

**Asunto C-680/20****Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

15 de diciembre de 2020

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

**Fecha de la resolución de remisión:**

7 de diciembre de 2020

**Parte recurrente:**

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

**Parte recurrida:**

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado)

---

**Objeto del procedimiento principal**

Recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia) por la que se desestimó el recurso interpuesto por la recurrente contra la decisión sancionadora adoptada en su contra por la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridad de Defensa de la Competencia y del Mercado; en lo sucesivo, «Autoridad de Defensa de la Competencia») por abuso de posición dominante en el mercado nacional de la distribución y comercialización a revendedores de helados con envoltorio.

**Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

Interpretación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, con arreglo al artículo 267 TFUE

## Cuestiones prejudiciales

1. Además del control societario, ¿qué criterios resultan pertinentes para determinar si la coordinación contractual entre operadores económicos formalmente autónomos e independientes da lugar a una entidad económica única, en el sentido de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE? En particular, ¿la existencia de un cierto nivel de injerencia en las decisiones comerciales de otra empresa, típica en las relaciones de colaboración comercial entre productores e intermediarios en la distribución, puede considerarse suficiente para entender que esas partes conforman la misma unidad económica? ¿o es necesario que exista un vínculo «jerárquico» entre las dos empresas que se aprecia cuando existe un contrato en virtud del cual diversas sociedades independientes se «someten» a la dirección y coordinación de una de ellas, de forma que la Autoridad de Defensa de la Competencia debe probar la existencia de una pluralidad, sistemática y constante, de actos de dirección que pueden influir en las decisiones de gestión de la empresa, esto es, en sus decisiones estratégicas y operativas de carácter financiero, industrial y comercial?

2. Para apreciar la existencia de un abuso de posición dominante cometido mediante cláusulas de exclusividad, ¿debe interpretarse el artículo 102 TFUE en el sentido de que la Autoridad de Defensa de la Competencia está obligada a comprobar si tales cláusulas tienen por efecto excluir del mercado a competidores igualmente eficientes, y a examinar puntualmente los análisis económicos presentados por la parte interesada sobre la capacidad concreta de las conductas censuradas de excluir del mercado a competidores igualmente eficientes, o bien en el sentido de que, en el caso de cláusulas de exclusividad excluyentes o de conductas consistentes en múltiples prácticas abusivas (descuentos de fidelización y cláusulas de exclusividad), la Autoridad de Defensa de la Competencia no tiene la obligación jurídica de basar la apreciación de que existe una conducta contraria a la competencia en el criterio del competidor igualmente eficiente?

## Disposiciones de Derecho de la Unión invocadas

Artículos 101 TFUE y 102 TFUE

## Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Legge 10 ottobre 1990, n.º 287 — Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Ley n.º 287, de 10 de octubre de 1990, por la que se establecen normas para la defensa de la competencia y del mercado), artículo 3: «se prohíbe el abuso, por parte de una o varias empresas, de una posición dominante en el mercado nacional o en una parte relevante del mismo [...]».

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

- 1 Unilever Italia Mkt Operations srl (en lo sucesivo, «Unilever») es una sociedad que se dedica al desarrollo y a la comercialización de productos de gran consumo de marcas que gozan de gran renombre, entre las cuales se encuentran, en el sector de los helados, Algida y Carte d'Or. La Bomba snc es una sociedad que fabrica polos y que opera en algunas regiones del centro de Italia.
- 2 En un escrito dirigido a la Autoridad de Defensa de la Competencia, La Bomba denuncia que, durante los últimos años, Unilever ha exigido a sus revendedores —adjudicatarios de kioscos de playa y gerentes de bares— que no comercialicen, junto a sus propios productos, los polos de la marca La Bomba, ni siquiera en frigoríficos separados, amenazándolos con dejar de aplicarles los descuentos acordados o con resolver los contratos de venta e imponiéndoles además el pago de penalizaciones.
- 3 La Autoridad de Defensa de la Competencia determinó que Unilever había adoptado una estrategia que excluye la competencia sobre la base de los méritos; le impuso una sanción pecuniaria en consecuencia y ordenó que pusiera fin a las conductas consideradas ilícitas sobre la base de las conclusiones siguientes: a) Unilever ocupa una posición dominante en el mercado de referencia; b) los 150 distribuidores locales de Unilever (en lo sucesivo, «concesionarios») no constituyen empresas autónomas y su práctica comercial es atribuible a Unilever; c) las conductas adoptadas en el mercado por Unilever y sus concesionarios, consistentes, en particular, en imponer obligaciones de exclusividad de productos y en aplicar descuentos y compensaciones supeditadas a la consecución de objetivos de facturación, constituyen un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE.
- 4 Unilever impugnó la decisión sancionadora ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio). Ante el órgano jurisdiccional remitente, el Consiglio di Stato, se halla pendiente un recurso de apelación contra la sentencia desestimatoria del mencionado órgano jurisdiccional.

### **Alegaciones esenciales de la recurrente en el procedimiento principal**

- 5 La recurrente censura, en particular, la comisión de errores metodológicos a la hora de definir el mercado de referencia (también el helado a granel debía considerarse un producto sustitutivo del helado con envoltorio) y del mercado geográfico (no debía tomarse en consideración la totalidad del territorio nacional, sino únicamente el mercado local), así como la vulneración, desde varios puntos de vista, del artículo 102 TFUE: a) Unilever no ocupa una posición dominante; b) sus concesionarios locales son responsables a título personal, cada uno en su propia zona, de la comercialización de los productos de Unilever, por lo que los efectos de su conducta no pueden imputarse a dicha sociedad; c) la Autoridad de Defensa de la Competencia no evaluó en el caso concreto la capacidad de las

conductas imputadas a Unilever de excluir del mercado a competidores igualmente eficientes (los acuerdos de exclusividad entre Unilever y los revendedores cubrían apenas el 0,8 % del total de los puntos de venta en funcionamiento en Italia, frente al 8 % cubierto por los acuerdos de exclusividad firmados por los concesionarios con sus clientes) ni compensó sus efectos supuestamente contrarios a la competencia con los efectos favorables a la competencia consistentes en la ampliación de la difusión de los productos y la reducción del precio para operadores y consumidores.

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

- 6 En el caso de autos, las conductas abusivas censuradas por la Autoridad de Defensa de la Competencia, aun no habiendo sido realizadas materialmente por Unilever, sino por sus concesionarios, han sido imputadas únicamente a Unilever partiendo de la premisa de que dicha entidad y sus concesionarios conforman una entidad económica única. Sin perjuicio de que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, desde el punto de vista fáctico, el contenido de la relación contractual entre Unilever y sus concesionarios, se suscita la necesidad —desde una perspectiva jurídica— de aclarar el concepto de «empresa» y de «agente económico» en el Derecho de la competencia y los criterios de imputación subjetiva de la actuación contraria a la competencia. En particular, debe aclararse qué elementos deben concurrir para que la coordinación entre operadores económicos formalmente autónomos e independientes se considere reflejo de la existencia de único centro decisorio, de modo que sus conductas puedan ser recíprocamente imputadas.
- 7 El órgano jurisdiccional remitente alude, en primer lugar, a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre identificación de un único centro decisorio en el marco de los grupos de empresas, haciendo hincapié en la necesidad de probar, en el caso concreto, que la sociedad matriz ejerce de forma efectiva una influencia decisiva sobre su filial (sentencias *Areva* y otros, asuntos acumulados C-247/11 P y C-253/11 P; *Schindler Holding Ltd*, C-501/11, y *Dow Chemical*, C-179/12 P). A continuación, señala que, en el Derecho mercantil italiano, cuando existe control accionarial de hecho o de Derecho, la actividad de dirección y coordinación de sociedades se presume por ley, mientras que, cuando el control se basa en un contrato entre sociedades o en cláusulas de sus estatutos sociales, debe ser demostrada (codice civile —Código Civil—, artículos 2497 *sexies* y *septies* y artículo 2359).
- 8 En lo que respecta a los supuestos de coordinación contractual, como el controvertido en el presente asunto, el citado órgano jurisdiccional observa que todas las relaciones de colaboración comercial, incluidas las que subyacen —como en este caso— a una concesión de venta, se caracterizan por un cierto grado de injerencia del principal en las modalidades de ejecución de la prestación por el intermediario. No obstante, dichas relaciones no dan lugar necesariamente a una actividad de dirección, pues pueden limitarse a regular una forma particular

de reparto del trabajo entre grandes empresas y pequeñas y medianas empresas. La autonomía puede no ser absoluta, por ejemplo, cuando el concesionario está sujeto a alguna limitación en virtud de las instrucciones recibidas, pero ello no pone en cuestión la independencia comercial y decisoria del empresario y su responsabilidad directa por los costes y riesgos vinculados a su actividad. En efecto, en el supuesto típico, el concesionario de venta no se limita a poner en contacto a las partes que celebran una venta, como en cambio hace un agente, el cual facilita la celebración de contratos futuros entre el comitente y terceros, sino que adquiere del comitente la mercancía a título personal y se la revende a terceros, con la obligación de promocionar los productos, cobrando la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de reventa.

- 9 Sobre esta base, mediante su primera cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, qué vínculo estructural debe existir, en abstracto, entre el fabricante y sus intermediarios para que se considere que existe una unidad económica única a efectos del Derecho de la competencia: ¿basta con la injerencia que resulta habitual en esas relaciones comerciales, o es preciso, más bien, que una o varias empresas estén efectivamente sometidas a otra, extremo que deberá demostrarse sobre la base de actos formales (como acuerdos societarios o contratos), o incluso de mera dirección (instrucciones, normas de comportamiento, órdenes de servicio), que pueden influir significativamente en las decisiones de gestión del intermediario comercial?

Esta comprobación es tanto más relevante cuanto que la sanción pecuniaria controvertida también tiene carácter «penal» (por ser «aflictiva» como consecuencia de su importe total) en el sentido del artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»), y, por tanto, solo puede imponerse en los supuestos y respecto a los períodos previstos por ley.

- 10 La segunda duda de interpretación, expuesta por el órgano jurisdiccional remitente en la segunda cuestión, versa sobre el elemento objetivo de la actuación contraria a la competencia y, en particular, sobre el nivel de exigencia probatoria que deben observar las autoridades de defensa de la competencia para determinar la existencia de conductas abusivas de carácter excluyente. Al igual que en el asunto C-377/20, actualmente pendiente ante el Tribunal de Justicia, el Consiglio di Stato pregunta si —aun en presencia de un comportamiento que, de forma abstracta, puede producir efectos restrictivos— la empresa sancionada puede aportar pruebas de que no se ha producido realmente efecto restrictivo alguno.
- 11 Para determinar la relevancia que ha de atribuirse a las repercusiones reales o potenciales sobre la competencia en marco de la apreciación que ha de llevarse a cabo a efectos del artículo 102 TFUE, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia en particular a la sentencia Intel (asunto C-413/14 P). La sociedad Intel, líder del mercado de procesadores para ordenadores, aplicaba, según la Comisión, un sistema de descuentos y pagos con el fin de abastecer en exclusiva a los fabricantes de ordenadores y excluir a un competidor del mercado de estos

productos. Al considerar que estos comportamientos eran intrínsecamente contrarios a la competencia, el Tribunal General descartó que, a efectos de la comprobación de su carácter abusivo, fuera necesario evaluar las repercusiones reales o potenciales de tales comportamientos en la competencia a la luz de todas las circunstancias del asunto. En cambio, el Tribunal de Justicia rechazó esa postura y concluyó que era necesario tener en cuenta las alegaciones de Intel dirigidas a poner de manifiesto los supuestos errores cometidos por la Comisión al analizar la capacidad del sistema de descuentos de fidelización examinado de expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficientes (en lo sucesivo, «test AEC»).

- 12 Invocando la citada sentencia Intel, la recurrente censura que la Autoridad de Defensa de la Competencia no haya realizado análisis alguno de los efectos concretos de las conductas de Unilever (esto es, de la inexistencia de efectos de exclusión respecto a sus competidores igualmente eficientes) y de los correspondientes efectos de fomento de la competencia (como, a su juicio, se desprende del estudio encargado por Unilever a una prestigiosa empresa de consultoría económica). En cambio, la Autoridad de Defensa de la Competencia sostiene que los principios formulados en la sentencia Intel no son aplicables en el caso de autos, en la medida en que solo son válidos para abusos cometidos mediante descuentos de fidelización; en su opinión, el Tribunal de Justicia se limitó a señalar un «vicio formal» del Tribunal General, que no se pronunció sobre las alegaciones formuladas por la recurrente en relación con el test AEC; en cualquier caso, considera que ningún test puede analizar simultáneamente una multiplicidad de prácticas abusivas.
- 13 Sobre esta base, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si —como sostiene la recurrente— los principios de la sentencia Intel son extrapolables a las cláusulas de exclusividad o a las conductas que consisten en prácticas abusivas múltiples y, en su caso, en qué supuestos o en qué condiciones puede excluirse la pertinencia del test AEC o de los estudios y análisis presentados por la empresa. En particular, desea saber si la apreciación de la Autoridad de Defensa de la Competencia, que excluye la pertinencia del test AEC y de los estudios que desempeñan una función análoga en caso de conductas como las aquí controvertidas, es lícita a la luz de la sentencia Intel.