

LUISS



Dipartimento di

Impresa e Management

Cattedra

Economia Industriale

***ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: UN FOCUS SUL CASO GOOGLE CONTRO
ENEL X ITALIA***

RELATORE

Prof. Umberto Monarca

CANDIDATO

Chiara Calìo

Matr. 240971

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

Indice

<i>Introduzione</i>	3
<i>CAPITOLO I Cenni storici sulla disciplina antitrust</i>	4
1.1 NASCITA ED EVOLUZIONE	4
1.2 NORMATIVA EUROPEA	7
1.3 NORMATIVA ITALIANA	12
<i>CAPITOLO II L'abuso di posizione dominante e Google</i>	16
2.1 IL CONCETTO DI IMPRESA IN MATERIA ANTITRUST E GOOGLE	16
2.2 LA POSIZIONE DOMINANTE: NOZIONE.....	18
2.3 IL MERCATO RILEVANTE	21
2.4 LE QUOTE DI MERCATO	24
2.5 L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: FATTISPECIE TIPICHE	24
<i>CAPITOLO III LA FATTISPECIE GOOGLE</i>	32
3.1 CENNI STORICI	32
3.2 MISSION.....	34
3.3 PRECEDENTI INDAGINI ANTITRUST IN CUI È STATA COINVOLTA.....	36
3.4 LA FATTISPECIE: GOOGLE ED ENEL X ITALIA.....	37
<i>Conclusioni</i>	50
<i>Bibliografia</i>	51
<i>Sitografia</i>	53

Introduzione

Il seguente lavoro di tesi si propone di analizzare la disciplina dell'abuso di posizione dominante stabilita dalla normativa antitrust, comunitaria e nazionale, e di esaminarne l'applicazione al caso che coinvolge la multinazionale statunitense Google, la quale ha impedito alla società italiana Enel X Italia di vedere disponibile la propria app JuicePass sull'estensione Android Auto.

Nel primo capitolo verrà proposto un excursus storico sulla nascita e l'evoluzione della disciplina antitrust, a partire dallo Sherman Act negli Stati Uniti, passando per la normativa comunitaria, per arrivare fino alla regolamentazione in Italia. Si farà riferimento alla ripartizione di competenze tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale per l'applicazione delle relative disposizioni mettendo a confronto il contenuto del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), con la normativa nazionale italiana, la quale ha, ufficialmente, spianato la strada all'antitrust con la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, che con l'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è volta a garantire il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali sia nel mercato comune europeo che nel mercato interno.

Nel secondo capitolo si porrà un focus sul concetto di abuso di posizione dominante, ossia la circostanza in cui un'impresa sia in grado di esercitare una considerevole influenza sul mercato e di agire senza dover tenere in considerazione le risposte dei concorrenti. Verranno approfondite le modalità di accertamento, fondate sulla preliminare definizione dei mercati rilevanti e delle quote di mercato, enumerando, inoltre, le fattispecie tipiche in cui abitualmente l'abuso si presenta.

Finalmente, il terzo capitolo approfondirà il caso di specie, con una digressione sulla storia del colosso Google, sulla mission aziendale e mettendo a fuoco una breve parentesi di distinte indagini antitrust che hanno coinvolto l'azienda. Per concludere, verranno esposte nel dettaglio le vicende che hanno portato l'AGCM, in un primo momento, a vagliare gli avvenimenti e la condotta di Google e, successivamente, a sanzionare l'impresa di Mountain View per abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

Il concetto di abuso di posizione dominante si configura come centrale nel panorama della concorrenza tra imprese a livello mondiale, prima ancora che europeo. Risulta, pertanto, essenziale e necessaria la trattazione del fenomeno ai fini di evitare che la legittima posizione dominante detenuta da multinazionali come Google, in termini di grandezze e tecnologie, possa configurarsi in abusi che alterino la normale concorrenza dei mercati.

CAPITOLO I

Cenni storici sulla disciplina antitrust

1.1 NASCITA ED EVOLUZIONE

*“È chiamata legislazione antitrust l’insieme di regole e azioni di vigilanza volte ad impedire comportamenti e strategie delle imprese, che possano condurre a posizioni di monopolio o accordi collusivi a danno dei consumatori, che impediscano l’ingresso sul mercato di imprese concorrenti, o in altro modo distorcano la possibilità di libera concorrenza sui prezzi, sulla qualità dei prodotti, sulle innovazioni tecnologiche.”*¹

La normativa antitrust nasce alla fine dell’800 negli Stati Uniti costituendo, tra le economie industrializzate, la prima regolamentazione in materia. In particolare, nel 1890 viene adottato dal Congresso degli Stati Uniti lo Sherman Act, su proposta del senatore repubblicano dell’Ohio John Sherman. Lo Sherman Act fu approvato dopo che 13 stati avevano già istituito le loro leggi antitrust: l’innovazione consisteva nel fatto che questa nuova legislazione oltrepassasse i confini degli Stati per creare una normativa univoca.

Analizzando i primi due articoli dello Sherman Act, è evidente come si voglia vietare l’esistenza stessa di una posizione dominante e di un monopolio²: la legislazione antitrust statunitense, almeno in origine, aveva una chiara prerogativa etico-sociale che consisteva nel ripristino dell’equità del sistema politico ed economico.

Ai sensi dell’art. 1 *“Ogni contratto o accordo che assuma la forma di trust o di organizzazioni simili, o accordi segreti, rivolti al limitare la concorrenza nell’industria o nel commercio fra i diversi stati o con nazioni straniere viene dichiarato illegale [...]”*.³

Secondo l’art. 2, invece, *“Ogni persona che monopolizzerà virgola o tenterà di monopolizzare virgola o si coalizzerà o cospira con un’altra persona o persone, per monopolizzare un qualsiasi settore dell’industria, o del commercio fra i diversi Stati, o con nazioni straniere, sarà ritenuto colpevole di violazione della legge [...]”*.⁴ In sintesi, lo Sherman Act si preponeva di limitare la

¹ Definizione tratta dall’Enciclopedia Treccani.

² *Il modello di monopolio puro si basa sull’ipotesi che in un mercato caratterizzato da un prodotto per il quale non sia possibile individuare prodotti sostituti, operi una sola impresa”*. [Economia dei mercati imperfetti, Scognamiglio, pag. 229].

³ Cfr. *“Economia dei mercati imperfetti”*, Scognamiglio, pag. 36.

⁴ Così, *“Economia dei mercati imperfetti”*, Scognamiglio, pag. 36.

concentrazione di potere economico dei cosiddetti *trust*. Alla luce di ciò, sembra doveroso chiedersi per quale motivo vi fu l'esigenza di normare e tutelare la concorrenza tra imprese.

La risposta prende spunto dal caso *Standard Oil*, compagnia petrolifera americana fondata intorno al 1870 da John Davidson Rockefeller. La strategia di Rockefeller fu quella di assorbire molti dei suoi concorrenti per creare un monopolio iniziando a Cleveland (Ohio); grazie a questa strategia, nel giro di pochi anni acquisì due partner: Samuel Andrews e, nel giro di qualche anno, Henry M. Flagler. Con queste nuove partnership la Standard Oil Company of Ohio arrivò a controllare – dal circa il 4% – intorno al 90% dell'industria petrolifera statunitense, scatenando i timori che diedero vita al movimento antitrust. Questi allarmi non riguardavano particolarmente i prezzi alti o i danni ai consumatori – infatti, il prezzo del petrolio raffinato scese nel corso degli anni da circa 25 centesimi per gallone a meno di 10 centesimi – quanto più il trattamento brutale dei concorrenti da parte della Standard, in particolar modo il suo uso di sconti segreti dalle ferrovie per forzare i rivali a vendere.⁵

La continua espansione della Standard Oil diventò un impedimento per l'azienda stessa, fu per questo che il procuratore generale dell'azienda, Samuel Calvin Tait Dodd, escogitò una soluzione alla fine dell'800: il *trust*. Nel 1882 fu costituito lo “*Standard Oil Trust*” con cui le azioni di nove società petrolifere americane in concorrenza tra loro, vennero acquistate per essere gestite dal consiglio dei fiduciari (board of trustees) che avrebbe preso le decisioni per tutte e nove le società appartenenti al trust. L'istituto si prestava ad intenti collusivi poiché, concentrando la gestione di imprese formalmente autonome e in reciproca concorrenza nelle decisioni di un unico organo, consentiva un efficace controllo delle produzioni e del livello dei prezzi.⁶

Il 15 maggio del 1911, la Corte Suprema degli Stati Uniti dispose il disgregamento della Standard Oil Company in 34 società, determinando così la prima grande vittoria dello Sherman Antitrust Act. Di seguito alcuni esempi:

- Standard Oil del New Jersey (attuale Exxon);
- Standard Oil di New York (la Mobil);
- Standard Oil dell'Indiana (la futura Amoco);
- Standard Oil di California (la Chevron).

⁵ Rockefeller entrò nel Consiglio di Amministrazione della Ohio National Bank e strinse accordi con alcune ferrovie per il trasporto dei suoi barili di greggio. Con la sua economia basata sugli sconti delle ferrovie era riuscito a portare Cleveland al primo posto su Pittsburgh e gli altri quattro centri di raffinazione. [Fonte: <http://cronachedal900.blogspot.com/2012/06/storia-standard-oil-rockefeller-parte-i.html>].

⁶ Cfr. H. W. Macrosty, I. M. Tarbell, *The History of the Standard Oil Company*.

Con la lacerazione del monopolio assoluto e la restaurazione di una concorrenza parziale, le nuove imprese dovettero puntare sulla scoperta di nuovi mercati – come quello della benzina per le automobili che soppiantò rapidamente il petrolio per illuminazione – piuttosto che sull'eliminazione sistematica della concorrenza.

La legislazione dello Sherman Act verrà poi migliorata nel 1914 con il Clayton Act, insieme al quale verrà istituita la Federal Trade Commission, un'organizzazione governativa composta da cinque commissari, il cui compito si sostanzia da una parte nel decretare quali comportamenti siano da giudicare come forme di concorrenza sleale, dall'altro nel favorire la tutela dei consumatori contro pratiche come il monopolio. Il Clayton Act fu approvato in risposta al clamore pubblico del periodo: in molti percepivano il suo predecessore, lo Sherman Act, come inefficace in quanto la maggiore attività di fusione⁷ tra imprese del periodo si verificò dopo il passaggio dello stesso, ossia tra il 1895 e il 1904.

Questa prospettiva implica che i membri del Congresso promulgarono il Clayton Act unicamente con l'obiettivo di fermare i monopoli prima ancora che potessero essere concepiti. Nello specifico, la direttiva proibiva quattro tipi specifici di pratiche monopolistiche:

- a) la discriminazione dei prezzi;
- b) i contratti di esclusiva;
- c) l'acquisizione di società concorrenti (attraverso l'acquisto di azioni);
- d) i consigli di amministrazione incrociati tra le società all'interno della stessa industria.

Bisogna, in aggiunta, ricordare che il Clayton Act conteneva altri due aspetti estremamente importanti: innanzitutto venne introdotto il concetto secondo cui *la normativa antitrust non si applica ai lavoratori*; dunque, si dava legalmente la possibilità di riunirsi in sindacati. Il secondo aspetto fa riferimento al fatto che *il lavoro non è una commodity*, quindi il prezzo del lavoro (il salario), non veniva più determinato dall'incontro tra domanda e offerta. Il salario non poteva essere definito esclusivamente da un negoziato sul mercato: si stava implicitamente accogliendo l'idea di una legge sul salario minimo che tutelasse (in parte) i lavoratori.⁸

Nonostante tutto, la disciplina del Clayton Act continuava ad essere molto elementare in materia monopolistica. Per questo motivo vi sarà un ultimo intervento normativo nel 1936: il Robinson-Patman Act, il quale chiarificherà e disciplinerà le fattispecie di pratiche sulla discriminazione e

⁷ La fusione è l'unione di più imprese concorrenti sul mercato: diminuisce, quindi, il numero di concorrenti sul mercato per aumentare il livello di concentrazione [Cosi', G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, pag. 361].

⁸ C. D. Ramírez, C. Eigen-Zucchi, *Understanding the Clayton Act of 1914: An Analysis of the Interest Group Hypothesis*.

sul contesto delle intese e delle restrizioni verticali. Nello specifico, questa normativa proibisce la discriminazione di prezzo da parte dei produttori per beni di “qualità e grado simili” per preservare lo stato di concorrenza del mercato di riferimento. A differenza dello Sherman Act (1890) e del Clayton Act (1914), l’obiettivo ultimo del Robinson-Patman è quello di proteggere i concorrenti piuttosto che la concorrenza; in questo senso, si può dire che sia stato essenzialmente progettato per impedire ai fornitori di avvantaggiare un acquirente al dettaglio rispetto ad un altro attraverso la discriminazione dei prezzi. Essendo uno dei pezzi fondamentali della normativa antitrust statunitense, continua, ancora oggi, ad essere utilizzato.⁹

1.2 NORMATIVA EUROPEA

La disciplina della concorrenza rappresenta la chiave dell’integrazione europea a livello commerciale, in quanto deve:

- (1) consentire alle imprese di competere a parità di condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri;
- (2) assicurare la concorrenzialità dei loro prodotti e servizi sul piano mondiale;
- (3) tutelare nel modo migliore i consumatori europei.

Facendo un passo indietro, è bene ricordare che in Europa nel 1870, a differenza degli Stati Uniti, non esisteva un “mercato comune”: il territorio era distribuito tra i vari Stati nazionali tra loro sovrani sul quale si trovavano alcune delle maggiori potenze economiche, ossia Francia, Germania e Gran Bretagna. Essendo, appunto, Stati sovrani, questi potevano modificare i flussi commerciali tra di loro in modo totalmente discrezionale (ad esempio tramite leve doganali o leve fiscali). I Paesi leader, quindi, avevano l’interesse ad una crescita economica che avesse come obiettivo il controllo di nuovi sbocchi per il commercio delle “proprie imprese” anche a discapito delle imprese degli altri Stati: questo è lo scenario base da cui sorgerà in Europa il fenomeno dei cartelli industriali. Un esempio è rappresentato dalla Germania, il Paese con il più alto numero di cartelli stimato (tra il 1889 ed il 1899 erano presenti intorno ai 345 cartelli).

La Germania sarà anche il primo Paese in Europa, dopo la Seconda guerra mondiale, a dotarsi di una normativa antitrust. Nel maggio 1945 fu firmata a Berlino la resa incondizionata della Germania, e una delle condizioni imposte dagli Stati Uniti era quella di definire una normativa antitrust che favorisse il controllo sulla crescita economica dell’industria tedesca. Ovviamente, la

⁹ Y. Koichi, M. I. Gómez, T. J. Richards, *The Robinson–Patman Act and Vertical Relationships*.

regolamentazione fu costituita dal ricalco dei principi del Clayton Act e dello Sherman Act: focalizzandosi, quindi, sull'abuso di posizione dominante, intese restrittive della concorrenza e concentrazioni.

Tornando ai cartelli, la discussione sul loro ruolo nell'economia internazionale (in quel momento divenuti, in assenza di alcun controllo nazionale o internazionale, organismi economici di grande diffusione ed importanza) acquistò particolare rilevanza verso la metà degli anni '20, in cui fu organizzata la Conferenza economica della Società delle Nazioni (nello specifico, nel 1927 e di nuovo nel 1930) i cui temi centrali furono definire una strategia per controllare i cartelli, e trovare un modo per unificare il territorio europeo. Non venne raggiunto alcun accordo e, per questo, i cartelli industriali continuarono a rivestire una posizione rilevante nella disciplina del commercio. Furono emanate normative di controllo dei cartelli che non consideravano un divieto generale di accordi tra imprese o di comportamenti unilaterali "monopolistici", come, al contrario, si proponeva lo Sherman Act negli Stati Uniti. Tali normative europee – rivolte agli interessi di difesa dell'economia nazionale, senza riguardo ad un "interesse comune" (come poi sarà nella CEE) – erano necessarie per limitare il potere economico in mano alle cosiddette "imprese cartellizzate".¹⁰ Un primo prototipo di normativa univoca si avrà con la CECA (Comunità Europea Del Carbone e dell'Acciaio), trattato firmato a Parigi nel 1951 da Belgio, Francia, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi. L'obiettivo principale consisteva nel creare tra i paesi membri un'interdipendenza nel settore del carbone e dell'acciaio: il trattato istituiva un mercato comune, seppur limitato agli Stati firmatari. A queste politiche, si aggiunse l'introduzione del *principio della libertà della concorrenza*, come mezzo indispensabile per raggiungere l'efficienza economica generale.

In questo senso è bene ricordare gli artt. 65 e 66, i quali fanno rispettivamente riferimento alle fattispecie del divieto di accordi restrittivi della concorrenza e del divieto di abuso della posizione dominante. Nello specifico, con l'articolo 65 si consideravano particolarmente lesive quelle condotte e accordi che:

- a) fissavano o determinavano i prezzi;
- b) limitavano o controllavano la produzione, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) volte a ripartirsi i mercati, i prodotti, i clienti o le fonti di approvvigionamento.

In relazione all'art. 66, questo, oltre a vietare le situazioni di oligopolio – ossia poche imprese, ma talmente grandi da essere in grado di alterare il mercato in maniera rilevante – sottolinea anche l'importanza di una previa autorizzazione da parte dell'Alta Autorità: "*È sottoposta a preventiva autorizzazione dell'Alta Autorità, [...], ogni operazione che abbia come fine diretto o*

¹⁰ Così, L. F. Pace, *Diritto Europeo della Concorrenza*, pag. 3 – 20.

indiretto, [...] una concentrazione tra imprese [...] sia che si effettui mediante fusione, o acquisto di azioni o di elementi dell'attivo, o per mezzo di prestiti, contratti o qualsiasi altro mezzo di controllo."¹¹

Sebbene dopo costituzione della CECA (scaduta nel 2002) molti degli Stati membri fossero dotati di una politica per la concorrenza, si può ancora dire che le modalità del controllo differivano da un paese all'altro. La creazione di un'area economica omogenea non poteva limitarsi alla convivenza di molteplici pratiche nazionali e, allo stesso tempo, le differenze tra le legislazioni di ciascuno Stato erano troppo rilevanti per potersi semplicemente sostituire una normativa uniforme: si è dovuto far sì che le politiche di concorrenza nazionali e comunitarie potessero coesistere.

Nel 1957 verrà istituita, con il trattato di Roma, la Comunità Economica Europea (CEE) il cui obiettivo risultava essere “[...] *lo sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano*”¹².

Con la CEE si andava a creare un'area economica unica fra gli Stati membri, in cui si potesse realizzare la libera circolazione delle merci, la creazione di un sistema di tariffe doganali esterne comuni, nonché la libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali. Insieme al mercato comune, veniva garantito un regime che lo regolasse.

Nel Trattato di Roma (CEE), furono quindi stipulate le prime norme antitrust comunitarie che presero spunto dallo Sherman Act americano; nello specifico:

- Art. 81, intese restrittive della concorrenza;
- Art. 82, abuso di posizione dominante;
- Artt. 86-87, aiuti di Stato;
- Art. 90, imprese pubbliche.

Il controllo delle concentrazioni di imprese non verrà normato fino al 1986, in quanto si riteneva potesse rappresentare un vincolo al potere politico dei singoli stati membri.¹³

Nel 1992 verrà poi firmato il Trattato di Maastricht, anche detto Trattato sull'Unione Europea (TUE) che rafforzerà le cooperazioni politiche ed economiche. Nel TUE sono di fondamentale importanza, in materia antitrust, gli artt. 5 e 6 i quali enfatizzano rispettivamente il principio di proporzionalità e di sussidiarietà, e che disciplinano l'esercizio delle competenze dell'Unione

¹¹ Art. 66, comma 1, Trattato della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=RO>).

¹² Art. 2 CEE, (Fonte: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11957E002&from=EL>).

¹³ Cfr. L. F. Pace, *Diritto Europeo della Concorrenza*, pag. 20 – 25.

europea: *“Nei settori che non sono di competenza esclusiva dell'UE, il principio di sussidiarietà intende proteggere la capacità di decisione e di azione degli Stati membri e legittimare l'intervento dell'Unione se gli obiettivi di un'azione non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.*¹⁴

A questo punto, risulta altrettanto interessante soffermarsi sull'importanza rivestita dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007. Con particolare riferimento agli artt. 101 e 102 del Trattato, i quali hanno applicazione generale e disciplinano i comportamenti delle imprese nei mercati comuni.

Ai sensi dell'art. 101 TFUE *“Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, [...] che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno”*. Il primo aspetto che salta all'occhio è che, affinché si applichi la disciplina, è sufficiente la sola possibilità che si possa verificare un'alterazione della concorrenza, non è quindi necessario che essa sia attuale (pregiudizio c.d. sensibile). La sussistenza di un'intesa è data, ex art. 101 TFUE, dai seguenti elementi:

1. Esistenza di più imprese nel medesimo mercato, a cui è imputabile una condotta scorretta;
2. Forme e attività di coordinamento realizzatesi tra le imprese stesse;
3. Effetti pregiudizievoli nei confronti del commercio tra gli Stati membri e alterazione della concorrenza nel mercato interno.

In questo senso, il principale presupposto affinché sussista il primo elemento, è l'individuazione, e la definizione, del mercato rilevante per ogni settore da esaminare. Difatti, l'individuazione non può avvenire unicamente da un punto di vista territoriale, ma anche, e soprattutto, settoriale. Ad oggi, il mercato rilevante viene individuato attraverso strumenti di grande complessità; risulta tuttavia importante ricordare due parametri (i quali verranno spiegati più dettagliatamente al trattare dell'abuso di posizione dominante¹⁵): sostituibilità della domanda e sostituibilità dell'offerta¹⁶.

Per quanto concerne il secondo elemento, ossia le forme di coordinamento, risulta di fondamentale importanza riconoscere ed individuare il contenuto dello stesso. La norma fa riferimento ad una

¹⁴ Principio di sussidiarietà (Fonte: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/7/il-principio-di-sussidiarieta>).

¹⁵ La posizione dominante e l'abuso della stessa verranno trattati nel secondo capitolo dell'elaborato.

¹⁶ La definizione di mercato rilevante diventa di ancora maggiore importanza per comprendere quanto potere un'impresa rivesta su un dato mercato (fondamentale ai fini della determinazione di condotte dominanti).

molteplicità di comportamenti coordinati, discernibili tra i cosiddetti accordi orizzontali e accordi verticali. I primi consistono in accordi tra imprese che concorrono ed operano nello stesso ciclo economico, e quindi, comportamenti tesi a: *“fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione”*; ancora, *“ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento”*¹⁷. I secondi, invece, si realizzano tra imprese con un ruolo gerarchicamente diverso del ciclo economico ma la cui collaborazione appare necessaria, nonostante non siano in concorrenza. In ogni caso, il divieto trova una deroga nel comma 3 del testo, secondo cui tale comportamento può essere legittimato solo nella circostanza in cui gli accordi *“contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, [...]”*¹⁸. Infine, con riferimento al terzo elemento, la regolamentazione sottolinea che, affinché si tratti di effetti pregiudizievoli nei confronti del commercio tra Stati membri, basta la produzione di un effetto che sia oggettivamente anticoncorrenziale e che, anche se non espressamente voluto dalle parti, costituisca l'esito di una condotta sleale alla quale le parti si siano vincolate tramite accordo.

Segue l'art. 102 TFUE, il quale stabilisce che *“è incompatibile con il mercato interno e vietato, 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”*¹⁹. Un'analisi approfondita dello stesso verrà effettuata nel capitolo successivo, dedicato all'abuso di posizione dominante; per ora basti sapere che, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, la normativa europea di per sé non vieta l'esistenza di una posizione dominante, bensì l'abuso.

Per concludere, la normativa antitrust europea mira a disciplinare tre casi che minano il corretto funzionamento del mercato. Si tratta:

1. delle intese restrittive della concorrenza;
2. delle concentrazioni disciplinate;
3. dell'abuso di posizione dominante.

L'assunto su cui si fonda il Diritto Antitrust europeo è che un mercato funziona correttamente laddove la sua struttura sia il più possibile simile al modello economico della “concorrenza perfetta”. La ragione per cui le autorità antitrust vigilano sulle condotte delle imprese aventi questi

¹⁷ Versione consolidata art. 101, comma 1, TFUE (punti *a* e *b* dell'elenco).

¹⁸ Versione consolidata art. 101, comma 3, TFUE.

¹⁹ Versione consolidata art. 102, TFUE.

comportamenti è la loro capacità di diminuire il benessere complessivo dei consumatori. A rigore di logica, infatti, i consumatori non possono dirsi contenti della circostanza per cui la quantità delle unità di beni o servizi prodotti in un mercato diminuisca e il prezzo unitario si alzi stante che ciò determina per alcuni di essi l'impossibilità di acquistare quel bene o quel servizio perché troppo costoso. Dunque, all'origine della legislazione antimonopolistica vi è la presa di coscienza dell'insufficienza dei meccanismi spontanei del mercato: questa è la ratio che si cela dietro lo Sherman Act, rinvenibile anche nell'esperienza e nella maggioranza dei Paesi europei, tra i quali l'Italia.

1.3 NORMATIVA ITALIANA

L'Italia del dopoguerra è caratterizzata da due pilastri: da un lato l'IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale), dall'altro la Banca d'Italia (banca centrale ed istituto di emissione di moneta). L'IRI fu creato nel 1933 (liquidato nel 2000) per acquisire le proprietà industriali già in capo a tre importanti banche italiane (Banca Commerciale Italiana, Credito Italiano e Banco di Roma) giunte al fallimento a seguito della crisi del 1929. Era un ente pubblico, mai privatizzato, il cui compito si sostanziava nel gestire le partecipazioni statali: lo Stato controllava l'IRI, il quale a sua volta deteneva grosse partecipazioni azionarie in imprese private così da salvarle nei periodi di crisi.

Questo schema, preso come modello da molti altri Paesi, si trovava in forte contrasto con la normativa del Trattato di Roma, in particolar modo con l'articolo 92, ai sensi del quale: “[...] *sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.* [...]”²⁰.

È altresì importante sottolineare che la presenza dell'IRI ha vistosamente ritardato la dotazione di una normativa antitrust in Italia; tuttavia, la spinta delle iniziative liberalizzatrici della Commissione europea, mettendo in luce i limiti della regolamentazione italiana, ha portato all'emanazione della legge n. 287/1990 la quale, oltre a presentare un imprinting comunitario, pone come fondamento la realizzazione dell'art. 41 della Costituzione²¹.

Gli aspetti più interessanti della norma sono tre:

- 1) Impianto filo-comunitario
- 2) Istituzione dell'AGCM

²⁰ Art. 92, comma 1, Trattato di Roma.

²¹ “L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all’ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.” (Fonte: https://www.senato.it/1025?active_slide_52023=2&articolo_numero_articolo=41&sezione=120)

3) Attenzione nei confronti delle restrizioni pubbliche e private²²

Per quanto riguarda il primo aspetto, questo fa riferimento alla forte armonizzazione della normativa italiana con la disciplina comunitaria a difesa della concorrenza: gli artt. 2, 3, 4, 6 in ambito di intese, abusi e concentrazioni²³, risultano puntualmente modellati sugli articoli (precedentemente menzionati) 101 e 102 TFUE. La predisposizione viene confermata dall'art. 1, comma 4, della legge, ai sensi del quale *“le norme devono essere interpretate conformemente ai principi dell'ordinamento della Comunità europea in materia di concorrenza”*²⁴. Inoltre, in tema di rapporti con l'Unione Europea il legislatore ha formalmente recepito il *principio della barriera unica*²⁵; in questo senso, le norme nazionali in materia antitrust si applicano ai comportamenti restrittivi che ledono il mercato interno e che non rechino danno al mercato comune. In tale circostanza, invece, verrebbero applicate le norme comunitarie.

Con riferimento al secondo aspetto, in Italia il vigilante in tema antitrust è l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (c.d. AGCM): organo collegiale indipendente con sede a Roma e i cui poteri variano in ragione delle fattispecie in esame. Ai sensi dell'art. 10 comma 3-bis della legge n. 287 del 10 ottobre 1990, l'Autorità deve svolgere la propria attività *“in modo indipendente da ingerenze politiche e da altre influenze esterne”* ai fini dell'applicazione, oltre che della legge stessa, anche degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE); l'Autorità Antitrust, quindi, non sottostà al potere di indirizzo e controllo del Governo, è soltanto soggetta alla legge e al giudice amministrativo. Il legislatore italiano ha voluto, in questo modo, regolare i rapporti di cooperazione e gli ambiti di applicazione della norma tra l'Autorità e la Commissione Europea. L'AGCM è composta da un presidente e da quattro membri, nominati di concordato dai Presidenti della Camera e del Senato, i quali restano in carica sette anni e non possono essere rieletti; deve sanzionare i comportamenti anticoncorrenziali, arginare sfruttamenti di posizioni monopolistiche e vigilare le operazioni di concentrazione.²⁶

Infine, in relazione al terzo aspetto, è bene rimarcare che la legge n. 287/1990 parte dalla consapevolezza che nell'ordinamento nazionale le restrizioni al gioco della libera concorrenza

²² M. Pellegrini, *Corso di Diritto Pubblico dell'Economia*, pag. 443.

²³ Per una panoramica più ampia degli articoli, si rimanda al sito internet ufficiale dell'Autorità: www.agcm.it.

²⁴ Versione della legge 10 ottobre n. 287/1990 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale [ultimo aggiornamento 14.12.2021].

²⁵ Con tale principio si qualificano i sistemi che, per imposizione dell'ordinamento comunitario o decisione dell'ordinamento nazionale, si escludono a vicenda con una netta divisione delle sfere di competenza.

²⁶ Per approfondire l'organizzazione dell'organo si veda il *Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*; delibera n. 28145, 4 febbraio 2020 pubblicata nell'*Edizione Speciale del Bollettino*.

derivano sia dalle condotte delle imprese sul mercato, sia dalle modalità di azione e di intervento dei pubblici poteri nel meccanismo dei mercati e nella designazione dei dettami di svolgimento delle attività economiche. Vengono stabiliti i generali divieti all'attività d'impresa che hanno ad oggetto le solite figure delle intese restrittive, dell'abuso di posizione dominante e delle operazioni di concentrazione che costituiscono o rafforzano una posizione dominante (restrizioni c.d. private della concorrenza). Si tratta di limitazioni ai comportamenti degli operatori economici, il cui obiettivo è, come detto in precedenza, colpirne le degenerazioni: solo quando l'esercizio dell'autonomia privata trasmodi in manifestazioni di potere abusivo di mercato, trova realizzazione la norma, che ha la funzione di proteggere il meccanismo competitivo in quanto tale. La legge in esame non si occupa soltanto dei comportamenti delle imprese private, ma anche della regolazione pubblica. Il legislatore prende atto della sussistenza nell'ordinamento nazionale, caratterizzato da una diffusa tradizione di regolazione dell'economia, di misure normative o amministrative che *"determinano distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato"*.²⁷ Difatti, ai sensi dell'articolo 21, l'Autorità deve identificare i casi di particolare rilievo nei quali atti normativi o amministrativi di carattere generale causano alterazioni della concorrenza o del regolare funzionamento del mercato e queste non siano comprovate da esigenze di carattere generale.²⁸

L'art. 22, invece, stabilisce che l'AGCM può pronunciare pareri sulle iniziative legislative e sulle complicazioni riguardanti mercato e concorrenza, sia autonomamente, sia su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici: i poteri previsti dall'articolo 21 sono utilizzati dall'Autorità con attenzione agli effetti che una data disciplina determina sul corretto funzionamento del mercato; i poteri previsti dall'articolo in esame, invece, riguardano le discipline in corso di adozione e gli effetti che esse potranno determinare sul mercato.²⁹

L'art. 2 della legge n. 287/1990 vieta le intese tra imprese che abbiano, per oggetto o per effetto, quello di *"impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza"*

²⁷M. Pellegrini, *Corso di Diritto Pubblico dell'Economia*, pag. 444 – 445.

²⁸ *"Allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, l'Autorità individua i casi di particolare rilevanza nei quali norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale."* Art. 21 legge 10 ottobre n. 287/1990.

²⁹ *"L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative [...] quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. [...] che abbiano direttamente per effetto: a) di sottoporre l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative; b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree; c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita."* Art. 22 legge 10 ottobre n. 287/1990.

*all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*³⁰. La stessa stabilisce che la definizione di intesa include tre casistiche:

- 1) gli accordi tra imprese
- 2) le pratiche concordate
- 3) le deliberazioni di associazioni o di consorzi di imprese e altri organismi similari;

Ancora, cataloga le possibili categorie di intese anticoncorrenziali, tra cui la fissazione diretta o indiretta dei prezzi d'acquisto o vendita, la limitazione o impedimento della produzione, la ripartizione dei mercati o le fonti di approvvigionamento, le discriminazioni commerciali e l'imposizione di prestazioni aggiuntive che non hanno connessione con l'oggetto del contratto, riprendendo simili categorie enucleate nella legislazione europea. Seguendo questo criterio, consuetudini e giurisprudenza europee e nazionali dimostrano che il divieto di intese si amplia oltre la casistica dei cartelli che hanno ad oggetto la fissazione del prezzo di vendita, include anzi una vastità di accordi commerciali anche tra imprese che operano in stadi successivi di un processo produttivo allorché siano in grado di intralciare l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti (come, può avvenire in caso di accordo di esclusiva tra il produttore e il distributore di un bene).

L'art. 3 si propone di regolamentare l'abuso di posizione dominante e, come menzionato nelle in precedenza in merito all'art. 102 TFUE, se ne parlerà in maniera più approfondita nel secondo capitolo. È comunque bene sapere che, come nella normativa comunitaria, ad essere vietata non è l'esistenza stessa della posizione dominante, bensì l'abuso della stessa.

Tuttavia, all'art. 4 sono previste *“Deroghe al divieto di intese restrittive alla libertà di concorrenza”*. Nello specifico, questo permette all'Autorità di autorizzare per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'art. 2 della legge, le quali siano passibili di migliorare le condizioni di offerta sul mercato, arrecando un beneficio per i consumatori, e, ancora, non contengano restrizioni tali da annullare la concorrenza in una parte essenziale del mercato.

³⁰ Versione della legge 10 ottobre n. 287/1990 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale [ultimo aggiornamento 14.12.2021].

CAPITOLO II

L'abuso di posizione dominante e Google

2.1 IL CONCETTO DI IMPRESA IN MATERIA ANTITRUST E GOOGLE

Tanto la normativa nazionale quanto l'art. 102 TFUE, fanno riferimento all'impresa intesa come soggetto attivo del comportamento sleale. A tal proposito, la Corte di Giustizia afferma che la definizione di impresa *“abbraccia qualsiasi entità che svolga un'attività economica indipendente dal suo status giuridico e dal suo modo di finanziamento”*³¹. Questa nozione comprende anche coloro i quali esercitano una professione intellettuale, gli Ordini professionali, le federazioni sportive, e, altresì, qualunque ente che sia impegnato in un'attività economica, pur non avendo fini lucrativi.

Ai sensi dell'art. 8 della legge n. 287/1990 *“le disposizioni contenute nei precedenti articoli si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale”*³².

Nonostante sia chiara l'indifferenza riguardo alla natura pubblica o privata del soggetto, l'intento del legislatore resta comunque quello di operare un bilanciamento rispetto alle esigenze di matrice pubblicistica; a tal fine, l'articolo prosegue inserendo una distinzione: le imprese che esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale e quelle in posizione di monopolio legale.

Per le prime, è previsto l'esonero dall'attuazione della disposizione *“per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati”*, lasciando, in questo modo, all'esecuzione antitrust le attività eccedenti³³. In relazione alle seconde, invece, si richiama la tendenza di abolizione o ridimensionamento di alcuni diritti di esclusiva, corrispondenti all'assegnazione di monopoli legali³⁴. Questi sono costituzionalmente riconosciuti dall'art. 43 Cost., ai sensi del quale si dichiara il potere dello Stato di destinare a soggetti pubblici o privati lo svolgimento di attività economiche *“che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di*

³¹ Così, sentenza della Corte di Giustizia C – 41/1990, Hofner/Macroton, 23 aprile 1991.

³² Art. 8 legge n. 287/1990; (Fonte: agcm.it).

³³ Si propone, in tal caso, il principio sancito dall'art. 106 TFUE per cui *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.”*

³⁴ In relazione a tale tema, esiste nel nostro ordinamento il c.d. obbligo a contrarre ex. Art. 2597 c.c. il quale si basa sull'esigenza di garantire i destinatari dei servizi rispetto ad eventuali abusi del monopolista, conservando, per quanto possibile, una condizione simile a quella del mercato concorrenziale. (P. Marchetti, L. C. Ubertazzi, *“Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza”*, pag. 2056 – 2057)

energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale". L'istituzione di un monopolio comporta, inevitabilmente, un'alterazione del mercato e per questo la ratio dell'istituto si rinviene nella necessità di evitare inefficienze di mercato dovute all'uso inappropriato dello stesso; per tale ragione si è promosso, dietro la tutela delle istituzioni comunitarie, un processo di liberalizzazione finalizzato a restituire ad interi settori i sistemi del libero mercato. Funzionale a tale obiettivo è la loro sottoposizione al controllo di un'Autorità di regolazione, il cui scopo è assicurare che l'ingresso della concorrenza potenziale non sia indebitamente impedito dall'ex monopolista. In sostanza, se la regolazione persegue adeguatamente i propri obiettivi ex ante, la normativa antitrust interverrà ex post per garantire l'effettiva apertura dei mercati. È, difatti, semplice constatare che le imprese originariamente in posizione protetta di monopolio risultano avvantaggiate oltre misura dall'essere già attive nei rispettivi mercati e capaci di attuare, dopo la liberalizzazione, atteggiamenti volti ad ostruire l'ingresso di nuovi entranti o in qualunque modo a manipolare il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali a danno dei consumatori³⁵.

L'analisi del big della Silicon Valley, Google, costituisce il fulcro del lavoro di tesi: pertanto, risulta doveroso proporre un breve excursus sull'azienda per comprendere se la stessa rientri nel concetto di impresa suggerito dalla disciplina antitrust. A tal proposito, è noto che Google sia una multinazionale americana del settore tecnologico fondata nel 1998 da Sergey Brin e Larry Page³⁶, qualificata in servizi e prodotti legati ad Internet. La principale offerta commerciale di Google è un motore di ricerca web generale ("GSE")³⁷, ma vi sono ulteriori prodotti, tra cui strumenti di sviluppo (Google App Engine), sistemi operativi (Android), applicazioni desktop (Google Chrome) e mobili (Google Drive). A seguito di una ristrutturazione aziendale nell'ottobre 2015, Alphabet Inc.³⁸ è divenuta la società madre di Google, oltre che la holding di altre molteplici aziende. Quest'ultima, essendo cresciuta con grande rapidità, è riuscita ad acquisire in pochi anni, una posizione di dominio nel proprio settore; tale espansione ha messo in allerta la Commissione Europea, la quale ha manifestato la propria preoccupazione nei confronti della condotta a lungo termine della suddetta azienda dichiarando, in merito al caso Google Search Shopping³⁹, che qualsiasi restrizione ai diritti e alle libertà di Google coincide con l'obiettivo dell'Unione di istituire

³⁵ G. Tesauro, M. D'Alberty, *"Regolazione e concorrenza"*, 2001, pag. 77.

³⁶ Per approfondire la storia di Google consultare D. Vise, M. Malseed *"The Google Story"*, pag. 4.

³⁷ A. Kornelakis, P. Hublart, *"Digital markets, competition regimes and models of capitalism: a comparative institutional analysis of European and US responses to Google"*, pag. 9.

³⁸ Fondata nel 2015, è una holding statunitense a cui fanno capo Google LLC ed altre società come Waymo e DeepMind.

³⁹ Caso AT. 39740 del 2017 (Fonte: eur-lex.europa.eu).

un mercato interno, ossia un sistema che garantisca che la libera concorrenza non sia falsata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori⁴⁰. Riaffermando il concetto di impresa in ambito antitrust, è risaputo che Google sia stata coinvolta in molteplici indagini a causa dell'assunzione di comportamenti anticoncorrenziali, acuiti dalla posizione di rilievo rispetto ai competitors, come di recente avvenuto nel caso Android Auto – Enel X. Il caso di specie vede contrapposti Google e la società italiana Enel X Italia, la quale ha sviluppato una App per fornire servizi relativi alla ricarica delle auto elettriche; tuttavia, Google, non aveva predisposto le soluzioni informatiche adeguate affinché suddetta App potesse essere disponibile sull'estensione per automobili di proprietà di Google, favorendo in questo modo la propria app Google Maps (il caso verrà approfondito nel capitolo successivo).

2.2 LA POSIZIONE DOMINANTE: NOZIONE

La Corte di Giustizia europea definisce la posizione dominante una *“situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*⁴¹. In tale enunciazione è possibile rinvenire un riferimento al potere di mercato, concetto che fa parte dei cosiddetti *fallimenti di mercato* (anche conosciuti come market failures), insieme alle asimmetrie informative e alle esternalità. La nozione di potere di mercato *“fa riferimento alla capacità di un'impresa di aumentare in modo profittevole il prezzo al di sopra di un certo livello competitivo (il livello di riferimento). Giacché il più basso prezzo che un'impresa può praticare è uguale al costo marginale di produzione, il potere di mercato è di solito definito in funzione della differenza tra i prezzi praticati da un'impresa ed i suoi costi marginali di produzione”*⁴². Il significato ultimo del concetto fa riferimento alla capacità dell'impresa di tenersi indifferente rispetto ai comportamenti e alle reazioni di concorrenti e consumatori, mantenendo un livello dei prezzi elevato senza subire cali di vendite notevoli.

A sanzionare lo sfruttamento di tale posizione di forza sono l'art. 102 TFUE e l'art. 3 della legge n.287/1990 nel caso in cui l'abuso sia volto a ridurre le capacità competitive di altri operatori, ovvero l'attuazione di politiche di mercato che si avvalgano della mancanza o della ridotta

⁴⁰ A. Kornelakis, P. Hublart, pag. 18.

⁴¹ Sentenza della Corte di Giustizia C – 85/76, Hoffmann La Roche, 13 febbraio 1979.

⁴² Cfr. M. Motta, M. Polo, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, pag. 45.

competizione a danno dei consumatori. Il divieto dell'art. 102, in particolare, fa riferimento alle seguenti pratiche:

- a) *“imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;*
- b) *limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*
- c) *applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*
- d) *subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.”*⁴³

Affiora con evidenza, dunque, che l'ordinamento non vieta il conseguimento di una condizione di monopolio. Da un lato le analisi economiche ritengono tale forma dannosa per gli equilibri di un mercato che ha, invece, la sua condizione ottimale nella concorrenza; dall'altro, le medesime analisi economiche sono similmente concordi nell'ammettere che in alcune situazioni, o in relazione a talune categorie di prodotti, la forma monopolistica consente una migliore gestione delle risorse; si tratta di casi particolari, riguardanti settori che necessitano il sostenimento di ingenti costi fissi, o il raggiungimento di notevoli dimensioni: condizioni non facilmente sostenibili da un elevato numero di imprese. Ed anche al di là di questi casi-limite, il monopolio è probabile. L'acquisizione di una posizione dominante sul mercato, o in una parte considerevole dello stesso, non è in sé vietata e, l'impresa che sia in grado di esercitare un'influenza preponderante sul mercato e di agire senza dovere tener conto delle reazioni dei concorrenti, può liberamente e legittimamente svolgere la propria attività⁴⁴. Inoltre, è bene ricordare che tali comportamenti, in assenza di posizione dominante sul mercato, sarebbero di per sé leciti, in quanto finalizzati ad aumentare la competitività tra imprese e la crescita economica di un dato settore. Già citata fattispecie presenta sicuramente delle discrepanze rispetto agli altri divieti antitrust (art. 101 TFUE e art. 2 l. n. 287/90):

- Il divieto di abusi di posizione dominante non si applica a comportamenti pattuiti tra imprese indipendenti, ma solo a quelli tenuti unilateralmente dalle stesse;
- Il divieto non prevede deroghe;

⁴³ Versione consolidata dell'art. 102 TFUE (eur-lex.europa.eu).

⁴⁴ Cfr. G. F. Campobasso, *“Diritto Commerciale”*.

- Ai sensi della pronuncia del TAR Lazio n. 1713/2006⁴⁵, le ridotte dimensioni di un mercato non ostacolano l'accertamento di abusi.

In ogni caso, è ugualmente possibile rinvenire dei punti di analogia:

- Entrambi i divieti riguardano solamente condotte anticoncorrenziali adottate spontaneamente dalle imprese;
- Anche l'art. 102 TFUE, costituisce una fattispecie aperta in quanto la norma si limita ad elencare le quattro ipotesi sopra menzionate;

In sintesi, si può dire che, ci si trova in presenza di una posizione dominante quando l'impresa può disporre le proprie condotte commerciali in modo unilaterale, senza tenere conto della possibile reazione dei concorrenti e consumatori. La verifica della posizione dominante è un compito che non si basa su elementi formali o predefiniti, deriva piuttosto dalle tangibili condizioni di forza delle aziende.

A questo punto, risulta lecito chiedersi se la posizione dominante possa essere detenuta esclusivamente da un'impresa, e la risposta è negativa. Difatti, l'art. 102 TFUE ammette la configurabilità di una posizione dominante collettiva: “è incompatibile con il mercato interno e vietato, [...], lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese”⁴⁶. Non sempre, però, di fronte alla detenzione di una posizione dominante da parte di una molteplicità di soggetti si può applicare la disciplina in esame. La nozione, infatti, non può essere intesa come dominanza del gruppo di imprese, piuttosto, si fa riferimento ad una collettività quale soggetto unico il cui potere di mercato corrisponde ad una forma di dominanza singola. In quanto situazione diversa, i metodi di accertamento divergeranno da quelli utilizzati per la posizione dominante individuale. Siffatta fattispecie richiede l'analisi di comportamenti paralleli e non collusivi, attuati da imprese indipendenti: la complessità nel definire con certezza gli elementi che permettono alle imprese di muoversi sul mercato in maniera autonoma ha reso questo tema uno dei più discussi in ambito antitrust. Sarà il Tribunale di primo grado a pronunciarsi nel 1992⁴⁷, deliberando in tale modo i caratteri propri della fattispecie:

- Evidenza di un potere di mercato condiviso tra due o più imprese;
- Indipendenza giuridica ed economica dei soggetti coinvolti;

⁴⁵ La sentenza ha ad oggetto il caso Merck-Principi attivi: Merck si è rifiutata di concedere ad un'impresa terza una licenza volta alla produzione in Italia di un principio attivo tutelato da un DPI.

⁴⁶ Versione consolidata art. 102 TFUE.

⁴⁷ Sentenza del 10 marzo 1992 del Tribunale di primo grado per il caso Vetro S.p.A. vs. Commissione delle Comunità europee (fonte: eur-lex.europa.eu).

- Presenza di legami economici in grado di consentire l'allineamento strategico delle rispettive azioni.⁴⁸

2.3 IL MERCATO RILEVANTE

L'architettura-tipo della disciplina antitrust prevista nei vari ordinamenti risulta essere retta da tre pilastri: (1) divieto di intese anticoncorrenziali; (2) divieto di condotte unilaterali volte al controllo abusivo di un mercato; (3) verifica delle operazioni di concentrazione di maggiore rilevanza, valutata sulla base dei fatturati. Col tempo, a fronte di tale linearità dispositiva l'attività pratica delle autorità competenti è stata sempre più condizionata dal ricorso a strumentazioni concettuali di tipo economico, dalla complessità crescente. Anche in questo caso è comunque possibile individuare pochi elementi realmente fondamentali, consistenti ne: (i) l'analisi del potere di mercato; (ii) la definizione di mercato rilevante. Per valutare la condotta di una o più imprese, e gli effetti attendibili da una loro concentrazione, occorre definire un perimetro di azione all'interno del quale analizzare una serie di elementi, a partire dal peso delle imprese rispetto agli altri operatori e ai consumatori: tale perimetro, nel lessico antitrust è definito «mercato rilevante», la cui ricerca si compone di due distinti accertamenti: anzitutto la verifica del *mercato del prodotto*; in un secondo momento la verifica del *mercato geografico*⁴⁹. La definizione del *mercato del prodotto* si basa, in poche parole, sulla possibilità di sostituzione di beni e servizi sul versante della domanda; per un'analisi più approfondita è bene però valutare altrettanto la sostituzione dal lato dell'offerta. Una volta esaminata la sostituibilità dei prodotti⁵⁰ sia dal lato della domanda che sul versante dell'offerta, si prenderà in stima, se del caso, la concorrenza potenziale. Per valutare il primo versante (domanda) le autorità di concorrenza devono valutare se, e in quale misura, i consumatori sono disposti a trasferire la propria domanda su venditori diversi (passando così a prodotti sostitutivi). Nella sfera di tale stima la Commissione Europea specifica di tener conto di molteplici elementi:

1. Caratteristiche dei prodotti;
2. Preferenze dei consumatori;
3. Reazioni dei consumatori all'aumento di prezzo.

⁴⁸ Per approfondire il tema della posizione dominante collettiva consultare Clarini C. B., Chieppa R., *Procedure antitrust in Italia*, pag. 347 – 350.

⁴⁹ L. Arnaudo, “*Scambi, mercati, concorrenza*”, pag. 11.

⁵⁰ Dei prodotti si dicono sostituti se il consumatore è del tutto indifferente nella scelta di uno o dell'altro, in quanto sono in grado di soddisfare il medesimo bisogno.

L'analisi delle caratteristiche dei prodotti fa capo al fatto di individuare gli attributi merceologici di svariati prodotti tali per cui non possano essere utilizzati per il medesimo fine: in tal caso i suddetti prodotti non saranno classificabili come sostituibili e ricadranno in mercati diversi. A questa è strettamente legato lo studio delle preferenze dei consumatori, sono infatti questi ultimi a determinare la sostituibilità di un bene sulla base di specifiche propensioni. Infine, per valutare le eventuali reazioni dei consumatori all'aumentare del prezzo di un bene, la Commissione Europea indica uno strumento analitico che misuri, appunto, l'elasticità della domanda al prezzo⁵¹: SSNIP test (*Small but Significant and Non-transitory Increase of Price*), detto anche test del monopolista ipotetico. Lo SSNIP consiste, quindi, nell'ipotizzare aumenti di prezzo di un prodotto minimi ma significativi e non provvisori applicati da un monopolista ipotetico; con questo schema si delinea da sé il mercato rilevante, estendendosi al punto da ricomprendere prodotti alternativi man mano che i consumatori, a causa degli incrementi, si spostano su beni diversi. Il test del monopolista ipotetico, essendo un test econometrico formale, presenta comunque un margine d'errore: la cosiddetta *cellophane fallacy*⁵², fenomeno che implica l'identificazione smodatamente espansiva del mercato rilevante; è stata altresì riconosciuta la *reverse cellophane fallacy*, la quale implica l'individuazione di mercati rilevanti eccessivamente ristretti. Alla luce di ciò, lo SSNIP non può costituire lo strumento esclusivo di misura, soprattutto nel caso in cui le ragioni di scelta dei consumatori non siano legate all'aumento del prezzo del prodotto.

Transitando sul secondo versante (offerta), il mercato del prodotto si definisce tenendo in considerazione anche imprese che vogliano entrare nel mercato nel breve periodo; se le imprese volessero accedere al mercato per il lungo periodo, l'analisi sarebbe superflua in quanto sfocerebbe in una valutazione della concorrenza meramente potenziale. In questo contesto la sostituibilità tra i prodotti risulta di fondamentale rilevanza per settori specifici, come le industrie di rete in cui la medesima rete può essere sfruttata per diversi servizi. Nel mercato del prodotto in termini di sostituibilità sul lato dell'offerta, la nozione di mercato rilevante si sintetizza in uno studio delle barriere all'entrata (incidenza dei costi, tariffe, dazi).⁵³

⁵¹ L'elasticità della domanda al prezzo misura come e quanto la quantità domandata di un bene reagisca alle variazioni di prezzo.

⁵² Fenomeno che prende il nome dal caso americano DuPont (1956), in cui la Corte Suprema Americana doveva valutare se l'impresa DuPont avesse monopolizzato il mercato del cellofan. La Corte aveva considerato suddetto materiale parte del mercato della carta da imballaggio flessibile, per cui la DuPont, con una quota del 20% rispetto al totale, non avrebbe mai potuto monopolizzare il mercato. La corte considerò che all'aumentare dei prezzi del cellofan, la domanda traslava su altri prodotti. Lo SSNIP fu applicato erroneamente, il prezzo da cui si partiva era già un prezzo di monopolio in corrispondenza di cui anche la domanda più anelastica sarebbe scesa.

⁵³ Per un panorama completo vd. Clarini C. B., Chieppa R., *Procedure antitrust in Italia*, pag. 79 – 89.

Il secondo accertamento ai fini della definizione del mercato rilevante è l'individuazione del *mercato geografico*⁵⁴, che secondo la Commissione Europea è “*l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*”⁵⁵. L'identificazione del mercato geografico attiene all'insieme delle imprese che, a causa della loro ubicazione geografica, si trovano in condizione di concorrenza in quel preciso mercato del prodotto; in ragione di ciò, l'analisi deve essere compiuta partendo dai prodotti e servizi nel mercato per valutare quali siano i concorrenti effettivi. Per farlo, la Commissione Europea controlla innanzitutto la ripartizione delle quote di mercato delle parti e dei concorrenti, in un secondo momento verifica la diversificazione dei prezzi a livello nazionale, a livello Comunitario, o del SEE (Spazio Economico Europeo)⁵⁶. Ancora, la valutazione richiede un accertamento rispetto alla sostituibilità dal lato dell'offerta, ipotizzando anche variazioni di prezzi simili a quelle applicate con il SSNIP; altrettanto, bisogna tener conto della sostituibilità sul piano della domanda, ossia la volontà dei consumatori a spostarsi per reperire i beni e/o servizi omogenei o sostituibili rispetto a quelli in esame. Una volta identificato il mercato geografico, l'analisi dello stesso ha lo scopo di accertare se sia essenziale la presenza in loco per vendere in una zona; è in questo momento che assumono importanza i seguenti elementi, i quali costituiscono le condizioni di concorrenza di un determinato mercato geografico:

- Barriere all'entrata
- Costi e accesso ai canali di distribuzione
- Regolamentazione dei prezzi
- Autorizzazioni amministrative⁵⁷

⁵⁴ Con riferimento all'analisi di una posizione dominante sul mercato la prassi ha, inoltre, preso in considerazione il c.d. *mercato collegato*, caratterizzato da una forte dipendenza tra i due mercati sopra menzionati. Il collegamento può avvenire a livello geografico, tecnologico e commerciale rendendo i mercati “*interdipendenti e reciprocamente influenzabili*”. Ghezzi F., Olivieri G. *Diritto Antitrust*, pag. 209.

⁵⁵ Gazzetta Ufficiale n. C372 del 9/12/1997 pag. 0005 – 0013.

⁵⁶ Istituito nel 1994 con il fine di estendere le disposizioni applicate dall'Unione Europea al proprio mercato interno ai paesi come la Norvegia, l'Islanda ed il Lichtenstein. Fonte: *Note sintetiche sull'Unione europea* (https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_5.5.3.pdf).

⁵⁷ Così, Clarini C. B., Chieppa R., *Procedure antitrust in Italia*, pag. 89 – 91.

2.4 LE QUOTE DI MERCATO

Una volta definite le frontiere del mercato rilevante, bisogna analizzare le quote di mercato delle imprese ivi operanti. Per farlo, generalmente, si prendono in esame i valori delle vendite in termini di valori e volumi; nell'economia digitale il calcolo risulta più complesso in quanto, nelle piattaforme che si rivolgono a più segmenti di acquirenti e che sono attive in più ambiti, bisogna valutare anche altri fattori (numero di utenti, numero di prodotti inviati). Sebbene “*la detenzione di una quota di mercato notevole, [...], non sia un dato assoluto e la sua importanza vari da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi*” è ampiamente riconosciuto che “*quote molto alte costituiscano di per sé, [...], la prova dell'esistenza di una posizione dominante*”⁵⁸. Con “*quote molto alte*”, si fa riferimento a quote superiori al 50%, in cui scatta la presunzione di dominanza⁵⁹; la Commissione europea ha comunque indicato che anche le quote che si aggirano intorno al 40% vanno tenute sotto controllo. Affinché si possa catturare l'effettivo potere di mercato, in una prospettiva pluriennale, le quote sopra menzionate devono essere detenute per periodi lunghi e stabili nel tempo; inoltre, bisogna supervisionare anche le quote di mercato dei concorrenti poiché sarà più probabile accertare la posizione dominante quanto più elevata è la differenza tra la quota dell'impresa maggiore e quelle dei concorrenti. Ulteriormente, si possono includere nella determinazione della quota di mercato anche le attività dei partner commerciali dell'impresa in esame, nel caso in cui vi sia uno stretto rapporto funzionale. Qualora si tratti di mercati dinamici ed emergenti, per accertare la dominanza, vi potrebbe essere la necessità di valutare ulteriori elementi in quanto in mercati simili, alte quote sono spesso temporanee. È bene comunque rammentare che la soglia del 50% stabilisce una presunzione relativa e non assoluta, poiché la posizione dominante può risultare altresì dalla presenza di fattori che, se fossero singoli, non sarebbero indicanti (dichiarazioni dell'azienda in merito alla propria leadership; rilevante capacità produttiva; esecuzione di investimenti non replicabili dai concorrenti; integrazione verticale⁶⁰ etc.); alla luce di ciò, si può affermare che esistano situazioni di posizione dominante anche con quote di mercato pari o inferiori al 40%.

2.5 L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: FATTISPECIE TIPICHE

Come evidenziato diverse volte, il diritto antitrust europeo non sanziona l'acquisizione e detenzione di una posizione dominante. Sul tema, il giudice comunitario ritiene che “*la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito*

⁵⁸ Clarini C. B., Chieppa R., *Procedure antitrust in Italia*, pag. 341.

⁵⁹ Corte di Giustizia, sentenza 3 luglio 1991, Azko Chemie contro Commissione delle Comunità europee.

⁶⁰ L'integrazione verticale consiste nella presenza dell'impresa in una stessa filiera ma su livelli contigui.

nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, [...], è tenuta in modo particolare a non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune”⁶¹. Come si evince dalla dichiarazione, la normativa si limita a imporre una c.d. “speciale responsabilità”⁶² atta a non indebolire ulteriormente il livello di concorrenza nel mercato con atti che, non essendo basati sui meriti, la danneggino. Secondo la giurisprudenza, l'abuso di posizione dominante costituisce un illecito oggettivo che, quindi, non esige che l'impresa dominante accerti di avere intenzione di restringere la concorrenza o massimizzare i profitti⁶³. Sulla base del testo dell'art. 102 TFUE⁶⁴, il legislatore italiano ha elencato le cosiddette “condotte tipizzate” da ricomprendere nel divieto dell'art. 3 della legge 287/90 che, tuttavia, non ha carattere tassativo; nello specifico:

*“a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;”*⁶⁵

Vengono qui regolati due tipi di abuso che sono accomunati dal carattere verticale del comportamento: è vietato imporre in modo diretto o indiretto prezzi ingiusti, e attuare pratiche tariffarie che producano situazioni di efficienza preclusiva per i concorrenti; altro effetto che risulta da queste condotte è quello di rendere più complesso per i consumatori la scelta su dove dirottare la domanda tra i competitors. A causa di questo secondo effetto, l'impresa dominante danneggia da un lato le imprese concorrenti poste su un diverso livello della scala di produzione, dall'altro i contraenti, i quali, si trovano a dover accettare condizioni a loro svantaggio. Ciò porta ad una traslazione di una parte del surplus dal consumatore al produttore, nell'area di perdita secca⁶⁶ (anche detta deadweight loss). È comunque bene sottolineare che, ai fini dell'abuso, non è necessaria l'effettiva uscita del concorrente dal mercato, in quanto l'effetto preclusivo può altresì constare nell'indurre il competitor ad allinearsi ai prezzi dell'impresa leader, ostacolando in questo modo una concorrenza risoluta⁶⁷. La fissazione di prezzi iniqui risulta abusiva nel caso in cui, senza di essi, l'impresa non sarebbe riuscita a raggiungere vantaggi commerciali. Per definire un prezzo “iniquo” bisogna individuare un parametro che permetta di valutare la sussistenza della non equità. Come? La prassi, nel corso degli anni, ha individuato vari criteri:

⁶¹ Pronuncia Corte di Giustizia C – 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin vs Commissione.

⁶² Clarini C. B., Chieppa R., *Procedure antitrust in Italia*, pag. 369.

⁶³ Sentenza della Corte di Giustizia C – 85/76, Hoffmann La Roche, 13 febbraio 1979.

⁶⁴ Si rimanda al paragrafo 2.1.

⁶⁵ Art. 3 legge n. 287/1990, lettera a); Fonte: agcm.it.

⁶⁶ La perdita secca si sostanzia nella riduzione dell'efficienza economica

⁶⁷ Ghezzi F., Olivieri G. *Diritto Antitrust*.

nel caso United Brands, il parametro individuato è basato sulla verifica della corrispondenza tra il valore reale del bene/servizio offerto ed il presunto prezzo eccessivo richiesto⁶⁸; nel caso General Motors, invece, è seguito il principio per cui il prezzo dovrebbe essere proporzionato ai costi di produzione sostenuti dall'impresa in esame per realizzare il bene/offrire il servizio⁶⁹. Sulla base dei due parametri, bisogna innanzitutto accertare se vi sia troppa differenza tra il costo concretamente sostenuto dall'impresa per produrre il bene/offrire il servizio ed il prezzo poi applicato; in seconda istanza, bisognerà confrontare suddetto prezzo con quelli delle imprese concorrenti.

Tuttavia, esistono anche altri principi perseguiti dalla Corte di Giustizia per fattispecie differenti:

- Confronto geografico: sono stati paragonati i prezzi applicati in mercati geografici diversi;
- Confronto tra concorrenti: sono stati comparati i prezzi praticati dall'impresa incumbent con quelli adottati, nel medesimo mercato, da imprese non dominanti;
- Confronto nel tempo: sono stati confrontati i prezzi praticati dall'impresa dominante in diversi intervalli temporali.

Essendo presenti così tanti parametri tra cui optare, per limitare il più possibile il rischio di imprecisioni, è essenziale che le Autorità garanti esaminino le fattispecie tramite una combinazione dei vari criteri.⁷⁰

“b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;”⁷¹

Qui, il comportamento abusivo è dato dal porre in essere condotte finalizzate a limitare la produzione, gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico, a danno dei contraenti. Come si è detto più volte, non tutti gli effetti di esclusione dei concorrenti dal mercato sono illeciti in quanto, la competizione basata sui meriti comporta la fuoriuscita dal mercato dei competitors meno proficui. È per questo motivo che il divieto sopra riportato fa riferimento ai concorrenti considerati tanto efficienti quanto l'impresa dominante; in particolare: prezzi predatori, sconti, forme di rifiuto di contrarre, rapporti di esclusiva e, spesso, anche modalità di abuso escludente⁷².

⁶⁸ Cfr. Corte di Giustizia, C – 27/76, United Brands, 14 febbraio 1978.

⁶⁹ Sentenza Corte di Giustizia, C – 26/75, General Motors, 13 novembre 1975.

⁷⁰ Clarini C. B., Chieppa R., *Procedure Antitrust in Italia*, pag. 394.

⁷¹ Art. 3 legge n. 287/1990, lettera b); Fonte: agcm.it.

⁷² Un esempio è rappresentato dal caso ENEL, sanzionata dall'AGCM per condotte restrittive della concorrenza nel mercato della vendita di energia elettrica in aree in cui gestiva anche la distribuzione. Le condotte venivano

Con riferimento ai *prezzi predatori*, questi costituiscono un argomento controverso in quanto, nonostante siano finalizzati all'esclusione dal mercato dei competitors, una parte della dottrina li annovera tra i prezzi iniqui di cui alla lettera a) delle fattispecie tipizzate. Il predatory pricing⁷³ consta di due fasi:

1. Fase di predazione: l'impresa con notevole capacità produttiva può temporaneamente inondare il mercato i prodotti, facendo scendere i prezzi al di sotto del costo marginale;
2. Fase di monopolizzazione: si apre qui la seconda fase, in cui, a causa della diminuzione dei prezzi, i concorrenti soffrono delle perdite e si vedono costretti ad uscire dal mercato, lasciando, in questo modo, l'impresa predatrice nella condizione di poter applicare prezzi di monopolio.

In ogni caso, i prezzi predatori funzionano esclusivamente se l'impresa predatrice, tra le due fasi, costruisce barriere legali all'entrata. La verifica di citata condotta illecita sottostà al riscontro di alcune peculiarità (sia del mercato che dell'impresa predatrice) tra cui: (i) presenza, appunto, di barriere legali all'ingresso del mercato; (ii) disponibilità di importanti risorse finanziarie; (iii) ingente capacità produttiva.

Inoltre, i giudici europei hanno stabilito altri tre criteri per la riprova del comportamento abusivo:

- a) Se un'impresa incumbent attua prezzi al di sotto dei costi medi variabili, siccome la strategia non è supportata da motivi di efficienza economica, vi è presunzione di predatorietà;
- b) Se un'impresa incumbent attua prezzi ad un livello compreso tra i costi medi variabili ed i costi medi totali, è responsabile solo se si dimostra l'esistenza di finalità escludenti;
- c) Se un'impresa incumbent attua prezzi al di sopra dei costi medi totali, non si tratta di predatorietà.

Per quanto riguarda gli *sconti*, vengono utilizzati come metodo di fidelizzazione del cliente; diventano rilevanti ai fini antitrust se vengono adottati da imprese in posizione dominante in quanto potrebbero, da un lato, determinare effetti escludenti per i competitors, dall'altro, discriminare la clientela. La dottrina chiarisce che, per un'impresa in posizione dominante, costituiscono abuso tanto la pratica di assoggettare (anche se su richiesta) certi clienti al vincolo

attuata attraverso una strategia consistente nel contrattualizzare (con offerte di fornitura energetica sul mercato libero) i clienti più appetibili presenti nelle aree di distribuzione, utilizzando in questo modo i dati di contratto della base clienti per renderli indisponibili ai concorrenti. (Per approfondire il caso si rimanda al testo Clarini C. B., Chieppa R., *Procedure antitrust in Italia*, pag. 395).

⁷³ Tema introdotto dalla Scuola di Harvard come possibile strategia di monopolizzazione. A seguito delle critiche della Scuola di Chicago, la scuola di Harvard identificherà il tema come una strategia di deterrenza.

di doversi rifornire esclusivamente presso di essa, quanto quella di applicare (in forza di accordi stipulati) un complesso di sconti fedeltà. In entrambi i casi è però possibile escludere l'illecito se si dimostra che la condotta dell'impresa non ha limitato la concorrenza e, soprattutto, non ha escluso competitors al pari livello di efficacia dell'incumbent. In generale, gli sconti rilevanti ai fini antitrust sono:

- Sconti fedeltà;
- Sconti target;
- Sconti quantità;
- Sconti leganti;
- Sconti selettivi.

In relazione alle *forme di rifiuto a contrarre*, queste riguardano il rifiuto dell'incumbent a fornire un proprio asset ad un'impresa concorrente quando questo accesso risulti essenziale per la competitor e gli altri operatori del mercato per competere in maniera effettiva; nello specifico, si fa riferimento alle c.d. essential facilities (infrastrutture essenziali), ossia beni e/o servizi come porti, ricambi, materie prime e diritti di proprietà intellettuale. Dunque, per determinare se il rifiuto a contrarre possa essere definito abusivo per una precisa fattispecie, diventa fondamentale considerare nell'analisi due mercati: (i) il mercato del prodotto/servizio oggetto di rifiuto su cui l'impresa che nega detiene una posizione di forza; (ii) il mercato su cui il prodotto/servizio stesso verrebbe impiegato per produrre un altro bene o fornire un'altra prestazione. Inoltre, per accertare l'illecito, è sufficiente che il prodotto/servizio oggetto di rifiuto siano indispensabili per un mercato potenziale. I diritti di proprietà intellettuale seguono una logica distinta rispetto a quella appena menzionata; il rifiuto di concedere in licenza l'uso di un prodotto coperto da un diritto di proprietà intellettuale non costituisce di per sé un illecito, diventa, tuttavia, rilevante ai fini antitrust nelle seguenti circostanze:

- L'impresa che ha richiesto la licenza per presentare sul mercato della fornitura dei dati, beni e servizi nuovi che il titolare del diritto di proprietà non offre;
- Il diniego non è motivato da ragioni oggettive;
- Il rifiuto ha l'effetto di riservare al titolare del diritto una condizione di vantaggio nel mercato della fornitura dei dati.

Alla luce di ciò, è legittimo chiedersi in che modo si possa stabilire se un bene/servizio è qualificabile come essenziale per far sì che gli operatori di mercato svolgano la propria attività. Anzitutto, bisogna stabilire se l'infrastruttura sia infungibile o non duplicabile con costi e in tempi ragionevoli. Ulteriormente, bisogna appurare se esistano opzioni alternative, attuali e potenziali,

all'infrastruttura che permettano di continuare ad operare nel mercato. Infine, è bene verificare l'esistenza o meno di ostacoli di natura tecnica, normativa e/o economica che rendano estremamente complesso, o perfino impossibile, creare prodotti/servizi alternativi.

Infine, in merito ai *rapporti di esclusiva*, un'impresa in posizione dominante può arrecare danno al corretto svolgimento della concorrenza impedendo ai competitors di vendere ai consumatori, facendo ricorso a vincoli di acquisto privilegiato: i c.d. accordi di esclusiva, il cui fine ultimo è quello di impedire l'entrata o l'espansione degli altri operatori di mercato.⁷⁴ Con il termine "accordo" si fa riferimento anche alle esclusive di fatto, non è difatti tassativo che il vincolo sia formale (es. contratto), basta che le attività coinvolgano un incentivo per gli acquirenti a non rifornirsi da operatori concorrenti. In ogni caso, la condotta non ricade nell'illecito nel caso in cui l'esclusiva sia necessaria per fornire gli incentivi a realizzare specifici investimenti.

“c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;”⁷⁵

Sono qui analizzate le condotte lesive della concorrenza tramite l'attuazione di condizioni ineguali per prestazioni equivalenti: le c.d. pratiche discriminatorie. Per accertare l'illiceità di queste ultime bisogna provare che il comportamento dell'incumbent sia teso ad ostruire la posizione di una delle controparti della dominante rispetto alle altre. Suddette condotte possono indirizzarsi verso due macro-categorie di imprese:

1. Primary line injury: competitors attuali e potenziali dell'impresa incumbent
2. Secondary line injury: controparti con cui l'impresa dominante non ha rapporti di concorrenza

Un esempio di pratica discriminatoria nei confronti delle controparti a valle (clienti) è rappresentato dalla discriminazione dei prezzi: la possibilità per un'impresa dominante di praticare prezzi dissimili per consumatori diversi. Per applicare la discriminazione sono necessarie tre condizioni: (i) l'impresa deve conoscere i prezzi di riserva dei clienti; (ii) l'impresa deve avere potere di mercato; (iii) l'impresa deve essere in grado di evitare che si creino attività di arbitraggio. Per verificare l'esistenza di discriminazione dei prezzi, in una determinata fattispecie, mirata a falsare la concorrenza, basta provare l'intenzione dell'impresa

⁷⁴ Provvedimento AGCM 27 novembre 2003, n. 12634, Enel Trade - Clienti idonei.

⁷⁵ Art. 3 legge n. 287/1990, lettera c); Fonte: agcm.it.

in esame; non risulta quindi necessario accertare che il comportamento abbia arrecato danno immediato agli operatori destinatari dello stesso.

“d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.”⁷⁶

Infine, la lettera d) della legge n. 287/1990 si rivolge alle condotte che subordinano la conclusione di un contratto all'accettazione di performance accessorie che non abbiano nesso con l'oggetto del contratto stesso: si tratta delle cosiddette pratiche leganti. Secondo la Commissione *“un'impresa dominante può provare a precludere il mercato ai suoi concorrenti mediante vendite abbinate o aggregate (i cosiddetti «tying» e «bundling») dei propri prodotti”⁷⁷*. La nozione “vendita abbinata”, o tying, comprende le circostanze in cui i consumatori che acquistano un prodotto (il prodotto principale) devono acquistare anche un altro prodotto dall'impresa incumbent (il prodotto abbinato). La “vendita aggregata”, o bundling, invece, si attribuisce al modo in cui l'impresa dominante offre i prodotti e al modo in cui ne fissa il prezzo. Questa può essere:

- “pura”, quando i prodotti vengono venduti unicamente congiuntamente in proporzioni fisse;
- “mista” (detta anche sconto multiprodotto), quando i prodotti sono disponibili disgiuntamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo aggregato.

Sono entrambe pratiche volte a fornire ai clienti prodotti migliori od offerte più convenienti sotto il profilo dei costi. Tuttavia, un'impresa che detenga una posizione dominante su uno o più mercati del prodotto su un prodotto oggetto di vendita tying o bundling (il mercato del prodotto principale) può pregiudicare gli utenti attraverso le stesse, ostacolando il mercato degli altri prodotti che fanno parte dell'insieme abbinato o aggregato (il mercato del prodotto abbinato) e, velatamente, il mercato del prodotto principale. A questo proposito, risulta interessante un caso in cui è stata coinvolta la Google nel 2018 contro cui la Commissione ha impugnato l'abbinamento di Google Search al Play Store: Google, infatti, aveva concesso la licenza per l'uso di Play Store a condizione che i produttori dei dispositivi Android pre-installassero il servizio di ricerca Google e il browser Google Chrome.⁷⁸ La Commissione argomenta che (i) il Play Store e l'applicazione Google Search sono prodotti differenziati; (ii) Google possiede una posizione dominante nel mercato del prodotto

⁷⁶Art. 3 legge n. 287/1990, lettera d); Fonte: agcm.it.

⁷⁷ Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione europea sull'applicazione dell'articolo 82 CE (Fonte: Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 24.02.2009; eur-lex.europa.eu).

⁷⁸ Cfr. Commissione, 18.07.2018, provvedimento AT. 40099 – Google Android.

principale; (iii) il prodotto principale (Play Store) non può essere ottenuto con l'esclusione del prodotto abbinato (l'applicazione Google Search).

Alla luce di quanto affermato nei paragrafi precedenti, quindi, la capacità di ostacolare lo svolgersi delle dinamiche di mercato e l'indipendenza delle condotte rispetto alle pressioni concorrenziali che derivano dai soggetti economici con i quali l'impresa si confronta, costituiscono gli elementi caratterizzanti di una posizione dominante. In particolare, la posizione dominante detenuta da un'impresa *“conferisce a quest'ultima il potere di impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei clienti e, da ultimo, dei consumatori”*⁷⁹. Alla luce di ciò, nel 2018 la Commissione europea ha dichiarato che Google, dal 2011, detiene una posizione dominante nei seguenti mercati mondiali (Cina esclusa):

1. Portali di vendita di applicazioni per Android;
2. Ciascuno dei mercati nazionali dei servizi di ricerca generica nel SEE;
3. Concessione di licenze per sistemi operativi per dispositivi mobili intelligenti.⁸⁰

La posizione dominante di Google riguarda, in sostanza, prodotti digitali (sistema operativo e app store) di tale spessore da fare del colosso un vero e proprio gatekeeper⁸¹ per gli sviluppatori di app che auspicano ad arrivare agli utenti finali. In quanto detentrici di una posizione dominante, Google è chiamata ad una *“speciale responsabilità”* nelle proprie condotte di mercato: il richiamo a questa ha implicazioni ai fini della salvaguardia dei processi competitivi poiché la posizione di forza di Google si configura, appunto, come gatekeeping rispetto agli utenti finali. Dalle condotte dell'impresa di specie, infatti, dipendono non solo il confronto competitivo che coinvolge l'azienda in esame e i suoi concorrenti, ma anche lo stesso funzionamento del mercato e il suo sviluppo, nonché l'inserimento di applicazioni innovative.

⁷⁹ Sentenza della Corte di Giustizia 17 febbraio 2011, causa C – 52/09 TeliaSonera Sverige.

⁸⁰ Sintesi della decisione della Commissione del 18 luglio 2018, caso AT.40099 – Google Android (Fonte: Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea; eur-lex.europa.eu).

⁸¹ Il concetto di gatekeeping sarebbe estraneo alla disciplina antitrust e farebbe riferimento alla proposta di regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (c.d. *Digital Markets Act*), si sottolinea che il richiamo al ruolo di gatekeeper, lungi dal riguardare norme la cui introduzione è oggi oggetto di una specifica procedura di approvazione. Il concetto di gatekeeping è tra i principali emersi dal confronto che ha interessato attori istituzionali, accademici e professionali sulle sfide poste dall'affermazione e dalla pervasiva diffusione di servizi e applicazioni digitali. (Cfr. *Provvedimento n. 27771*, pag. 109; Fonte: agcm.it).

CAPITOLO III

LA FATTISPECIE GOOGLE

3.1 CENNI STORICI

Come anticipato nel precedente capitolo, ad oggi Google è una multinazionale americana nel campo tecnologico, specializzata in servizi e prodotti legati al Web che includono tecnologie per l'advertisement online, strumenti di ricerca, cloud computing, software e hardware. L'idea nacque nel 1997, quando Sergey Brin e Larry Page decisero di collaborare per scrivere una tesi di dottorato: l'obiettivo era trovare nuovi modi per estrarre informazioni significative da grandi montagne di dati⁸². Per farlo, Page decise di analizzare i collegamenti sul Web tramite un sistema di classificazione secondo cui i siti con il maggior numero di link puntati erano più importanti di quelli con pochi link puntati. I due dottorandi idearono persino un motore di ricerca primitivo, il cosiddetto "*BackRub*", che analizzava i link in entrata a una pagina Web. Senza rendersene conto, erano riusciti a sviluppare il primo sistema di classificazione per Internet, che in seguito avrebbe risolto uno dei problemi principali della ricerca di informazioni sul Web. BackRub fu, originariamente, impiegato nell'ambito universitario, ma la sua rapida espansione lo portò a necessitare di potenzialità che l'ambiente accademico non poteva offrire.

Google Inc. verrà formalmente registrata il 7 settembre 1998, il nome deriva da un termine matematico, "*googol*": un numero composto dal numero uno come iniziale, seguito da cento zeri. Nel giro di pochi mesi, Google forniva abitualmente 500.000 ricerche al giorno. Per far sì che l'azienda potesse aumentare la potenza di calcolo era necessaria un'ingente quantità di investimenti. A tal fine, Brin e Page si rivolsero a due delle più prestigiose società di venture capital della Silicon Valley per ottenere ulteriori finanziamenti: Kleiner Perkins Caufield & Byers e Sequoia Capital, le quali investirono 12,5 milioni di dollari ciascuna.

Allo stesso tempo il servizio del motore di ricerca cominciò ad approcciarsi verso le lingue straniere: francese, tedesco, italiano, spagnolo, portoghese, svedese, olandese, norvegese, danese e finlandese. Per offrire un servizio più completo, verrà successivamente proposto anche in cinese, giapponese e coreano, fino ad arrivare alle 150 lingue in cui è oggi disponibile.

⁸² A metà degli anni Novanta era molto difficile trovare informazioni su Internet: non regolamentato, non organizzato e indisciplinato. Era l'epoca dei motori di ricerca di prima generazione come WebCrawler, Lycos, Magellan, Infoseek, Excite e HotBot. [Cfr. D. Vise, M. Malseed "*The Google Story*", pag. 5].

È possibile enumerare, sinteticamente, le principali attività in cui l'azienda opera ed i servizi che ha reso disponibili ai clienti nel corso degli anni:

- *Google AdWords*: lanciato nel 2000, è un programma di advertisement autogestito che consentiva, a chi ne avesse fatto uso, di effettuare un targeting per parola chiave e ricevere un feedback sul rendimento. Ulteriormente, permetteva ai fruitori di rendersi facilmente rintracciabili, perfino ai piccoli business. Tale strumento permise a Google di ottimizzare l'offerta del servizio, trasformandola in un business a tutti gli effetti.
- *Gmail*: servizio di posta elettronica lanciato nel 2004, la sua realizzazione è stata perseguita con il fine ultimo di offrire all'utente finale un insieme di servizi gratuiti all'interno di una sola piattaforma.
- *YouTube*: acquisita nel 2006, è la piattaforma video più conosciuta la mondo ed il suo acquisto fa parte della strategia di diversificazione adottata da Google per continuare la propria espansione.
- *Google Chrome*: browser rilasciato nel 2008, è stato realizzato per fornire un'esperienza di navigazione internet che ovviasse a problematiche di sicurezza, lentezza nella navigazione e scarsa stabilità del browser.
- *Android*: è un sistema operativo (ad oggi il più utilizzato al mondo) acquistato nel 2005, ha permesso a Google di accedere al mercato dei dispositivi mobili ed hardware.
- *Google Play*: è un app store per offrire servizi ai dispositivi mobili Android.
- *Google X*: è una divisione creata nel 2010 per lo sviluppo di tecnologie avanzate (come le auto a guida autonoma).⁸³

Questo elenco è la sintesi di un'attività di diversificazione portata avanti dall'azienda dal 2002 in poi, che l'ha spinta a divenire una delle più rilevanti multinazionali a livello mondiale. A dimostrazione di ciò, nel 2004 Google lanciò una IPO, quotandosi alla borsa di Wall Street, con un prezzo di emissione (issue price) pari a 85\$ per azione (la cui totalità si aggirava intorno alle 19,6 milioni).⁸⁴

L'intento di Google non era quello di diventare un'azienda convenzionale, piuttosto, il fine ultimo consisteva nell'avere un impatto positivo, come dimostra una delle dichiarazioni dell'azienda alla Security Exchange Commission⁸⁵ (c.d. SEC):

⁸³ Fonte: <https://about.google/intl/it/products/>

⁸⁴ Così, D. Vise, M. Malseed "The Google Story", pag. 9.

⁸⁵ La SEC è l'ente federale statunitense il cui scopo è vigilare la borsa valori.

“Aspiriamo a fare di Google un'istituzione che renda il mondo un posto migliore. Stiamo per creare la fondazione Google e intendiamo contribuire con risorse significative, con [...] e circa l'1% dei profitti e delle azioni di Google.”⁸⁶

Pertanto, Google si sarebbe evoluta il più possibile al di fuori dei tradizionali schemi di gerarchia che contrassegnavano le altre imprese. Tale idea custodiva a pieno la visione di Page e Brin, i quali credevano che gli individui dovessero essere in grado di autogestirsi, e ciò riguardava tanto i dipendenti quanto i clienti. A tale proposito, è interessante riprendere un episodio riguardante il servizio di customer care: il team di assistenza clienti evidenziò a Page l'urgenza di espanderlo, in quanto man mano che l'azienda cresceva il team non riusciva a stare al passo con gli utenti, Page quindi suggerì di fare in modo che gli utenti si potessero aiutare l'un l'altro. Da qui nacque *Google Help Forums*, piattaforma in cui i clienti potevano condividere esperienze in merito ai prodotti Google, aiutandosi a sciogliere dubbi e risolvere problematiche.

Dal 2010 Google è integralmente controllata da Alphabet, rappresentandone il suo maggiore asset: difatti, il fatturato derivante dalle c.d. *other bets* (attività dissimili da quelle riguardanti Google) risulta accessorio a confronto con il fatturato consolidato di Alphabet⁸⁷.

3.2 MISSION

La *mission* consiste nell'obiettivo generale che l'organizzazione persegue e che vuole raggiungere nel lungo termine: indica il motivo per cui essa esiste e racchiude valori e visione internamente condivisi. La funzione principale della mission è quella comunicativa, in modo tale che tutti gli stakeholder possano identificarsi nell'impresa e possano agire coerentemente con essa. Pertanto, per un'organizzazione definire la mission significa:

- Chiarire l'attività svolta
- Fare una promessa ai clienti
- Dichiarare i valori dell'impresa

Il concetto di *vision*, invece, fa riferimento ai fini perseguiti attraverso le procedure operative dell'organizzazione. Comprende la performance generale (ossia la redditività), l'acquisizione di risorse, la quota o posizione nel mercato desiderata dall'organizzazione, lo sviluppo del personale

⁸⁶S-1 Registration Statement alla SEC (Registrazione n. 333-114984

<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000119312504142742/ds1a.htm>)

⁸⁷ Come si può leggere nell'Annual Report di Alphabet riferito al periodo fiscale 2021, il 99% del fatturato consolidato della holding deriva da Google. (https://abc.xyz/investor/static/pdf/20220202_alphabet_10K.pdf?cache=fc81690).

(in termini di formazione, sicurezza, crescita), l'innovazione e il cambiamento, ed infine l'output prodotto (ovvero la produttività). La vision, in sostanza, serve per guidare i soggetti parte dell'organizzazione al perseguimento della mission, ricoprendo in questo modo, funzione di direzione e motivazione per i dipendenti.

Page e Brin hanno svolto un ruolo essenziale nel creare l'ambiente di Google che, ancora oggi, spinge all'innovazione.⁸⁸ In quanto motore di Ricerca, Google afferma che il suo scopo è quello di “*organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e utili*”⁸⁹, questa locuzione pone l'utente al centro della mission aziendale, per offrirgli un efficace e veloce servizio di ricerca che demolisca i limiti linguistici per raggiungere i soggetti “*Worldwide*” sia tramite computer che dispositivi mobili. Ulteriormente, la mission stabilisce una serie di regole per i programmi pubblicitari da cui giungono i maggiori guadagni dell'impresa: per servire gli utenti (inserzionisti e non) Google si è impegnata a garantire che gli annunci che emergono nelle pagine dei risultati siano sempre attinenti, non ostruiscano la possibilità di visualizzare i contenuti richiesti e siano continuamente e comprensibilmente individuati come *link sponsorizzati* per non pregiudicare l'integrità dei risultati di ricerca.

Ultimo elemento chiave della mission di Google interessa la cultura. Nel 1997, quando entrambi erano ancora studenti a Stanford, Page e Brin delinearono quelle che sarebbero divenute le basi della loro filosofia commentando alcuni dei difetti insiti nei motori di ricerca a loro contemporanei, che fornivano troppe corrispondenze di bassa qualità.⁹⁰ L'idea consiste nel creare un ambiente informale che stimoli la creatività e premi i successi contribuendo allo sviluppo dell'azienda: per questo la stessa ritiene che i dipendenti dovrebbero avere il diritto di utilizzare il 20% del loro tempo per iniziative individuali oltre che per le mansioni ordinarie (da qui sono nati Google News, Google Voice e Google Shopping)⁹¹. Ulteriore componente interessante della cultura aziendale di Google è l'estrema selettività nella scelta dei dipendenti: nei primi anni di vita dell'azienda, i valori di ogni candidato erano particolarmente enfatizzati ed esaminati personalmente dai fondatori (ancora nel 2010, Page era coinvolto nelle assunzioni). Per questo motivo, agli albori, Google era solita assumere neo-laureati piuttosto che ingegneri provenienti dall'industria informatica. Nonostante nel corso del tempo tale prassi sia cambiata, ancora oggi l'azienda è attenta a garantire che i potenziali dipendenti non abbiano avuto la possibilità di specializzarsi troppo. Google

⁸⁸ Cfr. A. Steiber “*The Google model*”, pag. 42.

⁸⁹ Fonte: https://about.google/intl/ALL_it/

⁹⁰ Così, A. Steiber “*The Google model*”.

⁹¹ K. Auletta, “*Effetto Google – la fine del mondo come lo conosciamo*”, pag. 351 – 354.

preferisce individui con un grande potenziale piuttosto che specialisti in un'area specifica.⁹² Brin e Page sono fermamente convinti che non basti eccellere, bisogna piuttosto sfruttare tutte le risorse per arrivare più lontano del previsto, per questo l'innovazione è sempre stata centrale nel processo di crescita di Google, la quale è sempre rimasta fedele al compito di avvantaggiare gli utenti⁹³. Grazie agli obiettivi prestabiliti fin dalla fondazione, Google è oggi una delle organizzazioni più riconosciute a livello mondiale, difatti, il 70% delle ricerche nel mondo avviene per mezzo del suo motore di ricerca.⁹⁴

3.3 PRECEDENTI INDAGINI ANTITRUST IN CUI È STATA COINVOLTA

È doveroso, a questo punto, fare un breve excursus storico in merito al coinvolgimento di Google in altre indagini antitrust, i capi d'accusa mossi dall'Unione Europea contro la stessa.

L'azienda è entrata nel mirino dell'antitrust a partire dal 2007, in seguito all'acquisizione di DoubleClick⁹⁵ per 3,1 miliardi di dollari⁹⁶. Tanto le autorità antitrust statunitensi quanto quelle europee, preoccupate dal potere che Google avrebbe ottenuto, hanno fatto in modo di garantire che l'acquisizione non violasse le norme di concorrenza: dopo una serie di accertamenti, la Federal Trade Commission⁹⁷ e l'UE chiusero il procedimento rendendo legittima l'acquisizione. La FTC aprì una ulteriore inchiesta antitrust nel febbraio 2008, dopo un'offerta sfavorevole da parte di Microsoft per acquisire Yahoo!. Quest'ultima riuscì ad impedire l'acquisizione grazie al sostegno di Google: in questo quadro le aziende iniziarono a stringere accordi per avviare una collaborazione che venne però valutata come un rischio per la concorrenza, motivo per cui gli accordi verranno interrotti⁹⁸.

Nel 2009 Google sarà ancora sul banco d'accusa su tre aspetti:

- in Italia la FIEG impugna contro Google di *“aggregare i contenuti giornalistici di una molteplicità di editori secondo criteri non pubblici regolati da un algoritmo coperto da*

⁹² Così, A. Steiber *“The Google model”*, pag. 42.

⁹³ K. Auletta, *“Effetto Google – la fine del mondo come lo conosciamo”*, pag. 97.

⁹⁴ A. Sutherland, *“The story of Google”* pag. 4.

⁹⁵ Società di pubblicità online.

⁹⁶ Fonte: <https://www.nytimes.com/2007/04/14/technology/14DoubleClick.html>.

⁹⁷ Si rimanda allo Statement n. 071 – 0170 disponibile sul sito

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf

⁹⁸ *“Il Dipartimento ha affermato che, se attuato, l'accordo tra le due società che rappresentano il 90% o più di ciascun mercato rilevante potrebbe danneggiare la concorrenza nei mercati della pubblicità di ricerca su Internet”*. Fonte: <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/November/08-at-981.html>

segreto industriale” e in questo modo l’editore non avrebbe la possibilità di controllare quali dei contenuti possano essere indicizzati e resi accessibili con Google News⁹⁹;

- Foundem¹⁰⁰ muove accuse relative alla manipolazione dell’algoritmo di ricerca¹⁰¹;
- Negli Stati Uniti la Federal Trade Commission inquisisce su potenziali legami dell’azienda con Apple a causa di Eric Schmidt (Ceo di Google) e Arthur Levinson, parte dei C.d.A. di entrambe le compagnie.

Le autorità antitrust di tutto il mondo hanno continuato, nel tempo, ad investigare su qualsiasi servizio offerto dal colosso di Mountain View: più l’azienda si espandeva, più le inchieste crescevano. Di seguito un elenco (sintetico) di altri casi in cui Google è stata coinvolta:

- l’accusa contro Google Books per la violazione del copyright nel 2015: Google Books (piattaforma che offre libri digitali) era stata oggetto d’indagine, ma, il Secondo Circuito della Corte d’Appello Federale degli Stati Uniti dichiarerà che l’operato di Google Books ricade nel *fair use*, costituendo un patrimonio di conoscenza pubblico e benefico a livello mondiale.¹⁰²;
- nel 2021, contro LG e Samsung per abuso di posizione dominante: secondo l’autorità antitrust coreana, l’azienda di Mountain View ha costretto LG e Samsung a firmare un accordo che vieta l’installazione di versioni modificate di Android sui loro dispositivi mobili¹⁰³;
- per acquisizioni come quella di Ita Software¹⁰⁴ nel 2011, che avrebbe potuto conferire a Google la supremazia sull’intero settore e per l’alterazione dei risultati di ricerca.

3.4 LA FATTISPECIE: GOOGLE ED ENEL X ITALIA

Il caso di specie vede avversi Google e la società Enel X Italia. La prima è la multinazionale cui fanno capo i prodotti essenziali tra cui, per quanto qui di interesse: *Android*, sistema operativo per smartphone e tablet intorno a cui è stato costruito un ecosistema che comprende *Google Play* (app

⁹⁹L’ACGM apre un’istruttoria che si concluderà con l’accettazione degli impegni indicati da Google. Fonte: Provvedimento A420 <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2009/8/alias-3602>.

¹⁰⁰ Motore di ricerca che ha la funzione di comparare i prezzi.

¹⁰¹ Per approfondire la vicenda si rimanda al testo A. Raff, S. Raff, “*Foundem – Google Antitrust: a timeline of significant events*”.

¹⁰²Fonte: <https://www.sib.it/flash-news/google-books-non-viola-la-legge-americana-sul-diritto-autore/>.

¹⁰³Fonte: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-09-14/south-korea-fines-google-for-abusing-smartphone-dominance>.

¹⁰⁴ Start-up specializzata nella vendita di biglietti online.

store) e la piattaforma *Android Auto*, la quale dà la possibilità all'utente di visualizzare sullo schermo dell'auto, utilizzare tramite i comandi del veicolo e comandi vocali di alcune app. La seconda società, invece, è parte del Gruppo Enel (attivo a livello internazionale, specialmente nel campo dell'energia elettrica), fornisce ai consumatori finali servizi per la mobilità elettrica in veste di *Mobility Service Provider*, opera come *Charging Point Operator*. Enel X Italia ha creato l'applicazione *JuicePass* con il fine di far sì che i clienti finali avessero a propria disposizione servizi attinenti alla ricarica dei veicoli elettrici (ricerca di colonnine di ricarica, navigazione, prenotazione e gestione della sessione di ricarica), eppure nei due anni seguenti lo sviluppo, l'app non è stata presente su *Android Auto*. Malgrado le continue richieste di Enel X Italia, Google non ha mai allestito le soluzioni informatiche opportune affinché *JuicePass* potesse essere fruibile su *Android Auto*, impedendo, in questo modo, ad Enel X di vedere la propria app disponibile sulla piattaforma e ai consumatori di usufruire della stessa. Alla luce di ciò, ed in seguito ad un avviso da parte di Enel X, l'8 maggio 2019 è stata avviata la procedura istruttoria da parte dell'Autorità nei confronti di Google.

1) L'accertamento della posizione dominante

L'indagine è iniziata con l'*accertamento della posizione dominante* dell'azienda: è stato verificato che il 90% delle applicazioni per dispositivi Android viene scaricato da Google Play Store (nel 2016 era pre-installato in quasi il 100% dei dispositivi mobili Android¹⁰⁵). Inoltre, altrettanto oggetto di verifica è stato il motore di ricerca Google Search, il quale possiede, nella maggior parte dei paesi SEE¹⁰⁶, quote superiori al 90%. Infine, in relazione ai sistemi operativi che possono essere concessi in licenza, è indubbio che Google detenga una quota superiore al 95% (nel 2016 si aggirava intorno al 96,4%¹⁰⁷) nel mercato in analisi, il quale, nondimeno, è protetto da rilevanti barriere all'ingresso causate da:

- ingenti risorse finanziarie necessarie per accedervi
- *effetti di rete*, per cui più i consumatori fanno uso di un sistema operativo, più i programmatori svilupperanno applicazioni compatibili.

¹⁰⁵ Provvedimento AGCM n. 29645, pag. 8.

¹⁰⁶ Il SEE costituisce lo Spazio Economico Europeo, istituito nel 1994 con il fine di estendere le disposizioni applicate dall'Unione Europea al proprio mercato interno ai paesi come la Norvegia, l'Islanda ed il Lichtenstein. Fonte: *Note sintetiche sull'Unione europea* (https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_5.5.3.pdf).

¹⁰⁷ Provvedimento AGCM n. 29645, pag. 5.

Ulteriormente, considerato che quasi tre quarti degli smartphone e circa la metà dei tablet degli italiani impiegano un sistema operativo Android, uno sviluppatore che voglia assicurare la più ampia diffusione alla propria app deve rivolgersi all'ecosistema di progettazione Android.

Pertanto, le analisi che la Commissione europea ha svolto per definire i mercati e la posizione predominante di Google, nel caso che interessava il comportamento dell'azienda verso i produttori di dispositivi mobili¹⁰⁸, restano opportune nel caso in esame, che rivede la condotta di Google nei confronti di una classe di sviluppatori di app: “*La Commissione conclude che Google detiene una posizione dominante in tutti i mercati nazionali dei servizi di ricerca generali dal 2008, ad eccezione della Repubblica Ceca, in cui Google occupa una posizione dominante dal 2011.*”¹⁰⁹

Nel capitolo precedente è stato accennato che la posizione dominante di Google (nell'ambito dei prodotti digitali) è di tale spessore e ampiezza da fare dell'organizzazione un gatekeeper per gli app developers che vogliono raggiungere i consumatori finali¹¹⁰. Ma in sostanza, cosa si intende per gatekeeping? Il concetto fa capo al *Digital Markets Act* (DMA), atto normativo finalizzato a consolidare i rapporti di forza con le multinazionali del settore tech a causa dei crescenti comportamenti anticoncorrenziali e abusivi sul mercato digitale. Il DMA opera ex ante, definendo da un lato obblighi per facilitare la concorrenza, dall'altro, limitazioni nell'esecuzione di attività commerciali inserite dalla Commissione europea c.d. *black list*:

- *Leveraging*: abuso della propria posizione dominante per coprire nuovi mercati;
- *Self preferencing*: immeritata predilezione, sulla piattaforma, dei propri prodotti e servizi, a danno dei prodotti offerti da altre società;
- *Pratiche ingiustificate di tying e bundling*: ossia la vendita o l'offerta congiunta di beni e/o servizi diversi senza un'idonea spiegazione;
- *Rifiuto indebito di adottare soluzioni di interoperabilità*: ciò potrebbe rendere complicato o perfino impossibile, per imprese e utenti, sostituire la piattaforma.¹¹¹

¹⁰⁸ Riferimento al caso AT39740 – Google Search (Shopping) del 2007, in cui l'azienda è stata accusata dalla CE di favorire i propri servizi nel motore di ricerca, per la Corte non è ammissibile che i prodotti offerti su Google Shopping siano posti in cima ai risultati di ricerca. Per approfondire il caso si rimanda alla decisione della Commissione del 27.06.2017 (Fonte: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf).

¹⁰⁹ C – 4444, Decisione della Commissione del 27.06.2017, pag. 57.

¹¹⁰ La valutazione è sostenuta da due variabili (1) sistema operativo e app store sono fruibili a livello mondiale, (2) Google possiede una considerevole forza finanziaria.

¹¹¹ Fonte: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>

La nozione di “gatekeeper” si riferisce ad un agente economico che controlla un punto di accesso (gateway) in un mercato agli utenti finali. Quindi, ai sensi del DMA, per essere designate come *gatekeeper*, le aziende devono (1) fornire servizi come browser, messenger o social media, (2) avere fatturato annuo di 7,5 miliardi di euro o una capitalizzazione media di 75 miliardi di euro, e infine, (3) presentare almeno 45 milioni di utenti finali mensili nell'UE e 10.000 utenti commerciali annuali. Google rientra in questa categoria in quanto si pone in punti di accesso per gli utenti professionali tramite sistema operativo e negozio di app decidendo quali sviluppatori e quali app possono raggiungere gli utenti e quali no; fornisce i servizi sopra indicati; il giro d'affari realizzato nel 2020 si aggira intorno ai 160 miliardi di euro.

2) Il mercato rilevante

Com'è noto, per definire la posizione dominante bisogna, contestualmente, definire il mercato rilevante. Tuttavia, circoscrivere il mercato rilevante di Google è complesso, in quanto i servizi offerti sono molteplici. Con riferimento alla fattispecie in esame, giungono in rilievo due mercati rilevanti (con dimensione geografica mondiale ad eccezione della Cina), entrambi determinati dalla Commissione Europea nella conclusione sul caso AT.40099 – Google Android:

- mercato della concessione di licenze per sistemi operativi per dispositivi mobili, in cui Google è partecipe mediante Android;
- mercato degli store di vendita di applicazioni per Android, in cui Google è presente con Google Play.

Android è una piattaforma che mette in collegamento i produttori di dispositivi mobili, gli app developer e gli utenti finali. In relazione al primo mercato (concessione di licenze), il sistema operativo iOS (di Apple) non viene dato in licenza e, di conseguenza, non fa parte dello stesso mercato rilevante di Android. Nonostante Google abbia evidenziato che Apple CarPlay potrebbe essere licenziabile, bisogna comunque tenere a mente che si tratta di ecosistemi diversi in cui, per quanto di interesse:

- gli utenti finali non possono avvalersi delle app sviluppate per un sistema operativo diverso da quello presente sul proprio smartphone né per la relativa estensione all'ambiente auto;
- i developers devono concepire le proprie app attenendosi agli strumenti di programmazione adeguati per i due sistemi operativi e per le relative estensioni all'ambiente auto.

Alla luce di ciò, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha dichiarato che: *“Per sviluppare app compatibili con Android Auto, gli sviluppatori utilizzano gli strumenti di programmazione resi disponibili da Google e non potrebbero utilizzarne altri. [...] Google è la*

*sola fonte degli strumenti di programmazione necessari per sviluppare app pubblicabili su Android Auto. Google si trova, pertanto, nella posizione di decidere quali app possono essere presenti su Android Auto e quali no, così frapponendosi tra gli sviluppatori e gli utenti finali*¹¹².

I mercati rilevanti già menzionati si collocano all'inizio della superficie concorrenziale che racchiude sia le app di riguardanti la ricarica elettrica (*approccio specialistico*), sia le app di navigazione che, andando oltre il mero servizio di ricerca, comprendono anche le colonnine di ricarica aggiungendole ai punti di interesse nelle mappe (*approccio generalista*). Siffatta analisi evidenzia l'esistenza di un'area di sovrapposizione (e, di conseguenza, di sostituibilità) connessa con la possibilità di ricerca delle colonnine di ricarica e delle informazioni importanti per la ricarica stessa¹¹³: è qui che si fanno strada le conseguenze della condotta di Google oggetto di analisi in questo elaborato, la cui determinazione nasce dal rapporto concorrenziale che intercorre tra le app di servizi per la ricarica elettrica (JuicePass), e le app di navigazione (Google Maps), suddividendosi in:

- *Concorrenza effettiva*, le funzioni di ricarica offerte dalle app di navigazione e le app di servizi per la ricarica elettrica esaudiscono gli stessi bisogni dell'utente;
- *Concorrenza potenziale*, esiste un rapporto competitivo che nasce dall'importanza della funzione di ricerca per la scelta dell'utente circa la colonnina presso cui fare la ricarica, che si estende alle funzioni, correnti o future, legate alle colonnine e ai servizi corrispondenti, con cui le app di navigazione possono estendere il proprio raggio d'azione;
- *Concorrenza per utenti e dati*, i due tipi di app si contendono il rapporto con l'utente, che costituisce un asset per tutte le attività commerciali (per le app di navigazione contano la quantità di utenti e il livello di attività svolto; per le app di servizi connessi alla ricarica elettrica pesano la cifra di utenti e l'avverarsi della ricarica).

Sul piano geografico, l'analisi si estende per tutto il territorio italiano: avendo i servizi offerti da JuicePass e Google Maps carattere locale, la considerazione degli ambiti spaziali non può oltrepassare il territorio nazionale.¹¹⁴

3) Android Auto

¹¹² Provvedimento n. 29645, A529 – Google/Compatibilità App Enel X Italia con sistema Android Auto. (Fonte: [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/D7C5BF86903B8387C12586D800495AB1/\\$File/p29645.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/D7C5BF86903B8387C12586D800495AB1/$File/p29645.pdf)).

¹¹³ Si fa riferimento all'esatta localizzazione, il numero e le tipologie di presa, gli orari di apertura e la disponibilità.

¹¹⁴ Cfr. A529 – AGCM Google/Compatibilità App Enel X Italia con Android Auto pag. 97 – 99.

A questo punto sembra lecito approfondire Android Auto e le sue funzionalità. Quest'ultima è un'estensione di Android che permette l'uso degli smartphone che fruiscono del medesimo sistema operativo quando l'utente è alla guida, in condizioni di sicurezza e di contenimento della distrazione.

Google Play è la piattaforma tramite cui gli utenti Android possono accedere alle app, la pubblicazione sulla prima rende compatibile l'app con Android Auto. Quindi, ai fini della diffusione di una app su Android Auto, bisogna che la stessa soddisfi due requisiti: (1) l'app deve essere sviluppata con gli strumenti di programmazione disposti da Google per Android Auto¹¹⁵ (2) l'app deve essere distribuita mediante Google Play.

Con l'obiettivo di stimare il comportamento del colosso di Mountain View, Android e Google Play rappresentano il punto di partenza essenziale per lo sviluppo ed il funzionamento di Android Auto: sono piattaforme che mettono in rapporto gli utenti professionali (developers) e gli utenti finali di app per smartphone e tablet tracciando, in questo modo, l'estensione di mercato di Android Auto. Quest'ultima, circoscrive l'insieme di app che possono essere utilizzate in sicurezza durante la guida, indirizzando, in questo modo, l'offerta verso gli utenti che sono interessati, in veste di app developers o di utilizzatori, alle applicazioni per l'ambiente di un veicolo.

Android Auto sfrutta la connessione dati dello smartphone collegato all'auto, e ciò risulta di particolare interesse per applicazioni che devono essere utilizzate online come *JuicePass* la cui funzione di prenotazione richiede che si verifichi in tempo reale la concreta disponibilità delle colonnine di ricarica. Inoltre, consente al conducente di chiamare, inviare e ricevere messaggi, ascoltare contenuti audio, usare applicazioni di messaggistica e app di navigazione Google: queste attività rientrano tra le più importanti per un soggetto alla guida di un veicolo.

Con riferimento alle case automobilistiche, Android Auto si può definire un vero e proprio *standard di mercato*: la grandissima maggioranza delle case automobilistiche (figurano il 98% delle auto distribuite in Italia) ha reso i propri sistemi di infotainment compatibili con Android Auto. Perfino le app delle stesse case automobilistiche¹¹⁶ sono presenti su Android Auto: questo costituisce un indicatore di quanto la piattaforma sia considerata importante per raggiungere gli utenti finali.

Allo stesso modo, gli app developers mostrano un'attenzione particolare verso Android Auto: tanto le applicazioni che ambiscono ad un'ampia platea di utenti¹¹⁷, quanto quelle che già hanno

¹¹⁵ Template, Actions-on-Google, Collaborazione per lo sviluppo di una custom app. (Cfr. A529 – AGCM Google/Compatibilità App Enel X Italia con Android Auto pag. 111).

¹¹⁶ Un esempio sono le app *Land Rover Remote* e *myAudi*.

¹¹⁷ È il caso di app come *Spotify*, *Stitcher* e *Deezer*.

una vasta platea di utenti, sono presenti sulla piattaforma o hanno espresso interesse nell'esserlo. Inoltre, il pubblico dei soggetti che posseggono dispositivi con sistema operativo Android risulta molto ampio, a dimostrazione di ciò in Italia quasi i tre quarti dei dispositivi mobili dipendono dal sistema operativo Android e risultano, di conseguenza, compatibili con Android Auto. In sostanza, l'evidenza dimostra che (1) per le app è ormai indispensabile, e non un'alternativa, la presenza su Google Play e Android Auto¹¹⁸ ; (2) gli sviluppatori devono attenersi alle condizioni di pubblicazione delle app in quanto dipendono da Google.¹¹⁹

4) JuicePass

L'applicazione JuicePass, prima denominata Enel X Recharge, consente di:

- prenotare un punto di ricarica;
- iniziare, sospendere, monitorare e pagare la sessione di ricarica;
- ricercare e vedere su una mappa le installazioni di ricarica accedendo ad informazioni per l'effettuazione della stessa;¹²⁰
- conoscere ed essere guidati tramite gli itinerari per giungere alla colonnina di ricarica di interesse.

Le ultime due funzioni fanno parte di quelle proprie delle app di navigazione, ossia ricerca, visualizzazione e navigazione verso punti di interesse (in questo caso, installazioni di ricarica per auto elettriche), nonostante la funzione essenziale dell'app in questione resti la prenotazione delle colonnine di ricarica. Comunque, è bene evidenziare che JuicePass, per offrire questi servizi, utilizza le mappe del sistema operativo nel dispositivo: Google Maps per Android e Apple Maps per iOS. Ulteriormente, i tempi di ricarica di una vettura elettrica risultano estremamente lunghi rispetto al tradizionale rifornimento di carburanti (quarantacinque minuti per una city car e due ore per un'auto media): è per questo fondamentale che al fruitore venga garantito di trovare la colonnina di interesse libera al suo arrivo (e non in uso da altro utente).

JuicePass è fruibile su Google Play da maggio 2018 ma, nonostante le ripetute richieste da parte di Enel X Italia rispetto all'integrazione in Android Auto, è rimasta al di fuori della piattaforma. Come dimostrato dai verbali, *“Enel X ha contattato Google fin dall'inizio del progetto di portare JuicePass su Android Auto, [...] per chiedere supporto su come procedere. Poiché Google aveva reso disponibili strumenti di programmazione solo per app appartenenti alle categorie media e messaggistica, Enel X ha sviluppato la app JuicePass per Android Auto utilizzando, su indicazione*

¹¹⁸ Provvedimento AGCM n. 29645, pag. 10 – 17.

¹¹⁹ Cfr. A529 – AGCM Google/Compatibilità App Enel X Italia con Android Auto pag. 112.

¹²⁰ Tipologia di presa, potenza massima erogabile, stallo della presa, disponibilità della colonnina etc.

di Google, gli strumenti di programmazione per le app di messaggistica, ritenendoli più aderenti al proprio caso”¹²¹. Tale versione di JuicePass, secondo Enel X, rispettava le linee guida per gli sviluppatori pubblicate da Google: negando l’integrazione di JuicePass in Android Auto, Google ha favorito la propria app Google Maps, fruibile sulla piattaforma e che fornisce, allo stesso modo di JuicePass, servizi adeguati alla ricarica elettrica.

5) Google Maps

A proposito di Google Maps, questa costituisce una applicazione di navigazione che permette al fruitore di individuare, su una mappa, i punti di interesse e di accedere a informazioni sui medesimi, tra cui le colonnine di ricarica. La funzione era presente da ottobre 2018, ma nel corso del 2019 verrà resa disponibile anche su Android Auto; nello specifico, era diventato possibile localizzare le colonnine di ricarica, insieme ad alcune informazioni di dettaglio.

Riguardo l’estensione di Google Maps, il numero di utenti unici giornalieri nel 2018 era di [5-10 milioni], nel 2019 di [5-10 milioni]. Google ha comunque chiarito che quasi tutti i produttori di dispositivi mobili Android hanno deciso di pre-installare Google Maps sugli smartphone tramite accordi di licenza.

Enel X Italia sostiene che durante il procedimento istruttorio Google abbia aggiornato Google Maps introducendo la possibilità di pagare la ricarica dei veicoli. Google ha, di contro, affermato di non proporre (e di non averlo in programma) servizio di prenotazione di colonnine tramite Google Maps, nonostante l’obiettivo principale sia quello di *“assistere gli utenti a verificare attraverso Google Maps quali opzioni di pagamento siano disponibili presso una data colonnina di ricarica. [...] Per migliorare l’esperienza di ricarica, in futuro Google Maps potrebbe aiutare gli utenti a collegarsi ad app o siti web gestiti da tali MSP al momento opportuno nel corso del loro tragitto, ad esempio all’arrivo presso una stazione di ricarica”*¹²². Nonostante queste dichiarazioni, si è dimostrato alla chiarezza degli atti, che l’integrazione di una funzione di prenotazione si annovera tra gli obiettivi futuri di Google. Nello specifico, vi sono evidenze che comprovano gli investimenti di Google in asset per migliorare i servizi di mobilità elettrica offerti tramite Google Maps sul territorio italiano:

- Google ha acquistato dati sulle colonnine di ricarica in Italia;
- Google ha sviluppato il GELFS (Google EV Location Feed Specification), un formato per i dati sulle colonnine di ricarica nei prodotti Google;
- Google intende alimentare il flusso di dati sulle colonnine di ricarica tramite GELFS.

¹²¹ Verbale dell’audizione di Enel X Italia, 10 ottobre 2019.

¹²² Risposta di Google del 17 luglio 2020.

GELFS indica, quindi, le informazioni che Google considera importanti per la ricerca dei punti di ricarica di veicoli elettrici. Nello specificare i dati che l'azienda potrebbe procurarsi qualora Enel X Italia integrasse le informazioni sulle colonnine di ricarica in Google Maps, il colosso di Mountain View replica, sostanzialmente, il contenuto di GELFS.

6) Il comportamento di Google

L'oggetto di approfondimento di tale elaborato nasce dalla rivendicazione di Enel X Italia di vedere JuicePass, la quale risultava compatibile con i template di Google per le app di messaggistica, disponibile su Google Play in versione compatibile con Android Auto. L'azienda di Mountain View nega la pubblicazione dell'app ad Enel X Italia, argomentando che solo le app di messaggistica e di media possono essere presenti su Android Auto. Da qui segue un contraddittorio tra le due aziende, in cui Enel X Italia chiede la realizzazione di una versione della propria app compatibile con Android Auto e Google propone opzioni che non trattano la richiesta vera e propria.

Siffatta situazione, che si intreccia con la volontà di Google di prendere il Gruppo Enel come cliente per servizi di risorse visualizzate sui propri server, ed Enel X Italia come partner per integrare le informazioni sulle colonnine in Google Maps secondo il formato GELFS, è riassunta in un'e-mail del referente per l'Italia dell'acquisizione di flussi di dati sulle colonnine di ricarica: *“In questo caso abbiamo una complicata relazione triangolata tra i team Cloud, Android Auto e GPP¹²³ in cui Cloud spinge per le vendite e il cliente vuole fare leva su questo per ottenere ulteriori vantaggi dal prodotto (integrare la sua app su Android Auto e i suoi dati su Google Maps), cosa che siamo interessati a fare ma con le nostre tempistiche di prodotto. La trattativa è sia interna che esterna”*.

Google chiarisce che la mancata pubblicazione di JuicePass dipende da un approccio aziendale che fa capo ad esigenze di sicurezza dell'industria automobilistica, alle preferenze dei clienti e ai vincoli di risorse disponibili: in sostanza, l'implementazione dell'attività di pubblicazione di un'app è possibile solo se questa è considerata prioritaria. In questo senso, Google ha identificato le seguenti classi di app sulle quali concentrare i propri mezzi:

- Due categorie basate su template che interessano le app di media e messaggistica;

¹²³ Global Product Partnerships.

- Due categorie che non hanno limiti di template e si riferiscono alle app di navigazione native e le custom app, tra cui quelle realizzate dalle case automobilistiche.

In questo senso, JuicePass non rientra nella categoria delle app di navigazione, in quanto impiega la navigazione per scopi diversi. Con il fine di dimostrare che Google non stia indebitamente avvantaggiando le proprie app, emerge, nondimeno, che non esistono una classificazione pubblica né una interna di cosa si intenda per app di media, messaggistica e navigazione.

Nel corso delle negoziazioni, da settembre 2018 a marzo 2019, Google propone a Enel X Italia le seguenti alternative:

- (i) cooperazione con le case automobilistiche per sviluppare versioni di JuicePass compatibili con i sistemi di infotainment delle auto;
- (ii) integrazione delle informazioni di dettaglio sulle colonnine di ricarica in Google Maps;
- (iii) utilizzo di JuicePass tramite Actions-on-Google¹²⁴.

Come si può notare, nessuna delle tre opzioni assolve alla richiesta di Enel X Italia. Google argomenta ritenendo che, essendo JuicePass un'app per servizi di prenotazione e di navigazione, non sarebbe in grado di valutare quando Android Auto sarebbe in grado di accogliere app simili. Successivamente all'apertura della fase istruttoria le due aziende hanno avuto un ultimo contatto, in cui Google avrebbe presentato a Enel X Italia la possibilità di sottoscrivere un accordo di riservatezza, per accedere ad un trattamento avvantaggiato in termini di tempistiche di diffusione di JuicePass su Android Auto (diventando un *early access partner*¹²⁵); in merito, Enel X Italia, dopo aver avvisato l'Autorità, ha effettuato richieste di chiarimento riguardo le peculiarità della soluzione prospettata.

Si può, in ogni caso, concludere che il comportamento di Google sia stata di tipo ostruzionistico ed emarginante, avendo ostacolato e rimandato la disponibilità su Android Auto di JuicePass, per avere un trattamento più favorevole per Google Maps. Le evidenze che inducono a tale considerazione, in sintesi, sono: (1) rapporto di competizione che intercorre tra le app di servizi per la ricarica elettrica e le app di navigazione, (2) l'impegno della multinazionale per accrescere

¹²⁴ Actions-on-Google è una piattaforma di sviluppo in cui sviluppatori di terze parti possono creare applicazioni specifiche per l'assistente vocale Google.

¹²⁵ Gli *early access partner* sono terze parti che collaborano con Google per sviluppare template per le nuove categorie di app: finché non sia stata lanciata la versione definitiva del template, la pubblicazione delle app può avvenire in *beta test*, per un numero limitato di utenti, mentre per gli altri developers è prevista la pubblicazione secondo le tempistiche standard. (Cfr. A529 – AGCM Google/Compatibilità App Enel X Italia con Android Auto pag. 63).

la propria offerta di servizi relativi alla ricarica elettrica tramite Google Maps e (3) le proprietà di JuicePass nel rapporto di concorrenza con Google Maps, infine, (4) il modello generalista che esige il raggiungimento, da parte di Google, di aggiungere in Google Maps le attività rilevanti o destinate a diventare tali per gli utenti.

Riguardo la propria condotta, Google ha presentato una serie di *argomenti difensivi* di seguito riassunti:

- (i) La vicenda indicata da Enel X nasce da un malinteso sulle potenzialità di Android Auto, provocato e fomentato dal fatto che la richiesta della prima sia stata coordinata da dipendenti Google specializzati in relazioni commerciali, nello specifico per i servizi cloud, e non allo sviluppo dei prodotti;
- (ii) In merito alla creazione di template per Android Auto e il ruolo di developers esterni, Google ritiene che, nonostante le eventuali collaborazioni, “*lo sviluppo della tecnologia di AndroidAuto è, nei fatti, una prerogativa di Google*”.
- (iii) Solo due classi di app potevano essere presenti su Android Auto: quelle di media e di messaggistica. Google Maps e Waze erano presenti su Android Auto in quanto entrambe di proprietà di Google e native di Android Auto.
- (iv) Nel corso delle negoziazioni intercorse Google afferma di aver cercato “in buona fede” di presentare soluzioni idonee alle esigenze di Enel X Italia.
- (v) Google dichiara di non essere concorrente di Enel X Italia per due ordini di motivi: (1) JuicePass è un’app di servizi che offre prenotazione e pagamento della ricarica elettrica, e non di navigazione; (2) Google Maps è un’app di navigazione e non consente la prenotazione né il pagamento di servizi (anche diversi da quelli per la ricarica elettrica). Infine, Google non è un Mobility Service Provider né prospetta di diventarlo.

Il colosso, in sostanza, ritiene di non essere obbligato a collaborare con tutti gli app developers che lo richiedano e, ancora, di non essere vincolato a sviluppare a beneficio di terze parti funzioni che l’azienda stessa non offre.¹²⁶

La condotta di Google, tuttavia, assume rilievo ai fini antitrust in ragione delle seguenti cause:

- La *posizione dominante* detenuta dalla stessa, che investe Google di un ruolo primario nell’autorizzazione delle interazioni e transazioni digitali e, in particolare, nel permettere agli sviluppatori di accedere alla platea degli utenti finali di app;

¹²⁶ Cfr. A529 – AGCM Google/Compatibilità App Enel X Italia con Android Auto pag. 53 – 90.

- La *presenza su Android Auto di Google Maps* colloca quest'ultima e JuicePass in uno spazio competitivo, con la prima che segue un approccio generalista e la seconda un approccio specialistico;
- La *concorrenza effettiva e potenziale*, entrambe le app offrono servizi inerenti alla ricarica elettrica (*concorrenza effettiva*) e, in aggiunta, JuicePass offre funzionalità nuove ma che potrebbero, in futuro, essere inserite in Google Maps (*concorrenza potenziale*);
- Gli *utenti*, per cui entrambe le applicazioni competono.¹²⁷

7) Gli utenti

Con riferimento agli utenti, il rapporto con questi assume un ruolo essenziale nel modello economico delle piattaforme digitali: tramite Android Auto, Google auspica a conservare il rapporto con gli utenti di smartphone e tablet che si rifanno al sistema operativo Android quando gli stessi si trovano alla guida di un veicolo; accrescendo alle colonnine le funzioni di localizzazione e ricerca di informazioni rilevanti di Google Maps, l'azienda di Mountain View mira a conservare l'interesse degli utenti della propria app; con JuicePass, invece, Enel X Italia intende instaurare e mantenere un rapporto con gli utenti di servizi connessi esclusivamente alla ricarica di veicoli elettrici.

Essendo gli utenti una fonte di dati, la fattispecie oggetto di questa analisi interessa anche l'appropriazione dei dati generati da questi. Nello specifico, i dati maggiormente interessanti sono quelli relativi alle ricerche di colonnine di ricarica.¹²⁸ Contrariamente, i dati relativi all'uso delle colonnine di ricarica¹²⁹ sono generati impiegando app di servizi riguardanti la ricarica di auto elettriche; pertanto, la controversia dell'appropriazione si pone in termini di validazione di dati prodotti.

Altre componenti essenziali da porre sotto analisi sono i fenomeni di “*winner takes it all*” e gli *effetti di rete*. Questi fortificano l'affermazione e la divulgazione di una piattaforma in quanto la diffusione presso i possessori di dispositivi mobili con sistema operativo Android e gli sviluppatori di app, attira altri soggetti: si tratterà di *effetti diretti* se la diffusione presso i developers attira altri sviluppatori e la diffusione presso gli utenti attira altri utenti; ci si troverà in presenza di *effetti indiretti*, invece, se al crescere del numero di possessori di dispositivi mobili con sistema operativo

¹²⁷ Oltre che per gli utenti di per sé, le imprese competono altrettanto per i dati che i fruitori delle due app generano. Così, A529 – AGCM Google/Compatibilità App Enel X Italia con Android Auto pag. 91.

¹²⁸ Che vengono prodotti sia usando le app di servizi connessi alla ricarica elettrica, sia le app di navigazione.

¹²⁹ Come la colonnina presso cui viene effettuata la ricarica e la durata di quest'ultima, questi dati possono essere inferiti dalle app di navigazione nella misura in cui esse dispongano di una precisa mappatura delle colonnine.

Android, crescerà il numero di app developers che sviluppano per lo stesso. Allorché un'unica piattaforma arriva a congiungere la maggioranza dei soggetti economici, si determinerà il fenomeno di *winner takes it all* per cui la piattaforma diventa necessaria per una specifica gamma di servizi.

L'esistenza di effetti di rete e il verificarsi di fenomeni di winner-takes-all sottintendono che il rinvio della disponibilità della app JuicePass su Android Auto impedisce, di fatto, che l'applicazione di Enel X Italia raggiunga abbastanza utenti da permetterle di restare nella cerchia delle app effettivamente utilizzate, questo perché nasce per essere utilizzata quando veicolo è in movimento. Pertanto, ne consegue che l'utilizzo a veicolo fermo è insufficiente a far sì che si producano effetti di rete che realizzino e rafforzino una base utenti ampia e attiva. È a causa di suddette ragioni che il comportamento di Google risulta passibile di produrre esiti distorsivi sulla struttura del mercato ostacolando e ritardando l'ingresso di Enel X Italia, portando anche all'esclusione definitiva di quest'ultimo operatore dal mercato.

8) La delibera

Nel contesto in analisi assume rilievo la condotta omissiva ed ingiuriosa dell'azienda, pertanto, l'Antitrust italiana ha affermato che il comportamento del colosso statunitense, atto ad impedire la pubblicazione di JuicePass sulla piattaforma Android Auto, costituisce un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'UE.

Per garantire l'efficacia del provvedimento antitrust, è necessario impedire che la condotta controbattuta di Google continui a determinare l'esclusione di Enel X Italia in quanto potrebbe provocare una variazione della struttura di mercato. È pertanto indispensabile stabilire degli obblighi da imporre a Google, tra cui quello di divulgare una versione del template per lo sviluppo di applicazioni per i servizi elettrici e, se non dovesse supportare funzioni che Enel X ritiene indispensabili, completarlo con le funzionalità mancanti.

Finalmente, l'Autorità ha stabilito di infliggere alle società Alphabet Inc., Google LLC e Google Italy S.r.l. una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 102.084.433,91 €.

Conclusioni

L'oggetto di tale elaborato, ossia l'abuso di posizione dominante, è un tema di attualità che preoccupa le Autorità Antitrust a livello internazionale. Pertanto, al fine di presentare un'analisi esaustiva e coesa, si è rivelato doveroso trattare diversi aspetti.

Innanzitutto, per comprendere a pieno la ratio della regolamentazione odierna, è stato necessario risalire alle origini della normativa antitrust negli Stati Uniti, per poi seguirne lo sviluppo sia in Europa, con il lavoro svolto per creare il mercato unico, sia nell'ordinamento italiano, analizzando la conformazione del sistema nazionale a quello comunitario.

In secondo luogo, si è esaminato il concetto di impresa espresso a livello europeo e italiano, per comprendere se Google rispecchiasse le definizioni. Si è poi approfondita la nozione di posizione dominante, sviscerando l'art. 102 TFUE e la legge n. 287 1990, passando per l'esposizione dei concetti (fondamentali per accertare l'illecito) di mercato rilevante e quote di mercato, per, quindi, concludere con un'indicazione delle forme tipiche in cui la condotta anticoncorrenziale si presenta. Infine, l'ultimo capitolo è stato dedicato al caso di specie, con un approfondimento sulla storia di Google, al fine di comprendere a pieno la condotta della multinazionale. Si è concluso indicando quale sia la posizione dominante detenuta da Google, ed in quali mercati essa si dispiega; la trattazione del caso in esame ha poi passato al vaglio le vicende che hanno portato Enel X Italia ad interpellare l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Alla luce di quanto esposto, si può affermare con certezza che Google abbia abusato della propria posizione di dominio nel mercato della concessione di licenze in quanto l'azienda, che fornisce ai developers gli strumenti di programmazione per sviluppare app compatibili con Android, ha negato la licenza ad Enel X Italia, impedendo che JuicePass fosse disponibile sulla piattaforma Android Auto. In questo modo, Google si è frapposta tra sviluppatori ed utenti finali arrecando danno ad entrambe le parti: agli sviluppatori di Enel X, i quali rischiavano di non raggiungere un numero sufficiente di fruitori dell'app per restare nel mercato; e agli utenti, i quali si sono trovati nella condizione di non poter usare JuicePass durante la guida, rendendo l'app essenzialmente inservibile.

Per concludere, Google è, probabilmente, l'azienda più conosciuta al mondo e, come dimostrato dalle precedenti indagini in cui è stata coinvolta, risulta essere solita attuare pratiche abusive nei confronti dei concorrenti per avvantaggiare il proprio predominio nei mercati. Tale modus operandi, nonostante i numerosi interventi delle Autorità antitrust, sembra rimanere invariato.

Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, risulta, a mio avviso, impellente auspicare la realizzazione di una normativa che definisca minuziosamente ed ex-ante le fattispecie più critiche in tema di abuso, prevedendo un eventuale ricorso, seppur limitato, ad autorizzazioni preventive.

Bibliografia

- Arnaudo, L. (2015) Scambi, mercati, concorrenza
- Auletta, K. (2010), Effetto Google - la fine del mondo come lo conosciamo, Milano: Garzanti.
- Besanko, D. *Microeconomia*. Quarta edizione. Milano: McGraw-Hill, 2020. Print.
- Calini, C. B., Chieppa R. *Procedure antitrust in Italia*. Milano: Giuffrè editore, 2018. Print.
- Calini, Clara Beatrice, Roberto Chieppa, *Procedure antitrust in Italia*. Milano: Giuffrè editore, 2018.
- Campobasso, G. F., Campobasso M., *Diritto commerciale*, 10. Edizione. Torino: UTET giuridica, 2020. Print.
- Ghezzi F., Olivieri G. *Diritto Antitrust*, Giappichelli, 2019.
- Kornelakis A., P. Hublart, *Digital markets, competition regimes and models of capitalism: A comparative institutional analysis of European and US responses to Google*, 2021.
- Macrosty, Henry W. “Tarbell, Ida M., *The History of the Standard Oil Company* (Book Review).”, 1905.
- Malseed M., Vise D., *Google Story*, Milano, Egea, 2010.
- Marchetti P., Ubertazzi L. C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 2012.
- Motta M., and Polo M. *Antitrust: economia e politica della concorrenza*. Bologna: Il Mulino, 2005. Print.
- Pace, Lorenzo Federico. *Diritto europeo della concorrenza: divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*. Padova: CEDAM, 2007.
- Pellegrini Mirella, *Corso di diritto pubblico dell'economia*, CEDAM, 2016.
- Raff, A. & Raff, S., Foundem – *Google Antitrust: A Timeline of Significant Events*, 2015.
- Ramírez, C. D., & Eigen-Zucchi, C., *Understanding the Clayton Act of 1914: An Analysis of the Interest Group Hypothesis*, 2001.
- Scognamiglio, Carlo. et al. *Economia industriale: economia dei mercati imperfetti*, Roma: LUISS University Press, 2020.

Steiber, A., *The Google model. Managing continuous innovation in a rapidly changing world*, Springer, 2014.

Sutherland, A., *The story of Google*, The Rosen Publishing Group, 2012.

Teleki, Cristina. *Due Process and Fair Trial in EU Competition Law: the Impact of Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Leiden; Brill/Nijhoff, 2021.

Vanzetti A., Di Cataldo V., Spolidoro M. S., *Manuale di diritto industriale*. Nona edizione. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2021. Print.

Yonezawa, Koichi, Miguel I Gómez, and Timothy J Richards. “*The Robinson–Patman Act and Vertical Relationships*.” *American journal of agricultural economics*.

Sitografia

Annual Report di Alphabet Inc. riferito al periodo fiscale fino a dicembre 2021, https://abc.xyz/investor/static/pdf/20220202_alphabet_10K.pdf?cache=fc81690

Antitrust coreana accusa Google di aver abusato della propria posizione dominante, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-09-14/south-korea-fines-google-for-abusing-smartphone-dominance>

Art. 2 CEE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11957E002&from=EL>

Art. 41 Cost., https://www.senato.it/1025?active_slide_52023=2&articolo_numero_articolo=41&sezione=120

Art. 66, comma 1, Trattato della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=RO>

Articolo del New York Times sull'acquisizione da parte di Google di DoubleClick, <https://www.nytimes.com/2007/04/14/technology/14DoubleClick.html>

Artt. 2, 3, 4, 10 comma 3-bis, 10 comma 6, 21, 22 legge n. 287/90, [https://www.agcm.it/chiamo/normativa/legge-10-ottobre-1990-n-287-norme-per-la-tutela-della-concorrenza-e-del-mercato-:-~:text=libert%C3%A0%20di%20concorrenza-1..sostanziale e durevole la concorrenza.](https://www.agcm.it/chiamo/normativa/legge-10-ottobre-1990-n-287-norme-per-la-tutela-della-concorrenza-e-del-mercato-:-~:text=libert%C3%A0%20di%20concorrenza-1..sostanziale%20e%20durevole%20la%20concorrenza.)

Caso AT. 39784 Google Search Shopping, Provvedimento Commissione Europea del 27/06/2017, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf

Federal Trade Commission Statement in merito al caso Google/DoubleClick File n. 071-0170, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledec-commstmt.pdf

Google accusata di aver violato i brevetti video su H24, <https://www.punto-informatico.it/google-denuncia-tedesca-per-i-brevetti-video/>

Google Books assolta dall'accusa di violazione dei diritti d'autore, <https://www.sib.it/flash-news/google-books-non-viola-la-legge-americana-sul-diritto-autore/>
<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2009/8/alias-3602>

Il Digital Markets Act, <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20220315IPR25504/deal-on-digital-markets-act-ensuring-fair-competition-and-more-choice-for-users>

Lo Statement di Google alla SEC (Securities and Exchange Commission) in occasione dell'IPO dell'azienda, <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000119312504142742/ds1a.htm>

Mission di Google, https://about.google/intl/ALL_it/

Principio di sussidiarietà, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/7/il-principio-di-sussidiarieta>

Prodotti offerti da Google, <https://about.google/intl/it/products/>

Provvedimento n. 29645, A529 – Google/Compatibilità App Enel X Italia con Android Auto
[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/D7C5BF86903B8387C12586D800495AB1/\\$File/p29645.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/D7C5BF86903B8387C12586D800495AB1/$File/p29645.pdf)

Spazio Economico Europeo (SEE), https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_5.5.3.pdf

Standard Oil (approfondimenti), <http://cronachedal900.blogspot.com/2012/06/storia-standard-oil-rockefeller-parte-i.html>

Versioni consolidate artt. 101-102 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, eur-lex.europa.eu

Yahoo! Inc. e Google Inc. annullano la partnership nel 2008, caso AT. (202) 514-2007, <https://www.justice.gov/archive/opa/pr/2008/November/08-at-981.html>