



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2023, n. 2

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).
Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Ordinario di Diritto internazionale, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).

Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

Fascicolo 2023, n. 2

INDICE

| | |
|--|-----|
| Stefano Armellini, Bruno Barel <i>La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere</i> | 1 |
| Ruggiero Cafari Panico <i>L'intreccio apparentemente inestricabile degli effetti riflessi ed orizzontali: la saga dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica</i> | 41 |
| Giovanna Ligugnana <i>Agenzie europee, reti e tutela dell'ambiente</i> | 95 |
| Danijela Vrbljanac <i>Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes in Croatian courts: an assessment after nearly five years of application</i> | 119 |
| Michele Migliori <i>Alcune riflessioni a margine della sentenza Unilever Italia, con particolare riferimento alla nozione di singola entità economica: un'estensione del principio anche al di là dell'art. 101 TFUE?</i> | 141 |
| Relazioni a convegni | |
| Ruggiero Cafari Panico <i>Il DMA nel prisma della strategia digitale dell'UE: la scelta europea e la competizione fra sistemi</i> | 159 |

Alcune riflessioni a margine della sentenza *Unilever Italia*, con particolare riferimento alla nozione di singola entità economica: un'estensione del principio anche al di là dell'art. 101 TFUE?

Michele Migliori*

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria e i motivi del rinvio. – 2. La nozione di unica entità economica. – 2.1. *Segue.* L'unità economica in presenza di vincoli di natura esclusivamente contrattuale. – 3. Il parametro del concorrente altrettanto efficiente. – 4. Riflessioni finali.

1. La vicenda giudiziaria e i motivi del rinvio.

La sentenza in esame¹ si esprime in merito ad un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano², con il quale i giudici amministrativi hanno sottoposto alla Corte di giustizia questioni interpretative vertenti sugli artt. 101 e 102 TFUE.

Il giudizio riguarda un caso di abuso di posizione dominante, per il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nel 2017 ha sanzionato l'impresa Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l., imputandole una serie di condotte poste in essere da società facenti parte della sua rete di distribuzione italiana³.

La Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l. (di seguito, Unilever) è una società del Gruppo Unilever, impresa multinazionale operante in molteplici mercati, tra cui quello della produzione di gelati. In Italia, Unilever produce e, tramite i marchi «Algida» e «Carte d'Or», commercializza gelati in confezione individuale, destinati ad essere consumati «OOH – *out of home*», ossia al di fuori del domicilio del consumatore, presso i cc.dd. punti vendita. La distribuzione su vasta scala è affidata ad una rete di numerosi distributori, i quali agiscono in tal senso esclusivamente in forza di un vincolo di natura contrattuale con la suddetta impresa (non vi sono infatti rapporti societari né di partecipazione nel capitale né che attribuiscono a Unilever diritti di voto all'interno delle società distributrici).

*Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche europee ed internazionali, Università degli Studi di Verona.

¹ Corte di giustizia, sentenza del 19 gennaio 2023, [causa C-680/20](#), *Unilever Mkt. Operations Srl c. AGCM*, EU:C:2023:33.

² Consiglio di Stato, [ordinanza del 7 dicembre 2020, n. 7713](#).

³ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, [decisione del 6 dicembre 2017, n. 26822](#).

Il 3 aprile 2013, una società concorrente, denominata La Bomba s.n.c., presentava presso l'AGCM una denuncia per abuso di posizione dominante da parte di Unilever, sulla base della quale l'Autorità avviava un'indagine.

Con decisione del 31 ottobre 2017, l'AGCM sanzionava *ex art. 102 TFUE* l'impresa Unilever per abuso di posizione dominante, comminandole un'ammenda pari a 60.668.580 euro. All'esito dell'attività istruttoria, l'Autorità rilevava infatti che l'impresa in questione avesse posto in essere una strategia di esclusione idonea ad ostacolare la crescita delle sue concorrenti. La condotta contestata si sostanziava nell'imposizione di clausole di esclusiva ai gestori dei punti vendita, operata non già dall'impresa Unilever, ma dai suoi distributori: di fatto le clausole di esclusiva in commento inducevano i gestori dei punti vendita a rifornirsi di gelati in confezione individuale esclusivamente presso Unilever, ricevendo, quale corrispettivo, vantaggiosi sconti e commissioni, attribuiti sulla base del raggiungimento di un determinato volume di fatturato o grazie alla commercializzazione di una precisa gamma di prodotti Unilever.

La strategia, risultante dal combinato disposto delle clausole di esclusiva e del sistema di pratiche di sconto, di fatto induceva i gestori dei punti vendita a continuare a rifornirsi esclusivamente presso Unilever, preferendola sistematicamente rispetto alle imprese concorrenti.

Nel merito, ai fini della successiva trattazione, occorre focalizzare l'attenzione su due specifici aspetti della decisione dell'AGCM: *in primis*, l'Autorità ha ritenuto di poter imputare a Unilever atti effettivamente posti in essere dai suoi distributori. L'AGCM ritiene infatti che l'impresa in parola e la sua rete di distributori costituiscano un'unica entità economica, nell'ambito della quale Unilever avrebbe ampi poteri di interferenza sull'impostazione della politica commerciale dei suoi distributori; questi, dunque, nell'imposizione delle clausole di esclusiva, non avrebbero agito in modo indipendente, ma, al contrario, la loro condotta risponderrebbe ad un preciso impulso dell'impresa sanzionata. *In secundis*, secondo l'Autorità, Unilever tramite i suoi comportamenti avrebbe escluso, o quantomeno limitato, la possibilità per le imprese avversarie di esercitare una concorrenza basata sui meriti dei loro prodotti. L'AGCM è giunta a questa conclusione a partire da un'analisi delle caratteristiche specifiche del mercato considerato: l'esiguità dello spazio che i punti vendita dedicano ai gelati in confezione singola e il peso determinante che esercita l'offerta presente *in loco* sulla scelta finale del consumatore hanno spinto l'Autorità a ritenere che la condotta contestata risponda ad una logica anticoncorrenziale.

Avverso tale decisione, Unilever presentava ricorso innanzi al TAR del Lazio, che il 23 maggio 2018 respingeva integralmente il ricorso⁴. Unilever, dunque, impugnava tale sentenza innanzi al Consiglio di Stato, sostenendo l'esistenza di vizi inficianti la decisione

⁴ TAR del Lazio, [sentenza del 23 maggio 2018, n. 6080](#).

dell'AGCM quali, da un lato, l'impossibilità di imputare all'impresa comportamenti posti in essere da terzi e, dall'altro, l'inidoneità a produrre effetti anticoncorrenziali delle condotte contestate.

Il Consiglio di Stato, in merito al gravame innanzi ad esso pendente, decideva di sollevare due questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di giustizia. Da un lato, il giudice *a quo* si chiede, ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, quali siano i criteri rilevanti al fine di ricondurre nell'alveo della nozione di «unica entità economica» una situazione, come quella in commento, nella quale esiste un coordinamento contrattuale tra due operatori economici formalmente indipendenti ed autonomi. In particolare, il giudice del rinvio si domanda se a tale fine sia sufficiente l'esistenza di un certo livello di ingerenza sulle scelte commerciali dell'altra impresa o se sia necessario dimostrare l'esistenza di un collegamento gerarchico, stabilito in un contratto, in forza del quale più imprese si assoggettano alla direzione e al coordinamento di una di esse⁵.

Dall'altro lato, con la seconda questione pregiudiziale, il giudice *a quo* si chiede se, al fine di rilevare la presenza di un abuso di posizione dominante attuato mediante clausole di esclusiva, l'art. 102 TFUE vada interpretato nel senso che l'autorità di concorrenza abbia l'obbligo di verificare se tali clausole abbiano avuto come effetto l'esclusione di altri concorrenti parimenti efficienti e se, ancora, l'autorità abbia l'obbligo di esaminare le analisi economiche prodotte a discarico dall'impresa accusata, oppure se non vi sia alcun obbligo per l'AGCM di fondare la contestazione del suddetto illecito sul criterio del concorrente altrettanto efficiente⁶.

2. La nozione di unica entità economica.

Il tema della nozione di «unica entità economica» (o di «unità economica») viene in gioco a seguito del suo esplicito richiamo operato dal giudice del rinvio in sede di formulazione delle questioni pregiudiziali e dell'ampia trattazione che l'Avvocato generale riserva al tema nelle sue conclusioni⁷.

Il portato innovativo del caso *Unilever Italia* risiede proprio nel fatto che il giudice del rinvio domanda esplicitamente quali siano i presupposti necessari ai fini dell'applicazione «al di fuori dei casi di controllo societario» della teoria dell'unità economica.

⁵ La differenza tra i due regimi ha importanti riverberi anche sugli oneri probatori gravanti in capo all'autorità *antitrust*: qualora fosse necessario un rapporto gerarchico tra le imprese, allora l'AGCM sarebbe chiamata a produrre la prova di una pluralità sistematica di atti di indirizzo idonei a incidere sull'autonomia della politica commerciale dell'impresa «servente».

⁶ Consiglio di Stato, ordinanza n. 7713/2020, cit.

⁷ Avvocato generale Rantos, conclusioni del 14 luglio 2022, [causa C-680/20](#), *Unilever Mkt. Operations Srl c. AGCM*, EU:C:2022:586, punti 24-55.

Il ricorso a tale nozione permetterebbe, infatti, di far sorgere *ipso iure* una responsabilità solidale tra Unilever e i suoi distributori; appare dunque opportuno, senza pretese di esaustività, approfondirne la portata e l'utilizzo nel tempo.

La teoria dell'unica entità economica, o *single economic entity*, di derivazione giurisprudenziale, ha visto la luce, ai fini *antitrust*, nell'ambito dei rapporti tra gruppi societari, e costituisce un corollario della nozione europea di «impresa», a sua volta di derivazione pretoria, non rinvenendosi nel diritto dell'Unione una definizione circoscritta di ciò che è impresa⁸. La ricostruzione di tale nozione può essere operata volgendo lo sguardo alla prassi della Commissione europea e soprattutto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha optato per una formulazione molto più ampia ed elastica rispetto a quella di matrice civilistica: nella sentenza *Höfner*, infatti, la Corte qualifica come impresa, ai fini *antitrust*, «qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento»⁹, laddove per attività economica si deve intendere «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»¹⁰.

Ai fini della trattazione del caso *Unilever Italia*, è opportuno notare che il ricorso ad una nozione tanto elastica di impresa è funzionalmente dovuto alla particolare attenzione che la Corte rivolge alle dinamiche concorrenziali che si sviluppano sul mercato: si vuole con ciò evitare che le imprese si sottraggano all'applicazione delle norme *antitrust*, facendo ricorso al mutamento delle forme giuridiche che esse possono

⁸ Sul concetto di *single economic entity* si rinvia a VAN BAEL, BELLIS, *Competition Law of the European Union*, 6th ed., Alphen aan den Rijn, 2021, p. 37; A. EZRACHI, *Eu Competition Law, An analytical Guide to the leading cases*, Oxford, 2016, pp. 20-32; H. BOLATOGLU, *The concept of single economic entity in merger cases: lifting the corporate veil*, in *European Competition Law Review*, 2009, pp. 362-370, spec. p. 362.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1991, [causa C-41/90](#), *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH.*, EU:C:1991:161, punto 21. Per un approfondimento riguardo la nozione europea di impresa si rinvia a, *ex plurimis*, R. CAFARI PANICO, F. DI BENEDETTO, *La nozione di gruppo di imprese nel prisma del diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in J. MOSCIANESE, R. CAFARI PANICO (a cura di), *Le operazioni di M&A fra regolamentazione e concorrenza*, Torino, 2022, pp. 219-251, spec. p. 220; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 10th ed., Oxford, 2021, p. 100 s.; P. MANZINI, *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, Torino, 2021, p. 85 s.; E. FOX, D. GERARD, *Eu Competition Law, Cases Texts and Contexts*, Northampton, 2017, pp. 18-20; G. ALPA, *Diritto Privato Europeo*, Milano, 2016, pp. 501-514; A. EZRACHI, *Eu Competition Law*, cit., pp. 1-33; F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, pp. 85-92; L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, pp. 47-58, spec. pp. 55-58; A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella Ue*, Padova, 2012, pp. 83-86; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza, profili sostanziali*, Milano, 2007, pp. 54-64; M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, pp. 82-86. Invece, per un'analisi più approfondita della sentenza, si rinvia a: K. LASOK, *When is an Undertaking not an Undertaking?*, in *European Competition Law Review*, 2004, pp. 383-385; P. MANZINI, *L'intervento pubblico nell'economia alla luce dell'art. 90 del Trattato CE*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 1995, pp. 379-396.

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 2000, [cause riunite C-180/98 a C-184/98](#), *Pavel Pavlov e a. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, EU:C:2000:428, punto 74.

di volta in volta vestire¹¹. Attraverso l'elaborazione della *single entity theory*, la Corte di giustizia vuole dunque escludere che l'applicazione delle regole sulla concorrenza venga minata da una separazione tra due imprese aventi sul piano formale distinta personalità giuridica, le quali però nella sostanza si contraddistinguono per un'unità di comportamento sul mercato¹².

Il ricorso al concetto di unità economica ha storicamente assolto ad una duplice funzione: da un lato, ha permesso di escludere l'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi intercorsi tra soggetti appartenenti alla medesima impresa¹³. La Corte ritiene infatti che la nozione di «unica entità economica» sia riferibile ad un'impresa, benché costituita da una pluralità di persone fisiche o giuridiche, solo quando sul mercato vi sia unità di comportamento¹⁴. Da questo punto di vista, è importante sottolineare come in questo caso la nozione in parola debba essere interpretata in senso restrittivo, ciò in quanto, altrimenti, verrebbe eccessivamente limitato l'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE.

Dall'altro lato, più rilevante ai fini della trattazione del caso in commento, l'applicazione della nozione di unità economica ha permesso di imputare la responsabilità per la violazione di una norma *antitrust* posta in essere da una società del gruppo anche alle altre, configurandosi così il ricorso a tale nozione come «un'arma a doppio taglio»¹⁵.

Nella prassi, questo secondo profilo si è più di frequente manifestato attraverso l'estensione della responsabilità alla società controllante per un illecito anticoncorrenziale commesso dalla controllata c.d. estensione della responsabilità in senso ascendente. Ciò determina risvolti economicamente rilevanti anche dal punto di vista del calcolo dell'ammenda; secondo le norme europee¹⁶, infatti, in questi casi il computo del massimo

¹¹ In tal senso si veda F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle società*, 2014, pp. 1060-1123.

¹² Corte di giustizia, sentenze del 27 aprile 2017, [causa C-516/15 P](#), *Akzo Nobel NV e a. c. Commissione*, EU:C:2017:314, punto 48; 10 settembre 2009, [causa C-97/08](#), *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, EU:C:2009:536, punto 58. Per un commento a tali sentenze, *ex plurimis*, si vedano, rispettivamente: J.P. SCHMIDT, *Akzo Nobel and Others v Commission: When Can Parent Companies be Liable for the Acts of Subsidiaries Even if Action Against the Subsidiary is Time-barred?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, pp. 31-33; A. REINSTADLER, A. REINALTER, *Imputabilità della responsabilità per la violazione dell'art. 101, comma 1, t.f.u.e. ad una società capogruppo per il comportamento illecito della propria controllata: una presunzione davvero confutabile?*, in *Rivista di diritto societario*, 2012, pp. 523-529.

¹³ Per un approfondimento si rinvia a P. MANZINI, *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, cit., pp. 23-29; V. DONATIVI, *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996, pp. 311-320.

¹⁴ Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1972, [causa 48/69](#), *ICI c. Commissione*, EU:C:1972:70, punto 140.

¹⁵ In questa direzione, M. CASORIA, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, pp. 365-405.

¹⁶ [Regolamento \(CE\) n. 1/2003](#) del Consiglio, del 16 dicembre 2002, relativo all'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Per un approfondimento, si veda B. NASCIBENE, *Applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato*, in A. ADINOLFI, S. AMADEO, D. LUIGI, B. NASCIBENE (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, pp. 11-28.

dell'ammenda (10%)¹⁷ assume come base di calcolo il fatturato di tutte le entità che compongono l'unità economica (non viene quindi considerato unicamente il fatturato della società che ha effettivamente posto in essere la violazione, con un conseguente ed esponenziale aumento del *quantum debeat*)¹⁸.

L'attribuzione in senso ascendente della responsabilità non si sostanzia in un automatismo, basato *sic et simpliciter* sul fatto che una società partecipi allo stesso gruppo dell'altra; al contrario essa è subordinata alla dimostrazione del fatto che il comportamento sul mercato della società figlia non sia autonomo, ma determinato dal controllo che la società madre esercita su di essa¹⁹.

Ai fini della dimostrazione dell'esistenza di tale controllo, in presenza di rapporti di partecipazione in capitale tra le imprese coinvolte, la Corte ha infatti stabilito che le azioni poste in essere dalla società figlia (la controllata) possono essere imputate alla società madre (la controllante) qualora «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 madre in considerazione, in particolare, dei vincoli economici, organizzativi e giuridici che intercorrono tra le due entità giuridiche»²⁰.

Nel caso in cui tra due imprese sussistano vincoli derivanti dalla partecipazione in capitale, si può tuttavia essere in presenza di due ipotesi alternative: il caso in cui la società controllante detenga la totalità o quasi totalità del capitale della controllata oppure la fattispecie nella quale la società madre detenga una partecipazione minore (che non le garantisce lo stesso livello di controllo) del capitale della società figlia.

Nel primo caso la società madre è nelle condizioni di esercitare il controllo sulla società figlia *ipso facto* e, ai fini della dimostrazione dell'esercizio effettivo di tale controllo, opera una presunzione *iuris tantum*²¹. Si assiste quindi ad un'inversione dell'onere probatorio, in cui per confutare la presunzione (c.d. *parental responsibility presumption*) e dunque riportare l'onere in capo all'autorità procedente, l'impresa è ammessa a presentare le proprie difese²². Inoltre, secondo un recente pronunciamento della Corte, che ha ulteriormente esteso la portata della teoria dell'unità economica, viene assimilata a quest'ultima fattispecie l'ipotesi in cui, pur non detenendo una partecipazione

¹⁷ Art. 23 del regolamento n. 1/2003, cit.

¹⁸ Ancora, come conseguenza dell'estensione della responsabilità in senso ascendente, si deve considerare il fatto che la società madre potrà essere considerata in recidiva anche qualora il precedente illecito sia stato accertato solamente nei confronti della società figlia, con cui però già al momento del primo illecito essa costituiva un'unica entità economica.

¹⁹ Per un approfondimento, si rinvia a P. MANZINI, *Rethinking the Parental Liability for Antitrust Infringements*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, pp. 709-739.

²⁰ Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 58. Nello stesso senso, si veda Corte di giustizia, sentenza del 25 marzo 2021, [causa C-152/19](#), *Deutsche Telekom AG c. Commissione Europea*, EU:C:2021:238, punto 74.

²¹ Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 61.

²² Secondo la dottrina, la presunzione *iuris tantum*, e dunque l'inversione dell'onere probatorio, pongono l'impresa nella situazione di dover produrre una *probatio diabolica*. In questo senso, si veda M. CASORIA, *L'imputabilità infragrupo*, cit., p. 370.

totalitaria, la società madre possa esercitare la totalità dei diritti di voto nell'assemblea dei soci della società figlia; anche in questo caso, quindi, l'esercizio effettivo del controllo determinante viene presunto *iuris tantum*²³.

La Corte, tuttavia, ha ritenuto che, quand'anche la controllante detenga l'intero capitale della controllata, ipotesi in cui, come anticipato, sussisterebbe la presunzione relativa di influenza determinante²⁴, le autorità garanti della concorrenza rimangono comunque libere di provare l'influenza determinante attraverso altri mezzi di prova²⁵.

Fuori dai casi in cui la società controllante detenga la totalità o la quasi totalità delle azioni della controllata, secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, l'influenza determinante può essere dimostrata prendendo in considerazione l'insieme dei vincoli economici, organizzativi e giuridici intercorrenti tra la società madre e la sua società figlia. Allora, in queste ipotesi, non vengono unicamente in rilievo le partecipazioni di capitale della controllante sulla controllata, ma possono essere presentati come mezzi di prova anche elementi *uti singuli* insufficienti, ma nel loro complesso idonei a dimostrare l'esistenza del controllo della prima sulla seconda²⁶.

Da ultimo, è necessario riportare una rilevante novità, che costituisce l'ultimo tassello della progressiva costruzione della teoria dell'unica entità economica: è possibile affermare l'applicabilità di tale teoria anche in senso discendente, ossia chiamare in responsabilità la società figlia per un illecito *antitrust* commesso dalla controllante²⁷.

La nozione di unità economica può dunque essere oggetto di un'interpretazione ampia o restrittiva a seconda della finalità perseguita. Il portato interpretativo di tale teoria conosce infatti un perimetro più ampio quando esso è teso a potenziare l'effetto preventivo e dissuasivo delle norme anticoncorrenza²⁸, tuttavia rimane fermo il fatto che, sia ai fini dell'imputazione del comportamento, sia ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE, il criterio decisivo rimane la rilevazione di una un'unità di comportamento sul mercato²⁹.

²³ Corte di giustizia, sentenza del 27 gennaio 2021, [causa C-595/18 P](#), *Goldman Sachs Group Inc. c. Commissione*, EU:C:2021:73.

²⁴ Sentenza *Akzo Nobel*, cit., punto 61.

²⁵ Sentenza *Goldman Sachs c. Commissione*, cit., punto 40.

²⁶ Tribunale dell'Unione europea, sentenze del 12 dicembre 2007, [causa T-112/05](#), *Akzo Nobel e a. c. Commissione*, EU:T:2007:381, punto 64 ss.; 12 gennaio 1995, [causa T-102/92](#), *Viho Europe BV c. Commissione*, EU:T:1995:3, punto 48; e Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 1974, [cause riunite 6 e 7/73](#), EU:C:1974:18, punti 39-41. Da questo punto di vista, vi sono alcuni elementi indiziari che la Commissione prende in considerazione in modo ricorsivo: si può parlare, ad esempio, dell'esistenza di accordi infragruppo, della presenza di medesimi soggetti che cumulano su di sé cariche apicali sia nell'una che nell'altra società, dell'esistenza di semplici legami personali tra chi ricopre cariche apicali all'interno esse, della possibilità per la controllante di nominare e revocare alcuni amministratori della controllata, ecc.

²⁷ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2021, [causa C-882/19](#), *Sumal S.L. c. Mercedes Benz Trucks España S.L.*, EU:C:2021:18.

²⁸ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, cit., p. 100 s.

²⁹ Conclusioni Avvocato generale Rantos, *Unilever Italia*, cit, punto 33.

L'effetto dissuasivo che la teoria dell'unità economica determina in capo alle imprese, circa la commissione di fatti anticoncorrenziali, è inoltre evidente anche da un punto di vista di *private enforcement*³⁰: la vittima di una pratica anticoncorrenziale potrà proporre un'azione di risarcimento del danno nei confronti di una qualsiasi impresa costituente l'unità economica responsabile della violazione³¹.

Il caso *Unilever Italia* rappresenterebbe un passaggio ulteriore nell'evoluzione del concetto di *single entity theory*, poiché la sua applicabilità verrebbe estesa anche al di fuori delle ipotesi in cui sussista un controllo societario.

Qui vengono in gioco i rapporti tra Unilever e la sua rete di distributori, rapporti basati infatti non su partecipazioni in capitale, bensì che si sviluppano sulla base di reciproci vincoli di natura esclusivamente contrattuale. Nonostante la sostanziale differenza con i casi in cui vi siano in gioco una società controllante e una controllata, come affermato dal Tribunale dell'Unione europea, non è esclusa la configurabilità dell'«unità economica» nei rapporti (ancora, di natura esclusivamente contrattuale) tra un committente e il suo commissionario³².

Sulla base delle pronunce della giurisprudenza in merito ai casi in cui la società madre abbia una partecipazione minore (e dunque un minore livello di controllo) nel capitale della società figlia, o i casi riguardanti i rapporti tra committente e commissionario, si possono trarre elementi utili e applicabili alla causa principale.

2.1. Segue. L'unità economica in presenza di vincoli di natura esclusivamente contrattuale.

La Corte di giustizia ha più volte avuto cognizione di controversie nelle quali sorgevano dubbi in merito al soggetto cui imputare una determinata condotta, posta in essere da un commissionario per conto del suo committente. In questi casi, è utile sottolinearlo, il ragionamento della Corte si è sviluppato al di fuori del perimetro delle

³⁰ Riguardo la sfera del *private enforcement*, un ulteriore passo in avanti è stato compiuto dalla giurisprudenza europea con la pronuncia sul caso *Skanska*: Corte di giustizia, sentenza del 14 marzo 2019, [causa C-724/17](#), *Vantaan kaupunki Skanska Industrial Solutions Oy e a.*, EU:C:2019:204, punti 46 e 49-50. In questo caso, la Corte ha affermato la piena e diretta efficacia dell'art. 101 TFUE ai fini della determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento del danno; anche in sede privatistica viene dunque data applicazione della nozione europeistica di «impresa», così come di tutti i principi sviluppatisi a riguardo, compresa la responsabilità dei successori economici per i fatti anticoncorrenziali posti in essere dai loro predecessori. Per un commento si rimanda a A. LEITCH, *Skanska: are jurisdiction challenges now an impossible undertaking?*, in *Competition Law Journal*, 2019, pp. 97-103.

³¹ In tal senso si veda: Corte di giustizia, sentenza del 10 aprile 2014, [cause riunite C-231/11 P a C-233/11 P](#), *Commissione Siemens AG Österreich e a.*, EU:C:2014:256, punto 45: «in determinate circostanze, una persona giuridica che non abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza può nondimeno essere sanzionata per il comportamento illecito di un'altra persona giuridica allorché tali persone facciano tutte e due parte della stessa entità economica e formino così l'impresa».

³² Tribunale dell'Unione europea, sentenza dell'11 dicembre 2003, [causa T-66/99](#), *Minoan Lines SA c. Commissione*, EU:T:2003:337, punti 125-128.

partecipazioni in capitale tra le due entità coinvolte, sussistendo tra esse un vincolo esclusivamente contrattuale. L'approfondimento di tali fattispecie ha permesso alla Corte di elaborare alcuni parametri di riferimento per accertare quando si sia in presenza di un'unità economica o, più in generale, parametri utili a chiamare in causa il committente.

Il primo di tali parametri è costituito dal vantaggio che l'azione del commissionario determina in capo al committente; secondo la Corte, infatti, quando l'intermediario svolge un'attività a vantaggio del dante causa, egli può essere considerato come un organo ausiliario afferente all'impresa di quest'ultimo³³.

La valutazione del grado di indipendenza di un operatore economico sul mercato di riferimento può essere effettuata prendendo in considerazione altri due parametri, ossia l'assunzione del rischio economico e l'esclusività dei servizi offerti³⁴. Il Tribunale dell'Unione, nella sentenza *Suiker Unie*, ha infatti affermato che un'impresa non può essere considerata parte di un'unità economica con il suo committente qualora, sulla base del contratto stipulato, essa assuma rischi finanziari inerenti alla vendita o all'esecuzione di contratti stipulati con terzi e dunque eserciti funzioni analoghe a quelle di un operatore indipendente. Quanto all'esclusività dei servizi offerti, la Corte, confermando una precedente pronuncia³⁵, ha affermato che può difficilmente rientrare nel concetto di unità economica un prestatore che sul mercato di riferimento effettui, quale operatore indipendente, operazioni di notevole entità economica. Procedendo *a contrariis*, si può affermare che un operatore può perdere la qualità di «operatore economico indipendente» nel momento in cui non sopporti alcuno dei rischi finanziari e commerciali conseguenti all'attività del committente, dipendendo interamente da questo³⁶. La nozione di unità economica, nel quadro di rapporti contrattuali tra committente e prestatore, è stata affrontata in ottica più generale dalla sentenza *Remonts*³⁷, caso in cui la Corte, pur pronunciandosi in merito ad un caso di *bid-rigging*³⁸, dunque un contesto di fatto diverso da quello della causa principale, ha elaborato una serie di criteri utili e che in parte si sovrappongono a quelli precedentemente enucleati.

Nello specifico, la Corte ha affermato che un'impresa può essere considerata responsabile di una pratica anticoncorrenziale posta in essere da un suo commissionario solo se ricorre una delle seguenti condizioni: (i) il prestatore in realtà operava sotto la

³³ Corte di giustizia, sentenza del 16 dicembre 1975, [cause riunite 40-48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114/73](#), *Suiker Unie e a. c. Commissione*, EU:C:1975:74, punti 480-483.

³⁴ Sentenza *Minoan Lines SA c. Commissione*, cit., punti 125-128.

³⁵ Corte di giustizia, sentenza del 14 dicembre 2006, [causa C-217/05](#), *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio Compañía Española de Petróleos SA*, EU:C:2006:784, punto 43 s.

³⁶ Sentenza *Suiker Unie*, cit., punto 544.

³⁷ Corte di giustizia, sentenza del 21 luglio 2016, [causa C-542/14](#), *VM Remonts e a.*, EU:C:2016:578.

³⁸ Tale concetto si riferisce all'ipotesi in cui imprese, altrimenti in concorrenza tra loro, si alleino segretamente per aumentare il prezzo o diminuire la qualità dei servizi destinati ai committenti che hanno indetto la procedura di gara. Per un approfondimento si rinvia a P. SABBATINI, *La tutela della concorrenza negli appalti pubblici*, in *L'industria, Rivista di economia e politica industriale*, 2014, pp. 697-720.

direzione o il controllo dell'impresa³⁹, (ii) tale impresa era a conoscenza degli obiettivi anticoncorrenziali del suo prestatore e intendeva contribuirvi con il suo comportamento⁴⁰, (iii) detta impresa poteva ragionevolmente prevedere l'operato anticoncorrenziale dei suoi concorrenti e del medesimo prestatore ed era pronta ad accettarne il rischio⁴¹.

In una fattispecie nella quale il comportamento abusivo recante benefici economici al produttore dominante viene posto in essere dai suoi distributori terzi, qualora sia dimostrato che tali distributori agivano sulla base di istruzioni specifiche del produttore, il comportamento dovrebbe essere imputato all'impresa dominante. Qualora questo non fosse possibile, si genererebbe una situazione nella quale l'impresa dominante potrebbe facilmente aggirare il divieto di cui all'art. 102 TFUE, delegando l'attuazione di pratiche anticoncorrenziali ai suoi intermediari indipendenti.

Come rilevato dall'Avvocato generale Rantos nelle sue conclusioni, è indubbio che la valutazione circa l'esistenza di un'unità economica non possa essere svolta *in abstracto*; al contrario, sono necessarie numerose valutazioni circa la situazione concreta. Infatti, si deve constatare che, in linea generale, tutti i rapporti verticali, *ipso facto*, consegnano al committente una posizione privilegiata rispetto al commissionario, posizione di privilegio che può estendersi a molteplici aspetti dell'attività oggetto del contratto stipulato. Tuttavia, è necessario valutare in concreto i vincoli economici, organizzativi e giuridici esistenti, perché il mero coordinamento contrattuale non può di per sé indicare che il distributore o commissionario non agisce autonomamente⁴².

Il richiamo, operato dall'Avvocato generale, ai vincoli di natura economica, organizzativa e giuridica che legano committente e commissionario (nel caso di specie produttore e distributore) rispecchia la linea assunta dalla Corte nella giurisprudenza richiamata in materia di valutazione della presenza di un'unità economica e funge da base alla prima delle conclusioni dell'Avvocato generale stesso circa uno dei quesiti del giudice del rinvio: infatti, dato che la sussistenza di un'unità economica deve essere valutata in concreto, allora non è necessario, a questo fine, accertare la sussistenza di un collegamento gerarchico tra l'impresa dominante e i suoi distributori, poiché ciò che conta è verificare la libertà del commissionario nella sostanza, anche al di là dei vincoli formalizzati in atti di indirizzo⁴³.

Nelle sue conclusioni in merito al primo motivo di rinvio, la Corte non fa menzione del concetto di unità economica, preferendo percorrere un'altra via, segnalata ma non percorsa dall'Avvocato generale Rantos⁴⁴, utile ad imputare al produttore dominante i comportamenti posti in essere dai suoi distributori.

³⁹ Sentenza *VM Remonts e a.*, cit., punto 25.

⁴⁰ *Ivi*, punti 29-30.

⁴¹ *Ivi*, punto 31.

⁴² Conclusioni Avvocato generale Rantos, *Unilever Italia*, cit., punti 48 e 54.

⁴³ *Ivi*, punto 53.

⁴⁴ *Ivi*, punto 48.

La Corte ricorda infatti che incombe sull'impresa in posizione dominante la particolare responsabilità di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno; la portata di tale responsabilità non investe solo i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere direttamente dall'impresa dominante, ma determina in capo ad essa l'obbligo di vigilare anche sulle condotte da lei delegate a soggetti giuridici indipendenti, tenuti ad eseguire le sue istruzioni.

Pertanto, qualora il comportamento anticoncorrenziale sia realizzato da un intermediario indipendente, tenuto però ad eseguire la politica commerciale unilateralmente elaborata dall'impresa dominante, allora quella condotta potrà essere imputata all'impresa stessa. Il responsabile di quel comportamento è l'impresa dominante, poiché i suoi distributori hanno agito come strumento di ramificazione territoriale di una politica commerciale – anticoncorrenziale – decisa a monte.

Nella sentenza *Unilever Italia*, la Corte individua tre specifiche condizioni al ricorrere delle quali la responsabilità per il comportamento controverso, contestato all'intermediario indipendente, può essere imputato all'impresa dominante: (i) l'impresa dominante ha impartito specifiche istruzioni, (ii) il comportamento rilevante è stato unilateralmente deciso, (iii) i soggetti indipendenti che attuano il comportamento sono tenuti a conformarvisi⁴⁵.

Ciò vale, *a fortiori*, nel momento in cui il distributore agisca sulla base di contratti tipo, interamente redatti dal produttore e contenenti clausole di esclusiva che i distributori sono obbligati a far accettare ai punti vendita senza poter apportarvi alcuna modifica in mancanza del consenso del produttore. In tale contesto, il produttore è ragionevolmente consapevole del fatto che i distributori attuino una politica commerciale da egli unilateralmente decisa, di cui deve assumersi i rischi e la conseguente responsabilità⁴⁶. La responsabilità dell'impresa dominante non è dunque subordinata né alla dimostrazione del fatto che i distributori facciano parte dell'impresa, né alla dimostrazione dell'esistenza di un vincolo gerarchico risultante da una pluralità sistematica di atti di indirizzo.

L'attribuzione della responsabilità al produttore dominante, per una condotta anticoncorrenziale da egli indirettamente attuata per mezzo dei suoi distributori, appare del tutto opportuna nella misura in cui impedisce al produttore di eludere il divieto di cui all'art. 102 TFUE.

La Corte, scegliendo di impostare il suo ragionamento al di fuori del perimetro semantico della nozione di unità economica (che non viene esplicitamente richiamata), giunge sostanzialmente al medesimo risultato, ciononostante la soluzione tracciata potrebbe apparire più sfavorevole dal punto di vista della vittima della pratica anticoncorrenziale, dal momento che ella potrà esercitare il suo diritto al risarcimento solo nei confronti del produttore, non potendo contare sulla ben più rassicurante

⁴⁵ Sentenza *Unilever Italia*, cit., punto 29.

⁴⁶ *Ivi*, punto 31.

responsabilità solidale tra produttore e distributori. Si tratta però di una conclusione *prima facie*, come emergerà in sede di riflessioni finali.

3. Il parametro del concorrente altrettanto efficiente.

Con il secondo motivo di rinvio, il giudice si chiede se, nel caso di utilizzo da parte di un'impresa dominante di clausole di esclusiva o di condotte composte da una molteplicità di pratiche (segnatamente l'apposizione di clausole di esclusiva accompagnate da pratiche di sconto), un'autorità garante della concorrenza sia obbligata a fondare la contestazione della violazione dell'art. 102 TFUE sul criterio del «concorrente altrettanto efficiente». Ancora, il giudice chiede alla Corte se l'autorità sia poi obbligata ad esaminare in modo puntuale le analisi economiche, eventualmente prodotte dall'impresa dominante, riguardanti la concreta possibilità delle suddette misure di restringere la concorrenza.

Nel corso della sua istruttoria, infatti, l'AGCM aveva ritenuto di non dover analizzare gli studi economici prodotti da Unilever con l'obiettivo di dimostrare che le condotte controverse non erano idonee ad escludere dal mercato i concorrenti altrettanto efficienti; il TAR aveva confermato l'impostazione assunta dall'autorità, rilevando che i principi contenuti nella sentenza *Intel*⁴⁷ fossero applicabili solo in presenza di sconti legati ad obblighi di esclusiva o quasi esclusiva e non in caso di obblighi in esclusiva combinati con sconti di altra natura.

Come rilevato dall'Avvocato generale⁴⁸, la questione pregiudiziale sollevata dal giudice italiano costituisce il «diretto prolungamento» della terza questione pregiudiziale sorta nell'ambito del caso *SEN*⁴⁹. Il quesito aveva un respiro più generale, poiché in quel caso il giudice del rinvio si chiedeva se, al fine di qualificare come abusiva la condotta di un'impresa in posizione dominante, l'autorità avesse l'obbligo di esaminare gli elementi addotti da tale impresa al fine di dimostrare che la condotta posta in essere non avesse prodotto effetti anticoncorrenziali, pur essendo astrattamente idonea a provarli. Il contributo apportato dal caso *SEN* è utile in questa sede a inquadrare la questione sollevata nel presente giudizio entro i confini dell'art. 102 TFUE: la natura preventiva e prospettica di questo articolo consente infatti di affermare che un'autorità garante della concorrenza, al fine di classificare come abusivo un comportamento, non ha necessità di dimostrare che questo abbia sortito effetti anticoncorrenziali in concreto, al contrario è sufficiente che fosse potenzialmente idoneo a provarli⁵⁰.

⁴⁷ Corte di giustizia, sentenza del 6 settembre 2017, [causa C-413/14 P](#), *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, EU:C:2017:632.

⁴⁸ Conclusioni Avvocato generale Rantos, *Unilever Italia*, cit., punto 59.

⁴⁹ Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 2022, [causa C-377/20](#), *SEN*, EU:C:2022:379.

⁵⁰ Avvocato generale Rantos, conclusioni del 9 dicembre 2021, [causa C-377/20](#), *SEN*, EU:C:2021:998, punti 110 e 112.

Sgomberato il campo da questo interrogativo preliminare, per meglio comprendere i dubbi del giudice del rinvio nella presente causa, è utile rammentare brevemente i principi esplicitati dalla Corte nella sentenza *Intel*⁵¹; il secondo motivo di rinvio della causa in rassegna, infatti, deriva dai dubbi interpretativi del Consiglio di Stato circa la loro estendibilità al caso *Unilever Italia*.

In *Intel* la Corte aveva dichiarato che, qualora nel corso del procedimento amministrativo l'impresa dominante presenti elementi di prova utili a dimostrare che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza, l'autorità procedente è tenuta a verificare se le pratiche controverse fossero in concreto idonee ad escludere dal mercato concorrenti quantomeno altrettanto efficienti⁵².

Ci si chiede, a questo punto, se lo stesso principio enucleato dalla Corte abbia una portata generale e valga quindi a prescindere dal tipo di restrizione posta in essere dall'impresa. A suffragare questa ipotesi pare essere il tenore letterale della stessa sentenza: la Corte qualifica entrambe le restrizioni come «potenzialmente abusive», di fatto ponendo sullo stesso piano gli obblighi di esclusiva e gli sconti subordinati ad un obbligo di esclusiva⁵³.

La stessa sentenza precisa la precedente giurisprudenza della Corte con riguardo all'ipotesi in cui l'impresa convenuta si difenda producendo materiale utile a dimostrare la non abusività della condotta posta in essere⁵⁴.

In tal caso, la Commissione è tenuta a «valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci»⁵⁵; ciò si applica sia agli obblighi di esclusiva, sia agli sconti subordinati agli obblighi di esclusiva, poiché la precisazione appena richiamata riguarda qualunque impresa che nel corso del procedimento amministrativo opponga all'autorità procedente materiale difensivo utile a dimostrare l'incapacità della condotta di restringere il mercato, qualunque sia il comportamento all'origine della controversia.

La centralità del parametro del concorrente altrettanto efficiente è confermata anche da un altro rilievo più generale, che riguarda direttamente l'art. 102 TFUE: le pratiche di sconto, in linea generale rientranti nel divieto di cui allo stesso articolo, potrebbero essere oggettivamente giustificate qualora determinassero vantaggi in termini di efficienza e di

⁵¹ In quel caso, la Corte annullava la precedente sentenza del Tribunale dell'Unione europea, del 12 giugno 2014, [causa T-286/09](#), *Intel c. Commissione*, EU:T:2014:547.

⁵² Sentenza *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P, cit., punti 138 e 139.

⁵³ *Ivi*, punto 137: «[p]er un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare 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».

⁵⁴ Corte di giustizia, sentenza del 13 febbraio 1979, [causa 85/76](#), *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, EU:C:1979:36, punto 89.

⁵⁵ Sentenza *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P, cit., punto 139.

beneficio ai consumatori; lo stesso vale per le clausole di esclusiva, come richiamato da un documento della stessa Commissione europea⁵⁶.

Può dunque accadere che, sulla base di una ponderazione dei loro effetti, gli sconti siano giudicati compatibili con l'art. 102 TFUE. Una ponderazione degli interessi in gioco può essere svolta solo valutando gli effetti che le scontistiche avrebbero sui concorrenti altrettanto efficienti⁵⁷. In *Intel*, la Corte, fornendo tale precisazione, aveva richiamato solo i sistemi di scontistiche e non già anche le clausole di esclusione, ma essendo anche queste ultime oggettivamente giustificabili al ricorrere di determinati presupposti, si può concludere che la precisazione di cui sopra, e dunque la centralità del parametro in esame, sia valida per entrambe le prassi⁵⁸.

Tutto ciò premesso, non si può concludere che il parametro del concorrente altrettanto efficiente costituisca un *benchmark* obbligatorio. Come rilevato dalla Corte, esistono casi in cui il criterio in esame non è adeguato (casi in cui, evidentemente, l'autorità *antitrust* procedente non può essere obbligata ad assumerlo come parametro) a valutare la legittimità o meno della condotta e ciò vale in particolare in presenza di comportamenti abusivi non tariffari, come il rifiuto a contrarre. Rimane comunque ferma la centralità di questo parametro dal momento che, pur in presenza di prassi non tariffarie, questo *test* può rivelarsi utile nel fornire quantomeno un indizio sulla legittimità o illegittimità delle condotte analizzate, nel momento in cui l'impresa contesti all'autorità procedente l'assenza di effetti anticoncorrenziali⁵⁹.

Dalla centralità del criterio del concorrente altrettanto efficiente discende un precipitato logico utile a rispondere al secondo quesito del giudice del rinvio: l'autorità amministrativa procedente è obbligata ad esaminare il materiale difensivo prodotto dall'impresa nel corso del procedimento e ciò non solo in linea generale, nel rispetto del diritto ad essere ascoltato (che costituisce un diritto fondamentale⁶⁰), ma *a fortiori* se detto materiale difensivo si prefigge di dimostrare la non abusività della condotta sulla base del parametro del concorrente altrettanto efficiente.

Nelle sue conclusioni riguardo il secondo motivo di rinvio, la Corte afferma dunque che l'art. 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, in presenza di clausole di esclusiva, l'Autorità garante della concorrenza, al fine di dimostrare l'abuso di posizione dominante, deve accertare che tali clausole abbiano la capacità di limitare la concorrenza

⁵⁶ [Orientamenti](#) sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, 24 febbraio 2009, par. 36. Sull'approccio interpretativo dell'art. 102 TFUE, elaborato dalla Commissione tramite questi orientamenti, si veda P. MANZINI, *Le mobili frontiere dell'abuso di posizione dominante*, in C. FRATEA (a cura di), *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Bari, 2019, pp. 51-64, spec. p. 58.

⁵⁷ Sentenza *Intel c. Commissione*, causa C-413/14 P, cit., punto 140.

⁵⁸ Sentenza *Unilever Italia*, cit., punto 50.

⁵⁹ *Ivi*, punto 61.

⁶⁰ Sentenza *SEN*, cit., punto 52. A questo proposito si veda anche G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, 2008, pp. 352-360.

e il ricorso al criterio del concorrente altrettanto efficiente ha natura facoltativa. Tuttavia, se i risultati di un siffatto criterio sono prodotti dall'impresa nel corso del procedimento, allora l'autorità ha l'obbligo di esaminarne il valore probatorio⁶¹.

4. Riflessioni finali.

L'elaborazione di qualche riflessione finale circa il portato e gli effetti della sentenza in commento non può che concentrarsi sul punto più innovativo, nonché foriero di possibili evoluzioni future, ossia il primo dei quesiti sottoposti alla Corte.

È anzitutto opportuno notare che la Corte non si spinge fino ad affermare esplicitamente che l'attuazione di un comportamento anticoncorrenziale da parte di un'entità giuridica autonoma renda tale entità parte dell'unità economica con l'impresa dominante. Al contrario, una prima impressione è che la Corte, evitando il ricorso a tale nozione, abbia voluto concentrare il suo ragionamento sull'obiettivo finale, e cioè l'imputazione della responsabilità all'impresa dominante, di fatto eludendo la risposta al quesito posto dal Consiglio di Stato, esplicito nel domandare un chiarimento su quali fossero i criteri rilevanti al fine di poter parlare di unità economica in presenza di un coordinamento esclusivamente contrattuale.

Nella formulazione della risposta nel merito, tuttavia, vi è da sottolineare che la Corte si concentra sull'elaborazione di tre condizioni in presenza delle quali si può parlare di influenza determinante e quindi di imputazione della responsabilità tra soggetti giuridici indipendenti. Secondo i giudici, infatti, la particolare responsabilità gravante sulle imprese dominanti va al di là dei comportamenti posti in essere direttamente, estendendosi anche alle condotte da essa delegate a operatori giuridici formalmente indipendenti.

Nonostante il suo mancato richiamo, la sentenza *Unilever Italia* sembra operare comunque un'estensione del concetto di unità economica al di là dei confini sino ad oggi conosciuti (rappresentati dall'ipotesi di controllo societario tra le imprese considerate): la Corte, per il tramite di questo caso, chiarisce le condizioni alle quali un'impresa dominante possa essere chiamata in responsabilità per il fatto di un operatore indipendente, ad essa legato tramite coordinamento contrattuale; sulla base dei principi enucleati, i giudici attribuiscono la responsabilità della condotta a Unilever, giungendo al medesimo risultato che si sarebbe conseguito applicando la nozione di unità economica.

Infatti, se la responsabilità cui è chiamata l'impresa dominante non fosse ricondotta, a livello sistematico, nell'alveo della nozione di unità economica, si dovrebbe concludere che la responsabilità di Unilever rappresenti una sorta di responsabilità oggettiva.

⁶¹ Sentenza *Unilever Italia*, cit., punto 62.

Ci si interroga allora su quale sia il motivo per cui la Corte non abbia optato per un esplicito richiamo della teoria dell'unità economica, formalizzando così esplicitamente una sua estensione anche ai casi in cui tra le imprese non sussistano partecipazioni in capitale. Sebbene il quesito non possa trovare risposta in questa sede, si può tuttavia formulare l'ipotesi per cui i giudici abbiano voluto optare per un'estensione graduale della nozione di unità economica anche ai casi richiamati.

Nonostante a livello di *public enforcement* la Corte arrivi al medesimo traguardo che si sarebbe raggiunto tramite il richiamo esplicito alla nozione di unità economica, le implicazioni di tale scelta, a livello di applicazione privata, sono significative. Come già detto *supra*⁶², il privato vittima della pratica anticoncorrenziale vedrà restringersi la rosa dei mezzi di tutela dal momento che, non potendo giovare della responsabilità solidale tra committente e commissionario che deriverebbe dall'applicazione della teoria dell'unità economica, egli potrà unicamente rivalersi sull'impresa dominante. La scelta della Corte, dunque, sembra voler accordare maggiore tutela a quell'operatore economico formalmente indipendente (nel caso di specie il distributore), ma sostanzialmente alle dipendenze dell'impresa dominante: applicare la teoria dell'unità economica significherebbe riconoscerlo solidalmente responsabile di una condotta anticoncorrenziale su cui, seguendo il ragionamento della Corte, egli non aveva il minimo controllo e di cui allora non può rispondere.

Ciò premesso, è necessario considerare il problema anche da un ulteriore punto di vista: essendo Unilever un'impresa dominante nel mercato di riferimento, sarebbe risultato complesso inquadrare la fattispecie in esame nell'alveo dell'art. 101 TFUE (e dei relativi mezzi di tutela); viceversa, però, senza l'estensione di responsabilità operata dalla Corte tramite la presente pronuncia, per il danneggiato sarebbe risultato ugualmente complesso giovare di quelli previsti *ex art.* 102 TFUE. Dall'argomentazione della Corte, infatti, si può dedurre un riferimento al vuoto normativo che potrebbe crearsi nel momento in cui un'impresa dominante, ricorrendo all'ausilio di operatori terzi compiacenti, eluda i divieti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE; al medesimo vuoto normativo ha fatto riferimento l'Avvocato generale Rantos, citandolo come una delle ragioni per far rientrare il caso di specie nella teoria dell'unità economica. Si potrebbe allora immaginare che, con la sua pronuncia, la Corte abbia voluto optare per il «male minore», anzitutto offrendo un valido mezzo di tutela al danneggiato, senza però operare una formale estensione della teoria dell'unità economica.

⁶² Si veda *supra*, par. 2.1.

ABSTRACT: La sentenza *Unilever Italia* nasce da un rinvio pregiudiziale sollevato dal Consiglio di Stato italiano sull'interpretazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Ai fini dell'approfondimento delle questioni in esame, viene effettuato un *excursus* circa la teoria della singola entità economica. In particolare, l'articolo si sofferma sulla configurabilità di una singola entità economica in presenza di un mero coordinamento contrattuale tra le imprese considerate e sulle possibili conseguenze che la sentenza *Unilever* avrà circa l'evoluzione della teoria in parola.

PAROLE CHIAVE: concorrenza; abuso di posizione dominante; singola entità economica; accordi di distribuzione; test del concorrente altrettanto efficiente.

Some considerations concerning the Unilever Italia case, with particular regard to the notion of single economic entity: an extension of the principle even beyond the scope of Art. 101 TFEU?

ABSTRACT: The judgment Unilever Italia stems from a reference for a preliminary ruling made by the Italian Council of State on the interpretation of Articles 101 and 102 TFEU. For the purposes of an in-depth examination of the issues at hand, an excursus is made on the theory of the single economic entity. In particular, the article dwells on the configurability of a single economic entity in the presence of mere contractual coordination between the undertakings in question and on the possible consequences that the Unilever judgment will have on the evolution of that theory.

KEYWORDS: competition law; abuse of dominant position; single economic entity; distribution agreements; as efficient competitor test (AEC).