

## INTERPRETACIÓ JURISPRUDENCIAL DEL *NE BIS IN IDEM* I EFICÀCIA DEL DRET DE LA COMPETÈNCIA EUROPEU

Carles Górriz López\*

### Resum

L'objecte d'aquest article és analitzar com afecta la interpretació del *ne bis in idem* que fa el Tribunal de Justícia de la Unió Europea sobre el dret de la competència europeu. Una exegesi expansiva reforça el sistema de protecció dels drets humans a la Unió, incrementa la seguretat jurídica i afavoreix l'optimització de recursos per part de les administracions públiques; però pot perjudicar l'eficàcia del dret de la competència, que tan necessària és per a la resiliència de l'economia europea. Per dur a terme aquesta anàlisi responem tres preguntes. En primer lloc, si l'article 50 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, que plasma aquest principi, s'aplica a l'àmbit de la competència. Segona, com ha interpretat la jurisprudència comunitària aquest precepte. Finalment, com afecta aquesta interpretació l'eficàcia del dret de la competència europeu.

Paraules clau: *ne bis in idem*; Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea; *idem crimen*; *idem factum*; limitacions als drets i llibertats fonamentals; dret de la competència.

## INTERPRETATION OF *NE BIS IN IDEM* IN THE CASE-LAW AND THE EFFECTIVENESS OF EUROPEAN COMPETITION LAW

### Abstract

*The purpose of this article is to analyse how the Court of Justice of the European Union's interpretation of ne bis in idem affects European Competition Law. An expansive interpretation strengthens the Union's system for protecting human rights, bolsters legal certainty and fosters the optimisation of resources by the public administrations. However, at the same time, it can hamper the effectiveness of competition law, so necessary for the resilience of the European economy. To perform this analysis, we answer three questions. Firstly, whether Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which gives material form to this principle, is applicable to the field of competition. Secondly, how this provision has been interpreted in the EU case-law. Thirdly and lastly, it looks at how this interpretation affects the effectiveness of European competition law.*

*Keywords: ne bis in idem; Charter of Fundamental Rights of the European Union; idem crimen; idem factum; limitations of fundamental rights and freedoms; competition law.*

\* Carles Górriz López, professor titular de dret mercantil, Universitat Autònoma de Barcelona. [carles.gorritz@uab.cat](mailto:carles.gorritz@uab.cat).

Recepció de l'article: 22.11.2023. Avaluacions cegues: 12.12.2023. Acceptació de la versió final: 23.12.2023.

**Citació recomanada:** Górriz López, Carles. (2024). Interpretació jurisprudencial del *ne bis in idem* i eficàcia del dret de la competència europeu. *Revista Catalana de Dret Públic*, 68, 138-156. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i68.2024.4165>

## Sumari

### 1 Introducció

- 1.1 La prohibició de la duplicació de procediments i sancions en el dret de la competència de la Unió Europea
- 1.2 L'article 50 de la CDFUE

### 2 Evolució jurisprudencial

### 3 Anàlisi dels elements de la prohibició i de l'excepció

- 3.1 Dualitat de procediments
- 3.2 *Quid iuris* en el dret de la competència?
- 3.3 Identitat de subjectes i fets
- 3.4 *Idem factum* i dret de la competència europeu
- 3.5 L'article 52.1 de la CDFUE
- 3.6 Article 52.1 i dret de la competència europeu

### 4 Conclusions

### 5 Referències

## 1 Introducció<sup>1</sup>

### 1.1 La prohibició de la duplicació de procediments i sancions en el dret de la competència de la Unió Europea

El *ne bis in idem* és un principi general de l'ordenament de la Unió Europea i la seva promoció reforça el sistema tutiut dels drets humans, incrementa la seguretat jurídica i afavoreix l'optimització de recursos per part de les administracions públiques.<sup>2</sup> Però la seva aplicació al dret de la competència europeu pot comprometre l'eficàcia d'aquest ja que la seva configuració propicia la duplicitat de procediments i sancions en relació amb uns mateixos fets (Van de Gronden i Rusu, 2021, p. 218 i 219). En efecte, aquest sector de l'ordenament europeu s'aplica a tots els àmbits de l'economia, sempre que hi hagi un mercat. Per tant, també als sectors regulats, en els quals coexisteix amb lleis especials.<sup>3</sup> Així, és fàcil que es produeixi un concurs de normes, infraccions, procediments i sancions. En segon lloc, les autoritats nacionals de la competència han d'aplicar els articles 101 i 102 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE),<sup>4</sup> que prohibeixen els acords restrictius de la competència i l'abús de posició de domini, quan els acords, decisions i pràctiques que estan analitzant conforme a la legislació nacional afectin també el comerç entre estats membres. Així ho imposa l'article 3 del Reglament 1/2003 del Consell, de 16 de desembre de 2002, relatiu a l'aplicació de les normes sobre competència previstes als articles 81 i 82 del Tractat. Conseqüentment, és possible que dues autoritats nacionals examinin un aparentment mateix comportament. És cert que l'article 13 del Reglament 1/2003 els convida a suspendre el procediment o desestimar la denúncia quan existeixi una altra autoritat que hagi incoat un expedient amb anterioritat. Tanmateix, es tracta d'una facultat de la qual poden fer ús o no, i també és veritat que els efectes de les seves decisions queden circumscrits al territori de l'estat membre corresponent.

En canvi, semblaria que no poden concórrer un procediment comunitari impulsat per la Comissió Europea i un altre de nacional, ja que l'article 11.6 del Reglament 1/2003 priva de competència les autoritats nacionals quan la Comissió obre formalment un expedient i l'article 16 prohibeix que tant aquestes com els tribunals dels estats membres adoptin resolucions incompatibles amb una decisió anterior de la Comissió. Però a la pràctica es generen nombrosos dubtes sobre això. D'una banda, perquè, en la sentència Toshiba Corporation, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) va declarar que la privació de competència no és absoluta sinó limitada en el temps.<sup>5</sup> De l'altra, perquè pot ser difícil determinar si els comportaments investigats per les autoritats comunitària i nacional són els mateixos.

L'objecte de la nostra recerca és esbrinar com afecta la doctrina del Tribunal de Justícia sobre el *ne bis in idem* a l'eficàcia del dret de la competència europeu –sobretot dels articles 101 i 102 del TFUE, ja que no hi ha casos sobre control de concentracions o ajuts públics sobre aquesta qüestió. Per això comencem presentant la plasmació normativa d'aquest principi (§ 1). A continuació, expliquem breument l'evolució de la jurisprudència del Tribunal de Justícia i subratllem els canvis en l'exegesi de l'article 50 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDFUE) (§ 2). Després disseccionem com el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha interpretat els diversos elements de la prohibició de doble incriminació i els requisits que han de concórrer perquè es pugui acceptar una excepció, així com la repercussió de la seva doctrina en l'eficàcia del dret de la competència europeu (§ 3). Acabem amb les conclusions preceptives (§ 4).

1 Les pàgines web citades es van consultar per última vegada el 17 de novembre de 2023. Totes les citacions literals en català són pròpies.

2 Així es desprèn dels interessos tutelats pel principi *ne bis in idem*, que són analitzats per Wils (2003, p. 9-12 i 22); Calvo (2017, p. 294 i 299), i Aguilera (2006, p. 483 i 484).

3 L'aprovació recent del Reglament 2022/1925 del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de setembre de 2022, sobre mercats disputables i equitatius i pel qual es modifiquen les Directives 2019/1937 i 2020/1828 (Reglament de Mercats Digitals) constitueix un bon exemple de la possibilitat d'acumulació de normes, com explica Altzelai (2023, p. 159-184). Sobre el *ne bis in idem* en aquest àmbit, v. Cappai i Colangelo, 2023, p. 444-454.

4 Originalment eren els articles 85 i 86 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea. Amb el Tractat d'Amsterdam de 1997 esdevingueren els articles 81 i 82 del Tractat de la Comunitat Europea. Finalment, arran del Tractat de Niça de 2002, es convertiren en els articles 101 i 102 del TFUE.

5 STJUE, de 14 de febrer de 2012, C-17/10, Toshiba Corporation i altres, comentada per Devroe (2013) i Calvo (2017).

## 1.2 L'article 50 de la CDFUE

L'article 50 de la CDFUE estableix: "Ningú no podrà ser jutjat o condemnat penalment per una infracció respecte de la qual ja hagi estat absolt o condemnat a la Unió mitjançant sentència penal ferma d'acord amb la llei". Es compon de dos elements: el *bis*, que exigeix una duplicitat de procediments o de sancions de caràcter penal, i l'*idem*, que els fets jutjats i sancionats siguin idèntics. La prohibició d'acumular procediments i sancions apareix tipificada en altres disposicions de l'ordenament comunitari (Van Bockel, 2016, p. 16). Destaquen els articles 4.1 del Protocol núm. 7 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (CEDH), 54 del Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen, de 14 de juny de 1985 (CAAS), 3.2 de la Decisió Marc del Consell, de 13 de juny de 2002, relativa a l'ordre de detenció europea i als procediments de lliurament entre estats membres, i 11.1 lletra d) de la Directiva 2014/41/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 3 d'abril de 2014, relativa a l'ordre europea d'investigació en matèria penal.

La plasmació de la prohibició de doble incriminació en tots aquests preceptes suscita el dubte de si cal forçar la seva interpretació per tal d'assolir la màxima uniformitat. La raó és que es podria considerar que perjudica la seguretat jurídica que un mateix principi tingui un abast diferent en funció de la norma que el recull. Segurament per això el Tribunal de Justícia no només interpreta de la mateixa manera els diferents preceptes existents, sinó que els posa en relació en respondre les qüestions prejudicials o els recursos que es formulen (Eurojust, 2021, p. 8-41).<sup>6</sup>

Ara bé, també hi ha raons per mantenir la tesi contrària, ateses les diferències de la literalitat dels preceptes esmentats, la finalitat de les normes que els inclouen i el context en què se situen. A aquests efectes resulta paradigmàtica la comparació entre els articles 54 del CAAS i 4 del Protocol núm. 7 del CEDH. Tot i que ambdós inclouen, com no podia ser d'una altra manera, els dos elements que conformen la prohibició, el primer afegeix una referència expressa a l'execució de la condemna, que no apareix en l'altre. I el mateix succeeix amb el caràcter transnacional del supòsit de fet. L'article 54 s'aplica a casos en què una persona és perseguida pels mateixos fets en dos països diferents, mentre que el 4 està pensat per a hipòtesis domèstiques (Van Cleynenbreugel, 2022, p. 366). Finalment, el CAAS es construeix sobre el principi de confiança mútua dels estats contractants i en la legitimitat dels sistemes jurídicopenals de la resta, que no han estat harmonitzats.<sup>7</sup> No és aquest el fonament de l'article 4 del Protocol núm. 7 del CEDH.

Tanmateix, sí que resulta necessari harmonitzar la interpretació i aplicació del darrer precepte i de l'article 50 de la Carta. La raó és que l'article 52.3 d'aquesta última no permet que el sentit i abast dels drets i llibertats reconeguts a la CDFUE sigui inferior als del CEDH. Ara bé, l'autonomia formal del dret comunitari respecte de l'última norma determina que aquesta esdevingui un mínim que la Carta ha de garantir, però que pot superar (Mangas, 2008b, p. 838, i Vervaele, 2013, p. 128 i 131). Així doncs, no cal que els dos preceptes tinguin el mateix abast, ja que la CDFUE pot resultar més tuitiva.

Com que l'article 50 de la CDFUE és la norma que acostuma a regir els casos de defensa de la competència, convé delimitar el seu àmbit d'aplicació i així, esdevé clau l'article 51 (Mangas, 2008a, p. 820, i Aguilar, 2018, p. 980-984). El seu primer apartat disposa que els preceptes de la Carta s'adrecen a les institucions i òrgans de la Unió, així com als estats membres quan estiguin aplicant les normes comunitàries. I el segon, que no atribueix cap competència nova a la Unió, ni modifica les existents. De la combinació de tots dos deriva un radi d'eficàcia amplíssim, ja que la Carta regeix tots els casos que estan sotmesos a l'ordenament comunitari, tant si s'estan aplicant les normes de la Unió com les nacionals.<sup>8</sup> I així ho confirmen les Explicacions sobre la Carta dels Drets Fonamentals (2007/C 303/02). A més, cal recordar que, amb l'entrada en vigor del Tractat

6 Per exemple, sentències de 29 de juny de 2016, C-486/14, Piotr Kossowski; de 23 de març de 2023, C-365/21, MR; i de 21 de setembre de 2023, C-164/22, Juan. En la doctrina, Vervaele, 2013, p. 117 i 134, i Satzger, 2020, p. 213-216.

7 Referent a això, v.STJUE, de 28 d'octubre de 2022, C-435/22 PPU, HF, § 93.

8 El Tribunal de Justícia ha mantingut aquesta interpretació, per exemple, a les sentències de 26 de febrer de 2013, C-617/10, Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson, § 17, comentada per Iglesias, 2013, p. 1158-1173, i Vervaele, 2013, 127; de 30 d'abril de 2014, C-390/12, Robert Pflieger i altres, § 31, i de 16 de desembre de 2021, C-203/20, AB i altres, § 38, entre d'altres. A la doctrina, Bazzocchi, 2011, p. 75; Kaila, 2012, p. 302-315, sobretot 312 i 313; Ripol i Ugartemendia, 2022, p. 68, i Ripol, 2023, p. 21-24.

de Lisboa, la Carta es va convertir en jurídicament vinculant (Muñoz, 2015, p. 205-207) i té la consideració de dret primari de la Unió Europea (Cruz, 2020, p. 371 i 372).

El problema es planteja quan el cas no està sotmès al dret comunitari sinó al nacional. El Tribunal de Justícia ha mantingut una interpretació amplíssima, tot afirmant que regeix la Carta quan la legislació aplicable “s’inscriu en el marc del dret comunitari”. Així succeeix quan les normes nacionals incorporen una directiva comunitària a l’ordenament domèstic,<sup>9</sup> i també quan obstaculitzen l’eficàcia de les llibertats comunitàries. En dues sentències ha interpretat que la legislació nacional sobre jocs d’atzar obstruïa la lliure prestació de serveis i, per tant, adquiria eficàcia el principi *ne bis in idem*.<sup>10</sup> Però la institució judicial europea ha anat més enllà i ha defensat que n’hi ha prou que les disposicions aplicables “estiguin relacionades” amb normes europees. Així, a Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson, el TJUE va aplicar la CDFUE perquè la sanció imposada al recurrent estava relacionada amb l’impost del valor afegit, que repercuteix en el pressupost de la Unió.<sup>11</sup> I la mateixa tesi va mantenir a Thierry Delvigne contra la Commune de Lesparre-Médoc, Préfet de la Gironde, amb relació a l’exclusió del cens electoral arran de la comissió d’un delictes greu, perquè l’Acte de 1976, en relació amb l’article 14 del TUE, exigeix als estats garantir que l’elecció dels diputats del Parlament europeu es dugui a terme per mitjà d’un sufragi universal directe, lliure i secret.<sup>12</sup>

La conseqüència que se’n desprèn és l’aplicació de l’article 50 de la CDFUE al dret de la competència, ja que tant els articles 101 i 102 del TFUE com les lleis nacionals “s’inscriuen en el marc del dret comunitari”; sobretot si tenim en compte que el Tribunal de Justícia ha interpretat de forma molt amplia el requisit de l’afectació al comerç entre estats membres. I el mateix es pot dir de la legislació que regula un determinat sector econòmic, atès que pot afectar l’eficàcia de les normes comunitàries de la competència o limitar les llibertats essencials de la Unió Europea. La jurisprudència comunitària corrobora aquesta afirmació ja que no només és freqüent que el Tribunal de Justícia apliqui aquell precepte a l’acumulació de procediments en matèria de competència –o competència i regulació sectorial– sinó que ha modificat la seva doctrina per tal d’uniformitzar la interpretació del *ne bis in idem* en tot l’ordenament comunitari, com veurem a continuació.

## 2 Evolució jurisprudencial

La primera decisió paradigmàtica és la sentència *Walt Wilhelm*, tot i no referir-se expressament al principi.<sup>13</sup> El Tribunal va afirmar que era possible l’existència de procediments paral·lels, nacional i comunitari, en relació amb uns mateixos fets, perquè les normes aplicables tenien “punts de vista diferents”. Ara bé, va establir un condicionant: l’aplicació uniforme i eficaç del dret de la competència comunitari. També va mantenir que la possibilitat de duplicitat de sancions no impedia que les autoritats nacionals iniciessin un procediment en aplicació de les lleis nacionals; només exigia tenir-ho en compte en establir la pena.

La primera vegada que trobem una referència explícita al *ne bis in idem* en el dret de la competència comunitari és en la sentència *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*.<sup>14</sup> La Comissió havia sancionat diverses empreses per formar un càrtel; però la seva Decisió va ser anul·lada pel Tribunal de Primera Instància. La guardiana dels Tractats va adoptar una nova Decisió en què va tornar a imposar multes pel mateix import que a la resolució anul·lada. Aquest cop el Tribunal de Primera Instància va donar suport a la Comissió, tot i que va reduir l’import de les penes. Les empreses sancionades van formular un recurs de cassació en què van esgrimir, entre altres arguments, la violació del principi estudiat. El TJUE va afirmar que la prohibició de doble incriminació també s’aplica a l’àmbit de la competència; però en el cas no tenia recorregut perquè la primera resolució havia estat anul·lada per motius de forma i no de fons.

9 Sentències de 4 de maig de 2023, C-97/21 - MV - 98, § 34, i de 14 de setembre de 2023, C-27/22, Volkswagen, § 36 i 37.

10 STJUE Robert Pflieger et al. (*supra* nota 8), § 31, i de 14 de setembre de 2023, C-55/22, NK contra Bezirkshauptmannschaft Feldkirch, § 29.

11 STJUE Aklagaren contra Hans Akerberg Fransson (*supra* nota 8), § 17.

12 STJUE, de 6 d’octubre de 2015, C-650/13, Thierry Delvigne contra la Commune de Lesparre-Médoc, Préfet de la Gironde, § 33. En sentit similar, tot i que en un cas de decomis, STJUE, de 14 de gener de 2021, C-393/19, OM, § 30.

13 STJUE, de 13 de febrer de 1969, C-14/68, *Walt Wilhelm et al.*

14 STJUE, de 16 d’octubre de 2002, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P i C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LMV) et al.*

No menor importància té la sentència Aalborg Portland, ja que l'autoritat judicial europea es va posicionar a favor de l'*idem crimen*.<sup>15</sup> Té el seu origen en la multa imposada per la Comissió a més de quaranta empreses per acords de distribució de mercats, regulació de les transferències de productes i fixació de preus, que el Tribunal de Primera Instància va confirmar. En resoldre el recurs de cassació, el Tribunal de Justícia va afirmar que el *ne bis in idem* exigia un triple requisit: identitat dels fets, identitat de l'infractor i identitat de l'interès jurídic protegit. En el cas fallava el primer perquè els acords pels quals les empreses havien estat sancionades eren diferents.

Dos anys més tard, el TJUE canviava de criteri, *idem factum* en lloc d'*idem crimen* –tot i que en un cas de tràfic d'estupefaents i no de defensa de la competència– en la sentència Van Esbroeck,<sup>16</sup> en què va realitzar una interpretació expansiva del principi estudiat, en el sentit que calia limitar-se a la materialitat de la conducta, prescindint de la qualificació jurídica i de l'interès protegit. El fonament va ser l'article 54 del CAAS, que utilitza l'expressió “mateixos fets”, a diferència d'altres normes que es refereixen a “la infracció”, i es basa en la confiança mútua dels estats membres en els seus respectius sistemes de justícia penal, que no estan harmonitzats.

La sentència Van Esbroeck va influir decisivament en el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), que el 2009 va dictar una altra decisió capital: la sentència Sergueï Zolotoukhine contra Rússia.<sup>17</sup> Entre d'altres aspectes, va analitzar amb deteniment l'*idem*. Va passar revista a les posicions exegètiques existents i va decidir que calia posar-hi remei en nom de la seguretat jurídica. Va realitzar quatre consideracions. Primer, els instruments internacionals utilitzaven fórmules diferents. Segon, el TJUE i la Cort Iberoamericana de Drets Humans atorgaven importància a la diferència de literalitat. Tercer, el terme *infracció* de l'article 4 del Protocol núm. 7 no s'havia d'interpretar literalment, sinó de manera que les seves garanties fossin concretes i efectives. I quart, calia prendre en consideració la realitat actual: prestar atenció a la qualificació jurídica era massa restrictiu, ja que debilitava la garantia que consagra el *ne bis in idem* i no la feia concreta i accessible com exigeix el Conveni.

El TJUE va allunyar-se d'aquesta doctrina en un cas de competència, Toshiba Corporation, de 2012 (*supra* nota 5), cosa que portava a pensar que aquest sector de l'ordenament es regia per normes particulars. Té el seu origen en un càrtel d'àmbit mundial relatiu al mercat de commutadors amb aïllament de gas. El 2004, any en què la República Txeca va entrar a la Unió Europea, la Comissió va informar la seva autoritat de la competència que pensava obrir un procediment sobre això, cosa que va fer el 2006. L'any següent va adoptar una Decisió relativa a pràctiques que s'havien desenvolupat entre 1998 i 2004. El procediment nacional va discórrer en paral·lel: es va iniciar el 2006 i el 2007 l'autoritat va publicar una resolució sancionadora sobre comportaments que havien tingut lloc entre el 2001 i el 2004. Després de diversos recursos, el Krajský soud v Brne (Tribunal Regional de Brno) va plantejar dues qüestions prejudicials, la segona de les quals versava sobre la incidència d'una decisió de la Comissió, que sancionava un acord col·lusori, sobre la competència de l'autoritat nacional que examinava els mateixos fets. Les respostes de l'advocada general i del Tribunal de Justícia van col·lidir. Juliane Kokott va identificar l'*idem* amb la identitat de fets i la unitat de l'infractor, i va rebutjar que compregués també l'interès jurídic protegit.<sup>18</sup> L'argument principal era el “deure d'homogeneïtat”, conforme al qual el nivell de protecció dispensat per la CDFUE no podia ser inferior al del CEDH. El TJUE es va decantar a favor de la configuració tripartida de l'*idem*; és a dir, perquè les infraccions fossin les mateixes era necessària la identitat dels fets materials, de l'infractor i de l'interès jurídic tutelat.

15 STJUE, de 7 de gener de 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, Aalborg Portland A/S et al.

16 STJUE, de 9 de març de 2006, C-436/04, Leopold Henri Van Esbroeck.

17 STEDH, de 10 de febrer de 2009, Sergueï Zolotoukhine contra Rússia. El senyor Zolotoukhine va ser detingut per introduir una dona en una caserna militar. Durant l'arrest i el trasllat a comissaria va insultar i intentar pegar els policies i va tractar d'escapar, raó per la qual va ser processat administrativament per altercats menors i penalment per alteració de l'ordre públic.

El TEDH va matisar l'abast de la resolució anterior a la sentència A i B contra Noruega, de 15 de novembre de 2016. Entre les qüestions que es van suscitar hi havia determinar si havien existit dos procediments successius, un d'administratiu i un altre de penal, en els quals es castigava la manca de declaració de determinats beneficis corporatius. El Tribunal d'Estrasburg va negar-ho, en existir una connexió suficient, tant material com temporal, entre tots dos; és a dir, va considerar que hi havia un únic procediment.

18 Conclusions, de 8 de setembre de 2011, § 111-124.

El 20 de març de 2018 apareix marcat en vermell en el calendari de l'evolució de la prohibició de la doble incriminació, ja que el Tribunal de Justícia va dictar tres sentències, conegudes com a doctrina Menci, en què va defensar la tesi de l'*idem factum*, en contraposició a l'*idem crimen* que predicava en el dret de la competència.<sup>19</sup> Luca Menci, Garlsson Real Estate i Di Puma acusen una gran influència de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, en particular de Zolotoukhine contra Rússia. Versaven sobre la interpretació de l'article 50 de la CDFUE i giraven al voltant de l'acumulació d'un procediment administratiu sancionador, divers de la defensa de la competència, i un altre de penal en el mateix estat membre. Després de posicionar-se sobre el caràcter penal o no del procediment, va analitzar l'abast de l'*idem*. En les tres resolucions va mantenir que calia atènyer-se als fets materials, prescindint de la seva qualificació en el dret nacional i de l'interès jurídic protegit. La raó era que aquests dos elements variaven d'un estat a un altre i la protecció que conferia l'article 50 havia de ser la mateixa a tota la Unió. Aquesta interpretació obria la porta a considerar que s'havia produït una doble incriminació, però no significava encara que l'acumulació de procediments o sancions fos contrària al dret de la Unió Europea, ja que el Tribunal contemplava la possibilitat d'una excepció a l'antic article 52.1 de la CDFUE.

El 2021 tornava a canviar de criteri en un cas de competència: la sentència de 25 de febrer de 2021 seguia la doctrina mantinguda a Toshiba Corporation el 2012.<sup>20</sup> Conseqüentment, el dilema continuava obert i adquirien gran importància les peticions de decisió prejudicial formulades pel Tribunal d'Apel·lació de Brussel·les i el Tribunal Suprem Civil i Penal d'Àustria. La primera (Bpost) girava al voltant de la contraposició entre la regulació sectorial i les normes de defensa de la competència. La segona (Nordzucker) portava causa de dos procediments nacionals de defensa de la competència contra les empreses que operaven als mercats alemany i austríac.

De nou es van produir discrepàncies entre l'advocat general i el TJUE. A les seves conclusions de 2 de setembre de 2021, Michal Bobek es va decantar a favor de generalitzar la concepció trilateral de l'*idem*; és a dir, estendre la doctrina Toshiba Corporation a tot el dret comunitari en detriment de Menci.<sup>21</sup> En canvi, el TJUE va mantenir la configuració bipartida: no era rellevant ni la qualificació jurídica en dret nacional ni l'interès jurídic protegit per valorar si els elements fàctics eren els mateixos.<sup>22</sup> Aquesta aposta per l'*idem factum* va ressaltar la importància de l'article 52 de la CDFUE, sobre l'exegesi de la qual es va esplanar el Tribunal.

La institució judicial europea ha hagut de tornar a pronunciar-se sobre el *ne bis in idem* després de Bpost i Nordzucker, però les decisions posteriors no són tan rellevants per a la nostra investigació perquè no afecten el dret de la competència i, a més, repeteixen essencialment la doctrina establerta en aquestes dues sentències. A HF (*supra* nota 7), el TJUE interpreta l'article 54 del CAAS a la llum de l'article 50 de la CDFUE i afirma que no pot limitar-se als nacionals d'un estat membre, sinó que beneficia qualsevol persona, fins i tot quan estigui en situació irregular dins de la UE.<sup>23</sup> Cinc mesos més tard, el 23 de maig de 2023, torna a pronunciar-se (MR, *supra* nota 6) sobre el CAAS, tot i que amb relació a l'article 55, que interpreta a la llum del 52.1 de la CDFUE. Substancialment reitera la doctrina Bpost i Nordzucker en favor de l'*idem factum*. En la mateixa data dicta la sentència Dual Prod SRL, relativa a la suspensió de l'autorització per actuar com a dipòsit fiscal de productes subjectes a impostos especials,<sup>24</sup> en què es posiciona sobre l'aplicació de la Carta de drets fonamentals, el principi de presumpció d'innocència, els elements de la prohibició de doble incriminació i la possibilitat d'excepció, sent aquest darrer punt el que presenta més interès.

Un mes i mig més tard, el TJUE torna a interpretar l'article 50 de la Carta (MV – 98, *supra* nota 9). Afirma que les sancions imposades per defraudar l'impost sobre el valor afegit s'inscriuen en el marc del dret comunitari

19 STJUE, de 20 de març de 2018, C-524/15, Luca Menci; C-537/16, Garlsson Real Estate SA i altres contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), i C-596/16 i 597/16, Enzo Di Puma contra Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), i Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) contra Antonio Zecca.

20 C-857/19, Slovak Telekom, a.s. contra Protimonopolny urad Slovenskej republiky, comentada per Whelan (2021).

21 C-117/20, Bpost SA contra Autorité belge de la concurrence, i C-151/20, Bundeswettbewerbshörde contra Nordzucker AG i altres.

22 Sentències, de 22 de març de 2022, C-117/20, Bpost SA contra Autorité belge de la concurrence, i C-151/20, Bundeswettbewerbshörde contra Nordzucker AG, Südzucker AG, Agrana Zucker GmbH.

23 Vegeu el comentari de Mancano (2023, p. 1126-1135).

24 STJUE, de 23 de març de 2023, C-412/21.

i tenen caràcter penal, i analitza els requisits de l'article 52.1 de la CDFUE. I el setembre de 2023 publica tres sentències més. A Volkswagen (*supra* nota 9), relativa als procediments oberts a Itàlia i a Alemanya per falsejar les emissions d'òxids de nitrogen, qualifica com a penal la sanció imposada per manipular els gasos d'escapament de motors dièsel i interpreta l'article 50 en línia amb la resolució Bpost, tot esplaïant-se sobre els límits a l'aplicació del principi *ne bis in idem*. A NK i Bezirkshauptmannschaft Feldkirch (*supra* nota 10) destaca la necessitat que la primera sentència s'hagi pronunciat sobre el fons perquè tingui eficàcia el principi *ne bis in idem*, i reflexiona sobre l'abast pràctic de la identitat dels fets. Reitera aquesta consideració a Juan (*supra* nota 10), en què aplica l'article 3.2 de la Decisió Marc del Consell (2002/584/JAI), relativa a l'ordre de detenció europea i als procediments d'entrega entre estats membres, a la llum de l'article 50 de la Carta.

### 3 Anàlisi dels elements de la prohibició i de l'excepció

#### 3.1 Dualitat de procediments

El primer element de l'article 50 de la CDFUE és la dualitat de procediments; en particular, prohibeix que se n'iniciï un quan n'hi ha un altre d'anterior que ha acabat amb una "sentència penal ferma". Cal començar amb el significat del terme *sentència*. Malgrat que tant la disposició al·ludida com els articles 4 del Protocol núm. 7 del CEDH, i 54 del CAAS s'hi refereixen, no es pot defensar una interpretació literal perquè resulta excessivament restrictiva i redueix la protecció a nivells inacceptables, cosa contrària a la finalitat d'aquests preceptes. A més, altres versions de l'article 50 de la Carta no al·ludeixen a aquest element; així succeeix, per exemple, amb la versió anglesa, i la francesa utilitza el terme *jugement*, que és més ampli. D'aquí que no s'hagi de prestar tanta atenció a la forma com al contingut de la resolució.

Quant a l'adjectiu *penal*, constitueix jurisprudència consolidada el recurs als anomenats *critèris Engel* (Bouazza, 2022, p. 530),<sup>25</sup> que són tres: la qualificació jurídica en el dret intern, la naturalesa de la sanció i la gravetat del càstig que es pugui imposar. El Tribunal de Justícia els aplica i subratlla que són alternatius i no acumulatius, de manera que no és determinant que el dret nacional configuri un procediment o sanció com a administratiu (per exemple, Luca Menci (*supra* nota 19), § 30-33). Al contrari, acostuma a atorgar protagonisme al segon criteri, de manera que afirma que es tracta d'una sanció penal si té una finalitat repressiva, i declara irrellevant que també en persegueixi una de preventiva. Pel que fa a la gravetat del càstig, el Tribunal ha afirmat que el paràmetre de valoració és la pena màxima prevista en les normes aplicables.<sup>26</sup> A Menci, va considerar que una multa del 30 % de l'IVA meritat, que s'afegia al pagament de l'impost, tenia gravetat suficient per qualificar la resolució sancionadora com a penal (§ 33). I a la mateixa solució va arribar a Volkswagen (*supra* nota 9, § 52) perquè la multa podia superar els avantatges obtinguts amb la pràctica deslleial.

En tercer lloc, cal que la resolució sigui ferma conforme a l'ordenament que la regeix.<sup>27</sup> Si no permet cap recurs ordinari més, caldrà entendre que estem davant d'un pronunciament ferm, en què resulta irrellevant que existeixin casos excepcionals que permetin acudir a altres instàncies. Tot i que pot semblar fàcil determinar si ha existit una sentència prèvia definitiva, sempre es poden generar incògnites. Wils (2003, p. 13, i 22) utilitza el cas Aalborg Portland A/S et al. com a paradigma ja que la Decisió de la Comissió va ser anul·lada per vicis substancials de forma.<sup>28</sup> Després d'esmenar-ne els defectes, l'autoritat europea de la competència va tornar a pronunciar-se i va imposar una sanció. El TJUE va considerar que es tractava del mateix procediment, per la qual cosa no regia el *ne bis in idem*.<sup>29</sup>

25 STEDH, de 8 de juny de 1976, Engel i altres contra Països Baixos, i, quant a l'ordenament comunitari, STJUE, de 5 de juny de 2012, C-489/10, Lukasz Marcin Bonda, § 37.

26 Sentència MV-98 (*supra* nota 9), § 46. Mateixa afirmació a Volkswagen (*supra* nota 9), § 53.

27 STJUE, Piotr Kossowski (*supra* nota 6), § 35.

28 STJUE, de 27 de febrer de 1992, T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 i T-104/89, BASF AG et al., i STJUE, de 15 de juny de 1994, C-137/92, Comissió contra BASF AG et al.

29 Val la pena recordar que el TEDH va arribar a una conclusió similar al cas A i B contra Noruega (*supra* nota 17).



Per últim, el primer procediment no només ha d'haver finalitzat amb una resolució judicial ferma sinó que també ha d'haver-hi hagut una anàlisi del fons de l'assumpte.<sup>30</sup> Això sí, resulta irrellevant que hagi estat condemnatòria o absolutòria; en ambdós casos hi juga la prohibició de doble incriminació.<sup>31</sup> Per exemple, el TJUE va negar que concorregués aquesta exigència en un cas en què el ministeri fiscal polonès va deixar d'exercir l'acció pública perquè el detingut s'havia negat a declarar, i la víctima i un testimoni no van poder ser escoltats durant el judici.<sup>32</sup>

Sorgeix el dubte de què succeeix amb una resolució absolutòria derivada de la manca de prova; és a dir, si es pot considerar que el tribunal s'ha pronunciat sobre els aspectes materials del cas. Wils (2003, p. 14 i 22) i Calvo (2017, p. 302) responen afirmativament partint de tres arguments. Primer, ha estat la resposta que sembla derivar-se del llenguatge utilitzat pel Tribunal de Justícia en el cas PVC II. Segon, l'article 4.2 del Protocol núm. 7 del CEDH contempla la possibilitat de reobrir un procediment si apareixen fets o revelacions noves, o bé si un vici essencial en el procés anterior pogués afectar la sentència dictada. L'últim argument és fomentar la diligència de l'Administració que està tramitant l'expedient.

Ens adherim a aquesta posició doctrinal, tot i que no trobem convincents les dues primeres raons. La sentència citada no resulta concloent: a *Limburgse Vinyl Maatschappij* (*supra* nota 14), el Tribunal de Justícia va afirmar que la resolució que havia anul·lat la Decisió PVC I no s'havia pronunciat sobre el fons de l'assumpte, amb la qual cosa no constituïa una decisió penal ferma. Tampoc ens satisfà el recurs a l'article 4.2, malgrat l'article 52.3 de la CDFUE, ja que aquell precepte no permet iniciar un segon procediment o imposar una segona sanció, sinó senzillament reobrir el primer si estava afectat per un vici essencial o apareixen nous fets. Faltaria, doncs, el *bis*.

Sí que hi ha una raó persuasiva: la voluntat d'incentivar la diligència probatòria de l'autoritat que coneix d'un cas. Sembla estímul suficient conèixer que un acord, decisió o pràctica quedarà impune si no es reuneixen les proves suficients en el procediment que s'està tramitant. I aquest argument resulta més poderós si tenim en compte que, en l'àmbit de la defensa de la competència, qualsevol autoritat de la Xarxa Europea de Competència pot sol·licitar la col·laboració dels altres membres per investigar uns fets (art. 22 del Reglament 1/2003), tots ells poden intercanviar-se informació i utilitzar-la com a prova (art. 12 del Reglament 1/2003) i un dels criteris per determinar quina autoritat nacional està més ben situada per tramitar un assumpte és la possibilitat de reunir les proves necessàries per acreditar una infracció (§ 8 de la Comunicació de la Comissió sobre la cooperació a la Xarxa d'Autoritats de la Competència).

### 3.2 *Quid iuris* en el dret de la competència?

La determinació de si els procediments i resolucions en matèria de competència compleixen els requisits anteriors genera dubtes. El primer és si poden qualificar-se com a penals, ja que l'article 23.5 del Reglament 1/2003 nega que les sancions que imposa la Comissió tinguin aquesta naturalesa i en molts ordenaments, com en l'espanyol, es canalitzen a través de procediments administratius sancionadors.<sup>33</sup> La resposta depèn de la vessant del dret de la competència. En primer lloc, el fet que el dret nacional no qualifiqui un procediment o sanció com a penal no és determinant, com hem vist. Conforme als criteris Engel, tindrà aquesta consideració si la naturalesa de la sanció és repressiva i si la gravetat del càstig és prou rellevant. L'aplicació pública del dret de la competència compleix aquestes exigències. D'una banda, la seva finalitat és castigar les conductes i pràctiques restrictives de la competència per tal de desincentivar-les. De l'altra, la sanció pot arribar al 10 % del volum de negoci total de l'empresa enjudiciada durant l'exercici social anterior (art. 23 del Reglament

30 Així ho manté el Tribunal de Justícia en les sentències *Limburgse Vinyl Maatschappij* (*supra* nota 14), *Di Puma* (*supra* nota 19) § 39, i *Bpost* (*supra* nota 21), § 29.

31 I també resulta irrellevant que el procediment que genera la sentència ferma s'hagués iniciat després que el que es vol parar, com va subratllar el TJUE a *Volkswagen* (*supra* nota 9), § 59.

32 Sentència *Piotr Kossowski* (*supra* nota 6), § 48.

33 Sobre la naturalesa del dret de la competència europeu, v. *Lidgard* (2012, p. 409-412), i també *Cases* (1995, 40). Cal recordar que la defensa de la competència és una funció pública, l'exercici de la qual s'ha encomanat a les administracions públiques i s'ha sotmès, en última instància, al procediment administratiu per tal de legitimar la seva actuació (Palomar, 2019, 166; Parejo, 2008, 50 i 66, i Soriano, 2015, 45 i 46).

1/2003). No passa el mateix amb l'aplicació privada, tot i que també està al servei de l'eficàcia de les normes de la competència, ja que la seva finalitat és indemnitzar els danys i perjudicis que la víctima ha patit.

Una altra qüestió que es planteja és si es pot considerar que existeix una resolució penal ferma sobre el fons de l'assumpte quan el procediment es tanca amb l'acceptació dels compromisos proposats per la o les empreses investigades per l'antic article 9 del Reglament 1/2003 (Lianos, 2014, p. 20-30, i Nazzini, 2016, p. 148-155). La resposta és negativa perquè en aquests casos la Comissió no es pronuncia sobre el fons de l'assumpte: ni afirma que hagi existit una infracció ni la qualifica, simplement es limita a examinar els compromisos proposats i, si escau, a acceptar-los (Schweitzer, 2008).<sup>34</sup> Per això, el considerant 22 del Reglament 1/2003 disposa que la seva decisió no vincula les autoritats nacionals. Ara bé, raons de seguretat jurídica i d'incentivar aquests mecanismes determinen que la Comissió només pugui reobrir el procediment en els casos previstos a l'apartat segon de l'article 9.

Cal referir-se també a l'acolliment a un programa de clemència; en particular, si elimina o no l'existència d'una decisió penal ferma sobre el fons de l'assumpte. No ho fa: tot i que l'empresa s'allibera de la sanció administrativa, l'autoritat que estigui coneixent del cas es pronuncia sobre el fons i pot castigar els altres responsables. Per tant, pot constituir una primera decisió que, en adquirir fermesa, impedeixi l'existència d'un nou procediment sobre els mateixos fets. A més, l'acolliment al programa de clemència no comporta l'exempció o reducció de la multa automàticament; l'autoritat de la competència valorarà si concorren els requisits per arribar a aquesta solució i, a més, continuarà amb el procediment administratiu sancionador (*supra* les conclusions de l'advocat general Bobek a Nordzucker, nota 20, § 88-95).

### 3.3 Identitat de subjectes i fets

El segon element de la prohibició prevista a l'article 50 de la CDFUE és la identitat de la infracció (*idem*). Abans que res convé constatar que les disposicions existents a l'ordenament comunitari utilitzen termes diferents, cosa que ha complicat la seva intel·ligibilitat en conduir a construccions diferents. Mentre que els articles 50 de la CDFUE i 4 del Protocol núm. 7 del CEDH contenen l'expressió *infracció*, que s'associa amb la configuració tripartida de la identitat de fets, el 54 del CAAS i el 3.2) de la Decisió Marc del Consell, de 13 de juny de 2002, empen el terme *fets*, que acostuma a venir referit a la bipartida.

El Tribunal de Justícia va optar inicialment per la primera, tot i que amb una fonamentació feble. A Walt Wilhelm (*supra* nota 13) va mantenir la tesi de la doble barrera en afirmar que els interessos jurídics protegits per les normes de la competència comunitària i nacionals no tenien per què ser idèntics. Ara bé, aquest raonament no constitueix cap justificació de l'*idem crimen* sinó una aplicació seva. No obstant això, va utilitzar aquesta resolució com a precedent en la sentència Aalborg Portland A/S (*supra* nota 15, § 338) que, al seu torn, va constituir la base jurídica de la decisió Toshiba Corporation (*supra* nota 5, § 97). De nou, a Slovak Telekom va recórrer a la jurisprudència per fonamentar l'adhesió a la configuració tripartida (*supra* nota 20, § 43).

Major càrrega argumentativa va aportar l'advocat general Bobek en les seves conclusions al cas Bpost (*supra* nota 20, § 107-165). Va començar amb una crítica a la doctrina Menci perquè posposava el moment de protecció que oferia el principi *ne bis in idem* en apel·lar a l'article 52 com a límit al 50.<sup>35</sup> En segon terme, va subratllar les diferències existents entre les diverses normes uniformes que plasmaven el *ne bis in idem* i, finalment, va argumentar que l'article 50 no havia d'oferir un nivell de protecció inferior al 4 del Protocol núm. 7 del CEDH. Però el TJUE no va seguir les seves conclusions.

La fonamentació de la tesi de l'*idem factum* ha estat més sòlida. A Van Esbroeck (*supra* nota 16) el Tribunal de Justícia va partir de dues premisses: la utilització del terme *fets* a l'article 54 del CAAS i que la finalitat d'aquesta norma era contrària a la rellevància de la qualificació jurídica nacional perquè la seva eficàcia exigia que les parts contractants confessin en els seus respectius sistemes de justícia penal i acceptessin l'aplicació del dret penal vigent en els altres. Juliane Kokott va utilitzar indirectament aquesta decisió en

34 Així ho ha declarat el TJUE en la sentència, de 29 de juny de 2010, C-441/07 P, Comissió Europea contra Alrosa.

35 L'últim precepte estableix un control *ex ante*: n'hi ha prou que s'iniciï el segon procediment per reclamar la tutela del principi estudiat. En canvi, l'aplicació de l'article 52 exigeix esperar fins a la resolució final per determinar si concorren els requisits per admetre una excepció a la prohibició de doble incriminació. Michal Bobek va considerar que aquesta construcció no era acceptable atès que la protecció dels ciutadans s'havia d'anticipar al més aviat possible.

les seves conclusions al cas Toshiba Corporation, tot i que el TJUE no estava aplicant aquell precepte sinó responnent a una petició de decisió prejudicial sobre l'article 101 del TFUE i el Reglament 1/2003. L'advocada general va defensar l'*idem factum* tot al·legant que era la solució que havia mantingut el Tribunal Europeu de Drets Humans en la decisió Zolotoukhine contra Rússia, que havia estat molt influït per Van Esbroeck, i que l'article 50 de la CDFUE havia d'oferir el mateix nivell de tutela que l'article 4 del Protocol núm. 7 del CEDH. Els precedents van tornar a resultar clau a Menci i Garlsson Real Estate. El Tribunal de Justícia va sostenir la configuració bipartida perquè ja havia mantingut aquesta tesi en sentències anteriors.<sup>36</sup> I de nou va al·legar que la protecció jurídica que ofereix l'article 50 no pot variar d'un estat a un altre i que es produiria aquesta variació si es tingués en compte la qualificació jurídica dels fets conforme al dret nacional o l'interès jurídic tutelat (§ 36).<sup>37</sup>

Més fonamentades resulten les conclusions de l'advocat general Nils Wahls en el cas Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. contra Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.<sup>38</sup> En primer lloc, va rebutjar la solució de Walt Wilhelm perquè, amb la substitució del Reglament 17/62 pel Reglament 1/2003, les normes de la competència de la Unió i dels estats membres s'havien aproximat. Segon, l'arquitectura jurídica del dret de la competència europeu exigia una aplicació generosa del *ne bis in idem*, de manera que s'havien de suavitzar els requisits que fossin especialment feixucs. També va destacar la influència que havia tingut la sentència Zolotoukhine contra Rússia en la construcció de la prohibició de la doble incriminació i va treure transcendència al fet que el Tribunal de Justícia hagués mantingut la triple identitat en la resolució Toshiba Corporation, ja que la decisió final no es basava en els interessos jurídics protegits sinó en la diversitat dels fets materials.

El Tribunal de Justícia s'ha decantat finalment per la doble identitat a les sentències Bpost i Nordzucker –de gran significat ja que versen sobre el dret de la competència–, Dual Prod SRL, HF i MR.<sup>39</sup> Desafortunadament la fonamentació no és exuberant ja que, a banda d'al·ludir als precedents Menci i Garlsson Real Estate, rebutja l'*idem crimen* perquè provocaria que la solució fos diferent en funció dels interessos jurídics en joc i, per tant, la protecció de les persones encausades o sancionades variaria segons el dret nacional aplicat.

Així doncs, en l'actualitat el requisit de l'*idem* significa identitat de subjectes i de fets materials, i l'interès tutelat resulta irrellevant. Cal començar subratllant que han de ser iguals i que la similitud no és suficient. És a dir, la prohibició de doble incriminació només adquireix eficàcia quan el supòsit fàctic i la persona processada o sancionada són els mateixos en tots dos procediments. Així ho ha destacat la institució judicial europea a les sentències Bpost (*supra* nota 22, § 36), Dual Prod SRL (*supra* nota 24, § 52) i Volkswagen (*supra* nota 9, § 70-77).<sup>40</sup> L'última decisió té gran importància per al cas que ens ocupa, tot i no versar sobre defensa de la competència. La raó és que el TJUE subratlla que, perquè hi hagi identitat de fets –i no mera similitud–, cal parar atenció als elements fàctics que les autoritats sancionadores prenen en consideració en resoldre. El fet que s'esmenti un succés esdevingut en el territori d'un altre estat membre no significa que estigui valorant els fets produïts en aquest altre estat.

Pel que fa als subjectes, poden ser tant persones físiques com jurídiques: l'important és que un mateix ésser no sigui encausat, processat o sancionat dues vegades pels mateixos fets. No succeeix així quan els protagonistes

36 Es va referir a les sentències, de 18 de juliol de 2007, C367/05, Norma Kraaijenbrink, i de 16 de novembre de 2010, C-261/09, Gaetano Mantello, en les quals el TJUE respon a qüestions prejudicials sobre la interpretació dels articles 54 del CAAS, i 3.2 de la Decisió marc 2002/584/JAI, respectivament. En totes dues afirma que la qualificació jurídica dels fets conforme als drets nacionals no té rellevància per a l'aplicació dels preceptes citats i fonamenta la seva decisió en la sentència Van Esbroeck (*supra* nota 16, § 23 i 39, respectivament).

37 A Garlsson Real Estate va afegir que el fet que la sanció penal exigís la concurrència d'un element subjectiu que no apareixia en la tipificació de la infracció administrativa no constituïa un element diferenciador que portés a negar que es tractava dels mateixos fets (*supra* nota 19, § 40).

38 Conclusions, de 29 de novembre de 2018, C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. w Warszawie contra Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, § 38-50. El Tribunal no es posiciona sobre aquesta qüestió a la sentència de 3 d'abril de 2019.

39 Vegeu els § 34-39 de la sentència Bpost (*supra* nota 22), 36-48 de Nordzucker (*supra* nota 22), 51 de Dual Prod SRL (*supra* nota 24), 128-136 d'HF (*supra* nota 7), i 36 de MR (*supra* nota 6).

40 Amb tot, l'advocat general Emiliou matisa que n'hi ha prou que siguin idèntics els elements fàctics centrals, i els accessoris poden diferir. Vegeu les seves conclusions, de 8 de juny de 2023, C-58/22, NR contra Parchetul de pe langa Curtea de Apel Craiova.

dels dos procediments són diferents, tot i estar vinculats. És el cas, per exemple, d'una societat i els seus dirigents, com va succeir a Orsi i Baldetti.<sup>41</sup> Es tractava d'una infracció tributària comesa per dues companyies mercantils, processades per no ingressar l'IVA. Però també es va jutjar penalment els seus administradors pels mateixos fets. El Tribunal de Justícia va afirmar que no s'havia infringit la prohibició de doble incriminació perquè els subjectes eren diferents.

Val la pena afegir que no cal que la persona encausada o processada sigui nacional d'un estat membre o hi tingui la residència per tal de beneficiar-se del principi examinat. Ni la literalitat de l'article 50, ni la seva ubicació sistemàtica dins la Carta, ni la seva raó de ser ho exigeixen.<sup>42</sup> En efecte, el precepte es refereix a qualsevol persona ("ningú"). Segon, es troba ubicat en el Capítol VI, dedicat a la Justícia, en lloc del V, que porta per títol "Ciutadania". I tercer, la seva finalitat és garantir la seguretat jurídica i l'equitat, en el sentit que totes les persones tinguin la certesa que no se les jutjarà dues vegades pels mateixos fets.

Per últim, cal saber com determinar si els fets de dos procediments o sancions són els mateixos. El Tribunal de Justícia s'ha ocupat d'aquesta qüestió en diverses ocasions, i s'ha pronunciat sempre en la mateixa direcció. En el paràgraf 37 de Bpost (*supra* nota 22) va oferir el criteri següent:

[...] la identitat dels fets materials s'entén com un conjunt de circumstàncies concretes derivades d'esdeveniments que són, en essència, els mateixos, en la mesura que impliquen el mateix autor i estan indissociablement lligats entre si en el temps i en l'espai.

### 3.4 *Idem factum* i dret de la competència europeu

En valorar si la jurisprudència del tribunal de Luxemburg sobre l'article 50 de la CDFUE perjudica l'eficàcia del dret de la competència europeu cal ser conscient que s'ha posicionat a favor de la configuració bipartida de la identitat de fets i que aquesta tesi sembla més fonamentada que la tripartida. Ara bé, el raonament de l'autoritat judicial no està lliure de crítica. En primer lloc, l'argument del precedent utilitzat per defensar l'aplicació de l'*idem factum* a tot l'ordenament jurídic comunitari no és sòlid, ja que també havia mantingut la tesi de la triple identitat a la sentència Slovak Telekom de 2021 (*supra* nota 20), que és posterior a Menci i Garlsson Real Estate (*supra* nota 19). Segon, és veritat que la tutela que ofereix la CDFUE no pot ser inferior a la del CEDH (art. 52.3 de la primera). Però l'abast d'aquesta última, quant al *ne bis in idem*, ha estat fixada per la jurisprudència del TEDH, sobretot per la sentència Zolotoukhine contra Rússia (*supra* nota 17), i no hi ha res que garanteixi que es mantindrà igual indefinidament, tot i que sembla el més probable. Cal recordar que el tribunal d'Estrasburg ja va rebaixar el nivell de protecció a la sentència A i B contra Noruega (*supra* nota 17). Per tant, cal preguntar-se què passaria si variés la jurisprudència existent i aquesta última instància judicial abraçés la configuració tripartida de l'*idem*.

L'argument més sòlid és la homogeneïtat de la interpretació i aplicació de l'article 50 en tot l'ordenament comunitari. Efectivament, com hem vist, no existeixen raons convinents per mantenir una solució particular en l'àmbit de la competència. Però aquesta justificació també serveix per a la configuració tripartida que va ser defensada pel Tribunal de Justícia en el cas Toshiba Corporation per tal de preservar l'eficàcia dels articles 101 i 102 del TFUE (Veenbrink, 2019; Cappai i Colangelo, 2023, p. 431-455, i Zelger, 2023, p. 250). I aquesta configuració és més favorable a l'eficàcia del dret de la competència europeu, ja que si tenim en compte l'interès protegit en els procediments, és més difícil que siguin idèntics quan es desenvolupen en estats membres diferents –ja que les respectives normes de defensa de la competència poden tenir finalitats diferents–, quan es combina un procediment nacional i un altre d'europeu, o quan s'acumulen les actuacions d'un regulador sectorial i d'una autoritat de la competència nacionals. Ara bé, tampoc aquest contraargument resulta definitiu. D'una part, perquè els interessos protegits per les normes de la competència europees i nacionals s'han alineat després del Reglament 1/2003, com explica el TJUE a Nordzucker (*supra* nota 21). De l'altra, perquè aquesta manera de promocionar l'eficàcia del dret de la competència comportaria una reducció del nivell de tutela dels drets i llibertats fonamentals de la Unió Europea.

41 STJUE, de 5 d'abril de 2017, C-217/15 i C-350/15, Massimo Orsi i Luciano Baldetti. També Alarcón (2008, p. 42).

42 Vegeu la STJUE HF (*supra* nota 7), § 71-94.

El requisit de la identitat de subjectes també genera dubtes en l'àmbit del dret de la competència degut a l'amplitud amb què les institucions europees han interpretat el terme *empresa*. Abans que res cal destacar les diferències en els destinataris de les normes: mentre la CDFUE s'adreça a les persones, els articles 101 i 102 del TFUE –i normalment les lleis de defensa de la competència dels estats membres– van adreçats a les “empreses”. Tant el TJUE com la Comissió Europea les han definit com a unitats econòmiques que ofereixen béns i serveis en un mercat, de manera que esdevé irrellevant la seva forma, el seu finançament o qui en són els socis (Górriz, 2022). Així, un grup de societats és una única empresa, malgrat que pugui estar formada per diverses corporacions, cada una de les quals té la seva pròpia personalitat jurídica. Es genera així el dubte sobre si dos procediments o sancions antitrust adreçats cadascun contra societats diferents però pertanyents al mateix grup empresarial vulneren la prohibició de doble incriminació. Conforme al dret de la competència, resulta evident que s'està processant o sancionant la mateixa entitat. Però el fet que tinguin personalitats jurídiques diferents fonamenta que, en estar aplicant l'article 50, sigui indiferent que constitueixin la mateixa empresa.<sup>43</sup>

Quant a la identitat de la infracció, l'aplicació de la doctrina del TJUE a l'àmbit de la competència determina que s'hagin de prendre en consideració tres aspectes en determinar si els fets són els mateixos: la dimensió material del mercat rellevant, la delimitació geogràfica de les conductes analitzades i la seva durada temporal. La posada en pràctica d'aquesta doctrina està lluny de ser senzilla, com va explicar l'advocat general Bobek en les seves conclusions sobre Nordzucker, i genera la impressió que no és fàcil que dues autoritats nacionals de la competència es posicionin sobre els mateixos fets. La raó és el principi de territorialitat, en virtut del qual l'actuació de les autoritats nacionals se cenyeix al territori de l'estat corresponent i la necessitat d'un precepte que les habiliti per actuar més enllà del seu territori, tot i estar aplicant els articles 101 i 102 del TFUE (Van Cleynebreugel, 2022, p. 362 i 365).

No compartim la interpretació de Michal Bobek perquè l'habilitació prové de l'article 3 del Reglament 1/2003, que obliga les autoritats nacionals a aplicar els articles 101 i 102 del TFUE, a més de les seves lleis nacionals, quan estiguin investigant acords, decisions o pràctiques restrictives que afecten o puguin afectar el comerç entre estats membres. La Comunicació de la Comissió sobre la cooperació a la Xarxa d'Autoritats de Competència reforça aquesta afirmació, ja que proposa que conegui d'un il·lícit l'autoritat que estigui més ben situada i, a més, no impedeix que dues (o més) puguin pronunciar-se sobre el mateix cas. Per tant, una autoritat nacional pot investigar i pronunciar-se sobre una conducta o pràctica que afecta els territoris de diversos estats membres. Si dos o més fan el mateix, és fàcil que s'estiguin pronunciant sobre els mateixos fets i que pugui entrar en joc l'article 50. No obstant, cal tenir en compte que la sola menció a un element fàctic localitzat en el territori d'un altre estat no és suficient per afirmar la dimensió transnacional de l'il·lícit, tal com ha defensat el TJUE a Volkswagen (*supra* nota 9, § 73). A més, és possible que l'autoritat nacional calculi la sanció exclusivament en funció dels elements presents en el territori de l'estat al qual pertany. L'advocat general Bobek va rebutjar que aquesta situació fos decisiva, tot i que va afirmar que constituïa un indicador indirecte útil per decidir si els fets són els mateixos o no.

L'últim aspecte que mereix comentari és la discrecionalitat de l'autoritat de la competència en delimitar els fets objecte d'investigació i sanció. La raó és que pot fragmentar la conducta examinada per evitar incórrer en la prohibició de doble incriminació, amb la qual cosa posa en qüestió la incolumitat dels drets i llibertats de les empreses investigades. Un cas real, Amazon.com i altres contra Comissió, ens serveix de guia.<sup>44</sup> La Comissió investigava Amazon en relació amb els seus serveis de venda minorista (*marketplace*) i d'oferta destacada (*Buy Box*) en considerar que podia estar abusant de la seva posició de domini. L'il·lícit consistia a aprofitar-se de les dades no públiques de revenedors que utilitzaven els seus serveis i afavorir artificialment la seva oferta minorista així com la dels venedors que utilitzaven els seus serveis logístics i d'entrega, en detriment d'altres revenedors, en seleccionar el guanyador de la *Buy Box* i les empreses que tenien accés al seu programa de fidelització (*Amazon Prime*). En incoar el procediment va establir que abastava tot l'Espai Econòmic Europeu excepte Itàlia (Decisió C(2020) 7692 final). La raó és que ja existia en aquest país un expedient en marxa. L'empresa investigada va recórrer contra aquest acte en considerar que conculcava els seus drets. El Tribunal General no va admetre el recurs i el TJUE va confirmar la seva decisió.

43 Vegeu el paràgraf 65 de la sentència Volkswagen (*supra* nota 9).

44 Vegeu la Decisió de la Comissió, de 10 de novembre de 2020, C(2020) 7692 final; la Interlocutòria del Tribunal General, de 14 d'octubre de 2021, T-19/21, i la sentència del TJUE, de 20 d'abril de 2023, C-815/21 P, Amazon.com i altres contra la Comissió.

Dos arguments van sustentar les seves resolucions. Primer, la decisió d'iniciar un procediment no és un acte impugnabile per l'antic article 263 del TFUE. Només es pot recórrer contra les disposicions adoptades per les institucions comunitàries que produeixen efectes jurídics obligatoris; no, en canvi, contra els actes intermedis. La decisió d'incoar un expedient entra dins de la darrera categoria: únicament produeix els efectes propis d'un acte de procediment i no afecta la situació jurídica dels demandants. El segon argument va ser que l'acte recorregut no afectava els drets i obligacions d'Amazon en el pla substantiu ni vulnerava les seves facultats processals. La decisió d'incoar el procediment constitueix una garantia per a les empreses afectades ja que els permet exercir el dret a ser escoltades. A més, el Tribunal de Justícia va afirmar que la Comissió té llibertat per decidir quins territoris han estat afectats per un il·lícit anticoncurrencial o quins investiga.

Tot i que la decisió de la justícia europea sembla procedimentalment correcta, genera dubtes des del punt de vista material. D'una banda, va obligar Amazon a duplicar la seva defensa, ja que va ser processada en dos fòrums distints, conforme a dues legislacions diferents, que van concloure de forma diversa. Va arribar a un [acord amb la Comissió Europea](#), que va convertir en obligatoris els compromisos proposats. En canvi, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato va fallar que havia infringit l'article 102 del TFUE, per la qual cosa la va obligar a posar fi a les conductes il·lícites, li va prohibir repetir-les en el futur i li va imposar una multa.<sup>45</sup> No obstant, es podria objectar que la decisió de la Comissió d'excloure el mercat italià de la investigació respon a la recerca de l'eficiència en l'aplicació del dret de la competència. Si no ho hagués fet, l'autoritat italiana hagués hagut de posar fi a una investigació ja iniciada, que havia consumit força recursos, en virtut de l'article 11.6 del Reglament 1/2003. Ara bé, a *Toshiba Corporation* (*supra* nota 5) el Tribunal de Justícia va afirmar que aquesta privació d'atribucions és temporal, ja que l'autoritat nacional recupera les seves competències quan acaba el procediment comunitari (§ 79 i 80). A més, el considerant 22 del Reglament 1/2003 disposa que els compromisos imposats per la Comissió no vinculen les autoritats i jutges nacionals dels estats membres.

D'altra banda, cal preguntar-se si l'autoritat europea de la competència ha contravingut la seva política. La raó és que en la seva comunicació relativa a la delimitació del mercat de referència defineix l'àmbit geogràfic en funció de l'homogeneïtat de les circumstàncies del mercat en què l'empresa investigada actuava econòmicament.<sup>46</sup> En el cas que ens ocupa, la decisió d'excloure Itàlia de la investigació es devia que l'autoritat nacional ja havia incoat un procediment sancionador. Aquest fet no es troba entre els elements d'apreciació que figuren en els paràgrafs 44 i següents de la Comunicació. Amb tot, la delimitació inicial de l'àmbit geogràfic del mercat rellevant no és inamovible. Com bé recorda el Tribunal General en la resolució citada (§ 32), pot evolucionar durant el procediment i ampliar-se o reduir-se. D'aquí que hagi estat decisiva la qualificació de la Decisió recorreguda com a "acte intermedi" i el fet que no privi l'empresa investigada dels seus drets.

### 3.5 L'article 52.1 de la CDFUE

Malgrat la prohibició de l'article 50, la doble incriminació és lícita si compleix les exigències de l'article 52.1 de la CDFUE. En efecte, el darrer precepte fixa les condicions de licitud de les limitacions als drets i llibertats reconeguts en aquest text legislatiu. El Tribunal de Justícia hi recorre sobretot des de la sentència *Menci* (*supra* nota 19), a fi de contrarestar l'amplitud que genera optar per l'*idem factum*.

L'article 52.1 estableix quatre requisits, el primer dels quals és la previsió legal de l'acumulació de procediments i sancions. És a dir, no n'hi ha prou que cadascun d'ells estigui plasmat en una norma jurídica, sinó que ha de ser la possibilitat d'acumular-los la que hi aparegui recollida.<sup>47</sup> A més, en relació amb el requisit de proporcionalitat i necessitat, el TJUE exigeix que es tracti de normes clares i senzilles, de manera que la persona processada o sancionada pugui conèixer-les i preveure-les fàcilment i alleugerir la càrrega que ha de suportar. La professora Mangas (2008b, 833 i 834) ha advertit sobre els dubtes que pot generar el terme *llei*, i proposa una interpretació àmplia que doni cabuda als preceptes de la Unió Europea. Tot i que la proposta resulta acceptable, més encara si pensem en el dret de la competència europeu, no resol els problemes. Cal defensar la remissió al dret nacional –en cas que la norma que preveu l'acumulació pertanyi a un estat

45 [Resolució de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, de 30 d'abril de 2021](#).

46 97/C 372/03, en particular, § 8.

47 Vegeu les sentències del Tribunal de Justícia *Bpost* (*supra* nota 22, § 43), i *Dual Prod SRL* (*supra* nota 24, § 62).

membre— en determinar si la disposició que conté l'acumulació de procediments o sancions té prou rang jurídic per introduir una limitació a la prohibició de doble incriminació.

El segon requisit és el respecte al contingut essencial del dret o llibertat restringit. En el cas de l'article 50 de la CDFUE, el Tribunal de Justícia afirma que cal que la llei prevegi taxativament els casos en què escau l'acumulació de procediments o sancions.<sup>48</sup> No es compleix aquesta exigència quan una norma disposa l'acumulació automàtica de dues sancions sense establir-ne les condicions.<sup>49</sup>

En tercer lloc, la limitació al *ne bis in idem* ha de respondre a objectius d'interès general, o bé ha de servir a la tutela dels drets i llibertats dels ciutadans.<sup>50</sup> Es tracta d'una alternativa, i no és necessari acreditar que concorren les dues exigències. Ens centrem en la segona, atès que el tribunal de Luxemburg només s'ha pronunciat sobre aquesta: cap de les sentències analitzades justifica la restricció de la prohibició de doble incriminació per la necessitat de protegir drets i llibertats. I sobre això cal comentar que no només exigeix que es protegeixin interessos dignes de tutela, sinó que han de ser diferents en els dos procediments tot i que complementaris. A més dels dubtes que generarà la seva posada en pràctica, el gran problema és el fonament jurídic. L'única justificació que proporciona el Tribunal és la importància que la jurisprudència comunitària dispensa a l'objectiu de l'interès general, la qual cosa no sembla suficient; sobretot, si tenim en compte que perjudica l'eficàcia del dret de la competència europeu.

L'última exigència és que la restricció a la prohibició de doble incriminació sigui necessària i proporcional. Essencialment significa que, en cas que existeixin diferents mesures adequades, s'haurà d'optar per la menys àrdua per a la persona processada o sancionada. Aquesta exigència afecta l'essència de la limitació a la prohibició de doble incriminació, ja que amenaça l'existència de dos procediments. Caldrà justificar per què són necessaris, amb les càrregues que comporten, en lloc d'un de sol. Ara bé, cal recordar que els estats membres disposen de llibertat per configurar el seu sistema processal penal, per la qual cosa no estan obligats a canalitzar la protecció d'interessos jurídics complementaris a través d'una única via.

La jurisprudència comunitària s'ha ocupat d'aquest requisit en esdevenir clau en diversos casos. Les sentències Dual Prod SRL (*supra* nota 24, § 67) i Volkswagen (*supra* nota 9, § 96) sintetitzen la seva doctrina. Exigeixen normes clares i senzilles que permetin als interessats preveure quins actes i omissions seran objecte de procediments i sancions que s'acumularan. Segon, les diferents autoritats que intervinguin s'han de coordinar i han de cooperar.<sup>51</sup> Igualment, els procediments s'han de tramitar de manera coordinada i propera en el temps i, a més, han d'estar materialment relacionats. Quart, la primera sanció ha d'haver estat tinguda en compte en avaluar la segona perquè no signifiqui una càrrega excessiva. Finalment, el conjunt de punicions imposades s'ha de correspondre amb la gravetat de les infraccions comeses.

### 3.6 Article 52.1 i dret de la competència europeu

Vista la doctrina del Tribunal de Justícia sobre l'article 52.1, sembla molt difícil defensar la licitud de l'acumulació de dos procediments tant sobre defensa de la competència desenvolupats en dos països diferents com de regulació sectorial i de competència en el mateix estat membre. En primer lloc, caldrà que aquesta acumulació hagi estat establerta legalment, en normes clares i senzilles, i que s'enumerin els casos en què pot tenir lloc. És poc probable que la legislació d'un estat membre prevegi tant l'acumulació com els casos en què escau respecte de la regulació d'un sector i la defensa de la competència; encara més, quan parlem de procediments que discorren en dos estats diferents o de les sancions que s'imposaran. I tampoc sembla probable que el Tribunal admeti que la juxtaposició del Reglament 1/2003, de la Directiva 2019/1 i de la Comunicació de la Comissió sobre la cooperació a la Xarxa d'Autoritats de Competència satisfà aquesta

48 Sentències Menci (*supra* nota 19) § 43; Garlsson Real Estate (*supra* nota 19) § 45, i Dual Prod SRL (*supra* nota 24) § 63.

49 És el que va succeir en el cas MV – 98 (*supra* nota 9), en què la normativa búlgara establí una sanció pecuniària i, a més, precintat el local on s'havia comès la infracció. El TJUE va entendre que no respectava el contingut del dret fonamental (§ 53-55).

50 Bueno (2022, p. 1920) considera que aquest canvi de doctrina suposa una “degradació” de l'interès jurídic protegit, perquè ha passat de formar part de l'article 50 a constituir un simple element de l'article 52.1. Es passa així d'un control *ex ante* a un altre *ex post*, que pot comportar una depreciació de la protecció dels ciutadans.

51 En el cas MV – 98 (*supra* nota 9) § 61, el Tribunal va explicar que no semblava concórrer aquest requisit quan les sancions s'havien de recórrer davant tribunals diferents, que no tenien relació entre si.

exigència ja que, malgrat preveuen que dues autoritats nacionals puguin conèixer del mateix cas, no enumeren amb claredat en quins casos pot succeir.<sup>52</sup>

Diversa és la valoració de la tercera exigència: que els interessos protegits pels dos procediments o sancions siguin diferents però, alhora, complementaris. El cas Bpost evidencia que és probable que es compleixi quan es combina la regulació i la defensa de la competència.<sup>53</sup> Com es recordarà, concorrien un procediment relatiu al sector postal i un altre de defensa de la competència. La màxima autoritat judicial comunitària va considerar que era compatible amb l'article 52, ja que el primer afectava la liberalització del mercat belga, mentre que la finalitat del segon era evitar que es distorsionés la lluita concurrencial. En canvi, Nordzucker prova que és extremadament complicat quan interveuen autoritats de la competència de dos o més estats membres perquè, arran del procés de convergència de les legislacions de defensa de la competència generat pel Reglament 1/2003, tendeixen a tutelar els mateixos interessos.<sup>54</sup>

Per últim, també resulta difícil que es compleixin els requisits de necessitat i proporcionalitat a la llum de les sentències Dual Prod SRL i Volkswagen. La juxtaposició del Reglament 1/2003, de la Directiva 2019/1 i de la Comunicació de la Comissió sobre la cooperació a la Xarxa d'Autoritats de Competència garanteix la col·laboració, l'assistència mútua i l'intercanvi d'informació entre els seus membres, per la qual cosa es pot assumir que hi ha coordinació i proximitat en el temps, a més de relació material. En canvi, no sembla fàcil que es coordinin i cooperin els reguladors amb les autoritats de la competència quan són ens diferents.<sup>55</sup> I tampoc que tramitin els assumptes de forma pròxima en el temps i que tinguin en compte les sancions que imposen per separat i adeqüin la suma total a la gravetat de la infracció.

#### 4 Conclusions

L'anàlisi de la jurisprudència comunitària sobre l'article 50 de la CDFUE evidencia que pot perjudicar l'eficàcia del dret de la competència europeu. Abans que res, cal afirmar que aquest precepte és plenament aplicable en aquest àmbit ja que, tant els articles 101 i 102 del TFUE com les lleis nacionals sobre defensa de la competència "s'inscriuen en el marc del dret comunitari", atesa l'amplitud amb què el Tribunal de Justícia ha interpretat l'article 51 de la CDFUE.

Segon, l'aplicació dels criteris Engel determina que les resolucions de les autoritats de la competència i dels reguladors sectorials puguin ser considerades penals a efectes del *ne bis in idem*, ja que la finalitat de les sancions imposades és castigar i desincentivar el·lícits concurrencials i la pena màxima prevista acostuma a ser molt elevada. En canvi, l'aplicació privada del dret de la competència escapa a aquest àmbit, ja que la seva finalitat és indemnitzar els danys i perjudicis soferts per les víctimes. D'altra banda, val a dir que l'acolliment a un programa de clemència no exclou l'aplicació de l'article 50 de la CDFUE, a diferència del que passa quan les autoritats de la competència accepten els compromisos proposats per les empreses investigades.

Tercer, l'adopció de la configuració bipartida de l'*idem* fa que sigui més fàcil considerar que dos procediments o dues sancions tinguin els mateixos fets en no resultar rellevant la qualificació jurídica nacional ni l'interès tutelat per les normes que els regeixen. No obstant, pot ser difícil estimar que dues autoritats nacionals estan investigant els mateixos fets si la seva recerca es limita al territori dels seus propis estats. Però cal recordar que l'article 3 del Reglament 1/2003 les obliga a aplicar els articles 101 i 102 del TFUE i que la Comunicació

---

52 Ara bé, a la sentència Volkswagen, (*supra* nota 9) § 95-106, va considerar que es complia l'exigència de normes clares i senzilles que permetien conèixer en quins casos esqueia l'acumulació de procediments tot i que no existia cap llei alemanya o italiana que especificqués els supòsits en què procedia la dualitat de procediments. La raó que va donar és que l'empresa sancionada podia haver previst fàcilment que la seva conducta seria sancionada en tots dos països. No obstant, va afirmar que no es complien les exigències de l'article 52 perquè els procediments nacionals no s'havien desenvolupat de forma coordinada. Va reconèixer la dificultat d'assolir aquest objectiu però va considerar que no era excusa suficient.

53 *Supra* nota 22, § 44-47.

54 *Supra* nota 22, § 56. També Cappai i Colangelo (2023, p. 443 i 444).

55 Per aquesta raó, l'advocat general Campos Sánchez-Bordona (conclusions de 30 de març de 2023, C-27/22, Volkswagen Group Italia i Volkswagen Aktiengesellschaft) havia afirmat que el Tribunal tenia tres opcions: i) prescindir del requisit de coordinació dels procediments sancionadors, cosa que reduiria la protecció de l'article 50; ii) relativitzar aquesta exigència fins a deixar-la irreconeixible, o iii) mantenir aquest requisit, cosa que dificulta en extrem reconèixer una excepció al principi *ne bis in idem*.



de la Comissió sobre la cooperació a la Xarxa d'Autoritats de Competència proposa que sigui l'autoritat que estigui més ben situada la que investigui un il·lícit transnacional.

Per últim, la interpretació que ha fet el TJUE de l'article 52.1 de la CDFUE fa que sigui extremadament difícil considerar legítima la dualitat de procediments o sancions en matèria de competència quan els fets són els mateixos. Primer, les normes que els regulen no acostumen a preveure específicament la seva acumulació, i molt menys els casos en què escau. Segon, és improbable que dos procediments en matèria de competència no defensin el mateix interès. I tercer, no és freqüent que una autoritat de la competència i un regulador cooperin quan són ens diferents o que dos procediments de defensa de la competència es tramitin en diferents estats membres de forma coordinada i propera en el temps.

## 5 Referències

- Aguilar, Augusto. (2018). La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 973-1011. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.61.05>
- Aguilera, Marien. (2006). [El ne bis in idem, un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea](#). *Revista Española de Derecho Europeo*, 20, 479-531.
- Alarcón, Lucía. (2008). *La garantía ne bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Iustel.
- Altzelai, Igone I. (2023). Hacia unos mercados disputables y equitativos más allá del derecho de la competencia en la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, 147-189. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.74.05>
- Bazzocchi, Valentina. (2011). The European Charter of Fundamental Rights and the Courts. Dins Giacomo Di Federico (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument* (p. 55-75). Springer.
- Bouazza, Omar. (2022). Sanciones administrativas y garantías del proceso penal en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 72, 521-545. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.72.08>
- Bueno, Antonio. (2022). Carácter procedimental del *ne bis in idem* en la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*, 218, 171-206. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.218.06>
- Calvo, Alfonso Luis. (2017). El principio *ne bis in idem* en el Derecho europeo de la competencia (A propósito de la STJUE 14 febrero 2012, *Toshiba*, C-17/10). Dins Luciano Parejo, i José Vida, *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo* (p. 281-315). Tirant.
- Cappai, Marco, i Colangelo, Giuseppe. (2023). Applying *ne bis in idem* in the aftermath of *Bpost* and *Nordzucker*: the case of EU competition policy in digital markets. *Common Market Law Review*, 60, 431-456. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4344075>
- Cases Pallarès, Lluís. (1995). *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons.
- Cruz, Pedro. (2020). Sobre la “especial responsabilidad” del Tribunal de Justicia en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 66, 363-384. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.66.02>
- Devroe, Wouter. (2013). How General Should General Principles Be? *Ne Bis in Idem* in EU Competition Law. Dins Ulf Bernitz, Xavier Groussot, i Felix Schulyok (ed.), *General Principles of EU Law and European Private Law* (p. 401-442). Kluwer.
- European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust). (2021). [Case-law by the Court of Justice of the European Union on the Principle of ne bis in idem in Criminal Matters](#).

- Górriz López, Carlos. (2022). Responsabilidad de la filial por los ilícitos anticoncurrenciales de la matriz. *La Ley Unión Europea*, 99.
- Iglesias, Sara. (2013). [La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección](#). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 46, 1157-1175.
- Kaila, Heidi. (2012). The Scope of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in the Member States. Dins Pascal Cardonnel, Allan Roses, i Nils Wahl (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (p. 292-315). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472566140>
- Lianos, Ioannis. (2014). [The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication](#). *CLES Research Paper No. 6/2014*.
- Lidgard, Hans Henrik. (2012). Due process in European Competition Procedure: A Fundamental Concept or a Mere Formality? Dins Pascal Cardonnel, Allan Roses, i Nils Wahl (ed.), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh* (p. 403-421). Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781472566140>
- Mancano, Leandro. (2023). Transnational *ne bis in idem* and extradition: HF. *Common Market Law Review*, 60, 1117-1136.
- Mangas, Araceli. (2008a). Ámbito de aplicación. Dins Araceli Mangas (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (p. 809-825). Fundación BBVA.
- Mangas, Araceli. (2008b). Alcance e interpretación de los derechos y principios. Dins Araceli Mangas (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (p. 826-851). Fundación BBVA.
- Muñoz, Santiago. (2015). [Los tres niveles de garantías de los derechos fundamentales en la Unión Europea: problemas de articulación](#). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 50, 195-230.
- Nazzini, Renato. (2016). Parallel proceedings in EU Competition Law. *Ne Bis in Idem* as a Limiting Principle. Dins Bas van Bockel (ed.), *Ne Bis in Idem in EU Law* (p. 131-166). CUP. <https://doi.org/10.1017/9781316091845>
- Palomar, Alberto. (2019). Las conductas contrarias a la defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia. Dins Ana Belén, Alberto Palomar, i Carmen Calderón (ed.), *El Derecho de la competencia* (p. 83-216). Tirant lo Blanch.
- Parejo, Luciano. (2008). El nuevo sistema de defensa de la competencia. Algunas cuestiones generales sobre su fundamento constitucional y su organización específica en una administración independiente. Dins Luciano Parejo i Alberto Palomar (dir.), *Derecho de la competencia. Estudio sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia* (p. 43-86). La Ley.
- Ribera Martínez, Alba. (2023). An inverse analysis of the digital markets act: applying the *Ne bis in idem* principle to enforcement. *European Competition Journal*, 19(1), 86-115. <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2156729>
- Ripol Carulla, Santiago. (2023). “Los derechos fundamentales, parte del modo de vida europeo”. A propósito de la doctrina sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea en el 70 aniversario del Tribunal de Justicia. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 74, 11-28. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.74.01>
- Ripol, Santiago, i Ugartemendía, Juan Ignacio. (2022). La consolidación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Su aplicación en el periodo 2018-2020. Dins Santiago Ripol i Juan Ignacio Ugartemendía (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, veinte años después* (p. 53-73). Marcial Pons.

- Satzger, Helmut. (2020). Application Problems Relating to “Ne bis in idem” as Guaranteed under Art. 50 CFR/Art. 54 CISA and Art. 4 Prot. No. 7 ECHR. *Eucrim – The European Criminal Law Association’s Forum*, 3, 213-217. <https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-018>
- Schweitzer, Heike. (2008). [Commitment Decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law](#). *EUI Working Paper LAW No. 2008/22*.
- Soriano, José Eugenio. (2015). Régimen sancionador: peculiaridades en el ámbito del Derecho de la Competencia y una reflexión general. Dins Javier Guillén, y Miguel Cuervo (dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia* (p. 31-82). Civitas.
- Van Bockel, Bas. (2016). The ‘European’ *Ne Bis in Idem* Principle. Substance, Sources and Scope. Dins Bas Van Bockel, *Ne Bis in idem in EU Law* (p. 13-52). CUP. <https://doi.org/10.1017/9781316091845.002>
- Van Cleynenbreugel, Pieter. (2022). *BPost* and *Nordzucker*: Searching for the Essence of *Ne Bis in Idem* in European Union Law. *European Constitutional Law Review*, 18, 357-374. <https://doi.org/10.1017/S1574019622000190>
- Van de Gronden, Johan W., i Rusu, Catalin S. (2021). *Competition Law in the EU. Principles, substance, enforcement*. Elgar.
- Veenbrink, Marc. (2019). Bringing Back Unity: Modernizing the Application of the *Ne bis in Idem* Principle. *World Competition*, 42(1), 67-86. <https://doi.org/10.54648/woco2019005>
- Vervaele, John. (2013). [The Application of the EU Charter of Fundamental Rights \(CFR\) and its \*Ne Bis in Idem\* Principle in the Member States of the EU](#). *Review of European Administrative Law*, 6(1), 113-134.
- Whelan, Peter. (2021). Applying *Ne Bis In Idem* to Commission Proceedings Implicating Article 11(6) of Regulation 1/2003: Case C-857/19 *Slovak Telekom*. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(10), 746-749. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab042>
- Wils, Wouter P. J. (2008). [The Principle of ‘Ne Bis in Idem’ in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis](#). *World Competition*, 26(1), 131-148.
- Zelger, Bernadette. (2023). The Principle of *ne bis in idem* in EU competition law: The beginning of a new era after the ECJ’s decisions in *bpost* and *Nordzucker*? *Common Market Law Review*, 20, 239-262. <https://doi.org/10.54648/cola2023010>