

Causa C-151/20

Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia

Data di deposito:

27 marzo 2020

Giudice del rinvio:

Oberster Gerichtshof (Austria)

Data della decisione di rinvio:

12 marzo 2020

Ricorrente:

Bundswettbewerbsbehörde

Resistenti:

1. Nordzucker AG
2. Südzucker AG
3. Agrana Zucker GmbH

Oggetto del procedimento principale

Violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in particolare, mediante accordi anticoncorrenziali in relazione al mercato austriaco dello zucchero

Oggetto del rinvio

Principio del «ne bis in idem» nel quadro dell'esperimento dell'azione con riferimento alla medesima infrazione da parte di autorità di Stati membri diversi, rilevanza dell'interesse giuridico tutelato

Questioni pregiudiziali

1) Se il terzo criterio previsto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di concorrenza ai fini dell'applicabilità del principio del «ne bis in idem», vale a dire la necessità che sia toccato il medesimo interesse giuridico tutelato, trovi applicazione anche quando le autorità garanti della concorrenza di due Stati membri sono chiamate ad applicare per la medesima fattispecie e in relazione alle medesime persone, unitamente a disposizioni nazionali, anche le medesime norme giuridiche di diritto europeo (nella fattispecie: l'articolo 101 TFUE).

In caso di risposta affermativa alla prima questione:

2) Se in un siffatto caso di applicazione parallela del diritto della concorrenza europeo e nazionale sussista il medesimo interesse giuridico tutelato.

3) Se, inoltre, ai fini dell'applicazione del principio del «ne bis in idem» rilevi se la decisione sull'ammenda cronologicamente anteriore adottata dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro abbia, dal punto di vista dei fatti, tenuto conto degli effetti dell'infrazione alle norme in materia di concorrenza su un altro Stato membro, la cui autorità garante abbia adottato solo successivamente la propria decisione nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza svoltosi dinanzi ad essa.

4) Se anche un procedimento in cui, dato il coinvolgimento di un partecipante al programma nazionale di clemenza, può essere accertata unicamente la sua infrazione al diritto della concorrenza, rappresenti un procedimento dominato dal principio del «ne bis in idem» o se un siffatto accertamento dell'infrazione sia ammesso a prescindere dall'esito di un procedimento anteriore concernente l'inflizione di un'ammenda (in un altro Stato membro).

Disposizioni di diritto europeo fatte valere

Articolo 101 TFUE, articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali, articolo 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS), articolo 2 del regolamento (CE) n. 1184/2006, articolo 2 del regolamento n. 26/1962, articolo 209, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 1308/2013, regolamento (CE) n. 318/2006, considerando 18 e 37 e articoli 5, 13, paragrafi 1 e 2, e articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003

Disposizioni nazionali fatte valere

Articoli 1, 2, paragrafo 2, punto 5, 28, paragrafo 1, 29, punto 1, lettere a) e d), e 36, paragrafo 1, del Kartellgesetz 2005 (legge austriaca del 2005, in materia di intese) e articoli 9, 87, paragrafo 2, e 142, punto 1, lettere a) e d), del Kartellgesetz 1988 (legge austriaca del 1988, in materia di intese)

Giurisprudenza della Corte fatta valere

Sentenze del 18 giugno 2013, Schenker & Co, C-681/11; del 14 febbraio 2012, Toshiba, C-17/10; del 15 ottobre 2002, Limburgse Vinyl, C-238/99 P; del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland, C-204/00 P; del 29 giugno 2006, Showa Denko, C-289/04 P; del 13 febbraio 1968, Walt Wilhelm, 14/68; del 18 maggio 2006, Archer-Midlands, C-397/03; del 9 marzo 2006, Esbroeck, C-436/04; del 20 marzo 2018, Luca Menci, C-524/15; e del 28 settembre 2006, Von Straaten, C-150/05

Fatti e procedimento

- 1 I gruppi delle prime due resistenti (Nordzucker e Südzucker) sono tra i produttori di zucchero leader in Europa. La terza resistente (Agrana), controllata dalla Südzucker, gestisce due stabilimenti di produzione di zucchero in Austria, oltre a disporre, attraverso delle controllate, di altri stabilimenti in Europa orientale. Da decenni, in Germania il mercato dello zucchero è controllato dalle aziende di tre grossi produttori, tra cui le prime due resistenti. Per ragioni storiche e anche in considerazione dell'omogeneità del prodotto e degli elevati costi di trasporto, il mercato tedesco dello zucchero era ripartito nei mercati centrali dei grandi produttori tedeschi («regola del mercato nazionale»). Non venivano ivi considerati i mercati stranieri, nemmeno quelli, come l'Austria, in cui operavano controllate dei produttori tedeschi di zucchero. La terza resistente agisce sui mercati su cui opera in maniera sostanzialmente indipendente ed è considerata il produttore austriaco di zucchero.
- 2 A causa dei tentativi compiuti da alcuni produttori di zucchero stranieri di entrare sul mercato tedesco, quantomeno dal 2004 si tenevano una serie di incontri tra i direttori commerciali della prima e della seconda resistente all'epoca competenti, in Germania, per lo zucchero industriale. In tale contesto veniva sottolineata l'importanza di contrastare la nuova pressione concorrenziale insorta evitando che le imprese tedesche si facessero concorrenza l'un l'altra, intervenendo nei mercati centrali acquisiti dagli altri produttori. L'Austria non era oggetto di tali colloqui. La terza resistente nemmeno vi partecipava e i suoi responsabili non ne venivano a conoscenza.
- 3 Per il mercato austriaco assumeva importanza essenziale l'apertura dei confini orientali dell'Unione europea. A fine 2005, inizio 2006, la terza resistente rilevava come alcuni dei suoi clienti industriali, che essa aveva sino ad allora rifornito in via esclusiva, acquistassero zucchero dalla Slovacchia, evidentemente dalla controllata della prima resistente. Il 22 febbraio 2006, in occasione di un colloquio telefonico vertente su altre tematiche del gruppo, l'amministratore della terza resistente informava il direttore commerciale della seconda resistente anche di dette forniture verso l'Austria e gli chiedeva se conoscesse qualcuno presso la prima resistente con cui poterne parlare. Il direttore commerciale della seconda resistente chiamava quindi il suo omologo presso la prima resistente, lamentandosi delle forniture verso l'Austria. Il direttore commerciale della prima

resistente non assumeva alcun impegno nei suoi confronti ma considerava seriamente il rischio per la «tregua concorrenziale» sul mercato tedesco e, con messaggio di posta elettronica del 23 febbraio 2006, informava il suo collega e il presidente del consiglio di amministrazione della prima resistente del colloquio. Questi gli dava verbalmente istruzione di non reagire. Tuttavia, il direttore commerciale della prima resistente manifestava nei confronti del responsabile delle vendite della controllata slovacca l'auspicio che non vi fosse un incremento delle esportazioni verso l'Austria. Quest'ultimo leggeva in tale auspicio, espresso da una figura per lui importante della sede centrale, un'istruzione ed era disponibile a darvi attuazione. Questi processi interni alla prima resistente non erano riconoscibili per la terza resistente. La telefonata del 22 giugno 2006 rimaneva l'unico colloquio tra le resistenti in cui veniva citato il mercato austriaco.

- 4 Con decisione sull'ammenda del 18 febbraio 2014, passata in giudicato, il Bundeskartellamt (autorità federale tedesca garante della concorrenza) irrogava alla seconda resistente, quale parte interessata secondaria, una sanzione pecuniaria pari a EUR 195 500 000, in ragione del fatto che, nel periodo compreso, almeno, tra fine 2001 e il 26 marzo 2009, in diverse località della Repubblica federale di Germania, più responsabili avevano intenzionalmente violato il divieto di concludere tra imprese in concorrenza accordi che potessero pregiudicare il commercio tra Stati membri e che avessero per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza all'interno del mercato interno, o avevano colposamente ommesso di adottare le necessarie misure di controllo volte a impedire la suddetta violazione del divieto di intese, la quale sarebbe stata impedita o significativamente ostacolata con l'adozione della dovuta vigilanza. La decisione di cui trattasi si fonda sul fatto che alcuni responsabili della prima resistente, della seconda resistente e della terza impresa tedesca concordavano - sia per lo zucchero industriale che per lo zucchero da tavola - di rispettare i mercati centrali dei concorrenti («regola del mercato nazionale»). In questo contesto, il Bundeskartellamt tedesco effettuava accertamenti in relazione a incontri periodici tra i rappresentanti della prima e della seconda resistente tra il 2004 e il 2007 e nell'estate 2008. Nella decisione sull'ammenda di cui trattasi, composta di sole 22 pagine, viene espressamente riportato il contenuto della telefonata del 22 febbraio 2006, precedentemente illustrata, tra il direttore commerciale della seconda resistente e il direttore commerciale della prima resistente in merito all'Austria.
- 5 Nell'ambito del presente **procedimento** la Bundeswettbewerbsbehörde (autorità federale garante della concorrenza, Austria) ha chiesto l'accertamento nei confronti della prima resistente della violazione, da parte sua, dell'articolo 101 TFUE e delle corrispondenti disposizioni della legge nazionale in materia di intese e, nei confronti della seconda resistente, l'irrogazione di un'ammenda di EUR 12 460 000 per il periodo tra il 1° gennaio 2005 e il 21 settembre 2006, oltre a un'ulteriore ammenda di EUR 15 390 000, in via solidale con la terza resistente, per il periodo dal 22 settembre 2006 al 31 ottobre 2008.

- 6 Il **giudice di primo grado** respingeva le domande. Con riferimento alla domanda di accertamento contro la prima resistente viene osservato che la Bundeswettbewerbsbehörde non vanterebbe alcun interesse legittimo all'accertamento nei confronti di un'impresa rispetto alla quale essa si sarebbe astenuta dal richiedere l'inflizione di un'ammenda in ragione dell'applicazione del trattamento di clemenza. Non sussisterebbero i presupposti di una deroga settoriale per l'ambito agricolo a norma del regolamento (UE) n. 1308/2013. Per il periodo sino a febbraio 2006 non vi sarebbe alcun elemento indicante il coinvolgimento, nemmeno «implicito», dell'Austria nell'accordo di base sul rispetto dei mercati tedeschi acquisiti. Tuttavia, con l'analoga richiesta formulata in occasione della telefonata del 22 febbraio 2006, di intervenire nel 2006 sulle forniture effettuate verso l'Austria dalla controllata slovacca della prima resistente al fine - quantomeno - di frenarle, e con la successiva attuazione di detta richiesta, tra la prima e la seconda resistente si sarebbe perfezionato un accordo anticoncorrenziale a norma dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE la cui significatività dovrebbe essere presunta. Detto accordo non potrebbe rientrare nell'eccezione prevista per gli accordi «bagatellari». Tuttavia, il principio del «ne bis in idem» è sancito anche nella procedura di irrogazione dell'ammenda ai sensi della normativa in materia di intese. Se un determinato aspetto della condotta e, quindi, anche del suo carattere censurabile, è preso in considerazione nel quadro di una sanzione già inflitta da un'altra autorità nazionale garante della concorrenza, un nuovo assoggettamento a sanzione violerebbe il principio del ne bis in idem. Ciò accadrebbe nel caso dell'accordo del 22 febbraio 2006.
- 7 Con la propria impugnazione avverso detta decisione, la Bundeswettbewerbsbehörde chiede di accertare che, in ragione dell'accordo raggiunto tra la prima e la seconda resistente in occasione del colloquio telefonico del 22 febbraio 2006, la prima resistente avrebbe violato l'articolo 101 e le corrispondenti disposizioni della legge nazionale in materia di intese, oltre a irrogare alla seconda resistente un'ammenda di importo adeguato per le medesime violazioni.

Argomenti essenziali delle parti del procedimento principale

- 8 Secondo la **Bundeswettbewerbsbehörde**, a seguito della summenzionata telefonata del 22 febbraio 2006 si sarebbe tenuta una serie di incontri concernenti il mercato austriaco in linea con l'interpretazione del monopolio territoriale riconosciuto alla terza resistente. I singoli contatti tra i partecipanti all'intesa dovrebbero essere valutati nel loro complesso e in un contesto più ampio. Una partecipazione attiva della terza resistente potrebbe essere riconosciuta a partire dal primo incontro personale del 22 settembre 2006. Pertanto, da quel momento e sino al 31 ottobre 2008, anche la terza resistente risponderrebbe in via solidale con la seconda resistente. L'articolo 101 TFUE troverebbe applicazione alla condotta in esame. Non sarebbe possibile far valere le eccezioni di cui all'articolo 2 del regolamento n. 1184/2006 e all'articolo 2 del regolamento n. 26/1962. La questione del principio del «ne bis in idem» non rilevarebbe in quanto il

Bundeskartellamt tedesco si sarebbe occupato unicamente di intese che avrebbero spiegato effetti sul mercato tedesco. In caso di violazioni che interessano più Stati membri, il diritto dell'Unione consentirebbe alle autorità nazionali di infliggere in parallelo delle sanzioni a condizione che le ammende siano limitate agli effetti sui rispettivi territori (applicazione decentrata del diritto della concorrenza a norma del regolamento n. 1/2003). Ciò sarebbe accaduto nel caso della decisione del Bundeskartellamt tedesco. Nella fattispecie, sarebbero invece perseguiti unicamente gli effetti sul mercato austriaco. Il giudice di primo grado non avrebbe tenuto conto della decisione della Corte nella causa Schenker & Co, C-681/11. Non sarebbe stato compiuto il controllo, richiesto dalla Corte, volto a stabilire i territori per i quali l'ammenda è irrogata e i fatturati presi in considerazione.

- 9 La **prima resistente** chiedeva di rigettare o respingere la domanda di accertamento proposta nei suoi confronti per carenza di interesse legittimo. A suo parere, l'Austria sarebbe stata sempre implicitamente ricompresa nell'«accordo di base» ma, visti i ridotti fatturati, sempre soltanto come «mercato marginale». Pertanto, nel quadro dei contatti contestati concernenti l'Austria, per la prima resistente sarebbe stato importante anzitutto evitare che la condotta tenuta sul mercato austriaco sfociasse nell'adozione di contromisure e in una «guerra sui prezzi» sul «mercato principale», la Germania.
- 10 La **seconda resistente** chiedeva di respingere la domanda di ammenda come infondata. La ripartizione di fatto dei mercati centrali sarebbe dovuta alla rispettiva posizione degli stabilimenti di produzione dello zucchero e agli elevati costi di trasporto. In considerazione di detta situazione, l'«accordo di base» scaturirebbe già da ragioni di gestione imprenditoriale senza che si sia reso necessario garantirlo mediante accordi. Inoltre, anche un dato esplicito «accordo» non si sarebbe riferito «implicitamente» all'Austria. Per l'Austria non vi sarebbe stato alcun rigido accordo. La terza resistente avrebbe sempre condotto l'attività nel settore dello zucchero in maniera autonoma all'interno del gruppo della seconda resistente. Con decisione sull'ammenda del Bundeskartellamt tedesco del 18 febbraio 2014, passata in giudicato, alla seconda resistente sarebbe stata inflitta una sanzione pecuniaria. La suddetta decisione si sarebbe riferita, in particolare, anche al colloquio telefonico del 22 febbraio 2006. Pertanto, in base al principio del «ne bis in idem», riconosciuto anche dalla normativa in materia di intese, l'applicazione di un'ulteriore sanzione pecuniaria a carico della seconda resistente per i medesimi fatti sarebbe inammissibile.
- 11 Anche la **terza resistente** chiedeva il rigetto della domanda di ammenda. Il sistema dei mercati centrali sarebbe il frutto di esigenze di logica aziendale. La terza resistente non avrebbe partecipato ai contatti tra la prima e la seconda resistente dedotti dalla Bundeswettbewerbsbehörde. È vero che l'amministratore della terza resistente avrebbe cercato di instaurare un contatto con la prima resistente; tuttavia, non le avrebbe chiesto di intervenire presso la prima resistente e non sarebbe stato neppure informato di un siffatto intervento. Da ultimo, gli accordi contestati dalla Bundeswettbewerbsbehörde non rientrerebbero neppure nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE in forza della

deroga settoriale per le attività agricole di cui all'articolo 209, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 1308/2013.

Esposizione dei motivi del rinvio

Sulla seconda resistente:

- 12 A carico della seconda resistente è stata inflitta, in Germania, una sanzione pecuniaria che si riferiva anche all'unica violazione della concorrenza qui ancora di rilievo, vale a dire la telefonata del 22 giugno 2006.

Osservazioni generali sul principio del «ne bis in idem»

- 13 Nell'ambito del diritto della concorrenza e, in particolare, nel quadro dell'esperimento dell'azione e del sanzionamento parallelo da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza, in una giurisprudenza consolidata la Corte ha sostenuto che il principio «ne bis in idem» può essere applicato solo laddove siano soddisfatti tre criteri cumulativi («triade») con riferimento alla «componente dell'idem», vale a dire, l'identità dei fatti, del contravventore e dell'interesse giuridico tutelato. In questo senso, il principio dev'essere rispettato anche nei procedimenti diretti all'irrogazione di ammende in materia di diritto della concorrenza (sentenze della Corte Toshiba, C-17/10, punto 94; Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punto 59; Aalborg Portland, C-204/00 P, punti da 338 a 340, e Showa Denko, C-289/04 P, punto 50) e vieta che un'impresa venga condannata o perseguita un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o dichiarata non responsabile in forza di una precedente decisione non impugnabile (Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punto 59).
- 14 Nelle sentenze Aalborg Portland, C-204/00, punto 338, e Toshiba, C-17/10, punto 94, la Corte ha richiamato detti criteri e spiegato che un'impresa non può avvalersi del principio del «ne bis in idem» se la Commissione ha sanzionato una condotta diversa da quella imputata alla stessa impresa e che ha fatto oggetto di una decisione anteriore di un'autorità nazionale garante della concorrenza, e ciò anche quando le due decisioni si riferiscano a contratti e accordi tra loro intrinsecamente connessi.
- 15 Questo orientamento giurisprudenziale si fonda su considerazioni che risalgono alla sentenza del 13 febbraio 1968 pronunciata nella causa Walt Wilhelm, 14/68, e che sono state quindi svolte nei primi decenni dell'integrazione europea. Da allora, il diritto nazionale e il diritto dell'Unione si sono compenetrati in maniera sempre più forte e si riconosce un certo contrasto, in particolare, tra il terzo criterio della «triade», l'identità dell'interesse giuridico tutelato, come applicato all'ambito del diritto della concorrenza, e gli atti giuridici più recenti, segnatamente, l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali, il protocollo n. 7 alla CEDU o la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (CAAS).

- 16 Infatti, in tale contesto, nel diritto dell'Unione l'identità di una violazione è determinata sulla base soltanto di due criteri: l'identità dei fatti e del contravventore. Per contro, la qualificazione giuridica o l'interesse tutelato non sono dirimenti ai fini dell'applicazione del principio del «ne bis in idem». La Corte ha applicato detto approccio, strettamente legato alla più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), in casi concernenti la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (sentenze Esbroeck, C-436/04, punto 36; Luca Menci, C-524/15, punto 35, e Von Straaten, C-150/05, punto 53; v., anche, le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Powszechny Zakład, C-617/17, paragrafo 25, con ulteriori riferimenti).
- 17 Nella causa Esbroeck, C-436/04, punti 27 e segg., nel quadro di un procedimento vertente sull'articolo 54 della CAAS, la Corte ha affrontato in dettaglio l'eccezione secondo cui l'identità dei fatti presupporrebbe anche l'identità della loro qualificazione giuridica e degli interessi giuridici tutelati. La Corte ha ivi osservato che la disposizione di cui trattasi ricorrere alla locuzione «i medesimi fatti» e si riferisce così solo all'aspetto materiale dei fatti di causa, restando esclusa la loro qualificazione giuridica. Questa disposizione si distingue pertanto dai termini rinvenibili in altri atti internazionali che accolgono il principio del «ne bis in idem». Così, ad esempio, l'articolo 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ricorre alla nozione di «reato», risultando dunque rilevante il criterio della qualificazione giuridica dei fatti come presupposto per l'applicazione del principio del «ne bis in idem». Tuttavia, nella successiva decisione del 10 febbraio 2009, Zolotukhin/Russia, n. 14.939/03, la Corte EDU ha fatto riferimento a detta distinzione concettuale. Anche nel caso dell'articolo 4 del protocollo n. 7 sarebbe unicamente rilevante il fatto che le circostanze materiali perseguite siano state sostanzialmente le stesse e non invece la loro qualificazione giuridica.

Sugli aspetti territoriali del «ne bis in idem»

- 18 In via generale, non esiste alcun principio di diritto internazionale pubblico che vieti ad autorità pubbliche, ivi compresi i giudici, di Stati diversi di perseguire e condannare una persona fisica o giuridica per gli stessi fatti per i quali la persona medesima sia già stata giudicata in un altro Stato (sentenza della Corte, Showa Denko, C-289/04 P, punto 58). Nell'ambito di detta causa la Corte ha respinto l'argomento secondo cui il principio del «ne bis in idem» potrebbe essere fatto valere nel caso in cui la Commissione eserciti i poteri conferitile dal diritto dell'Unione dopo che le autorità di uno Stato terzo abbiano sanzionato talune imprese, a causa della loro partecipazione a un'intesa di carattere internazionale per aver violato le norme in materia di concorrenza applicabili in detto Stato terzo, quando dette autorità siano intervenute nell'ambito delle loro rispettive competenze (v. conclusioni dell'avvocato generale nella causa Powszechny Zakład, C-617/17, paragrafo 35).
- 19 In questo filone giurisprudenziale, concernente l'esperimento dell'azione e il sanzionamento parallelo da parte della Commissione e delle autorità garanti della

concorrenza di Stati terzi, la Corte ha sottolineato il carattere internazionale del comportamento addebitato e le differenze tra i rispettivi ordinamenti giuridici, comprese le finalità e gli obiettivi delle pertinenti norme sostanziali in materia di concorrenza, oltre alla specificità dell'interesse giuridico tutelato dalle norme in materia di concorrenza dell'Unione. Essa ha anche osservato specificamente che un siffatto caso, in cui la Commissione e lo Stato terzo intervengano nell'ambito della propria rispettiva competenza, dovrebbe essere distinto dal caso in cui il comportamento anticoncorrenziale sia circoscritto soltanto all'ambito di applicazione *ratione loci* dell'ordinamento giuridico dell'Unione (e dei suoi Stati membri) (sentenza *Showa Denko*, C-289/04, punti 51 e 53; v. conclusioni dell'avvocato generale nella causa *Powszechny Zakład*, C-617/17, paragrafo 36).

- 20 Anche la decisione della Corte nella causa *Archer-Midlands*, C-397/03, si basava sull'intervento delle autorità comunitarie, da una parte, e delle autorità di uno Stato terzo, dall'altra. Secondo essa, non c'è identità dei fatti allorché la sanzione inflitta nello Stato terzo riguarda solo le applicazioni o gli effetti dell'intesa sul mercato di tale Stato e la sanzione comunitaria solo le applicazioni o gli effetti di quest'ultima sul mercato comunitario.
- 21 Nella sentenza della Corte *Toshiba*, C-17/10, si discuteva della questione se potessero infliggere sanzioni, da una parte, le autorità nazionali (ceche) garanti della concorrenza in base al diritto nazionale della concorrenza e, dall'altra, le autorità dell'Unione in forza del diritto dell'Unione. In tale contesto assumeva rilievo la circostanza che le autorità ceche intendevano sanzionare unicamente gli effetti prodotti da un'intesa nel territorio ceco prima dell'adesione della Repubblica ceca all'UE, mentre la decisione cronologicamente anteriore delle autorità comunitarie non aveva riguardato alcun effetto anticoncorrenziale dell'intesa in tale territorio prima dell'adesione del suddetto Stato all'Unione (v. punti da 99 a 103). La Corte ivi si basava sull'effettivo *modus operandi* della Commissione, vale a dire le conseguenze concretamente considerate sugli Stati membri o sugli Stati del SEE e le modalità di calcolo delle ammende (punto 101) senza recepire le osservazioni svolte dall'avvocato generale nelle sue conclusioni (paragrafo 131), secondo cui il principio del «*ne bis in idem*» vieterebbe già a priori che all'interno del SEE più autorità garanti della concorrenza o più autorità giudiziarie sanzionino le limitazioni della concorrenza — per oggetto o per effetto — di una medesima intesa su differenti territori.
- 22 Dalla pregressa giurisprudenza della Corte non emerge se questi principi debbano valere anche laddove, nell'ambito di procedimenti in materia di diritto della concorrenza vertenti sui medesimi fatti, due Stati membri dell'Unione europea siano chiamati ad applicare a una stessa persona per una condotta tenuta in un momento in cui essi erano membri dell'UE, non solo il proprio diritto nazionale, ma anche il diritto della concorrenza dell'Unione.

Sul pacchetto di modernizzazione della Commissione europea:

- 23 Questi quesiti non trovano risposta nemmeno nel pacchetto di modernizzazione della Commissione europea approvato nel settore correlato della competenza delle autorità garanti della concorrenza. Il considerando 18 del regolamento n. 1/2003 indica quale obiettivo che ogni caso sia trattato da una sola autorità. Tuttavia, in base alla sentenza della Corte nella causa Toshiba, C-17/10, punti 89 e seg., ciò non può essere interpretato nel senso che, così facendo, l'autorità nazionale perde la sua competenza ad applicare il diritto nazionale quando la Commissione ha essa stessa adottato una decisione. In maniera corrispondente, l'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento di cui trattasi stabilisce che quando le autorità garanti della concorrenza di più Stati membri hanno ricevuto una denuncia riguardo al medesimo accordo o alla medesima pratica, il fatto che un'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce, per le altre autorità, un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia, ma non priva dette autorità della loro competenza. A norma del paragrafo 2 della disposizione di cui trattasi, un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro o la Commissione possono respingere una denuncia contro un accordo, una decisione di un'associazione o una pratica se è già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza.
- 24 Nella comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza emessa al riguardo, al punto 12 si afferma che l'azione parallela di più autorità nazionali garanti della concorrenza potrebbe rivelarsi adeguata qualora un accordo o una pratica producano effetti sensibili sulla concorrenza principalmente nei rispettivi territori e l'azione di un'unica autorità nazionale garante della concorrenza non sarebbe sufficiente a far cessare l'infrazione nel suo complesso e/o a sanzionarla adeguatamente. Pertanto, le autorità nazionali della concorrenza «[opererebbero] ognuna per il proprio territorio».
- 25 Tuttavia, posto che queste disposizioni di diritto derivato cercano in primis - senza imporre regole rigorose - di creare un sistema quanto più possibile efficiente ed elastico di competenze nella rete delle autorità garanti della concorrenza, in definitiva non può trarsene alcun elemento utile ai fini della questione dell'applicazione del principio del «ne bis in idem». Ai fini della fattispecie in esame, in cui due autorità nazionali garanti della concorrenza intervengono contro le stesse persone in relazione alla medesima condotta, manca un chiarimento da parte della Corte sulla questione dell'applicazione del principio del «ne bis in idem», il che porta alla prima e alla seconda questione.

Sulla rilevanza dell'effettiva presa in considerazione

- 26 Tuttavia, sia dalla giurisprudenza della Corte concernente gli Stati terzi (in particolare, dalla sentenza della Corte nella causa Toshiba, C-17/10), sia dalla comunicazione da ultimo citata della Commissione europea potrebbe desumersi che dirimente è se nella prima decisione di applicazione delle sanzioni siano stati presi in considerazione, sotto il profilo dei fatti, gli effetti del comportamento anticoncorrenziale nell'altro Stato. Tale aspetto è sollevato anche dalla ricorrente

in appello nella presente causa la quale ritiene che con la decisione del Bundeskartellamt non siano state irrogate ammende in relazione agli effetti dell'intesa sull'Austria.

- 27 Il giudice di primo grado ha invece, a questo riguardo, una posizione diversa e rimanda agli accertamenti compiuti nella decisione sull'ammenda emanata dal Bundeskartellamt tedesco in relazione alla telefonata intercorsa tra la prima e la seconda resistente il 22 giugno 2006, che - vista la brevità della decisione (22 pagine rispetto a una «Comunicazione degli addebiti» composta di circa 400 pagine) - rivestirebbe particolare importanza e sottolinea la sua rilevanza per il mercato austriaco. Contrariamente a quanto dichiarato dal vicepresidente del Bundeskartellamt il 28 giugno 2019, successivamente alla decisione del Kartellgericht (Tribunale della concorrenza), a detta del quale, in base alla sua prassi decisionale, le decisioni del Bundeskartellamt sanzionerebbero in linea di principio unicamente gli effetti della condotta anticoncorrenziale in Germania, dalla decisione della competente sezione del Bundeskartellamt stesso non si potrebbero desumere dettagli sul calcolo dell'ammenda e, in particolare, neppure sui fatturati sottostanti e la loro provenienza.
- 28 Pertanto resta dubbio se, ai fini dell'applicazione del principio del «ne bis in idem», rilevi se gli effetti di un'infrazione al diritto europeo della concorrenza in un altro Stato membro siano stati effettivamente presi in considerazione, aspetto questo cui si riferisce la terza questione.

Sulla prima resistente: sull'applicazione del principio del «ne bis in idem» in caso di mero accertamento

- 29 La prima resistente ha ottenuto dalla Bundeswettbewerbsbehörde il riconoscimento dello status di richiedente il trattamento favorevole. Nella sua decisione Schenker, C-681/11, la Corte ha anche dichiarato che l'articolo 101 TFUE e gli articoli 5 e 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 devono essere interpretati nel senso che, se viene dimostrata l'esistenza di un'infrazione, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono, in via eccezionale, limitarsi a constatare tale infrazione senza infliggere un'ammenda nel caso in cui l'impresa di cui trattasi abbia partecipato a un programma nazionale di clemenza. La Bundeswettbewerbsbehörde ha quindi richiesto, con riferimento alla prima resistente, l'accertamento della condotta anticoncorrenziale a norma dell'articolo 101 TFUE.
- 30 Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte, il principio del «ne bis in idem» deve essere rispettato solo nei procedimenti diretti all'irrogazione di ammende in materia di diritto della concorrenza (sentenze della Corte Toshiba, C-17/10, punto 94; Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punto 59; Aalborg Portland, C-204/00 P, punti da 338 a 340, e Showa Denko, C-289/04 P, punto 50; si veda anche, sull'articolo 54 della CAAS, la sentenza [M.] C-398/12, punto. 41). In definitiva, in conformità alle sentenze Limburgse Vinyl, C-238/99 P, punto 59, e Toshiba,

C-17/10, punto 94, il principio del «ne bis in idem» non vieta soltanto che un'impresa venga condannata un'altra volta per un comportamento anticoncorrenziale per il quale sia stata sanzionata o assolta in forza di una precedente decisione non impugnabile, ma persino che essa venga anche solo perseguita.

- 31 Pertanto, occorre chiedersi se nel caso di un procedimento di mero accertamento in cui, in ragione della partecipazione del contravventore al programma nazionale di clemenza, possa essere soltanto accertata la sua infrazione al diritto della concorrenza europeo o nazionale si possa ancora parlare di un procedimento diretto all'irrogazione di ammende in cui debba trovare applicazione il principio del «ne bis in idem», e se un siffatto procedimento di accertamento integri un secondo, illegittimo, esperimento dell'azione. A tal fine si è reso necessario sottoporre la quarta questione.