

Processo C-857/19**Pedido de decisão prejudicial****Data de entrada:**

26 de novembro de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Najvyšší súd Slovenskej republiky (Supremo Tribunal, República Eslovaca)

Data da decisão de reenvio:

12 de novembro de 2019

Recorrente:

Slovak Telekom a.s.

Recorrida:

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky (Autoridade da Concorrência da República Eslovaca)

Najvyšší súd Slovenskej republiky (Supremo Tribunal da República Eslovaca)

DESPACHO

O Najvyšší súd Slovenskej republiky (Supremo Tribunal da República Eslovaca, a seguir «Supremo Tribunal»), como tribunal de cassação no processo intentado pela recorrente, a **Slovak Telekom, a.s.** [...], com sede em Bratislava [...] [endereço da sede] [...], contra a autoridade recorrida, a **Protimonopolný úrad Slovenskej republiky** (Autoridade da Concorrência da República Eslovaca), com sede em Bratislava [...] [endereço da sede], relativo à fiscalização da legalidade da decisão do Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky (Conselho da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca) [...], de 9 de abril de 2009, no contexto do recurso de cassação interposto pela recorrente da decisão de 21 de junho de 2017 do Krajský súd v Bratislave (Tribunal Regional de Bratislava),

decide,

ao abrigo do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia («TFUE»), submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia as seguintes

questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 11.º, n.º 6, primeiro período, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado.

A expressão «priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos 81.º e 82.º do Tratado» significa que as autoridades dos Estados-Membros perdem a competência para aplicar os artigos 81.º e 82.º do Tratado?

O artigo 50.º (Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, em Nice, também se aplica aos casos de ilícito administrativo sob a forma de abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativamente aos quais a Comissão e a autoridade do Estado-Membro tenham aplicado sanções de maneira separada e independente no exercício dos respetivos poderes ao abrigo do artigo 11.º, n.º 6, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002?

A instância é suspensa.

Fundamentação

I. Tramitação do processo no Supremo Tribunal

1. O Najvyšší súd Slovenskej republiky, enquanto tribunal de cassação no processo [...] [referência do processo], examina o recurso de cassação interposto pela recorrente Slovak Telekom, a.s., com sede em Bratislava, da decisão do Krajský súd v Bratislave (Tribunal Regional de Bratislava), de 21 de junho de 2017, na qual o tribunal regional, enquanto tribunal administrativo competente, indeferiu a reclamação apresentada pela recorrente da decisão definitiva n.º [...] da autoridade recorrida de 9 de abril de 2009. O tribunal de cassação concluiu, a título preliminar, que, no caso que envolve a recorrente, se verificou uma aplicação paralela do artigo 81.º CE (artigo 102.º TFUE) pela Comissão e, simultaneamente, pela autoridade recorrida, na sequência da violação da proibição de comprimir as margens no período compreendido entre 12 de agosto de 2005 e 21 de dezembro de 2007 no mercado retalhista de massa dos serviços fixos de banda larga e no mercado grossista da oferta de lacete local desagregado.

II. Decisão da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca [omissis]

2. Por decisão n.º [omissis], adotada em segunda instância, de 9 de abril de 2009, o Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky alterou o ponto 11 da decisão impugnada, adotada em primeira instância pela autoridade recorrida em 21 de dezembro de 2007, no sentido de que, nos termos do § 38, n.º 1, em conjugação com o § 2, n.º 3, da 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 (Lei n.º 136/2001 relativa à proteção da concorrência, que altera a Lei n.º 347/1990 do Conselho Nacional Eslovaco sobre a organização dos ministérios e outros organismos da administração central da República Eslovaca), conforme alterada, aplicou à sociedade Slovak Telekom, a.s. [omissis] uma sanção pecuniária pelo abuso de posição dominante (na aceção do artigo 82.º CE), fixada nos n.ºs 1 a 8 do dispositivo, no valor de 17 453 362, 54 euros (525 800 000 SKK), a pagar no prazo de 60 dias a contar da data em que esta decisão se tornou definitiva.

3. O abuso de posição dominante é descrito nos n.ºs 1 a 6 do dispositivo da decisão [omissis] de 9 de abril de 2009, como o comportamento da sociedade Slovak Telekom, a.s. no mercado retalhista que consistiu 1) na aplicação de uma tarifa de 30 minutos pelo valor de 0,033 euros, 2) na aplicação de uma tarifa gratuita para chamadas, 3) na aplicação do preço de retalho do produto «Mini Internet para empresas», 4) na aplicação do preço de retalho do produto «Internet para famílias», 5) na aplicação do preço de retalho do produto «Parceiro de negócios», mediante a aplicação simultânea de tarifas grossistas pela terminação de chamadas, o que se traduz numa compressão das margens e, por conseguinte, num abuso de posição dominante, na aceção do artigo 82.º, alínea a), CE e do § 8, n.º 2, alínea a), da zákon č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže (Lei n.º 136/2001 sobre a proteção da concorrência).
4. A decisão do Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky [...], de 9 de abril de 2009, define a duração da violação da lei no seu n.º 297 da seguinte forma:
 - a) N.ºs 1 e 2 do dispositivo: a partir de 15 de junho de 2004 (introdução da tarifa 30 minutos/0,033 euros (1 Sk) até à data de adoção da decisão, isto é, três anos e quatro meses. n.º 5 do dispositivo: de 1 de março de 2005 até à data de adoção da decisão, isto é, dois anos e nove meses. No caso das chamadas gratuitas (n.º 2 do dispositivo), o Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, como referido acima, calculou o início da infração de maneira diferente (a autoridade determinou o seu início em 1 de agosto de 2005), uma vez que a introdução dessa taxa no mercado teve lugar no contexto do primeiro regime tarifário logo em 15 de junho de 2004. Na opinião do conselho, esta conclusão não resulta no aumento da sanção aplicada, visto que o órgão jurisdicional de primeira instância considerou, com razão, que as tarifas estavam interligadas no tempo aos regimes tarifários e que, na maioria dos casos, a tarifa das chamadas gratuitas substituía a tarifa de 30 minutos/0,033 euros (1 Sk), sendo que, em relação ao período em que durou a infração, apreciou-o na globalidade, como uma infração de duração média.

- b) N.ºs 3 e 4 do dispositivo: trata-se também de uma infração de duração média (ou seja, uma infração com a duração de um a cinco anos), no caso do «Mini Internet para empresas» (de 1 de julho de 2005 até à data de adoção da decisão) e a «Internet para famílias» (de 1 de agosto de 2004 até à data de adoção da decisão).
- c) N.º 6 do dispositivo: de 1 de agosto de 2002 até à data de adoção da decisão, trata-se de uma infração de longa duração.
- d) N.º 7 do dispositivo: de 1 de janeiro de 2003 até à data de adoção da decisão, trata-se de uma infração de duração média.
- e) N.º 8 do dispositivo da decisão: no caso das ligações à Internet por linha telefónica, associada a um contrato de serviço telefónico, de 1 de maio de 2001 até à data de adoção da decisão (trata-se de uma infração de longa duração), no caso do acesso à Internet de banda larga, de 1 de junho de 2003 até à data de adoção da decisão (trata-se de uma infração de duração média).

III. Decisão da Comissão Europeia C(2014) 7465

5. A Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia, por Decisão n.º C(2014) 7465 (AT.39523 – Slovak Telekom), de 15 de outubro de 2014, relativa a um processo nos termos do artigo 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do artigo 54.º do acordo EEE, declarou, no artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, que a empresa constituída pela Deutsche Telekom AG e pela Slovak Telekom, a.s., tinha cometido uma infração única e continuada ao artigo 102.º TFUE e ao artigo 54.º do Acordo EEE. A infração durou de 12 de agosto de 2005 a 31 de dezembro de 2010 e incluiu as seguintes práticas:
- a) não fornecimento aos operadores alternativos de informações sobre a rede necessárias para a desagregação dos lacetes locais;
 - b) redução, por parte da Slovak Telekom, do âmbito da sua obrigação de desagregação dos lacetes locais;
 - c) fixação de termos desleais na sua oferta de desagregação de referência de acesso relativamente à colocação, à qualificação, às previsões, às reparações e às garantias bancárias;
 - d) aplicação de tarifas desproporcionadas que não permitiram a um concorrente, igualmente eficiente, que utilizou o acesso grossista aos lacetes locais desagregados ST, reproduzir sem perdas a carteira retalhista de banda larga da ST.
6. A Comissão aplicou as seguintes coimas pela infração referida no artigo 1.º:

- a) uma coima de 38 838 000 euros solidariamente à Deutsche Telekom AG e à Slovak Telekom, a.s;
 - b) uma coima de 31 070 000 euros à Deutsche Telekom AG.
7. Resulta do ponto 1507 da fundamentação da decisão da Comissão Europeia C(2014) 7465, de 15 de outubro de 2014 (AT.39523 – Slovak Telekom) que a Comissão Europeia apreciou os factos como uma infração única e continuada, pelo que, nas partes 7 e 8 dessa decisão, se declara que a sociedade Slovak Telekom permitiu a compressão das margens e aplicou uma estratégia de recusa de acesso aos seus lacetes locais.
 8. Segundo o ponto 1508 da fundamentação da Comissão: «qualquer destas medidas constituiria, em si mesma, uma infração ao artigo 102.º do TFUE [»]. No entanto, a Comissão considera que, em conjunto, constituem uma infração única e continuada, uma vez que o objetivo (e o efeito provável) de todas estas medidas era restringir e falsear a concorrência no mercado retalhista de massa dos serviços de banda larga na República Eslovaca e proteger o lucro e a posição da Slovak Telekom no mercado de massa dos serviços de banda larga.
 9. A Decisão da Comissão Europeia C(2014) 7465, de 15 de outubro de 2014 (AT.39523 – Slovak Telekom) foi objeto de um processo em primeira instância julgado pelo Tribunal Geral da União Europeia (processo T-851/14, Slovak Telekom/Comissão Europeia) e de um recurso para o Tribunal de Justiça da União Europeia (processo C-165/19 P).

IV. Fundamentação do pedido de decisão prejudicial

10. Nos termos do § 196 da zákon č. 162/2015 Z. z. Správny súdny poriadok (Lei n.º 162/2015 relativa ao contencioso administrativo; a seguir «SSP»), o tribunal de cassação, por decisão [...] de 29 de maio de 2019, convidou as partes no processo a apresentarem, no prazo de 15 dias, as suas observações a respeito da observância do princípio *ne bis in idem* em matéria de abuso de posição dominante sob a forma de compressão das margens, para efeitos do artigo 102.º TFUE, quanto à parte do período em causa em que se verificou a sobreposição, de 12 de agosto de 2005 até à adoção da decisão de primeira instância da Autoridade da Concorrência da República Eslovaca [...], de 21 de dezembro de 2007.
11. Nas suas observações de 29 de maio de 2019 sobre a observância do princípio *ne bis in idem* (n.ºs 12, 13 e 14), a autoridade recorrida, a Autoridade da Concorrência da República Eslovaca, declarou que, embora ambos os processos digam respeito à infração ao artigo 102.º TFUE (ex-artigo 82.º TCE) por abuso de posição dominante, trata-se de dois processos distintos (a Comissão Europeia apreciou, quanto ao mérito, um processo diferente do da Autoridade da Concorrência). Resulta claramente do conteúdo de ambas as decisões que a Autoridade da Concorrência ou o Conselho da Autoridade da Concorrência e a Comissão Europeia avaliaram produtos diferentes. A autoridade avaliou produtos

ao nível retalhista, e a Comissão Europeia ao nível grossista. De qualquer modo, não se trata de processos idênticos e, por conseguinte, em caso algum pode ter-se verificado uma sobreposição material, pelo que não pode ter ocorrido, no caso em apreço, uma violação do princípio *ne bis in idem*.

12. No entender da autoridade recorrida, a decisão do Conselho da Autoridade da Concorrência não pode, portanto, ter violado o princípio *ne bis in idem*, em razão do acima exposto, mas sobretudo do ponto de vista temporal, uma vez que a Autoridade da Concorrência ou o Conselho da Autoridade adotaram a sua decisão em 2009, ou seja, cinco anos antes de a Comissão ter adotado a sua própria decisão. Em caso de dúvida, porém, considera que tal questão tem principalmente que ver com a decisão da Comissão e seria da competência do Tribunal Geral da União Europeia, que no entanto nada declarou a tal respeito.
13. Nas suas observações de 14 de junho de 2019, a recorrente afirmou que ambas as sanções foram aplicadas por um comportamento que, tanto na opinião da Comissão como da autoridade impugnada, tinha por objetivo enfraquecer ou eliminar a concorrência e que não teria ocorrido se tivesse havido suficiente acesso grossista à infraestrutura da recorrente, em especial à ULL. Este comportamento, juntamente com a compressão das margens e a recusa de concessão de acesso ao lacete local, constituiu, no entender da Comissão, uma infração única e continuada. Quaisquer outros efeitos desta infração única e continuada não poderão ser posteriormente objeto da aplicação de uma sanção por outra autoridade no âmbito de processos separados e de uma sanção separada. O procedimento que conduziu à adoção de uma decisão pela Comissão foi formalmente iniciado, na aceção do n.º 12 da decisão da Comissão, à data da notificação da carta de intimação à recorrente, em 8 de abril de 2009 (dia anterior à adoção da decisão em segunda instância pela autoridade impugnada). Contudo, já em 13 de junho de 2008 a Comissão tinha pedido aos concorrentes da recorrente informações sobre as práticas da recorrente e, de 13 a 15 de janeiro de 2009, em colaboração com a autoridade recorrida, efetuou uma auditoria sem aviso prévio à sede da recorrente. O recorrido estava indubitavelmente ao corrente do processo desencadeado pela Comissão e do seu objeto, o qual, do ponto de vista do seu conteúdo e da sua duração, coincidia com o objeto do seu próprio processo de recurso. A recorrente considera que estas infrações e os efeitos da violação do princípio *ne bis in idem* afetaram fundamentalmente a sua situação jurídica. Em particular, invoca o facto de ter pago duas sanções extraordinariamente elevadas (a sanção aplicada pelas decisões impugnadas adotadas pela autoridade recorrida e paga pela recorrente logo em 20 de outubro de 2017).
14. O tribunal de cassação discorda do ponto de vista da autoridade recorrida segundo o qual resulta claramente do conteúdo de ambas as decisões que a Autoridade da Concorrência ou o Conselho dessa Autoridade e a Comissão Europeia avaliaram produtos distintos. Resulta claramente da decisão impugnada que o abuso de posição dominante foi descrito nos n.ºs 1 a 5 do dispositivo da decisão n.º [omissis], de 9 de abril de 2009, como o comportamento da sociedade Slovak

Telekom, a.s. no mercado retalhista (por exemplo, a aplicação de tarifas de chamadas gratuitas, aplicando simultaneamente tarifas grossistas pela terminação das chamadas, o que constitui uma compressão das margens e, conseqüentemente, um abuso de posição dominante, na aceção do artigo 82.º, alínea a), CE e do § 8, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 136/2001 sobre a proteção da concorrência.

15. Segundo o tribunal de cassação, o comportamento da sociedade, tal como constatado pela Comissão no artigo 1.º, ponto 2, alínea d), da Decisão C(2014) 7465, de 15 de outubro de 2014 AT.39523 – Slovak Telekom, segundo o qual foram aplicadas tarifas desproporcionadas que não permitiram a um concorrente, igualmente eficiente, que utilizou o acesso grossista aos lacetes locais desagregados ST, reproduzir sem perdas a carteira retalhista de banda larga da ST, coincide com o comportamento referido nos n.ºs 1 a 5 da decisão n.º [omissis], de 9 de abril de 2009. No n.º 86 da sua decisão, a Comissão definiu dois mercados estreitamente relacionados entre si, a saber: a) o mercado retalhista dos serviços fixos de banda larga e b) o mercado grossista de acesso aos lacetes locais desagregados.
16. O tribunal de cassação chegou à conclusão de que, se se admitirem poderes paralelos na aceção do artigo em causa do regulamento, seria igualmente admissível a adoção de decisões paralelas que imponham sanções com o mesmo objeto. Uma vez que esta conclusão pode ser contrária ao princípio *ne bis in idem*, o tribunal de cassação pede ao Tribunal de Justiça da União Europeia uma interpretação sobre a questão submetida, sem a qual a instância não pode prosseguir.

V. Direito da União Europeia e jurisprudência do Tribunal de Justiça

17. Nos termos do artigo 11.º, n.º 6, primeiro período, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, o início por parte da Comissão da tramitação conducente à aprovação de uma decisão nos termos do capítulo III priva as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência da competência para aplicarem os artigos 81.º e 82.º do Tratado. Se a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência já estiver a instruir um processo, a Comissão só dará início a um processo após ter consultado essa autoridade nacional responsável em matéria de concorrência.
18. A jurisprudência pertinente para o caso em apreço relativa ao princípio *ne bis in idem* é o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 3 de abril de 2019, no processo C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A., que, contudo, resolve a questão da proibição do *ne bis in idem*, consagrada no artigo 50.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, relativamente à aplicação simultânea do direito da União e do direito nacional numa decisão de uma autoridade nacional de concorrência. O tribunal de cassação assinala que a situação jurídica no processo C-617/17, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na

Žycie S.A., era diferente da do processo no Najvyšší súd Slovenskej republiky, na medida em que se trata aqui da aplicação independente e separada de sanções pela Comissão e pela autoridade nacional da concorrência por violação do artigo 102.º do tratado. O tribunal de cassação vê um problema na aplicação paralela de sanções ao abrigo do direito da União Europeia por estas duas autoridades. (Por esta razão, não faz referência à legislação nacional aplicável).

VI. Suspensão da instância

19. Por força do § 100, n.º 1, alínea c), da SPP, o tribunal de cassação suspendeu a instância *[omissis]* uma vez que submeteu ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial.

[Omissis] [Indicações relativas à impossibilidade de interpor recurso]

Bratislava, 12 de novembro de 2019