

Causa C-857/19**Domanda di pronuncia pregiudiziale****Data di deposito:**

26 novembre 2019

Giudice del rinvio:

Najvyšší súd Slovenskej republiky (Repubblica slovacca)

Data della decisione di rinvio:

12 novembre 2019

Ricorrente:

Slovak Telekom, a.s.

Resistente:

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky

Najvyšší súd

Slovenskej republiky

ORDINANZA

Il Najvyšší súd Slovenskej republiky (Corte suprema della Repubblica slovacca; in prosieguo: la «Corte suprema»), quale giudice di legittimità nella causa promossa dalla ricorrente **Slovak Telekom, a.s.** [OMISSIS], con sede in Bratislava, [OMISSIS] [indirizzo della sede] [OMISSIS], nei confronti del resistente **Protimonopolný úrad Slovenskej republiky** (Autorità garante della concorrenza della Repubblica slovacca; in prosieguo: l'«Autorità garante»), con sede in Bratislava, [OMISSIS] [indirizzo della sede], avente ad oggetto il controllo di legittimità della decisione della Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (Consiglio dell'Autorità garante della concorrenza della Repubblica slovacca; in prosieguo: il «Consiglio») [OMISSIS] del 9 aprile 2009, nell'ambito del procedimento per cassazione della sentenza del Krajský súd v Bratislave (Corte regionale di Bratislava, Repubblica slovacca; in prosieguo: la «Corte regionale di Bratislava») [OMISSIS] del 21 giugno 2017 instaurato dalla ricorrente,

ha così deciso:

Ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) sottopone alla Corte di giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione dell'articolo 11, paragrafo 6, prima frase, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 [CE]:

«Se l'espressione “priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 [CE]” significhi che le autorità degli Stati membri perdono il potere di applicare gli articoli 81 e 82 CE.

Se l'articolo 50 (“Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato”) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, si applichi anche ai casi di illeciti amministrativi sotto forma di abuso di posizione dominante di cui all'articolo 102 TFUE che vengano sanzionati separatamente e autonomamente dalla Commissione e da un'autorità dello Stato membro nell'esercizio dei loro poteri ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, del regolamento (CE) del Consiglio n. 1/2003, del 16 dicembre 2002».

Il procedimento viene sospeso.

Motivazioni**I – Procedimento dinanzi alla Corte suprema**

- 1 Alla Corte suprema, quale giudice di legittimità nel procedimento n. [OMISSIS], è sottoposto il ricorso per cassazione della ricorrente Slovak Telekom, a.s., con sede in Bratislava, contro la sentenza della Corte regionale di Bratislava [OMISSIS], del 21 giugno 2017, con la quale detta Corte, quale giudice amministrativo competente, ha respinto il ricorso della ricorrente avverso la decisione, divenuta definitiva, [Or. 2] del resistente n. [OMISSIS] del 9 aprile 2009. Il giudice di legittimità in via preliminare è giunto alla conclusione che, nei confronti della ricorrente, ha avuto luogo l'applicazione contestuale dell'articolo 81 CE (articolo 102 TFUE) da parte della Commissione e, contemporaneamente, da parte dell'odierno resistente, in seguito alla violazione del divieto del *margin squeeze* nel periodo tra il 12 agosto 2005 e il 21 dicembre 2007 sul mercato di massa al dettaglio dei servizi di banda larga forniti da postazione fissa e sul mercato all'ingrosso per l'accesso ai circuiti locali disaggregati.

II – Decisione dell'Autorità garante [OMISSIS]

- 2 Il Consiglio, con la decisione di secondo grado n. [OMISSIS] del 9 aprile 2009, ha riformato in sede di impugnazione la decisione di primo grado del resistente del 21 dicembre 2007, al punto 11, nel senso che, sulla base dell'articolo 38, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 3, dello zákon č.

136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov (legge n. 136/2001 sulla tutela della concorrenza, che modifica e integra la legge del Consiglio nazionale slovacco n. 347/1990 sull'organizzazione dei ministeri e degli altri organi dell'amministrazione centrale della Repubblica slovacca, come modificata; in prosieguo: la «legge sulla tutela della concorrenza»), ha inflitto alla società Slovak Telekom, a.s. [OMISSIS] un'ammenda di EUR 17 453 362,54 (SKK 525 800 000), da pagarsi entro 60 giorni dalla data in cui la stessa decisione fosse divenuta definitiva, per l'abuso di posizione dominante (ai sensi dell'articolo 82 CE) indicato nei punti da 1 a 8 del dispositivo.

- 3 L'abuso di posizione dominante è descritto nei punti da 1 a 6 del dispositivo della decisione [OMISSIS] del 9 aprile 2009 come la condotta della Slovak Telekom, a.s. sul mercato al dettaglio (1/ applicazione della tariffa 30 min. per EUR 0,033, 2/ applicazione della tariffa per le chiamate gratuite, 3/ applicazione del prezzo al dettaglio del prodotto Internet Mini aziendale, 4/ applicazione del prezzo al dettaglio del prodotto Internet per famiglie, 5/ applicazione del prezzo al dettaglio del prodotto Business partner) a fronte dell'applicazione simultanea di tariffe di interconnessione all'ingrosso, che si traduce in una compressione dei margini e, per questo, in un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82, lettera a), CE e dell'articolo 8, paragrafo 2, lettera a), della legge n. 136/2001 sulla tutela della concorrenza.
- 4 La decisione del Consiglio [OMISSIS] del 9 aprile 2009 definisce la durata della violazione della legge, al punto 297, come segue:
 - a. Punti 1 e 2 del dispositivo – dal 15 giugno 2004 (introduzione della tariffa di 30 min./EUR 0,033 [SKK 1]) fino all'adozione della decisione, vale a dire 3 anni e 4 mesi. Punto 5 del dispositivo – dal 1° marzo 2005 fino all'adozione della decisione, vale a dire 2 anni e 9 mesi. Nel caso delle chiamate gratuite (punto 2 del dispositivo), il Consiglio, come testé indicato, ha considerato una diversa data di inizio dell'infrazione (l'Autorità garante l'ha datata al 1° agosto 2005), poiché l'introduzione di tale tariffa sul mercato aveva già avuto luogo nell'ambito del primo programma tariffario, vale a dire il 15 giugno 2004. In ogni caso tale conclusione non si è risolta, per il Consiglio, in un aumento dell'ammenda, in quanto l'autorità di prima istanza aveva già correttamente valutato che si trattava di tariffe che si sovrapponevano nel tempo ai programmi tariffari – nella maggior parte dei casi la tariffa per le chiamate gratuite ha sostituito la tariffa 30 min./EUR 0,033 (SKK 1) – ravvisando complessivamente un'infrazione di durata media.
 - b. Punti 3 e 4 del dispositivo – parimenti un'infrazione di media durata (ovvero una violazione della durata da 1 a 5 anni) nel caso del prodotto Internet Mini aziendale (dal 1° luglio 2005 all'adozione della decisione) e dell'Internet per famiglie (dal 1° agosto 2004 all'adozione della decisione).

- c. Punto 6 del dispositivo – dal 1° agosto 2002 all’adozione della decisione, vale a dire un’infrazione di lunga durata.
- d. Punto 7 del dispositivo – dal 1° gennaio 2003 all’adozione della decisione, vale a dire un’infrazione di media durata.
- e. Punto 8 del dispositivo – in caso di connessione dial-up a Internet con sottoscrizione di un abbonamento telefonico dal 1° maggio 2001 all’adozione della decisione (vale a dire un’infrazione di lunga durata), mentre in caso di servizi Internet a banda larga dal 1° giugno 2003 all’adozione della decisione (vale a dire un’infrazione di media durata) [Or. 3].

III – Decisione della Commissione europea C (2014) 7465

- 5 La Commissione europea, Direzione generale della concorrenza, con la decisione C (2014) 7465 del 15 ottobre 2014, relativa a un procedimento ai sensi dell’articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e dell’articolo 54 dell’accordo SEE (caso AT.39523 — Slovak Telekom) [in prosieguo: la «decisione C (2014) 7465»], ha constatato, all’articolo 1, paragrafi 1 e 2, che l’impresa formata da Deutsche Telekom AG e Slovak Telekom, a.s. aveva commesso un’infrazione unica e continuata all’articolo 102 TFUE e all’articolo 54 dell’accordo SEE. L’infrazione è durata dal 12 agosto 2005 al 31 dicembre 2010 e si è sostanziata in quanto segue:
 - (a) occultamento agli operatori alternativi di informazioni di rete necessarie per il libero accesso ai circuiti locali,
 - (b) riduzione [da parte di Slovak Telekom] della portata dei suoi obblighi di disaggregazione riguardo ai circuiti locali,
 - (c) adozione di clausole e condizioni inique nell’offerta di disaggregazione di riferimento relativamente alla collocazione, alla qualificazione, alle previsioni, alle riparazioni e alle garanzie bancarie,
 - (d) applicazione di tariffe sproporzionate che non consentirebbero a un concorrente altrettanto efficiente che utilizzasse un accesso all’ingrosso ai circuiti locali disaggregati di Slovak Telekom di riprodurre il portafoglio della banda larga al dettaglio di quest’ultima senza incorrere in perdite.
- 6 La Commissione ha inflitto le seguenti ammende per l’infrazione di cui all’articolo 1 della sua decisione:
 - a. un’ammenda in solido di EUR 38 838 000 a Deutsche Telekom AG e Slovak Telekom, a.s.
 - b. un’ammenda di EUR 31 070 000 a Deutsche Telekom AG.

- 7 Dal punto 1507 della motivazione della decisione C (2014) 7465 emerge che la Commissione ha ravvisato nella fattispecie un'infrazione unica e continuata, precisando, nelle sezioni 7 e 8 della medesima decisione, che Slovak Telekom aveva praticato una compressione dei margini e rifiutato strategicamente di fornire l'accesso ai suoi circuiti locali.
- 8 Secondo il punto 1508 della motivazione della Commissione, «ciascuna di dette misure costituirebbe di per sé un'infrazione dell'articolo 102 TFUE[»]. Tuttavia, la Commissione osserva che insieme esse costituiscono un'infrazione unica e continuata, poiché l'oggetto (e il probabile effetto) di tutte loro era limitare e distorcere la concorrenza nel mercato al dettaglio dei servizi di banda larga forniti da postazione fissa in Slovacchia e proteggere i ricavi e la posizione di Slovak Telekom nel mercato di massa dei servizi di banda larga.
- 9 La decisione C (2014) 7465 è stata oggetto di un procedimento di primo grado dinanzi al Tribunale dell'Unione europea nella causa T-851/14, Slovak Telekom/Commissione, e ora di un procedimento d'appello dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, nella causa C-165/19 P.

IV – Motivi del rinvio pregiudiziale

- 10 Con ordinanza [OMISSIS] del 29 maggio 2019 il giudice di legittimità, ai sensi dell'articolo 196 dello zákon č. 196/2015 Z.z. Správny súdny poriadok (legge n. 162/2015, codice di procedura amministrativa), ha invitato le parti a presentare osservazioni entro 15 giorni in merito al rispetto del principio del ne bis in idem con riguardo all'abuso di posizione dominante mediante compressione dei margini ai sensi dell'articolo 102 TFUE per la parte coincidente del periodo d'infrazione considerato, ossia dal 12 agosto 2005 fino alla decisione di primo grado dell'Autorità garante [OMISSIS] del 21 dicembre 2007. [Or. 4]
- 11 Nelle sue osservazioni, del 29 maggio 2019, l'Autorità garante ha affermato (punti 12, 13, 14) in merito al rispetto del principio del ne bis in idem che, sebbene entrambi i procedimenti riguardino la violazione dell'articolo 102 TFUE (ex articolo 82 CE) per abuso di posizione dominante, trattasi in realtà di due casi diversi (la Commissione ha esaminato materialmente un caso diverso rispetto all'Autorità garante). Dal contenuto di entrambe le decisioni emergerebbe chiaramente che l'Autorità garante, specificamente il suo Consiglio, e la Commissione hanno esaminato prodotti distinti. L'Autorità garante avrebbe esaminato prodotti di vendita al dettaglio, mentre la Commissione prodotti di vendita all'ingrosso. Ad ogni modo, non si sarebbe trattato di casi identici, sicché senz'altro erano escluse sovrapposizioni tra loro di elementi sostanziali; conseguentemente, nella fattispecie, non avrebbe potuto verificarsi alcuna violazione del principio del ne bis in idem.
- 12 Ciò considerato, il resistente è del parere che la decisione del Consiglio non abbia potuto violare il principio del ne bis in idem, tanto più per la tempistica, visto che l'Autorità garante, specificamente il suo Consiglio, ha adottato la propria

decisione nell'anno 2009, ovverosia 5 anni prima che la Commissione adottasse la sua. Eventuali dubbi andrebbero riferiti alla decisione della Commissione e sarebbero di competenza per primo del Tribunale dell'Unione europea, che però non ha constatato nulla al riguardo.

- 13 Nelle sue osservazioni, del 14 giugno 2019, la ricorrente ha affermato che entrambe le sanzioni erano state inflitte per un comportamento il cui fine era, sia per la Commissione che per il resistente, quello di indebolire ovvero di eliminare la concorrenza, e che nulla sarebbe accaduto in caso di sufficiente accesso all'ingrosso alle infrastrutture della ricorrente, in particolare all'ULL [circuiti locali disaggregati]. Secondo la Commissione, detto comportamento ha costituito un'infrazione unica e continuata con la compressione dei margini e il diniego di accesso ai circuiti locali. Come qualsiasi altro effetto di tale infrazione unica e continuata, esso non può quindi essere sanzionato da un altro organo, in un distinto procedimento e mediante una sanzione separata. Il procedimento che ha portato alla decisione della Commissione è stato avviato, come enuncia il punto 12 della stessa decisione, previa consegna formale alla ricorrente di una lettera di diffida della Commissione, l'8 aprile 2009 (il giorno prima della decisione di secondo grado del resistente). Tuttavia, già il 13 giugno 2008 la Commissione aveva chiesto ai concorrenti della ricorrente informazioni relative alle pratiche di quest'ultima e nei giorni 13-15 gennaio 2009, in collaborazione con il resistente, aveva proceduto a un accertamento senza preavviso presso la sede della ricorrente. Indubbiamente il resistente era a conoscenza del procedimento avviato dalla Commissione e del suo oggetto, che per contenuto e durata coincideva con l'oggetto del suo proprio procedimento di riesame. La ricorrente ritiene che queste irregolarità e gli effetti delle violazioni del principio del *ne bis in idem* arrechino un pregiudizio sostanziale alla sua posizione giuridica. In particolare, essa sottolinea il fatto di aver pagato entrambe le sanzioni, estremamente elevate (quella inflitta dalle decisioni impugnate del resistente già il 20 ottobre 2017).
- 14 Il giudice di legittimità non condivide il parere del resistente secondo il quale dal contenuto delle due decisioni emerge chiaramente che l'Autorità garante, specificamente il suo Consiglio, e la Commissione hanno esaminato prodotti distinti. Dalla decisione impugnata emerge che l'abuso di posizione dominante è consistito, come descritto nei punti da 1 a 5 del dispositivo della decisione n. [OMISSIS] del 9 aprile 2009, nella condotta di Slovak Telekom, a.s. sul mercato al dettaglio (per esempio, l'applicazione di una tariffa di chiamata gratuita[]) a fronte dell'applicazione simultanea di tariffe di interconnessione all'ingrosso, che costituisce una compressione dei margini e, per questo, un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82, lettera a), CE e dell'articolo 8, paragrafo 2, lettera a), della legge n. 136/2001 sulla tutela della concorrenza.
- 15 Secondo il giudice di legittimità, la condotta contestata all'impresa dalla Commissione all'articolo 1, punto 2, lettera d), della decisione C (2014) 7465, ovvero l'applicazione di tariffe sproporzionate che non consentirebbero a un concorrente altrettanto efficiente che utilizzasse un accesso all'ingrosso ai circuiti locali disaggregati di Slovak Telekom di riprodurre il portafoglio della banda

larga al dettaglio di quest'ultima senza incorrere in perdite, coincide con il comportamento descritto ai punti da 1 a 5 della decisione n. [Or. 5] [OMISSIS] del 9 aprile 2009. Al punto 86 della decisione la Commissione ha definito i due mercati, vale a dire: (a) il mercato al dettaglio per i servizi a banda larga da postazione fissa e (b) il mercato all'ingrosso per l'accesso ai circuiti locali disaggregati, come in stretta connessione reciproca.

- 16 Il giudice di legittimità è giunto alla conclusione che se l'articolo del regolamento di cui si chiede l'interpretazione ammette una competenza parallela, allora è anche ammessa l'adozione parallela di decisioni sanzionatorie con lo stesso oggetto. Poiché tale conclusione può essere contraria al principio del *ne bis in idem*, viene chiesta alla Corte di giustizia un'interpretazione pregiudiziale, senza la quale non può proseguire il procedimento nazionale.

V – Diritto dell'Unione europea e giurisprudenza della Corte di giustizia

- 17 Ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, prima frase, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 [CE], l'avvio di un procedimento da parte della Commissione per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III priva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri della competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 CE. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro stia già svolgendo un procedimento, la Commissione avvia il procedimento unicamente previa consultazione di quest'ultima.
- 18 La giurisprudenza relativa al principio del *ne bis in idem* [che potrebbe applicarsi] nel presente procedimento è rappresentata dalla sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2019, nella causa C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie SA, la quale tuttavia risolve una situazione di *ne bis in idem* secondo l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in relazione all'applicazione congiunta del diritto dell'Unione europea e del diritto nazionale in un'unica decisione dell'autorità nazionale garante della concorrenza. Il giudice di legittimità richiama l'attenzione sulla differenza tra la situazione giuridica di cui alla causa C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie SA, e il procedimento al suo cospetto [OMISSIS], dove si tratta di due attività sanzionatorie distinte e indipendenti da parte, l'una, della Commissione e, l'altra, dell'autorità nazionale garante della concorrenza per violazione dell'articolo 102 TFUE. Il giudice di legittimità ravvisa un problema nell'attività sanzionatoria simultanea da parte di due diverse autorità ai sensi del diritto dell'Unione europea (Per questo motivo non cita la disciplina nazionale corrispondente).

VI – Sospensione del procedimento

- 19 Ai sensi dell'articolo 100, paragrafo 1, lettera c), del codice di procedura amministrativa, il giudice di legittimità sospende il procedimento [OMISSIS] ai fini del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

[OMISSIS] [avvertenza circa l'impossibilità di presentare un mezzo di impugnazione]

Bratislava, il 12 novembre 2019.

DOCUMENTO DI LAVORO