

ACÓRDÃO

N.º

02/2021

**A PARTIR DE 19 de maio de
2021**

Recurso de anulação de uma decisão no âmbito de um verdadeiro litígio em matéria de concorrência

La Empresa Nacional Burkinabé de Hidrocarbonetos (SONABHY)

Contra

- A Comissão da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA)
- Société de Distribution de Gaz-Africain Petroleum Compagny PC (SODIGAZ-APC)
- O Agrupamento Profissional de Controladores (GPP)
- O Estado do Burkina Faso

Composição do Tribunal :

- Daniel A. TESSOUGUE, Presidente
- Euloge AKPO, juiz-relator
- A Sra. Joséphine S. EBAH TOURE, juiz
- Sra. Victoire Senhora El. ALLAGBADA,^{er} 1 Conselheiro Geral
- Eu Hamidou YAMEOGO, Funcionário do Tribunal

EXTRACTO DA ACTA DO REGISTO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA DA ÁFRICA OCIDENTAL (WAEMU)

AUDIÇÃO PÚBLICA DE 19 DE MAIO DE 2021

O Tribunal de Justiça da UEMOA, reunido em sessão pública ordinária no dia dezanove (19) de maio de dois mil e vinte e um (2021), com a presença de :

Daniel Amagoin TESSOUGUE, Presidente ;
Euloge AKPO, juiz-relator ;
Joséphine Suzanne EBAH TOURE, juíza ;

na presença de Victoire Eliane ALLAGBADA, advogada-geral;

com a assistência do Sr. Hamidou YAMEOGO, Escrivão do Tribunal;

Pronuncia a seguinte sentença:

ENTRE

Société Nationale Burkinabé d'Hydrocarbures, abreviadamente designada por "SONABHY", sociedade anónima com um Conselho de Administração e um capital de três mil milhões (3.000.000.000) de francos CFA, inscrita no Registo de Crédito Comercial e de Bens Pessoais da Secretaria do Tribunal de Comércio de Ouagadougou, com o número OUA 11.298/B, com sede social em Ouagadougou, quartier Pissy, Route de Bobo-Dioulasso, 01 BP 4934 Ouagadougou 01-Burkina Faso- Tel : (00226)25 43 00 01/25430034 Fax : (00226) 25 43

01 74, em nome do seu atual Diretor-Geral, assistido por Maître Ali NEYA, Avocat à la Cour, membro da Ordem dos Advogados do Burkina Faso, secteur numéro 14- Ancien de la ville de Ouagadougou, Quartier des 1200 logements, Rue TUEFFO AMORO, Porte numéro 346, 06 BP 10228

Ouagadougou 06-BURKINA FASO-, Tel: (00226)

25 36 36 71/Fax: (00226) 25 36 25 81, E-mail:

cabaline@fasonet.bf, a.neya67@gmail.com, sítio Web: www ;cabinetneya.com ;

O queixoso,

por um lado ;

E

A Comissão da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA), com sede em 380, Avenue du Professeur Joseph KI-ZERBO, 01 BP. 543

Ouagadougou 01 BURKINA FASO, Tel: (00226) 25 31 88 73 a 76, Fax: (00226)25 31 88 72, E-mail:

commission@uemoa.int, sítios Web:

www.uemoa.int e www.izf.net, representados pelo seu agente Oumarou YAYE, conselheiro técnico do presidente da Comissão encarregado dos assuntos jurídicos, assistido pelo advogado Harouna SAWADOGO, membro da Ordem dos Advogados do BURKINA FASO, Bâtiment Espace Fadima, Avenue du Président Aboubacar Sangoulé LAMIZANA, 01 BP 4091 Ouagadougou 01, Tel (00226) 25306946- Fax (00226) 25 310852 E- mail: cab.hsawadogo@live.fr ;

A Société de Distribution de Gaz-Africain Petroleum Compagny PC, abreviadamente designada por SODIGAZ-APC, sociedade anónima com um Conselho de Administração e um capital de mil milhões (1.000.000.000) de francos CFA, inscrita no Registo de Crédito Comercial e de Bens Pessoais da Secretaria do Tribunal de Comércio de Ouagadougou, com o número BF OUA 2012 M 5694, com sede em Ouagadougou, no quartier Pissy, Parcelle Nord-Est, Lote 241, 01 BP 1936 Ouagadougou, -BURKINA FASO, Tel: (00226)

/25436828/25435546 Fax: (00226)25 43 68 29, actuando a pedido do seu Diretor-Geral, tendo como advogado a Société Civile Professionnelle d'Avocats LOGOS (SCPA LOGOS), com sede em Ouagadougou, quartier 1200 logements, 11 BP 1631

OUAGA CMS 11, telefone: (OO226) 25 36 26 01/60 42 19 47, E-mail: avocatlogos@gmail.com. Com ;

O Groupement Professionnel des Pétroliers, en abrégé (GPP), domiciliado à 1080 Avenue KWAME N'KRUMAH, 01 BP 21 OUAGADOUGOU 01, Tél : (00226) 25 32 50 00- Fax: (00226) 25 32 50 01, BURKINA FASO, representado pelo seu Presidente, assistido por Boubou YAGUIBOU (do SCPA le SAPHIR), advogado, membro da Ordem dos Advogados do Burkina Faso;

O Estado do Burkina Faso, representado pelo Ministro da Economia, das Finanças e do Desenvolvimento, com domicílio escolhido na Agência Judiciária do Estado, a/c na Direção-Geral do Tesouro e da Contabilidade Pública, situada no Setor 52 da cidade de Ouagadougou, Avenue Mouammar KHADAFI, 01 BP 92 Ouagadougou 01, Tel: (00226) 25

66 20 17, fax: (00226) 25 30 57 61 ;

Réus,

por outro lado ;

O TRIBUNAL

TENDO EM CONTA o Tratado da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA), de 10 de janeiro de 1994, com a redação que lhe foi dada em 29 de janeiro de 2003;

TENDO EM CONTA o Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da UEMOA ;

TENDO EM CONTA o Ato Adicional n.º 10/96, de 10 de maio de 1996, relativo aos Estatutos do Tribunal de Justiça da UEMOA ;

TENDO EM CONTA o Regulamento n.º 01/96/CM, de 5 de julho de 1996, relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA

TENDO EM CONTA o Regulamento n.º 01/2012/CJ, de 21 de dezembro de 2012, relativo ao Regulamento Administrativo do Tribunal de Justiça da UEMOA;

TENDO EM CONTA a Ata n.º 2019-08/AI/02, de 28 de maio de 2019, relativa à nomeação do Presidente do Tribunal de Justiça e à repartição de funções no seio do Tribunal;

TENDO EM CONTA a Ata n.º 2019-09/AP/07, de 3 de junho de 2019, relativa à instalação do Presidente do Tribunal de Justiça da UEMOA;

TENDO EM CONTA a Ata n.º 02/2016/CJ, de 26 de maio de 2016, relativa à tomada de posse e à instalação dos membros do Tribunal de Justiça da UEMOA;

TENDO EM CONTA o Despacho n.º 08/2021/CJ, de 17 de março de 2021, sobre a composição da sessão plenária que se reunirá em sessão pública ordinária em 07 de abril de 2021;

TENDO EM CONTA o despacho n.º 13/2021/CJ, de 3 de maio de 2021, sobre a composição da sessão plenária que se reunirá em sessão pública ordinária em 19 de maio de 2021;

TENDO EM CONTA as intimações das partes;

TENDO EM CONTA o pedido datado de 12 de fevereiro de 2020, registado na Secretaria do Tribunal de Justiça da UEMOA em 12 de fevereiro de 2020, com o número 20 R 004, através do qual a Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbure (SONABHY), Société Anonyme d'Etat, agindo em nome do seu Diretor Geral e tendo como advogado Ali NEYA, Avocat à la Cour, membro da Ordem dos Advogados do Burkina Faso, interpôs um recurso de anulação ou de modificação de uma decisão que impõe uma sanção no domínio do contencioso de plena concorrência, a saber, a Decisão n.º 08/2019/COM/UEMOA, de 05 de novembro de 2019, relativa a práticas anticoncorrenciais implementadas no sector do gás de petróleo liquefeito no Burkina Faso;

OUVIU o juiz-relator no seu relatório;

OUVIU as observações orais do Conselho de Administração do SONABHY;

OUVIU as observações orais do Conselho de Administração da SODIGAZ APC;

TENDO ouvido as observações orais do Conselho da Comissão da UEMOA

OUVIU o advogado do Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP), constituído na audiência, nas suas observações orais;

TENDO ouvido as conclusões do primeiro advogado-geral; tendo

deliberado em conformidade com o direito comunitário :

I- FACTOS E PROCEDIMENTO

Considerando que, em 2001, para substituir um sistema de subvenções cruzadas entre produtos petrolíferos, ou seja, um sistema em que os produtos com uma margem de lucro financiavam os produtos subvencionados, o Governo do Burkina Faso instituiu o reembolso pelo Tesouro Público das subvenções concedidas ao preço de certos produtos petrolíferos, quer através de pagamento por transferência bancária, quer através de pagamento por cheques verdes, que só podem ser utilizados para pagamentos aos serviços de receitas do Estado e que, por conseguinte, podem ser trocados por numerário nos bancos comerciais;

Que, no âmbito da aplicação da sua política de luta contra a desertificação, o Governo do Burkina Faso decidiu alargar estas subvenções à compra de gás de petróleo liquefeito (GPL) ou de gás butano;

Que o benefício do pagamento por transferência bancária está sujeito a duas condições cumulativas, a saber, por um lado, que só é possível para a subvenção do gás e, por outro, que o beneficiário não pode utilizar cheques verdes;

Que a Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures (SONABHY), sociedade anónima estatal que detém o monopólio legal da importação, armazenagem e acondicionamento de hidrocarbonetos líquidos e gasosos, mantém uma relação comercial com a STD-SODIGAZ (atualmente SODIGAZ-APC), sociedade anónima privada, que recebe os pagamentos por transferência bancária;

Este pagamento através de cheques verdes não é adequado para esta empresa, uma vez que se trata do maior marcador e que o montante da subvenção reembolsável sobre as suas vendas de gás excede largamente o montante dos seus encargos fiscais;

Que o período de reembolso é, em princípio, de setenta e duas (72) horas para todas as subvenções;

Dado que o Tesouro ultrapassou este prazo, a SODIGAZ- APC começa a ter problemas de tesouraria;

Para ajudar a empresa, o Ministro do Comércio do Burkina Faso deu instruções à SONABHY para aplicar um regime especial à SODIGAZ-APC, celebrando um contrato de pré-financiamento da subvenção em 13 de março de 2001;

Que, por conseguinte, as compras de gás efectuadas pela SODIGAZ-APC serão efectuadas a uma taxa previamente reduzida pelo montante da subvenção;

Que a parte correspondente aos montantes da subvenção será suportada pelo SONABHY, cabendo à SODIGAZ-APC reembolsar os montantes correspondentes ao SONABHY quando este for efetivamente ressarcido pelo Tesouro Público;

Na prática, os problemas de tesouraria da SODIGAZ-APC, beneficiária do regime especial de compra de gás, foram de facto transferidos para a SONABHY, que, por sua vez, acumulou pagamentos em atraso que não foram reembolsados atempadamente;

Que, para remediar esta situação, por carta datada de 17 de junho de 2011, a SONABHY solicitou ao Ministro da Economia e Finanças do Burkina Faso a possibilidade de proceder ao pagamento do subsídio de gás butano da SODIGAZ-APC, através de cheques verdes; o que permitiria à SONABHY controlar ela própria o reembolso dos custos incorridos no âmbito do subsídio da SODIGAZ-APC,

a exemplo das subvenções concedidas aos produtos consumidos pela empresa de eletricidade SONABEL;

^{er}Em resposta, em 19 de julho de 2011, o Ministro da Economia e das Finanças do Burkina Faso autorizou uma revisão do procedimento de reembolso da subvenção de gás da SODIGAZ-APC, alargando os cheques verdes à SODIGAZ-APC, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2012;

Em 16 de setembro de 2011, a SONABHY informou a SODIGAZ-APC do carregamento do método de processamento deste subsídio de gás, criando um mal-entendido que a administração está a tentar resolver;

Informado destas negociações e tendo-se queixado ao Ministro da Indústria, do Comércio e do Artesanato (MICA) do facto de a subvenção da SODIGAZ ser reembolsada por transferência bancária, enquanto as outras marcas, membros do grupo, eram reembolsadas por cheques verdes, o Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP), por carta de 16 de maio de 2014, apresentou uma queixa à Comissão Nacional da Concorrência e do Consumo (CNCC) do Burkina Faso, alegando práticas anticoncorrenciais e discriminatórias no processo de reembolso da subvenção do gás butano, cometidas pela SONABHY, que alegadamente favorece a SODIGAZ-APC em detrimento das outras empresas do grupo;

Em 18 de maio de 2015, por decisão n.º 2015-001, a CNCC submeteu o caso à Comissão da UEMOA, ordenando à SONABHY que pusesse termo ao processo de reembolso da subvenção do gás instituído pelo Ministério da Economia e das Finanças, o ministério de supervisão técnica e de gestão da SONABHY;

Que, em 05 de novembro de 2019, após exame preliminar, investigação e preparação do processo, a Comissão da UEMOA emitiu a Decisão n.º 08/2019/COM/UEMOA contra SONABHY, cujo excerto se segue:

"DECIDE

Artigo 1.º: Verifica-se que a SONABHY infringiu as disposições da alínea b) do artigo 88.º do Tratado da UEMOA e dos seus textos de aplicação.

Artigo 2: É aplicada à SONABHY uma coima de cinquenta milhões (50.000.000) de francos CFA.

Artigo 3.º: A SONABHY deve pôr termo à prática discriminatória instituída no âmbito do reembolso da subvenção do gás, nomeadamente através de um tratamento equitativo das diferentes marcas que operam no sector da distribuição de gás no Burkina Faso.

Artigo 4.o : A SONABHY, a SODIGAZ-APC, o Groupement Professionnel de Pétroliers (GPP) e as autoridades competentes do Burkina Faso são os destinatários da presente decisão.

Artigo 5.º: Será publicado um resumo da presente decisão, a expensas da Comissão, numa edição de um jornal de cada Estado-Membro. Esta publicação será feita em caixa alta, em letras pretas sobre fundo branco, com pelo menos três milímetros de altura, sob o seguinte título, em negrito e do mesmo tamanho: [Comunicação da Comissão da UEMOA sobre uma decisão relativa às práticas anticoncorrenciais aplicadas no sector do gás de petróleo liquefeito no Burkina Faso].

Artigo 6.º: A presente decisão, que entra em vigor no dia da sua assinatura, será publicada no Boletim Oficial da União Europeia;

Que, por petição de 12 de fevereiro de 2020, registada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 12 de fevereiro de 2020 com o número 20 R 004, a SONABHY interpôs um recurso contra a Comissão da UEMOA, a SODIGAZ-APC, o GPP e o Estado do Burkina Faso, pedindo a anulação ou a modificação da Decisão n.º 08/2019/COM/UEMOA, de 05 de novembro de 2019, relativa às práticas anticoncorrenciais aplicadas no sector do gás de petróleo liquefeito no Burkina Faso;

Que uma caução de 100 000 francos, fixada pelo Tribunal de Justiça por despacho n.º 016/2020/CJ de 06 de fevereiro de 2020, foi integralmente paga pelo recorrente, conforme recibo de 11 de março de 2020, junto aos autos;

SONABHY interpôs um recurso de suspensão da execução da decisão impugnada por requerimento registado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de março de 2020 com o número 20 R 0015; o referido recurso foi indeferido pelo despacho n.º 028/2020CJ de 19 de maio de 2020.

Que, por carta de 28 de fevereiro de 2020, recebida no Tribunal de Justiça em 3 de março de 2020, a Comissão da UEMOA nomeou Oumarou YAYE, Conselheiro Técnico do Presidente da Comissão encarregado dos Assuntos Jurídicos, como agente para a representar;

Considerando que, em apoio dos seus pedidos :

- A SONABHY, para além do seu pedido datado de 05 de novembro de 2019, apresentou uma declaração de resposta datada de 18 de março de 2020 e uma declaração de réplica datada de 29 de junho de 2020, juntamente com os respectivos anexos;
- a Comissão da UEMOA apresentou uma resposta datada de 07 de abril de 2020 e uma réplica datada de 10 de junho de 2020, juntamente com os anexos ;
- A Société de Distribution De Gaz African Petroleum Company (SODIGAZ APC) apresentou memorandos de resposta e de réplica em 18 de março e 29 de junho de 2020, respetivamente;

Em contrapartida, os outros demandados, a saber, o Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP) e o Estado do Burkina FASO, a quem a petição e os diferentes articulados foram notificados, não apresentaram quaisquer articulados;

^{er}Que a fase escrita seja encerrada pelo despacho n.º 041/2020/CJ proferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça em 1 de julho de 2020;

^{er}Por último, o Juiz Euloge AKPO é nomeado Juiz-Relator no presente processo, pelo Despacho Presidencial n.º 042/2020/CJ, de 1 de julho de 2020;

II. APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS PARTES

A- ALEGAÇÕES E ARGUMENTOS DO REQUERENTE

Considerando que, na forma e em resposta às observações da Comissão, a SONABHY, no seu memorando datado de 08 de maio de 2020, afirma que a Comissão da UEMOA não tomou qualquer posição clara ou retirou qualquer consequência clara, no sentido da admissibilidade ou inadmissibilidade do Tribunal;

Que o seu recurso é plenamente admissível porque foi interposto dentro do prazo;

Considerando que, quanto ao mérito e na sua petição, datada de 5 de novembro de 2019, na sua resposta, datada de 18 de março de 2020 e, posteriormente, na sua réplica, datada de 29 de junho de 2020, o SONABHY refere, em primeiro lugar, o erro na qualificação jurídica dos factos;

Que, no seu entender, a Comissão, aplicando erradamente o artigo 88.o -B, lhe imputou a infração de abuso de posição dominante no sector do GPL, através da aplicação da prática abusiva de aplicação de condições desiguais a serviços equivalentes face a outros distribuidores, através do pré-financiamento exclusivo da subvenção associada às compras da SODIGAZ-APC, colocando-a assim em desvantagem concorrencial;

Que a caracterização dos factos assim adoptada é errónea, pois o artigo 88º-B não faz qualquer menção à intervenção de uma pessoa de direito público e não pode, por isso, ser a melhor ilustração da censura feita ao SONABHY;

Tendo declarado na sua decisão de condenação: "*considerando, no entanto, a forte implicação das autoridades do Burkina Faso na execução das práticas ilícitas*", a Comissão deve aplicar as disposições do artigo 88.º-C do Tratado da UEMOA relativas aos auxílios públicos susceptíveis de falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções;

Que isto justifica suficientemente a anulação da decisão, devido ao facto de o mecanismo proibido pela lei ter sido, na realidade, concebido e posto em prática pelo Estado do Burkina Faso, tendo a SONABHY sido apenas um executor que agiu sob as instruções e ordens do referido Estado, através do Ministro do Comércio, o ministro responsável pela supervisão técnica e pela gestão da SONABHY;

Que o pré-financiamento da subvenção às compras de gás da SODIGAZ-APC é mais um auxílio público suscetível de falsear a concorrência do que uma prática de uma ou várias empresas que equivale a um abuso de posição dominante no mercado comum;

Considerando que a SONABHY sustenta igualmente que a alegada inaplicabilidade da alínea c) do artigo 88º do Tratado, invocada pela Comissão, e a sua ideia de que a prática é comparável a um auxílio de carácter social concedido a consumidores individuais, desde que seja concedido sem discriminação relacionada com a origem dos produtos, são irrelevantes;

Que não só o auxílio é concedido a empresas e não a consumidores individuais, como também é suscetível de conferir uma vantagem a uma empresa, a SODIGAZ, e que a aplicação da subvenção ao gás butano, por iniciativa do Estado do Burkina Faso, falsearia a concorrência e implicaria inevitavelmente um custo direto e efetivo para uma parte do Estado, a SONABHY, empresa pública que tem de suportar o custo da subvenção e ser paga muito tardiamente; o que provoca um verdadeiro prejuízo para a sua tesouraria;

Que a única parte culpada no presente processo é o Estado do Burkina Faso e que houve violação do princípio da responsabilidade pessoal e do carácter individual das penas, que exclui qualquer responsabilidade por actos de outrem em matéria penal;

Este pré-financiamento é equivalente a um empréstimo sem juros concedido pelo Governo do Burkina Faso;

Que a Comissão cometeu um erro na qualificação jurídica dos factos e fez uma aplicação errada do direito;

Que se trata de "uma violação do princípio constitucional da legalidade das infracções";

Que a decisão da Comissão não deve, por conseguinte, ser anulada por violação das disposições do Regulamento n.º 03/2002/UEMOA, de 23 de maio de 2002, relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA;

Que o ato de SONABHY pode ser qualificado como *sui generis*, exigindo a promulgação de legislação específica, uma exigência do princípio da legalidade das infracções e das sanções, que é violado pela Comissão da UEMOA, que sancionou este facto novo ou inédito sem qualquer legislação;

Considerando que SONABHY também alega que existe uma contradição de fundamentos, baseada no desaparecimento do objeto da consulta da Comissão;

Que a Comissão da UEMOA o condenou por práticas que o convidou a cessar, embora as referidas práticas tenham cessado, tendo os membros do GPP decidido unilateralmente e por sua própria autoridade pagar as suas facturas de gás, anteriormente reduzidas no que corresponde ao montante do subsídio, desde junho de 2016;

Essa prova *prima facie* por escrito pode ser fornecida através da apresentação das facturas emitidas aos marcadores que beneficiam da proteção contratual, juntamente com as ordens de compra equivalentes recebidas pela SONABHY;

Que não é possível pôr termo a uma discriminação que desapareceu;

Que a determinação do montante da coima de cinquenta milhões de euros se justifica pela gravidade da infração em termos de duração e do prejuízo causado à economia, em conformidade com as disposições do artigo 22.2 do Regulamento n.º 3-2002-CM-UEMOA, quando o artigo 22.1 não parece limitar a determinação do referido montante a estes factores;

O requisito de proporcionalidade aplica-se igualmente à pessoa que impõe uma sanção para punir uma determinada infração;

A tomada em consideração de outros elementos incontestáveis pode permitir a redução do referido montante para o mínimo legal de quinhentos mil (500 000) francos CFA, nomeadamente que :

- O SONABHY não iniciou o mecanismo e não é responsável por ele;
- A SONABHY não retirou qualquer benefício da prática da infração; a prática da infração cessou em 2016;
- A Comissão regista a forte participação das autoridades do Burkina Faso;

Considerando que a SONABHY sustenta finalmente que, no que diz respeito à exclusão de responsabilidade solicitada pela SODIGAZ-APC, devido à infração prevista na alínea a) do artigo 88.º do Tratado da UEMOA, que proíbe de pleno direito os acordos, associações e práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto restringir ou falsear a concorrência na União, a SODIGAZ não pode ser excluída de responsabilidade;

Que esta infração não pode ser imputada nem à SONABHY nem à SODIGAZ-APC, uma vez que o acordo exigido para a aplicação do referido artigo nunca existiu e que se trata de um auxílio estatal que falseia a concorrência ao favorecer esta última, como previsto na alínea c) do artigo 88;

O SONABHY solicita, por conseguinte, ao Tribunal de Justiça que: Em forma :

- Declarar admissível a candidatura de SONABHY por ter cumprido os requisitos legais aplicáveis;

Antecedentes:

- Anular a Decisão n.º 08/2019/COM/WAEMU, de 05 de novembro de 2019, relativa a práticas anticoncorrenciais no sector do gás de petróleo liquefeito no Burkina Faso, a fim de :
 - erro na qualificação jurídica dos factos ;
 - Aplicação incorrecta das disposições das alíneas a) e b) do artigo 88.º do Tratado da UEMOA e do n.º 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 3-2002-CM-UEMOA relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA;
 - Violação das disposições do artigo 88.º, alíneas a) e b), do Tratado da UEMOA e do artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 3-2002-CM-UEMOA relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA;
 - razões contraditórias ;
 - desaparecimento do objeto da consulta da Comissão ;
- Para o novo acórdão, considere-se que :
 - O SONABHY não acionou o mecanismo em questão;
 - A Comissão não deixou de registar a forte implicação das autoridades burquinenses nas práticas em causa;
 - O SONABHY declarou nos seus comentários que o governo do Burkina Faso está a criar um mecanismo que garantirá um tratamento justo para todas as partes interessadas;
 - A SONABHY não beneficiou de forma alguma da prática em questão; pelo contrário, teve um impacto muito negativo, tendo de suportar e suportar a longa espera pelo reembolso das subvenções da SODIGAZ-APC e de todos os membros do GPP contra a sua vontade;
 - A prática ilícita cessou e, desde junho de 2016, os membros do GPP têm vindo a pagar as suas facturas de gás, que foram reduzidas no montante do subsídio;
- Consequentemente, reduzir a coima para o mínimo legal de quinhentos mil (500.000) francos CFA;

B. ALEGAÇÕES E ARGUMENTOS DOS ARGUIDOS

1- PEDIDOS E ARGUMENTOS DA COMISSÃO UEMOA

Considerando que a Comissão da UEMOA, na sua resposta de 07 de abril de 2020 e na sua réplica de 10 de junho de 2020, pretende a rejeição pura e simples das alegações da SONABHY, com o fundamento de que os seus fundamentos não podem ser utilizados como base para anular ou alterar a decisão de condenação;

Sustenta que há mais de dez anos que os membros do GPP são vítimas de um tratamento discriminatório no reembolso da subvenção do gás butano, porque a subvenção da SODIGAZ-APC é suportada diretamente pela SONABHY, ao contrário de outros distribuidores que têm de suportar o custo da subvenção e esperar muitos meses, ou mesmo anos, até serem pagos;

Que as informações recolhidas revelaram provas concordantes de um mau funcionamento da concorrência no mercado do GPL;

Um inquérito realizado pela Comissão da UEMOA, com o apoio de investigadores nacionais, junto dos agentes do sector e dos consumidores, de 18 a 29 de abril, em Uagadugu, Bobo Dioulasso e Ouahigouya (cidades do Burkina Faso), conduziu à abertura de um processo contraditório, à notificação de queixas e à receção de observações escritas;

Que o princípio da subvenção do gás butano constitui um auxílio público regido pelo artigo 88º-C do Tratado e pelo Regulamento nº 04/2002/CM/UEMOA, cujo artigo 3º reconhece a compatibilidade com o mercado comum dos "auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais";

Todos os consumidores do Burkina Faso deveriam beneficiar diretamente da subvenção do gás, independentemente da empresa que distribui o gás, à semelhança do que acontece com a água e a eletricidade;

Que o litígio que está na origem do processo não diz respeito nem à subvenção nem à sua legalidade, mas sim ao mecanismo de reembolso e à sua aplicação por uma empresa em situação de monopólio e, portanto, em posição dominante;

A intervenção do Estado na concorrência não é apenas abrangida pelo artigo 88º-C do Tratado sobre os auxílios estatais;

O artigo 76º-C do Tratado relativo aos objectivos do mercado comum refere *"a introdução de regras comuns de concorrência aplicáveis às empresas públicas e privadas e aos auxílios públicos"*;

Que o artigo 6.º do Regulamento nº 02/2002/CM/UEMOA, relativo às práticas anticoncorrenciais imputáveis aos Estados-Membros, proíbe, nomeadamente, os referidos Estados de adoptarem ou manterem, em relação às empresas públicas, medidas contrárias às regras e aos princípios estabelecidos nas alíneas a) e b) do artigo 88;

Resulta destas disposições que a intervenção pública pode ser apoiada por uma infração de acordo anticoncorrencial (88-a) ou de abuso de posição dominante (88-b);

Nestes casos, as empresas são processadas por infração às alíneas a) ou b) do artigo 88º do Tratado;

Que a infração relativa aos auxílios públicos implica a obrigação de quantificar os auxílios recebidos e de poder exigir a sua restituição ao Estado quando estes são manifestamente ilegais;

Que as empresas de marcação, ou seja, as empresas de distribuição de gás da SONABHY, não são beneficiárias da subvenção para seu próprio benefício, mas meros intermediários na concessão de auxílios a consumidores individuais;

Que não há erro na qualificação dos factos, sendo os beneficiários da subvenção os consumidores;

Também não se trata de um auxílio público concedido a uma ou mais empresas, uma vez que, neste caso, a prática em causa, o "pré-financiamento da subvenção", não conduz a uma redução das receitas públicas; os marcadores pré-financiam as despesas públicas e são posteriormente reembolsados pelo Estado;

Que o mecanismo de subvenção que cria uma vantagem para certas empresas, como a SODIGAZ-APC, constitui práticas contrárias às regras e princípios estabelecidos nas alíneas a) e b) do artigo 88.º do Tratado e que a intervenção pública registada não pode ser analisada sob o ângulo dos auxílios públicos, mas sim sob o ângulo das práticas anticoncorrenciais imputáveis aos Estados;

Que a SONABHY, que participou na aplicação desta medida discriminatória, está a ser corretamente processada e punida por abuso de posição dominante;

O artigo 76.º-C do Tratado refere-se ao estabelecimento de regras comuns de concorrência aplicáveis às empresas públicas e privadas, enquanto a SONHABHY é uma empresa pública que adoptou práticas abusivas na exploração do gás butano;

Que a infração se consubstancia no objeto e no efeito anticoncorrencial do acordo de 13 de março de 2001, pelo qual a SONABHY se comprometeu a suportar o custo da subvenção sobre as encomendas da SODIGAZ-APC, cabendo a esta última reembolsar a referida subvenção, uma vez reembolsada pelo Tesouro burquinense, nas suas contas;

Que entre estas duas partes existe um acordo de vontades ou a existência de um cartel que limita a capacidade de conquista do mercado por parte dos outros intervenientes, tendo em conta os custos financeiros que suportam e a pressão sobre a tesouraria provocada pelos atrasos no reembolso da subvenção;

Que a situação favoreceu a SODIGAZ-APC, dotando-a de recursos substanciais que lhe permitiram executar o seu plano de desenvolvimento e manter a sua posição dominante no mercado do GPL, possibilidades de que não dispõem os outros distribuidores;

Que a SONABHY, único ator no Burkina Faso responsável pela importação e armazenamento de hidrocarbonetos em virtude do seu monopólio, ao aplicar a política de subvenções, aplica um tratamento diferenciado aos seus parceiros comerciais;

A SONABHY cobra à SODIGAZ-APC preços reduzidos do montante da subvenção e só é reembolsada quando a subvenção é paga nos seus cofres pelo Tesouro, enquanto outros distribuidores pagam a subvenção e são reembolsados vários meses ou anos mais tarde;

Que a SONABHY não apresentou qualquer documento que ateste a cessação formal da prática discriminatória, limitando-se a apresentar três cartas relativas aos procedimentos de aplicação da discriminação a favor da SODIGAZ-APC;

A SONABHY admitiu que a prática cessou em 2016, na sequência de uma decisão unilateral dos membros do GPP de pagarem as suas facturas de gás, que anteriormente tinham sido reduzidas no montante do subsídio;

Que o silêncio mantido pela SONABHY face a esta atitude não pode ser interpretado como uma aceitação formal e definitiva, uma vez que os membros do GPP não estão juridicamente protegidos de uma eventual reviravolta da SONABHY;

Que a alegada cessação da referida infração é apenas uma circunstância atenuante na determinação da pena;

Que a obrigação do SONABHY de pôr formalmente termo à prática incriminada é justificada e visa assegurar a proteção jurídica de todas as partes;

Que o forte envolvimento das autoridades governamentais não pode eximir uma empresa monopolista da sua responsabilidade de assegurar o correto funcionamento do mercado em questão;

Esta intervenção pública constitui, no entanto, uma circunstância atenuante que já foi tida em conta na fixação da coima, razão pela qual o montante da coima não foi fixado com base no volume de negócios da SONABHY, mas sim mantendo o montante de cinquenta milhões (50.000.000) de francos CFA, o que parece simbólico tendo em conta a infração de abuso de posição dominante;

Que não compete às partes infractoras determinar o montante da coima; Que o montante fixado é razoável e deve ser mantido.

Que o Tribunal de Justiça se digne: Em

forma :

- aceitar ficar vinculado à lei quanto à admissibilidade da ação; Quanto ao

mérito :

- que a ação seja julgada improcedente;
- condenar a SONABHY na totalidade das despesas;

2º- ALEGAÇÕES E ARGUMENTOS DA SOCIETE DE DISTRIBUTION DE GAZ AFRICAN PETROLUM COMPANY (SODIGAZ APC) SA

Considerando que a Société de Distribution De Gaz African Petroleum Company (SODIGAZ APC), na sua resposta e réplica, datadas respetivamente de 18 de março e 29 de junho de 2020, pretende ser exonerada do processo, alegando, por um lado, que ao invocar as disposições do artigo 14.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/96/CM relativo ao regulamento interno,

o Tribunal de Recurso só pode apreciar o mérito da decisão proferida pela Comissão da UEMOA contra a SONABHY e o montante da coima aplicada e, por outro lado, que a Comissão da UEMOA não aplicou qualquer sanção à SODIGAZ-APC SA;

Pede igualmente a inadmissibilidade dos fundamentos e a improcedência do pedido de oposição da SONABHY;

Que não cabe à SONABHY pedir a sua condenação, quando o Ministério Público a ilibou;

Sustenta que o presente processo diz respeito unicamente à apreciação do recurso da SONABHY;

Pede ao Tribunal de Primeira Instância que se oriente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso vertente, o acórdão Groupe Danone/Comissão das Comunidades Europeias, de 8 de fevereiro de 2007, confirmado pelo acórdão Galp Energia Espana SA/Comissão das Comunidades Europeias, de 21 de janeiro de 2016, segundo o qual a competência plena do juiz comunitário diz respeito unicamente à apreciação da coima aplicada, cujo montante pode ser reduzido ou aumentado;

Que o período durante o qual a SONABHY aplicou um tratamento diferenciado à SODIGAZ-APC e a outros marcadores vai de março de 2001 a junho de 2016, ao passo que a Comissão da UEMOA reteve o período de 2001 a 2018, considerando que a prática incriminada ainda está em curso;

Que a SODIGAZ não pode ser responsabilizada por qualquer acordo, na medida em que não foi provada a existência de qualquer acordo entre a SONABHY e a SODIGAZ, uma vez que as partes se limitaram a cumprir as instruções governamentais entre 2001 e 2011 e que a SONABHY se opôs expressamente ao tratamento depreciativo concedido à SODIGAZ entre 2011 e 2016;

Que foi para evitar uma grave perturbação do mercado, devido ao desaparecimento do principal operador, a SODIGAZ, que o Estado ordenou à SONABHY, uma empresa pública, que assinasse o acordo em questão, nos termos do qual a SODIGAZ recebe a subvenção por transferência bancária e não por cheques verdes, e só reembolsa a SONABHY depois de a subvenção ter sido paga pelo Estado;

Que a SODIGAZ nunca solicitou ou exigiu um tratamento discriminatório à SONABHY, responsável pela elaboração do acordo em causa;

Que o acordo reflecte a aplicação de um acordo político e não comercial entre os seus signatários;

Um cartel só pode ser criminalizado se tiver um objeto ou efeito anticoncorrencial;

Não é esse o caso, porque o objetivo não era afastar ou prejudicar os concorrentes, mas cumprir uma instrução governamental destinada a garantir a disponibilidade de gás no mercado;

Que o objetivo do cartel não era assegurar uma situação vantajosa para a SODIGAZ, mas sim permitir-lhe não adiantar a subvenção por conta do Estado, uma vez que não podia aplicar materialmente o sistema de subvenção por cheque verde, dado o volume comercializado;

A concorrência surge a nível da compra da garrafa de gás pelo consumidor, uma vez que os consumidores que devolveram uma garrafa de gás a um marcador são obrigados a carregar a sua garrafa com esse marcador;

Que, nestas condições, não são aplicadas quaisquer sanções às empresas que sejam parte nesses acordos;

Que o equilíbrio económico da SODIGAZ dependia inteiramente do rápido reembolso da subvenção concedida pelo Estado aos consumidores;

Tendo em conta os volumes comercializados e a não permutabilidade das garrafas, a incapacidade da SODIGAZ para abastecer os seus clientes poderia conduzir a uma situação de escassez no mercado;

Que a subvenção do gás, tal como prevista pelo Governo do Burkina Faso, que não dispunha de recursos financeiros suficientes para apoiar a sua política, teria como consequência o encerramento definitivo da SODIGAZ-APC e uma grave perturbação do mercado do butano;

Que a prática de que são acusadas a SODIGAZ e a SONABHY é inteiramente imputável ao Estado do Burkina Faso, que impôs um tratamento diferenciado a favor da SODIGAZ em vez de alinhar todas as marcas pelo mesmo sistema de reembolso diferido da subvenção;

Que não se trata de um cartel na aceção do artigo 3.º do Regulamento UEMOA n.º 02/2002/CM/UEMOA, mas de uma simples aplicação de instruções governamentais;

Que não pode ser punida por ter aplicado um acordo exigido pelo Estado e depois mantido com a sua aprovação;

Tendo em conta os articulados e os documentos apresentados, é evidente que a SONABHY será condenada nas despesas;

Por conseguinte, solicita ao Tribunal que :

- para a exonerar;
- declarar a inexistência de práticas anti-concorrenciais ;
- exonerar o país de sanções devido à intervenção do Estado burquinense;
- decidir sobre o recurso de SONABHY;
- pronunciar-se unicamente sobre o recurso da SONABHY que tem por objeto o arquivamento do processo ou a redução do montante da sanção que lhe foi aplicada;
- condenar a SONABHY nas despesas.

III- DISCUSSÃO

A- ONDEA COMPETÊNCIA

Considerando que os autos do processo não revelam qualquer preocupação especial quanto à competência do tribunal em causa, que é uma instância de controlo jurisdicional da UEMOA;

No entanto, é importante notar que:

- **O nº 3 do artigo 15º** do Regulamento nº 01/96/CM, que estabelece o regulamento processual do Tribunal de Justiça relativo ao contencioso integral em matéria de concorrência, prevê
"...] O Tribunal de Justiça pode ser chamado a pronunciar-se sobre decisões e sanções que a Comissão tenha eventualmente aplicado a empresas que não tenham respeitado o princípio da livre concorrência ou que tenham abusado da sua posição dominante no mercado da União. O Tribunal pode alterar ou anular essas decisões, reduzir ou aumentar o montante das coimas e das sanções pecuniárias compulsórias, fazer constatações e impor obrigações às empresas;

- **O artigo 31.º** do Regulamento n.º 3/2002/CM/UEMOA relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA, relativo aos recursos judiciais, prevê igualmente que :
*"...] O Tribunal de Justiça da UEMOA aprecia a legalidade das decisões adoptadas pela Comissão em aplicação do presente regulamento nas condições previstas no Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da União. Por força do artigo 8.º do Protocolo acima referido, a ação de apreciação da legalidade está aberta aos Estados-Membros e ao Conselho. Está igualmente aberta a qualquer pessoa singular ou colectiva contra qualquer ato que lhe cause prejuízo.
Em conformidade com o disposto no nº 3 do artigo 15º do Regulamento nº 1/96/CM/UEMOA, de 5 de julho de 1996, o Tribunal de Justiça é plenamente competente para conhecer dos recursos interpostos contra as decisões da Comissão que fixam uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória. Pode alterar ou anular as decisões tomadas, reduzir ou aumentar o montante das coimas e sanções pecuniárias compulsórias ou impor obrigações específicas;*

Que resulta destas disposições que a competência é perfeitamente atribuída ao tribunal de primeira instância, no caso em apreço, através de um recurso de anulação de uma decisão da Comissão da UEMOA em matéria de concorrência;

Que é conveniente declarar-se competente;

B- SURLA RELEVABILIDADE

Considerando que a Comissão da UEMOA levantou a questão da admissibilidade do recurso, em relação à data de apresentação da candidatura;

É de notar que o artigo 31º do Regulamento nº 3/2002/CM/UEMOA, de 22 de maio de 2002, relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA, prevê que :

"...] O Tribunal de Justiça da UEMOA aprecia a legalidade das decisões adoptadas pela Comissão em aplicação do presente regulamento nas condições previstas no Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da União.

Por força do artigo 8º do Protocolo acima referido, a ação para apreciação da legalidade está aberta aos Estados-Membros e ao Conselho. Também está aberta a qualquer pessoa singular ou colectiva contra qualquer ato que lhe cause prejuízo...] ;

Nos termos do artigo 8.º do *Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da União*, que tem a seguinte redação: "[...] *Qualquer pessoa singular ou colectiva pode igualmente interpor recurso de apreciação da legalidade de qualquer ato de um órgão da União que lhe cause prejuízo. Os recursos previstos no presente artigo devem ser interpostos no prazo de dois (2) meses a contar da publicação do ato, da sua notificação ao recorrente ou, na falta desta, do dia em que este tenha tomado conhecimento do mesmo*";

A leitura conjunta das disposições precedentes implica que deve ser respeitado um período de dois anos para se poder reclamar um crédito.

(02) meses para a interposição de um recurso de anulação de uma decisão de sanção emitida pela Comissão, no âmbito de um contencioso de concorrência de grande envergadura;

Considerando que o pedido da SONABHY deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça da UEMOA em 12 de fevereiro de 2020 e foi registado no mesmo dia, ao passo que a decisão impugnada lhe foi notificada em 12 de dezembro de 2019;

Que a contagem dos prazos no direito da concorrência da UEMOA é regida pelo artigo 69.º do Regulamento n.º 1/96/CM que estabelece o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA, que prevê, nomeadamente, que "[...] *se um prazo expresso em dias, semanas, meses ou anos for contado a partir do momento em que ocorre um facto ou em que é praticado um ato, o dia em que esse facto ocorre ou em que esse ato é praticado não é contado como parte do prazo. [Quando um prazo for expresso em meses e dias, devem ser tidos em conta primeiro os meses completos e depois os dias; [...]*";

Neste caso, o prazo é expresso em meses;

Sendo o dia da notificação da decisão impugnada quinta-feira, 12 de dezembro de 2019, o primeiro dia do prazo é o dia seguinte, sexta-feira, 13 de dezembro de 2019, e o último dia é quinta-feira, 13 de fevereiro de 2020;

Resulta do processo que o pedido de SONABHY foi apresentado e registado na Secretaria do Tribunal em 12 de fevereiro de 2020;

Que o referido recurso deve, por conseguinte, ser declarado admissível;

C- SURL EFOND

Considerando que SONABHY está a pedir:

- a anulação da Decisão n.º 08/2019/COM/WAEMU da Comissão, de 5 de novembro de 2019;

Em alternativa :

- implicar a SODIGAZ-APC na infração prevista no artigo 88.o , alínea a), do Tratado da UEMOA, que proíbe automaticamente os acordos, associações e práticas concertadas entre empresas que tenham por objetivo restringir ou falsear a concorrência na União;
- redução da coima para o mínimo legal de quinhentos mil (500.000) francos CFA;

1- ANULAÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA

Considerando que a SONABHY invoca cinco fundamentos em apoio do seu pedido de anulação, a saber

- um erro na qualificação jurídica dos factos ;
- Aplicação incorrecta das disposições do artigo 88.º, alíneas a) e b), do Tratado da UEMOA e do artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 3-2002-CM-UEMOA relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA;
- violação das disposições do artigo 88.º, alíneas a) e b), do Tratado da UEMOA e do artigo 22.º, n.º 2, do Regulamento n.º 3-2002-CM-UEMOA relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA;
- razões contraditórias ;
- o desaparecimento do objetivo da remessa à Comissão ;

a) - O primeiro fundamento relativo a um erro na qualificação jurídica dos factos

Considerando que o SONABHY apresenta três queixas a este respeito:

- **Quanto à primeira queixa relativa à "aplicação incorrecta do artigo 88.o -B".**

A recorrente alega que lhe foi erradamente imputado o abuso de posição dominante no sector do GPL, uma vez que o artigo 88.o -B não faz qualquer referência à intervenção de uma pessoa de direito público;

O artigo 88º-B proíbe *"todas as práticas de uma ou mais empresas que impliquem o abuso de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte significativa deste"*;

A nota 1 do anexo 1 do Regulamento n.º 03/2002/cm/UEMOA relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na UEMOA prevê, nomeadamente, que :

"Para efeitos do direito comunitário da concorrência, a noção de empresa é definida como uma organização unitária de elementos pessoais, corpóreos e incorpóreos, que exerce uma atividade económica com fins lucrativos, de forma duradoura, independentemente do seu estatuto jurídico, público ou privado, e do seu modo de financiamento, e que goza de autonomia de decisão..." ;

Por conseguinte, o estatuto de empresa pública da SONABHY não a isenta de uma ação penal com base no artigo 88.º-B do Tratado da UEMOA alterado, que proíbe às empresas todas as práticas que constituam um abuso de posição dominante no mercado comum ou numa parte significativa deste;

Tendo em conta o que precede, a reclamação da recorrente deve, por conseguinte, ser julgada improcedente;

- **Relativamente à segunda queixa, relativa ao facto de a Comissão não ter aplicado o artigo 88º-C do Tratado**

Considerando que o requerente alega que as disposições do artigo 88.º-C do Tratado da UEMOA se referem a auxílios públicos susceptíveis de falsear a concorrência, por ter constatado no seu acórdão *"... a ampla participação das autoridades do Burkina Faso na execução das práticas denunciadas"*;

Que o pré-financiamento da subvenção às compras de gás da SODIGAZ-APC é mais um auxílio público suscetível de falsear a concorrência do que uma prática de uma ou várias empresas que equivale a um abuso de posição dominante no mercado comum;

Considerando que o artigo 88.º-C do Tratado da UEMOA alterado prevê que são proibidos ipso jure "*os auxílios públicos susceptíveis de falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções*";

Que, embora no caso em apreço seja inegável que o Estado do Burkina Faso, no âmbito da sua política de luta contra a desertificação, concede subvenções de preços para a compra do produto "*gás de petróleo liquefeito*" (GPL) ou gás butano, está provado que os verdadeiros beneficiários das referidas subvenções são, na realidade, os consumidores do referido produto e não as marcas ou empresas distribuidoras de gás SONABHY, que são meros intermediários na concessão de ajudas ao consumidor final;

Que se afigura que as referidas subvenções de preços não podem ser consideradas como A Comissão considera que os "*auxílios públicos susceptíveis de falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções*" são de molde a exigir a aplicação do disposto no artigo 88º-C do Tratado, tal como alterado;

O processo revela igualmente que o que está em causa não é a subvenção do preço do gás pelo Estado do Burkina Faso, nem a sua legalidade, mas sim o mecanismo de reembolso da subvenção e a sua aplicação pela SONABHY;

Que a SONABHY, sendo uma empresa em situação de monopólio e, por conseguinte, em posição dominante, é autora de práticas anticoncorrenciais, todas elas exigindo a aplicação do artigo 88;

Que, por conseguinte, a Comissão tinha razão em recorrer ao artigo 88.o -B e não ao artigo 88.o -C do Tratado com a redação que lhe foi dada;

Por conseguinte, esta segunda queixa não é pertinente e deve ser rejeitada.
rejeitado ;

- **Sobre a terceira queixa relativa à atribuição ao Estado do Burkina Faso da concessão e aplicação do mecanismo proibido**

Considerando que o requerente alega que a SONABHY era um mero executor que actuou sob as instruções e ordens do Estado do Burkina Faso, através do Ministro do Comércio, o seu ministro de supervisão técnica e de gestão;

Considerando que o facto de uma empresa agir sob as instruções de um terceiro, mesmo que seja a sua autoridade de controlo, não pode constituir uma imunidade para actos que violem as suas obrigações em matéria de concorrência;

Que cabe à sociedade em causa avaliar previamente, em relação às suas obrigações, se os referidos actos são ou não abrangidos pelo âmbito de aplicação da lei, antes de os praticar;

Que a empresa deve assumir a responsabilidade pelas suas acções, caso se verifique que estas são abrangidas pela lei;

Por outras palavras, uma ordem de uma autoridade, mesmo de controlo, não pode exonerar uma empresa do cumprimento das obrigações comunitárias, nomeadamente as relativas à proibição de práticas anticoncorrenciais;

Que esta terceira queixa deve, por conseguinte, ser rejeitada.

Em suma, resulta do que precede que a decisão impugnada não está viciada por um erro de qualificação jurídica dos factos, pelo que este primeiro fundamento deve ser rejeitado sem contestação;

(b) - O segundo e terceiro fundamentos relativos à aplicação incorrecta e à violação das disposições do artigo 88.o , alíneas a) e b), do Tratado da UEMOA e do artigo 22.2 do Regulamento n.o 3-2002-CM-UEMOA

Considerando que o requerente alega que a única parte culpada no caso em apreço é, de facto, o Estado do Burkina Faso e que houve violação do princípio da responsabilidade pessoal e do princípio da individualização das penas, que exclui qualquer responsabilidade indireta em matéria penal;

Que o pré-financiamento é equivalente a um empréstimo sem juros concedido pelo Estado do Burkina Faso no âmbito da UEMOA, o que inspira "*uma violação do princípio constitucional da legalidade das infracções*";

Considerando que, em apoio destes dois fundamentos, SONABHY apresenta três queixas, a saber

- que o auxílio é concedido a empresas e não a consumidores individuais, mas também que é suscetível de conferir uma vantagem a uma empresa, a SODIGAZ, e que a aplicação da subvenção ao gás butano, por iniciativa do Estado do Burkina Faso, provocaria uma distorção da concorrência;
- que o único responsável no caso em apreço é o Estado do Burkina Faso e que existe uma violação do princípio da responsabilidade pessoal e do carácter individual das penas, que exclui qualquer responsabilidade indireta em matéria penal; que o pré-financiamento equivale a um empréstimo sem juros concedido pelo Estado do Burkina Faso;
- a exigência do princípio da legalidade das infracções e das sanções, violada pela Comissão da UEMOA, que sancionou, sem texto, um facto novo ou inédito, uma vez que o ato de SONABHY pode ser qualificado de *sui generis* e exige a promulgação de textos específicos;

Considerando que já se concluiu que a subvenção do preço do gás butano constitui um auxílio que beneficia efetivamente os consumidores de gás do Burkina Faso e não as empresas distribuidoras do referido produto, que são meros intermediários na concessão do auxílio;

Uma vez que os referidos distribuidores não retiram, manifestamente, qualquer benefício da mesma, conclui-se que a subvenção do preço do gás pelo Estado do Burkina Faso não está em causa e não afecta nem falseia a concorrência;

Por conseguinte, carece de pertinência afirmar que houve violação do princípio da responsabilidade pessoal, da personalidade das penas ou da legalidade das infracções, relativamente ao processo instaurado contra SONHABHY;

Por conseguinte, as três queixas devem ser rejeitadas;

Por conseguinte, estes segundo e terceiro fundamentos só podem ser rejeitados;

(c) - O quarto e o quinto fundamentos relativos, respetivamente, à incoerência da fundamentação e à falta de tomada em consideração do objeto da consulta à Comissão

Considerando que, em apoio destes fundamentos, a recorrente invoca a acusação comum de que a Comissão da UEMOA lhe submeteu o assunto e a condenou por práticas que lhe pede que cesse, quando as referidas práticas já cessaram, tendo os membros do GPP decidido unilateralmente, por sua própria autoridade, pagar as suas facturas de gás, anteriormente reduzidas no que corresponde ao montante da subvenção, desde junho de 2016;

Que não é possível pôr termo a uma discriminação que desapareceu;

Considerando que, mesmo que o comportamento descrito como prática concorrencial tenha desaparecido com o tempo, o autor dos actos não pode alegar que o comportamento em questão desapareceu para beneficiar de impunidade;

Que as práticas anticoncorrenciais que tenham cessado não são imunes a acções penais, desde que constituam infracções e não tenham prescrito;

Os quarto e quinto fundamentos devem ser rejeitados;

Considerando que, em suma, no que se refere ao exame do pedido de anulação da decisão impugnada, resulta dos autos que a SONABHY é uma sociedade anónima estatal que goza de um monopólio legal na importação, armazenamento e acondicionamento de hidrocarbonetos líquidos e gasosos;

Nestas condições, detém uma posição dominante no que respeita ao fornecimento de hidrocarbonetos líquidos e gasosos no Burkina Faso;

O processo revela igualmente que, no âmbito das suas relações comerciais com os seus clientes, a SONABHY se comprometeu a faturar à SODIGAZ-APC preços reduzidos do montante da subvenção de preços concedida pelo Estado do Burkina Faso aos consumidores, sendo apenas reembolsada se o montante for pago aos cofres da SODIGAZ-APC pelo Tesouro Público;

No entanto, outros distribuidores têm de pagar a subvenção e são reembolsados vários meses ou anos mais tarde;

Que parece que, através deste comportamento, a SONABHY favoreceu a SODIGAZ-APC, dando-lhe acesso a recursos significativos no mercado do GPL, que outros distribuidores, todos concorrentes da SODIGAZ-APC, não têm;

Nestas condições, estas últimas são obrigadas a suportar custos financeiros mais ou menos elevados, ou são privadas de recursos correspondentes ao montante das subvenções cujo reembolso é atrasado, em comparação com as que apenas elas têm;

A aplicação de um tratamento diferenciado aos parceiros comerciais;

Que este tratamento diferenciado é suscetível de falsear a concorrência no mercado do GPL na União Europeia;

Que constitui, para uma empresa que detém o monopólio do fornecimento de hidrocarbonetos líquidos e gasosos no Burkina Faso, uma prática anticoncorrencial, neste caso a infração de abuso de posição dominante, proibida pelo artigo 88º-B do Tratado da UEMOA alterado;

Que a Comissão da UEMOA teve razão em declarar e responsabilizar a recorrente por esta infração;

endo em conta as considerações precedentes, o pedido de anulação da decisão impugnada deve ser julgado improcedente;

2- SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA SODIGAZ-APC NO PROCESSO

Considerando que a SONABHY apresentou um pedido ambíguo a este respeito, alegando, por um lado, que, devido à infração prevista na alínea a) do artigo 88.º do Tratado da UEMOA, que proíbe de pleno direito os acordos, associações e práticas concertadas entre empresas que tenham por objetivo restringir ou falsear a concorrência na União, "a SODIGAZ não pode ser exonerada";

Por outro lado, a Comissão sustentou em seguida que "esta infração não podia, no entanto, ser imputada nem à SONABHY nem à SODIGAZ-APC", porque o acordo exigido para a aplicação do referido artigo nunca existiu e porque constituía um auxílio estatal que falseava a concorrência ao favorecer esta última, tal como previsto na alínea c) do artigo 88;

Que, apesar da ambiguidade do pedido, o SODIGAZ-APC respondeu pedindo ao tribunal que o exonerasse de qualquer responsabilidade e de qualquer sanção devido à intervenção do Estado do Burkina Faso;

Considerando que, no caso em apreço, a acusação e a condenação da SONABHY na decisão impugnada se baseiam unicamente nas disposições relativas ao abuso de posição dominante, neste caso *o artigo 88.º, alínea b), do Tratado da UEMOA e os seus textos de aplicação*;

Que, com o pedido de intervenção da SODIGAZ APC SA, a recorrente pede, de facto, ao Tribunal de Justiça que dê início, em vez da Comissão, a um novo processo contra esta sociedade com base no artigo 88.o -A;

Nos termos do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 01/96/CM, que estabelece o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça relativo ao contencioso completo em matéria de concorrência, o Tribunal de Primeira Instância não tem por missão dar início ao processo em vez da Comissão, mas sim *"...] pronunciar-se sobre as decisões e sanções que a Comissão possa ter aplicado às empresas que não tenham respeitado o princípio da livre concorrência ou que tenham abusado da sua posição dominante no mercado da União"*;

Que, por conseguinte, o pedido de apensação da SODIGAZ APC SA como parte no processo deve ser indeferido;

3- REDUÇÃO DA COIMA

Considerando que SONABHY pede, na falta de anulação da decisão impugnada, a redução do montante da coima para o mínimo legal de quinhentos mil (500.000) francos CFA;

Em apoio do seu pedido, a recorrente invoca quatro fundamentos, a saber

- O SONABHY não iniciou o mecanismo e não é responsável por ele;
- A SONABHY não retirou qualquer benefício da prática em causa;
- A prática em causa foi interrompida em 2016;
- A Comissão regista a forte participação das autoridades do Burkina Faso;

- **A DENÚNCIA DE QUE SONABHY NÃO INICIOU O MECANISMO E NÃO É RESPONSÁVEL POR ELE**

Considerando que a recorrente pede uma redução do montante da coima com base no facto de não ter iniciado o mecanismo e de não ser responsável por ele;

Considerando que, se é verdade que o processo mostra que foi o Ministério do Comércio do Estado do Burkina Faso que deu instruções à SONABHY para aplicar um regime especial à SODIGAZ-APC, celebrando, em 13 de março de 2001, um contrato de pré-financiamento da subvenção;

É igualmente verdade que a SONABHY não deve ignorar a lei nem a norma comunitária da UEMOA, nomeadamente as suas disposições que proíbem as práticas anti-concorrenciais;

Que, antes de executar uma instrução da autoridade de controlo, a SONABHY se certifique de que a referida instrução não viola a norma comunitária da UEMOA, neste caso as regras relativas à livre concorrência;

Que, por não o ter feito, e por ter aplicado voluntariamente o mecanismo de subvenção assim decidido pela sua autoridade de controlo, a SONABHY não pode invocar a sua própria torpeza para não assumir as consequências do seu comportamento, que falseia a concorrência na União;

Por conseguinte, esta primeira queixa não é pertinente e deve ser rejeitada;

- **A DENÚNCIA DE QUE NÃO FOI OBTIDA QUALQUER VANTAGEM COM A PRÁTICA DENUNCIADA**

Considerando que a SONABHY solicita uma redução do montante da coima, alegando que não retirou qualquer benefício da prática da infração;

Considerando que, no caso em apreço, a coima é a sanção pela infração de abuso de posição dominante de que a SONABHY é responsável;

Para que esta infração seja estabelecida, devem estar reunidas duas condições: por um lado, a posição dominante resultante do monopólio da SONABHY e, por outro, o abuso, neste caso o tratamento diferenciado dos parceiros comerciais, que falseia a concorrência no mercado do GPL na União;

Que o abuso seja apreciado de forma objetiva e concreta e que seja suficiente, por si só, para violar as regras da livre concorrência;

Que está, por conseguinte, desligada de qualquer outra consideração; Que esta segunda reclamação deve, por conseguinte, ser julgada improcedente;

- **A TERCEIRA QUEIXA RELATIVA À CESSAÇÃO DA PRÁTICA DENUNCIADA**

Considerando que a SONABHY solicita uma redução do montante da coima que lhe foi aplicada, uma vez que a prática de que é acusada cessou desde 2016;

Considerando que, apesar de a Comissão, nos seus articulados, se ter oposto a esta redução, afirmando que *"ao contrário do que alega, a SONABHY não juntou ao processo do Tribunal qualquer documento que ateste a cessação formal da prática discriminatória..."* ;

No entanto, o ponto 136 da decisão impugnada refere: *"Considerando que o período de 2001 a junho de 2016 foi escolhido como período de referência durante o qual as práticas ilícitas foram realizadas"*;

Por conseguinte, é evidente que existe, de facto, uma correspondência entre o ano de cessação referido pela recorrente e o limite máximo do âmbito temporal da infração, que consta da decisão impugnada;

Por conseguinte, esta terceira queixa não é pertinente e deve ser rejeitada;

• **SOBRE A QUARTA QUEIXA RELATIVA AO FORTE ENVOLVIMENTO DAS AUTORIDADES BURQUINENSES**

Considerando que a SONABHY solicita uma redução do montante da coima que lhe foi aplicada devido à forte implicação das autoridades do Burkina Faso, tal como constatado pela Comissão;

Considerando que é verdade que a recorrente agiu sob as instruções da sua autoridade de controlo e que isso não a isenta da responsabilidade pela infração de abuso de posição dominante de que é responsável;

É igualmente verdade que a SONHABY é uma empresa pública que não teria sido culpada desta infração na ausência de instruções da sua autoridade de supervisão;

Que, na decisão impugnada, a Comissão da UEMOA constatou, no ponto 137, *"... a forte implicação das autoridades do Burkina Faso no comportamento denunciado"* e que tomou este facto em consideração, segundo as suas alegações escritas, ao fixar o montante da coima em cinquenta milhões (50 000 000) de francos;

De acordo com o n.º 2 do artigo 22.º do Regulamento n.º 3/2002/CM/UEMOA relativo aos procedimentos aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante, na UEMOA, pode ser aplicada uma coima a uma empresa culpada de abuso de posição dominante, no montante de 500.000 francos CFA a 100.000.000 francos CFA e que este montante pode ser aumentado para dez por cento do volume de negócios realizado durante o exercício anterior da referida empresa ou dez por cento dos seus activos, quando a infração for cometida deliberadamente ou por negligência;

Para determinar o montante da coima, deve ser tida em conta não só a gravidade da infração, mas também a sua duração;

n.º 3, do Regulamento n.º 1/96/CM que estabelece o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA, o Tribunal de Justiça pode *"pronunciar-se sobre as decisões e sanções que a Comissão possa ter tomado contra empresas que não tenham respeitado o princípio da livre concorrência ou que tenham abusado da sua posição dominante no mercado da União. Pode alterar ou anular essas decisões [...] reduzir ou aumentar o montante das coimas [...]"* aplicadas a uma empresa culpada de abuso de posição dominante;

Tendo em conta os elementos do processo, nomeadamente o facto de as práticas denunciadas terem sido facilitadas por um fator externo, neste caso as instruções da autoridade de controlo da recorrente, o tribunal considera que o montante da coima fixada pela Comissão em cinquenta milhões (50 000 000) de francos CFA é razoável;

Que o pedido de redução da coima deve ser rejeitado; 4-

SOBRE A NATUREZA DA DECISÃO

Considerando que, nos termos do artigo 80.º do Regulamento n.º 1/96/CM que estabelece o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, quando "*o demandado, devidamente citado, não responder à petição inicial na forma e no prazo fixados*", o Tribunal pronuncia-se à revelia contra ele;

Que, no caso em apreço, dois demandados, a saber, o Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP) e o Estado do Burkina FASO, a quem a petição e os diversos articulados das outras partes foram devidamente notificados, não apresentaram quaisquer articulados;

Que é apropriado decidir por omissão contra eles;

5- SOBRE AS DESPESAS

Considerando que, nos termos do artigo 60º do Regulamento nº 1/96/CM relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal, a parte vencida é condenada nas despesas;

Uma vez que a recorrente foi vencida, deve ser condenada nas despesas.

PARCE SMOTIFOS

proferindo um acórdão público e desfavorável à Société Nationale Burkinabé d'Hydrocarbures (SONABHY), à Comissão da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA) e à Société de Distribution de Gaz-Africain Petroleum Compagny PC (SODIGAZ APC) em seguida, à revelia, contra o Groupement Professionnel des Pétroliers (GPP) e o Estado do Burkina Faso, em matéria de direito comunitário e em recursos de anulação de decisões em matéria de concorrência plenamente contenciosa;

NO FORMULÁRIO :

- declara-se competente ;
- declara admissível o pedido da Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures (SONABHY);

NO FUNDO :

- É negado provimento a todos os pedidos da Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures (SONABHY);
- condenar a Société Nationale Burkinabè d'Hydrocarbures (SONABHY) nas despesas.

Assim foi feito, julgado e pronunciado em audiência pública em Ouagadougou, no dia, mês e ano acima referidos.

E assinada pelo Presidente e pelo Escrivão.
Seguem-se as assinaturas ilegíveis.
Ouagadougou, 21 de maio de 2021

Pelo Escrivão O
Escrivão Adjunto

Hamidou YAMEOGO