

**Mål C-680/20****Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

15 december 2020

**Domstol som begär förhandsavgörande:**

Consiglio di Stato (Italien)

**Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:**

7 december 2020

**Klagande:**

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

**Motpart:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

**Saken i det nationella målet**

Överklagande av den dom som meddelades av Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, genom vilken den domstolen ogillade klagandebolagets överklagande av beslutet från Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (konkurrens- och marknadsmyndigheten i Italien) att ålägga bolaget sanktioner på grund av missbruk av dominerande ställning på den nationella marknaden för distribution och försäljning av förpackad glass till återförsäljare.

**Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande**

Tolkning av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF, enligt artikel 267 FEUF

**Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande**

1) Utöver de fall som avser moder/dotterbolagsförhållanden, vilka kriterier är relevanta för att fastställa huruvida samordningen enligt avtal mellan ekonomiska aktörer som formellt sett är självständiga och oberoende ger upphov till en enda

ekonomisk enhet enligt artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF? Kan i synnerhet förekomsten av en viss grad av inblandning i ett annat företags kommersiella val, vilket är typiskt för kommersiella samarbeten mellan tillverkaren och mellanhänder inom distribution, anses vara tillräcklig för att sådana företag ska kvalificeras som en del av samma ekonomiska enhet, eller krävs det en ”hierarkisk” koppling mellan de båda företagen, som går att identifiera när det finns ett avtal enligt vilket flera självständiga bolag ”underkastar” sig ett av bolagens verksamhet för arbetsledning och samordning, vilket från myndighetens sida således kräver bevis för att det systematiskt och konsekvent förekommer ett flertal riktlinjer som kan påverka företagets verksamhetsbeslut, det vill säga strategiska och operativa val av ekonomisk, industriell och kommersiell art?

2) Vid bedömningen av huruvida det föreligger missbruk av dominerande ställning som skett genom exklusivitetsklausuler, ska artikel 102 FEUF tolkas på så sätt att konkurrensmyndigheten anses ha en skyldighet att kontrollera huruvida effekten av dessa klausuler är sådan att konkurrenter som är lika effektiva utestängs från marknaden och att noggrant granska de ekonomiska analyser som parten har gett in rörande det omstridda beteendets faktiska förmåga att utestänga lika effektiva konkurrenter från marknaden, eller ska det, i fråga om utestängande exklusivitetsklausuler eller beteenden som kännetecknas av en rad olika former av missbruk (lojalitetsrabatter och exklusivitetsklausuler), anses att det inte föreligger någon rättslig skyldighet för myndigheten att basera konstaterandet att det skett en överträdelse av konkurrensrätten på kriteriet om en lika effektiv konkurrent?

### **Anförda unionsbestämmelser**

Artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF

### **Anförda nationella bestämmelser**

Artikel 3 i legge 10 ottobre 1990, n. 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (lag nr 287 av den 10 oktober 1990 – Bestämmelser om skydd för konkurrensen och marknaden) som har följande lydelse: ”Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inhemska marknaden eller inom en väsentlig del av denna är förbjudet ...”

### **Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet**

- 1 Unilever Italia Mkt Operations srl (nedan kallat Unilever) är ett bolag som är verksamt inom utveckling och försäljning av masskonsumtionsvaror, med välkända varumärken, däribland, inom glassektorn, Algida och Carte d’Or. La Bomba snc är ett bolag som tillverkar isglass och som är verksamt i vissa regioner i centrala Italien.

- 2 I ett klagomål till Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (konkurrens- och marknadsmyndigheten i Italien) (nedan kallad konkurrensmyndigheten) påtalade La Bomba att Unilever, under de senaste åren, hade beordrat de som driver badanläggningar och barer, bolagets återförsäljare, att inte sälja isglass av varumärket La Bomba tillsammans med Unilevers egna produkter, inte ens i separata frysdiskar, genom att hota dem med att inte längre tillämpa överenskomna rabatter eller säga upp försäljningsavtalen och även ålägga dem att betala straffavgifter.
- 3 Konkurrensmyndigheten konstaterade att Unilever hade antagit en strategi som utesluter pris- och prestationskonkurrens. Myndigheten ålade därför bolaget böter och förelade det att upphöra med de beteenden som ansågs vara rättsstridiga på grundval av följande konstateranden: a) Unilever har en dominerande ställning på den relevanta marknaden. b) Unilevers 150 lokala distributörer (nedan kallade återförsäljarna) utgör inte självständiga företag och deras affärsmetod bestäms av Unilever. c) Unilevers och dess återförsäljares beteenden på marknaden, som särskilt består i fastställandet av exklusivitetsförpliktelser vad gäller varusortiment och tillämpningen av rabatter och ersättningar som är villkorade av att omsättningsmål uppnås, utgör missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF.
- 4 Unilever överklagade beslutet om böter till Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio. Nämnda domstol ogillade överklagandet genom dom, vilken har överklagats till den hänskjutande domstolen, Consiglio di Stato.

### **Klagandens huvudargument**

- 5 Klaganden gör särskilt gällande att det förekom metodfel vid definitionen av den relevanta marknaden (det ansågs att även kulglass utgjorde en produkt som var utbytbar med förpackad glass) och den geografiska marknaden (inte hela landet beaktades, utan bara den lokala marknaden) samt överträdelser av artikel 102 FEUF i flera avseenden, med hänsyn till följande: a) Unilever har inte en dominerande ställning. b) Dess lokala återförsäljare ansvarar själva, var och en för det egna området, för försäljningen av Unilevers produkter, vilket gör att effekterna av deras beteende inte kan tillskrivas nämnda bolag. c) Konkurrensmyndigheten gjorde inte en konkret uppskattning av huruvida de beteenden som lades Unilever till last kunde medföra att lika effektiva konkurrenter utestängdes från marknaden (exklusivitetsavtalen mellan Unilever och återförsäljarna omfattade knappt 0,8 procent av samtliga aktiva försäljningsställen i Italien, jämfört med de 8 procent som omfattas av de exklusivitetsavtal som återförsäljarna har ingått med sina kunder) och den gjorde inte heller en avvägning mellan deras påstådda konkurrensbegränsande effekter och de konkurrensfrämjande effekterna som består i en ökad spridning av produkterna och en prissänkning för handlare och konsumenter.

**Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs**

- 6 I det aktuella fallet har de beteenden som innebär missbruk och som har påtalats av konkurrensmyndigheten, även om de inte konkret utfördes av Unilever utan av dess återförsäljare, tillskrivits endast Unilever på grundval av antagandet att Unilever och dess återförsäljare kan hänföras till en enda ekonomisk enhet. Det ankommer på den nationella domstolen att faktiskt fastställa innehållet i avtalsförhållandet mellan Unilever och dess återförsäljare, och det är – rättsligt sett – nödvändigt att klargöra begreppet ”företag” och ”ekonomisk aktör” i konkurrensrätten och kriterierna för att hålla någon subjektivt ansvarig för överträdelsen. Det ska särskilt klargöras under vilka förutsättningar samordningen mellan ekonomiska aktörer som formellt sett är självständiga och oberoende är sådan att det föreligger en enda beslutande enhet, med följden att beteenden av den ena ekonomiska aktören kan tillskrivas även den andra ekonomiska aktören.
- 7 Den hänskjutande domstolen hänvisar framför allt till EU-domstolens fasta praxis avseende identifieringen av en enda beslutande enhet med avseende på företagskoncerner, och uppehåller sig vid behovet av att det konkret ska styrkas att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande på sitt dotterbolag (domen Areva m.fl., förenade målen C-247/11 P och C-253/11 P, domen Schindler Holding Ltd, mål C-501/11, domen Dow Chemical, mål C-179/12 P). Vidare påpekar den hänskjutande domstolen att det i italiensk handelsrätt, i situationer av faktisk eller rättslig kontroll över aktierna, antas enligt lag vara fråga om verksamhet för arbetsledning och samordning av bolag, medan sådan verksamhet ska styrkas när den grundar sig på ett avtal med samma företag eller på klausuler som de har fastställt (codice civile (civillagen), artikel 2497 sexies och septies, artikel 2359).
- 8 Med hänvisning till de fall som avser samordning enligt avtal, såsom det aktuella fallet, påpekar den hänskjutande domstolen att alla kommersiella samarbeten, även de – i detta fall relevanta – som ligger till grund för återförsäljaravtalet, kännetecknas av en viss grad av inblandning från huvudmannens sida vad gäller formerna för genomförande av mellanhandens tjänst. Dessa samarbeten ger dock inte nödvändigtvis upphov till en verksamhet för arbetsledning, utan kan begränsa sig till att reglera en särskild form av arbetsfördelning mellan stora företag och små/medelstora företag. Självständigheten behöver inte vara oinskränkt, till exempel när återförsäljaren stöter på begränsningar i vissa av de instruktioner som denne har fått, men detta påverkar inte det faktum att företagaren är oberoende i kommersiellt hänseende och vad gäller beslutsfattande samt är direkt ansvarig för de kostnader och de risker som hänger samman med den egna verksamheten. En återförsäljare begränsar sig nämligen i det klassiska fallet inte till att sammanföra de parter som ingår ett försäljningsavtal, vilket däremot en kommissionär gör, vilken underlättar ingåendet av framtida avtal mellan kommittenten och tredje man, utan återförsäljaren köper själv från huvudmannen och säljer vidare till tredje man med en skyldighet att marknadsföra varorna och inkasserar skillnaden mellan inköpspriset och vidareförsäljningspriset.

- 9 På grundval av detta vill den hänskjutande domstolen, genom sin första fråga, i huvudsak få klarhet i vilka strukturella band som teoretiskt sett ska föreligga mellan tillverkaren och dess mellanhänder för att det ska föreligga en enda ekonomisk enhet enligt konkurrensrätten. Är en normal inblandning i nämnda affärsförbindelser tillräcklig eller är det snarare nödvändigt att ett eller flera företag verkligen lyder under ett annat företag, vilket ska styrkas med formella handlingar (såsom beslut eller avtal), eller även rena riktlinjer (instruktioner, uppföranderegler, anvisningar), vilka på ett betydande sätt kan påverka den kommersiella mellanhandens verksamhetsbeslut.

Ett sådant fastställande är än mer relevant eftersom de omdiskuterade böterna även är av ”straffrättslig” art (då de är ”repressiva” på grund av det totala bötesbeloppet), i den mening som avses i artikel 7 i Europakonventionen, och kan därför åläggas endast i de fall och för de tidsperioder som föreskrivs i lag.

- 10 Den andra tolkningssvårigheten, som den hänskjutande domstolen har angett i den andra frågan, avser överträdelsens objektiva rekvisit och särskilt de beviskrav som konkurrensmyndigheterna måste iaktta för att konstatera utestängande beteenden som innebär missbruk. Såsom redan har skett i mål C-377/20, vilket för närvarande är anhängigt vid EU-domstolen, vill Consiglio di Stato få klarhet i huruvida det företag som ålagts böter – även om det föreligger ett beteende som teoretiskt sett kan ge upphov till konkurrensbegränsande effekter – ändå ska beredas tillfälle att styrka att det faktiskt inte har uppstått någon konkurrensbegränsande effekt.
- 11 För att fastställa vilken betydelse som ska tillmätas den faktiska eller potentiella påverkan på konkurrensen vid bedömningen enligt artikel 102 FEUF hänvisar den hänskjutande domstolen särskilt till domen Intel (mål C-413/14 P). Bolaget Intel, som var det ledande företaget på marknaden för processorer till datorer, tillämpade enligt kommissionen ett system med rabatter och betalningar för att datortillverkarna skulle göra sina inköp uteslutande från Intel och för att utestänga en konkurrent från marknaden för dessa varor. Då tribunalen ansåg att dessa beteenden i sig var konkurrensbegränsande, utslöt den att det, vid fastställandet av huruvida de utgjorde missbruk, var nödvändigt att bedöma deras faktiska eller potentiella påverkan på konkurrensen mot bakgrund av samtliga omständigheter i det aktuella fallet. EU-domstolen underkände däremot denna underlåtenhet och slog fast att det var nödvändigt att beakta den argumentation som framförts av Intel för att påtala de fel som kommissionen påstods ha gjort vid bedömningen av lojalitetsrabattssystemets förmåga att tränga undan konkurrenter som är åtminstone lika effektiva från marknaden (nedan kallat lika-effektiv-konkurrent-testet).
- 12 Med åberopande av domen Intel, gör klaganden gällande att konkurrensmyndigheten inte gjorde någon bedömning av de konkreta effekterna av Unilevers beteenden (det vill säga vad beträffar avsaknaden av utestängande effekter för dess konkurrenter som är lika effektiva) och de därmed sammanhängande konkurrensfrämjande effekterna (som framgår av en

undersökning som beställts av Unilever från en välrenommerad ekonomisk konsultbyrå). Konkurrensmyndigheten anser däremot att de principer som slogs fast i domen Intel inte är tillämpliga på det aktuella fallet, eftersom de endast gäller med avseende på missbruk som skett genom lojalitetsrabatter. EU-domstolen framhöll bara ett ”formellt fel” från tribunalens sida, vilken inte prövade klagandens invändningar mot lika-effektiv-konkurrent-testet. Under alla omständigheter finns det inte något test som skulle kunna samtidigt analysera en mängd förfaranden som innebär missbruk.

- 13 På grundval av detta vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida – såsom klaganden hävdar – principerna i domen Intel även kan tillämpas på exklusivitetsklausuler eller på beteenden som består av en rad olika former av missbruk och, i förekommande fall, i vilka fall eller på vilka villkor det kan uteslutas att lika-effektiv-konkurrent-testet eller undersökningar och analyser som har getts in av företaget är relevanta. Den hänskjutande domstolen vill i synnerhet få klarhet i huruvida konkurrensmyndighetens bedömning, vilken utesluter att lika-effektiv-konkurrent-testet och undersökningar som har en liknande funktion är relevanta i fråga om beteenden av nu aktuellt slag, är berättigad med hänsyn till domen Intel.