



**News n. 56 del 3 maggio 2023  
a cura dell'Ufficio del massimario**

Alla Corte di giustizia UE una serie di questioni in tema di abuso di posizione dominante da parte di un operatore detentore di una piattaforma digitale

**Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 7 aprile 2023, n. 3584, Pres. Volpe, Est. Lamberti**

**Concorrenza - Abuso di posizione dominante – Rifiuto di fornitura - Piattaforma digitale - Condizioni - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

*Vanno rimessi alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:*

*a) “se, ai sensi dell’art. 102 TFUE, il requisito dell’indispensabilità del prodotto oggetto di un rifiuto di fornitura debba essere interpretato nel senso che l’accesso deve essere indispensabile per l’esercizio di una determinata attività su un mercato vicino, o se sia sufficiente che l’accesso sia indispensabile per un utilizzo più conveniente dei prodotti o servizi offerti dall’impresa richiedente l’accesso, specie*

*nel caso in cui il prodotto oggetto del rifiuto abbia essenzialmente la funzione di rendere più agevole e conveniente la fruizione di prodotti o servizi già esistenti”;*

*b) “se, nel quadro di una condotta qualificata quale rifiuto di fornitura, sia possibile ritenere un comportamento abusivo, ai sensi dell’art. 102 TFUE, in un contesto nel quale, nonostante il mancato accesso al prodotto richiesto, (i) l’impresa richiedente fosse già attiva sul mercato e abbia continuato a crescere nello stesso per tutto il periodo del presunto abuso e (ii) altri operatori in concorrenza con l’impresa richiedente l’accesso al prodotto abbiano continuato ad operare sul mercato”;*

*c) “se, nel quadro di un abuso consistente nel rifiuto di concedere l’accesso a un prodotto o servizio asseritamente indispensabile, l’art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che l’inesistenza del prodotto o del servizio al momento della richiesta di fornitura debba essere presa in considerazione quale una giustificazione oggettiva per il rifiuto stesso, o quantomeno se un’autorità di concorrenza sia tenuta a svolgere un’analisi, su elementi oggettivi, del tempo necessario a un’impresa dominante al fine di sviluppare il prodotto o servizio per il quale viene*

*richiesto l'accesso, oppure se sia invece esigibile che l'impresa dominante, stante la responsabilità che assume sul mercato, sia onerata di comunicare al richiedente la tempistica necessaria allo sviluppo del prodotto";*

*d) "se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un'impresa dominante, che detiene il controllo di una piattaforma digitale, può essere tenuta a modificare i propri prodotti, o a svilupparne di nuovi, al fine di consentire a coloro che lo richiedono di accedere a tali prodotti. In tal caso, se un'impresa dominante sia tenuta a prendere in considerazione le generali esigenze del mercato o le*

*esigenze della singola impresa richiedente accesso all'input asseritamente indispensabile, o quantomeno, stante la speciale responsabilità che viene ad assumere sul mercato, se debba prefissare dei criteri oggettivi per l'esame delle richieste che le vengono rivolte e per graduarne l'ordine di priorità";*

*e) "se, nel quadro di un abuso consistente nel rifiuto di concedere l'accesso a un prodotto o servizio asseritamente indispensabile, l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un'autorità di concorrenza è tenuta previamente a definire e individuare il mercato rilevante a valle interessato dall'abuso, e se questo possa essere anche solo potenziale". (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in esame il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti interpretativi in tema di abuso di posizione dominante con particolare riferimento alle condotte di rifiuto di fornitura poste in essere da un operatore economico detentore di una piattaforma digitale. La fattispecie concreta riguarda, in particolare, il rifiuto opposto dall'operatore economico titolare di un sistema operativo integrato finalizzato a far funzionare i sistemi di *infotainment* a bordo degli autoveicoli alla richiesta, formulata da un altro operatore di mercato, di rendere compatibile con la predetta piattaforma digitale un *software* applicativo per dispositivi mobili che offre servizi per la ricarica dei veicoli elettrici.

II. – Il collegio, dopo aver ricostruito i fatti di causa, ha osservato che:

- a) l'art. 102 TFUE non contiene una definizione di abuso, il quale si presenta come un concetto giuridico generale, e le elencazioni casistiche contenute nella stessa norma sono meramente esemplificative e non esauriscono le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell'Unione europea; per tale ragione, è compito dell'interprete ricondurre alla fattispecie normativa astratta il caso concreto, avuto riguardo alla sostanza economica del fenomeno, così come si presenta nel contesto economico di riferimento che, nel caso in esame, è condizionato dalle caratteristiche proprie dei mercati digitali innanzi sommariamente richiamate e ben descritte dalle parti nei propri atti difensivi;
- b) nel caso in esame, avuto riguardo agli effetti che la condotta di Google è idonea a determinare nel peculiare settore economico nel quale si colloca, questa appare astrattamente suscettibile di integrare un rifiuto abusivo di fornitura in violazione dell'art. 102 TFUE, per le seguenti ragioni; in particolare:

- b1) sussiste la situazione di dominanza di mercato assunta da Google in Android e in Google Play, tenuto conto che Android Auto non è altro che una proiezione del sistema Android sul sistema di *infotainment* dell'automobile;
- b2) l'accesso ad Android Auto appare "indispensabile" affinché Enel X possa offrire agli utenti finali *app* utilizzabili in maniera facile e sicura quando i medesimi utenti sono alla guida, dal momento che l'*app* (funzionale alla ricarica elettrica dei veicoli) è comunque intimamente collegata all'utilizzo di una autovettura - sia essa ferma o in movimento - del quale Android Auto costituisce specifico complemento, tanto è vero che, per quel che consta, le *app* sviluppate dalle case automobilistiche sono presenti su Android Auto; in tal senso, l'argomento per cui l'*app* di Enel X era comunque fruibile tramite uno *smartphone* non appare risolutivo, dal momento che, a rigore, Android Auto - la cui funzione è di consentire agli utenti di accedere a talune *app* presenti sullo *smartphone* tramite lo schermo integrato dell'automobile - non è necessaria per nessuna *app* (neppure per quelle di messaggistica e media), trattandosi di uno strumento ("*smartphone projection app*") per sua natura tendenzialmente atto a rendere solo meglio fruibile un prodotto già esistente e non, invece, uno strumento indispensabile in senso assoluto per il funzionamento di altri prodotti o servizi. Stanti le caratteristiche e la specifica funzione di Android Auto, il concetto di indispensabilità appare concretamente declinabile con maggiore ampiezza, rispetto a come tradizionalmente inteso dalla giurisprudenza; per altro verso, non può trascurarsi il processo di rapida evoluzione digitale, che può indurre a prospettare come "necessari" prodotti o servizi in origine ideati solo per una più comoda fruizione di beni già esistenti;
- b3) la condotta di Google appare potenzialmente idonea ad eliminare la concorrenza sul mercato, in quanto, stanti le caratteristiche dei mercati digitali, è credibile che laddove a JuicePass fosse stato definitivamente precluso l'accesso ad Android Auto essa avrebbe perso di interesse per i consumatori; in tal senso, la condotta contestata è suscettibile di determinare un ostacolo alla fruizione da parte degli utenti di un prodotto "migliore" (vedasi il punto che precede) per il quale esiste una domanda potenziale; per altro verso, avuto riguardo alla peculiarità del contesto, non appare affatto esclusa la possibilità che un'applicazione "generica" esistente (Google Maps) potesse inglobare le funzioni "specifiche" di JuicePass (al riguardo, agli atti emerge che tra le soluzioni proposte da Google vi fosse quella di integrare la maggior parte delle funzioni di JuicePass in Google Maps). Il fatto che, nel periodo in cui si è consumata la condotta sanzionata, JuicePass è stata frequentemente scaricata e utilizzata non appare assumere il

significato che vorrebbe attribuirgli parte appellante, ove si consideri che tale dato può essere in relazione all'evoluzione crescente del mercato della mobilità elettrica;

- b4) il rifiuto non appare supportato da effettive giustificazioni oggettive, dal momento che, pur considerata la tempistica necessaria all'implementazione della soluzione tecnica, lo stesso viene sostanzialmente a dipendere dalle scelte aziendali di Google, a fronte delle quali, il richiedente l'accesso alla risorsa essenziale, che solo Google può fornire, non ha alcuno strumento di tutela e di interazione nei confronti dell'impresa dominante; al riguardo, avuto riguardo alle caratteristiche del settore ed al potere di mercato di Google, appare prospettabile che, stante la speciale responsabilità che l'impresa dominante assume, questa sia tenuta a stabilire previamente criteri oggettivi di esame delle richieste e la tempistica mediamente occorrente per la soddisfazione delle stesse;
- b5) l'individuazione del mercato a valle non può non risentire delle peculiarità del contesto di riferimento e delle caratteristiche di Android Auto che, come detto, serve a rendere solo meglio fruibile un prodotto esistente; in ogni caso, il provvedimento ha delineato gli effetti della condotta abusiva sul mercato a valle, nel quale in una prospettiva dinamica può essere inclusa Google Maps (vedasi punto c), tenuto conto che, in base alla giurisprudenza, è sufficiente che a valle "*possa essere identificato un mercato potenziale, anche ipotetico*" (Tribunale CE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, Microsoft corp. c. Commiss. Ce, in Foro it., 2008, IV, 114, con nota di PARDOLESI R., COLANGELO); da un altro punto di vista, l'individuazione di un mercato a valle delimitato secondo i canoni tradizionali - come spazio in cui si incontrano domanda ed offerta, determinando il prezzo del bene - non appare in completa armonia con la peculiarità dei business in questione, dove il fruitore del bene o del servizio non paga un corrispettivo in termini di prezzo, tenuto anche conto del fatto che il provvedimento prospetta la sussistenza di uno spazio competitivo per gli utenti e per i dati da questi generati;
- c) alla luce delle considerazioni che precedono, la giurisprudenza richiamata da parte appellante a sostegno della propria prospettazione (*ex multis* Corte di giustizia CE, 26 novembre 1998, causa C-7/97, Oscar Bronner GmbH c. Mediaprint Zeitungs, in *Foro it.*, 1999, IV, 50, con nota di VASQUES), che esprime consolidati principi in riferimento alla fattispecie del rifiuto di contrattare, non appare immediatamente applicabile al caso in esame che, come detto, si colloca in un modello di business che risente delle peculiarità di funzionamento dei mercati digitali;
- d) in particolare il collegio ritiene necessario, vista anche la richiesta in tale senso di parte appellante e l'obbligo che ne discende in capo al giudice di ultima istanza, disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art.

267 TFUE in merito ai quesiti formulati dalla parte, così come modificati dal Collegio (Corte di giustizia UE, 18 luglio 2013, C-136/12, Consiglio naz. geologico. Autorità garante concorrenza e mercato, in *Foro it.*, 2014, IV, 154) secondo la quale resta sempre ferma la libertà del giudice di riformulare nei termini che ritiene corretti le questioni da sottoporre alla Corte, con riferimento alla forma e al contenuto delle stesse);

- e) alla luce di quanto esposto, il collegio ha, quindi, prospettato le questioni interpretative indicate in massima.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- f) sulla nozione di mercato rilevante si vedano:
- f1) Cass. civ., sez. I, ordinanza 18 aprile 2018, n. 9579 del 2018 (in *Foro it.*, 2018, I, 2025 con nota di CARLI) che ha ribadito la centralità della nozione di “mercato rilevante” in materia di abuso di posizione dominante, ricordando la necessità di svolgere un'analisi della sostituibilità dei prodotti dal lato della domanda e dell'offerta con riferimento ad una determinata area geografica in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee, stabilendo così, per l'effetto, che va cassata la sentenza con cui la corte territoriale si sia limitata ad affermare la non individuabilità di un mercato rilevante sulla base di quanto prospettato dalle parti, dovendosi piuttosto necessariamente procedere alla verifica dell'esistenza di un mercato rilevante, sotto il profilo geografico, nel quale le imprese siano in concorrenza tra loro in funzione della specifica ipotesi di abuso denunciata;
- f2) Corte di giustizia UE, grande sezione, 23 gennaio 2018, C-179/16 (in *Foro it.*, 2018, IV, 122 con nota di PARDOLESI, nonché oggetto della News US 22 febbraio 2018) che ha fissato alcuni importanti principi in tema di mercato rilevante e di intesa restrittiva della concorrenza “per oggetto”, con riferimento all'uso di farmaci *off-label* e alla diffusione di informazioni non scientifiche sui possibili effetti collaterali negativi di tale uso, stabilendo, tuttavia, che spetta al giudice nazionale accertare la natura fuorviante di tali informazioni;
- g) sulla nozione di abuso di posizione dominante si vedano, tra le altre:
- g1) Corte di giustizia UE, 19.04.2012, C-549/10, Tomra Systems ASA, secondo cui “la posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE riguarda la situazione di potenza economica di un'impresa che, permettendole comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti e clienti, le conferisce il potere di ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato in questione” (in senso conforme: Corte di giustizia UE, 14 febbraio 1978, C - 27/76, *United Brands*; Corte di giustizia CE, sentenza 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffman La Roche*, in *Foro it.*, 1979, IV, 357);

- g2) Corte di giustizia UE, 12 maggio 2022, C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale S.p.A, ENEL SpA., Enel Energia S.p.A. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri (oggetto della News US n. 51 del 31 maggio 2022) resa su rinvio pregiudiziale interpretativo operato da Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 20 luglio 2020, n. 4646 (oggetto della News US n. 127 del 7 dicembre 2020) che ha fissato i seguenti principi:
- l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di accertare se una pratica costituisca uno sfruttamento abusivo di posizione dominante, è sufficiente che un'autorità garante della concorrenza dimostri che tale pratica è idonea a pregiudicare la struttura di effettiva concorrenza sul mercato rilevante, a meno che l'impresa dominante in questione non dimostri che gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare da detta pratica sono controbilanciati, se non superati, da effetti positivi per i consumatori, in particolare in termini di prezzi, di scelta, di qualità e di innovazione;
  - l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di escludere il carattere abusivo di una condotta di un'impresa in posizione dominante, deve essere considerata non sufficiente, di per sé, la prova, addotta dall'impresa in questione, che tale condotta non ha prodotto effetti restrittivi concreti. Tale elemento può costituire un indizio dell'incapacità della condotta in questione di produrre effetti anticoncorrenziali, il quale, tuttavia, dovrà essere integrato da altri elementi di prova volti a dimostrare tale incapacità.
  - l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che l'esistenza di una pratica escludente abusiva da parte di un'impresa in posizione dominante deve essere valutata sulla base della capacità di tale pratica di produrre effetti anticoncorrenziali. Un'autorità garante della concorrenza non è tenuta a dimostrare l'intento dell'impresa in questione di escludere i propri concorrenti ricorrendo a mezzi o risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza basata sui meriti. La prova di un simile intento costituisce nondimeno una circostanza di fatto che può essere presa in considerazione ai fini della determinazione di un abuso di posizione dominante;
  - l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che una pratica lecita al di fuori del diritto della concorrenza può, qualora sia attuata da un'impresa in posizione dominante, essere qualificata come «abusiva», ai sensi di tale disposizione, se può produrre un effetto escludente e se si basa sull'utilizzo di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti. Qualora queste due condizioni siano soddisfatte, l'impresa in posizione dominante interessata può nondimeno sottrarsi al divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando che la pratica in questione era obiettivamente giustificata e proporzionata a tale giustificazione oppure controbilanciata, se non

superata, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche dei consumatori;

- l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, quando una posizione dominante è sfruttata in modo abusivo da una o più società figlie appartenenti a un'unità economica, l'esistenza di tale unità è sufficiente per ritenere che la società madre sia anch'essa responsabile di tale abuso. L'esistenza di una simile unità deve essere presunta qualora, all'epoca dei fatti, almeno la quasi totalità del capitale di tali società figlie fosse detenuta, direttamente o indirettamente, dalla società madre. L'autorità garante della concorrenza non è tenuta a fornire alcuna prova aggiuntiva, a meno che la società madre non dimostri che essa non aveva il potere di definire i comportamenti delle società figlie, le quali agivano autonomamente;

g3) Corte di giustizia UE, 19 gennaio 2023, C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations S.r.l. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e altri) resa su rinvio pregiudiziale interpretativo operato da Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 7 dicembre 2020, n. 7713 (oggetto di NEWS US n. 131 del 18 dicembre 2020 a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti dottrinari e giurisprudenziali) ha, in ultimo, chiarito che.

- l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che i comportamenti adottati da distributori facenti parte della rete di distribuzione dei prodotti o dei servizi di un produttore che gode di una posizione dominante possono essere imputati a quest'ultimo, qualora sia dimostrato che tali comportamenti non sono stati adottati in modo indipendente da detti distributori, ma fanno parte di una politica decisa unilateralmente da tale produttore e attuata tramite tali distributori;

-l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che, in presenza di clausole di esclusiva contenute in contratti di distribuzione, un'autorità garante della concorrenza è tenuta, per accertare un abuso di posizione dominante, a dimostrare, alla luce di tutte le circostanze rilevanti e tenuto conto, segnatamente, delle analisi economiche eventualmente prodotte dall'impresa in posizione dominante riguardo all'inidoneità dei comportamenti in questione ad escludere dal mercato i concorrenti efficienti tanto quanto essa stessa, che tali clausole siano capaci di limitare la concorrenza; il ricorso al criterio detto "del concorrente altrettanto efficiente" ha carattere facoltativo; tuttavia, se i risultati di un siffatto criterio sono prodotti dall'impresa interessata nel corso del procedimento amministrativo, l'autorità garante della concorrenza è tenuta a esaminarne il valore probatorio;

h) sul rifiuto di fornitura o di licenza quale condotta abusiva antitrust:

h1) Cons. Stato, sez. VI n. 693 del 2014, in *Foro it.*, 2014, III, 507 con nota di COLANGELO con cui si è chiarito che la richiesta di un brevetto divisionale e del relativo certificato complementare di protezione per

una specialità farmaceutica può configurare un abuso di posizione dominante laddove sia finalizzata all'esclusione dal mercato dei concorrenti e, dunque, consista in un uso strumentale del diritto, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce;

h2) Corte di giustizia UE, grande sezione, 16 settembre 2008, C-468/06, Sot. Lélos kai Sia EE c. GlaxoSmithKline Aeve Farmakeftikon Proïonton, in *Foro it.*, 2009, IV, 368, con nota di COLANGELO, con cui si è chiarito che l'art. 82 TCE (oggi art. 101 TFUE) deve essere interpretato nel senso che un'impresa che detenga una posizione dominante sul mercato pertinente delle specialità medicinali, la quale, al fine di impedire le esportazioni parallele effettuate da taluni grossisti da uno stato membro verso altri stati membri, rifiuti di soddisfare ordinativi aventi un carattere normale inoltrati da tali grossisti, sfrutta in maniera abusiva la propria posizione dominante con la precisazione che spetta al giudice del rinvio stabilire il carattere normale dei suddetti ordinativi in considerazione dell'entità degli stessi rispetto al fabbisogno del mercato del detto stato membro nonché delle relazioni commerciali precedenti intrattenute dalla suddetta impresa con i grossisti in questione;

- i) sull'abuso di posizione dominante per *leveraging* in mercato a valle, Autorità antitrust, 30 novembre 2021, in *Foro it.*, 2022, III, 452 con nota di PETROCELLI con cui si è stabilito che la strategia di *leveraging* con cui un'impresa dominante fa leva sulla posizione detenuta in un mercato per favorire indebitamente i propri prodotti o servizi su un mercato collegato, a detrimento dei concorrenti, anche potenziali, e della competizione sui meriti, costituisce autonoma fattispecie abusiva di *self-preferencing* (nella specie, l'autorità ha ritenuto che il gruppo Amazon abbia, senza alcuna oggettiva giustificazione di efficienza, condizionato e abbinato l'accesso ad un insieme di vantaggi esclusivi — imprescindibili per competere sul mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace*, sul quale la medesima detiene una posizione di iper-dominanza - all'adesione ad un servizio facoltativo dalla stessa offerto sul mercato a valle).