Derecho nacional de la competencia — Identidad del interés jurídico protegido — Efectos territoriales de una resolución de una autoridad nacional de competencia — Programa de clemencia»

I. Introducción

1. Nordzucker y Südzucker son dos productores de azúcar. La autoridad nacional de competencia alemana ha descubierto que estas dos empresas han infringido el artículo 101 TFUE y la Ley alemana de competencia. En el litigio principal, la autoridad nacional de competencia austriaca pretende que se declare que dichas empresas han infringido el artículo 101 TFUE y la Ley austriaca de competencia, basándose aparentemente en los mismos hechos que ya figuran en la resolución alemana.

2. En este contexto, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) plantea una serie de cuestiones acerca del ámbito de aplicación del principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). En esencia, ¿se opone dicho principio a que se desarrollen procedimientos paralelos o subsiguientes en materia de competencia en otros Estados miembros respecto de lo que parece ser, al menos en parte, el mismo comportamiento?

3. El presente asunto plantea dos cuestiones en particular. En primer lugar, ¿qué criterios deben orientar la interpretación del *idem* a los efectos del principio *non bis in idem* en el Derecho de la competencia y, en general, con arreglo al artículo 50 de la Carta? Examino estas cuestiones

[1] Lengua original: inglés.

exhaustivamente en mis conclusiones paralelas presentadas en el asunto *bpost*.[2] A este respecto, por consiguiente, las presentes conclusiones se basan en el análisis ya realizado en las mismas. En segundo lugar, la naturaleza concreta del presente asunto reside en la necesidad de reiterar lo que constituye la identidad de los hechos pertinentes a los efectos del principio *non bis in idem*.[3] Ante todo, también se solicita al Tribunal de Justicia —una vez más, cabría añadir— que aclarar su entendimiento de la identidad del interés jurídico protegido. ¿Existe el mismo interés jurídico protegido en dos procedimientos nacionales en los que dos autoridades nacionales de competencia han aplicado la misma disposición del Derecho de la Unión en materia de competencia, así como sus respectivas normas nacionales en materia de competencia?

II. Marco jurídico

4. El artículo 50 de la Carta, titulado «Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción», dispone que «nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley».

5. El artículo 101 TFUE prohíbe, por ser incompatibles con el mercado interior, «todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior».

6. El artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 1/2003,[4] titulado «Relación entre los artículos 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia», tiene el siguiente tenor:

«1. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado.

2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.

[2] Asunto *bpost* (C-117/20).

[3] Lo que el Tribunal ya ha hecho en el pasado, quizás más exhaustivamente en la sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2012:72).

[4] Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1).

3. Sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de las concentraciones, y tampoco impedirán que se apliquen las disposiciones de Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 81 y 82 del Tratado.»

7. El artículo 5 se titula «Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros» y está redactado en los siguientes términos:

«Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

– orden de cesación de la infracción,

– adopción de medidas cautelares,

– aceptación de compromisos,

– imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional.

Cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrán decidir asimismo que no procede su intervención.»

8. El artículo 13 versa sobre la «Suspensión o fin del procedimiento»:

«1. Cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado un procedimiento de oficio contra el mismo acuerdo, la misma decisión de asociación o la misma práctica en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia. La Comisión podrá igualmente desestimar una denuncia si ya la estuviera tramitando una autoridad de competencia de un Estado miembro.

2. Las autoridades de competencia de un Estado miembro o la Comisión podrán desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica que ya hayan sido tratados por otra autoridad de competencia.»

III. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones prejudiciales

9. Nordzucker y Südzucker son dos productores de azúcar alemanes. Agrana está controlada por Südzucker. Esta opera fábricas de azúcar en Austria y en Europa del Este.

10. Por razones históricas, así como a causa de la homogeneidad del producto y de los elevados costes de transporte, el mercado alemán del azúcar estaba dividido por zonas de venta principales de los grandes productores alemanes. A raíz de los intentos de productores de azúcar extranjeros de entrar en el mercado alemán, como muy tarde en 2004 comenzaron a celebrarse diversas reuniones entre los gerentes de ventas de Nordzucker y Südzucker. En dichas reuniones

se subrayó la importancia de evitar la presión competitiva recientemente generada asegurándose de que las empresas alemanas no compitieran entre sí penetrando en sus respectivos territorios de venta tradicionales.

11. A finales del año 2005 y principios de 2006, Agrana descubrió que algunos de sus clientes austriacos compraban azúcar a una filial eslovaca de Nordzucker. Con ocasión de una llamada telefónica realizada el 22 de febrero de 2006, el director gerente de Agrana informó al gerente de ventas de Südzucker acerca de esas entregas y le preguntó si conocía a alguien de Nordzucker con quien pudiera hablar sobre tal asunto. A continuación, el gerente de ventas de Südzucker llamó al gerente de ventas de Nordzucker. Se quejó de las entregas en Austria y dio a entender que podría haber consecuencias para el mercado alemán. Se había ordenado al gerente de ventas de Nordzucker que no reaccionara expresamente a esta petición. Sin embargo, comunicó al responsable de ventas de la filial eslovaca de Nordzucker que no deseaba que se ampliaran las exportaciones a Austria.

12. Mediante resolución de 18 de febrero de 2014, la Bundeskartellamt (en lo sucesivo, «BKA»), la autoridad nacional de competencia (en lo sucesivo, «ANC») alemana, impuso una multa de 195 500 000 euros a Südzucker por, en esencia, haber incumplido, en la República Federal de Alemania, la prohibición de celebrar acuerdos entre empresas competidoras que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. La BKA descubrió que Nordzucker, Südzucker y una tercera empresa alemana habían puesto en práctica un acuerdo, tanto respecto del azúcar industrial como del azúcar de mesa, consistente en respetar las respectivas zonas de venta principales de los competidores. La resolución de la BKA también reproducía el contenido de la ya mencionada conversación telefónica de 22 de febrero de 2006, relativa a Austria.

13. El litigio principal comenzó después de que Nordzucker presentase una solicitud de clemencia en Austria. La Bundeswettbewerbsbehörde (la ANC austriaca; en lo sucesivo, «BWB»), solicitó ante los tribunales competentes austriacos que se declarase que Nordzucker había infringido el artículo 101 TFUE y las disposiciones aplicables de la Ley nacional de Defensa de la Competencia. Respecto de Südzucker, la BWB solicitó la imposición de una multa de 12 460 000 euros por el período comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 21 de septiembre de 2006. Asimismo, la BWB solicitó la imposición de otra multa de 15 390 000 euros, de la que Südzucker debería ser responsable solidariamente con Agrana, por el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2006 y el 31 de octubre de 2008.

14. El órgano jurisdiccional de primera instancia desestimó las pretensiones formuladas. Declaró que la BWB no tenía un interés legítimo en obtener una declaración contra Nordzucker, dado que esta se había acogido a un programa de clemencia y la BWB no había solicitado la imposición una multa a su respecto. En cuanto al período previo al 22 de febrero de 2006, no había indicios de que Austria estuviera incluida, ni siquiera «implícitamente», en el acuerdo básico relativo al respeto de las zonas de venta tradicionales alemanas.

15. No obstante, el órgano jurisdiccional de primera instancia también observó que la petición formulada en la llamada telefónica de 22 de febrero de 2006 podría haber tenido al menos el efecto de que se redujeran los suministros a Austria por parte de la filial eslovaca de Nordzucker. En consecuencia, la aplicación posterior de dicha petición constituía un acuerdo entre Nordzucker y Südzucker que infringía el artículo 101 TFUE, apartado 1. Sin embargo, el referido órgano jurisdiccional consideró que si un determinado aspecto de la conducta estaba

comprendido por una sanción ya impuesta por otra ANC, una nueva sanción sería contraria al principio *non bis in idem*. Según dicho órgano jurisdiccional, este era el caso por lo que se refiere al acuerdo de 22 de febrero de 2006.

16. La BWB interpuso recurso ante el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria), el órgano jurisdiccional remitente. En razón del acuerdo alcanzado mediante la llamada telefónica de 22 de febrero de 2006, pretende que se declare que Nordzucker infringió el artículo 101 TFUE y las disposiciones correspondientes del Derecho nacional. Respecto de Südzucker, la BWB solicita asimismo que se imponga una multa por la misma infracción. La BWB impugna la aplicación del principio *non bis in idem* efectuada por el órgano jurisdiccional de primera instancia. Sostiene que esta apreciación no tuvo en cuenta los territorios por los que se impusieron las multas sobre la base del volumen de negocio generado en los mismos. Según la BWB, la resolución dictada en primera instancia también es contraria a la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia, que se rige por el Reglamento n.º 1/2003, que permite la actuación paralela de varias ANC.

17. El órgano jurisdiccional remitente observa que Südzucker fue sancionada por la BKA por actos que incluyen la conversación telefónica de 22 de febrero de 2006, que constituye la única infracción pertinente en el asunto pendiente ante él. Dicho órgano jurisdiccional se refiere asimismo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con arreglo a la cual la aplicación del principio *non bis in idem* está supeditada al triple requisito de unidad de infractor, identidad de los hechos e identidad del interés jurídico protegido. También apunta a cierta tensión entre el criterio del interés jurídico protegido y el enfoque adoptado en otros ámbitos del Derecho de la Unión, enfoque que supedita la aplicación del principio *non bis in idem* únicamente a la identidad de infractor e identidad de los hechos.

18. El órgano jurisdiccional remitente observa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ofrece ninguna orientación sobre la aplicación del principio *non bis in idem* en circunstancias en las que dos ANC están aplicando el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de la competencia en dos procedimientos que se refieren a los mismos hechos y al mismo infractor. El órgano jurisdiccional remitente afirma asimismo que no cabe extraer ninguna indicación del Reglamento n.º 1/2003. Además, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si el hecho de que una ANC haya tenido en cuenta los efectos de una determinada infracción en otro Estado miembro es importante para la aplicación del principio *non bis in idem* y si el hecho de que el litigio principal se refiera a la solicitud de clemencia presentada por Nordzucker tiene alguna pertinencia a este respecto.

19. En estas circunstancias, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1. El tercer criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de Derecho de la competencia para la aplicación del principio "*non bis in idem*", a saber, que debe verse afectado un mismo interés jurídico protegido, ¿debe aplicarse incluso cuando las autoridades de defensa de la competencia de dos Estados miembros están llamadas a aplicar, además de normas jurídicas nacionales, las mismas normas jurídicas europeas (en el presente asunto, el artículo 101 TFUE) a los mismos hechos y a las mismas personas?

En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión:

2. En un caso así de aplicación paralela del Derecho europeo y del Derecho nacional de la competencia, ¿existe un mismo interés jurídico protegido?

3. ¿Es importante además para la aplicación del principio "*non bis in idem*" el hecho de que la resolución de imposición de una multa emitida en primer lugar por la autoridad de competencia de un Estado miembro haya tenido realmente en cuenta los efectos de la infracción en materia de competencia en otro Estado miembro cuya autoridad de competencia no se ha pronunciado hasta un momento posterior en el procedimiento en materia de competencia del que conocía?

4. ¿Se está también ante un procedimiento en el que impera el principio "*non bis in idem*" cuando en un procedimiento, por el hecho de que una parte haya participado en el programa nacional de clemencia, solamente se puede constatar que esa parte ha infringido el Derecho de la competencia, o puede realizarse esa mera constatación de la infracción independientemente del resultado de un procedimiento anterior relativo a la imposición de una multa (en otro Estado miembro)?»

20. Han presentado observaciones escritas Südzucker, Agrana, la BWB, los Gobiernos belga, alemán e italiano y la Comisión Europea. En la vista celebrada el 22 de marzo de 2021 se oyeron los informes orales de Südzucker, Agrana, la BWB, los Gobiernos belga, alemán y polaco y la Comisión Europea. La vista se organizó conjuntamente para el presente asunto y el asunto C-117/20, *bpost*.

IV. Apreciación

21. Las presentes conclusiones seguirán la estructura siguiente. Comenzaré mi análisis examinando la pertinencia de las cuestiones prejudiciales primera y segunda (A). A continuación, me ocuparé del criterio que, en mi opinión, debe regir la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en materia de Derecho de la competencia y en cualquier otro asunto que esté comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 50 de la Carta (B). Me detendré, en particular, en la cuestión del interés jurídico protegido en el Derecho de la Unión en materia de competencia (B.1.), antes de pasar a la identidad de los hechos pertinentes en un territorio determinado y en un tiempo determinado (B.2.). Concluiré centrándome en la pertinencia de la declaración que se pretende obtener en el procedimiento nacional, en el que no se ha impuesto multa alguna dado que dicho procedimiento se refiere a una solicitud de aplicación de un programa clemencia, para la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en el mismo (C).

A. Pertinencia de las cuestiones prejudiciales primera y segunda

22. Mediante las cuestiones prejudiciales primera y segunda, se solicita al Tribunal de Justicia que dilucide si el criterio del interés jurídico protegido se aplica en el contexto de dos procedimientos nacionales, relativos a los mismos infractores y a los mismos hechos, en los que las respectivas ANC aplican el artículo 101 TFUE y el Derecho nacional de la competencia (primera cuestión prejudicial). Si el criterio del interés jurídico se considera pertinente, el órgano jurisdiccional remitente también pregunta si el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de la competencia protegen el mismo interés jurídico (segunda cuestión prejudicial).

23. Si bien no se ha formulado formalmente ninguna excepción de admisibilidad, la BWB, el Gobierno alemán y la Comisión no consideran que una respuesta a la primera cuestión prejudicial (y, en cierta medida, a la segunda cuestión prejudicial) sea decisiva para la resolución del presente asunto. En esencia, son de la opinión de que no existe una identidad de los hechos en el litigio principal, dado que la BKA y la BWB únicamente consideraron dicha conducta contraria a la competencia en relación con su territorio nacional. En consecuencia, no es necesario llevar a cabo una apreciación del interés jurídico protegido.

24. Me opongo a no responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda.

25. En primer lugar, y ante todo, no está claro si la BKA limitó su acción al territorio alemán. De hecho, parece existir cierta confusión acerca de lo que dicha ANC tuvo exactamente en cuenta y las consecuencias que se derivan de ello. Entiendo que esa confusión trae causa de la mención, en la resolución de la BKA, de la conversación telefónica de 22 de febrero de 2006, en la que se habló del mercado austriaco. Dicha conversación también fue mencionada por la BWB en el litigio principal.

26. Sin embargo, no hay información que arroje luz sobre si (y cómo) el acuerdo colusorio resultante de dicha conversación se plasmó en el marco del ámbito de aplicación territorial del procedimiento ante la BKA y en su resolución firme. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre el ámbito de aplicación territorial de la resolución de la BKA. Además, afirma que dicha resolución no contiene detalles sobre el volumen de negocio que ha servido de base para el cálculo de la multa impuesta a Südzucker.

27. Cabe añadir a esas dudas que el tenor de la primera cuestión prejudicial se refiere expresamente a los *mismos hechos*. La tercera cuestión prejudicial pregunta sobre los *mismos efectos* de la infracción del Derecho de la competencia en cuestión. Si estas cuestiones se consideran en el contexto de la resolución de remisión, parece que, según el órgano jurisdiccional remitente, puede existir un solapamiento territorial entre el procedimiento llevado a cabo por la BKA, por un lado, y el procedimiento ante él, por otro.

28. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente invita claramente al Tribunal de Justicia a proporcionar orientación sobre la cuestión del interés jurídico protegido. Si bien este elemento puede considerarse, en efecto, tras comprobar tanto la identidad del infractor como los hechos pertinentes, las características específicas de un asunto y el interés en la economía judicial pueden exigir que el orden de apreciación sea diferente. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente establecer dicho orden.

29. En tercer lugar, con carácter complementario, aunque todavía significativo, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, mediante la presente petición de decisión prejudicial, acerca del criterio *non bis in idem* que cabe aplicar en los procedimientos en materia de Derecho de la competencia en particular y con arreglo al artículo 50 de la Carta en general. En este contexto, me resultaría inexplicable, y desde luego en disonancia con el espíritu de cooperación judicial, que el Tribunal de Justicia se centrase únicamente en uno de los requisitos que pueden no cumplirse (pero que es realmente una cuestión de hecho que corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar), sin pronunciarse acerca de cuáles son los demás requisitos del mismo criterio.

30. En resumen, en la medida en que no se puede descartar que ambos procedimientos se solapen objetivamente de un modo u otro o que el órgano jurisdiccional remitente desee examinar la cuestión del interés jurídico antes de la cuestión de la identidad de los hechos, no puede considerarse desvirtuada la presunción de pertinencia [5] de que gozan las peticiones de decisión prejudicial. En consecuencia, sugiero al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales primera y segunda.

B. Non bis in idem en el Derecho de la Unión (en materia de competencia): el criterio aplicable y sus componentes

31. Las cuestiones prejudiciales primera y segunda se refieren a la definición del criterio que debe regular la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en los asuntos en materia de Derecho de la competencia y, más concretamente en este contexto, a la definición del *idem*.

32. Comenzaré por recordar brevemente las razones que suscitan cuestiones a este respecto. La respuesta que propongo que se dé a la *primera* cuestión prejudicial se basa en el análisis ya efectuado en mis conclusiones paralelas presentadas en el asunto *bpost*. Propongo un criterio unificado del principio *non bis in idem* con arreglo al artículo 50 de la Carta que descanse en una triple identidad: del infractor, de los hechos pertinentes y del interés jurídico protegido (1).

33. A continuación, en respuesta a la *segunda* cuestión prejudicial, abordaré la cuestión del interés jurídico protegido concretamente en el Derecho de la competencia. A este respecto, llegaré a la conclusión de que, cuando dos ANC aplican el artículo 101 TFUE y las disposiciones equivalentes de Derecho nacional, protegen el mismo interés jurídico (2).

34. Por último, pasaré a la cuestión de si los dos procedimientos examinados en el presente asunto se refieren a los mismos hechos y de si, desde el punto de vista jurídico, pueden incluso hacerlo. Llegaré a la conclusión de que la cuestión de si la BKA tuvo en cuenta los efectos de dicha infracción del Derecho de la competencia en Austria es, en efecto, pertinente para la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en el litigio principal, si bien dista mucho de estar claro en la práctica (3).

1. El criterio aplicable: una triple identidad

35. Las cuestiones prejudiciales primera y segunda se inspiran, presumiblemente, en la confirmación reiterada del Tribunal de Justicia de que, en el Derecho de la competencia, el cumplimiento del requisito del *idem* no solo requiere la identidad del infractor y de los hechos, sino también la identidad del interés jurídico protegido. [6]

36. La jurisprudencia sobre el principio *non bis in idem* en el Derecho de la Unión en materia de la competencia comenzó a formarse hace cerca de cincuenta años con la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Wilhelm y otros*. [7] Dicho asunto versaba sobre la investigación de una conducta contraria a la competencia efectuada de forma paralela a nivel nacional y supranacional.

[5] Más recientemente, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril de 2021, Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny z siedzibą (C-383/19, EU:C:2021:337), apartados 29 y 30 y jurisprudencia citada.

[6] Véanse, en particular, las sentencias de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 338; de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2012:72), apartado 97, y de 25 de febrero de 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139), apartado 43.

[7] Sentencia de 13 de febrero de 1969 (14/68, EU:C:1969:4).

La afirmación del Tribunal de Justicia de que «el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias las consideran desde puntos de vista diferente» [8] fue complementada posteriormente por la aclaración de que la protección conferida por el principio *non bis in idem* en el Derecho de la competencia solo se activa cuando el segundo procedimiento no solo se refiere al mismo infractor y a los mismos hechos, sino también al mismo interés jurídico protegido. [9] Esta interpretación del principio se confirmó especialmente en el asunto *Toshiba*. [10] A pesar de la creciente crítica al uso del requisito relativo al interés jurídico protegido, inexistente en otros ámbitos del Derecho de la Unión, [11] el mismo ha sido confirmado más recientemente en el asunto *Slovak Telecom*. [12]

37. El Tribunal de Justicia limitó de modo expreso la consideración del *idem* únicamente a la identidad del infractor y de los actos examinados en la jurisprudencia relativa al artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (en lo sucesivo, «CAAS»). [13] En este contexto, el Tribunal de Justicia declaró que el único criterio pertinente a efectos de la apreciación del requisito del *idem* es «el de la identidad de los hechos materiales, entendidos como la existencia de un conjunto de circunstancias concretas indisolublemente ligadas entre ellas». [14] De manera similar, en la jurisprudencia relativa a la combinación de procedimientos penales y administrativos, el Tribunal de Justicia afirmó que «el artículo 50 de la Carta no se opone a que un Estado miembro imponga, por los mismos hechos de incumplimiento de obligaciones declarativas en el ámbito del IVA, una combinación de recargos fiscales y sanciones penales». [15] Posteriormente, el Tribunal de Justicia aclaró que «el artículo 50 de la Carta prohíbe imponer, por *hechos idénticos*, varias sanciones de carácter penal al término de distintos procedimientos tramitados a estos efectos». [16] Al dirigir el análisis más hacia el concepto del *bis*, el Tribunal de Justicia permitió que el segundo procedimiento llevado a cabo sobre la misma cuestión avanzara, con arreglo a los requisitos de la cláusula de limitación de derechos prevista en el artículo 52, apartado 1, de la Carta. [17]

8 *Ibidem*, apartado 3.

9 Sentencias de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 338, y de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2012:72), apartado 97. Véase también la sentencia del Tribunal General de 26 de octubre de 2017, Marine Harvest/Comisión (T-704/14, EU:T:2017:753), apartado 308.

10 Sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2012:72), apartado 97 y jurisprudencia citada.

11 Véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2011:552), puntos 114 a 122; del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2018:976), punto 45, y del Abogado General Tanchev presentadas en el asunto Marine Harvest (C-10/18 P, EU:C:2019:795), punto 95 y nota 34.

12 Sentencia de 25 de febrero de 2021, Slovak Telekom (C-857/19, EU:C:2021:139), apartado 43 y jurisprudencia citada.

13 DO 2000, L 239, p. 19.

14 Sentencias de 9 de marzo de 2006, van Esbroeck (C-436/04, EU:C:2006:165), apartado 36; de 28 de septiembre de 2006, Gasparini y otros (C-467/04, EU:C:2006:610), apartado 54; de 28 de septiembre de 2006, van Straaten (C-150/05, EU:C:2006:614), apartado 48; de 18 de julio de 2007, Kraaijenbrink (C-367/05, EU:C:2007:444), apartado 26; de 16 de noviembre de 2010, Mantello (C-261/09, EU:C:2010:683), apartado 39, y de 29 de abril de 2021, X (Orden de detención europea — *Non bis in idem*) (C-665/20 PPU, EU:C:2021:339), apartado 71 y jurisprudencia citada; el último asunto versaba sobre una pena decretada por un tercer Estado.

15 Sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105), apartado 34. El subrayado es mío.

16 Sentencia de 20 de marzo de 2018, Menci (C-524/15, EU:C:2018:197), apartado 35. El subrayado es mío. No obstante, véase también la sentencia de 20 de marzo de 2018, Garlsson Real Estate y otros (C-537/16, EU:C:2018:193), apartado 27, en la que se hace referencia una vez más a los mismos hechos.

17 Cabe añadir que el uso intercambiable de los conceptos de hechos (pertinentes) y acto (pertinente) puede también haber contribuido en parte a la confusión que surge en torno a qué tipo y ámbito de identidad es necesario. Según una interpretación estricta y en contexto específicos, en efecto, el «acto» puede equipararse a los «hechos». Sin embargo, en algunas lenguas, e indudablemente si se examina en abstracto, el concepto de acto (delictivo) es más amplio que sus elementos meramente fácticos. No solo se refiere a «qué pasó», sino también a la evaluación y calificación jurídica de qué pasó, lo que, a su vez, puede incluirse en el interés jurídico protegido, al menos indirectamente al definir los efectos negativos en la sociedad del comportamiento controvertido.

38. En la actualidad, el criterio desarrollado en la sentencia Menci parece ser de aplicación general; por tanto, es aplicable a todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 50 de la Carta. Esto deja margen para la aplicación paralela de más normas específicas, como el artículo 54 del CAAS o el artículo 3, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea.[18] Sin embargo, el criterio «por defecto» parece ser ahora el concepto muy amplio de *idem factum* por lo que respecta al ámbito de aplicación del artículo 50 de la Carta, combinado con una trampilla de evacuación bastante generosa en forma de posibilidad de limitar derechos con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta.

39. No es mi intención reiterar las alegaciones sobre por qué considero que dicho enfoque es problemático. Solo puedo remitirme al análisis efectuado en mis conclusiones presentadas en el asunto *bpost* en este sentido.[19] En consecuencia, propongo que un criterio (unificado) del *idem* a los efectos del artículo 50 de la Carta se base en una triple identidad: del infractor, de los hechos pertinentes y del interés jurídico protegido.[20]

40. La aclaración de este punto de partida me lleva a examinar con mayor profundidad dos elementos de dicho criterio que constituyen la cuestión central del presente asunto, es decir, la identidad del interés jurídico protegido (2) y la identidad de los hechos (3).

2. Identidad del interés jurídico protegido

41. Según mi leal saber y entender, aunque el requisito del interés jurídico protegido en cuestiones de Derecho de la competencia ha sido confirmado reiteradamente, tal requisito nunca ha llegado a ser explicado verdaderamente,[21] salvo por la afirmación de que «las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones propias a cada una de ellas, valoran las prácticas restrictivas solamente en ese marco».[22]

42. La cuestión específica de si el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de la competencia protegen el mismo interés jurídico se le ha planteado recientemente al Tribunal de Justicia en la sentencia *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*.[23] El Tribunal de Justicia no consideró necesario abordar esta cuestión. El litigio principal, aunque versaba sobre la aplicación simultánea de las normas de la Unión y nacionales en materia de competencia, solo implicaba un procedimiento seguido ante la autoridad nacional de competencia. A resultas de ello, el Tribunal de Justicia se limitó a señalar que no existía un *bis* para comenzar, *sin abordar el idem*.

18 Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO 2002, L 190, p. 1).

19 Asunto C-117/20, puntos 101 a 117.

20 Orientado por los principios también establecidos en las mismas, en los puntos 119 a 122.

21 El Tribunal de Justicia se remitió (directa o indirectamente) a la afirmación efectuada en la sentencia Wilhem y otros sobre la diferencia entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario en materia de competencia, por ejemplo, en las sentencias de 10 de julio de 1980, Giry y Guerlain y otros (253/78 y 1/79 a 3/79, EU:C:1980:188), apartado 15; de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros (C-67/91, EU:C:1992:330), apartado 11; de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569), apartado 19; de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque and National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429), apartado 61; de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461), apartado 38, y de 1 de octubre de 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591), apartado 50.

22 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 10 de julio de 1980, Giry y Guerlain y otros (253/78 y 1/79 a 3/79, EU:C:1980:188), apartado 15; de 9 de septiembre de 2003, Milk Marque y National Farmers' Union (C-137/00, EU:C:2003:429), apartado 61, y de 1 de octubre de 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, EU:C:2009:591), apartado 50.

23 Sentencia de 3 de abril de 2019 (C-617/17, EU:C:2019:283).

43. En cambio, el presente asunto afecta claramente a dos procedimientos que se refieren, por cuanto aquí interesa, a los mismos infractores.[24] Por lo tanto, a menos que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión, antes de considerar la cuestión del interés jurídico protegido, de que ambos procedimientos versan sobre hechos pertinentes diferentes, la cuestión del interés jurídico protegido es claramente pertinente.

44. ¿Protegen el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de la competencia el mismo interés jurídico? Si se consideran de manera general, teniendo presente el imperativo de competencia leal y no desvirtuada en el mercado interior, está claro que sí. Sin embargo, no creo que el análisis pueda verdaderamente detenerse aquí. La cuestión del interés jurídico protegido debe apreciarse en relación con una disposición específica. Debe centrarse en el interés u objetivo específico que persigue la disposición que está siendo aplicada, así como en el hecho que sanciona esta disposición y en el por qué.[25]

45. Por un lado, si se consideran en abstracto, no hay duda de que, en la actualidad, las normas de la Unión y nacionales en materia de competencia han convergido en gran medida. Sin perjuicio de las razones históricas que inspiraron la afirmación que se recoge en la sentencia Wilhelm y otros según la cual las normas comunitarias y nacionales en materia de competencia son diferentes,[26] está claro que el Reglamento n.º 1/2003 aproximó las normas de la Unión y nacionales en materia de competencia. La necesidad de convergencia y cooperación se ve reflejada tanto en el contenido de la legislación en cuestión como en las instituciones que la aplican.

46. Por lo que se refiere a las disposiciones sustantivas, el Reglamento n.º 1/2003 faculta claramente a las ANC para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.[27] Asimismo, establece normas cuya finalidad es garantizar la coherencia en su aplicación. Dicho esto, son quizás las disposiciones del Reglamento n.º 1/2003 relativas a las instituciones y procedimientos las que establecen un sistema bastante elaborado de «Red Europea de Competencia», alentando la participación tanto de la Comisión como de las ANC, con el objetivo de lograr una aplicación homogénea de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Además, la adopción por el legislador de la Unión de la Directiva (UE) 2019/1[28] aborda las deficiencias detectadas en el régimen actual. Esta Directiva faculta a las ANC para aplicar con más eficacia los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en los ámbitos cubiertos por los capítulos individuales de dicho instrumento.[29]

47. Habida cuenta de esta reforma del sistema, resulta difícil mantener que las normas de la Unión y nacionales en materia de competencia no se han aproximado desde que el Tribunal de Justicia examinó su relación en la sentencia Wilhelm y otros. Esta consideración parece cierta, no solo cuando se tiene en cuenta el tenor exacto que el Tribunal de Justicia utilizó en dicha sentencia

[24] Aunque no *todas* las partes son idénticas en los dos procedimientos nacionales, por lo que se refiere concretamente a Nordzucker y Südzucker, la identidad del infractor o infractores es evidente.

[25] Véase exhaustivamente en mis conclusiones presentadas en el asunto bpost, puntos 136 a 141, junto con los puntos 142 a 151, que ofrecen ejemplos adicionales.

[26] El Tribunal Justicia utilizó más precisamente la expresión «Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias». Sentencia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm y otros (14/68, EU:C:1969:4), apartado 3.

[27] Lo que ya era parcialmente el caso con arreglo al Reglamento n.º 17 por lo que se refiere a los artículos 85 CE y 86 CE — Reglamento n.º 17: Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

[28] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DO 2019, L 11, p. 3).

[29] Como indican los títulos de los respectivos capítulos de la Directiva 2019/1, estos ámbitos se refieren a la independencia y recursos de las ANC, las competencias para ejercer sus tareas, la imposición de multas, los programas de clemencia, la asistencia mutua y los plazos de prescripción.

en relación con «el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de *prácticas colusorias*»,[30] sino también cuando se tiene en cuenta la referencia más general a las «prácticas restrictivas»[31] en la jurisprudencia posterior.

48. Por otro lado, cuando la atención se centra en las disposiciones específicas, no puede decirse con certeza absoluta que no hay más (o, más bien, ya no puede haber más) divergencia en determinados ámbitos de las normas de competencia.[32] El artículo 3 del Reglamento n.º 1/2003 no solo regula, contrariamente a su antecesor el Reglamento n.º 17, la relación entre las normas de la Unión y nacionales en materia de competencia, sino que también reconoce precisamente que existen casos en los que, por lo que respecta a su esencia, las normas nacionales en materia de competencia pueden diferir de las normas de la Unión.

49. En lo que atañe a la aplicación nacional de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 se desprende que los Estados miembros no pueden someter los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas a normas más estrictas que las que existen a nivel de la Unión. Sin embargo, los Estados miembros pueden hacerlo así con respecto a la *conducta unilateral* de las empresas. En consecuencia, existe una diferencia en términos del espacio permitido para las normas nacionales específicas dependiendo de si la conducta controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE o del artículo 102 TFUE.

50. Además, el artículo 3, apartado 3, del Reglamento n.º 1/2003 habilita un espacio aún mayor para la diferenciación en lo relativo a las disposiciones nacionales en materia de concentraciones, y reserva la posibilidad de una aplicación continua de las normas de Derecho nacional que persiguen principalmente un objetivo que es distinto del perseguido por los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. La última posibilidad se ve confirmada también por el considerando 9 del Reglamento n.º 1/2003, que establece, en particular, que «los Estados miembros podrán aplicar en sus territorios una legislación nacional que prohíba o sancione actos de competencia desleal, tanto unilaterales como contractuales».

51. Por lo tanto, en términos estructurales, la interacción normativa entre las normas de la Unión y nacionales cubiertas por el artículo 3 del Reglamento n.º 1/2003 contempla, como mínimo, cuatro escenarios distintos. *En primer lugar*, existe un solapamiento sustantivo completo para las situaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, en las que los Estados miembros no pueden adoptar normas más estrictas. *En segundo lugar*, existe un solapamiento sustantivo bastante amplio, pero no completo, para las situaciones comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 102 TFUE, en las que los Estados miembros pueden adoptar normas más estrictas.[33] *En tercer lugar*, existe una armonización parcial del control de las concentraciones. *En cuarto lugar*, y quizás sea el aspecto más importante, existe un espacio

30 Sentencia de 13 de febrero de 1969, Wilhelm y otros (14/68, EU:C:1969:4), apartado 3. El subrayado es mío.

31 Véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de julio de 1980, Giry y Guerlain y otros (253/78 y 1/79 a 3/79, EU:C:1980:188), apartado 15.

32 En los trabajos legislativos que llevaron a la adopción del Reglamento n.º 1/2003, la Comisión señaló que muchos (de los entonces 15) Estados miembros habían adoptado normas nacionales en materia de competencia que reflejaban el contenido de los artículos 81 CE y 82 CE. Al mismo tiempo, admitió que no se había llevado a cabo ninguna armonización formal, y que persistían las diferencias tanto desde el punto de vista jurídico como en la práctica. Véanse el punto I (A), «Contexto», párrafo tercero, y el punto II (C) (2), letra a), párrafo segundo, de la exposición de motivos de la propuesta de reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/74, (CEE) n.º 4056/86 y (CEE) n.º 3975/87 («Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado»), COM/2000/0582 final (DO 2000, C 365E, p. 284).

33 Sobre la expresión «legislaciones nacionales más estrictas» recogida en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003, véase, por ejemplo, Feteira, L. T.: «The Interplay Between European and National Competition Law after Regulation 1/2003: United (Should) We Stand?», *Wolters Kluwer Law International*, 2015, pp. 62 a 67.

normativo distinto reservado para los Estados miembros cuando se trata de sus normas nacionales que persiguen objetivos distintos a los de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, pudiendo mencionarse como ejemplo la normativa nacional relativa a las prácticas comerciales desleales.

52. Por consiguiente, el artículo 3 del Reglamento n.º 1/2003 reconoce el hecho de que el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de la competencia no son idénticos, al menos no en todos sus aspectos.[34] Sin embargo, esa posible diferencia se refiere a la cualidad normativa del interés (u objetivo) perseguido. No puede basarse simplemente en un ámbito de aplicación geográfico distinto.

53. Dicho de otro modo, no creo que la simple diferencia (cuantitativa) en el ámbito de aplicación territorial de la misma infracción, y por lo tanto de la norma determinada, sea en sí misma indicativa de una diferencia (cualitativa) en el interés jurídico.[35] Mientras que el Derecho de la Unión en materia de competencia comprende situaciones en las que se ve afectado el comercio entre los Estados miembros, el Derecho nacional de competencia se aplica a situaciones internas. En mi opinión, esa diferencia se refiere al alcance territorial de la infracción, posiblemente unida a la gravedad de la injerencia en el interés jurídico protegido, pero no necesariamente a la distinta cualidad de dicho interés jurídico protegido.[36]

54. Sencillamente, una práctica colusoria sobre los precios, acordada y llevada a cabo en la República Checa, puede afectar cualitativamente al mismo interés jurídico protegido, con independencia de si, al final, y siempre que el comercio entre los Estados miembros se vea afectado, serán únicamente las disposiciones nacionales que reflejan el artículo 101 TFUE[37] las que se apliquen a este respecto, o el artículo 101 TFUE junto con esa disposición nacional, o, posiblemente, solo el artículo 101 TFUE.

55. En efecto, esta imagen compleja está regulada por la norma general con arreglo a la cual las normas nacionales en materia de competencia únicamente se aplican cuando el Derecho de la Unión no prevé normas específicas.[38] No obstante, en la medida en que, en efecto, ambos conjuntos de normas se solapan, o en cualquier caso una vez que empiecen a sancionar el mismo conjunto de hechos, la cuestión de si el interés jurídico protegido es el mismo a nivel tanto de la Unión como nacional debe determinarse en concreto, en lo que se refiere a las disposiciones específicas que se aplican al mismo caso en ambos niveles.

[34] Cabe presumir que este es el motivo por el que la Abogada General Kokott observó en sus conclusiones presentadas en el asunto Toshiba Corporation y otros que, en esencia, la declaración inicial en la sentencia Wilhem y otros sigue vigente (C-17/10, EU:C:2011:552), punto 81.

[35] Véase también Nazzini, R.: «Parallel Proceedings in EU Competition Law: Ne Bis In Idem as a Limiting Principle» en: van Bockel, B. (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 159.

[36] El Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer consideró que «el criterio de la extensión territorial de la conducta restrictiva no es sustancial, sino adjetivo, en cuanto que no afecta a la naturaleza de la infracción, solo a su intensidad». Mostró su desacuerdo con el enfoque adoptado en la sentencia Wilhelm y otros declarando que «en el ordenamiento para la garantía de la libre competencia no puede hablarse, en el seno de la Unión Europea, de ámbitos distintos, el comunitario y los nacionales, como si de compartimentos estancos se tratase. Ambos sectores se orientan a la tutela de una competencia libre y abierta en el mercado común, uno contemplándolo en su integridad, el otro, desde sus distintos componentes, pero la esencia es la misma». Véanse las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en el asunto Aalborg Portland y otros (C-217/00 P, no publicadas, EU:C:2003:83), puntos 176, 173 y nota 121, y en el asunto Aalborg Portland y otros (C-213/00 P, no publicadas, EU:C:2003:84), puntos 94, 91 y nota 71.

[37] Actualmente § 3 zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (Ley n.º 143/2001, de defensa de la competencia), en su versión modificada.

[38] Véase, a este respecto, la sentencia de 3 de mayo de 2011, Tele2 Polska (C-375/09, EU:C:2011:270), apartado 33. Véanse también las sentencias de 5 de junio de 2014, Kone y otros (C-557/12, EU:C:2014:1317), apartado 32, y de 7 de diciembre de 2010, VEBIC (C-439/08, EU:C:2010:739), apartados 56 y 57, en las que se afirma, respectivamente, que el Derecho nacional debe garantizar la «plena efectividad del Derecho de la competencia de la Unión» y no debe menoscabar la aplicación efectiva de este por parte de las ANC, que es el objetivo del Reglamento n.º 1/2003.

56. Aplicando este planteamiento al presente asunto, del artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003 se desprende que, cuando una ANC (o un órgano jurisdiccional nacional) aplica su Derecho nacional a una conducta que, en el sentido del artículo 101 TFUE, afecta a los intercambios comerciales entre Estados miembros, también debe aplicar el artículo 101 TFUE. En otras palabras, cuando la conducta de que se trata *también* está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, las ANC o los órganos jurisdiccionales *también* deben aplicar dicha disposición. [39]

57. A continuación, como se desprende del artículo 3, apartados 1 y 2, del Reglamento n.º 1/2003, el resultado de aplicar el Derecho nacional a una situación que está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE *no puede diferir* del resultado que se habría obtenido si el artículo 101 TFUE se hubiera aplicado de forma autónoma. Sin perjuicio de la cuestión de cuál es, pues, el valor añadido de la aplicación paralela del Derecho nacional de la competencia en tal escenario, [40] es, en cualquier caso, difícil imaginar cómo pueden diferir los objetivos respectivos de la norma nacional en cuestión y del artículo 101 TFUE. Además, cuando dos autoridades nacionales de competencia aplican la misma disposición del Derecho de la Unión, concretamente el artículo 101 TFUE, con respecto a la cual no pueden desviarse a nivel nacional, no cabe duda de que el interés jurídico protegido específico perseguido por ambas ANC también debe ser idéntico.

58. En resumen, la respuesta a la segunda cuestión prejudicial debe ser que la cuestión de si el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de la competencia protegen el mismo interés jurídico debe determinarse examinando las normas específicas aplicadas. Ello implica apreciar si las normas nacionales en cuestión se apartan de las normas de Derecho de la Unión. Las autoridades de competencia de dos Estados miembros protegen el mismo interés jurídico cuando aplican el artículo 101 TFUE y la disposición de Derecho nacional de la competencia correspondiente.

3. Identidad de los hechos pertinentes: tiempo y espacio

59. Examinaré ahora la tercera cuestión prejudicial. El órgano jurisdiccional remitente pregunta si es importante que la BKA haya tenido en cuenta los efectos de la práctica colusoria en cuestión en el otro Estado miembro, por lo tanto, a mi leal saber y entender, en el mercado austriaco.

60. Debe darse una respuesta afirmativa a esta cuestión.

61. Como declaró la Abogada General Kokott en sus conclusiones presentadas en el asunto Toshiba, «las prácticas colusorias están prohibidas y sancionadas precisamente porque producen efectos anticompetitivos o, en cualquier caso, son capaces de incidir negativamente sobre la competencia». [41] También observó que «si en un asunto el objeto o el efecto fue impedir,

[39] A este respecto, el considerando 3 de la Directiva 2019/1 establece que «en la práctica, la mayoría de las ANC aplican el Derecho nacional de competencia en paralelo a los artículos 101 y 102 del TFUE».

[40] Lo que, debo admitir, aún se me resiste un poco. La propuesta inicial de la Comisión del Reglamento n.º 1/2003 incluía una regla algo más lógica en la redacción del artículo 3, según la cual «cuando un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada a efectos del artículo 81 del Tratado, o la explotación abusiva de una posición dominante a efectos del artículo 82, puedan afectar al comercio entre Estados miembros *será aplicable el Derecho comunitario de la competencia, con exclusión de los Derechos nacionales de la competencia*». El subrayado es mío. Véase la Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 1017/68, (CEE) n.º 2988/74, (CEE) n.º 4056/86 y (CEE) n.º 3975/87 («Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado»), COM/2000/0582 final (DO 2000, C 365E, p. 284).

[41] Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2011:552), punto 128.

restringir o falsear el juego de la competencia no puede apreciarse de manera abstracta, sino que para dilucidarlo debe partirse siempre de un período de tiempo y de un territorio determinados». [42]

62. En otras palabras, para determinar si el principio *non bis in idem* excluye el segundo procedimiento, lo que importa es la definición de tiempo y espacio a la que se refiere la restricción en cuestión. En la sentencia Toshiba, el Tribunal de Justicia se mostró de acuerdo con la Abogada General a este respecto e hizo hincapié en que la cuestión del comportamiento de las empresas «cuyo objeto o efecto era impedir, restringir o falsear el juego de la competencia no puede apreciarse de manera abstracta, sino que para dilucidarla debe partirse [del] *territorio* […] en el que el comportamiento mencionado haya tenido tal objeto o efecto y del *período* durante el cual dicho comportamiento tuvo tal objeto o efecto». [43] Según el Tribunal de Justicia, tanto el territorio como el tiempo son elementos pertinentes que constituyen la identidad de los hechos. [44]

63. En las siguientes secciones de las presentes conclusiones examinaré brevemente, sobre esta base, la identidad de tiempo y espacio en el litigio principal. En primer lugar, habida cuenta de la información que obra en autos, solo puedo ofrecer una simple hipótesis sobre si la BKA también tuvo en cuenta los efectos de la conducta prohibida respecto del mercado austriaco (a). En segundo lugar, pasaré a la cuestión que puede abordar de un mejor modo el Tribunal de Justicia, a saber, si dicha penalización extraterritorial de los efectos de un comportamiento determinado que aparentemente se materializa en otro Estado miembro habría sido, de hecho, legalmente posible (b).

a) Territorio que la BKA ha tenido en cuenta de hecho

64. La resolución de remisión indica que la resolución de la BKA reproduce el contenido de la conversación telefónica de 22 de febrero de 2006 sobre Austria. Al mismo tiempo, en el recurso de casación pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, la BWB se refiere también a la misma conversación telefónica.

65. Es perfectamente posible que una conversación telefónica pueda referirse a varios mercados geográficos. A este respecto, no obstante, no queda claro si la BKA tuvo en cuenta de hecho los efectos del acuerdo sobre reparto del mercado en cuestión en el mercado austriaco y qué significa verdaderamente «tener en cuenta los efectos» en el presente asunto.

66. Para que se active la protección conferida por el principio *non bis in idem*, no es suficiente con que un determinado comportamiento o conjunto de hechos se mencione y reproduzca en algún punto de una resolución. El elemento fáctico idéntico debe considerarse jurídicamente relevante, y sus efectos deben calificarse y evaluarse como tales. En lo que atañe al presente asunto, ¿se han incluido esos elementos fácticos relativos a la conversación telefónica en cuestión en la declaración de la infracción del Derecho en materia de competencia adoptada por la BKA? ¿Se desprende de la resolución de la BKA que dicha ANC persiguió y castigó a las respectivas empresas también en relación con el mercado austriaco? ¿O consideró la BKA que dicha conversación constituía un elemento de prueba de una infracción relativa al mercado alemán? [45]

[42] *Ibidem*, punto 129.

[43] Sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2012:72), apartado 99. El subrayado es mío.

[44] *Ibidem*, apartado 99. Véanse también las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2011:552), punto 130.

[45] De los elementos del asunto, tal como los ha expuesto el órgano jurisdiccional remitente (véase el punto 11 de las presentes conclusiones), es igualmente concebible que la conversación telefónica relativa al mercado austriaco pueda haber sido «tenida en cuenta» como prueba circunstancial de la restricción ilegal de la competencia que afectó al mercado alemán en el período pertinente.

67. Cabe asumir que una resolución de una ANC debe incluir este tipo de información, ya sea inicialmente con respecto a la definición del mercado pertinente que se ha tenido en cuenta, o, lo que es más importante, en lo que atañe a la conclusión de dónde y cuándo, desde su punto de vista, se cometió la infracción de las normas de competencia.

68. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar y determinar la respuesta a estas cuestiones, en su caso, en colaboración con la BKA, a fin de establecer el alcance real de la acción de la ANC. Esta colaboración podría producirse bien indirectamente, con la asistencia de la BWB, [46] bien directamente. [47]

69. Por último, como mencionó el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, y como han señalado algunas de las partes interesadas, la BKA tuvo en cuenta, al calcular la cuantía total de la multa, el volumen de negocio de las empresas afectadas únicamente en el territorio alemán. En efecto, en la sentencia Toshiba, el Tribunal de Justicia declaró, en un contexto similar al cálculo de las multas por parte de la Comisión, que dicho elemento podía ser pertinente. [48]

70. Sin embargo, si bien dicho elemento puede constituir, en efecto, un indicador indirecto útil, en sí mismo difícilmente puede considerarse concluyente. En primer lugar, exige un cierto grado de deducción inversa. No obstante, la causalidad invertida no siempre funciona: el hecho de que una autoridad haya calculado la multa de un modo específico y no de otro puede deberse a razones que no están relacionadas con el ámbito de aplicación deseado de la resolución. En segundo lugar, existe en la actualidad una cierta convergencia en la práctica de las ANC en relación con el cálculo de las multas. [49] Sin embargo, dicha práctica no está totalmente armonizada y será parcialmente determinada por leyes y prácticas nacionales divergentes.

71. En resumen, la aclaración del ámbito de aplicación geográfico (y posiblemente temporal) de la resolución de la BKA es una cuestión de hecho que corresponde al órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, la cuestión que debe abordarse previamente, para cuya apreciación el Tribunal de Justicia se encuentra en mejor posición, es si una ANC tiene la facultad legal de sancionar los efectos extraterritoriales de una determinada infracción.

b) Territorio que una ANC puede tener en cuenta desde el punto de vista jurídico

72. Independientemente de lo que hizo la BKA de hecho, ¿podía, desde el punto de vista jurídico, haber observado y asimismo sancionado la infracción de las normas en materia de competencia en el mercado austriaco? A este respecto, la posición de las partes en el presente procedimiento difiere.

[46] Con arreglo al artículo 12, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003, una ANC está ciertamente autorizada a solicitar también la resolución firme a otra ANC, incluidos los pasajes considerados confidenciales.

[47] En efecto, no hay una disposición específica en el Reglamento n.º 1/2003 que faculte a un órgano jurisdiccional nacional para solicitar la copia de una resolución firme de una ANC de otro Estado miembro. Sin embargo, me parecería totalmente justificado que un órgano jurisdiccional nacional tuviera derecho a solicitar dicha resolución firme, ya sea con arreglo al artículo 12, apartado 1, o al artículo 15, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003 aplicados por analogía, o basándose directamente en el artículo 4 TUE, apartado 3.

[48] Sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros (C-17/10, EU:C:2012:72), apartado 101.

[49] En efecto, varias ANC ya han seguido anteriormente la orientación ofrecida por la Comisión a este respecto. Además, la nueva Directiva 2019/1, que sin embargo no es aplicable *ratione temporis* en el litigio principal, armoniza algunos aspectos de la imposición de las multas en su capítulo V.

73. Agrana afirma que las resoluciones de una ANC que aplican el artículo 101 TFUE no pueden limitarse a los efectos en el territorio nacional. Cuando las ANC aplican el artículo 101 TFUE, deben analizar todos los aspectos de la restricción de la competencia en cuestión en el mercado interior.

74. En cambio, la BWB alega que el principio de territorialidad limita la potestad sancionadora de una ANC al territorio nacional. Esto es también lo que hizo la BWB, al basar el cálculo de la multa que debía imponerse a Südzucker en el volumen de negocio en el mercado austriaco. En consecuencia, el principio de territorialidad excluye la posibilidad de violar el principio *non bis in idem* porque el alcance territorial de la conducta sancionada siempre será diferente. El Gobierno alemán, por su parte, tiene un punto de vista similar. Una ANC puede castigar una infracción del Derecho de la competencia solo respecto de su propio territorio, lo que se refleja en el hecho de que la multa se calcula sobre la base del volumen de negocio de la empresa en el Estado miembro de que se trate.

75. El Gobierno belga considera que, cuando una ANC aplica el artículo 101 TFUE, debe proceder como lo haría la Comisión, es decir, teniendo en cuenta todos los efectos de la restricción en cuestión sobre la competencia en el mercado interior. Esto tiene, no obstante, dos limitaciones. En primer lugar, el Derecho y las tradiciones constitucionales del Estado miembro pueden prohibir a una ANC sancionar los efectos extraterritoriales. En segundo lugar, y en cualquier caso, sancionar los efectos extraterritoriales únicamente es posible celebrando un acuerdo con la ANC cuyo territorio se vea afectado.

76. Como punto de partida, he de recordar que la persecución y el castigo se rigen tradicionalmente por el principio de territorialidad. Por supuesto, es posible que un Estado pueda intentar «ir más allá de sus fronteras» y tratar de castigar un comportamiento que se ha producido en otro lugar. Esto puede ocurrir en situaciones que se rijan por una competencia especial, ya sea con respecto a determinados tipos de personas (concretamente, sus propios ciudadanos) o con respecto a determinados tipos de infracciones (concretamente, bien las que atacan los intereses de dicho Estado con independencia del lugar en que se hayan cometido, o determinados tipos de delitos de atroces sujetos a la competencia universal, entre otros).

77. Sin embargo, la idea fundamental que subyace a todos estos ejemplos de extraterritorialidad efectiva es que precisan un *fundamento jurídico explícito*, ya sea a nivel de Derecho nacional, internacional o de la Unión. Un ejemplo notable y más reciente de esa habilitación extraterritorial en Derecho de la Unión es la competencia de la autoridad de control principal con arreglo a la ventanilla única prevista por el Reglamento (UE) 2016/679 (en lo sucesivo, «RGPD») de investigar y, en su caso, de sancionar la totalidad del tratamiento transfronterizo llevado a cabo por un responsable o encargado del tratamiento en la Unión Europea. [50] Aunque sería excesivo afirmar que los límites exactos de la competencia en el marco de dicho régimen son indiscutibles, [51] sigue sin haber duda de que existe tanto una disposición material en lo relativo a la legalidad del tratamiento de datos como una cláusula de competencia explícita que otorga a una determinada autoridad de control la facultad de actuar de forma extraterritorial en la aplicación de esas normas sustantivas.

[50] Artículo 56, apartado 1, del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DO 2016, L 119, p. 1).

[51] Como ha demostrado recientemente la sentencia de 15 de junio de 20201, Facebook Ireland y otros (C-645/19, EU:C:2021:483).

78. ¿Qué posición conceptual adopta el Reglamento n.º 1/2003 a este respecto? Tengo que admitir que no es fácil de sintetizar.

79. Por un lado, hay indicios claros de que se ha contemplado un alcance transfronterizo. En primer lugar, el punto desencadenante de la obligación que incumbe a las autoridades nacionales de aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE es que *el comercio entre los Estados miembros debe verse afectado*. Esto puede parecer también que activa la capacidad inherente de una ANC de perseguir y sancionar los efectos extraterritoriales de una determinada infracción.

80. En segundo lugar, el artículo 13 del Reglamento n.º 1/2003 parece confirmar el mismo extremo. El apartado 1 de dicha disposición prevé que una ANC puede suspender procedimientos o desestimar la denuncia cuando el *mismo* acuerdo, la *misma* decisión de asociación o la *misma* práctica está siendo objeto de instrucción por otra autoridad.[52] Similarmente, el apartado 2 de la citada disposición dispone que una ANC podrá desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica que ya *hayan sido tratados* por otra autoridad de competencia.[53]

81. En tercer lugar, la interpretación de que una acción ejercitada por una ANC puede tener un alcance extraterritorial parece quedar confirmada asimismo en la Comunicación sobre la cooperación. Esta Comunicación precisa, con respecto al artículo 13, que el concepto de «*instrucción del asunto*» recogido en dicha disposición «no solamente significa que se ha presentado una denuncia ante otra autoridad sino que esta investiga o ha investigado el asunto por su cuenta».[54] La citada Comunicación también establece que el artículo 13 «puede invocarse cuando el acuerdo o la práctica se refiere a la misma infracción en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia».[55]

82. Además, dicha Comunicación detalla el concepto de «autoridad bien situada», que figura en la Comunicación sobre la cooperación, con respecto a una infracción determinada del Derecho de la competencia.[56] Si la competencia de una ANC está, en todas las situaciones, limitada al territorio nacional, el concepto de una autoridad bien situada no tiene mucho sentido a menos que se acepte que algunas partes de una infracción pueden quedar impunes debido a los límites territoriales de la competencia de tal «autoridad bien situada». En cambio, si se acepta que la protección efectiva de la competencia en el mercado interior puede exigir que una determinada conducta contraria a la competencia sea investigada solamente por una ANC bien situada, dicha ANC debe poder investigar, en efecto, la totalidad de esa conducta a fin de que ninguna parte de la misma quede impune.

[52] El subrayado es mío. A pesar de que esta disposición establece que «[…] el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto *constituirá* para las demás autoridades *motivo suficiente* para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia», la Comunicación sobre la cooperación prevé que una ANC no está obligada a suspender el procedimiento o desestimar la denuncia. Ello se debe a que la cooperación a que se refiere el Reglamento n.º 1/2003 se rige por la flexibilidad. Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO 2004, C 101, p. 43, punto 22) (en lo sucesivo, «Comunicación sobre la cooperación»).

[53] El subrayado es mío.

[54] *Ibidem*, punto 20.

[55] *Ibidem*, punto 21.

[56] Una ANC puede ser considerada como tal cuando, en primer lugar, el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo; en segundo lugar, la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, y, en tercer lugar, pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción. *Ibidem*, punto 8.

83. Sea como fuere, la Comunicación sobre la cooperación difícilmente constituye un acto de Derecho de la Unión jurídicamente vinculante y puede decirse que el significado de la posibilidad de «suspender o desestimar» la denuncia con arreglo al artículo 13, apartado 1, del Reglamento n.º 1/2003 no está completamente definido. Sin embargo, lo que el artículo 13, considerado en su conjunto, implica es que pueden existir solapamientos territoriales. Si las competencias de cada ANC se limitasen de manera estricta al territorio nacional, ¿por qué sería útil suspender o desestimar una denuncia al hallarnos ante un procedimiento pendiente ante otra ANC que examina la misma conducta? Por supuesto, puede haber una serie de asuntos distintos, aunque relacionados, en cuyo marco pueda ser razonable suspender la denuncia, pero la «desestimación» únicamente parece tener sentido cuando la misma cuestión se ha planteado ante ambas ANC, también en relación con el mismo ámbito de aplicación geográfico.

84. Por otro lado, es lícito afirmar que todas estas son meras «indicaciones indirectas» de que la extraterritorialidad se contempló al diseñar el Reglamento n.º 1/2003. Sin embargo, aparte de eso, estoy de acuerdo con el Gobierno alemán en que en el Reglamento n.º 1/2003 falta una disposición clave que, en efecto, atribuya claramente competencia a los procedimientos seguidos ante las ANC con carácter extraterritorial. Como señaló acertadamente este Gobierno, el artículo 5 del Reglamento n.º 1/2003, titulado «Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros», en el que normalmente cabría esperar encontrar una cláusula de habilitación similar, guarda un silencio absoluto al respecto. Por lo tanto, no constituye un fundamento jurídico suficiente para que una ANC adopte una resolución extraterritorial cuando el Derecho nacional no prevé tal fundamento. El Gobierno belga también se pronuncia en este sentido.

85. Estoy de acuerdo con estos Gobiernos en que, para que una ANC pueda ejercer sus competencias extraterritorialmente, debe existir un fundamento jurídico adecuado que, en el estado actual del Derecho de la Unión, solo puede proceder del sistema jurídico nacional. Cabe añadir brevemente que, en la vista, el Gobierno alemán señaló que en el Derecho alemán tampoco puede encontrarse tal fundamento jurídico.

86. Me gustaría señalar que este enfoque respeta plenamente lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, que enumera, en efecto, como uno de los requisitos para su aplicación, que el comercio entre los Estados miembros pueda verse afectado. Sin embargo, me parece imposible interpretar el artículo 101 TFUE, que es, fundamentalmente, una disposición sustantiva, en el sentido de que equivale a su vez a una cláusula de habilitación, que confiere a todas y cada una de las ANC la facultad de perseguir y castigar cualquier comportamiento contrario a la competencia en cualquier parte de la Unión Europea. [57]

87. Por consiguiente, la respuesta que propongo que se dé a la tercera cuestión prejudicial es que el hecho de que una ANC haya tenido en cuenta en una resolución anterior los efectos extraterritoriales de una determinada conducta contraria a la competencia, siempre que haya podido hacerlo con arreglo al Derecho nacional, es pertinente a efectos del examen de la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en los procedimientos tramitados posteriormente. El artículo 50 de la Carta se opone a que una ANC o un órgano jurisdiccional sancione una conducta contraria a la competencia que ya ha sido objeto de un procedimiento anterior concluido mediante una resolución firme adoptada por otra ANC. Sin embargo, dicha prohibición únicamente se aplica en la medida en que el ámbito de aplicación temporal y geográfico del objeto de ambos procedimientos sea el mismo.

[57] Habida cuenta de todo lo expuesto, en retrospectiva, no cabe sino admirar la claridad de la redacción inicial de la Comisión a este respecto (véase la nota 40 anterior) y lamentar que no se haya conservado.

C. El principio non bis in idem en procedimientos que se refieren a la aplicación de un programa de clemencia

88. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el principio *non bis in idem* se aplica en los procedimientos que se refieren a la aplicación de un programa de clemencia y en los que, por este motivo, no se impone una multa.

89. En mi opinión, debe darse una respuesta afirmativa a esta cuestión prejudicial.

90. En primer lugar, a nivel conceptual, como recuerda acertadamente el Gobierno italiano, el principio *non bis in idem* no solo impide la imposición de una segunda multa en relación con el mismo asunto, sino también una doble incriminación.[58] La incoación de un segundo procedimiento en relación con el mismo asunto constituye, desde mi punto de vista, una quiebra de la garantía consagrada en el artículo 50 de la Carta. Por las razones que he expuesto exhaustivamente en mis conclusiones presentadas en el asunto bpost,[59] tampoco estoy de acuerdo a este respecto con la posición que el Tribunal de Justicia adoptó en la jurisprudencia Menci.[60]

91. En segundo lugar, la cuarta cuestión prejudicial se refiere a una situación en la que una ANC conoce de un procedimiento en el que una empresa reclama poder acogerse a un programa de clemencia. Dicho programa permite que las empresas que decidan colaborar con la autoridad de competencia correspondiente en la investigación de infracciones del artículo 101 TFUE puedan acogerse a un trato favorable.[61]

92. Sin embargo, la dispensa del pago de una multa o la reducción de su importe no están garantizadas automáticamente en absoluto. Esto depende de una serie de requisitos que tienen como hilo conductor el «valor añadido» de la cooperación por parte de la empresa para el descubrimiento y el castigo del acuerdo prohibido.[62] Dependiendo de las circunstancias, un solicitante de clemencia puede (o no) beneficiarse de una dispensa total o parcial del pago de una multa, aunque se haya declarado de forma vinculante que ha cometido una infracción del Derecho de la competencia.[63] Así, si bien la tramitación o el resultado de los procedimientos nacionales

[58] Véase, por ejemplo, la sentencia de 3 de abril de 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283), apartados 29 y 30.

[59] Asunto C-117/20, puntos 107 a 110.

[60] En efecto, la cuarta cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente describe bien uno de los problemas conceptuales de la jurisprudencia Menci. Cabe suponer que una simple declaración de ilegalidad, que no lleva aparejada sanción alguna, puede, por definición, satisfacer el elemento de proporcionalidad relativo a la limitación en cuestión con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta. *A fortiori*, en efecto, puesto que no se impuso multa alguna, dos procedimientos paralelos incoados contra la misma empresa como resultado de dos procedimientos de clemencia nunca podrían violar el principio *non bis in idem*. Sin embargo, una vez más, el principio *non bis in idem* no puede reducirse a un examen *ex post facto* de la proporcionalidad de las sanciones acumuladas.

[61] Véase, por ejemplo, el artículo 2, punto 15, de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO 2014, L 349, p. 1). Véase también el artículo 2, apartado 1, punto 16, de la Directiva (UE) 2019/1.

[62] Véase también la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (DO 2006, C 298, p. 17, punto 8).

[63] Las modalidades específicas dependen del Derecho nacional. La BWB explica que el procedimiento incoado a raíz de una solicitud de clemencia es un procedimiento judicial civil no contradictorio, sujeto al artículo 38 de la 2005 Kartellgesetz (Ley de Defensa de la Competencia de 2005). Contrariamente a los procedimientos tramitados ante la Comisión, el procedimiento nacional no se integra en los procedimientos nacionales que incluyen a todas las demás partes, sino que es un procedimiento independiente. No culmina con la imposición de una multa o con la supresión total de la misma. Más bien, el órgano jurisdiccional observa que se ha cometido una infracción, tras la concesión de inmunidad a la BWB.

pueden verse alterados por una solicitud de clemencia, la idea fundamental es que estos siguen constituyendo procedimientos por derecho propio, que requieren la participación de todas las empresas afectadas, incluida la solicitante de clemencia.

93. En tercer lugar, aunque todo funcione correctamente para la empresa que se ha acogido al programa de clemencia, y a esta se le haya concedido finalmente una dispensa íntegra del pago de la multa, el procedimiento aún concluirá con una declaración de infracción del Derecho de la competencia por parte del solicitante de clemencia. Según mi leal saber y entender, por lo tanto, aún habrá, dicho metafóricamente, una «declaración de culpabilidad» con arreglo al Derecho nacional. Esta declaración podría ser bastante significativa en el futuro para la empresa o empresas afectadas. Si, en el futuro, la empresa de que se trate volviera a ser declarada culpable de una infracción del Derecho de la competencia, su condena anterior y su «reincidencia» podrían dar lugar a un aumento automático de la cuantía de la multa. Al mismo tiempo, no puede excluirse el hecho de que una declaración vinculante de la ilegalidad cometida por dicha empresa, formulada por una autoridad pública competente o un órgano jurisdiccional y a la que es probable que pueda tener acceso el público,[64] pueda ser invocada por los particulares que pretenden obtener una indemnización por el perjuicio causado por dicho comportamiento contrario a la competencia.[65]

94. En resumen, no veo ninguna razón fundamentada por la que la aplicabilidad y el alcance del principio *non bis in idem* deban apreciarse de manera diferente dependiendo de si el procedimiento en materia de Derecho de la competencia en cuestión se refiere a la aplicación de un programa de clemencia, incluso cuando dé efectivamente lugar a una dispensa íntegra del pago de la multa. En este sentido, por lo tanto, no suscribo la alegación, más bien circunstancial, de la Comisión de que la aplicación del principio *non bis in idem* debe depender de si todavía existe la posibilidad de que Nordzucker pierda su condición de solicitante de clemencia y, por lo tanto, aún se le pueda imponer una multa.

95. En consecuencia, propongo que se responda a la cuarta cuestión prejudicial que el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 50 de la Carta también se aplica en el marco de los procedimientos nacionales que se refieren a la aplicación de un programa de clemencia y que no conducen a la imposición de una multa.

V. Conclusión

96. Propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones planteadas por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) del siguiente modo:

«1. La aplicabilidad del principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea se basa en el examen del *idem*, definido por la identidad del infractor, de los hechos pertinentes y del interés jurídico protegido.

[64] Si una declaración de infracción de las normas de competencia, junto con todas las pruebas recabadas que forman parte del razonamiento jurídico, figura en una resolución adoptada por un órgano jurisdiccional, todo escudo protector del capítulo II de la Directiva 2014/104 parece excluido. No obstante, es poco probable que la situación sea muy diferente por lo que se refiere a una resolución firme de infracción dictada por una autoridad nacional de competencia (a diferencia de los documentos o pruebas meramente procesales, presentados en los procedimientos de clemencia, como los enumerados en el artículo 6, apartado 6, de la Directiva 2014/104).

[65] Por lo tanto, eliminando la pesada carga probatoria que un litigante particular que desea ejercitar una acción independiente por daños y perjuicios por la infracción de las normas de competencia probablemente soportaría para acreditar exactamente el contenido concreto de esa resolución —la existencia de una infracción de las normas de competencia—. Véanse también mis recientes conclusiones presentadas en el asunto Stichting Cartel Compensation y Equilib Netherlands (C-819/19, EU:C:2021:373), puntos 93 a 96.

2. La cuestión de si el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de la competencia protegen el mismo interés jurídico debe determinarse examinando las normas específicas aplicadas. Ello implica apreciar si las normas nacionales en cuestión se apartan de las normas de Derecho de la Unión. Las autoridades de competencia de dos Estados miembros protegen el mismo interés jurídico cuando aplican el artículo 101 TFUE y la disposición de Derecho nacional de la competencia correspondiente.

3. El hecho de que una autoridad nacional de competencia haya tenido en cuenta en una resolución anterior los efectos extraterritoriales de una determinada conducta contraria a la competencia, siempre que haya podido hacerlo con arreglo al Derecho nacional, es pertinente a efectos del examen de la aplicabilidad del principio *non bis in idem* en los procedimientos tramitados posteriormente. El artículo 50 de la Carta se opone a que una autoridad nacional de competencia o un órgano jurisdiccional sancione una conducta contraria a la competencia que ya ha sido objeto de un procedimiento anterior concluido mediante una resolución firme adoptada por otra autoridad nacional de competencia. Sin embargo, dicha prohibición únicamente se aplica en la medida en que el ámbito de aplicación temporal y geográfico del objeto de ambos procedimientos sea el mismo.

4. El principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 50 de la Carta también se aplica en el marco de los procedimientos nacionales que se refieren a la aplicación de un programa de clemencia y que no conducen a la imposición de una multa.»