

**Rechtssache C-680/20**

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1  
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

**Eingangsdatum:**

15. Dezember 2020

**Vorlegendes Gericht:**

Consiglio di Stato (Italien)

**Datum der Vorlageentscheidung:**

7. Dezember 2020

**Klägerin:**

Unilever Italia Mkt. Operations

**Beklagte:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

---

**Gegenstand des Ausgangsverfahrens**

Berufung gegen das Urteil des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Regionales Verwaltungsgericht für den Lazio, im Folgenden: TAR), mit dem die Klage der Klägerin gegen die von der Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, im Folgenden: Wettbewerbsbehörde) gegen sie wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung auf dem nationalen Markt für den Vertrieb und die Vermarktung von abgepacktem Speiseeis an Wiederverkäufer verhängte Sanktion abgewiesen wurde.

**Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage**

Auslegung der Art. 101 und 102 AEUV im Sinne von Art. 267 AEUV

## **Vorlagefragen**

1. Welche Kriterien sind abgesehen von Fällen der Unternehmenskontrolle für die Feststellung maßgeblich, ob die vertragliche Koordinierung zwischen formal autonomen und unabhängigen Wirtschaftsteilnehmern zu einer einzigen wirtschaftlichen Einheit im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV führt? Kann insbesondere das Vorhandensein eines gewissen Grades von Eingriffen in die geschäftlichen Entscheidungen eines anderen Unternehmens, das für Beziehungen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit zwischen Herstellern und Abnehmern typisch ist, als ausreichend angesehen werden, um diese Unternehmen als Teil derselben wirtschaftlichen Einheit einzustufen? Oder muss zwischen den beiden Unternehmen eine „hierarchische“ Verbindung bestehen, die durch das Vorliegen eines Vertrags erkennbar wird, wonach sich mehrere autonome Unternehmen der Leitungs- und Koordinierungstätigkeit eines von ihnen „unterwerfen“, so dass die Behörde den Nachweis für eine systematische und kontinuierliche Reihe von Anleitungsmaßnahmen erbringen muss, die geeignet sind, die betrieblichen Entscheidungen des Unternehmens zu beeinflussen, d. h. die strategischen und operativen Entscheidungen in finanzieller und gewerblicher Hinsicht?

2. Ist Art. 102 AEUV für die Beurteilung, ob ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch die Verwendung von Ausschließlichkeitsklauseln vorliegt, dahin auszulegen, dass die Wettbewerbsbehörde verpflichtet ist, zu überprüfen, ob die Wirkung dieser Klauseln darin besteht, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschließen, und die von der Partei vorgelegten wirtschaftlichen Analysen zur konkreten Fähigkeit der in Rede stehenden Verhaltensweisen, ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschließen, im Einzelfall zu prüfen? Oder gibt es bei Ausschließlichkeitsklauseln oder Verhaltensweisen, die durch eine Vielzahl von missbräuchlichen Praktiken (Treuerabatte und Ausschließlichkeitsklauseln) gekennzeichnet sind, für die Wettbewerbsbehörde keine rechtliche Verpflichtung, den Vorwurf eines Wettbewerbsverstößes auf das Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers zu stützen?

## **Angeführte Vorschriften des Unionsrechts**

Art. 101 und 102 AEUV

## **Angeführte nationale Vorschriften**

Gesetz Nr. 287 vom 10. Oktober 1990 – Bestimmungen für den Schutz des Wettbewerbs und des Marktes, Art. 3: „Der Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem nationalen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten ...“

## **Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens**

- 1 Die Unilever Italia Mkt Operations srl (im Folgenden: Unilever) ist eine Gesellschaft, die Massenverbrauchsgüter unter Marken von sehr hohem Bekanntheitsgrad entwickelt und vertreibt, darunter Algida und Carte d'Or im Bereich des Speiseeises. Die Bomba snc ist ein Unternehmen, das Eis am Stiel herstellt und in einigen Regionen Zentral-Italiens tätig ist.
- 2 In einem Bericht an die Wettbewerbsbehörde rügt La Bomba, dass Unilever in den letzten Jahren die Betreiber von Badeanstalten und Bars, ihre Wiederverkäufer, aufgefordert habe, zusammen mit ihren eigenen Produkten nicht auch Eis am Stiel der Marke La Bomba zu vertreiben, sei es auch in getrennten Kühltheken, und ihnen dabei gedroht habe, die vereinbarten Rabatte nicht mehr zu gewähren oder die Verkaufsvereinbarungen zu kündigen, und außerdem Strafzahlungen zu verlangen.
- 3 Die Wettbewerbsbehörde stellte fest, dass Unilever eine Strategie verfolge, die den Leistungswettbewerb ausschließe; sie verhängte daher gegen sie eine Geldbuße und ordnete die Unterbrechung der als rechtswidrig angesehenen Verhaltensweisen auf der Grundlage folgender Schlussfolgerungen an: a) Unilever habe eine beherrschende Stellung auf dem relevanten Markt; b) die 150 örtlichen Vertriebshändler von Unilever (im Folgenden: Konzessionäre) seien keine autonomen Unternehmen und ihre Geschäftspraktik sei Unilever zuzurechnen; c) die Verhaltensweisen von Unilever und ihren Konzessionären auf dem Markt, die insbesondere in Verpflichtungen zur Produktexklusivität und in der Anwendung von Rabatten und Vergütungen, die von der Erreichung von Umsatzzielen abhängig seien, bestünden, stellten eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV dar.
- 4 Unilever erhob gegen die Sanktionsmaßnahme Klage beim TAR. Gegen das abweisende Urteil dieses Gerichts ist ein Rechtsmittelverfahren vor dem vorlegenden Gericht, dem Consiglio di Stato (Staatsrat) anhängig.

## **Wesentliche Argumente der Klägerin des Ausgangsverfahrens**

- 5 Die Klägerin rügt insbesondere methodologische Fehler bei der Definition des relevanten Markts (als Substitutionsprodukt für das verpackte Eis sei auch offenes Eis herangezogen worden) und des geografischen Markts (es sei nicht das gesamte nationale Hoheitsgebiet, sondern nur der örtliche Markt herangezogen worden) sowie einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV in mehrfacher Hinsicht: a) Unilever habe keine beherrschende Stellung; b) ihre örtlichen Konzessionäre seien jeweils für ihr Gebiet für die Vermarktung der Unilever-Produkte selbst verantwortlich, sodass die Auswirkungen ihrer Verhaltensweisen nicht dieser Gesellschaft zur Last gelegt werden könnten; c) die Wettbewerbsbehörde habe weder konkret bestimmt, inwieweit die Unilever zur Last gelegten Verhaltensweisen ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt ausschließen könnten (die Ausschließlichkeitsvereinbarungen zwischen Unilever und den Wiederverkäufern

umfassten nur 0,8 % aller aktiven Verkaufsstellen in Italien, während die von den Konzessionären mit ihren Kunden abgeschlossenen Ausschließlichkeitsvereinbarungen 8 % davon umfassten) noch deren angeblich wettbewerbswidrigen Auswirkungen gegen die wettbewerbsfördernden Auswirkungen, die in der Ausweitung der Verbreitung der Produkte und in einer Preisreduktion für Händler und Verbraucher bestünden, abgewogen.

### **Kurze Darstellung der Begründung der Vorlage**

- 6 Im vorliegenden Fall wurden die von der Wettbewerbsbehörde beanstandeten missbräuchlichen Verhaltensweisen, obwohl sie tatsächlich nicht von Unilever, sondern von ihren Konzessionären begangen wurden, nur Unilever auf der Grundlage der Annahme zugerechnet, dass Unilever und ihre Konzessionäre eine wirtschaftliche Einheit bilden. Unbeschadet der Tatsache, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, den tatsächlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses zwischen Unilever und ihren Konzessionären zu prüfen, ist es in rechtlicher Hinsicht notwendig, den Begriff des „Unternehmens“ und des „Wirtschaftsteilnehmers“ im Wettbewerbsrecht und die Kriterien für die subjektive Zurechnung der Zuwiderhandlung zu klären. Insbesondere ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Koordinierung zwischen formal autonomen und unabhängigen Wirtschaftsteilnehmern zur Bildung eines einzigen Entscheidungszentrums führt, so dass die Verhaltensweisen des einen auch dem anderen zugerechnet werden können.
- 7 Das vorliegende Gericht verweist zunächst auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Bestimmung eines einzigen Entscheidungszentrums im Hinblick auf das Phänomen der Unternehmensgruppen, wobei es sich auf die Notwendigkeit stützt, die tatsächliche Ausübung des bestimmenden Einflusses der Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft konkret nachzuweisen (Urteile *Areva u. a.*, verbundene Rechtssachen C-247/11 P und C-253/11 P, *Schindler Holding Ltd*, Rechtssache C-501/11, *Dow Chemical*, Rechtssache C-179/12 P). Anschließend weist es darauf hin, dass nach italienischem Handelsrecht in Situationen, in denen eine Gesellschaft faktische oder rechtliche Kontrolle ausübt, die Leitung und Koordinierung der Gesellschaft gesetzlich vermutet wird, während sie in Fällen, in denen sie auf einem Vertrag mit den Gesellschaften selbst oder auf Klauseln in ihren Satzungen beruht, nachgewiesen werden muss (codice civile [Zivilgesetzbuch], Art. 2497 sexies und septies, Art. 2359).
- 8 Zu den Fällen vertraglicher Koordinierung wie dem vorliegenden führt das vorliegende Gericht aus, dass alle Beziehungen geschäftlicher Zusammenarbeit, einschließlich der – hier relevanten – dem Vertriebsvertrag zugrundeliegenden, von einem gewissen Grad des Eingriffs des Lieferanten in die Modalitäten der Erbringung der Leistung des Abnehmers gekennzeichnet sind. Dies führt jedoch nicht zwangsläufig dazu, dass Anleitungen gegeben werden, sondern kann sich darauf beschränken, eine bestimmte Form der Arbeitsaufteilung zwischen großen und mittelgroßen bzw. kleinen Unternehmen zu regeln. Die Autonomie kann nicht

absolut sein, z. B. wenn einem Konzessionär in einigen ihm erteilten Weisungen Grenzen gesetzt werden; dies stellt aber nicht in Frage, dass der Unternehmer kaufmännische Unabhängigkeit und Entscheidungsautonomie und eine unmittelbare Verantwortung für die mit seiner Tätigkeit verbundenen Kosten und Risiken hat. Im klassischen Fall beschränkt sich der Konzessionär nämlich nicht darauf, die Parteien, die einen Kaufvertrag abschließen, miteinander in Kontakt zu bringen, wie es ein Vermittler tut, der den Abschluss künftiger Verträge zwischen dem Auftraggeber und Dritten erleichtert, sondern kauft selbst vom Konzessionsgeber und verkauft an Dritte, wobei er verpflichtet ist, die Ware zu fördern, und nimmt den Unterschiedsbetrag zwischen dem Einkaufspreis und dem Wiederverkaufspreis ein.

- 9 Auf dieser Grundlage möchte das vorlegende Gericht mit seiner ersten Frage im Wesentlichen wissen, welche strukturelle Verbindung zwischen dem Hersteller und seinen Abnehmern abstrakt bestehen muss, damit sie wettbewerbsrechtliche eine einzige wirtschaftliche Einheit bilden. Reicht der normale Eingriff in die genannten Geschäftsbeziehungen aus, oder ist vielmehr erforderlich, dass ein oder mehrere Unternehmen einem anderen durch förmliche Maßnahmen (wie Beratungen oder vertragliche Vereinbarungen) oder auch bloße Weisungen (Anleitungen, Verhaltensregeln, Dienstordnungen) unterworfen sind, die die betrieblichen Entscheidungen des Abnehmers erheblich beeinflussen können?

Diese Klarstellung ist umso wichtiger, als die in Rede stehende Geldbuße auch „strafrechtlicher“ Natur (da wegen ihrer Gesamthöhe „beschwerend“) im Sinne von Art. 7 EMRK ist und daher nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und für die gesetzlich vorgesehenen Zeiträume verhängt werden könnte.

- 10 Die zweite Auslegungsunklarheit, die das vorlegende Gericht in seiner zweiten Frage darlegt, hängt mit dem objektiven Tatbestandsmerkmal der Zuwiderhandlung zusammen und insbesondere mit dem Beweisstandard, dem die Wettbewerbsbehörden bei der Feststellung von ausschließenden missbräuchlichen Verhaltensweisen genügen müssen. Wie in der derzeit beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache C-377/20 fragt der Consiglio di Stato, ob selbst bei Vorliegen eines Verhaltens, das abstrakt geeignet ist, wettbewerbsbeschränkende Wirkungen zu erzeugen, trotzdem der Nachweis durch das sanktionierte Unternehmen, dass tatsächlich keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung eingetreten ist, zulässig ist.
- 11 Für die Feststellung, welche Bedeutung den tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen auf den Wettbewerb bei der Beurteilung im Sinne von Art. 102 AEUV beizumessen ist, bezieht sich das vorlegende Gericht insbesondere auf das Urteil Intel (C-413/14 P). Die Gesellschaft Intel, Marktführerin für Computerprozessoren, praktizierte nach Ansicht der Kommission ein System von Rabatten und Zahlungen, um Computerhersteller exklusiv zu beliefern und einen Wettbewerber vom Markt für dieselben Waren auszuschließen. Da das Gericht diese Verhaltensweisen als ihrem Wesen nach wettbewerbswidrig ansah, schloss es aus, dass es für die Feststellung ihrer Missbräuchlichkeit erforderlich ist, ihre

tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen auf den Wettbewerb unter Berücksichtigung aller Umstände der Rechtssache zu beurteilen. Der Gerichtshof entkräftete hingegen diesen Standpunkt und kam zu dem Schluss, dass das Vorbringen von Intel zu berücksichtigen ist, mit dem auf angebliche Fehler der Kommission bei der Prüfung der Frage, ob das betreffende Treuerabattsystem geeignet sei, zumindest ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt zu verdrängen („AEC-Test“), hingewiesen werden sollte.

- 12 Unter Berufung auf das Urteil Intel wirft die Klägerin der Wettbewerbsbehörde vor, keine Prüfung der konkreten Auswirkungen der Verhaltensweisen von Unilever (also zum Fehlen von Ausschlusswirkungen gegenüber ihren ebenso effizienten Wettbewerbern) und der damit verbundenen wettbewerbsfördernden Wirkungen (wie sich aus der Studie ergebe, die von Unilever bei einer angesehenen Wirtschaftsberatungsgesellschaft in Auftrag gegeben worden sei) vorgenommen zu haben. Die Wettbewerbsbehörde ist dagegen der Ansicht, dass die im Urteil Intel aufgestellten Grundsätze im vorliegenden Fall nicht anwendbar seien, da sie nur für Missbräuche durch Treuerabatte gälten. Der Gerichtshof habe lediglich auf einen „formalen Fehler“ des Gerichts hingewiesen, das sich nicht zu den Einwänden geäußert habe, die die Rechtsmittelführerin in Bezug auf den AEC-Test erhoben habe. Jedenfalls sei kein Test in der Lage, gleichzeitig eine Vielzahl von missbräuchlichen Praktiken zu analysieren.
- 13 Auf dieser Grundlage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob – wie die Klägerin geltend macht – die Grundsätze des Urteils Intel auf Ausschließlichkeitsklauseln oder Verhaltensweisen, die in vielfältigen missbräuchlichen Verhaltensweisen bestehen, übertragen werden können, und gegebenenfalls in welchen Fällen oder unter welchen Voraussetzungen die Bedeutung des AEC-Tests oder der vom Unternehmen vorgelegten Studien und Untersuchungen ausgeschlossen werden kann. Ist insbesondere die Beurteilung der Wettbewerbsbehörde, die die Bedeutung des AEC-Tests und von Studien mit ähnlicher Funktion im Fall von Verhaltensweisen wie den in Rede stehenden ausschließt, im Hinblick auf das Urteil Intel zutreffend?