

Processo C-680/20**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

15 de dezembro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

7 de dezembro de 2020

Recorrente:

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

Recorrida:

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Objeto do processo principal

Recurso do acórdão do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) que negou provimento ao recurso interposto pela recorrente da decisão condenatória de que foi objeto, adotada pela Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade de Defesa da Concorrência e do Mercado, Itália) por abuso de posição dominante no mercado nacional da distribuição e comercialização de gelados embalados aos revendedores.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, na aceção do artigo 267.º TFUE

Questões prejudiciais

1) Além dos casos de controlo societário, quais são os critérios relevantes para determinar se a coordenação contratual entre operadores económicos formalmente autónomos e independentes dá lugar a uma única entidade económica na aceção dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE? Em particular, pode a existência de um certo grau de ingerência nas opções comerciais de outra empresa, típica das relações de colaboração comercial entre produtores e intermediários da distribuição, ser considerada suficiente para considerar que essas entidades fazem parte da mesma unidade económica? Ou é necessária uma relação «hierárquica» entre as duas empresas, suscetível de ser verificada perante um contrato por força do qual várias sociedades autónomas se «submetem» à atividade de direção e de coordenação de uma delas, exigindo-se, assim, da Autoridade [de Defesa da Concorrência e do Mercado] a prova da existência de uma pluralidade sistemática e constante de orientações suscetíveis de afetar as decisões de gestão da empresa, ou seja, as suas opções estratégicas e operacionais de carácter financeiro, industrial e comercial?

2) Para apreciar a existência de um abuso de posição dominante através de cláusulas de exclusividade, deve o artigo 102.º TFUE ser interpretado no sentido de que a Autoridade [de Defesa da Concorrência e do Mercado] tem a obrigação de verificar se o efeito dessas cláusulas é excluir do mercado concorrentes igualmente eficazes e de examinar pontualmente as análises económicas apresentadas pela parte sobre a suscetibilidade em concreto dos comportamentos contestados de excluir do mercado concorrentes igualmente eficazes, ou no sentido de que, no caso de cláusulas de exclusividade com efeito de exclusão ou de comportamentos caracterizados por uma multiplicidade de práticas abusivas (descontos com efeito de fidelização e cláusulas de exclusividade), a mesma Autoridade não tem a obrigação jurídica de basear a sua conclusão de que se verifica um ilícito anticoncorrencial no critério do concorrente igualmente eficaz?

Disposições de direito da União invocadas

Artigos 101.º e 102.º TFUE

Disposições de direito nacional invocadas

Legge 10 ottobre 1990, n.º 287 – Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Lei n.º 287, de 10 de outubro de 1990, que adota disposições relativas à proteção da concorrência e do mercado), artigo 3.º: «É proibido o abuso de posição dominante por uma ou mais empresas no mercado nacional ou numa parte relevante do mesmo [...]».

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Unilever Italia Mkt Operations srl (a seguir «Unilever») é uma sociedade que opera no desenvolvimento e comercialização de produtos de elevado consumo sob marcas de grande prestígio, entre as quais, no setor dos gelados, Algida e Carte d'Or. A La Bomba snc é uma sociedade produtora de gelados de gelo, com atividade em algumas regiões do centro da Itália.
- 2 Através de uma exposição à Autorità garante della Concorrenza e del Mercato [Autoridade de Defesa da Concorrência e do Mercado, Itália (a seguir «Autoridade da Concorrência»)], a La Bomba denunciou o facto de a Unilever, ao longo dos últimos anos, ter ordenado aos operadores de estabelecimentos balneares e bares seus revendedores que não comercializassem, juntamente com os seus produtos, os gelados de gelo da marca La Bomba, ainda que em arcas frigoríficas separadas, ameaçando-os de que deixaria de lhes aplicar os descontos acordados ou resolveria os acordos de compra e venda e impondo igualmente o pagamento de penalidades.
- 3 A Autoridade da Concorrência declarou que a Unilever adotou uma estratégia que exclui a livre concorrência fundada no mérito; conseqüentemente, aplicou-lhe uma sanção pecuniária e ordenou a interrupção dos comportamentos considerados ilícitos com base nas seguintes conclusões: a) a Unilever detém uma posição dominante no mercado relevante; b) os 150 distribuidores locais da Unilever (a seguir «concessionários») não constituem empresas autónomas e a sua prática comercial deve-se à Unilever; c) os comportamentos da Unilever e dos seus concessionários no mercado, que consistem, em particular, na imposição de obrigações de exclusividade comercial e na aplicação de descontos e comissões condicionados à circunstância de serem alcançados objetivos de vendas, representam um abuso de posição dominante na aceção do artigo 102.º TFUE.
- 4 A Unilever impugnou essa decisão no Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), que negou provimento ao recurso. Deste último acórdão foi interposto recurso perante o órgão jurisdicional de reenvio, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália).

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 5 A recorrente alega, em particular, os erros metodológicos na definição de mercado relevante (ao considerar o gelado a granel enquanto produto substitutivo do gelado embalado) e do mercado geográfico (ao não considerar todo o território nacional, mas sim o mercado local), bem como a violação, sob diversos aspetos, do artigo 102.º TFUE: a) a Unilever não detém uma posição dominante; b) os seus concessionários locais são responsáveis por conta própria, cada um na sua zona, pela comercialização dos produtos Unilever, pelo que os efeitos do seu comportamento não podem ser imputados a esta sociedade; c) a Autoridade da Concorrência não avaliou em concreto a capacidade dos comportamentos

imputados à Unilever de excluir do mercado concorrentes igualmente eficazes (os acordos de exclusividade entre a Unilever e os revendedores abrangiam apenas 0,8 % do total dos pontos de venda em funcionamento em Itália, contra os 8 % abrangidos pelos acordos de exclusividade subscritos pelos concessionários com os seus clientes) nem ponderou os seus efeitos supostamente anticoncorrenciais com os efeitos favoráveis à concorrência que consistem no alargamento da difusão dos produtos e na redução do preço para os operadores e consumidores.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 6 No caso em apreço, os comportamentos abusivos alegados pela Autoridade da Concorrência, embora não tenham sido materialmente praticados pela Unilever mas pelos seus concessionários, apenas foram imputados à Unilever com base no pressuposto de que esta última e os seus concessionários se podem reconduzir a uma única entidade económica. Sendo certo que compete ao órgão jurisdicional nacional verificar, de facto, o conteúdo da relação contratual entre a Unilever e os seus concessionários, surge, juridicamente, a necessidade de clarificar o conceito de «empresa» e de «agente económico» no direito da concorrência e os critérios de imputação subjetiva do ilícito. Em particular, convém esclarecer quais os pressupostos para que a coordenação entre operadores económicos formalmente autónomos e independentes possa configurar um centro de decisão único, com a consequência de os comportamentos de um poderem igualmente ser imputados ao outro.
- 7 O órgão jurisdicional de reenvio cita, antes de mais, jurisprudência constante do Tribunal de Justiça sobre a identificação de um centro de decisão único em relação ao fenómeno dos grupos de empresas, baseando-se na necessidade de provar em concreto o exercício efetivo da influência determinante da sociedade-mãe sobre a sua filial (Acórdãos *Areva e o.*, processos apensos C-247/11 P e C-253/11 P, *Schindler Holding Ltd*, C-501/11, *Dow Chemical*, C-179/12 P). Em seguida, indica que, no direito comercial italiano, nas situações de controlo acionista de facto ou de direito, a lei presume a atividade de direção e coordenação de sociedades, ao passo que, quando o controlo se baseia num contrato entre as mesmas sociedades ou em cláusulas dos seus estatutos, a mesma deve ser demonstrada [Código Civil (italiano), artigos 2497.º *sexies* e *septies*, e artigo 2359.º].
- 8 Em relação aos casos de coordenação contratual, como o que está em causa, o mesmo órgão jurisdicional observa que as relações de colaboração comercial são todas, incluindo as que – como aqui – estão subjacentes à concessão de venda, caracterizadas por um certo grau de ingerência do proponente nas modalidades de execução da prestação pelo intermediário. No entanto, as referidas relações não dão necessariamente lugar a uma atividade de direção, podendo limitar-se a regular uma forma particular de divisão do trabalho entre grandes empresas e pequenas e médias empresas. A autonomia pode não ser absoluta, por exemplo quando o concessionário está sujeito a limitações em algumas instruções

recebidas, mas isso não põe em causa que o empresário tenha independência comercial e decisória e responsabilidade direta pelos custos e riscos relacionados com a sua atividade. Com efeito, o concessionário, na hipótese clássica, não se limita a pôr em contacto as partes que celebram uma compra e venda, como faz um agente, que facilita a celebração de contratos futuros entre o comitente e terceiros, mas adquire por conta própria ao concedente e revende a terceiros, com a obrigação de promover a mercadoria e recebendo a diferença entre o preço de compra e o preço de revenda.

- 9 Por estes motivos, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, com a sua primeira questão prejudicial, em substância, qual a relação estrutural que deve existir, em abstrato, entre o produtor e os seus intermediários para que exista uma única entidade económica no direito da concorrência, se é suficiente a ingerência normal nas relações comerciais acima referidas ou se deve antes verificar-se uma verdadeira subordinação de uma ou mais empresas a outra, a demonstrar através de atos formais (como deliberações ou acordos contratuais), ou ainda de meras orientações (instruções, regras de conduta, ordens de serviço), suscetíveis de influenciar significativamente as opções de gestão do intermediário comercial.

Essa verificação é tanto mais relevante quanto a sanção pecuniária em causa tem igualmente natureza «penal» (sendo «punitiva» devido ao seu montante global), na aceção do artigo 7.º da CEDH, e, portanto, só pode ser aplicada nos casos e prazos previstos na lei.

- 10 A segunda dúvida interpretativa, exposta pelo órgão jurisdicional de reenvio na segunda questão prejudicial, prende-se com o elemento objetivo do comportamento ilícito e, em particular, com o padrão probatório que deve ser seguido pelas autoridades da concorrência para efeitos da verificação de comportamentos abusivos com vista à exclusão da concorrência. Tal como no processo C-377/20, atualmente pendente no Tribunal de Justiça, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) pergunta se – na presença de um comportamento abstratamente apto para produzir efeitos restritivos – a empresa objeto da sanção pode provar que efetivamente não se verificou nenhum efeito restritivo.
- 11 Para determinar a relevância a atribuir ao impacto atual ou potencial na concorrência para a apreciação ao abrigo do artigo 102.º TFUE, o órgão jurisdicional de reenvio faz particularmente referência ao Acórdão Intel (C-413/14 P). A sociedade Intel, líder do mercado dos processadores para computador, praticava, segundo a Comissão, um sistema de descontos e pagamentos para abastecer em exclusividade os fabricantes de computadores e excluir um concorrente do mercado das mesmas mercadorias. Considerando esses comportamentos intrinsecamente anticoncorrenciais, o Tribunal Geral excluiu que, para efeitos de verificação do seu caráter abusivo, fosse necessário apreciar o seu impacto atual ou potencial na concorrência à luz de todas as circunstâncias do processo. Em contrapartida, o Tribunal de Justiça excluiu que essa apreciação fosse desnecessária e concluiu pela necessidade de tomar em consideração a

argumentação da Intel destinada a denunciar pretensos erros cometidos pela Comissão na análise da capacidade do sistema dos descontos com efeito de fidelização para afastar do mercado concorrentes pelo menos igualmente eficazes («teste AEC»).

- 12 Ao invocar o referido Acórdão Intel, a recorrente alega que a Autoridade da Concorrência não efetuou uma análise dos efeitos concretos dos comportamentos da Unilever (portanto, da inexistência de efeitos de exclusão relativamente aos seus concorrentes igualmente eficazes) e dos correspondentes efeitos favoráveis à concorrência (como resulta do estudo encomendado pela Unilever a uma prestigiada sociedade de consultoria económica). A Autoridade da Concorrência considera, pelo contrário, que os princípios enunciados no Acórdão Intel não são aplicáveis ao caso em apreço, na medida em que apenas se aplicam aos abusos realizados através de descontos com efeito de fidelização; considera que o Tribunal de Justiça constatou simplesmente um «vício formal» do Tribunal Geral, que não se tinha pronunciado sobre as alegações da recorrente em relação ao teste AEC; em todo o caso, nenhum teste pode analisar, simultaneamente, uma multiplicidade de práticas abusivas.
- 13 Por estes motivos, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se – como alega a recorrente – os princípios do Acórdão Intel são extensíveis às cláusulas de exclusividade ou aos comportamentos que consistem em múltiplas práticas abusivas e, sendo esse o caso, em que circunstâncias ou condições pode ser excluída a pertinência do teste AEC ou dos estudos e informações apresentados pela empresa. Em particular, pretende saber se a apreciação da Autoridade da Concorrência que exclui a pertinência do teste AEC e dos estudos com funções semelhantes em caso de comportamentos como os que estão aqui em causa é lícita à luz do Acórdão Intel.