

Pubblicato il 07/12/2020

N. 07713/2020 REG.PROV.COLL.
N. 06516/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 6516 del 2018, proposto da:

UNILEVER ITALIA MKT. OPERATIONS S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Claudio Tesauro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudio Tesauro in Roma, via Vittoria Colonna, n. 39;

contro

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui ufficio è elettivamente domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

LA BOMBA S.N.C., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione

Prima) n. 6080 del 2018;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2020 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Claudio Tesauro e Francesco Sclafani dell'Avvocatura dello Stato;

RITENUTO IN FATTO

1.– I fatti principali rilevanti ai fini del decidere possono essere così riassunti:

- la Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l. (di seguito: “Unilever”) – società attiva nello sviluppo e commercializzazione di prodotti di largo consumo, con marchi di grande notorietà, tra i quali, nel settore dei gelati, “Algida” e “Carte d’Or” – ha impugnato il provvedimento n. 26822 del 31 ottobre 2017, con cui l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: “Autorità”) ha contestato alla stessa società di avere posto in essere un abuso di posizione dominante, contrario all’art. 102 del T.F.U.E., consistito nell’adozione di una strategia escludente, realizzata a mezzo dell’ampio utilizzo di clausole di esclusiva merceologica e da una serie articolata di ulteriori condizioni contrattuali, strumenti di politica commerciale e condotte, complessivamente volti a mantenere, durevolmente, l’esclusiva delle forniture sulla propria clientela e a ostacolare, per tale via, la competizione sui meriti;

- il procedimento ha tratto origine da un esposto della società La Bomba s.n.c., produttrice di “ghiaccioli” attiva nelle regioni Emilia Romagna, Marche e Lazio, la quale aveva denunciato il fatto che la Unilever, nel corso degli ultimi anni, avrebbe intimato agli esercenti degli stabilimenti balneari e

dei bar, di non commercializzare, unitamente ai propri prodotti, anche i ghiaccioli La Bomba, né all'interno dei "freezer Algida", né in quelli propri di La Bomba, paventando, in caso contrario, la mancata applicazione degli sconti previsti nell'accordo già stipulato e imponendo altresì il pagamento di penali o la risoluzione del contratto;

- il provvedimento adottato dall'Autorità a conclusione dell'istruttoria ha comminato ad Unilever una sanzione di € 60.668.850,00, ordinando altresì l'interruzione delle condotte ritenute illecite, sulla base delle seguenti conclusioni:

a) sul mercato rilevante – individuato in quello nazionale della distribuzione e commercializzazione di gelati confezionati ai rivenditori attivi nel canale out-of-home (escluso il canale Hotellerie- Restaurant- Cafè) – Unilever detiene una posizione dominante;

b) i 150 distributori locali di Unilever (di seguito: "Concessionari") non costituiscono imprese autonome e la loro politica commerciale è attribuibile ad Unilever;

c) le condotte tenute sul mercato da Unilever e dai suoi Concessionari – consistenti nella previsione di obblighi di esclusiva merceologica, applicazione di sconti e compensi condizionati al raggiungimento di obiettivi di fatturato, applicazione di compensi subordinati al mantenimento in assortimento di una determinata gamma di gelati Unilever, previsione di compensi promozionali a fronte di controprestazioni meramente simboliche, erogazioni di compensi ai rivenditori non giustificati da alcuna controprestazione promozionale, applicazione di sconti incondizionati di fine anno – rappresentano un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE");

- la Unilever argomenta l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità sulla base delle seguenti censure:

- i) difetto di motivazione del provvedimento di rigetto degli impegni, a mezzo dei quali Unilever si era impegnata a rimuovere tutti i profili di illegittimità rilevati dall'AGCM;
- ii) carenza di istruttoria ed errori metodologici in ordine all'affermazione secondo cui il mercato rilevante oggetto di indagine sarebbe costituito dal solo gelato confezionato, con esclusione del gelato sfuso, sia artigianale sia industriale, in quanto non sarebbe stata correttamente valutata la oggettiva sostituibilità dei prodotti;
- iii) erronea definizione del mercato geografico, avendo l'Autorità preso in considerazione l'intero territorio nazionale, pur essendo il mercato esaminato frammentato in singoli mercati locali;
- iv) violazione dell'art. 102 del TFUE, in merito alla qualificazione di Unilever come impresa in posizione dominante;
- v) violazione dell'art. 102 del TFUE, in merito all'attribuibilità a Unilever delle condotte dei concessionari, in quanto i concessionari locali sarebbero responsabili in proprio, ciascuno per la propria zona, della commercializzazione dei prodotti Unilever, così che gli effetti della loro condotta non potrebbero essere addebitati alla società;
- vi) violazione dell'art. 102 del TFUE, con riferimento alla qualificazione delle condotte di Unilever come abusive, in quanto le varie condotte imputate a Unilever sarebbero indimostrate, non avendo l'Autorità effettuato alcuno studio economico volto a misurare la capacità delle condotte di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, né effettuato alcuna ponderazione degli effetti asseritamente anti-concorrenziali e di quelli pro-concorrenziali;
- vii) violazione dell'art. 11 della legge n. 689 del 1981 e degli artt. 15 e 31 della legge n. 287 del 1990, in ragione: del legittimo affidamento ingenerato dalla precedente decisione dall'Autorità nel procedimento Sagit del 2003, nel corso del quale la stessa aveva concluso per l'assenza di una posizione

dominante di Unilever e l'inidoneità degli accordi contrattuali esistenti a produrre effetti anticoncorrenziali; del mancato riconoscimento di circostanze attenuanti derivanti dalla condotta collaborativa tenuta in corso di procedimento, dalla crisi del settore e dall'adozione di un programma di compliance.

2.– Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, con sentenza n. 6080 del 2018, ha respinto integralmente il ricorso.

3.– Avverso la predetta decisione ha proposto appello la società la Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l. riproponendo le censure sollevate in primo grado sia pure adattate all'impianto motivazionale della sentenza gravata.

4.– Ritiene il Collegio che la causa non sia ancora matura per la decisione, essendo necessario sciogliere preliminarmente alcuni dubbi interpretativi relativi all'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.– L'articolo 102 del TFUE (ex art. 82 del trattato CE) vieta, «nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo» (l'art. 3 della legge italiana n. 287 del 1990 ne ricalca il contenuto, stabilendo che «è vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante [...]»).

La giurisprudenza europea e le comunicazioni della Commissione hanno più volte sottolineato che non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante e che tale impresa dominante ha il diritto (e il dovere) di competere sulla base dei propri meriti. Il divieto concorrenziale trova invece fondamento nella «speciale responsabilità» delle imprese private dotate di un forte potere economico di mercato di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente competitiva e

priva di distorsioni nel mercato comune.

In termini strutturali, l'illecito dell'abuso di posizione dominante appare integrato dai seguenti tre elementi di fattispecie: la posizione dominante (individuale o collettiva), lo sfruttamento abusivo della stessa, nonché l'assenza di giustificazioni obiettive (preminenti sugli effetti restrittivi della concorrenza). Dalla decodificazione dei citati concetti giuridici indeterminati dipende la latitudine del controllo su di esse esercitabile da parte dei poteri pubblici.

2.– Il primo punto da approfondire riguarda la nozione di «impresa» nel diritto antitrust europeo e i conseguenti criteri di imputazione soggettiva dell'illecito.

2.1.– Nel caso in esame, le condotte abusive contestate dall'Autorità – pur essendo state poste in essere materialmente, non da Unilever, bensì dai suoi concessionari – sono state imputate alla sola Unilever sulla base del presupposto che quest'ultima e i suoi concessionari siano riconducibili ad una medesima entità economica. La tesi dell'Autorità – secondo cui Unilever eserciterebbe un «certo livello di ingerenza nella politica commerciale dei concessionari» – è stata avallata dal giudice di prime cure, il quale ha parlato al riguardo di «ridotta autonomia decisionale» dei concessionari.

La società appellante replica che i concessionari sono imprenditori autonomi i quali determinano liberamente la propria politica commerciale, assumendo in proprio i rischi connessi alla propria attività, come sarebbe confermato dalle dichiarazioni rese da alcuni di essi nell'ambito di un sondaggio condotto in forma anonima da una rinomata agenzia esterna.

2.2.– Posto che spetta al giudice nazionale del rinvio accertare, in fatto, i contenuti del rapporto contrattuale intrattenuto tra la Unilever e i suoi concessionari, si pone – in punto di diritto – la necessità di chiarire la nozione di «impresa» in ambito sanzionatorio antitrust, alla luce della

dottrina dell'«unica unità economica». Va in particolare chiarito in presenza di quali presupposti il coordinamento tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti sia tale da configurare un unico centro decisionale, con il corollario che le condotte dell'uno possono essere imputate anche all'altro.

La questione ha una portata cruciale nel presente giudizio poiché, come si è detto, Unilever è stata sanzionata a causa dell'operato dei concessionari, mentre le sue autonome condotte vengono prospettate dalla difesa come di per sé inidonee a dimostrare l'esistenza di un abuso escludente. L'appellante deduce infatti (senza specifica contestazione di controparte) che: gli accordi di esclusiva conclusi tra Unilever e i rivenditori coprivano lo 0,8% del totale dei punti vendita attivi in Italia; mentre gli accordi di esclusiva sottoscritti dai concessionari con i loro clienti coprivano l'8% del totale dei punti vendita presenti in Italia, corrispondenti al 24% del mercato in termini di fatturato generato.

2.3.– È noto che giurisprudenza della Corte di giustizia ha elaborato una nozione autonoma (rispetto al diritto civile e commerciale in vigore nei singoli Stati membri) e funzionale di «impresa», rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo della concorrenza e antitrust, allo scopo di garantire la massima applicazione utile delle norme che sanzionano i comportamenti contrari alla realizzazione del mercato unico e di aumentarne l'efficacia deterrente (cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Bot, presentate il 29 marzo 2011, in cause riunite C-201/09 P e C-216/09 P, ArcelorMittal Luxembourg et altri).

In particolare, secondo la Corte di Giustizia, ai fini dell'imputazione delle sanzioni antitrust, non deve farsi necessariamente ed esclusivamente riferimento alla persona giuridica che materialmente ha posto in essere la condotta, in quanto la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa designa «un'unità economica ancorché, dal punto di vista giuridico, tale

unità sia costituita da più persone fisiche o giuridiche» (10 aprile 2014, in cause riunite da C-231/11 P a C-233/11 P, Siemens AG Österreich et al.; 12 luglio 1984, causa 170/83, Hydroterm, Racc. pag. 2999, punto 11; 14 luglio 1972, causa 48/69, ICI/Commissione, Racc. pag. 619, punto 140; 11-7-2013). La formale separazione tra due imprese conseguente alla loro distinta personalità giuridica non è decisiva, giacché sul piano esterno è decisiva invece l'unità o meno del loro comportamento sul mercato, e quindi la nozione economica di agente economico (11 luglio 2013, in causa C-440/11 P, Portielje, punto 37).

2.4.– Le condizioni in presenza delle quali si può affermare l'esistenza di un unico centro decisionale a fronte della sussistenza di una pluralità di persone fisiche e giuridiche sono state precisate dalle sentenze della Corte di giustizia soprattutto con riguardo al fenomeno dei gruppi di impresa.

La giurisprudenza europea ritiene che il comportamento di una controllata possa essere imputato alla società controllante quando, «pur avendo personalità giuridica distinta, tale controllata non determini in modo autonomo la sua linea di condotta sul mercato, ma si attenga, in sostanza, alle istruzioni che le vengono impartite dalla società controllante, in considerazione, segnatamente, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche» (10 aprile 2014, in cause riunite C-247/11 P e C-253/11, P, Areva et al., punto 30; 18 luglio 2013, in causa C-501/11, Schindler Holding Ltd, punto 101).

Affinché possa dirsi che un gruppo corrisponde ad un'unica entità economica e affinché si possa così imputare alla capogruppo il comportamento concorrenziale della controllata è necessario che vengano soddisfatte due condizioni cumulative: la società madre deve avere la capacità di esercitare una influenza determinante sulla controllata e, soprattutto, essa deve aver esercitato in concreto questo potere (Corte, 26-9-2013, causa C-179/12P, Dow Chemical, punto 55). La seconda

condizione comporta la necessità di provare, in concreto, l'esercizio effettivo dell'influenza determinante della società madre sulla propria controllata, ossia l'intensità e l'impatto di tale influenza, può essere oggetto di presunzione. A tal fine, occorre guardare ai legami organizzativi, economici e giuridici intercorrenti tra l'impresa controllante e controllata, tenendo conto di tutte le circostanze specifiche del caso. La dottrina dell'unica entità economica viene utilizzata anche per esentare le intese infragruppo dall'applicazione del diritto antitrust.

L'impostazione appena esposta, riferita ai rapporti di controllo societario, presenta alcuni punti di contatto con le disposizioni del diritto commerciale italiano, secondo cui una situazione di controllo azionario di diritto o di fatto (art. 2359, comma 1, c.c.), fa presumere ex lege (art. 2497-sexies, c.c.) una attività di direzione e coordinamento esercitata dalla società controllante (attività che costituisce un *quid pluris* rispetto al mero esercizio del controllo). All'attività di direzione e coordinamento, l'ordinamento riconduce particolari esigenze di disciplina, sia sotto il profilo organizzativo, sia (soprattutto) sotto il profilo della tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società dipendente (attraverso la previsione di regole di responsabilità delle società o degli enti per abuso di direzione unitaria).

Al di fuori delle ipotesi di controllo societario, l'attività di direzione e coordinamento di società basato di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti, deve invece essere dimostrata in concreto (art. 2497-septies, c.c.).

2.5.– Il caso oggetto di contestazione nel presente giudizio riguarda un'ipotesi di coordinamento contrattuale. Rispetto a tale fattispecie permangono molti dubbi interpretativi in ordine alla natura e consistenza degli indici rilevatori del legame strutturale che – in astratto – debbono intercorrere tra il produttore e i suoi intermediari al fine di configurare

un'unica entità economica ai fini antitrust.

I rapporti di collaborazione commerciale costituiscono espressione della tendenza, diffusasi negli ultimi anni, verso uno sviluppo «a rete» dell'impresa, la quale ha condotto allo «scorporo» di alcune fasi distributive (ma anche produttive: è il caso alla c.d. subfornitura) della grande impresa.

Per alcune di queste figure il legislatore è intervenuto a delineare un quadro normativo di riferimento al fine di garantire uno sviluppo razionale del fenomeno collaborativo tra imprese di struttura e forza contrattuale diverse, connotate, nella maggioranza dei casi, da uno squilibrio informativo tra affiliante e aspirante affiliato (la legge 6 maggio 2004, n. 129, ha introdotto ad esempio una serie di disposizioni relative al contratto di franchising, denominato contratto di «affiliazione commerciale», con il quale un imprenditore inserisce un altro imprenditore nella propria catena distributiva, determinando un forte grado di integrazione e cooperazione).

La concessione di vendita, invece, non costituisce schema contrattuale tipico, trattandosi di un contratto innominato che si caratterizza per una complessa funzione di scambio e collaborazione. Il tipo socialmente diffuso comporta l'obbligo di stipulare singoli contratti di compravendita, ovvero di concludere contratti di puro trasferimento di prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale. La differenza con in contratto di agenzia sta nel fatto che l'agente è tenuto ad un "facere" consistente nel favorire e rendere possibile la conclusione di contratti futuri tra terzi e committente, limitandosi a mettere in contatto le parti che stipulano tra loro una vendita, mentre nel deposito per vendita il concessionario acquista in proprio e rivende a terzi, con obbligo di propagandare la merce, e lucra il differenziale tra prezzo di acquisto e prezzo di rivendita (Cass. 20 gennaio 2006, n. 1077). Il concessionario di vendita, in definitiva, vende in proprio cose divenute di sua proprietà (cfr. Cass. 18 settembre 2009, n. 20106).

I rapporti di collaborazione commerciale sono tutti, a vario titolo e con

diversa intensità, connotati da un certo grado di ingerenza del preponente sulle modalità di esecuzione della prestazione dell'intermediario.

Tuttavia, non necessariamente i contratti del tipo anzidetto – sol perché disciplinano una collaborazione strutturata e connotata da un certo grado di ingerenza tra soggetti economicamente e giuridicamente indipendenti – danno luogo ad una attività di direzione, ben potendo limitarsi a disciplinare una particolare forma di divisione del lavoro tra grandi aziende e imprese di dimensioni medio-piccole (c.d. «affidamento in outsourcing»). L'autonomia può non essere assoluta, potendo il concessionario incontrare taluni limiti nell'obbligo di osservare talune istruzioni ricevute dal preponente, ma senza che ciò metta in discussione che si tratti sempre e comunque di “imprenditori autonomi” dotati ciascuno di una propria indipendenza commerciale e decisionale e ciascuno direttamente responsabile dei costi e dei rischi connessi alla sua attività.

Su queste basi, occorre capire se l'esistenza di un certo livello di ingerenza – invero sussistente nella normalità delle anzidette relazioni commerciali – dell'impresa preponente rispetto all'intermediario della distribuzione, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale, possa essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica. Ovvero se, ai medesimi fini, sia necessario accertare un quid pluris, ossia un vero e proprio collegamento “gerarchico” tra le due imprese, il quale è ravvisabile solo al cospetto di un contratto, in forza del quale più società autonome si «assoggettano» all'attività di direzione e coordinamento di una di esse. Se, in particolare, l'attività di direzione – sebbene non necessiti della totale eterodirezione delle singole imprese – richieda pur sempre l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali. Cosicché, in

manca di tali presupposti, è dato ravvisare una attività di mero coordinamento, consistente nel realizzare un sistema di sinergie tra imprese diverse.

Accedendo a questa seconda ipotesi, la sussistenza dell'attività di direzione e coordinamento dovrebbe essere accertata in concreto, sulla scorta di atti formali a carattere negoziale (quali deliberazioni o accordi contrattuali, tra le società interessate), o anche di mero indirizzo (quali ordini di servizio, istruzioni, regole di comportamento), idonei ad influenzare significativamente le scelte gestionali dell'intermediario commerciale.

L'esigenza di rinvenire indici di natura sostanziale dell'esercizio di un'influenza determinante sul comportamento sugli intermediari tale da comportarne la perdita della qualità di operatori economici indipendenti, sembrerebbe condivisa anche dalla Corte di Giustizia. In alcune pronunce si afferma, che i rapporti tra un committente e il suo intermediario possono essere contrassegnati da una tale unità economica (16 dicembre 1975, in cause riunite 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Suiker Unie e a./Commissione, punto 480), precisandosi tuttavia che l'elemento determinante per stabilire se un intermediario sia un operatore economico indipendente va ravvisato in relazione all'assunzione dei rischi finanziari e commerciali legati alla vendita di merci a terzi. Si afferma in particolare che: «gli intermediari possono perdere la qualità di operatore economico indipendente soltanto quando non sopportano nessuno dei rischi conseguenti ai contratti negoziati o conclusi per conto del committente e operano come ausiliari integrati nell'impresa» (14 dicembre 2006, in C-17/05).

2.6.— Nonostante i riferimenti giurisprudenziali sopra citati, la nozione di «unica unità economica» appare ancora troppo “liquida” e incerta, sia perché fortemente condizionata dalle circostanze fattuali del case law, sia in considerazione della difficoltà di tradurre in rigorosi termini giuridici la

nozione (tratta dalle discipline economiche) di “agente economico”.

La definizione da parte della Corte di Giustizia di parametri valutativi più certi appare necessario per il soddisfacimento di esigenze di chiarezza e stabilità dei rapporti giuridici. La certezza del diritto, come insegna la stessa Corte di Giustizia, impone infatti che le norme di legge siano chiare e precise, in modo che i cittadini che ne sono destinatari siano in grado di accertare inequivocabilmente quali siano i diritti e gli obblighi loro attribuiti ed agiscano di conseguenza (sentenza 3 giugno 2008, causa C-308/06; 9 luglio 1981, causa 169/80; 13 febbraio 1996, causa C-143/93; 21 giugno 2007, causa C-158/06; 10 settembre 2009, causa C-201/08). Tale esigenza si rende ancor più pressante quando le disposizioni normative «poss(o)no avere conseguenze sfavorevoli per gli individui e le imprese» (sentenza 5 luglio 2012, causa C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA c. État belge*).

A ciò si aggiunge che la sanzione pecuniaria di cui si discute ha natura «penale» ai sensi dell'art. 7 della CEDU, in ragione della dimensione intrinsecamente «afflittiva» del suo importo complessivo, e per tale motivo – secondo il diritto italiano – può venire applicata, nel rispetto del canone di prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile, soltanto «nei casi e per i tempi» considerati dalla legge (art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689). La Corte Costituzione italiana ha precisato che, dall'art. 25 della Carta costituzionale, data l'ampiezza della sua formulazione, si desume il principio secondo cui «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto» (sentenza n. 196 del 2010; in senso analogo anche le sentenze n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014). Tali affermazioni siano state formulate, non solo con riferimento a uno dei corollari del principio di legalità, quello dell'irretroattività delle norme incriminatrici, ma anche con riguardo ad altro corollario di detto principio: il principio di tassatività e

determinatezza delle norme sanzionatorie (in tal senso, la sentenza della Corte n. 121 del 2018).

3.– Il secondo dubbio interpretativo attiene all'elemento oggettivo dell'illecito (lo «sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato») e, in particolare, allo standard probatorio cui devono attenersi le autorità antitrust ai fini dell'accertamento di condotte abusive di natura escludente.

3.1.– Pare di potersi affermare che, mentre l'intesa restrittiva «per oggetto», concretandosi in un'illecita ripartizione del mercato, sia di per sé illecita, senza che sia necessario l'esame dei suoi effetti (ex plurimis, Corte di Giustizia, sentenza del 20 novembre 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C 209/07), per l'abuso di posizione dominante non operi analoga presunzione di abusività delle iniziative di mercato assunte dall'impresa dominante (ed infatti: mentre l'intesa per oggetto è di per sé illecita anche se i prezzi sono equi, nel caso dell'abuso occorre che i prezzi siano iniqui).

Secondo un orientamento che appare consolidato in giurisprudenza, l'illecito dell'abuso di posizione dominante può essere accertato anche in fase preparatoria, prima che abbia prodotto effetti restrittivi (ex plurimis: Tribunale di primo grado, 29 marzo 2012, in C-498/07). A questa stregua, non è necessaria la prova attuale degli effetti dell'abuso, essendo sufficiente la dimostrazione della mera potenzialità dell'effetto restrittivo (ex plurimis: Corte di Giustizia dell'Unione Europea 17 febbraio 2011, causa C-52/09).

Se costituisce un abuso di posizione dominante qualsiasi comportamento consistente, non solo nell'impedire effettivamente, ma anche soltanto nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, ciò significa che l'atto idoneo a pregiudicare i concorrenti per un operatore in posizione dominante è di per sé sufficiente a permettere l'accertamento della violazione e l'applicazione dell'apparato

sanzionatorio.

Non è tuttavia chiaro se – pur in presenza di un comportamento astrattamente idoneo alla produzione di effetti restrittivi – sia comunque ammessa la prova da parte dell'impresa sanzionata che nessun effetto restrittivo si è “storicamente” realizzato, che cioè la condotta contestata è risultata priva di offensività in concreto. In caso di risposta positiva, se sussista in capo all'Autorità antitrust l'obbligo di riscontrare in maniera puntuale le analisi economiche eventualmente prodotte dalla parte sanzionata per dimostrare la concreta incapacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti.

Questa Sezione VI del Consiglio di Stato, con ordinanza del 20 luglio 2020, n. 4646, ha recentemente promosso rinvio pregiudiziale posto il seguente quesito, che rileva anche nel presente giudizio: «3) *Se, in caso di abuso di posizione dominante consistito nel tentare di impedire che permanga il livello di concorrenza ancora esistente o il suo sviluppo, l'impresa dominante sia comunque ammessa a provare che – nonostante l'astratta idoneità dell'effetto restrittivo – la condotta è risultata priva di concreta offensività; se, in caso di risposta positiva, ai fini della valutazione in ordine alla sussistenza di un abuso escludente atipico, l'articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all'Autorità l'obbligo di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità della condotta oggetto di istruttoria di escludere dal mercato i propri concorrenti».*

3.2.– Il rilievo da attribuire all'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza nella valutazione ai sensi dell'articolo 102 va valutato, nella presente fattispecie, soprattutto alla luce della sentenza INTEL, 6 settembre 2017, nella causa C-413/14 P, relativa agli sconti fidelizzanti.

La società Intel (la quale deteneva più del 70 % delle quote di mercato dei processori per computer) era stata accusata di abuso di posizione dominante nel mercato dei processori e di violazione delle regole di

concorrenza dell'Unione Europea. Secondo la Commissione, Intel aveva applicato a quattro produttori di computer convenienti sconti a condizione che questi ultimi si rifornissero esclusivamente presso di lei. Inoltre, Intel aveva stabilito pagamenti in favore di un'azienda a patto che quest'ultima vendesse solo PC dotati di processori Intel. Secondo la Commissione Europea, l'intento dei predetti sconti e pagamenti era quello di acquisire un'esclusiva nei confronti di questi clienti ("sconti di esclusiva") ed escludere una concorrente dalla fornitura delle medesime merci. Su queste basi, la Commissione europea aveva inflitto alla società americana una maxi-sanzione di 1,06 miliardi di euro per aver abusato della sua posizione dominante sul mercato mondiale dei microprocessori.

Il Tribunale di primo grado era giunto alla conclusione che tali tipologie di sconti fossero intrinsecamente anticoncorrenziali e che, pertanto, ai fini dell'accertamento del loro carattere abusivo, non fosse necessario valutarne l'impatto attuale o potenziale sulla concorrenza alla luce di tutte le circostanze del caso.

La sentenza INTEL ha così statuito:

- «Per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – taluni acquirenti attraverso l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, vuoi in forza di accordi stipulati con tali acquirenti, vuoi unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè di riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume degli acquisti – si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante (v. sentenza del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione, 85/76, EU:C:1979:36, punto 89)»;

- «Occorre, tuttavia, precisare tale giurisprudenza nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati»;
- «In tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci (v., per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C 209/10, EU:C:2012:172, punto 29)»;
- «L'analisi della capacità di escludere dal mercato è del pari pertinente ai fini della valutazione della questione se un sistema di sconti rientrante in linea di principio nell'ambito del divieto di cui all'articolo 102 TFUE possa essere oggettivamente giustificato. Inoltre, l'effetto preclusivo derivante da un sistema di sconti, pregiudizievole per la concorrenza, può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche del consumatore (sentenza del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C 95/04 P, EU:C:2007:166, punto 86). Una ponderazione siffatta degli effetti, favorevoli e sfavorevoli per la concorrenza, della pratica contestata può essere svolta nella decisione della Commissione solo in esito ad un'analisi della capacità di esclusione dal mercato di concorrenti quantomeno altrettanto efficaci, intrinseca alla pratica considerata»;
- «Se, nella decisione che accerta il carattere abusivo di un sistema di sconti, la Commissione effettua un'analisi siffatta, incombe al Tribunale esaminare tutti gli argomenti della parte ricorrente diretti a rimettere in discussione la fondatezza delle constatazioni raggiunte dalla Commissione quanto alla capacità di preclusione dal mercato del sistema di sconti considerato».

Su queste basi, la Corte di Giustizia ha concluso che il Tribunale si era a torto astenuto, nell'ambito della sua analisi della capacità degli sconti

controversi di limitare la concorrenza, dal prendere in considerazione gli argomenti di Intel diretti a mettere in luce presunti errori commessi dalla Commissione nell'ambito del test AEC.

3.3.– L'appellante, invocando la citata sentenza Intel, lamenta che l'Autorità non avrebbe svolto alcuna analisi degli effetti concreti delle condotte di Unilever (quindi, sull'assenza di effetti escludenti rispetto ai suoi concorrenti altrettanto efficienti) e dei relativi effetti pro-competitivi sia in termini di ampliamento della diffusione dei prodotti sia in termini di riduzione del prezzo per esercenti e consumatori (come risulterebbe nello studio commissionato da Unilever ad un'autorevole società di consulenza economica).

L'Autorità ritiene invece che i principi espressi nella sentenza Intel non sarebbero applicabili al caso di specie, in quanto: sarebbero validi solamente con riguardo agli abusi realizzati tramite sconti fidelizzanti, mentre l'abusività della condotta di Unilever risiederebbe anche nella diffusa applicazione di clausole di esclusiva; la Corte di Giustizia avrebbe semplicemente rilevato un "vizio formale" del Tribunale, che non si era pronunciato sulle contestazioni sollevate dalla ricorrente in merito all'as efficient competitor test ("AECT"); in ogni caso l'AECT condotto da Unilever sarebbe in ogni caso inidoneo a dimostrare l'assenza di effetti concorrenziali delle sue condotte, perché nessun test sarebbe in grado di analizzare, contemporaneamente, una molteplicità di pratiche abusive.

3.4.– Su queste basi, occorre capire:

- se i principi della sentenza Intel siano generalizzabili al di là della fattispecie degli sconti di esclusiva o fidelizzanti, e quindi applicabili anche alla previsione di obblighi di esclusiva o a casi di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive, o se invece in tali casi non vi sia alcun obbligo giuridico per l'Autorità di fondare il proprio accertamento sul criterio del concorrente altrettanto efficiente;

- se, ogni qual volta l'impresa produca nel corso dell'istruttoria studi e approfondimenti utili a smentire l'effetto escludente contestato, l'Autorità sia onerata di dimostrare che le condotte oggetto di indagine siano effettivamente idonee ad escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti, ovvero in quali casi o a quali condizioni possa escludersi la rilevanza del test AECT o degli studi ed approfondimenti prodotti dall'impresa; in particolare, se la valutazione dell'Autorità che esclude la rilevanza del test AECT o degli studi aventi analoga funzione in caso di condotte come quelle oggetto di indagine sia legittima alla luce della sentenza Intel.

4.— Le questioni interpretative sopra svolte hanno dunque portata dirimente ai fini della soluzione della presente controversia, e non constano allo stato prese di posizione univoche da parte della Corte di Giustizia. Emerge, pertanto, la necessità di deferire l'affare alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE. L'ordinamento dell'Unione Europea, privo di un autonomo sistema di tutela giurisdizionale, affida a questo fondamentale meccanismo di “coordinamento”, il compito di assicurare l'uniforme applicazione ed interpretazione delle norme di sua derivazione e di supportare il lavoro dei giudici nazionali (cfr. ex plurimis: Corte di Giustizia UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas, par. 32).

Pertanto, si formulano alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti:

“1) Al di fuori dei casi di controllo societario, quali sono i criteri rilevanti al fine di stabilire se il coordinamento contrattuale tra operatori economici formalmente autonomi e indipendenti dia luogo ad un'unica entità economica ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE; se, in particolare, l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali di un'altra impresa, tipica dei rapporti di collaborazione commerciale tra

produttore e intermediari della distribuzione, può essere ritenuto sufficiente a qualificare tali soggetti come parte della medesima unità economica; oppure se sia necessario un collegamento “gerarchico” tra le due imprese, ravvisabile in presenza di un contratto in forza del quale più società autonome si «assoggettano» all’attività di direzione e coordinamento di una di esse, richiedendosi quindi da parte dell’Autorità la prova di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale e commerciale”;

“2) Al fine di valutare la sussistenza di un abuso di posizione dominante attuato mediante clausole di esclusiva, se l’articolo 102 TFUE vada interpretato nel senso di ritenere sussistente in capo all’autorità di concorrenza l’obbligo di verificare se l’effetto di tali clausole è quello di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti, e di esaminare in maniera puntuale le analisi economiche prodotte dalla parte sulla concreta capacità delle condotte contestate di escludere dal mercato concorrenti altrettanto efficienti; oppure se, in caso di clausole di esclusiva escludenti o di condotte connotate da una molteplicità di pratiche abusive (sconti fidelizzanti e clausole di esclusiva), non ci sia alcun obbligo giuridico per l’Autorità di fondare la contestazione dell’illecito antitrust sul criterio del concorrente altrettanto efficiente”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta),

VISTO l’art. 267 del TFUE e l’art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia delle Comunità europee;

VISTO l’art. 3 della legge 13 marzo 1958, n. 204;

VISTE le “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2019/C 380/01);

RIMETTE alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale indicata in motivazione;

SOSPENDE il giudizio fino alla definizione della questione pregiudiziale;

DISPONE che copia conforme all'originale della presente ordinanza, unitamente a copia integrale del fascicolo della causa, sia trasmesso, in plico raccomandato, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea;

RISERVA alla sentenza definitiva ogni ulteriore pronuncia, anche in ordine alle spese ed onorari del presente giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Dario Simeoli

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO