

Zaak C-857/19**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

26 november 2019

Verwijzende rechter:

Najvyšší súd Slovenskej republiky (Slowakije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 november 2019

Verzoekende partij:

Slovak Telekom, a.s.

Verwerende partij:

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky

Najvyšší súd Slovenskej republiky (hoogste rechterlijke instantie van de Slowaakse Republiek; hierna: „Najvyšší súd” of „NS”)

BESLISSING

De Najvyšší súd heeft als cassatierechter in de zaak die aanhangig is gemaakt door **Slovak Telekom, a.s.**, [...] gevestigd te Bratislava, [...] [adres van de statutaire zetel] [...] tegen de **Protimonopolný úrad Slovenskej republiky** (mededingingsautoriteit van de Slowaakse Republiek; hierna: „Protimonopolný úrad”), gevestigd te Bratislava, [...] [adres van de plaats van vestiging], betreffende de toetsing van de rechtmatigheid van het besluit van de Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (raad van de mededingingsautoriteit van de Slowaakse Republiek; hierna: „raad”) [...] van 9 april 2009 in het kader van de procedure van het door verzoekster ingestelde cassatieberoep tegen de beslissing van de Krajský súd v Bratislave [...] (rechter in eerste aanleg Bratislava, Slowakije; hierna: „Krajský súd”) van 21 juni 2017

beslist:

Krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna ook: „VWEU”) wordt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie

de hiernavolgende prejudiciële vraag betreffende de uitlegging van artikel 11, lid 6, eerste volzin, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag voorgelegd:

Betekent de zinsnede „ontneemt dit de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag” dat de autoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag verliezen?

Heeft artikel 50 (recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde delict te worden berecht of gestraft) van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd te Nice op 7 december 2000, ook betrekking op gevallen van administratieve delicten waarbij misbruik is gemaakt van een machtspositie in de zin van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en waarvoor de Commissie en de autoriteit van de lidstaat afzonderlijk en zelfstandig sancties hebben opgelegd in het kader van hun bevoegdheden krachtens artikel 11, lid 6, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002?

De behandeling van de zaak wordt geschorst.

Motivering

I. Procedure die aanhangig is bij de NS

1. Als cassatierechter in de procedure [kenmerk van het gerechtsdossier] [...] onderzoekt de NS het cassatieberoep dat door Slovak Telekom, a.s., gevestigd te Bratislava, is ingesteld tegen de beslissing van de Krajský súd van 21 juni 2017, waarbij deze rechterlijke instantie, als bevoegde bestuursrechter, het beroep van verzoekster tegen het door de verwerende partij gegeven definitieve **[Or. 2]** besluit nr. [...] van 9 april 2009 heeft afgewezen. De NS is tot de voorlopige conclusie gekomen dat verzoekster uit hoofde van de door haar gepleegde inbreuk op het verbod op de uitholling van marges (hierna: „margin squeeze”), die zich in de periode van 12 augustus 2005 tot en met 21 december 2007 heeft voorgedaan op de massamarkt voor retailbreedbanddiensten die worden aangeboden op een vaste locatie en op de wholesalemarkt voor toegang tot ontbundelde aansluitnetten (hierna ook: „ULL”), is onderworpen aan de parallelle toepassing van artikel [82] van het Verdrag (artikel 102 VWEU) door de Commissie en door de verwerende partij.

II. Besluit van de Protimonopolný úrad [...]

2. Bij secundair besluit nr. [...] van 9 april 2009 heeft de raad punt 11 van het bestreden primaire besluit van de verwerende partij van 21 december 2007 aldus gewijzigd dat aan Slovak Telekom, a.s. [...] krachtens § 38, lid 1, juncto § 2, lid 3, van de 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 (wet nr. 136/2001 inzake de bescherming van de mededinging en tot wijziging van wet nr. 347/1990 van de Slowaakse nationale raad inzake de organisatie van de ministeries en de andere centrale organen van de openbare administratie van de Slowaakse Republiek; hierna: „wet nr. 136/2001”), zoals gewijzigd, een geldboete van 17 453 362,54 EUR [525 800 000 Slowaakse kroon (SKK)] is opgelegd uit hoofde van het in de punten 1 tot en met 8 van het dispositief bedoelde misbruik van een machtspositie (in de zin van artikel 82 van het Verdrag), die zij diende te betalen binnen 60 dagen na de datum waarop dit besluit definitief is geworden.

3. In de punten 1 tot en met 6 van het dispositief van het besluit [...] van 9 april 2009 is het door Slovak Telekom, a.s. gepleegde misbruik van haar machtspositie op de retailmarkt aldus beschreven dat er sprake was van de hiernavolgende gedragingen, onder gelijktijdige toepassing van wholesaletarieven voor de totstandbrenging van verbindingen: 1) toepassing van het tarief 30 minuten / 0,033 EUR, 2) toepassing van een nultarief voor de verbindingen, 3) toepassing van de retailprijs voor het product „Mini Corporate Internet”, 4) toepassing van de retailprijs voor het product „Family Internet” en 5) toepassing van de retailprijs voor het product „Business partner”. Dit komt neer op een margin squeeze en dus op misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82, onder a), van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en § 8, lid 2, onder a), van wet nr. 136/2001.
4. In het besluit van de raad [...] van 9 april 2009 wordt de duur van de inbreuk in punt 297 vastgesteld als volgt:
 - a) Punten 1 en 2 van het dispositief – vanaf 15 juni 2004, vermelde tarieven: 30 minuten / 0,033 EUR (1 SKK), tot de datum van het besluit, dat wil zeggen 3 jaar en 4 maanden. Punt 5 van het dispositief [...] vanaf 1 maart 2005 tot de datum van het besluit, dat wil zeggen 2 jaar en 9 maanden. Wat betreft de gratis verbindingen (punt 2 van het dispositief) heeft de raad, zoals hierboven aangegeven, het begin van de inbreuk anders beoordeeld (de autoriteit heeft de datum daarvan vastgesteld op 1 augustus 2005), aangezien dit markttarief is ingevoerd in het kader van de eerste tariefregeling, dat wil zeggen reeds op 15 juni 2004. Deze conclusie leidt volgens de raad niet tot een verhoging van de geldboete, aangezien de autoriteit oorspronkelijk terecht heeft geoordeeld dat de tarieven na verloop van tijd verweven zijn geraakt met de tariefregelingen, het nultarief voor de verbindingen in de meeste gevallen in de plaats is gekomen van het tarief 30 minuten / 0,033 EUR (1 SKK) en de autoriteit de toepassing van de tarieven gedurende de periode van de inbreuk in haar geheel als een inbreuk op middellange termijn heeft beschouwd.
 - b) Punten 3 en 4 van het dispositief – er was tevens sprake van een inbreuk op middellange termijn (dat wil zeggen een inbreuk van 1 tot 5

jaar) in het geval van de producten „Mini Corporate Internet” (vanaf 1 juli 2005 tot de datum van het besluit) en „Family Internet” (vanaf 1 augustus 2004 tot de datum van het besluit).

- c) Punt 6 van het dispositief – vanaf 1 augustus 2002 tot de datum van het besluit, dat wil zeggen een inbreuk op lange termijn.
- d) Punt 7 van het dispositief – vanaf 1 januari 2003 tot de datum van het besluit, dat wil zeggen een inbreuk op middellange termijn.
- e) Punt 8 van het dispositief – in het geval van de inbelverbinding vanaf 1 mei 2001 tot de datum van het besluit (dat wil zeggen een inbreuk op lange termijn) en in het geval van de breedbandinternettoegang vanaf 1 juni 2003 tot de datum van het besluit (dat wil zeggen een inbreuk op middellange termijn). **[Or. 3]**

III. Besluit van de Europese Commissie C(2014) 7465

- 5. In artikel 1, punten 1 en 2, van besluit C(2014) 7465 van 15 oktober 2014 inzake een procedure op grond van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en artikel 54 van de EER-overeenkomst (AT.39523 – Slovak Telekom) heeft het directoraat-generaal Concurrentie van de Europese Commissie besloten dat de onderneming bestaande uit Slovak Telekom, a.s. en Deutsche Telekom AG één enkele voortdurende inbreuk op artikel 102 van het Verdrag en artikel 54 van de EER-overeenkomst had gepleegd. De inbreuk duurde van 12 augustus 2005 tot en met 31 december 2010 en omvatte de hiernavolgende praktijken:
 - a) achterhouden van de voor de ontbundeling van het aansluitnet noodzakelijke informatie over het netwerk voor de alternatieve exploitanten;
 - b) beperken van de reikwijdte van haar ontbundelingsplicht;
 - c) vaststellen van onredelijke voorwaarden in het referentieaanbod voor ontbundeling met betrekking tot de collocatie, de „kwalificatieprocedure”, prognoses, reparaties en bankgaranties;
 - d) toepassen van onredelijke tarieven, die het voor een even efficiënte concurrent die gebruikmaakt van de ULL-wholesaletoegang van ST onmogelijk maken zonder negatieve marges de retailbreedbandportefeuille van ST te reproduceren.
- 6. Wegens de in artikel 1 genoemde inbreuk heeft de Commissie de hiernavolgende geldboeten opgelegd:
 - a) een hoofdelijke geldboete van 38 838 000 EUR aan Deutsche Telekom AG en Slovak Telekom a.s.;

- b) een geldboete van 31 070 000 EUR aan Deutsche Telekom AG.
7. Uit overweging 1507 van besluit C(2014) 7465 van de Europese Commissie van 15 oktober 2014 (AT.39523 – Slovak Telekom) volgt dat de Europese Commissie de feiten als één enkele voortdurende inbreuk heeft beoordeeld. In de delen 7 en 8 van dit besluit is in aanmerking genomen dat Slovak Telekom een prijsklem heeft toegepast en een strategie heeft gevolgd waarbij de toegang tot haar aansluitnetten werd geweigerd.
 8. Uit overweging 1508 van de motivering van de Commissie volgt dat elk van deze maatregelen op zich een inbreuk op artikel 102 van het Verdrag zou vormen. De Commissie betoogt evenwel dat deze maatregelen samen één enkele voortdurende inbreuk vormen, aangezien het doel (en het waarschijnlijke effect) van al deze maatregelen erin bestond de mededinging op de massamarkt voor retailbreedbanddiensten die op een vaste locatie worden aangeboden, in de Slowaakse Republiek te beperken en te verstoren en de inkomsten en de positie van Slovak Telekom op de massamarkt voor breedbanddiensten te beschermen.
 9. Besluit C(2014) 7465 van de Europese Commissie van 15 oktober 2014 (AT.39523-Slovak Telekom) is in zaak T-851/14 (Slovak Telekom tegen Europese Commissie) in eerste aanleg bij het Gerecht aan de orde geweest en in zaak C-165/19 P in hogere voorziening voor het Hof.

IV. Redenen voor het verzoek om een prejudiciële beslissing

10. Krachtens § 196 van zákon č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok (wet nr. 162/2015 inzake de bestuursrechtelijke procedure; hierna: „SSP”) heeft de NS de partijen bij de procedure bij beslissing [...] van 29 mei 2019 verzocht binnen 15 dagen hun opmerkingen betreffende de eerbiediging van het beginsel „ne bis in idem” in te dienen met betrekking tot het door middel van een prijsklem gepleegde misbruik van een machtspositie (in de zin van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie) in het overlappende deel van de onderzochte periode van 12 augustus 2005 tot de datum van het primaire besluit van de Protimonopolný úrad [...] van 21 december 2007. **[Or. 4]**
11. De verwerende mededingingsautoriteit – de Protimonopolný úrad – heeft in haar stellingname van 29 mei 2019 betreffende de eerbiediging van het beginsel „ne bis in idem” aangegeven (in de punten 12, 13 en 14) dat beide zaken weliswaar betrekking hadden op een schending van artikel 102 VWEU (voorheen artikel 82 EG), namelijk op een geval van misbruik van een machtspositie, maar er sprake is van twee afzonderlijke zaken (de Europese Commissie heeft een andere zaak ten gronde beoordeeld dan de Protimonopolný úrad). Uit de bewoordingen van deze twee besluiten volgt duidelijk dat de Protimonopolný úrad, of de raad ervan, en de Europese Commissie verschillende producten hebben onderzocht. De Protimonopolný úrad heeft producten op retailniveau onderzocht, terwijl de Europese Commissie producten op wholesaleniveau heeft onderzocht. Hoe dan ook ging het niet om dezelfde zaak en daarom kan er zelfs geen sprake zijn van

een materiële overlapping van de zaken en kon er in het onderzochte geval ook geen sprake zijn van een schending van het beginsel „ne bis in idem”.

12. Volgens de verwerende partij kon er in het besluit van de raad, gelet op wat hierboven is uiteengezet maar met name vanuit temporeel oogpunt, derhalve geen sprake zijn van een schending van het beginsel „ne bis in idem”, aangezien de Protimonopolný úrad, of de raad ervan, het besluit in 2009 heeft gegeven, dat wil zeggen 5 jaar vóór de vaststelling van het besluit van de Commissie. In geval van twijfel zou deze vraag evenwel in de eerste plaats moeten worden voorgelegd aan het Gerecht met betrekking tot het besluit van de Commissie, hetgeen evenwel niet door het Gerecht is vastgesteld.
13. Verzoekster heeft in haar stellingname van 14 juni 2019 verklaard dat beide sancties zijn opgelegd uit hoofde van een gedraging die zowel volgens de Commissie als volgens de verwerende partij tot doel had de mededinging te verzwakken of uit te schakelen en dat dit niet zou zijn gebeurd indien er voldoende wholesaletoeegang tot verzoeksters infrastructuur, in het bijzonder tot de ULL, zou zijn geweest. Volgens de Commissie vormde deze gedraging, tezamen met de prijsklem en de weigering om toegang te verlenen tot de aansluitnetten, één enkele voortdurende inbreuk. Eventuele andere gevolgen van een dergelijke inbreuk kunnen vervolgens niet door een andere autoriteit in een afzonderlijke procedure en door middel van een afzonderlijke sanctie worden bestraft. De procedure die tot het besluit van de Commissie heeft geleid, is formeel ingeleid – in de zin van punt 12 van het besluit van de Commissie – na betekening van het verzoek van verzoekster op 8 april 2009 (de dag vóór de vaststelling van het secundaire besluit van de verwerende partij), doch reeds op 13 juni 2008 heeft de Commissie de concurrenten van verzoekster verzocht informatie betreffende de praktijken van verzoekster over te leggen, en van 13 tot en met 15 januari 2009 heeft zij in samenwerking met de verwerende partij een onaangekondigde controle ten kantore van verzoekster verricht. De verwerende partij was ongetwijfeld op de hoogte van de procedure van de Commissie alsook van het voorwerp daarvan, dat qua inhoud en duur samenviel met het voorwerp van de administratieve bezwaarprocedure bij de verwerende partij. Verzoekster is van mening dat deze tekortkomingen en de gevolgen van de schending van het beginsel „ne bis in idem” haar rechtspositie fundamenteel aantasten. In het bijzonder verwijst zij naar het feit dat zij beide uitzonderlijk hoge boetes heeft betaald (de bij de bestreden besluiten van de verwerende partij opgelegde boete is door verzoekster reeds op 20 oktober 2017 betaald).
14. De NS is het niet eens met het standpunt van de verwerende partij dat uit beide besluiten duidelijk volgt dat de Protimonopolný úrad, of de raad ervan, en de Europese Commissie verschillende producten hebben beoordeeld. Uit het bestreden besluit volgt duidelijk dat het misbruik van de machtspositie in de punten 1 tot en met 5 van het dispositief van besluit nr. [...] van 9 april 2009 aldus is beschreven dat er sprake is van een gedraging van Slovak Telekom, a.s. op de retailmarkt (onder meer de toepassing van een nultarief voor de verbindingen onder gelijktijdige toepassing van wholesaletarieven voor de totstandbrenging

ervan, wat neerkomt op een prijsklem en derhalve op misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82, onder a), van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en § 8, lid 2, onder a), van wet nr. 136/2001.

15. De praktijk van het bedrijf, die door de Commissie in artikel 1, punt 2, onder d), van besluit C(2014) 7465 van 15 oktober 2014 AT.39523-Slovak Telekom aldus is beschreven dat er onbillijke tarieven zijn toegepast die het voor een even efficiënte concurrent die gebruikmaakt van de ULL-wholesaletoegang van ST onmogelijk maken zonder negatieve marges de retailbreedbandportefeuille van ST te reproduceren, valt naar het oordeel van de NS samen met de gedragingen bedoeld in de overwegingen 1 tot en met 5 van besluit nr. [Or. 5] [...] van 9 april 2009. In overweging 86 van het besluit van de Commissie zijn twee markten gedefinieerd die nauw met elkaar verband houden, namelijk: a) de massamarkt voor retailbreedbanddiensten die worden aangeboden op een vaste locatie en b) de wholesalemarkt voor toegang tot ontbundelde aansluitnetten.
16. De NS heeft geconcludeerd dat, voor zover parallelle bevoegdheden in de zin van het onderzochte artikel van de verordening zijn toegestaan, ook parallelle besluiten tot oplegging van sancties met betrekking tot hetzelfde voorwerp van beoordeling zijn toegestaan. Aangezien deze conclusie mogelijk in strijd is met het beginsel „ne bis in idem”, verzoekt de NS het Hof om verduidelijking door middel van de beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag. Zonder een dergelijke verduidelijking kan de NS de procedure namelijk niet voortzetten.

V. Recht van de Europese Unie en rechtspraak van het Hof van Justitie

17. Overeenkomstig artikel 11, lid 6, eerste volzin, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag ontnemt het feit dat de Commissie een procedure begint die tot het geven van een beschikking op grond van hoofdstuk III moet leiden de mededingingsautoriteiten van de lidstaten hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag. Indien een mededingingsautoriteit van een lidstaat een zaak reeds in behandeling heeft genomen, begint de Commissie alleen een procedure na overleg met deze autoriteit.
18. De rechtspraak betreffende het beginsel „ne bis in idem” bestaat in dit geval in het arrest van 3 april 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, C-617/17, EU:C:2019:283, waarin evenwel een „ne bis in idem”-situatie overeenkomstig artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt beslecht waarbij gelijktijdig het Unierecht en het nationale recht binnen één enkel besluit van de nationale mededingingsautoriteit waren toegepast. De NS wijst erop dat de juridische situatie in zaak C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, verschilt van die in de procedure voor de NS [...]. Deze laatste heeft namelijk betrekking heeft op de zelfstandige en afzonderlijke oplegging van sancties wegens schending van artikel 102 van het Verdrag door de Commissie en door de nationale mededingingsautoriteit. De NS ontwaart een probleem in de

parallele oplegging van sancties krachtens het Unierecht door twee verschillende autoriteiten. (Om deze reden wordt niet verwezen naar de relevante nationale wetgeving).

VI. Schorsing van de behandeling van de zaak

19. Krachtens § 100, lid 1, onder c), SSP heeft de NS de behandeling van de zaak [...] geschorst aangezien het Hof om een prejudiciële beslissing is verzocht.

[...][aanzegging dat het niet mogelijk is om tegen de beslissing op te komen]

Bratislava, 12 november 2019

WERKDOCUMENT