



Dipartimento di Economia e Management

Cattedra di Diritto Pubblico dell'Economia

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE – IL CASO GOOGLE VS ENEL X

Professore Valerio Lemma
RELATORE

Maria Papa Matr. 288461
CANDIDATA

ANNO ACCADEMICO 2024/2025

Indice

| | |
|---|-----------|
| Introduzione..... | 1 |
| Capitolo 1 | 3 |
| 1.1 Definizione del concetto di Antitrust | 3 |
| 1.2 Origine Antitrust: USA | 5 |
| 1.2.1 La fase iniziale..... | 5 |
| 1.2.2 Sherman Act | 6 |
| 1.2.3 Clayton Antitrust Act | 9 |
| 1.2.4 Federal Trade Commission Act | 11 |
| 1.3 La Grande Depressione e il New Deal | 14 |
| 1.4 La fase d'oro della disciplina Antitrust | 17 |
| 1.5 La Scuola Di Chicago | 18 |
| 1.6 Anti-Monopoly Movement | 20 |
| Capitolo 2 | 23 |
| 2.1 Cenni storici..... | 23 |
| 2.2 Normativa Europea..... | 27 |
| 2.2.1 Il Ruolo della Commissione europea | 33 |
| 2.3 La Normativa Italiana | 37 |
| 2.3.1 Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato | 43 |
| 2.4 Nozione di mercato rilevante..... | 46 |
| 2.4.1 Il mercato del prodotto..... | 46 |
| 2.4.2 Il mercato del prodotto in termini di sostituibilità sul versante della domanda | 47 |
| 2.4.3 Il mercato del prodotto in termini di sostituibilità sul versante dell'offerta | 48 |
| 2.4.4 Il mercato geografico | 49 |
| 2.4.5 La definizione del mercato rilevante nell'analisi concorrenziale dell'abuso di posizione dominante | 51 |
| 2.4.6 Il mercato rilevante nell'era digitale | 51 |
| Capitolo 3 | 60 |
| 3.1 Introduzione all'Abuso di Posizione Dominante | 60 |
| 3.1.1 Nozione di Abuso Di Posizione Dominante | 60 |
| 3.1.2 La giustificazione obiettiva | 64 |
| 3.1.3 Riferimenti normativi | 64 |
| 3.1.4 Il ruolo dell'abuso di posizione dominante nel diritto antitrust | 66 |
| 3.1.5 La nozione di mercato collegato | 67 |

| | |
|---|-----|
| 3.1.6 La posizione dominante dal lato della domanda..... | 69 |
| 3.1.7 Indici per valutare l'esistenza di una posizione dominante..... | 69 |
| 3.1.8 Posizione dominante collettiva e oligopolio..... | 71 |
| 3.2 Lo sfruttamento abusivo della posizione dominante: profili generali | 73 |
| 3.2.1 Le Pratiche di Sfruttamento (art. 102, lett. a) TFUE | 75 |
| 3.2.2 Le pratiche escludenti (art. 102, lett. b), TFUE | 78 |
| 3.2.3 Le pratiche discriminanti (art. 102, lett. c), TFUE)..... | 87 |
| 3.2.4 Le pratiche leganti (art. 102, lett. d), TFUE) | 88 |
| 3.3 Gli abusi di posizione dominante nei mercati digitali | 93 |
| Capitolo 4 | 95 |
| 4.1 Il Caso Google Vs Enel X Recharge | 95 |
| 4.1.1 Le Parti | 96 |
| 4.1.2 La Posizione Dominante di Google | 97 |
| 4.1.3 Il Contesto di Riferimento..... | 99 |
| 4.1.4 Lo Spazio Competitivo Dei Servizi Connessi Alla Ricarica Elettrica Forniti Tramite App..... | 101 |
| 4.1.5 La app JuicePass (già Enel X Recharge) | 102 |
| 4.1.6 Android Auto | 104 |
| 4.1.7 Google Maps E I Servizi Connessi Alla Ricarica Elettrica | 105 |
| 4.1.8 Il Rapporto Competitivo Tra Google E Enel X Italia | 107 |
| 4.2 Una Visione D'insieme Della Condotta Di Google | 108 |
| 4.2.1 I Rifiuti Espresi..... | 108 |
| 4.2.2 La Mancata Attivazione Degli Strumenti Di Programmazione Per Android Auto | 109 |
| 4.2.3 L'attitudine Ostruzionistica | 110 |
| 4.3 Inquadramento Giuridico della Condotta di Google | 111 |
| 4.3.1 La Finalità Escludente E Gli Effetti Della Condotta Di Google | 111 |
| 4.3.2 Nessuna Delle Argomentazioni Di Google Appare Condivisibile..... | 113 |
| 4.3.3 L'idoneità Della Condotta Omissiva A Eliminare Una Concorrenza Effettiva | 114 |
| 4.3.4 L'ostacolo Alla Comparsa Di Un Nuovo Prodotto Per Il Quale Esiste Una Domanda Potenziale | 115 |
| 4.3.5 L'assenza Di Giustificazioni Oggettive | 116 |
| 4.3.6 Il Pregiudizio al Commercio Euro-Unitario | 118 |
| 4.3.7 Gravità e Durata Dell'infrazione | 119 |
| 4.3.8 Quantificazione Della Sanzione | 120 |
| 4.3.9 Imposizione degli Obblighi in Capo a Google | 121 |

| | |
|---------------------------|------------|
| Conclusione..... | 123 |
| Bibliografia | 125 |
| Sitografia..... | 125 |

Introduzione

In un contesto economico, il nostro, sempre più globalizzato e caratterizzato da un crescente consumismo e da un rapido sviluppo tecnologico, la competitività tra le imprese costituisce un elemento imprescindibile per il benessere dei consumatori e per il corretto funzionamento dei mercati. La concorrenza, infatti, rappresenta il meccanismo attraverso cui si garantiscono livelli adeguati di qualità, prezzi equi e la possibilità, per la domanda, di orientarsi verso le imprese più meritevoli in termini di efficienza e innovazione. In questo modo si realizza un processo virtuoso di miglioramento costante dell'offerta, che costituisce il fondamento stesso del modello capitalistico.

Tale equilibrio, tuttavia, può risultare compromesso dalla presenza di operatori di dimensioni tali da incidere in maniera significativa non solo sul mercato di riferimento, ma anche su settori contigui. Si tratta dei cosiddetti "giganti commerciali" - tra cui si annoverano Google e Amazon - che hanno saputo consolidare il proprio potere grazie alla capacità di offrire prodotti e servizi qualitativamente superiori. Il diritto antitrust, ed in particolare l'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), non preclude in alcun modo l'acquisizione di una posizione dominante, purché essa sia il risultato di un processo competitivo fondato sui meriti dell'impresa.

Ciò che invece risulta incompatibile con il diritto della concorrenza è lo sfruttamento abusivo di tale posizione. L'abuso, infatti, si traduce in pratiche che ostacolano la concorrenza residua o potenziale, impedendo l'accesso al mercato a imprese innovative, limitando la libertà di scelta dei consumatori e generando barriere artificiali allo sviluppo tecnologico. Tali condotte compromettono il corretto funzionamento del mercato interno e rischiano di condurre a situazioni di monopolio o quasi monopolio, con gravi ricadute in termini di efficienza allocativa e concorrenziale.

La presente tesi si propone dunque di analizzare il fenomeno dell'abuso di posizione dominante nei mercati digitali, ponendo particolare attenzione al caso che ha visto coinvolte nel 2021 Google ed Enel X. Tale vicenda, sviluppatasi nel settore della mobilità elettrica, offre un esempio pragmatico delle difficoltà che il diritto antitrust incontra nell'applicare i propri

principi a mercati caratterizzati da forte innovazione tecnologica e da un elevato grado di integrazione verticale.

In particolare l'elaborato si compone di quattro capitoli:

Il primo capitolo fornirà un approfondimento storico della disciplina antitrust, facendo luce innanzitutto sulle motivazioni che ne hanno portato all'origine negli Stati Uniti e, in secondo luogo, sulle modifiche che si sono rese necessarie nel corso dei decenni al fine di adattare la disciplina ai vari cambiamenti economici e sociali.

Il secondo capitolo esplorerà, nella prima parte, le modalità e le ragioni che hanno portato all'acquisizione da parte dell'Unione Europea, e successivamente dell'Italia, della disciplina antitrust focalizzandosi sulle differenze e sui punti in comune con la disciplina statunitense. Verranno poi descritti il ruolo e la funzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), autorità amministrativa indipendente nata dalla legge n. 287 del 1990 che regola la disciplina antitrust in Italia. Nella seconda parte, invece, verrà introdotto ed illustrato in concetto di "mercato rilevante", fondamentale non soltanto al fine di definire i confini entro i quali applicare le norme, ma anche allo scopo di valutare se effettivamente sussistano condotte anticoncorrenziali.

Il terzo capitolo verterà sulla fattispecie di abuso di posizione dominante disciplinata a livello comunitario dall'art. 102 del TFUE, e a livello nazionale dall'art. 3 della legge n. 287 del 1990, analizzando le varie tipologie di condotte attraverso cui (solitamente) viene commesso tale abuso anticoncorrenziale. In particolare ci si soffermerà su quell'elenco (non esaustivo) di pratiche, espressamente previsto dalle norme sopra citate, ossia: pratiche di sfruttamento, pratiche escludenti, pratiche discriminatorie e, infine, pratiche leganti.

Infine il quarto capitolo si prefiggerà l'obiettivo di dimostrare quanto affermato nei capitoli precedenti attraverso l'analisi di un caso specifico: quello che, nel 2021, ha visto coinvolte Google ed Enel X. Il caso che verrà esaminato riguarda il rifiuto di Google di rendere disponibile su Android Auto l'app JuicePass di Enel X Italia, dedicata alla gestione dei servizi di ricarica per veicoli elettrici. Tale condotta, protrattasi dal 2018 al 2020, ha limitato l'accesso degli utenti ad un servizio innovativo e concorrente, favorendo invece Google Maps, già integrata nella piattaforma e dotata di funzioni simili. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, come si vedrà, ha ritenuto che questo comportamento configurasse un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE, ostacolando lo sviluppo della concorrenza e dell'innovazione in un settore strategico come quello della mobilità elettrica. Per tale ragione, nel 2021 è stata irrogata a Google una sanzione superiore a 100 milioni di euro, insieme all'imposizione di obblighi volti a ristabilire condizioni di effettiva concorrenza

Capitolo 1

1.1 Definizione del concetto di Antitrust

La disciplina della concorrenza nota meglio come “Disciplina Antitrust” è l’insieme di regole ed azioni di vigilanza volte ad impedire comportamenti delle imprese che possano portare alla costituzione di monopoli, intese o cartelli, impedire l’ingresso sul mercato di imprese concorrenti o distorcere la libera concorrenza in altro modo¹. La stessa parola Antitrust è esplicativa in quanto ingloba in essa il principio cardine della legislazione: la prevenzione dei trust. Tecnicamente un trust è un istituto legale previsto dalla common law, sorto nell’ambito della giurisdizione di equity, che consente di attribuire ad altri (detto fiduciario) l’esercizio dei propri diritti e il cui scopo è quello di coordinare una molteplicità di proprietari di beni patrimoniali tramite una struttura a gestione unificata. Più stakeholders si uniscono in quest’unica unità giuridica venutasi a formare e nominano poi un fiduciario che agisca in nome e per conto di tutti mentre ciascuno ha il diritto di ricevere una quota del nuovo soggetto giuridico in forza della quale potranno vantarsi poi di eventuali dividendi.²

Un trust può sorgere all’interno di una stessa impresa (una tipologia nota come trust con diritto di voto) con il quale, trasferendo al trust le proprie partecipazioni, gli azionisti di maggioranza si uniscono al fine di disciplinare l’esercizio del voto nelle assemblee. Un’ulteriore tipologia di trust è quello che prevede l’unione di due o più imprese di diverse compagini sociali in modo tale da farle operare congiuntamente o all’interno di un cartello.

In risposta al crescente impiego di tale istituto giuridico nel XIX secolo negli Stati Uniti si rese necessario l’intervento dello Stato con una legislazione antitrust al fine di sradicare tale tendenza e di vigilare e garantire la libera concorrenza. È evidente che all’origine di ogni legislazione monopolistica vi sia la presa di consapevolezza della sostanziale insufficienza dei meccanismi spontanei del mercato e che dunque sia necessaria un’azione da parte dello Stato per scongiurare possibili effetti distortivi dello stesso come appunto involuzioni anticoncorrenziali quali monopoli, oligopoli, cartelli e intese.

Un mercato in concorrenza perfetta dunque presenta diverse caratteristiche:

-La presenza simultanea di un elevato numero di operatori economici sia dal lato dell’offerta che dal lato della domanda che occupano quindi una piccola percentuale di mercato. Essi

¹ <https://www.treccani.it/enciclopedia/antitrust/>

² <https://www.dirittoeconomiaimpresa.it/utilizzo-del-trust-in-ambito-societario>

competono tra di loro individualmente e senza poter influire con il loro comportamento sul prezzo del bene/servizio scambiato.

-La presenza di prodotti omogenei, ossia beni e servizi simili tra loro e che non differiscano quindi particolarmente gli uni dagli altri.

-La perfetta simmetria informativa per gli operatori economici i quali hanno quindi libero accesso a qualsiasi informazione che concerne il bene o il servizio scambiato; anche le contrattazioni avvengono in completa trasparenza.

-L'assenza di barriere all'entrata (economiche, politiche o naturali) permette alle imprese di uscire ed entrare nel mercato senza costi elevati. Un eventuale extra-profitto attira imprese sul mercato, ma nel lungo periodo l'entrata di nuovi competitor aumenta l'offerta di beni/servizi e riduce di conseguenza il prezzo di mercato fino all'azzeramento dell'extra-profitto.

-La libertà decisionale fa sì che ogni soggetto sia libero di scegliere cosa acquistare senza obblighi imposti da norme o autorità.

-La libera razionalità invece permette che ogni soggetto scelga i beni o i servizi a seconda del bisogno da soddisfare e in modo tale da massimizzare la propria utilità dallo scambio e che i produttori decidano la quantità da produrre per massimizzare il profitto; quindi, in condizioni di razionalità perfetta ogni soggetto è in grado di prendere la decisione migliore per soddisfare i propri interessi.

-La fluidità porta i consumatori e i produttori a poter rispettivamente vendere ed acquistare tutta la quantità che desiderano di un bene economico al prezzo di mercato.

-La tecnologia omogenea tra imprese consente di non avere posizioni di privilegio determinate dal know-how appunto perché la tecnologia è la medesima e pertanto non ci saranno differenze e squilibri tra le varie imprese.³

La concorrenza perfetta è però un modello teorico che serve a semplificare e a capire i meccanismi fondamentali del mercato, ma non si realizza mai pienamente nella pratica, perché i requisiti richiesti sono troppo rigidi. Ad esempio, nella realtà, spesso, esistono imprese di grandi dimensioni (monopoli, oligopoli) che possono influenzare i prezzi, e anche nei mercati con molti operatori, alcune aziende hanno un potere di mercato maggiore. I beni poi, non sono quasi mai identici poiché le imprese cercano di differenziarsi tramite qualità, marca, packaging, servizi aggiuntivi. Per quanto riguarda la trasparenza invece, è impossibile che tutti i consumatori e produttori abbiano le stesse informazioni, nello stesso momento e senza costi.

³ https://www.okpedia.it/concorrenza_perfetta

Tale analisi ha pertanto l'intento di far luce sul concetto di concorrenza ideale e concorrenza reale al fine di comprendere l'importanza della definizione di antitrust e della creazione di una normativa antitrust che regoli la concorrenza.

1.2 Origine Antitrust: USA

1.2.1 La fase iniziale

Gli Stati Uniti furono caratterizzati ,negli ultimi anni del XIX, secolo da una rapida e al contempo precoce crescita economica che portò il Paese a divenire una moderna società industriale.

La precedente guerra di secessione aveva determinato numerose perdite umane e materiali che minarono pesantemente l'economia del Sud degli Stati Uniti che principalmente si basava sull'agricoltura. Oltre alle evidenti conseguenze legate ai campi lasciati incolti a causa della guerra, ve ne furono anche di ulteriori riguardanti la perdita di manodopera dal momento che gli schiavi, avendo ottenuto l'emancipazione, non erano più condannati ai lavori forzati nei campi.

Diversamente invece, il Nord era uscito quasi indenne dal conflitto e questo portò ad un aumento della popolazione e della ricchezza rendendolo il carro trainante di una rivoluzione industriale avvenuta in tempi brevissimi. Quindi le differenze economiche già presenti prima della guerra si accentuarono notevolmente e gli Stati Uniti si trovarono completamente catapultati in una nuova era fatta di macchine, acciaio, petrolio ed elettricità.

Tale situazione determinò un aumento della ricchezza che sfociò però ben presto in sanguinose guerre dei prezzi tra le varie imprese che riguardarono maggiormente alcuni settori quali ferroviario, petrolifero e siderurgico. La motivazione fu un insieme di fattori macroeconomici come le frequenti crisi climatiche ed economiche, il progressivo ampliamento dei mercati, il raggiungimento di maggiori economie di scala, nonché il tentativo di coprire i rilevanti costi fissi derivanti dagli investimenti effettuati e di raggiungere la piena capacità, che quindi ben presto condussero ad una generale riduzione dei prezzi, e innescarono in talune fasi 'rovinose' guerre commerciali. Pertanto l'impiego dell'istituto giuridico dei trust si rese necessario e si consolidò particolarmente negli Stati Uniti per far fronte alle difficoltà di quegli anni.

Le imprese sopravvissute idearono un sistema che potesse garantire loro ricavi e profitti apprezzabili e la prima vera esperienza si deve alle compagnie ferroviarie, poiché da sempre in

mano ai privati e quindi per loro natura già strutturati come monopoli. Esse misero a punto un primordiale sistema di cartello: il pooling, dal termine inglese pool, che significa raggruppare. Esso era un sistema molto semplice in base al quale le imprese si accordavano fra di loro per la nomina di un soggetto che fungesse da gestore del pool (cartello) il quale aveva il compito di determinare i margini di profitto e le quote di mercato di ciascun aderente. L'esperienza del pooling fu ben presto vietata con l'introduzione dell'Interstate Commerce Act del 1887.⁴ Tale atto però non fu tuttavia proficuo ed in effetti il pooling venne abbandonato più per la scarsa efficienza del sistema che per la reale paura di incorrere nelle sanzioni della legge.

Difatti ben presto le imprese sopravvissute, grazie alla lungimiranza di uno dei più grandi capitalisti finanziari di tutti i tempi, John D. Rockefeller, adottarono un nuovo metodo ben più efficace: il trust, primo fra tutti lo Standard Oil trust. Avvalendosi di questo istituto giuridico, egli ideò un sistema molto semplice ma funzionale, il quale prevedeva che i consiglieri di amministrazione delle imprese che aderivano all'accordo si concedevano, vicendevolmente, il diritto di partecipare e votare ai singoli consigli e il diritto di detenere una quota del capitale. In tal modo, a ciascun consiglio di amministrazione di ogni singola impresa partecipavano tutti i concorrenti di un determinato mercato garantendo ai partecipanti un controllo completo di esso, potendo concordare le migliori strategie competitive e monitorare direttamente il comportamento dei concorrenti.⁵

In questo modo medi e piccoli imprenditori, commercianti ed agricoltori erano messi a dura prova poiché, dal momento che il mercato era in mano ai più grandi, essi vendevano i propri prodotti a prezzi minimi acquistando al contempo beni e servizi a prezzi molto alti.

A seguito del grande malessere manifestato dalla società e alla presa di consapevolezza da parte dei governi della presenza di scarse misure di prevenzione, si rese necessario l'immediato intervento da parte dello Stato per l'introduzione di una normativa unica a livello federale a tutela della concorrenza.

1.2.2 Sherman Act

Approvato il 2 luglio 1890, lo Sherman Antitrust Act fu la prima norma emanata dal Congresso degli Stati Uniti a regolare la concorrenza e a prevenire la formazione di trust e monopoli che avrebbero potuto danneggiare il libero mercato.

⁴ <https://www.archives.gov/milestone-documents/interstate-commerce-act>

⁵ [file:///C:/Users/Maria/Downloads/9791221104820%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Maria/Downloads/9791221104820%20(1).pdf)

La legge venne chiamata così non solo in onore del proponente , il senatore John Sherman dell'Ohio nonché presidente della commissione finanze del Senato e segretario del Tesoro sotto il presidente Hayes, ma anche perché appunto fu emanata per eliminare i trust. Perciò, da allora, l'espressione Anti-trust è comunemente associata al diritto della concorrenza e alla lotta contro qualsiasi impedimento della stessa.

Il progetto iniziale della legge prevedeva il divieto assoluto per qualsiasi condotta, da parte delle imprese, volta ad impedire la "piena e libera concorrenza" o ad aumentare "i costi dei consumatori".

Tali proposizioni avrebbero dovuto conferire un margine di azione molto ampio alle autorità, ma ciò suscitò innumerevoli perplessità da parte dei senatori contrari a riconoscere grandi poteri al governo federale, dal momento che sia la Costituzione che l'Interstate Commerce Act prevedevano che fosse il Congresso a regolare il commercio interstatale.

Per tale motivo venne ridotto l'ambito di divieto alle sole fattispecie già note alla Common Law ossia le "restrains of trade" e gli "attempts to monopolize" che in pratica vietavano la formazione di cartelli, trust e accordi tra imprese così come i tentativi di monopolizzazione del mercato.

Per quanto concerne la violazione delle norme antitrust, essa doveva considerarsi un grave delitto, da punirsi sia con sanzioni civili che con sanzioni di natura penale (pecuniarie e detentive).

Le accuse potevano essere mosse o da parte del Governo oppure da privati danneggiati (concorrenti o consumatori), che potevano chiedere di essere ripagati per un ammontare pari a tre volte il danno subito. Attraverso poi la giurisdizione normale si formulavano le sentenze di condanna o assoluzione e come ultimo livello poteva anche intervenire il tribunale supremo degli Stati Uniti, la Corte Suprema.⁶

Nello specifico le presunte violazioni potevano essere affrontate tramite due diversi approcci: o in base alla "per se rule" o, in alternativa, in base alla "rule of reason". Per quanto concerne il primo approccio era sufficiente provare che una determinata condotta si era verificata e che rientrava effettivamente nella categoria di pratiche "così chiaramente anticoncorrenziali" da essere illegali di per sé e senza che fosse necessaria alcuna inchiesta dettagliata volta a chiarire la condotta dell'imputato e le conseguenze. Nel caso invece della "rule of reason" intervenivano

⁶ file:///C:/Users/Maria/Downloads/Antitrust_2_.pdf

le corti avviando indagini al fine di comprendere nello specifico i fatti contestati, le ragioni che li avevano provocati e l'impatto sui consumatori (se fossero quindi procompetitive o meno).⁷

Interessanti sono la struttura e i contenuti dello Sherman Act in quanto il legislatore emanò disposizioni di carattere generale, evitandone di estremamente dettagliate, per non incorrere in errori dal momento che la materia era estremamente vasta e sfaccettata.

Lo Sherman Act si divideva in tre principali sezioni. La prima vietava qualsiasi mezzo legale che poteva essere adoperato per stipulare accordi anticoncorrenziali come ad esempio intese, cartelli e trust. La seconda invece riguardava le situazioni in cui tali accordi anticoncorrenziali erano già stati messi in atto e pertanto mirava a punire qualsiasi tentativo di costituzione di monopoli (come le pratiche predatorie che consistono nel tenere bassi i prezzi fino a costringere i concorrenti più deboli a lasciare il mercato per poi alzarli nuovamente una volta realizzatasi la posizione di monopolio). Infine la terza aveva come obiettivo l'estensione dei divieti sopracitati a tutti i territori degli Stati Uniti ed al distretto della Columbia.

Nonostante lo Sherman Act proibisse e punisse i trust, i cartelli e le intese, essendo esso tuttavia piuttosto generale e privo di qualunque riferimento alle concentrazioni, tale mancanza venne presto colta dalle imprese le quali avviarono rilevantissimi processi di aggregazione dando vita alla più grande ondata di concentrazioni che la storia americana ricordi.⁸

Il governo statunitense tentò di frenare tale processo e pertanto vennero avviate numerose azioni giudiziarie anche nei confronti della stessa Standard Oil nel frattempo riorganizzatasi come holding di controllo. Nel 1911, la Corte Suprema giudicò che le pratiche attuate dalla Standard Oil, quali l'acquisizione di concorrenti minori e la vendita sottocosto in certi Stati al fine di escludere le imprese locali dal mercato, dovevano considerarsi un tentativo di monopolizzazione ai sensi dello Sherman Act. Essa decretò che l'unica soluzione plausibile per evitare tale monopolizzazione fosse lo smembramento e pertanto divise la concentrazione in 34 società diverse, molte delle quali rimaste ancor oggi giganti dell'energia come ExxonMobil e Chevron. Si trattò tuttavia di una soluzione efficace e quindi negli anni successivi, per contrastare la montante ondata di concentrazioni il Parlamento introdusse norme più severe e stringenti: il Clayton Antitrust Act e il Federal Trade Commission Act (1914).⁹

⁷ file:///C:/Users/Maria/Downloads/Antitrust_2_.pdf

⁸ [file:///C:/Users/Maria/Downloads/9791221104820%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Maria/Downloads/9791221104820%20(1).pdf)

⁹ Ibidem

1.2.3 Clayton Antitrust Act

A seguito della confusione generata dalla vaga e scarna formulazione dello Sherman Act, il Congresso degli Stati Uniti, su sollecitazione del Presidente Wilson, legiferò nuovamente sulla materia nel 1914 varando il Clayton Antitrust Act. La nuova legge Antitrust, che prese il nome dal deputato dell'Alabama Henry Clayton. Jr., apportò ampie modifiche alla disciplina, allargandone significativamente l'ambito di applicabilità. Mentre lo Sherman Act dichiarava illegali soltanto determinate pratiche come i monopoli, il Clayton Act ampliò le restrizioni sulle pratiche commerciali anticoncorrenziali.

La legge si articolava in ventisette sezioni sei delle quali riguardavano le novità in materia di antitrust: l'illegalità dei comportamenti discriminatori di prezzo (Seconda Sezione), delle prestazioni con obbligo di esclusiva (Terza Sezione), delle operazioni di acquisto, fusione o di incorporazione di imprese concorrenti (Settima Sezione) e della possibilità, per un individuo, di sedere in consigli di amministrazione di più imprese concorrenti (Ottava Sezione).¹⁰

Tra le rilevanti novità introdotte dal Clayton Act vi fu la possibilità per i privati di intentare azioni legali per chiedere il risarcimento dei danni subiti in relazione a questioni antitrust tramite la Divisione Antitrust e la Federal Trade Commission, prevedendo tuttavia che gli imputati potessero essere portati in giudizio in sede esclusivamente civile. Alcuni rimedi includevano ingiunzioni per interrompere il comportamento, la cessione di beni o l'imposizione di multe o commissioni.

Inoltre, a differenza dello Sherman Act, il quale generò non poco malcontento proprio per la mancanza di disposizioni in tal senso, furono introdotte specifiche esenzioni per i sindacati e le associazioni di agricoltori. La creazione di sindacati, sino ad allora prevalentemente osteggiata dai tribunali, divenne quindi tollerata, in quanto questi venivano visti non più come un centro unico di interesse, quanto piuttosto come un'istituzione che potesse dar voce alle varie categorie di lavoratori. La sezione 6 innanzitutto stabilì che nessun tribunale poteva fermare uno sciopero o un'organizzazione dei lavoratori, mentre la sezione 20 prevede un'esenzione dalla responsabilità antitrust per determinate attività come la contrattazione collettiva e gli scioperi poiché necessarie per negoziare salari e condizioni di lavoro equi. Sebbene furono concesse tali esenzioni, i sindacati non erano comunque immuni alla responsabilità antitrust per tutte le loro attività ed inoltre, i tribunali potevano emettere

¹⁰ <https://www.investopedia.com/terms/c/clayton-antitrust-act.asp>

iniezioni contro i sindacati qualora le loro attività avessero minacciato di causare danni alla proprietà.¹¹

Le novità più dirimpenti furono però introdotte dalla Settima Sezione poiché, se con lo Sherman Act era possibile verificare l'esistenza di un monopolio solo a posteriori, ora divenne possibile operare, ed eventualmente bloccare, operazioni di fusioni o di acquisizioni anche in corso d'opera, nel caso in cui queste superassero specifiche soglie di rilevanza finanziaria (15% delle azioni di una società) La Corte Suprema riconobbe anche che la Sezione 7 si applicava alla maggior parte delle acquisizioni di "qualsiasi parte" del capitale di una società.

Una delle caratteristiche distintive della Sezione 7 nel contesto delle fusioni era quindi proprio il suo standard di prova più basso per dimostrare gli effetti anticoncorrenziali. Ai sensi della Sezione 7, le fusioni potevano essere vietate quando "la tendenza alla riduzione della concorrenza in un settore commerciale era ancora nella sua fase iniziale" e non si era ancora trasformata in un monopolio, mentre lo Sherman Act richiedeva la prova di un danno effettivo alla concorrenza. Pertanto ciò indica che l'illegalità ai sensi della Sezione 7 si basava su effetti anticoncorrenziali probabili piuttosto che certi.¹²

Il Congresso si espresse nuovamente sulla materia nel 1976, con l'approvazione dell'Hart-Scodino-Rodino Antitrust Improvements Act che richiedeva alle imprese di notificare la Federal Trade Commission prima della fusione al fine di verificare che queste fossero al di sotto di una specifica soglia calcolata in base alle variazioni del Reddito Nazionale Lordo di anno in anno.¹³

Oltre al già menzionato emendamento del 1976, il Clayton Act subì ulteriori rilevanti modifiche nel tempo come il Robinson-Patman Act del 1936, legge federale volta a prevenire la discriminazione dei prezzi cosicché i distributori applicassero prezzi uguali ai vari rivenditori senza agevolare quindi gli acquirenti di grandi volumi a discapito di coloro che invece acquistavano piccoli volumi.

La legge in questione ebbe tuttavia effetti opposti a quelli inizialmente previsti: se l'obiettivo era vietare che merci equivalenti potessero essere vendute a prezzi diversi, in un contesto economico ancora dominato da accordi e cartelli, questo non fece altro che rafforzarli. Ciò accadde in quanto l'imposizione legale di prezzi unici, altro non fece che portare ad un eccessivo irrigidimento della concorrenza in taluni settori. Il Robinson-Patman Act rimase

¹¹ <https://www.investopedia.com/terms/c/clayton-antitrust-act.asp>

¹² Ibidem

¹³ <https://www.investopedia.com/terms/h/hart-scott-rodino-antitrust-improvements-act-of-1976.asp>

tuttavia pressoché inapplicato, visti i suoi forti limiti applicativi ed i rischi che un suo eccessivo utilizzo avrebbero potuto causare proprio alla corretta competitività tra imprese.¹⁴

Importante fu anche il Celler-Kefauver Antimerger Act (Celler-Kefauver Act) del 1950 che ampliò i margini di intervento della Settima Sezione del Clayton Act, definendo come illecite anche le operazioni di fusione e acquisizione, tra imprese estremamente grandi, che avrebbero potuto creare monopoli. La legge, oltre che delle fusioni orizzontali, si occupò anche di quelle verticali (tra due o più imprese che forniscono funzioni diverse della filiera produttiva) e conglomerali (tra due o più imprese coinvolte in diversi settori o aree geografiche), ma non tutte furono sanzionate poiché per evitarle era necessario dimostrare che la combinazione di due o più società avrebbe ridotto e ostacolato drasticamente la concorrenza.¹⁵

La Sezione 7 originale inoltre proibiva solo l'acquisizione di azioni di una società da parte di un'altra società e, per sua formulazione esplicita, non si applicava alle acquisizioni di asset (che comprendono non solo i beni materiali, ma anche quelli immateriali, come brevetti, marchi, diritti d'autore e determinati diritti contrattuali) e di conseguenza le imprese trovavano modi per eludere tale divieto. Il Congresso pertanto con l'approvazione del Celler-Kefauver Act modificò la Sezione 7 per colmare questa lacuna ed introdusse anche proibizioni relative all'acquisizione del patrimonio ed a qualsiasi altra unità delle aziende concorrenti. Precedentemente infatti, fintanto che un'azienda non avesse acquistato titoli appartenenti ad un suo concorrente, era di fatto libera di acquistare unità di un'azienda concorrente ed espandere quindi notevolmente la propria quota di mercato andando potenzialmente a minare la concorrenza.

1.2.4 Federal Trade Commission Act

Il Federal Trade Commission Act (FTCA), emanato negli Stati Uniti nel 1914, fu fondamentale al fine di creare la Federal Trade Commission (FTC), e fornire al Governo degli Stati Uniti d'America degli strumenti legali da usare per contrastare pratiche anticoncorrenziali, sleali o ingannevoli sul mercato.

Il secondo obiettivo riguardava i consumatori, poiché si mirava ad assicurare una totale protezione contro pratiche commerciali fraudolente che avrebbero potuto inficiare sul corretto

¹⁴ <https://www.investopedia.com/terms/r/robinson-patman-act.asp>

¹⁵ <https://www.investopedia.com/terms/c/the-celler-kefauver-act.asp>

funzionamento del mercato. A tal fine, l'atto autorizzò la FTC a garantire che le disposizioni dello Sherman Act e del Clayton Act venissero osservate, vietando in particolare l'uso di pubblicità ingannevole o falsa.¹⁶

La peculiarità del FTCA, che lo differenziava rispetto ai già citati Sherman Act e Clayton Act, è che fornì la possibilità all'impresa sotto accusa di stipulare un accordo con la FTC, in cui avrebbe eventualmente ammesso la sua colpevolezza nell'aver utilizzato comportamenti sleali, ma si sarebbe poi impegnata a non farne più uso in futuro.

Ma non solo, un altro obiettivo di tale normativa era colmare le lacune dello Sherman Act che vietava monopolio e restrizioni alla concorrenza (1890) e del Clayton Act il quale invece si occupava di pratiche specifiche come fusioni e vendite esclusive (1914). In primo luogo, la FTC ha il potere di verificare l'applicazione del Clayton Act, potere però condiviso con l'Antitrust Division del Department of Justice a livello federale, anche se solo la FTC può applicare la "Section 5". In più, la FTC è indirettamente autorizzata ad imporre il rispetto dell'applicazione delle Sezioni 1 e dello Sherman Act, anche se per quanto riguarda questa funzione manca un riferimento esplicito.¹⁷

Pertanto la Sezione 5 fu volutamente generica, per permettere alla FTC di intervenire in modo più flessibile su pratiche non ancora vietate esplicitamente da altre leggi antitrust.

Per quanto invece concerne la Federal Trade Commission essa è un'agenzia governativa che, grazie al FTCA, ha l'autorità esclusiva di imporre l'applicazione delle norme dalla legislazione antitrust negli Stati Uniti. Fin dalla sua introduzione nel 1914, disposta dal Presidente Woodrow Wilson, questa istituzione ha vigilato su consumatori, investitori e imprese prevenendo pratiche anticoncorrenziali come monopoli, fusioni monopolistiche, fissazione di prezzi vantaggiosi, pubblicità fraudolenta o ingannevole e reclami di prodotti infondati, garantendo il corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

Inizialmente, la FTC aveva solo l'incarico di prevenire o sciogliere monopoli e di intentare cause civili contro eventuali trasgressori. Nei decenni successivi, quando l'economia americana divenne più complessa e iniziò a fiorire, anche per la FTC si rese necessario ampliare funzioni e responsabilità.

L'insieme dei poteri a disposizione della FTC è delineato dalla sezione 5 del FTCA il cui testo chiave enuncia che "I metodi di concorrenza sleale nel o che incidono sul commercio, e gli atti o le pratiche sleali o ingannevoli nel o che incidono sul commercio, sono qui dichiarati illegali."

¹⁶ <https://lawforeverything.com/federal-trade-commission-act/>

¹⁷ <https://www.ftc.gov/about-ftc/mission/enforcement-authority>

Quindi dichiara illecite:

- Pratiche sleali di concorrenza (“unfair methods of competition”)
- Atti o pratiche sleali o ingannevoli nel commercio (“unfair or deceptive acts or practices in commerce”)

Questa distinzione è fondamentale poiché, come sopraccitato, il FTCA non soltanto si occupa del diritto antitrust, ma introduce anche la tutela dei consumatori da pubblicità e pratiche ingannevoli e frodi, differenziandosi quindi rispetto dalle precedenti normative.

La Sezione 5 inoltre, dichiarando illegali le pratiche sopraccitate, legittima anche la FTC a:

- indagare sull'organizzazione, la condotta commerciale e le pratiche delle entità impegnate nel commercio conferendo quindi ad essa un potere investigativo
- avviare procedimenti amministrativi ed emettere ordini di cessazione e desistenza nei confronti dei trasgressori.
- creare norme per affrontare le pratiche sleali o ingannevoli comuni.¹⁸

La FTC è composta da cinque membri con mandato di sette anni ed è basata sul principio di composizione “pluralistico”, per cui non più di tre commissari possono rappresentare la stessa parte politica. Ognuno dei cinque commissari è nominato dal Presidente degli Stati Uniti e successivamente confermato dal Senato. La FTC risponde direttamente al Congresso per il proprio operato, il quale è chiamato a vigilarne sul comportamento.

In più, esso ha il potere di disporre gli stanziamenti a favore della FTC stessa, oltre a poterne modificare o destituire i membri se vi fosse la volontà politica. Per quanto concerne la struttura, la FTC è suddivisa in tre Bureau, ognuno dei quali ha il compito di garantire la corretta osservazione della normativa Antitrust in riferimento al settore di competenza.

Il “Bureau of Consumer Protection” ha come principale responsabilità la tutela dei consumatori da pratiche commerciali sleali, garantendo che i consumatori siano informati e protetti sulle pratiche commerciali ingannevoli o possibilmente dannose per i loro interessi. Le azioni del Bureau comprendono l'osservazione di pratiche pubblicitarie e di marketing e le indagini su singole aziende al fine di tutelare la privacy dei consumatori. Inoltre, l'Ufficio contribuisce ad

¹⁸ <https://lawforeverything.com/federal-trade-commission-act/>

informare la Commissione che a sua volta è tenuta a notificare il Congresso e altri enti governativi dell'impatto che le azioni proposte potrebbero avere sui consumatori.¹⁹

Il “Bureau of Competition” ha il compito di prevenire ed eventualmente correggere comportamenti anticoncorrenziali delle imprese. Tramite l'applicazione delle leggi Antitrust, l'esaminazione delle possibili fusioni e acquisizioni e l'osservazione ed investigazione di qualsiasi altra pratica che possa risultare potenzialmente anticoncorrenziale l'Ufficio promuove la concorrenza e protegge la libertà dei consumatori di scegliere beni e servizi in un mercato.²⁰

Infine, il mandato del “Bureau of Economics” consiste nell'aiuto fornito alla FTC nel valutare l'impatto economico delle azioni intraprese. A questo scopo, l'Ufficio svolge analisi economiche e offre supporto alle indagini e alla regolamentazione in materia di antitrust e protezione dei consumatori. Analizza inoltre l'impatto della regolamentazione governativa sulla concorrenza e sui consumatori e fornisce al Congresso, al ramo esecutivo e al pubblico un'analisi economica dei processi di mercato in relazione all'antitrust, alla protezione dei consumatori e alla regolamentazione.²¹

1.3 La Grande Depressione e il New Deal

La Crisi del 1929, conosciuta anche come Grande Depressione o Crollo di Wall Street, rappresenta uno degli eventi economici più drammatici del XX secolo ed ebbe inizio il 24 ottobre del 1929, il cosiddetto giovedì nero, quando furono vendute circa 13 milioni di azioni sulla Borsa di New York. Nei giorni successivi, in particolare il martedì nero del 29 ottobre, il crollo si aggravò ulteriormente, coinvolgendo oltre 16 milioni di azioni e sancendo l'inizio di una crisi senza precedenti.

Le cause della crisi furono molteplici e concatenate. Negli anni Venti, gli Stati Uniti avevano conosciuto una forte crescita economica grazie alla vittoriosa uscita dalla Grande Guerra e il conseguente sviluppo industriale, in particolare nel settore automobilistico. Tuttavia, a questa crescita non corrispose un adeguato aumento del potere d'acquisto poiché, nonostante un maggior numero di persone guadagnasse, i salari rimasero bassi ma la produzione aumentava poiché la domanda e quindi il consumo erano molto elevati. La notevole crescita economica

¹⁹ <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices>

²⁰ Ibidem

²¹ Ibidem

portò ad un ampio ricorso alle politiche di credito da parte degli investitori, che, insieme alle banche alimentarono la speculazione finanziaria facendo crescere il valore delle azioni a livelli esponenziali. Tale incremento però non corrispose ad un effettivo aumento della produzione e della vendita di beni, quindi il mercato azionario non produceva altro che ricchezza fittizia. Gli investitori ignorarono i vari segnali e continuarono ad investire arrivando così agli spiacevoli eventi del 24 e 29 ottobre del 1929.²²

La produzione industriale negli Stati Uniti crollò del 50%, mentre il commercio mondiale si dimezzò e milioni di persone si ritrovarono disoccupate e in povertà a causa di un contesto in cui non esistevano ancora efficaci sistemi di protezione sociale. Anche le conseguenze politiche e sociali furono devastanti poiché il declino economico minò la fiducia nel capitalismo occidentale e spinse molte nazioni a considerare alternative economiche, come il modello sovietico. Inoltre la crisi alimentò il malcontento sociale, favorendo l'ascesa di regimi autoritari, come il nazismo in Germania.²³

Nel 1932 negli Stati Uniti fu eletto il presidente Franklin Delano Roosevelt in un momento estremamente delicato in cui la crisi raggiunse l'apice e l'economia americana si trovava nel punto più basso. Roosevelt quindi si dedicò subito al tentativo di aumentare la produzione con il lancio di un pacchetto di riforme chiamato New Deal, ispirato alle teorie di John Maynard Keynes, che si basava sull'intervento dello Stato federale al contrario delle tendenze estremamente liberiste che fino ad allora avevano caratterizzato lo scenario economico.

Le misure del New Deal miravano a:

- risanare l'economia per evitare la ripetizione degli abusi che avevano portato al crollo della borsa
- riattivare l'economia con lo stimolo dei consumi attraverso l'introduzione di denaro resa possibile grazie all'investimento pubblico sulle infrastrutture
- ottenere una distribuzione meno disuguale del reddito con la diminuzione della disoccupazione²⁴

L'azione del New Deal riguardò quindi cinque ambiti principali:

- 1) la politica monetaria e finanziaria
- 2) la spesa pubblica
- 3) gli interventi nel settore agrario

²² <https://www.fattiperlastoria.it/crisi-1929-grande-depressione/>

²³ Ibidem

²⁴ https://soci.il-cubo.it/bdati/50320_IL%20New%20Deal.pdf

- 4) gli interventi nel settore industriale
- 5) la legislazione social²⁵

Per quanto concerne il primo punto, ad esempio, fu emanato l'Emergency Banking Act che inaugurò la cosiddetta stagione dei cento giorni durante la quale le banche dovettero chiudere per il periodo necessario allo Stato per controllarne i conti e le liquidità. Per quanto riguarda il secondo punto invece furono varati diversi programmi per il miglioramento del territorio e delle opere pubbliche che riuscirono ad assorbire e a migliorare la situazione di un ingente numero di disoccupati, riattivando così l'economia.

Considerando però che gli Stati Uniti erano un Paese prevalentemente industriale la ripresa non poteva che riguardare anche l'industria e quindi il progetto che fu considerato come il più ambizioso del New Deal fu il National Industrial Recovery Act (NIRA) emanato nel 1933 contestualmente alla creazione del suo organo di controllo: la National Recovery Administration (NRA).

L'obiettivo delle disposizioni era quello di superare la deflazione, mantenendo i prezzi e aumentando i salari e la proposta fu quella di formare dei cartelli e delle alleanze tra imprese dalle quali gli imprenditori non potevano astenersi, se richieste dal governo. Le leggi antitrust furono quindi sospese e alle aziende fu imposto di scrivere dei "codici di concorrenza leale" a livello settoriale in base ai quali venivano fissati prezzi e salari, quote di produzione e barriere all'ingresso. In questo modo quindi, oltre alle leggi antitrust, venne meno anche la libertà di contrattazione ossia la fissazione dei salari mediante un accordo diretto tra imprenditore e lavoratore. Altri importanti provvedimenti previsti dal NIRA furono: abolizione del lavoro minorile, introduzione di una settimana lavorativa con un tetto massimo di 40 ore e salario minimo previsto di 40 centesimi l'ora.

La realtà fu però ben diversa dalle aspettative poiché molti imprenditori non accettarono i codici e i consumatori non furono realmente tutelati a causa di un aumento dei prezzi che peggiorarono soltanto la situazione. Inoltre l'NRA nel 1935 fu dichiarato incostituzionale dalla Corte Suprema all'unanimità a seguito di un'accusa mossa alla Schechter Poultry Corp. , una società locale di pollame accusata di aver violato i codici dell'NRA su igiene, prezzi minimi e ore lavorative. La Corte Suprema riconobbe innanzitutto che il Congresso delegò i propri poteri esecutivi al Presidente e alle agenzie (come l'NRA) nonostante tale delega ad organismi esterni non fosse possibile ed inoltre stabili , siccome la Schechter operava solo a livello locale e quindi

²⁵ https://soci.il-cubo.it/bdati/50320_Il%20New%20Deal.pdf

non rientrasse nel commercio interstatale, il Congresso non potesse regolare tale attività, avendo esso potere esclusivamente su attività non locali.

La conseguenza di tale processo fu lo smantellamento della NRA e una lenta ma progressiva ripresa dei meccanismi e normative antitrust che raggiunsero il culmine durante il trentennio 1940-1970.

1.4 La fase d'oro della disciplina Antitrust

Fu denominato "La fase d'oro"²⁶ il periodo compreso tra il 1940 e il 1970 poiché la disciplina Antitrust raggiunse il culmine negli Stati Uniti mentre nel resto del mondo non soltanto non vi furono passi in avanti ma la politica economica regredì esponenzialmente a causa della diffusione e affermazione dei cosiddetti regimi totalitari.

Mentre infatti l'ideologia economica fascista si diffondeva in tutta l'Europa e il Medio Oriente e in gran parte dell'Asia e dell'Africa, gli Stati Uniti diedero inizio una progressiva ripresa dell'Antitrust adoperato come antidoto alle politiche economiche del fascismo in modo tale da mantenere la concorrenza e preservare la libertà dagli eccessi di potere.²⁷

Durante questo periodo l'intervento dei regimi totalitari è stato caratterizzato da un robusto intervento statale e da una gestione estremamente centralizzata dell'economia andando così a ridimensionare o addirittura ad annullare l'Antitrust.

Infatti nello specifico l'obiettivo era raggiungere l'autarchia economica realizzata tramite politiche protezionistiche e forti normative che limitavano la concorrenza, riducevano gli scambi con altri paesi al fine di conseguire una assoluta o relativa indipendenza e favorivano esclusivamente alcune aziende che potevano rivelarsi strategiche per i regimi. Proprio a proposito di questo la concorrenza e l'antitrust videro ridimensionato o annullato del tutto il proprio raggio d'azione poiché, con il fine di promuovere tali aziende considerate strategiche, i regimi arrivarono addirittura ad incoraggiare la creazione di monopoli e cartelli controllati dallo Stato.

²⁶ <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>

²⁷ <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>

Alla luce di questa situazione in cui non vi era in Europa un quadro normativo sviluppato e l'economia collusa con i regimi era funzionale solo al raggiungimento dei loro progetti ideologici, si rese negli Stati Uniti ancor più necessaria la ripresa e affermazione dell'Antitrust come strumento per tutelare la concorrenza e soprattutto la libertà economica.

Per perseguire tali fini i legislatori si affidarono agli strumenti in loro possesso introdotti con la nascita della disciplina stessa soprattutto a cavallo degli anni 1900-1920 come lo Sherman Act e il Clayton Act. La Corte Suprema nel 1958 riconobbe che tali emendamenti tra cui appunto il già citato Sherman Act "permise al Dipartimento di Giustizia di perseguire penalmente e civilmente le restrizioni irragionevoli al commercio e gli abusi monopolistici"²⁸ e che "fu progettato per essere una carta completa della libertà economica volta a preservare la concorrenza libera e senza restrizioni come regola del commercio".²⁹ Infatti a partire da Thurman Arnold, Assistente Procuratore Generale eletto nel 1938 da Roosevelt per guidare la divisione antitrust, si diede il via ad una stagione caratterizzata da innumerevoli processi contro monopoli formati durante il New Deal, periodo in cui le normative sulla concorrenza vennero messe da parte per far spazio ad una celere ripresa a seguito della Grande Depressione.

Questo approccio fu mantenuto durante tutto il periodo dei totalitarismi e conseguentemente esportato in Europa e in Giappone dopo la fine della guerra per aiutare a decentralizzare il potere economico e riavviare il processo competitivo.

1.5 La Scuola Di Chicago

Nel periodo successivo alla sconfitta dei totalitarismi fu di vitale importanza reintegrare le normative antitrust al fine di tutelare la libertà concorrenziale e pertanto vi fu una graduale ripresa del pensiero della "Scuola di Harvard" secondo cui appunto era necessario, da parte del governo, un approccio interventista volto a correggere l'andamento del mercato soprattutto in presenza di monopoli e cartelli.

Tuttavia negli anni '60 e '70 ci fu un netto allontanamento dai principi e le idee che fin ad allora avevano caratterizzato la gestione della concorrenza a causa di una sfiducia sempre crescente

²⁸ <https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>

²⁹ Ibidem

nelle istituzioni. Inizio così ad emergere una nuova scuola di pensiero – la “Scuola di Chicago”³⁰- destinata a rivoluzionare la dottrina antitrust con la sua visione liberista e un marcato scetticismo nei confronti dell'intervento governativo. Tale sfiducia dell'opinione pubblica americana fu alimentata da varie cause, prima tra tutte lo scandalo Watergate (1972-1974) che rivelò attività illegali come spionaggio politico e insabbiamenti orchestrate dall'amministrazione Nixon per sabotare gli avversari. Egli fu infatti costretto a dimettersi nel 1974, un evento senza precedenti nella storia presidenziale USA. Altra causa fu sicuramente la stagflazione un aumento simultaneo dell'inflazione e una stagnazione della produzione economica. Fino agli anni '60 infatti si era creduto che lo Stato potesse gestire e addirittura correggere l'economia attraverso spesa pubblica e politiche fiscali espansive ma negli anni '70 questa convinzione crollò a causa degli shock petroliferi del 1973 e 1979 i quali mostrarono che l'economia poteva essere colpita da fattori esterni non controllabili dal governo.³¹

Verso la fine del decennio era ormai consolidata l'idea secondo cui il governo non fosse la soluzione bensì il problema e questo si incastrava perfettamente con le idee della Scuola di Chicago. Fu fondata negli anni '30 da Frank H. Knight e si sviluppò all'interno del dipartimento di economia dell'Università di Chicago riunendo economisti e giuristi come Milton Friedman, George Stigler, Ronald Coase, Gary Becker e Richard Posner, alcuni dei quali insigniti del Premio Nobel.

Il cuore pulsante del pensiero della Scuola di Chicago era il principio del “laissez-faire”, quindi la convinzione nel libero mercato, fondato sull'assunto del cosiddetto “Rational-actor model”³² secondo il quale le persone tendono ad agire razionalmente per massimizzare il loro interesse. In quest'ottica perciò, la concorrenza di mercato, lasciata libera da interferenza statali garantirebbe la massima efficienza allocativa. Questa a sua volta deriverebbe da quello che divenne lo standard da raggiungere, ossia il “benessere del consumatore”, secondo cui la condotta economica era considerata lecita finché produceva i prezzi più bassi possibili poiché questo era sinonimo di una produzione massimizzata, risorse allocate in modo efficiente e concorrenza fiorente. Quindi, siccome la Scuola di Chicago vedeva i mercati come autocorrettivi, non tutti i comportamenti che aumentavano i prezzi sarebbero stati illegali, e piuttosto, sarebbero condannate solo le forme più eclatanti di condotta anticoncorrenziale (come ad esempio la fissazione dei prezzi) che distorcono le funzioni del mercato e impediscono l'autocorrezione del mercato.

³⁰ <https://www.antitrustlawsources.com/2021/06/1990s-to-the-present-the-chicago-school-and-antitrust-enforcement/>

³¹ Ibidem

³² <https://www.britannica.com/money/Chicago-school-of-economics>

Di conseguenza le autorità esecutive avrebbero adottato una visione benevola delle condotte che hanno permesso alle imprese di crescere (come le fusioni) perché esse tenderebbero ad essere più efficienti e tali efficienze si tradurrebbero in costi inferiori ed economie di scala consentendo di trasferire tali risparmi ai consumatori sotto forma di prezzi più bassi e servizi migliori.

La regola della ragione, già introdotta oltre un secolo prima dalla Corte Suprema per interpretare lo Sherman Act, fu quindi reinterpretata in chiave Chicago: i comportamenti anticoncorrenziali erano condannabili solo se palesemente dannosi e privi di giustificazioni di efficienza, come nel caso della fissazione dei prezzi o della spartizione dei mercati. In questa logica, la concorrenza era ritenuta intrinsecamente capace di autocorreggersi grazie alla razionalità degli attori di mercato, rendendo superflua una vigilanza statale invasiva. Questo approccio ha portato le autorità ad accettare i rischi derivanti dalla concentrazione delle industrie di telecomunicazioni, finanziarie, radiofoniche e altre economicamente rilevanti.

Tuttavia, questa visione incontrò anche critiche severe: gli economisti comportamentali, ad esempio, contestarono l'ipotesi dell'attore razionale, evidenziando come bias cognitivi limitino la razionalità effettiva dei comportamenti economici; altri invece misero in guardia sul rischio che l'efficienza, così come intesa dalla Scuola di Chicago, sacrificasse principi di giustizia ed equità, ampliando le disuguaglianze. Nonostante ciò, l'influenza della Scuola di Chicago fu tale da plasmare per decenni la politica antitrust statunitense, che durante tale periodo ridusse drasticamente le azioni contro fusioni e concentrazioni verticali, lasciando che fosse il mercato a correggere eventuali distorsioni di potere.

1.6 Anti-Monopoly Movement

Negli ultimi anni, nel panorama statunitense, si è assistito ad una significativa rivalutazione del ruolo delle politiche antimonopolistiche, alimentata da un caso paradigmatico di fusione e dal simultaneo affioramento di una nuova corrente di pensiero conosciuta come "New Brandeis School".

L'acquisizione di Time Warner da parte di AT&T/DirectTV nel 2017 dal valore stimato di 108 miliardi di dollari, avrebbe consentito alla società risultante di esercitare un controllo diretto non solo sulla distribuzione dei contenuti, ma anche sulla produzione di contenuti televisivi di grande richiamo su canali come HBO, CNN, TBS, TNT fino a eventi sportivi di rilevanza

nazionale come la NCAA e la Major League Baseball. Secondo l'analisi del Department Of Justice, ciò avrebbe determinato un incremento significativo del potere di mercato di AT&T, la quale avrebbe potuto ostacolare l'accesso dei concorrenti a contenuti essenziali, imporre condizioni contrattuali più onerose e rallentare l'innovazione tecnologica, compromettendo la transizione verso modelli di distribuzione video più aperti e concorrenziali, come quelli offerti dai nuovi operatori digitali.³³

In tale contesto si inserisce la "New Brandeis School" che si pone in netta discontinuità con l'impostazione della Scuola di Chicago centrata quasi esclusivamente sul "benessere del consumatore", inteso in termini di efficienza allocativa e riduzione dei prezzi. Tale approccio ha finito per limitare l'intervento pubblico ai soli casi in cui fosse possibile dimostrare un danno diretto e immediato ai prezzi o all'efficienza, con la conseguenza di favorire una progressiva concentrazione industriale in numerosi settori strategici.

La teoria proposta dai nuovi brandeisiani si fonda sul recupero dei punti cardine originari del pensiero di Louis Brandeis, il quale, già agli inizi del XX secolo, aveva enunciato che la concentrazione del potere economico costituisce una minaccia non soltanto per la libera concorrenza ma per le stesse istituzioni democratiche, poiché un'economia dominata da pochi attori di grandi dimensioni avrebbe facilmente potuto tradursi in un'influenza indebita sui processi politici. La New Brandeis School ripropone il legame tra concorrenza e governo, opponendosi all'idea che i mercati siano governati da forze "naturali" e ribadendo come essi, in realtà, siano il risultato di precise norme. Per comprenderne meglio le idee è necessario soffermarsi sui punti cardine su cui si fonda il loro pensiero:

1) L'antimonopolio non è solo antitrust ma anche uno strumento filosofico per strutturare la società su basi democratiche. Brandeis infatti, in un discorso nel 1912, affermò che la democrazia non si traduce solo in libertà politica e religiosa, ma anche nella libertà industriale poiché, se i cittadini non sono in grado di controllare le concentrazioni private di potere economico, non possono neanche controllare quelle di potere politico perché le due sono strettamente collegate tra loro. Questo poiché le società dominanti esercitano un'influenza smisurata sui processi e sui risultati politici attraverso attività di lobbying, finanziamento delle elezioni o finanziamento della ricerca consolidando ulteriormente il loro dominio. Brandeis credeva anche che gli individui sperimentassero la vera libertà nella loro vita economica quotidiana dal momento che tale esperienza non deriva dall'interazione con i funzionari pubblici, ma attraverso ad esempio la negoziazione della retribuzione con un datore di lavoro

³³ <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/justice-department-challenges-attdirectv-s-acquisition-time-warner>

e quindi temeva che le strutture autocratiche nella sfera commerciale potessero e possano precludere l'esperienza della libertà, minacciando la democrazia.³⁴

2) Così come la Costituzione divide il potere tra i diversi rami e livelli del governo, anche la disciplina antimonopolistica mira a creare un sistema di mercato equilibrato e ben diviso grazie alla creazione di una complessa rete di istituzioni che nel tempo sono state introdotte negli Stati Uniti.³⁵

3) I nuovi brandeisiani riconoscono che grande non è sempre sinonimo di cattivo poiché certe industrie tendono naturalmente al monopolio come ad esempio le reti. In questi casi, la risposta non è quella di dividere queste imprese, ma di progettare un sistema di regolamentazione pubblica che impedisca ai dirigenti che gestiscono questo monopolio di sfruttare il loro potere in modo indebito e che li incentivi a fornire il miglior servizio possibile a tutti i consumatori.³⁶

4) L'antimonopolio non deve concentrarsi sui risultati ma sulle strutture e sui processi di concorrenza. La Scuola di Chicago commise tale errore poiché lo standard e quindi il risultato sul quale si concentravano era "benessere del consumatore". Ciò ha portato sia le autorità a concentrarsi principalmente sulla promozione dell'"efficienza" che, a sua volta, ha fatto sì che molti dei danni causati da un indebito potere di mercato fossero sottovalutati o addirittura ignorati.³⁷

5) Non esistono "forze" di mercato.

La Scuola di Chicago presume che il mercato sia regolato in gran parte attraverso "forze naturali" mentre I Nuovi Brandeisiani, al contrario, credono che l'economia politica sia strutturata solo attraverso il diritto e la politica e questo è fondamentale poiché, a differenza della scuola di Chicago, essi credono che nessuna forma di organizzazione o tipo di potere possa essere non evitabile con i giusti strumenti e prevenzione da parte del governo.³⁸

In tale prospettiva, la politica antimonopolistica non può ridursi alla sola applicazione della legge antitrust, ma deve presentarsi come una strategia articolata, che coinvolge strumenti volti a prevenire la formazione di concentrazioni capaci di inibire l'innovazione, la pluralità imprenditoriale e l'equa distribuzione delle opportunità economiche. In tal senso la New

³⁴ <https://academic.oup.com/jeclap/article/9/3/131/4915966>

³⁵ Ibidem

³⁶ Ibidem

³⁷ Ibidem

³⁸ Ibidem

Brandeis School rappresenta un tentativo di riportare la politica antimonopolistica alla sua funzione originaria di garante di democrazia economica e politica.

Capitolo 2

2.1 Cenni storici

Lo sviluppo economico europeo del XIX secolo non fu molto distante dal contesto americano fin qui descritto. La differenza risiede però nell'approccio utilizzato da parte delle autorità. Mentre negli Stati Uniti, infatti, si cercò di eliminare o quantomeno arginare cartelli e consorzi, in Europa si tentò, al contrario, di governare questi fenomeni, ritenuti strumenti utili per evitare guerre di prezzo, abusi di potere da parte delle imprese, e tutte le possibili condotte con effetti restrittivi della concorrenza e destabilizzanti per l'intero sistema economico finanziario.

Le frequenti crisi, conflitti e l'insediarsi dei regimi totalitari che colpirono il continente europeo nella prima parte del secolo, non modificarono lo scenario, anzi portarono ad una sistematica applicazione della disciplina. Il periodo che realmente funse da spartiacque dello sviluppo della disciplina antitrust europea risultò essere il secondo dopoguerra che portò ad un profondo cambiamento culturale e sociale. Difatti la ripresa dell'economia e della libertà poteva concretizzarsi soltanto tramite il riacquisto della competitività tra le imprese e non impermeabilizzando le stesse alla concorrenza interna ed internazionale.

Un altro elemento rivelatosi determinante nel cambio di rotta della disciplina antitrust europea risultò essere l'imposizione, da parte degli Alleati (Stati Uniti, Unione Sovietica, Regno Unito) ai paesi usciti sconfitti dalla guerra, di dotarsi di un adeguato apparato di norme antimonopolistiche al fine di disgregare l'eccessivo potere economico accumulatosi in quegli anni in Europa il quale si era rivelato, insieme ai diversi regimi totalitari (Germania e Italia), uno straordinario apparato di guerra e distruzione. Non a caso, infatti, i primi interventi di scorporazione avvennero nei settori chimici, farmaceutici e dell'acciaio, fiori all'occhiello dell'economia tedesca prebellica. Un simile contesto, in cui l'obiettivo principe dei Paesi era quello di riequilibrare le forze in campo ed evitare il ripetersi di situazioni di eccessiva

concentrazione economica, portò un forte sviluppo della disciplina antitrust, divenuta ormai componente fondamentale ed irrinunciabile di tutti i trattati postbellici stipulati in Europa.

Prima di tale periodo i sistemi della concorrenza europeo e italiano della concorrenza furono caratterizzati da una significativa lacuna che fu parzialmente colmata con l'istituzione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), trattato firmato a Parigi nel 1951 da Belgio, Italia, Francia, Lussemburgo e Paesi Bassi. L'obiettivo principale del trattato era creare tra i paesi membri un'interdipendenza nel settore del carbone e dell'acciaio e perciò istituiva un mercato comune, seppur limitato agli Stati firmatari. A ciò si aggiunse il principio della libertà della concorrenza, come mezzo indispensabile per raggiungere l'efficienza economica generale a cui si faceva riferimento negli articoli 65 e 66 i quali trattavano rispettivamente delle fattispecie del divieto di accordi restrittivi della concorrenza e del divieto di abuso della posizione dominante. Nello specifico, l'articolo 65 considerava particolarmente lesive quelle condotte e accordi che:

- limitavano o controllavano la produzione, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- fissavano o determinavano i prezzi;
- ripartivano i mercati, i prodotti, i clienti o le fonti di approvvigionamento.³⁹

L'art. 66 oltre a vietare le situazioni di oligopolio – ossia poche imprese, ma talmente grandi da essere in grado di alterare il mercato in maniera rilevante – sottolineava 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 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.”⁴⁰ Nonostante dopo la costituzione della CECA (scaduta nel 2002) molti degli Stati membri fossero dotati di una politica per la concorrenza, le modalità del controllo differivano da un paese all'altro, infatti ciò che effettivamente si era andato a creare non era altro che una convivenza di molteplici pratiche nazionali. Quindi, dal momento che le differenze tra le legislazioni di ciascuno Stato erano troppo rilevanti per potervi semplicemente sostituire una normativa uniforme, al fine di dar vita ad un'area economica omogenea, si è dovuto far sì che le politiche di concorrenza nazionali e comunitarie potessero coesistere.

Nel 1957 verrà istituita, con il trattato di Roma anche detto Trattato della Comunità Economica Europea (TCE), la Comunità Economica Europea (CEE) il cui obiettivo risultava essere “[...]la

³⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=RO>

⁴⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=RO>

promozione, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno 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".⁴¹

Con il Trattato di Roma furono quindi stipulate le prime norme antitrust comunitarie che presero spunto dallo Sherman Act; nello specifico l'ex articolo 85 (ad oggi articolo 81 del TUE) che vietava "[...]tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione,
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti,
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento,
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza,
- e) 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.

L'ex articolo 86 (ad oggi articolo 82 del TUE) che vietava "[...] lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque.
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori,

⁴¹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11957E002&from=EL>

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza, d) nel 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".⁴²

e l'articolo 91 legato alle pratiche di dumping, enunciati nel Titolo V del Trattato.

Nel 1992 venne poi firmato il Trattato di Maastricht, anche detto Trattato sull'Unione Europea (TUE), fondamentale poiché in primo luogo diede formalmente vita all'Unione Europea, e in secondo luogo, assieme al TFUE, rappresentò e rappresenta tutt'ora uno dei capisaldi dell'ordinamento dell'Unione Europea definendo i principi base, i valori, gli obiettivi e le regole istituzionali dell'Unione. Difatti l'obiettivo cardine di tale trattato è quello di istituire "un mercato interno" senza frontiere e in cui sia promossa la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali, uno sviluppo e una crescita sostenibili così come enunciato dall'art. 3, comma terzo.

Di fondamentale importanza è l'articolo 5 del TUE che introduce il principio di sussidiarietà e quello di proporzionalità che fungono da apripista proprio alle norme antitrust poiché la loro funzione è principalmente quella di delimitare e ridimensionare il campo di azione dell'Unione nei settori in cui essa non ha competenza esclusiva legittimando quindi gli Stati membri a prendere decisioni in quelle situazioni in cui è fondamentale che vengano prese il più possibile vicino ai cittadini, cioè a livello nazionale o locale.

Così come enuncia l'articolo "[...] in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione".⁴³ L'art. 5 quindi stabilisce le situazioni in cui l'UE è legittimata ad intervenire andando così a creare un equilibrio fra i Paesi membri e l'Unione stessa.

A sua volta anche il principio di proporzionalità serve ad evitare che l'UE ecceda nell'uso dei suoi poteri infatti " [...] il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto

⁴² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992E/TXT#:~:text=Ai%20fini%20enunciati%20all%27articolo%202%2C%20l%27azione%20degli%20Stati,un%27economia%20di%20mercato%20aperta%20e%20in%20libera%20concorrenza>

⁴³ https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0017.02/DOC_1&format=PDF

necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati” senza poter andare oltre e di conseguenza entrare nella sfera di competenza degli Stati membri”.⁴⁴

Gli articoli che si interessano dell'antitrust sono specificatamente i sopracitati articoli 81 (ex articolo 85 del TCE) e 82 (ex articolo 86 del TCE) che rispettivamente vietano e condannano i cartelli e l'abuso di posizione dominante, pratiche che rappresenteranno poi anche il fulcro delle norme enunciate dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

2.2 Normativa Europea

Negli anni numerosi sono stati i cambiamenti e le modifiche che hanno riguardato la disciplina Antitrust in quanto disciplina di recente introduzione e pertanto in costante evoluzione. Ad oggi comunque è possibile delineare, a livello europeo, un quadro ben preciso principalmente con gli articoli 101-109 nel capo 1 del Titolo VII della parte terza del TFUE in aggiunta poi anche al protocollo numero 27 sul mercato interno e sulla concorrenza, il regolamento sulle concentrazioni (regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio) e le relative norme di attuazione (regolamento CE n. 802/2004 della Commissione), gli articoli 37, 106 e 345 TFUE per le imprese pubbliche e gli articoli 14, 59, 93, 106, 107, 108 e 114 TFUE per i servizi pubblici, i servizi di interesse generale e i servizi di interesse economico generale, il protocollo numero 26 sui servizi di interesse generale e l'articolo 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In termini generali, gli strumenti della politica di concorrenza dell'Unione Europea comprendono norme in materia di antitrust, controllo delle concentrazioni, aiuti di Stato, servizi e imprese pubblici e mira a ripristinare le condizioni concorrenziali, ad esempio in caso di formazione di cartelli o di abuso di posizione dominante o ad evitare un indebito intervento statale.

Gli articoli cardine del TFUE a cui maggiormente si fa riferimento quando si parla di antitrust sono l'articolo 101 e l'articolo 102 rispettivamente ex articoli 81 e 82 del TUE e integralmente riportati nel TFUE. ⁴⁵

Il primo ritiene incompatibili con il mercato interno e dunque vieta “gli accordi tra le imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, pp. 44,43,44,45,46,47,48,49.

per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno.”⁴⁶ Come anche riportato in precedenza in particolare, sono vietati tutti gli accordi che hanno come fine quello di:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) trattare in modo diverso clienti o fornitori che si trovano in situazioni simili;
- d) imporre ai consumatori l'acquisto di prodotti o servizi aggiuntivi non necessari o non collegati al contratto principale.

Attraverso l'analisi dell'art. 101 è inoltre possibile delineare gli elementi costitutivi posti a fondamento della fattispecie dell'intesa, ossia:

- l'esistenza di almeno due imprese in uno stesso mercato alle quali sia riconducibile un comportamento anticoncorrenziale
- la realizzazione di una qualsiasi forma di coordinamento tra le imprese
- la circostanza secondo cui tale coordinamento abbia, come scopo diretto, effetto potenziale o conseguenza concreta, l'alterazione delle dinamiche concorrenziali nel mercato interno e/o un impatto negativo sul commercio tra gli Stati membri dell'Unione.

Per accertare la sussistenza del primo requisito, è essenziale la definizione del concetto di mercato rilevante, che costituisce la base di qualunque analisi antitrust. Al giorno d'oggi essa si basa su metodologie complesse, ma due risultano essere i criteri particolarmente rilevanti (i quali verranno spiegati dettagliatamente al trattare del mercato rilevante): la sostituibilità dal lato della domanda e la sostituibilità dal lato dell'offerta.

In riferimento al secondo presupposto è fondamentale comprendere la natura di tali accordi che, secondo l'articolo 101 sono distinguibili in accordi orizzontali e accordi verticali. I primi si instaurano tra aziende che operano allo stesso livello della catena produttiva, quindi in concorrenza diretta tra loro, e si concretizzano in pratiche come la fissazione dei prezzi o la spartizione dei mercati. Gli accordi verticali, invece, si instaurano tra imprese situate a livelli

⁴⁶ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 44.

differenti del processo produttivo (ad esempio tra produttore e distributore) che, pur non essendo soggetti in concorrenza diretta, possono comunque limitare la libertà di mercato.

Il Trattato sancisce la nullità di pieno diritto degli accordi presi in violazione dell'art. 101 TFUE ed essa è imprescrittibile, insanabile, con efficacia retroattiva, ed opera automaticamente e può essere rilevata d'ufficio da qualsiasi giudice o dalle istituzioni competenti. La nullità può essere anche parziale e riguardare solo alcune clausole scindibili dall'accordo. Sono però permesse delle esenzioni qualora gli accordi contribuiscano a migliorare la produzione, la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico "pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di imporre inutili restrizioni che eliminino la concorrenza".⁴⁷

Infine, rispetto al terzo presupposto, la norma richiede che il comportamento in questione sia stato oggettivamente lesivo della concorrenza affinché possa essere sanzionato. Infatti non è necessario che le imprese abbiano inteso direttamente limitare la competizione ma è sufficiente che il comportamento adottato, anche in assenza di dolo, impedisca in modo concreto il corretto funzionamento del mercato.

Segue l'articolo 102 che disciplina l'abuso di posizione dominante di un'impresa su uno specifico mercato e 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"⁴⁸. Analizzando l'enunciato è comprensibile che la normativa non vieti il raggiungimento di una posizione dominante da parte di un'impresa ma soltanto il relativo sfruttamento abusivo. Questo poiché la posizione dominante, in quanto situazione di potenza economica realizzata dall'impresa attraverso l'implementazione di ottime strategie che nel corso del tempo le hanno consentito di diventare titolare di una grande quota di mercato, rappresenta una delle situazioni, o la migliore, in cui qualsiasi impresa può ritrovarsi a seguito di giusti investimenti e pianificazioni. Ad essere vietato sono quindi quei comportamenti abusivi volti a pregiudicare la concorrenza e la capacità competitiva dei concorrenti, comportamenti che, tuttavia, in assenza di posizione dominante sul mercato, sarebbero di per sé leciti, in quanto utili ad accrescere la competitività tra imprese e la crescita individuale delle singole imprese.

⁴⁷ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 45

⁴⁸ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, pp. 45 e 46.

Gli altri articoli che concorrono alla definizione del sistema normativo comunitario sono:

- L'art. 103 TFUE che conferisce al Consiglio dell'UE (cioè uno degli organi legislativi dell'Unione) il potere di adottare regolamenti e direttive per rendere applicabili, in modo diretto e concreto, gli articoli 101 e 102 TFUE su proposta della Commissione europea e previa consultazione del Parlamento europeo.

- Gli articoli 104 e 105 i quali garantiscono che le norme antitrust siano applicabili anche in mancanza di regolamenti attuativi emanati dal Consiglio ex art. 103. In particolare, il primo riconosce alle Autorità degli Stati membri, in mancanza di norme dettagliate adottate dal Consiglio, potere decisionale in materia antitrust e potere di intervento, mentre il secondo conferisce alla Commissione europea il potere di applicare immediatamente gli artt. 101 e 102, anche prima e in mancanza dell'emanazione di regolamenti specifici da parte del Consiglio.

L'entrata in vigore del Regolamento CE n. 1/2003 ha portato alla concretizzazione del sistema previsto dall'art. 103 fornendo un quadro dettagliato per l'applicazione delle norme antitrust da parte della Commissione e delle autorità nazionali, rendendo però tale articolo obsoleto.

- L'articolo 106 si distingue dagli articoli 101 e 102 in quanto non si rivolge esclusivamente alle imprese, ma coinvolge anche gli Stati membri, ponendosi come strumento giuridico essenziale per abbattere le barriere all'entrata in settori dove vi è un forte intervento pubblico nell'attività economica. Questa disposizione ha avuto un ruolo chiave nei processi di liberalizzazione di servizi pubblici precedentemente sottratti alla concorrenza, introducendo l'obbligo per gli Stati di astenersi dall'adottare o mantenere misure che possano risultare in contrasto con i principi dei Trattati, in particolare con il divieto di discriminazione basata sulla nazionalità (art. 18 TFUE) e con la normativa in materia di concorrenza (artt. 101-109 TFUE).

Tuttavia, l'art. 106 non sancisce un divieto assoluto di monopoli pubblici o di altre forme di intervento statale, piuttosto, promuove un principio fondamentale, cioè che le imprese pubbliche e quelle private devono essere trattate in ugual modo. Il secondo paragrafo introduce una deroga alla regola generale, precisando che le norme di concorrenza devono essere perseguite " 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" e sempre che "lo sviluppo degli scambi non sia compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione"⁴⁹. Ciò sta a significare che le imprese devono generalmente seguire le regole di concorrenza, ma, nel momento in cui

⁴⁹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, pp. 47 e 48.

queste ricevono dallo Stato compiti di interesse pubblico, tali regole possono essere allentate o addirittura non applicate sempre nei limiti sopracitati.

Infine il terzo paragrafo conferisce alla Commissione europea un ruolo di vigilanza insieme, se necessario, al potere di adottare decisioni o direttive. La Commissione, invero, può scegliere se intervenire direttamente, indicando eventuali violazioni e le misure correttive (in tal caso il provvedimento è impugnabile dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 263 TFUE), oppure aprire una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato inadempiente ex articolo 258 TFUE.

- L'art. 107, unitamente agli artt. 108 e 109, disciplina gli aiuti di Stato alle imprese. Nel primo paragrafo è enunciato che gli aiuti concessi dallo Stato sono incompatibili con il mercato interno nel momento cui, favorendo alcune imprese, incidono sugli scambi tra gli Stati membri falsando e minacciando la concorrenza.

La Commissione europea con una comunicazione del 2016 ha indicato che l'aiuto di Stato si sostanzia quando ricorrono i seguenti presupposti:

“a)trasferimento, anche indiretto, di risorse pubbliche imputabili allo Stato;

b) vantaggio economico all'impresa che ne è beneficiaria inteso quale vantaggio concorrenziale che la stessa non avrebbe ricevuto in condizioni normali di mercato;

c)la misura sia selettiva, ossia non abbia natura generale, ma si applichi solo a talune imprese, o settori di attività (economiche) ;

d) vi sia un effetto (anche potenziale) distorsivo sulla concorrenza e sul commercio tra Stati membri, ossia incida sulle condizioni di concorrenza e di scambio nel mercato UE”⁵⁰.

Il paragrafo 2 dell'art. 107 sottolinea che in alcuni casi come calamità naturali, l'aiuto è sempre permesso, mentre il paragrafo 3 evidenzia come in altri casi meno gravi, come innovazione o sviluppo, gli aiuti possono essere concessi solo dopo essere stati valutati e approvati dalla Commissione la quale gli Stati sono tenuti ad informare circa i loro progetti (ex. articolo 108 TFUE). Infine l'art. 109 attribuisce al Consiglio il potere di adottare regolamenti in materia.

- Il Regolamento (CE) n. 1/2003, entrato in vigore il 1° maggio 2004, ha il compito di disciplinare l'attuazione degli articoli 101 e 102 del TFUE. Tale regolamento ha sostituito il previgente Regolamento n. 17/1962, superando l'impianto centralizzato che attribuiva alla Commissione europea un ruolo pressoché esclusivo nell'accertamento e nell'applicazione delle norme antitrust. Il nuovo testo ha introdotto un modello di applicazione decentralizzata in

⁵⁰ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 48.

modo tale che sia le autorità nazionali garanti della concorrenza che i giudici nazionali sono stati investiti della competenza a applicare direttamente gli articoli 101 e 102 TFUE, operando parallelamente alla Commissione. In base al nuovo sistema, le imprese devono autovalutare la conformità delle proprie condotte alle norme antitrust, non essendo più previsto un regime di notifica preventiva per ottenere un'esenzione ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. Questo ha comportato un rafforzamento della responsabilità delle imprese, che devono agire con maggiore prudenza e consapevolezza giuridica. Il Regolamento n. 1/2003 ha inoltre introdotto strumenti di indagine potenziati come le ispezioni a sorpresa, procedure di cooperazione tra autorità e Commissione. In questo modo, l'applicazione delle norme antitrust europee è oggi ripartita tra Commissione, autorità nazionali e giudici interni, in un sistema integrato che mira a garantire l'efficace tutela della concorrenza in tutto il mercato interno.

In aggiunta poi a questi articoli, per completare il quadro normativo europeo, si possono annoverare:

- Gli articoli 119 e 120 TFUE che “stabiliscono rispettivamente che gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi dell'art. 119. A sua volta quest'ultimo articolo dispone che la politica economica dell'Unione europea e degli Stati membri è fissata ai fini enunciati nell'art. 3 TUE (tra i quali, come visto, quello di mantenere un'economia sociale di mercato fortemente competitiva)”.⁵¹

- “L'art. 3, comma primo, lettera b) TFUE conferisce all'Unione europea competenza esclusiva nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato unico”.

⁵²

-L'art. 4, comma terzo del TUE sancisce il principio di leale cooperazione tra gli Stati membri e l'Unione europea. Tale obbligo implica quindi che anche le politiche economiche nazionali debbano conformarsi ai principi del diritto dell'Unione, incluso quello di tutela della concorrenza. La Corte di Giustizia ha affermato che uno Stato membro viola il principio di leale cooperazione quando mantiene in vigore norme nazionali che ostacolano l'effettiva applicazione delle regole europee sulla concorrenza.⁵³

- L'art. 106 del TFUE (legato al precedente articolo 4 TFUE) nel primo paragrafo vieta agli Stati di adottare o mantenere misure che, con riferimento a imprese pubbliche o ad imprese titolari

⁵¹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 5.

⁵² FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 6.

⁵³ Ibidem

di diritti esclusivi o speciali, siano in contrasto con le regole della concorrenza. Il secondo paragrafo invece introduce un'eccezione limitata per le imprese che si occupano della gestione di servizi di interesse economico generale: esse sono soggette alle norme della concorrenza solo nella misura in cui tali regole non compromettano la missione loro affidata. Se ciò viene dimostrato allora la Corte di Giustizia dell'UE permette allo Stato interessato di intervenire pur sempre rispettando vincoli stringenti.⁵⁴

- Il Protocollo n. 27 il quale chiarisce che il mercato interno dell'Unione deve funzionare in modo tale da evitare distorsioni della concorrenza, principio che, seppur non più esplicitamente indicato tra gli obiettivi generali dell'Unione, mantiene un valore fondamentale, grazie anche alla sua ricomparsa in una disposizione ai sensi dell'art. 51 TUE. Ciò conferisce alla regola della concorrenza non falsata una rilevanza quasi costituzionale. Inoltre, questo stesso Protocollo consente all'UE di adottare misure sulla base delle disposizioni del Trattato compresa la clausola di flessibilità, prevista dall'art. 352 TFUE.⁵⁵

-L'articolo 352 TFUE, noto come "clausola di flessibilità", conferisce all'Unione europea il potere di adottare le misure necessarie per il raggiungimento degli obiettivi fissati nei Trattati anche nel caso in cui questi ultimi non prevedano strumenti giuridici specifici per intervenire. Tale disposizione ha come fine quello di evitare che l'azione dell'Unione venga bloccata da lacune normative pur sempre nel rispetto delle competenze attribuitele. È proprio attraverso questa norma che è stato, ad esempio, adottato il Regolamento n. 139/2004 sulle concentrazioni tra imprese.⁵⁶

2.2.1 Il Ruolo della Commissione europea

La Commissione europea ha sempre svolto e svolge tutt'ora un ruolo fondamentale nel public enforcement del diritto antitrust dell'Unione europea e difatti ad essa compete valutare in via esclusiva, sia pure con alcune eccezioni, gli effetti delle concentrazioni ai sensi del Regolamento n.139/2004.⁵⁷

⁵⁴ Ibidem

⁵⁵ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 5

⁵⁶ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 6.

⁵⁷ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, Diritto Antitrust, Giappichelli Editore, 2023, capitolo 6 paragrafo 2.

Tuttavia l'emanazione del sopracitato Regolamento n. 1/2003 e del piano di modernizzazione ad esso collegato, ha, per così dire, ridimensionato i compiti della Commissione, sottraendo dalla sua competenza esclusiva la valutazione della sussistenza di illeciti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE attribuendola anche ai giudici ed alle Autorità antitrust nazionali. Essi sono chiamati, ai sensi dell'articolo 3, del citato Regolamento n. 1/2003, ad applicare direttamente i precetti contenuti rispettivamente, nell'art. 101 e nell'art. 102 del TFUE in conformità alle regole procedurali previste dai rispettivi ordinamenti nazionali. In questo modo la Commissione ha potuto concentrare la sua attenzione a combattere gli illeciti antitrust più gravi, come i cartelli segreti (hardcore cartels) e gli abusi di posizione dominante posti in essere in alcuni settori giudicati strategici per lo sviluppo del mercato unico, come quello farmaceutico o quello delle comunicazioni elettroniche.

Ad ogni modo la Commissione ha ugualmente mantenuto il ruolo di guida nell'elaborazione e soprattutto nell'interpretazione dei principi del diritto antitrust attraverso l'emanazione di apposite Comunicazioni contenenti le cosiddette Linee Guida per l'applicazione decentrata del diritto antitrust (Guidelines).⁵⁸ Queste, pur non avendo carattere vincolante per i giudici, forniscono "utili indicazioni sugli orientamenti che la stessa Commissione intende seguire nell'applicazione del diritto antitrust dell'UE" .⁵⁹

Attualmente, le più importanti Comunicazioni della Commissione che regolano i rapporti con Autorità e giudici nazionali e si prefiggono l'obiettivo di prevenire e, per quanto possibile, risolvere gli inevitabili problemi di coordinamento derivanti dall'applicazione decentrata del diritto antitrust sono tre e riguardano:

"1- la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri (Comunicazione CE 2004/C 101/07);

2- i casi nei quali la Commissione può fornire, su richiesta delle imprese interessate, orientamenti informali su questioni nuove relative all'attuazione degli artt. 101 e 102 del TFUE (Comunicazione della Commissione 2004/C 101/06);

3- le modalità attraverso le quali realizzare un efficace coordinamento rispettivamente tra la Commissione, i giudici e le Autorità nazionali chiamati ad applicare le norme del Trattato nell'ambito delle rispettive sfere di competenza (le Comunicazioni della Commissione CE 2004/C 101/04 e 2004/C 101/03)".⁶⁰

⁵⁸ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, capitolo 6 paragrafo 2.1 .

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ *Ibidem*

Secondo la prima comunicazione CE 2004/C 101/07 la sussistenza di un pregiudizio, attuale o potenziale, al commercio tra Stati membri costituisce condizione necessaria e al contempo sufficiente per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE da parte delle Autorità e dei giudici nazionali. Il concetto di "pregiudizio al commercio tra Stati membri" è autonomo rispetto alla definizione mercato geografico rilevante ciò quindi sta a significare che un comportamento anticoncorrenziale può danneggiare il commercio tra Paesi dell'Unione europea anche se avviene all'interno di un mercato puramente nazionale o locale. Di conseguenza, un'impresa dominante può realizzare un abuso della propria posizione anche operando solo entro i confini di uno Stato membro, se ciò comporta una frammentazione del mercato e ostacola la libera circolazione dei beni o servizi tra Paesi.

Inoltre, secondo la Commissione europea, non è necessario che una condotta incida sull'intero territorio di uno Stato membro; per essere considerata lesiva del commercio europeo infatti è sufficiente che anche una sola area geografica dello Stato in esame subisca un'alterazione significativa nell'andamento del mercato e della concorrenza. In più, per dimostrare una violazione dell'articolo 102 del TFUE, non serve provare che il comportamento abbia già avuto conseguenze concrete sulla concorrenza ma basta che la condotta sia potenzialmente in grado di alterare le dinamiche del mercato.⁶¹

A tal proposito la Commissione Europea non ha fissato regole rigide per stabilire quando un comportamento danneggi il commercio in modo sensibile, ma ha introdotto due soglie, al di sotto delle quali può ritenersi che esso non venga pregiudicato, ossia che la quota delle parti detenuta dalle parti su qualsiasi mercato rilevante sia inferiore al 5% e, nel caso di accordi tra concorrenti, che il fatturato annuale sia al di sotto dei 40 milioni di euro. Al di sopra di tali soglie comunque non si può ritenere che le condotte pregiudichino in via automatica il commercio ma è comunque necessaria un'analisi caso per caso.

L'interpretazione ampia e flessibile del concetto di pregiudizio al commercio ha portato a un rafforzamento del ruolo del diritto antitrust europeo e di conseguenza all' utilizzo sempre più marginale del diritto nazionale italiano in materia di concorrenza (in particolare l'art. 3 della legge 287/1990), come dimostra il costante aumento delle indagini dell'AGCM condotte ai sensi dell'art. 102 TFUE.

La seconda Comunicazione della Commissione (2004/C 101/06), unitamente al Regolamento n. 1/2003, ha come obiettivo la creazione di una struttura permanente di coordinamento tra le Autorità antitrust nazionali e la Commissione stessa. Precisamente l'art. 14, Reg. n. 1/2003 ha

⁶¹ Ibidem

attribuito al Comitato consultivo della Commissione “il compito di formulare pareri preventivi non vincolanti sull'applicazione degli artt. 101 e 102 TfUE da parte della Commissione”.⁶²

L'articolo 11 del Reg. n. 1/2003 dispone inoltre che le autorità nazionali garanti della concorrenza sono private della competenza di avviare procedimenti ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato se questi sono già stati avviati dalla Commissione. Allo stesso modo, se un'Autorità nazionale ha già avviato un procedimento, la Commissione sarà autorizzata ad avviarne uno soltanto previa consultazione della stessa. Inoltre, è fatto divieto alle Autorità nazionali di prendere decisioni in contrasto con quanto eventualmente già disposto dalla Commissione in relazione al medesimo caso.⁶³

Infine, riguardo ai rapporti tra le diverse Autorità nazionali, l'art. 13 del citato provvedimento prevede che “qualora uno stesso caso venga esaminato da diverse Autorità, il fatto che una di esse lo stia già esaminando costituisce per le altre Autorità un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia presentata. Il che, nelle intenzioni del legislatore eurounitario, dovrebbe valere ad evitare i rischi derivanti da una pluralità di procedimenti e di provvedimenti di segno opposto in relazione a una medesima condotta anticoncorrenziale”.⁶⁴

Infine le Comunicazioni della Commissione CE 2004/C 101/04 e 2004/C 101/03 che disciplinano i rapporti con i giudici nazionali avevano in un primo tempo affermato che: innanzitutto, qualora persone fisiche e imprese dovessero trovarsi dinanzi ad una violazione delle norme europee sulla concorrenza, possono ricorrere ai giudici del proprio Paese e usufruire dei mezzi di tutela previsti dal diritto nazionale, esattamente come avverrebbe per una violazione interna.

Invece, per quanto concerne lo specifico rapporto tra Commissione e giudici, questi hanno la facoltà, ma non l'obbligo, di sospendere temporaneamente il proprio processo se la Commissione sta già esaminando lo stesso comportamento (ma senza aver concluso il procedimento), al fine di tutelare la coerenza del diritto e prevenire decisioni contraddittorie. Allo stesso modo, se l'interpretazione e l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE sollevano difficoltà giuridiche ed economiche i giudici nazionali possono avvalersi dell'aiuto della Corte di Giustizia UE tramite il ricorso al rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TUE.

⁶² Ibidem

⁶³ Ibidem

⁶⁴ Ibidem

Con l'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003, la cooperazione con i giudici nazionali è diventata più strutturata e stringente. Oggi, i tribunali degli Stati membri possono chiedere direttamente alla Commissione pareri o dati utili per valutare casi di concorrenza (art. 15, par. 1) ed inoltre, la Commissione stessa e le autorità nazionali possono intervenire nei processi in corso, con il ruolo di "amicus curiae" (cioè come terzi che offrono un contributo tecnico), presentando osservazioni scritte o orali (art. 15, par. 3). In ogni caso, così come stabilito per le Autorità della concorrenza, anche i giudici nazionali, quando si pronunciano su fattispecie che rientrano nell'ambito di applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUF "non possono prendere decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione" (art. 16, par. 1, Reg. n. 1/2003) ⁶⁵ e "devono evitare di adottare provvedimenti in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati" valutando quindi se sia necessario o meno sospendere il giudizio avviato in attesa che la Commissione si pronuncii. ⁶⁶

2.3 La Normativa Italiana

Uscita sconfitta dalla Seconda Guerra Mondiale, l'Italia si trovava in condizioni economiche disastrose e, contrariamente agli altri Stati europei che adottarono o si videro imporre dagli Alleati, una riforma incisiva del proprio sistema normativo in ambito economico, l'Italia rimase priva, per decenni, di una disciplina antitrust.

La stessa Costituzione italiana del 1948 non faceva alcun riferimento alla necessità di tutelare o promuovere la concorrenza e anche gli articoli 41 e 43, che riconoscevano la libertà economica dei privati (una mera condizione affinché la concorrenza si sviluppi), la permettevano solamente se non in contrasto con l'interesse collettivo, la sicurezza, la libertà e la dignità umana.

In aggiunta l'attività economica, sia pubblica che privata, poteva essere oggetto di pianificazione e controllo, con lo scopo di indirizzarla verso finalità sociali ed inoltre, l'art. 43 enunciando che " A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ Ibidem

preminente interesse generale” , attribuiva allo Stato ampi poteri di intervento diretto nell'economia.⁶⁷

In tale cornice, la concorrenza poteva svolgersi, ma comunque subordinata a criteri di utilità sociale e al ruolo pervasivo dello Stato come imprenditore e regolatore. Non sorprende, dunque, che ancora negli anni Settanta una commissione parlamentare sostenesse – erroneamente – che l'Italia non necessitasse di una normativa antitrust, poiché non vi erano problemi significativi in materia di concorrenza. In realtà, il nostro Paese ne aveva bisogno in misura persino maggiore rispetto agli altri Stati, ma vi era ancora una diffusa sfiducia nel mercato come strumento di regolazione economica e progresso. ⁶⁸

Le ragioni di tale diffidenza sono molteplici; da un lato, le principali forze politiche , per motivi differenti, guardavano con sospetto all'introduzione di una normativa a tutela della concorrenza, poiché un'eccessiva dose di mercato era ritenuta innanzitutto in contrasto con la tradizione fondata sulla cooperazione e sulla mediazione degli interessi, ed anche una “minaccia” nei confronti delle classi lavoratrici e della loro tutela. Dall'altro, sia le imprese private che quelle pubbliche si mostravano contrarie a un intervento normativo in tal senso poiché le grandi imprese private ritenevano sufficiente la normativa antitrust europea la quale prevedeva che le loro condotte avrebbero dovuto integrare il requisito della “influenza al commercio comunitario” stabilito dagli articoli 101 e 102 del Trattato, applicabile alle imprese operanti a livello internazionale. Una legge nazionale quindi avrebbe solo aggiunto ulteriori vincoli alla già difficile competizione con imprese pubbliche sovvenzionate dallo Stato e per tale motivo l'introduzione della normativa antitrust fu tardata ancor di più a causa dei malcontenti provenienti da più fronti.⁶⁹

Tuttavia, all'epoca non era ancor ben chiaro che innanzitutto le norme comunitarie non coprivano l'intero mercato nazionale poiché l'ambito d'applicazione di una legislazione nazionale è diverso da quello di una normativa sopranazionale e che la loro applicazione concreta, almeno fino a pochi decenni fa, era piuttosto limitata, rendendo insufficiente la sola disciplina europea per incidere effettivamente sulle condotte di mercato.

Le imprese pubbliche, dal canto loro, consideravano la prospettiva antitrust sostanzialmente inutile e superata. Secondo tale linea di pensiero il motore del progresso economico non era la mano invisibile del mercato, “ma la ben più visibile mano dell'intervento pubblico

⁶⁷ <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-iii/articolo-43>

⁶⁸ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, Diritto Antitrust, Giappichelli Editore, 2023, capitolo 1 paragrafo 5.

⁶⁹ Ibidem

nell'economia, volto a regolare e stimolare l'iniziativa privata e ad intervenire direttamente laddove si fossero manifestati fallimenti, carenze o distorsioni del mercato".⁷⁰

Questo perché in presenza di monopoli pubblici l'efficienza e l'innovazione sarebbero state raggiunte o stimolate attraverso gli investimenti di Stato, mentre il benessere del consumatore/utente sarebbe stato garantito attraverso la fissazione di prezzi tali da coprire esclusivamente i costi (e talvolta nemmeno questi).⁷¹

Fu solo alla fine degli anni Ottanta che la normativa antitrust venne infine adottata anche in Italia perché, da un lato, le istituzioni europee promossero un processo di liberalizzazione e una progressiva apertura dei mercati che rafforzarono la competizione e posero in concorrenza gli stessi sistemi normativi nazionali costringendo gli Stati e le relative imprese ad organizzarsi di conseguenza. Perciò, per restare all'interno del processo di costruzione del mercato unico europeo, l'Italia doveva necessariamente dotarsi degli strumenti indispensabili per affrontare la competizione e rispettare le regole imposte dagli organi europei.

Dall'altro, le istituzioni europee esercitarono una forte pressione sull'Italia affinché si dotasse di un quadro normativo in materia di regolazione economica moderno, efficace e coerente con quello adottato dagli altri Stati membri. L'assenza o l'insufficienza di strumenti giuridici per la disciplina della concorrenza risultava infatti sempre meno compatibile con la partecipazione del nostro Paese alla Comunità europea. Si rese quindi necessario un intervento di aggiornamento della legislazione economica nazionale, attuato mediante l'adozione di un pacchetto di provvedimenti volti alla privatizzazione, liberalizzazione e apertura alla concorrenza di diversi settori. In tale contesto, venne approvata la legge 10 ottobre 1990, n. 287, con la quale fu istituita l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), alla quale è stato attribuito il compito di assicurare il corretto funzionamento dei mercati, vietando pratiche anticoncorrenziali e, nei casi di maggiore gravità, imponendo sanzioni pecuniarie.

A completamento di questo percorso, nel 2001 la parola "concorrenza" fu inserita, per la prima volta, nella Costituzione italiana, con l'art. 117, lett. e), che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza. Un passaggio simbolicamente rilevante, che segnò l'avvio di un generale processo di riorientamento della normativa economica nazionale in chiave pro-concorrenziale.⁷²

Le caratteristiche essenziali della legge n. 287/1990 erano:

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ Ibidem

⁷² Ibidem

- L'impianto filo comunitario
- L'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) quale autorità
- L'attenzione nei confronti delle restrizioni pubbliche e private

Per quanto concerne il primo punto, essendo priva di modelli interni di riferimento, l'Italia ha potuto ispirarsi direttamente alla normativa europea, adottando le regole contenute nel Trattato di Roma e nel Regolamento (CEE) n. 4064/89 (oggi Reg. CE n. 139/2004) in tema di concentrazioni. Leggendo il testo della legge è possibile capire che la Legge n. 287/1990 ricalca in maniera pressoché fedele le norme europee e difatti:

- gli articoli 2 e 4 sono esattamente la “traduzione” delle norme europee in materia di divieto di intese restrittive (oggi contenute nell'art. 101 TFUE);
- l'articolo 3 contiene il divieto di abuso di posizione dominante e riprende quasi testualmente il divieto previsto a livello europeo ossia l'art. 102 del TFUE;
- gli articoli 5, 6 e 7 definiscono le concentrazioni e il controllo su di esse, in modo analogo alla disciplina comunitaria contenuta nel Reg. CE n. 139/2004;
- l'articolo 8 rappresenta la trasposizione dei principi enunciati dall'art. 106 TfUE in materia di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private.⁷³

La seconda scelta è, forse, ancor più rilevante, poiché in mancanza di riferimenti e precedenti giurisprudenziali interni dovuti alla novità introdotta dalla legge, era necessario offrire all'AGCM ed ai giudici (che avrebbero dovuto applicare tali principi) una guida interpretativa certa ed esaustiva. Per questo motivo, il legislatore italiano ha previsto, al 4° comma dell'art. 1, l. n. 287/1990, che tutte le norme contenute nella legge antitrust interna dovessero essere interpretate in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.

A seguito dell'entrata in vigore del Reg. CE n. 1/2003, la maggior parte dei procedimenti dell'AGCM e dei giudici civili italiani, viene avviata direttamente sulla base delle norme antitrust europee seguendo quindi quanto stabilito dagli articoli 101 e 102 del TFUE.

Questo processo di convergenza ha coinvolto anche l'ambito procedurale e l'Italia ha gradualmente armonizzato i poteri sanzionatori, istruttori e cautelari dell'AGCM uniformandoli a quelli previsti, a livello europeo dal Reg. CE n. 1/2003. Tale processo è poi sfociato nell'approvazione della cosiddetta Direttiva ECN+ (Direttiva n. 1/2019 del Parlamento Europeo

⁷³ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, Diritto Antitrust, Giappichelli Editore, 2023, capitolo 1 paragrafo 6.

e del Consiglio del 14 dicembre 2018) che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno. La direttiva, recepita in Italia con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185, ha imposto standard minimi di indipendenza e risorse per le autorità nazionali e ha rafforzato i loro strumenti di intervento. Inoltre, essa ha condotto ad uniformare e a rafforzare i poteri e gli strumenti di indagine, di decisione e di sanzione al fine di garantire una applicazione quanto più uniforme possibile agli articolo 101 e 102 TUE.⁷⁴

Inoltre, la più recente Legge n. 118/2022, "Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021", ha ulteriormente aggiornato la normativa italiana, introducendo procedure di transazione, ampliando i poteri informativi dell'AGCM e allineando la disciplina delle concentrazioni ai criteri comunitari.⁷⁵

Per quanto riguarda il secondo punto (che verrà analizzato più a fondo nel prossimo paragrafo) l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è un'amministrativa indipendente organismo che si caratterizza per essere totalmente svincolato dal circuito dell'indirizzo politico e indipendente senza dover soggiacere ad alcun controllo da parte del Governo. Tale autorità ha poteri che variano a seconda che si tratti di intese e abusi, di concentrazioni o di norme e provvedimenti amministrativi.

Volgendo l'attenzione al terzo punto, la disciplina in esame si occupa delle restrizioni di natura pubblica e di natura privata alla concorrenza. Essa si fonda sulla consapevolezza che le limitazioni al corretto funzionamento del mercato possono derivare sia dalle condotte poste in essere dalle imprese, sia dalle modalità di intervento dei poteri pubblici nella regolamentazione delle attività economiche.

Per quanto concerne il primo aspetto, la normativa introduce divieti generali nei confronti di tre categorie principali di comportamenti d'impresa: le intese restrittive, l'abuso di posizione dominante e le operazioni di concentrazione idonee a determinare o rafforzare una posizione dominante.

Con riferimento al secondo aspetto, l'articolo 21 attribuisce all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il compito di individuare i casi di particolare rilevanza in cui atti normativi o amministrativi di carattere generale comportino distorsioni della concorrenza e del regolare funzionamento del mercato, salvo che tali effetti siano giustificati da motivi di interesse generale. L'articolo 22, invece, consente all'Autorità di esprimere pareri , sia

⁷⁴ Ibidem

⁷⁵ Ibidem

autonomamente sia su richiesta di amministrazioni o enti pubblici, su proposte legislative o regolamentari e su questioni attinenti alla concorrenza e al mercato.⁷⁶

L'articolo 2 della legge n. 287/1990 vieta le intese tra imprese che “abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- e) 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 rapporto con l'oggetto dei contratti stessi”.⁷⁷

⁷⁶ Art. 21. Potere di segnalazione al Parlamento ed al Governo

1. 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.

2. L'Autorità segnala le situazioni distorsive derivanti da provvedimenti legislativi al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, negli altri casi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri competenti e agli enti locali e territoriali interessati.

3. L'Autorità, ove ne ravvisi l'opportunità, esprime parere circa le iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni e può pubblicare le segnalazioni ed i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive.

Art. 22. Attività consultiva

1. L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto:

- a) di sottomettere 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.

⁷⁷ Legge n. 287/1990

L'articolo 3 disciplina l'abuso di posizione dominante, in coerenza con l'articolo 102 TFUE, precisando che non è vietata la detenzione di una tale posizione, bensì il suo sfruttamento in modo abusivo e, come precedentemente detto, esso è una vera e propria traduzione della normativa europea.

Infine, l'articolo 4 prevede specifiche deroghe al divieto di intese restrittive della concorrenza, autorizzando l'Autorità, per un periodo determinato, a consentire intese o categorie di intese vietate dall'articolo 2 qualora esse comportino un miglioramento delle condizioni di offerta, producano benefici per i consumatori e non eliminino la concorrenza in una parte essenziale del mercato.

2.3.1 Ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), nota anche come Antitrust, è, come precedentemente affermato, un'autorità amministrativa indipendente istituita in Italia con la Legge 10 ottobre 1990, n. 287. La sua nascita rappresenta un momento relativamente recente nella storia della regolazione economica nazionale e ha segnato un periodo di frattura con il passato dominato da logiche dirigistiche e corporative, come dimostrano alcune disposizioni del codice civile, che ancora oggi ammettono forme di coordinamento restrittive della concorrenza tra imprese.

La legge comprende sei Titoli e 34 articoli e oggetto di questa analisi saranno il Titolo II che regola l'istituzione, la composizione, l'organizzazione e i poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e definisce in dettaglio i poteri istruttori e sanzionatori in materia di intese/abusi (Capo II) e le regole sul controllo delle concentrazioni (Capo III) e il Titolo III che riguarda i poteri conoscitivi e consultivi dell'Autorità (articoli 21-24).⁷⁸

L'articolo 10 regola l'istituzione, la composizione e le garanzie di indipendenza ed afferma quindi che l'Autorità è un organo collegiale con sede in Roma, composta dal Presidente e quattro membri e che il mandato dura 7 anni e non è rinnovabile; incompatibilità molto stringente. Inoltre, in quanto autorità amministrativa indipendente, opera in autonomia e indipendenza rispetto al Governo e intrattiene rapporti con gli organi UE quando necessario.

Sin dalla sua istituzione, all'AGCM è stato attribuito il compito primario di vigilare sul rispetto delle norme nazionali ed europee in materia di concorrenza e la facoltà di intervenire nei casi

⁷⁸ <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1990:287>

in cui una o più imprese, attraverso accordi o condotte, riducano in modo significativo e ingiustificato il grado di competizione presente sul mercato. Ai sensi dell'articolo 12 quindi l'Autorità può avviare istruttorie per verificare violazioni degli artt. 2 (intese) e 3 (abuso di posizione dominante). Può altresì svolgere indagini conoscitive settoriali quando elementi di mercato (prezzi, scambi, struttura) fanno sorgere sospetti di distorsione della concorrenza. Tali interventi, tuttavia, hanno natura essenzialmente repressiva poiché l'Autorità non impone alle imprese comportamenti attivi finalizzati a creare artificialmente condizioni di concorrenza.⁷⁹

Per quanto concerne i poteri attribuiti all'AGCM l'articolo 14 disciplina in modo puntuale lo svolgimento dell'istruttoria che prende avvio con una formale notifica alle imprese o enti interessati, mediante la quale l'Autorità comunica l'apertura del procedimento in presenza di fondati sospetti di violazioni della normativa antitrust.⁸⁰

I poteri istruttori dell'AGCM risultano particolarmente ampi: essa può richiedere informazioni e documenti, effettuare ispezioni presso le sedi delle imprese, avvalersi di perizie tecniche e di analisi economico-statistiche, nonché consultare esperti esterni. La legge conferisce all'Autorità la facoltà di farsi assistere, nelle attività ispettive, da altri organi dello Stato. La normativa prevede inoltre sanzioni amministrative nei confronti di chi, senza giustificato motivo, ometta di fornire le informazioni richieste o di esibire la documentazione necessaria, nonché per chi renda dichiarazioni false o reticenti.

Oltre all'istruttoria ordinaria, la legge introduce strumenti procedurali speciali come l'articolo 14-bis il quale prevede che, nei casi di urgenza e in presenza di un rischio di danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità possa adottare provvedimenti cautelari provvisori, basati su un sommario esame dell'esistenza dell'infrazione. Tali misure, non rinnovabili, sono concepite per impedire che la prosecuzione di una condotta potenzialmente illecita comprometta in modo irreversibile l'efficacia dell'intervento successivo.⁸¹

La conclusione dell'istruttoria, regolata dall'articolo 15, avviene, in caso di accertamento dell'infrazione, mediante diffida all'impresa, fissando un termine entro il quale la condotta deve essere eliminata. Nei casi di maggiore gravità, l'Autorità può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio.

Per quanto concerne il controllo delle concentrazioni, disciplinato dal Capo III, la normativa stabilisce l'obbligo di comunicazione preventiva delle operazioni di fusione, acquisizione di controllo o costituzione di joint venture quando siano superate determinate soglie

⁷⁹ Legge n. 287/1990

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ Ibidem

dimensionali, aggiornate annualmente in base a indici ISTAT. Alla data del 24 marzo 2025, tali soglie risultano fissate in 582 milioni di euro di fatturato complessivo realizzato in Italia dalle imprese interessate e in 35 milioni di euro di fatturato realizzato nel territorio nazionale dall'impresa acquisita o partecipata. L'articolo 16, al comma 1-bis, attribuisce inoltre all'Autorità la facoltà di richiedere la notifica di operazioni "sotto soglia" qualora vi sia un concreto rischio di pregiudizio per la concorrenza.⁸²

Le possibili conclusioni del procedimento, secondo l'articolo 18, comprendono il divieto dell'operazione, l'autorizzazione condizionata all'adozione di misure correttive o la chiusura senza rilievi. Qualora una concentrazione già realizzata sia giudicata lesiva della concorrenza, l'Autorità può imporre misure volte a ripristinare condizioni concorrenziali accettabili.⁸³

Il Titolo III della Legge n. 287/1990, dedicato ai poteri conoscitivi e consultivi dell'AGCM, definisce un insieme di strumenti attraverso i quali l'Autorità può incidere, in via preventiva e indiretta, sulla regolazione del mercato.⁸⁴

L'articolo 21 attribuisce all'Autorità il potere di individuare e segnalare casi in cui norme di legge o atti amministrativi generali determinino distorsioni della concorrenza o del mercato non giustificate da un interesse generale. In tali circostanze, l'AGCM trasmette apposite segnalazioni al Parlamento e al Presidente del Consiglio dei Ministri che possono contenere anche pareri sulle iniziative necessarie per rimuovere o prevenire le distorsioni riscontrate, e possono essere rese pubbliche.⁸⁵

L'articolo 22 rafforza ulteriormente la funzione consultiva dell'Autorità, consentendole di esprimere pareri sia su propria iniziativa sia su richiesta delle amministrazioni pubbliche, che riguardano iniziative legislative o regolamentari che possano incidere direttamente sull'accesso ai mercati o sull'esercizio di attività economiche. La disposizione prevede inoltre che il Presidente del Consiglio possa formalmente richiedere il parere dell'AGCM, istituendo così un canale diretto di collaborazione istituzionale finalizzato alla prevenzione di interventi normativi potenzialmente distorsivi.⁸⁶

Gli articoli 23 e 24, infine, regolano gli obblighi di rendicontazione e di analisi settoriale. L'articolo 23 nello specifico impone all'Autorità di trasmettere annualmente, entro il 31 marzo, una relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta, relazione che viene poi inoltrata al Parlamento entro trenta giorni. L'articolo 24, invece, prevedeva, entro diciotto mesi

⁸² Ibidem

⁸³ Ibidem

⁸⁴ Ibidem

⁸⁵ Ibidem

⁸⁶ Ibidem

dalla costituzione dell'Autorità, la presentazione di un rapporto al Presidente del Consiglio volto a proporre riforme per armonizzare la normativa di specifici settori. Tale disposizione ha consolidato il ruolo dell'AGCM come osservatore propositivo nei confronti di comparti economici regolamentati. ⁸⁷

2.4 Nozione di mercato rilevante

Ancor prima di analizzare il concetto di Abuso di posizione dominante è necessario illustrare un altro concetto: ossia quello di “mercato rilevante” che è il presupposto logico, oltre che giuridico, dell'analisi antitrust.

La Commissione Europea, attraverso la “Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza” del 1997 ha enunciato che il “mercato rilevante” è assimilabile ad “una cornice entro la quale le autorità di concorrenza nazionali sono chiamate ad osservare e valutare le dinamiche concorrenziali”.⁸⁸ Per gli operatori il mercato rilevante, essendo dunque raffigurabile come una cornice, costituisce un perimetro entro il quale operare e concorrere ed entro cui le normative antitrust devono essere lette e applicate.

Il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea non definisce il concetto di “mercato rilevante”, né tale definizione viene presentata nelle legislazioni nazionali come quella Italiana (con la Legge n. 287/1990). La Commissione Europea nella “Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante” enuncia il metodo giuridico da utilizzare per identificare il mercato rilevante basato su un'analisi economica volta a misurare la domanda e l'offerta di un determinato prodotto o servizio in una determinata zona geografica. Attraverso questo doppio criterio, merceologico e geografico, le autorità esaminano la sostituibilità dei prodotti o servizi nello spazio, dal lato della domanda e dell'offerta.

2.4.1 Il mercato del prodotto

La definizione del mercato rilevante, oltre ad individuare il perimetro di intervento delle autorità, delimita l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro e quindi permette

⁸⁷ Ibidem

⁸⁸ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, pp. 79 e 80.

di verificare l'eventuale presenza di concorrenti, effettivi o potenziali, di un'impresa. Altro obiettivo è l'individuazione di canali alternativi di approvvigionamento dei clienti e consumatori, tanto in termini di prodotti/servizi quanto di collocazione geografica dei fornitori. Ecco perché l'individuazione del mercato rilevante risulta dalla combinazione dell'analisi di sostituibilità dei beni e servizi in termini merceologici e geografici.

La "Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante" chiarisce che "il mercato del prodotto comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati".⁸⁹

La definizione del mercato del prodotto rilevante si basa generalmente sulla sostituibilità dal lato della domanda ma, al fine di determinare le condizioni di concorrenza sul mercato, si valuta anche la possibilità di sostituibilità dal lato dell'offerta ossia "la possibilità per altri produttori di riconvertire agevolmente la loro capacità produttiva in maniera da poter immettere sul mercato i beni e i servizi oggetto di analisi".⁹⁰

Solo una volta esaminate sia la sostituibilità dei prodotti sul versante della domanda che sul versante dell'offerta si può prendere in esame la concorrenza potenziale.

2.4.2 Il mercato del prodotto in termini di sostituibilità sul versante della domanda

"Al fine di valutare la sostituibilità sul versante della domanda, le autorità di concorrenza sono chiamate a considerare se ed in che misura i clienti sarebbero disposti a spostare la propria domanda su fornitori diversi passando a prodotti sostitutivi prontamente disponibili o rivolgendosi ad operatori attivi in zone geografiche limitrofe".⁹¹

Nell'ambito di tale valutazione la Commissione Europea ha precisato che è necessario considerare diversi elementi, a cominciare dalle caratteristiche specifiche dei prodotti. Il primo passo consiste quindi nell'individuare un insieme di beni o servizi simili rispetto a quelli presi in esame poiché se due prodotti presentano differenze tanto significative nelle loro

⁸⁹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 81.

⁹⁰ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 82.

⁹¹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 82 paragrafo 4.

caratteristiche da non poter essere utilizzati per lo stesso scopo, non potranno essere considerati sostituibili e apparterranno, quindi, a mercati distinti. L'analisi tra prodotti non si basa solo sulla funzione da cui assolvono, ma anche sulle preferenze dei consumatori e di come questi potrebbero reagire a eventuali aumenti di prezzo. Ad esempio per quanto riguarda il caso Unilever/Sara Lee (2012), dalle indagini svolte è emerso che i clienti percepiscono i deodoranti maschili e femminili come distinti, e i punti vendita stessi li dispongono separatamente sugli scaffali, distinguendo tra prodotti per uomo, per donna e unisex. Ciò a dimostrazione del fatto che, nonostante i deodoranti assolvano alla stessa funzione, i clienti tendono ugualmente a distinguerli in base alle loro preferenze e di conseguenza tali prodotti non potranno più essere considerati sostituibili.⁹²

Per quanto concerne l'analisi delle reazioni dei consumatori a variazioni di prezzo, la Commissione fa riferimento al test SSNIP (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) che prevede un processo iterativo in cui si ipotizzano aumenti di prezzo limitati ma significativi su un determinato prodotto per valutare se tali aumenti risulterebbero vantaggiosi per un monopolista immaginario. Se a seguito dell'aumento i consumatori si spostano verso altri prodotti, questi ultimi vengono inclusi nel mercato rilevante, finché non si raggiunge un insieme di beni che non risultano più sostituibili.

Tuttavia, il test SSNIP presenta dei limiti e in particolare, può condurre ad un errore noto come "cellophane fallacy", che si verifica quando il test viene applicato partendo da un prezzo già distorto (ad esempio, monopolistico). In tal caso, la domanda potrebbe spostarsi verso prodotti che non sono realmente sostituibili, portando a una definizione troppo ampia del mercato. Al contrario, il fenomeno opposto, chiamato reverse cellophane fallacy, può verificarsi se si parte da un prezzo troppo basso (come accade in caso di prezzi predatori) rischiando così di definire un mercato troppo ristretto.

Proprio a causa di questi limiti, la Commissione non adopera lo SSNIP come unico strumento, ma, adotta un approccio flessibile, tenendo in considerazione tutte le fonti disponibili e valutando ogni elemento probatorio senza seguire una gerarchia rigida tra i dati raccolti.

2.4.3 Il mercato del prodotto in termini di sostituibilità sul versante dell'offerta

⁹² FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 82.

Il mercato rilevante dal punto di vista della sostituibilità dell'offerta spiega la capacità di un'impresa, anche non attiva al momento, di entrare in un dato mercato nel breve periodo in risposta a lievi e stabili variazioni di prezzo. Questo tipo di analisi risulta particolarmente rilevante nei settori come elettricità o telecomunicazioni, dove la stessa rete tecnica può erogare servizi diversi.

Per accertare la presenza di concorrenza effettiva dal lato dell'offerta, è fondamentale valutare le barriere all'ingresso nel mercato che possono essere di natura normativa, regolamentare o economica, e comprendere, ad esempio, la necessità di effettuare investimenti iniziali specifici e non recuperabili definiti sunk costs, che comportano un certo grado di rischio per le imprese potenzialmente interessate a entrare nel mercato.

In generale, la sostituibilità dal lato dell'offerta assume importanza soprattutto quando le imprese offrono un'ampia gamma di versioni o qualità di uno stesso bene. In questi casi, anche se i consumatori mostrano una chiara preferenza per una specifica variante del prodotto e quindi non vi è sostituibilità dal lato della domanda, dal punto di vista dell'offerta potrebbe comunque esserci un solo mercato, e questo succede se i fornitori riescono a produrre tutte le versioni senza grosse difficoltà o senza affrontare ostacoli economici importanti.

2.4.4 Il mercato geografico

La Commissione Europea definisce il mercato geografico come "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".⁹³

La definizione del mercato geografico rappresenta il secondo passaggio per la definizione complessiva del mercato rilevante e "deve essere compiuta sulla base dei prodotti o dei servizi individuati nell'ambito del mercato del prodotto per valutare quali siano i concorrenti effettivi delle imprese interessate".⁹⁴ Basandosi quindi sull'analisi dei prodotti o servizi già identificati nel mercato del prodotto bisogna determinare quali siano i veri concorrenti delle imprese coinvolte, tenendo conto di dove operano a livello geografico. Essendo strettamente legata alla definizione del mercato merceologico, questa analisi segue criteri simili a quelli adoperati per

⁹³ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 89.

⁹⁴ Ibidem

l'analisi della sostituibilità dell'offerta e della domanda in relazione a piccole ma significative variazioni dei prezzi.

Inizialmente la Commissione esamina elementi come la distribuzione delle quote di mercato e le diversificazioni di prezzo a livello nazionale, dell'Unione Europea o dello Spazio Economico Europeo.

Successivamente, analogamente a come avviene per il mercato del prodotto, viene condotta un'analisi iterativa basata sulla sostituibilità in risposta a aumenti di prezzo, applicando una logica simile al test SSNIP.

Per valutare la sostituibilità dal lato della domanda, uno dei principali fattori di cui tener conto è la disponibilità dei consumatori a spostarsi per cercare lo stesso bene o servizio in un'altra area geografica, e se tale spostamento comporti costi aggiuntivi, come spese di trasporto o costi legati alla transazione.

Analogamente, si analizza anche la sostituibilità dal lato dell'offerta, cioè la capacità delle imprese operanti in altre zone di entrare nel mercato in questione e offrire i propri prodotti o servizi localmente. Anche in questo caso, sono rilevanti i costi di spedizione o di trasporto ed eventuali ostacoli di carattere normativo che possano frenare la distribuzione da parte di imprese esterne nel territorio in esame.

Come enunciato anche dalla Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, l'obiettivo dell'analisi del mercato geografico è stabilire se per vendere in una determinata area sia necessaria una presenza in loco. Di conseguenza, diventa essenziale considerare "gli ostacoli all'entrata, le condizioni di accesso ai canali di distribuzione, gli eventuali costi connessi alla costituzione di una rete di distribuzione, e, nei mercati sovranazionali, la presenza di ostacoli normativi dovuti alle procedure di appalto, alla regolamentazione dei prezzi, a quote e tariffe che intralcino il commercio la produzione, a limitazioni dirette o indirette del diritto di stabilimento, alla necessità di autorizzazioni amministrative, a regolamentazioni sugli imballaggi ecc.", .⁹⁵

L'insieme di questi elementi contribuisce a determinare le condizioni concorrenziali di una determinata zona. Tuttavia, va sottolineato che questa analisi è particolarmente complessa, poiché il concetto di condizioni concorrenziali non è giuridicamente determinato e pertanto è necessario studiarlo e interpretarlo sulla base delle casistiche che di volta in volta si presentano.

⁹⁵ FRANCESCO FIMMANO' ; ANTONIO CATRICALA' ; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 90.

2.4.5 La definizione del mercato rilevante nell'analisi concorrenziale dell'abuso di posizione dominante

Fondamentale ai fini dell'analisi è soffermarsi anche sulla definizione di mercato rilevante relativa all'abuso di posizione dominante.

Il diritto dell'Unione Europea definisce la posizione dominante come “ una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori”.⁹⁶

La definizione del mercato rilevante svolge quindi un ruolo essenziale per valutare se un'impresa detiene una grande quota di mercato e di conseguenza un effettivo potere di mercato. Siccome le fattispecie di abuso di posizione dominante non sono rigidamente predeterminate, l'identificazione del mercato rilevante è connessa alla specifica condotta realizzata dall'impresa dominante ed è quindi ancor più suscettibile di modifiche a seconda dell'operato della stessa. Ad esempio, se la condotta in esame si qualifica come abuso di sfruttamento, come nel caso di “excessive pricing”⁹⁷ , sarà determinante valutare la sostituibilità dal lato della domanda al fine di capire se e in quale misura i consumatori possono rivolgersi ad alternative disponibili nel mercato, e quanto la domanda sia sensibile agli aumenti di prezzo.

Invece, in caso di abuso escludente , come un “constructive refusal to supply”⁹⁸(una condotta che non apertamente ostacola o nega del tutto l'accesso ad una risorsa fondamentale), l'attenzione si sposta sulla sostituibilità dal lato dell'offerta poiché in questi casi, è importante determinare se l'impresa dominante rappresenti un fornitore imprescindibile per clienti, distributori e consumatori, tale da renderla un attore unico in quel dato mercato senza la possibilità di disporre di alternative per i soggetti che dipendono dalla sua offerta.

2.4.6 Il mercato rilevante nell'era digitale

⁹⁶ FRANCESCO FIMMANO' ; ANTONIO CATRICALA' ; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 95.

⁹⁷ Ibidem

⁹⁸ Ibidem

Come finora affermato, la nozione di mercato rilevante è fondamentale al fine di delimitare una cornice entro la quale far applicare le normative antitrust. Al giorno d'oggi però una serie di fattori, tra cui l'avvento e lo sviluppo sempre più capillare della digitalizzazione, hanno alimentato dubbi sull'effettiva utilità e adeguatezza di tale definizione e difatti dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla necessità di aggiornare tale definizione così da adattarla a questo nuovo mercato.

A seguito degli innumerevoli dibattiti sul punto, tra cui anche quello che ha visto coinvolta addirittura anche la Commissione europea nel 2019 sulla convenienza del mercato rilevante, si è giunti alla conclusione secondo cui la definizione del mercato rilevante è uno strumento ancora utile per le autorità a condizione che venga adattato alle specifiche caratteristiche dei mercati digitali.

Per comprendere tale orientamento è necessario fare un excursus sui mercati digitali e le loro caratteristiche, sulle criticità legate a tali caratteristiche e sulle conseguenti soluzioni adottate da dottrina e giurisprudenza.

2.4.6.1 La definizione del mercato rilevante nell'era digitale

Durante l'ultimo decennio i mercati digitali hanno conosciuto una notevole espansione e hanno introdotto prodotti, servizi e opportunità commerciali altamente differenti e innovativi rispetto ai prodotti dei mercati tradizionali. Le caratteristiche di tali mercati sono:

- una crescita estremamente veloce e dinamica, con un'evoluzione continua sia dell'offerta che della domanda. L'innovazione rapida e la facilità con cui le imprese entrano ed escono dal mercato rendono difficile applicare modelli statici, che spesso non riescono a cogliere appieno la natura mutevole di tali contesti.

- i dati, considerati una risorsa strategica nell'economia digitale, vengono utilizzati per personalizzare servizi, alimentare algoritmi di apprendimento automatico e migliorare l'efficienza attraverso tecnologie avanzate. La crescente disponibilità e raccolta di dati contribuisce all'innovazione e ad una maggiore varietà e accessibilità dei prodotti per i consumatori. Tuttavia, la concentrazione di grandi volumi di dati in mano a poche imprese dominanti solleva timori sia in termini di concorrenza, per le barriere all'ingresso che possono derivarne, sia sul fronte della tutela della privacy.

- la presenza di prodotti altamente sostituibili, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta. Ad esempio, la concorrenza può basarsi sulle preferenze del consumatore, che può decidere di passare da una piattaforma video a un social network, anche se i servizi offerti sono

formalmente diversi. Questo rende più complesso individuare confini chiari tra i mercati, mettendo in discussione l'efficacia del test SSNIP quando i prodotti non sono chiaramente intercambiabili.

-gli ecosistemi digitali che sono dei luoghi non fisici dove i prodotti e servizi sono interconnessi e coprono più mercati contemporaneamente e ciò rende talvolta superflua o comunque più complicata la definizione tradizionale del mercato rilevante. Similmente, la presenza di esternalità di rete – ossia il valore crescente di un servizio al crescere del numero di utenti – può rafforzare la posizione degli operatori già affermati e rendere più difficile l'ingresso di nuovi concorrenti. In questi casi, risulta essenziale esaminare attentamente il modello di business delle piattaforme coinvolte.

- i servizi offerti gratuitamente o a prezzi simbolici il cui fine ultimo è la raccolta di dati. In tali contesti, strumenti tradizionali di analisi – come il test SSNIP – devono essere adattati, ad esempio considerando la qualità anziché il prezzo come parametro per valutare la sostituibilità tra prodotti.

Alla luce delle caratteristiche analizzate, risulta necessario approfondire la questione articolandola in tre aree tematiche principali. L'obiettivo è dimostrare come, nonostante le trasformazioni imposte dall'economia digitale, la definizione del mercato rilevante continui a rappresentare uno strumento fondamentale per valutare correttamente le pratiche commerciali. L'analisi sarà dunque focalizzata su tre aspetti: la necessità di valutare un contesto più ampio di riferimento, il ruolo delle piattaforme digitali e delle relative esternalità di rete e le cosiddette “zero-price economy” .⁹⁹

2.4.6.2 Contesto di riferimento

Considerare un contesto di riferimento più ampio è fondamentale nei mercati digitali poiché la sostituibilità dal lato dell'offerta è più frequente e flessibile (cioè un'impresa può passare più facilmente da un prodotto a un altro) e inoltre un'azienda può usare il suo potere in un mercato per ottenere vantaggi in altri mercati non necessariamente strettamente collegati a quello dominante.

Come evidenziato precedentemente, secondo la metodologia classica, nella definizione di mercato rilevante due prodotti o servizi vengono considerati appartenenti allo stesso mercato se sono tra loro facilmente intercambiabili anche dal punto di vista dell'offerta. Tale

⁹⁹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 109

sostituzione deve avvenire in un lasso di tempo inferiore ad un anno e si richiede che il passaggio da una produzione all'altra sia realizzabile con costi contenuti. Questo approccio tradizionale può però risultare inadeguato se applicato rigidamente al contesto digitale per vari motivi; innanzitutto nel caso di grandi imprese, dotate di ampie risorse finanziarie, anche investimenti iniziali considerevoli potrebbero non costituire reali barriere all'entrata in un nuovo mercato. Inoltre le grandi imprese tendono ad avviare acquisizioni strategiche di altre imprese o start-up che possono trasferire loro il "know-how" e le competenze tecnologiche di cui hanno bisogno per accrescere il proprio potere. Sebbene tali acquisizioni richiedano solitamente risorse significative, per operatori molto capitalizzati questi costi non rappresentano ostacoli insormontabili. Ciò significa che la necessità di dover sostenere un significativo investimento iniziale potrebbe di fatto non costituire un vero e proprio ostacolo alla sostituibilità dal lato dell'offerta.¹⁰⁰ Inoltre le nuove forme di capitali costituiti anche dai nuovi asset digitali (come algoritmi) sono facilmente trasferibili da un settore all'altro ed è proprio grazie a questi strumenti che un'impresa già consolidata in un certo mercato può rapidamente guadagnare terreno in uno nuovo, sfruttando risorse digitali già in suo possesso. Quindi è possibile sostenere che la definizione tradizionale del mercato rilevante, se non adattata al contesto digitale, rischia di sottovalutare la reale intercambiabilità dal lato dell'offerta e ciò potrebbe portare a delimitazioni del mercato troppo ristrette e non rappresentative delle effettive dinamiche concorrenziali.

Per quanto riguarda il secondo punto, anche qualora la delimitazione dei mercati rilevanti risulti accurata, nel settore digitale può essere ancora più cruciale valutare aspetti che si trovano al di fuori dei confini di quel mercato specifico, al fine di comprendere appieno le implicazioni concorrenziali. È senz'altro vero che il potere di mercato di un'azienda viene generalmente rilevato all'interno del mercato rilevante stesso, ma è altrettanto vero che un'impresa in posizione dominante all'interno di un mercato faccia leva su tale potere per affermare la propria posizione all'interno di un altro mercato, non necessariamente collegato a quello principale. Nel momento in cui si prendono in considerazione elementi estranei al mercato rilevante in senso stretto, diventa indispensabile riconoscere che i mercati non agiscono come entità isolate e che i fattori che influenzano lo sviluppo di un mercato sono generalmente sia interni che esterni ad esso e pertanto l'ambiente circostante è importante per la sua definizione.¹⁰¹

¹⁰⁰ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 111.

¹⁰¹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, pp. 112 e 113.

Tale riflessione richiama l'attenzione sul tema degli effetti conglomerati, oggetto di discussione già tra gli anni Sessanta e Settanta in riferimento ai mercati tradizionali. Gli effetti conglomerati si manifestano in situazioni in cui le imprese coinvolte in una concentrazione non producono beni tra loro direttamente sostituibili, né forniscono componenti essenziali per i prodotti dell'altra ma beni che possono essere collegati in maniera meno diretta oppure anche scollegati.¹⁰²

Dal punto di vista economico, le fusioni conglomerati, almeno in una prima analisi, sembrano meno problematiche rispetto ad altre operazioni sotto il profilo della concorrenza poiché, non coinvolgendo prodotti sostituibili in modo diretto, non comportano automaticamente una riduzione della competizione. Anzi, spesso si riferiscono a beni o servizi tra loro complementari, e ciò può generare vantaggi immediati per i consumatori, ad esempio in termini di prezzi più bassi. Tuttavia nel medio o lungo periodo queste operazioni possono compromettere la concorrenza dal momento che è possibile che due prodotti diventino nel futuro maggiormente sostituibili.

Oltre però agli effetti negativi, è plausibile anche che se ne verifichino di positivi e tra le principali fonti di benefici ma anche di criticità si segnalano:

- Il tying e il bundling rispettivamente, una vendita abbinata in cui l'acquisto di un prodotto o servizio è legato o vincolato all'acquisto di un altro prodotto ad esso complementare, e una strategia che ha come fine quello di offrire ad un prezzo scontato due o più prodotti che solitamente sono venduti separatamente. Tali strategie possono rappresentare per il consumatore un vantaggio in termini di efficienza, ma possono, d'altro canto, anche penalizzare i concorrenti e creare ostacoli all'ingresso di nuovi operatori nel mercato.

- Gli ecosistemi e il cosiddetto "one-stop shopping". Tramite queste strategie le aziende possono espandersi in molteplici settori e offrire ai consumatori un unico punto di accesso per diversi prodotti o servizi e ciò comporta benefici quali la riduzione dei costi di ricerca e acquisto, e una maggiore semplicità d'uso grazie all'interoperabilità tra i vari elementi dell'ecosistema. Tuttavia, tale dinamica può anche rafforzare di molto il potere di mercato delle imprese rispetto a specifiche categorie di clienti e ciò porterebbe potenzialmente portare a situazioni di dominio da parte di un singolo.¹⁰³

¹⁰² FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 113.

¹⁰³ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 114.

- Le economie di scala e di scopo attraverso le fusioni conglomerali che permettono alle imprese di condividere risorse, processi produttivi, competenze, forza lavoro, reti distributive, diritti di proprietà intellettuale e strumenti gestionali. La capacità di operare trasversalmente su più mercati rende difficile per i concorrenti risultare altrettanto attraenti, a meno che non riescano a competere su una gamma di mercati altrettanto ampia. Ciò quindi può trasformarsi in una barriera all'entrata poiché, per competere, un nuovo attore dovrebbe investire sin da subito in più mercati contemporaneamente, affrontando costi elevati e rischi notevoli (cosa che non tutte le aziende possono fare).¹⁰⁴

- Le efficienze derivanti dalla complementarità. Le aziende che, prima della concentrazione, esitano ad effettuare investimento poiché aspettano che siano le altre a muoversi, una volta integrate hanno maggiori incentivi a tener conto delle interazioni tra i prodotti. Questo fenomeno, noto come "effetto Cournot", e può tradursi in vantaggi per i consumatori sotto forma di prezzi più bassi o maggiore qualità. Tuttavia, ciò può rafforzare ulteriormente la posizione dell'impresa dominante e rendere ancora più difficile la competizione per le realtà più piccole.¹⁰⁵

Considerando tutte le evidenze finora esaminate può sorgere il dubbio circa l'inadeguatezza della definizione tradizionale del mercato rilevante portando la dottrina a segnalare che "la definizione del mercato rilevante non è sufficiente da sola a valutare le dinamiche concorrenziali, ma può essere utile anche nei contesti in cui i suoi limiti sono più evidenti. Pertanto, la definizione del mercato rilevante è ancora valida, anche nel digitale, dove le caratteristiche relative al contesto di riferimento sono più importanti che altrove. Per aumentare l'efficacia degli strumenti esistenti, le autorità garanti della concorrenza, i tribunali, così come i consulenti di parte, dovrebbero prestare maggiore attenzione alla sostituibilità dal lato dell'offerta e agli effetti che interessano trasversalmente più mercati".¹⁰⁶

2.4.6.3 Le Piattaforme

Una delle funzioni fondamentali dei mercati, così come delle imprese, è quella di favorire l'incontro tra domanda e offerta. In questo contesto, il concetto di piattaforma si riferisce a quei soggetti economici la cui attività principale consiste nel mettere in relazione differenti gruppi di operatori, ed è proprio questa funzione di intermediazione a costituire il principale elemento

¹⁰⁴ Ibidem

¹⁰⁵ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, pp. 114 e 115.

¹⁰⁶ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 118.

di valore creato dall'impresa.¹⁰⁷ Le piattaforme, tuttavia, non rappresentano una novità assoluta e difatti basta pensare ai centri commerciali, la cui funzione essenziale è quella di offrire uno spazio fisico in cui si incontrano venditori e acquirenti di beni o servizi.

Esistono comunque differenze tra piattaforme a singolo versante e quelle multi-versante. Le prime operano con un solo gruppo omogeneo di soggetti, ossia solo i consumatori o i venditori, mentre le seconde coinvolgono categorie diverse di agenti economici che quindi appartengono a due versanti differenti quindi sia venditori che acquirenti.

Una caratteristica essenziale delle piattaforme è la presenza di esternalità di rete (ossia fattori di valutazione non strettamente collegati al prodotto), che possono manifestarsi sia all'interno dello stesso gruppo di utenti, sia tra gruppi differenti. Normalmente, il valore che un consumatore attribuisce a un bene o servizio dipende da aspetti quali il prezzo o la qualità. Tuttavia, spesso subentrano altri fattori legati alla valutazione dello stesso come ad esempio, se è di tendenza o se risulta compatibile con altri prodotti e quindi un utente può preferire un social network più in voga tra i suoi conoscenti piuttosto che un altro non utilizzato.

Vi sono quindi più tipi di esternalità di rete, quali le "esternalità del consumo" che si riferiscono al fatto che l'acquisto di un bene o servizio da parte di un individuo aumenti il valore del prodotto per gli altri, senza che l'acquirente ne tenga conto nel momento della scelta. Altre sono le esternalità infragruppo che avvengono quindi all'interno dello stesso gruppo e esternalità intergruppo quando invece l'effetto riguarda gruppi diversi di utenti (come clienti e venditori). In questo secondo caso, il valore che un utente trae dalla piattaforma cresce al crescere del numero di utenti presenti sull'altro versante.

Questa distinzione è riconosciuta anche in ambito normativo come ad esempio le linee guida europee sul potere di mercato e il diritto antitrust tedesco che parlano rispettivamente di effetti di rete diretti (infragruppo) e indiretti (intergruppo).

Negli ambienti digitali le esternalità di rete sono particolarmente rilevanti e per comprenderne meglio l'importanza basta far riferimento ai social network o alle app di incontri dove l'utilità per l'utente dipende fortemente dalla quantità e dalla qualità degli altri utenti presenti sulla piattaforma, altrimenti, in assenza di utenti, essi non si diffondono minimamente. È importante considerare le esternalità di rete poiché in assenza di esse un aumento del prezzo riduce la domanda solo tra i consumatori più sensibili, mentre in un mercato in cui sono presenti, la

¹⁰⁷ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 119.

riduzione del numero di utenti iniziali può far calare il valore percepito del prodotto per gli altri, causando una spirale discendente di disaffezione (il cosiddetto effetto feedback).¹⁰⁸

Alla luce di queste dinamiche, è evidente che tali caratteristiche devono essere considerate con attenzione nell'ambito delle valutazioni antitrust, soprattutto in fase di definizione del mercato rilevante. A questo proposito, la dottrina è divisa su due fronti principali: da un lato, se sia preferibile individuare un unico mercato per l'intera piattaforma e considerare i due versanti unitamente oppure definire mercati distinti per ciascun versante; dall'altro, come applicare correttamente il test del monopolista ipotetico (SSNIP) nel caso delle piattaforme.

Relativamente al primo quesito, sebbene la definizione unitaria possa sembrare adeguata per cogliere le interazioni tra i vari versanti, la maggior parte degli studiosi ritiene più efficace un approccio a mercati separati, dato che ciascun versante può essere soggetto a dinamiche competitive differenti e distinguendo si possono cogliere più facilmente queste differenze.

Per quanto riguarda invece l'applicazione del test SSNIP, Belleflamme e Peitz propongono quattro alternative operative: "l'ipotetico monopolista aumenta del 5% (i) la somma delle tariffe su tutti i versanti, ottimizzando la ripartizione dell'aumento tra le tariffe sui diversi versanti; (ii) le tariffe su ciascun versante separatamente; (iii) la tariffa sul versante oggetto di valutazione, ottimizzando le altre tariffe; o (iv) la tariffa sul versante oggetto di valutazione, senza modificare le altre tariffe".¹⁰⁹

Sebbene ci siano opinioni divergenti su quale sia l'approccio migliore, l'ultima opzione, utilizzata anche nei settori non basati su piattaforme, viene considerata la più idonea in questo contesto. Nonostante possa apparire un metodo impegnativo dal punto di vista probatorio per le autorità di vigilanza, si ritiene che questo approccio offra un'analisi più coerente e riduca il rischio di errori nella valutazione.

2.4.6.4 “Le Zero-Price” Economy

Come enunciato nel precedente paragrafo, le piattaforme digitali generano valore fungendo da intermediari e quindi mettendo in contatto più gruppi di utenti, e l'utilità che ciascun partecipante ottiene dall'utilizzo della piattaforma dipende, almeno in parte, sia dalla quantità di utenti attivi sull'altro versante della piattaforma, sia dal numero di soggetti presenti nello

¹⁰⁸ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 121.

¹⁰⁹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 130.

stesso. Non è quindi raro che i consumatori finali usufruiscano dei servizi digitali senza alcun esborso monetario diretto come ad esempio nel caso dei motori di ricerca come Google, dei social network quali Facebook o Instagram.

Tuttavia, l'applicazione del test del monopolista ipotetico (SSNIP) risulta problematica in questi contesti, poiché si fonda sull'ipotesi di un incremento di prezzo, ma quando il servizio è offerto gratuitamente, come avviene in molte piattaforme digitali, tale incremento non può essere misurato in termini di prezzo monetario. Per ovviare a questa difficoltà, la dottrina ha elaborato due approcci alternativi al test classico: uno prende in considerazione la qualità invece del prezzo e l'altro utilizza i dati personali forniti dagli utenti come contropartita non monetaria.

Per quanto concerne la prima alternativa la versione del test SSNIP che misura la qualità si basa su "una piccola ma significativa e non transitoria riduzione della qualità del prodotto offerto (cosiddetto test SSNDQ o small but significant non-transitory decrease in quality)".¹¹⁰ Una delle criticità legate all'utilizzo della qualità come parametro di valutazione concorrenziale è rappresentata dal fatto che essa risulta generalmente più complessa da misurare rispetto al prezzo, oltre a presentare un elevato grado di soggettività. Diversamente dal test SSNIP, in cui il prezzo rappresenta un elemento facilmente identificabile, l'applicazione del test SSNDQ richiede un'analisi più articolata: la qualità, infatti, può assumere molteplici significati, specialmente nel contesto delle piattaforme digitali, dove può riferirsi a variabili quali la privacy per i consumatori o la semplicità di utilizzo o l'affidabilità del servizio per le imprese. Ne consegue che la selezione dei criteri qualitativi rilevanti deve necessariamente avvenire caso per caso, tenendo conto delle specificità del modello di business dell'impresa coinvolta.

In una zero-price economy, dove l'utente accede gratuitamente ai servizi, in realtà comunque fornisce un corrispettivo non monetario, di cui beneficiano i titolari del servizio, che può essere di due tipi, ossia un costo informativo, ossia l'insieme di dati personali che l'utente è tenuto a fornire per poter usufruire del servizio e un costo di attenzione, cioè l'esposizione forzata agli annunci pubblicitari durante l'uso della piattaforma. Su questa logica, è stata proposta una nuova versione del test, definita SSNIC (small but significant and non-transitory increase in cost), "che si riferisce a un piccolo ma significativo e non transitorio aumento nei costi".¹¹¹ Poiché tali costi sono molto meno trasparenti per i consumatori rispetto a valori monetari o alla qualità per far sì che il test SSNIC sia efficace, è necessario che gli utenti sperimentino

¹¹⁰ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 134.

¹¹¹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 136.

l'aumento di tali costi, in modo da poter valutare se continuare a usare il servizio o migrare verso alternative disponibili. Per simulare questo scenario, strumenti quali sondaggi o esperimenti online possono risultare utili, poiché permettono di ricreare le condizioni reali di utilizzo dei servizi digitali. Inoltre, sia il costo informativo che quello di attenzione possono assumere forme diverse: ad esempio, i dati richiesti possono essere più o meno sensibili (nome, posizione, preferenze), mentre il costo di attenzione può dipendere dalla frequenza, quantità, dimensione o posizionamento degli annunci pubblicitari mostrati.

Prima di applicare concretamente il test SSNIC, è essenziale elaborare una metodologia personalizzata per ciascun caso, individuando con precisione le variabili di costo rilevanti ed è inoltre necessario stabilire se un aumento del 5-10% di tali costi possa essere considerato significativo ai fini del test.

Nonostante le complessità connesse all'adattamento del test del monopolista ipotetico a parametri alternativi al prezzo, come la qualità o i dati, tali difficoltà non sono tali da impedirne l'applicazione. È dunque possibile – anche nei mercati in cui i servizi sono offerti gratuitamente – procedere a una corretta definizione del mercato rilevante, adottando criteri diversi da quello meramente monetario.

Capitolo 3

3.1 Introduzione all'Abuso di Posizione Dominante

3.1.1 Nozione di Abuso Di Posizione Dominante

L'abuso di posizione dominante costituisce una delle fattispecie più problematiche e dibattute del diritto antitrust perché si differenzia profondamente dalle altre ipotesi previste dal TFUE. Se, infatti, le norme in materia di intese restrittive e concentrazioni hanno come obiettivo quello di evitare che più imprese, tramite accordi o operazioni di aggregazione, aggirino i vincoli della concorrenza accrescendo artificialmente il proprio potere di mercato, la disciplina dell'art. 102 TFUE ha un fine ben diverso poiché essa non si occupa di prevenire l'accrescimento di potere, ma di limitare l'esercizio distorto di un potere già esistente. L'impresa in posizione dominante infatti non è più soggetta alla pressione competitiva in misura significativa e può pertanto

tenere comportamenti indipendenti dalle reazioni dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori.

L'articolo 102 del TFUE non vieta né la posizione dominante in sé né i vantaggi economici che ne possono derivare, purché tali vantaggi siano frutto di meriti commerciali, efficienza produttiva, innovazione o qualità del prodotto. Solo il ricorso a pratiche che non si basano sulla "concorrenza sui meriti", e che hanno l'effetto di ostacolare lo sviluppo della concorrenza configurano un illecito. Alla luce di questa prospettiva è stato chiarito che condotte che sarebbero legittime per imprese normali potrebbero configurare un abuso di posizione dominante se messe in atto da imprese che detengono un potere di mercato particolarmente elevato e che operano in un contesto in cui la concorrenza risulta già compromessa. Non a caso, infatti, viene posta in capo all'impresa in posizione dominante una sorta di "speciale responsabilità" di non adottare condotte che sono ritenute legittime per le imprese non in posizione dominante e al contempo, di promuovere e di favorire la concorrenza.

Tale normativa non è nemmeno diretta a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante e anzi "la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori". Pertanto l'obiettivo della normativa non è quello di impedire che un'impresa meritevole possa affermarsi sul mercato bensì di evitare che un'impresa in posizione dominante possa sfruttare questo suo vantaggio per imporsi sul mercato e falsare il gioco della concorrenza a danno dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori.

Alla luce di quanto finora asserito cercheremo di fornire una definizione della fattispecie di abuso di posizione dominante che si compone di due elementi fra loro autonomi e logicamente consequenziali:

- 1) il primo riguarda ovviamente la posizione che l'impresa detiene su un determinato mercato che deve poter essere qualificata come dominante;
- 2) il secondo invece riguarda il comportamento dell'impresa che deve essere qualificabile come sfruttamento abusivo di tale posizione.

Quindi è palese che in mancanza del primo presupposto non si possa procedere alla verifica del secondo.

Tuttavia, il legislatore non fornisce una vera e propria definizione di "posizione dominante" né dà indicazioni circa i parametri da utilizzare al fine di individuare tale posizione e l'unica formula presente fu elaborata dalla Corte di Giustizia secondo cui la posizione dominante

corrisponderebbe a una "posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori".

Una definizione siffatta rischia però di essere di scarsa utilità poiché si limita a riconoscere nella potenza economica l'essenza della posizione dominante, senza però fornire parametri sufficientemente sicuri per stabilire quando effettivamente concorra lo sfruttamento di tale posizione.

Per questo motivo, sia a livello europeo che nazionale, si è sviluppata un'interpretazione basata su un approccio più economico e sostanziale enunciata anche dalla Commissione europea nella comunicazione sugli abusi escludenti (Comunicazione 2009/C 45/02 del 9 febbraio 2009) in cui ha precisato che "un'impresa deve essere considerata in posizione dominante quando è in grado di influenzare i parametri della concorrenza a proprio vantaggio, e a scapito dei consumatori, e non si trovi a fronteggiare una pressione concorrenziale efficace. Tale situazione si verifica in primis quando l'impresa è in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo ovvero quando l'impresa si può "permettere" di non investire nell'innovazione dei propri prodotti (quando è l'unica ad avere la capacità produttiva o d'innovazione a tal fine necessaria)".¹¹²

Il comportamento di un'impresa che gode di tale condizione potrà quindi qualificarsi come abusivo nel momento in cui essa ostacola la concorrenza, di sua iniziativa e non tramite una normativa nazionale o sovranazionale, avvalendosi di mezzi diversi da quelli solitamente adoperati nella concorrenza normale. Non è invece rilevante ai fini della definizione la volontarietà o la malafede dell'impresa e infatti la giurisprudenza ha più volte ribadito che la nozione di abuso ha carattere oggettivo e pertanto prescinde dall'accertamento della sussistenza di un intento anticoncorrenziale da parte dell'impresa in esame.

Tuttavia la nozione di abuso dominante rimane volutamente aperta, poiché, nonostante l'art. 102 TFUE fornisca un elenco esemplificativo di abusi, non esaurisce comunque le possibili forme di sfruttamento abusivo. Tale apertura ha generato nel tempo accuse poiché essa violerebbe il principio di determinatezza delle leggi ma la Corte di Giustizia ha replicato osservando come il concetto si radichi in nozioni già ampiamente sviluppate dalla prassi antitrust e, soprattutto, come qualsiasi operatore economico diligente debba tenere conto del

¹¹² FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, capitolo 4 paragrafo 2.

fatto che la detenzione di significative quote di mercato comporta inevitabilmente dei limiti di condotta e una responsabilità aggiuntiva.¹¹³

Il confine tra uso e abuso della posizione dominante non è dunque tracciabile in astratto, ma richiede un'analisi caso per caso. Da un lato, infatti, la giurisprudenza ammette che l'impresa dominante possa legittimamente adottare strategie difensive per preservare la propria quota di mercato o reagire all'ingresso di nuovi concorrenti; dall'altro, tali condotte diventano abusive quando travalicano le pratiche di concorrenza basata sui meriti e si traducono in ostacoli ingiustificati allo sviluppo del mercato. La legittimità di condotte aggressive dipende quindi dal bilanciamento tra il diritto dell'impresa a tutelare i propri interessi commerciali e la necessità di preservare una concorrenza effettiva.¹¹⁴

Non è un caso che anche il dibattito sugli obiettivi del diritto antitrust abbia assunto grande rilevanza nell'interpretazione dell'articolo 102 TFUE. La Corte ha più volte chiarito che la norma non mira a proteggere la sopravvivenza di concorrenti meno efficienti, i quali possono fisiologicamente essere esclusi dal mercato, bensì a garantire che la concorrenza si svolga in base ai meriti dell'impresa. È in questa prospettiva che il divieto di abuso trova la sua giustificazione ultima,

La principale difficoltà interpretativa consiste pertanto nel tracciare, caso per caso, il confine tra condotte lecite, espressione della competizione per merito, e comportamenti illeciti, che configurano un abuso. Ne consegue che l'accertamento ex art. 102 TFUE non può ridursi a una verifica formale, ma richiede un esame sostanziale e caso per caso, volto a bilanciare la tutela del mercato con la libertà d'iniziativa economica delle imprese dominanti. Proprio in questa prospettiva si comprende la scelta del legislatore europeo e nazionale di non intervenire, se non in casi eccezionali (art. 7 Reg. 1/2003), con misure strutturali volte a smantellare la posizione dominante, preferendo invece sanzioni di natura pecuniaria o provvedimenti inibitori.

Questa impostazione trova origine nel diritto comunitario, dove l'abuso di posizione dominante venne disciplinato per la prima volta dall'ex art. 86 del Trattato CEE del 1957, per poi essere recepito senza modifiche sostanziali nella legislazione italiana. L'Unione Europea, pur non adottando una politica apertamente antagonista nei confronti dei monopoli, si è così dotata di uno strumento non solo repressivo, ma anche capace di indirizzare e, se necessario, limitare le strategie delle imprese dominanti nei mercati di riferimento.

¹¹³ Ibidem

¹¹⁴ Ibidem

3.1.2 La giustificazione obiettiva

La giurisprudenza ha progressivamente riconosciuto che “è possibile per un’impresa che detiene una posizione dominante giustificare attività che possono incorrere nel divieto di cui all’articolo 102 . In particolare, una siffatta impresa può, a tal fine, dimostrare o che il proprio comportamento è obiettivamente necessario”.¹¹⁵ Si può quindi sfuggire al divieto dimostrando che la condotta contestata è oggettivamente giustificata per difendere gli interessi commerciali, purché:

(i) “vi sia una situazione concreta e attuale che metta in pericolo detti interessi”¹¹⁶;

(ii) “un’eventuale reazione [sia] proporzionata alla minaccia”¹¹⁷;

(iii) “sia rivolta contro gli autori dell’aggressione, non già [...] in danno di operatori terzi”¹¹⁸.

Infine, una restrizione della concorrenza può essere giustificata se “obiettivamente necessaria”, ossia dovuta, ad esempio, a ragioni sanitarie o di sicurezza correlate alla natura del prodotto offerto.

La stessa Commissione ha precisato tuttavia al riguardo che, “per comprovare che un comportamento di questo tipo è obiettivamente necessario, si deve considerare che spetta di norma alle autorità pubbliche stabilire e applicare le norme di sanità e di sicurezza pubbliche. Non spetta all’impresa dominante prendere di propria iniziativa misure per escludere i prodotti che considera, a torto o a ragione, pericolosi o inferiori al proprio”.¹¹⁹

3.1.3 Riferimenti normativi

La fattispecie dell’abuso di posizione dominante è disciplinata sia a livello europeo che a livello nazionale. La prima definizione di tale fattispecie fu presentata con il Trattato di Roma, firmato

¹¹⁵ CG UE, causa C-209/10, Post Danmark I, cit. par. 40-41 (FRANCESCO FIMMANO' ; ANTONIO CATRICALA' ; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021).

¹¹⁶ Cons. St., 20.12.10 n. 9306, ENI-TTPC, paragrafo 12.2.

¹¹⁷ causa 27/76, United Brands, pagine 189-190.

¹¹⁸ Cons. St., 20.4.11, n. 2438, Telecom Italia, paragrafo 2.2.4.

¹¹⁹ FRANCESCO FIMMANO' ; ANTONIO CATRICALA' ; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 378.

il 25 Marzo del 1957 ed entrato in vigore il 1° gennaio del 1958, più precisamente con l'ex articolo 82 del Trattato CEE, ad oggi articolo 102 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009).

Successivamente anche il legislatore nazionale ha introdotto una definizione della fattispecie limitandosi a riprendere i concetti della normativa europea attraverso la Legge 10 Ottobre 1990 n. 287, articolo 3 senza apportarvi alcuna significativa modifica. Mettendo a confronto i due testi, infatti, è possibile notare come il contenuto delle due norme risulta essere sostanzialmente identico.

L'art. 102 TFUE, infatti, asserisce 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.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; (pratiche di sfruttamento)
- b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; (pratiche escludenti)
- c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; (pratiche discriminatorie)
- d) nel 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. (pratiche leganti)”.¹²⁰

L'art. 3 della legge n. 287/1990, invece, afferma che:

“È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; (pratiche di sfruttamento)

¹²⁰ Art. 2 TFUE

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

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

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." (pratiche leganti)¹²¹

Accanto a questi due articoli fondamentali, il quadro normativo di riferimento è completato da due importanti comunicazioni della Commissione Europea:

- la Comunicazione 97/C 372/03, nota come "Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza";

- la Comunicazione 2009/C 45/02, che riguarda gli "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti".

3.1.4 Il ruolo dell'abuso di posizione dominante nel diritto antitrust

L'abuso di posizione dominante costituisce l'equivalente europeo del concetto di "attempt to monopolize" descritto nella sezione 2 dello Sherman Act statunitense. Tuttavia la fattispecie prevista dall'art. 102 TFUE e dall'art. 3 della legge n. 287/1990 presenta alcune differenze significative rispetto alla corrispondente disciplina americana secondo cui è lo stesso tentativo di monopolizzare un mercato a configurare come un illecito, a prescindere dal fatto che l'impresa detenga o meno una posizione dominante. Invece, nel diritto europeo e nazionale, come già precedentemente descritto, si procede con un approccio bifasico tramite il quale inizialmente occorre accertare l'esistenza di una posizione dominante e, solo qualora tale requisito risulti soddisfatto, sarà possibile valutare o meno lo sfruttamento abusivo di tale posizione.¹²²

¹²¹ Art. 3 della Legge n. 287/1990

¹²² FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 1 capitolo 4.

Con il tempo la distanza tra i due modelli si è progressivamente ridotta ma il sistema europeo mantiene ancora la peculiarità secondo cui la posizione dominante non è vietata in assoluto se è frutto del merito competitivo, ma lo è il suo sfruttamento abusivo. Tale peculiarità ha introdotto come conseguenza in capo all'impresa che si trova in questa posizione una "responsabilità speciale" che le impedisce di adottare pratiche normalmente lecite in un contesto di concorrenza effettiva, condotte idonee a compromettere ulteriormente il mercato e le affida anche l'onere di promuovere la concorrenza. Ne deriva che comportamenti legittimi per un'impresa in regime di concorrenza normale, come ad esempio una politica di sconti particolarmente aggressiva, possono trasformarsi in pratiche abusive se posti in essere da un'impresa in posizione dominante e se risultano idonei a rafforzare ulteriormente la sua posizione, le barriere all'ingresso o ad escludere i concorrenti.

3.1.5 La nozione di mercato collegato

Ai fini dell'applicazione delle norme antitrust, può risultare determinante, oltre del mercato rilevante, anche l'individuazione dei mercati collegati. Le Autorità antitrust hanno infatti spiegato che i mercati non rappresentano singoli "compartimenti stagni"¹²³ ciascuno dei quali opera isolato dagli altri, essi sono anzi legati da relazioni talvolta anche molto strette dovute a fattori di vario tipo (geografici, tecnologici o commerciali) che li rendono interdipendenti e reciprocamente influenzabili.

Alla luce di ciò non è improbabile che l'abuso si manifesti non nel mercato in cui l'impresa detiene la posizione dominante bensì in uno situato "a monte" o "a valle" di quest'ultimo. Le Autorità antitrust hanno pertanto stabilito che fosse necessario applicare la disciplina in esame anche a siffatti comportamenti al fine di evitare che le imprese dominanti possano impedire o ostacolare l'ingresso di nuovi concorrenti anche in un mercato collegato a quello in cui le stesse detengono tale posizione.

A conferma di ciò la giurisprudenza ha escluso la necessità che l'impresa in esame detenga una posizione di "doppia dominanza" per configurare l'abuso stabilendo come sufficiente la condizione secondo cui il comportamento adottato in un mercato dominato produca effetti anticoncorrenziali in un mercato collegato. La logica sottostante è che la "speciale

¹²³ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023 paragrafo 2.3 capitolo 4.

responsabilità” gravante sull’impresa dominante si estenda a tutti i comportamenti posti in essere da essa compresi quindi quelli che incidono sui mercati collegati. A tal proposito il Consiglio di Stato ha quindi affermato che "se è vero che l'applicazione dell'art. 102 TFUE presuppone l'esistenza di un nesso tra la posizione dominante e il comportamento che si asserisce abusivo, nesso che di norma non sussiste quando un comportamento posto in essere in un mercato distinto dal mercato soggetto a dominio produce conseguenze su questo stesso mercato, è pur vero che trattandosi di mercati distinti, ma collegati, talune circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non soggetto a dominio, e produttivo di effetti su questo stesso mercato. (...) Tali comportamenti sono infatti idonei, in particolare a causa degli stretti nessi che legano i due mercati rilevanti, a produrre l'effetto di affievolire la concorrenza sul mercato a valle".¹²⁴

Sovente il collegamento tra mercati può derivare dalla disponibilità di risorse non replicabili, come impianti o reti, detenute in esclusiva dall’impresa dominante nel mercato a monte, che diventano infrastrutture indispensabili per l’operatività di altre imprese nel mercato collegato. Quindi un rifiuto ingiustificato di concedere tale accesso, da parte del gestore in posizione dominante, costituisce un abuso rilevante ai sensi dell’art. 102 TFUE poiché non permette alle imprese di fruirne e quindi di innovarsi e competere.

La questione dei mercati collegati diventa ancora più articolata con riferimento ai mercati digitali, dove si parla di “multi-sided markets” (mercati a più versanti). Questi mercati presentano tre caratteristiche fondamentali:

- a) la presenza di almeno due gruppi di utenti interdipendenti (come gli utenti di telefonia mobile, che possono essere al tempo stesso chiamanti e riceventi);
- b) l’esistenza di effetti di rete indiretti, per cui il valore di un servizio per un gruppo di utenti dipende strettamente dalla partecipazione di un altro gruppo;
- c) una struttura dei prezzi non neutrale, in cui la piattaforma può applicare tariffe più elevate ad un versante del mercato e ridotte ad un altro in ragione della loro interconnessione.¹²⁵

Tali elementi rendono i mercati digitali particolarmente complessi da analizzare, in quanto le dinamiche competitive che li caratterizzano travalicano i confini dei singoli mercati, facendo emergere in maniera ancora più evidente l’importanza del concetto di mercati collegati ai fini della disciplina antitrust.

¹²⁴ Ibidem

¹²⁵ Ibidem

3.1.6 La posizione dominante dal lato della domanda

Sebbene l'ipotesi di posizione dominante si verifichi solitamente con riferimento al lato dell'offerta, non si può escludere che situazioni analoghe si possano manifestare anche dal lato della domanda a cui gli economisti fanno riferimento con il termine monopsonio¹²⁶, ossia un contesto in cui opera un solo compratore.

Un esempio esplicativo è rappresentato dal settore farmaceutico in cui la struttura della domanda presenta caratteristiche peculiari, poiché, a differenza di quanto accade nella maggior parte dei mercati, l'acquirente finale non è colui che sceglie tra diversi prodotti concorrenti né colui che sostiene il costo dell'acquisto ma è il servizio sanitario nazionale il quale sostiene le spese. Quest'ultimo, assumendo il ruolo di unico acquirente effettivo, esercita un potere di negoziazione tale da condizionare direttamente i prezzi di rimborso applicati alle imprese farmaceutiche.

Anche al di fuori di casi di vero e proprio monopsonio, il potere contrattuale della domanda può comunque rappresentare un contrappeso rilevante alla forza di mercato dell'offerta poiché quando gli acquirenti dispongono di un significativo potere contrattuale, possono esercitare pressioni tali da ridurre o persino neutralizzare il potere economico dell'impresa fornitrice. In questi casi, l'impresa dominante non è più in grado di agire in modo indipendente dai propri clienti, venendo così meno uno degli elementi essenziali della nozione di posizione dominante. La Commissione europea ha tuttavia precisato che questa condizione si verifica solo se il potere contrattuale degli acquirenti incide sull'intero mercato, o comunque su una parte significativa di esso. Se, al contrario, tale potere si limita a tutelare un gruppo ristretto di clienti, non può considerarsi sufficiente a neutralizzare la dominanza dell'impresa e l'art. 102 TFUE continua a trovare applicazione.

3.1.7 Indici per valutare l'esistenza di una posizione dominante

Una volta definito il mercato rilevante occorre accertare se l'impresa detenga effettivamente una posizione dominante e le autorità antitrust, europee e nazionali, riconoscono e adoperano come principale indicatore la quota di mercato calcolata sul fatturato dell'impresa nel mercato

¹²⁶ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 2.4 capitolo 4.

di riferimento. Secondo la giurisprudenza europea, quote molto elevate, in particolare superiori al 50%, costituiscono, salvo eccezioni, una prova sufficiente della dominanza. Invece, quando la quota risulta inferiore al 40%, difficilmente l'impresa potrà influenzare il mercato in modo autonomo e pertanto non configura la posizione dominante. Tuttavia, la Commissione ha chiarito che, non essendo di per sé la quota decisiva, è necessario che l'analisi consideri anche altri fattori tra cui si annoverano:

a) La stabilità della quota di mercato: una quota significativa mantenuta per un lungo periodo di tempo (ad esempio cinque anni) costituisce forte indizio di dominanza, soprattutto nei mercati maturi e poco innovativi. Al contrario, una quota volatile suggerisce una maggiore concorrenza e pertanto la posizione dominante non potrà essere provata.¹²⁷

b) Il numero e la forza dei concorrenti: la valutazione di una posizione dominante non può prescindere dall'analisi dei concorrenti, poiché anche un'impresa con quota anche inferiore al 40% può risultare dominante se la parte restante del mercato è frammentata in una miriade di piccoli operatori incapaci di esercitare reali pressioni competitive. Un ulteriore strumento di misurazione è rappresentato dall'indice di Herfindahl-Hirschman (HHI) dato dalla somma dei quadrati delle quote di mercato (esprese in percentuale) detenute da ciascun agente. Il valore di HHI è sempre positivo e al massimo pari a 10.000, nel caso vi sia un solo agente nel mercato (monopolista). Invece un valore di HHI compreso tra 1.000 e 1.800 indica che il mercato è moderatamente concentrato e se superiore a 1.800 indica mercati fortemente concentrati.¹²⁸

c) La concorrenza potenziale : la minaccia di nuovi entranti infatti potrebbe esercitare una pressione sull'impresa che gode di un significativo potere di mercato inducendola a tenere i prezzi a livello competitivo o a distoglierla dall'intento di innovare. Tale pressione è considerata efficace se l'ingresso è probabile, tempestivo (entro due anni) e sufficiente a incidere su una parte significativa del mercato.¹²⁹

d) Le barriere all'ingresso: possono essere di natura legale (licenze o autorizzazioni amministrative) o economica (accesso a infrastrutture essenziali, diritti di proprietà intellettuale, economie di scala, investimenti iniziali elevati, spese di switching) e la presenza di tali ostacoli rafforza la posizione dell'impresa dominante poiché rende più complicato l'ingresso di nuovi concorrenti del mercato. Anche le economie di scala, la necessità di effettuare grandi investimento iniziali o l'importanza della promozione e della pubblicità rappresentano delle barriere all'entrata poiché sono costi necessari principalmente nella fase

¹²⁷ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 2.5 capitolo 4.

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ *Ibidem*

iniziale e che non potranno essere recuperati se si decide poi di cambiare mercato (i cosiddetti sunk costs).¹³⁰

e) Le risorse finanziarie e tecniche: un ulteriore elemento utile è rappresentato dalle risorse tecniche e finanziarie di cui l'impresa dispone. La possibilità di ricorrere a capitali provenienti da altri mercati, attraverso i cosiddetti sussidi incrociati, può infatti consentire strategie aggressive capaci di alterare la concorrenza. Analogamente, l'esistenza di capacità produttiva in eccesso, grazie alla presenza di impianti e risorse, può essere sfruttata dall'impresa leader per fronteggiare incrementi della domanda o scoraggiare l'ingresso di nuovi operatori.

f) Le peculiarità dei mercati digitali: nei mercati online la valutazione della dominanza assume tratti peculiari:

- la presenza di forti economie di scala, dato che i costi marginali di produzione dei servizi digitali restano bassi;

- le esternalità di rete, in quanto la convenienza all'utilizzo di un determinato servizio digitale aumenta in funzione del numero di utenti che già ne fruiscono, rafforzando la posizione degli incumbent e rendendo difficile la migrazione degli utenti verso nuovi operatori;

- il ruolo centrale dei dati, che costituiscono la risorsa competitiva principale e permettono alle grandi piattaforme di estendere la propria influenza in settori contigui.¹³¹

Queste caratteristiche, evidenziate nel Report "Competition policy for the digital era" (2019), hanno accresciuto i rischi di comportamenti escludenti da parte delle grandi piattaforme e, non a caso, negli ultimi anni Commissione europea e autorità nazionali, tra cui l'AGCM, hanno avviato numerosi procedimenti per abuso di posizione dominante nei confronti dei principali giganti del web.

3.1.8 Posizione dominante collettiva e oligopolio

L'art. 102 TFUE e l'art. 3 della legge n. 287/1990 stabiliscono che l'abuso di posizione dominante possa essere posto in essere da "una o più imprese" e da ciò deriva la nozione di posizione dominante collettiva, che si configura quando più imprese si presentano sul mercato come se fossero un'unica entità economica, assumendo comportamenti che producono effetti equivalenti a quelli di una dominanza individuale.

¹³⁰ Ibidem

¹³¹ Ibidem

Questa normativa non si limita a regolare le condotte infragruppo, ma trova applicazione soprattutto nei mercati oligopolistici, caratterizzati dalla presenza di poche imprese con quote di mercato consistenti e tra loro simili. In tali contesti, le imprese possono facilmente ridurre l'intensità della concorrenza adottando condotte parallele che, pur in assenza di accordi espliciti, finiscono per avere effetti anticoncorrenziali. Il fenomeno è particolarmente evidente nei mercati duopolistici, dove due soli operatori possono coordinarsi tacitamente senza farsi concorrenza e quindi senza compromettere la redditività complessiva.

La figura della posizione dominante collettiva ha quindi rappresentato per le Autorità antitrust uno strumento utile al fine di intervenire anche nei mercati oligopolistici, consentendo di colpire pratiche anticoncorrenziali poste in essere da più imprese che, nonostante fossero giuridicamente distinte e autonome sul mercato, si presentavano, nei confronti dei competitors e dei consumatori, come "un'entità monopolistica compatta" (M. LIBERTINI – Diritto della concorrenza dell'Unione Europea, 2014, Giuffrè Editore, cit. pag.294.) non rientrando quindi nella nozione di intesa.

Secondo la giurisprudenza due o più imprese detengono una posizione dominante collettiva se:

- a) posseggono quote di mercato elevate e molto simili tra loro;
- b) sono in grado di conoscere e monitorare facilmente i prezzi e le altre condizioni praticati dai concorrenti;
- c) tendono a coordinarsi stabilmente anche per la presenza di meccanismi sanzionatori in grado di colpire le imprese che non si adeguano;
- d) i clienti e i concorrenti non possono sottrarsi, nel breve periodo, al meccanismo abusivo.¹³²

Questi elementi trovano terreno fertile soprattutto nei mercati caratterizzati da un alto grado di trasparenza, che consente non solo di conoscere le condizioni applicate dagli altri operatori, ma anche di controllare eventuali deviazioni e reagire con misure di ritorsione. Al contrario, nei settori in cui prevale l'innovazione o in cui le condizioni contrattuali non sono pubbliche, risulta più difficile per le imprese coordinarsi come un unico soggetto economico.

¹³² FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, Diritto Antitrust, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 3 capitolo 4.

3.2 Lo sfruttamento abusivo della posizione dominante: profili generali

L'art. 102 TFUE e l'art. 3 della legge n. 287/1990 non forniscono una definizione esplicita di "abuso" di posizione dominante, né stabiliscono criteri netti per distinguere l'esercizio legittimo del potere di mercato dal suo impiego illecito. Le norme individuano però quattro diverse condotte che, se poste in essere da un'impresa in posizione dominante, costituiscono un abuso di posizione dominante.

Le condotte elencate però non hanno carattere esaustivo e ciò consente alle Autorità antitrust di reprimere anche condotte non espressamente menzionate, purché tali comportamenti siano idonei a ridurre in maniera significativa il grado di concorrenza sul mercato. In base agli effetti o alle condotte poste in essere dalle imprese in posizione dominante è possibile distinguere tra: a) pratiche di sfruttamento, b) pratiche escludenti, c) pratiche discriminatorie e d) pratiche leganti.¹³³

"Gli abusi di sfruttamento consistono nell'utilizzo del potere di mercato per massimizzare i profitti a danno dei clienti o fornitori mediante l'imposizione di prezzi e altre condizioni commerciali inique. Tale tipologia di abusi è meno ricorrente nella casistica europea. Ancor più radicalmente, il diritto antitrust statunitense non la conosce proprio, ma considera pienamente lecite le condotte volte a massimizzare i profitti ricavabili dalla posizione dominante, fintantoché le stesse non intaccano la struttura concorrenziale del mercato. Uno dei motivi della scarsa frequenza con la quale questo genere di abusi è fatto oggetto delle attenzioni delle autorità europee di concorrenza risiede nelle difficoltà interpretative e applicative di parametri sfuggenti quali l'equità e la gravosità ingiustificata. Di fatto, questa tipologia di abuso richiede alle autorità antitrust di definire il giusto prezzo o le condizioni commerciali eque per tutelare i consumatori da fallimenti del mercato."¹³⁴

Gli abusi escludenti, invece, vengono attuati da parte delle imprese in posizione dominante al fine di accrescere il proprio potere di mercato impedendo o ostacolando l'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato nel quale quindi hanno lo scopo di creare un monopolio e quindi rappresentano la fattispecie più pericolosa. È importante evidenziare che non è necessario dimostrare che i concorrenti siano effettivamente espulsi dal mercato ma è sufficiente provare

¹³³ Art. 102 TFUE; Art. 3 Legge n. 287/1990

¹³⁴ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 379.

che l'impresa dominante abbia reso più difficile o meno efficace la loro capacità di competere. Spesso, infatti, l'effetto preclusivo si realizza anche solo inducendo i rivali ad adeguarsi ai prezzi o alle condizioni imposte dal leader di mercato, limitandone le possibilità di crescita e consolidando così la propria supremazia.

La normativa in materia non è diretta a garantire una tutela immediata dei singoli concorrenti, bensì a preservare la corretta concorrenza del mercato. La protezione dei concorrenti è quindi giustificata soltanto se la loro permanenza è necessaria per mantenere la struttura concorrenziale del settore. Alla luce di queste informazioni, non si configura abuso qualora venga escluso un concorrente meno efficiente in termini di prezzo, qualità o innovazione rispetto all'impresa dominante, poiché in tal caso la dinamica competitiva risulta comunque preservata a vantaggio dei consumatori.

Il divieto di pratiche discriminatorie per le imprese che detengono una posizione dominante trova il suo fondamento nell'art. 2597 c.c. Tale disposizione stabilisce che l'impresa che si trovi in una condizione di monopolio legale o di fatto è tenuta ad offrire le proprie prestazioni a chiunque ne faccia richiesta, nel rispetto del principio di parità di trattamento. La norma, dunque, introduce un obbligo di imparzialità contrattuale a carico del monopolista, il quale non può selezionare i propri contraenti in base a ciò che potrebbe giovargli né praticare condizioni differenziate senza una giustificazione oggettiva.¹³⁵

Il diritto antitrust moderno amplia notevolmente la portata di tale principio, estendendolo a tutte le imprese che, pur non essendo titolari di un monopolio legale o di fatto, detengono una posizione dominante sul mercato. In questo contesto, qualsiasi comportamento volto a discriminare determinati operatori economici viene qualificato come abuso e sanzionato dalle autorità competenti. Ciò perché la discriminazione, oltre a ledere il principio di uguaglianza contrattuale, altera le dinamiche concorrenziali e produce effetti distorsivi sul del mercato.

Infine vi sono le pratiche leganti (tying e bundling), che comprendono una serie di comportamenti con il medesimo obiettivo ossia sfruttare la propria posizione di forza per vincolare consumatori, distributori o fornitori a condizioni contrattuali tali da creare una situazione di dipendenza economica. L'impresa dominante, in questo modo, consolida la propria posizione e al contempo ostacola l'accesso o lo sviluppo di concorrenti, rafforzando di conseguenza il proprio potere di mercato.

La distinzione tra diverse tipologie di abuso (sfruttamento, esclusione, discriminazione, pratiche leganti) ha un valore prevalentemente teorico e serve come linea guida per le autorità

¹³⁵ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 7 capitolo 4.

e per i giudici poiché, nel concreto, una medesima condotta può assumere diverse qualificazioni a seconda della prospettiva adottata e degli effetti prodotti sul mercato. Ciò nonostante, è utile una trattazione schematica delle diverse fattispecie, che verranno trattate nei paragrafi successivi.

3.2.1 Le Pratiche di Sfruttamento (art. 102, lett. a) TFUE

Art. 102 TFUE: “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.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;”

Art. 3, l. n. 287/1990: “È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

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

Le pratiche di sfruttamento riguardano gli abusi tramite i quali l'impresa dominante cerca di realizzare extraprofiti innalzando i prezzi oltre il livello che si formerebbe in un mercato concorrenziale, appropriandosi così della cosiddetta “rendita del monopolista” mantenendo però invariata la produzione. Attraverso tale condotta non solo vengono danneggiati i concorrenti ma anche i consumatori, costretti a sopportare un aggravio ingiustificato nei costi senza alcun corrispettivo in termini di qualità o innovazione.

Come precedentemente affermato, all'impresa in esame non è vietato competere, anche in modo aggressivo, nei confronti dei concorrenti e dei nuovi entranti, né la disciplina in esame mira a difendere la permanenza degli agenti economici più deboli sul mercato. L'obiettivo è invece preservare la concorrenza e di conseguenza è possibile che vengano espulsi dal mercato dei concorrenti poco efficienti e poco attraenti per i consumatori. Inoltre non è necessario, ai fini della configurazione dell'abuso, dimostrare che i concorrenti siano stati espulsi dal mercato, poiché la condotta abusiva può consistere anche solo “nell'impedire al concorrente di

competere in modo deciso [...] inducendolo ad allinearsi ai prezzi dell'impresa dominante".¹³⁶ Quindi la fissazione di prezzi eccessivi costituisce un abuso nei casi in cui l'impresa dominante trae dalla sua posizione vantaggi commerciali che non sarebbe riuscita a procurarsi in un contesto di normale concorrenza.

Nella prassi giurisprudenziale rare sono state le occasioni in cui tale fattispecie è stata applicata poiché ai fini dell'accertamento dell'abuso, è necessaria l'individuazione del metro di valutazione in base al quale qualificare un prezzo come "non equo" o "ingiustificatamente gravoso".

Le possibili soluzioni si riducono essenzialmente a due: o qualificare come iniquo qualsiasi prezzo, imposto da un'impresa in posizione dominante, che risulti superiore a quello ipoteticamente praticabile in un contesto di piena concorrenza; oppure attribuire alle autorità antitrust un compito al di fuori delle loro competenze, consistente nella fissazione di tariffe o listini di riferimento, con il rischio però di provocare un utilizzo improprio del diritto antitrust. Proprio tali lacune metodologiche hanno determinato una scarsa applicazione di questa tipologia di abuso.

"Nell'esperienza giurisprudenziale della Corte sono stati elaborati diversi criteri per l'accertamento dell'eventuale carattere eccessivo di un prezzo. Secondo l'orientamento espresso nel caso *United Brands*, l'illiceità della condotta sta nel "praticare un prezzo eccessivo, privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita". Il parametro di valutazione dovrebbe essere improntato, quindi, a verificare la corrispondenza fra il valore reale del bene o servizio e il presunto prezzo eccessivo richiesto. Il valore di riferimento dovrebbe riflettere i costi di produzione sostenuti dall'impresa per realizzare il bene o rendere il servizio, la cui valutazione richiede un'analisi economica dell'impresa. Dunque, nell'esame del caso concreto, occorre prima appurare se vi sia una differenza eccessiva tra il costo effettivamente sostenuto e il prezzo effettivamente applicato e, in caso affermativo, valutare se sia stato imposto un prezzo non equo, in assoluto o confrontandolo con quello dei prodotti concorrenti. Solo qualora dovesse risultare, a seguito della predetta indagine, che l'impresa dominante ha applicato ai propri clienti prezzi "sproporzionati" o "esorbitanti", la suddetta condotta integrerebbe una violazione della disciplina in commento."¹³⁷

"In altri casi, la Corte ha fatto ricorso ad altri parametri di raffronto. In alcuni casi ha effettuato un confronto tra il prezzo praticato per il prodotto in questione da parte dell'impresa

¹³⁶ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 390.

¹³⁷ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 391

dominante e i prezzi praticati nello stesso mercato da imprese non dominanti (confronto tra concorrenti), in altri il confronto era tra i prezzi praticati dalla stessa impresa in posizione dominante in diversi periodi (confronto nel tempo), in altri ancora si è fatto riferimento ai prezzi praticati in altri mercati geografici (confronto geografico). [...] La Corte di Giustizia ha ribadito che sussiste un certo margine di discrezionalità circa il metodo da seguire per determinare se un prezzo è eccessivo, in quanto l'idoneità di un metodo rispetto ad un altro dipende dalle caratteristiche specifiche di ciascun caso. Pertanto, al fine di evitare, e comunque minimizzare, il rischio di errori, le Autorità garanti dovrebbero cercare di esaminare il caso mediante la combinazione di vari metodi. Nei casi in cui già solo un metodo di determinazione dell'eccessività di un prezzo sia disponibile o idoneo, le Autorità garanti dovrebbero comunque considerare anche altri indicatori che possano avvalorare, o mettere in dubbio, il risultato di tale metodo. Inoltre, con riferimento alle circostanze in cui una differenza di prezzo possa essere considerata eccessiva, ha sottolineato che un prezzo può essere qualificato come eccessivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE soltanto qualora vengano soddisfatte due condizioni: che esso sia significativamente e persistentemente superiore al prezzo di riferimento.”¹³⁸

“Con riguardo all'equità o meno del prezzo imposto, ha osservato che il fatto che vi sia una differenza, persino sostanziale, tra il prezzo di riferimento e il prezzo effettivo non è sufficiente affinché quel prezzo possa considerarsi automaticamente iniquo ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Pertanto, il giudizio di iniquità dovrebbe concentrarsi sul comportamento dell'impresa dominante e sui motivi economici della sua politica dei prezzi.”¹³⁹

“In Italia, in un primo momento, l'ingiustificata gravosità dei prezzi è stata valutata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulla base di parametri in parte diversi. In un risalente caso che vedeva attenzionata la condotta della SIAE (Società Italiana Autori ed Editori) – che era solita ripartire i proventi fra gli aventi diritto in maniera non sempre corrispondente all'effettiva esecuzione delle opere protette dal diritto d'autore – l'AGCM ha attribuito valore solo indiziario alla seppur consistente sproporzione esistente fra le tariffe praticate dall'ente e quelle praticate dalle analoghe società di autori europee, assumendo a fondamento dell'ingiustificata gravosità dei prezzi essenzialmente le modalità arbitrarie attraverso le quali la SIAE definiva i corrispettivi. Più di recente, l'AGCM nel caso ASPEN ha accertato che l'irragionevole sproporzione tra prezzi e costi risultava indicativa di prezzi iniqui anche alla luce di diversi fattori, di contesto e comportamentali, quali: il confronto intertemporale dei prezzi, l'assenza di giustificazioni economiche per l'aumento, l'assenza di qualsiasi beneficio di

¹³⁸ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 391 e 392.

¹³⁹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 392 e 393.

carattere extraeconomico per i pazienti, la natura dei farmaci, le caratteristiche del gruppo Aspen e il danno arrecato al Servizio Sanitario Nazionale. Sulla scorta di tali valutazioni ha imposto all'impresa farmaceutica una sanzione di circa 5 milioni di euro per aver fissato prezzi iniqui con rincari fino al 1.500% per farmaci antitumorali salvavita ed insostituibili, violando l'articolo 102 TFUE.”¹⁴⁰

“Quanto agli abusi di sfruttamento che si concretizzano nell'imposizione di “altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose” la casistica si presenta, comprensibilmente, abbastanza eterogenea. Tratto comune degli abusi di sfruttamento contemplati nella disposizione – sebbene non a questi esclusivo (potendo integrare anche la fattispecie di abuso escludente) – appare senz'altro la dimensione verticale in cui si compiono, posto il richiamo al rapporto negoziale, tenuto conto che, in tali casi, la dominante ricopre già una posizione di egemonia economica che le consente comportarsi come un monopolista, agendo in modo del tutto indipendente ed incurante delle reazioni dei concorrenti e dei consumatori. La politica attuata, infatti, impattando negativamente sulla concorrenza, è suscettibile di determinare, su un orizzonte di tempo più ampio, un pregiudizio per i consumatori. In virtù della natura verticale che caratterizza tali abusi, la quasi totalità degli stessi è riconducibile a condizioni contrattuali inique, il che lascia poco margine all'atipicità delle condotte.”¹⁴¹

3.2.2 Le pratiche escludenti (art. 102, lett. b), TFUE

Art. 102 TFUE: “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.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;

Art. 3, l. n. 287/1990: “È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

¹⁴⁰ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 393.

¹⁴¹ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 393 e 394.

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o l'accesso al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

Le pratiche escludenti poste in essere dall'impresa in posizione dominante hanno come effetto quello di precludere l'accesso di nuovi concorrenti nel mercato rilevante o di ostacolare lo sviluppo di agenti economici già attivi in quel mercato o in mercati collegati o dipendenti da quello in cui essa esercita la propria forza economica. Anche i consumatori subiscono un danno che però non è immediato in termini di prezzo, ma consiste principalmente nella riduzione delle alternative disponibili, poiché l'esclusione (o il mancato ingresso) dei concorrenti limita la possibilità di scelta.

È tuttavia riconosciuto all'impresa in posizione dominante la possibilità di provare che la propria condotta, pur determinando un danno ai concorrenti, sia giustificata da ragioni economiche e tecniche o generi efficienze economiche. Tali efficienze possono tradursi, ad esempio, in un miglioramento qualitativo dei prodotti, in una riduzione dei costi di produzione o distribuzione, oppure nella necessità di tutelare la sicurezza delle transazioni (si pensi al caso in cui alcuni operatori vengano esclusi dai circuiti di pagamento perché privi dei requisiti di affidabilità tecnica).¹⁴²

Come sottolineato anche dalla Commissione europea nella Comunicazione 2009/C 45/02, la valutazione delle giustificazioni addotte dall'impresa deve fondarsi su prove concrete e verificabili, idonee a dimostrare con un sufficiente grado di probabilità che la condotta contestata produca effettivi vantaggi in termini di efficienza o che sia indispensabile per motivi oggettivi. In presenza di tali elementi, l'effetto preclusivo non può considerarsi abusivo, con la conseguenza che la condotta in esame non ricade nell'ambito delle pratiche vietate.

L'applicazione di questi principi ha consentito, sia alle autorità nazionali che a quelle europee, di ricondurre nella categoria delle pratiche escludenti diverse tipologie di comportamento poste in essere da imprese dominanti, riconoscendone la natura abusiva ogniqualvolta l'effetto di preclusione non fosse accompagnato da una giustificazione economica o tecnica adeguata.

3.2.2.1 Le linee guida della Commissione sugli abusi escludenti

La Commissione europea, con la Comunicazione 2009/C 45/02 (poi aggiornata nel 2023), ha cercato di fornire un quadro di riferimento utile a distinguere le condotte concorrenziali legittime da quelle che, invece, integrano un abuso di posizione dominante. Questo documento,

¹⁴² Comunicazione 2009/C 45/02

elaborato dopo una fase di consultazione pubblica avviata nel 2005, segna il passaggio verso un'impostazione di tipo economico nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, in linea con quanto già avvenuto in materia di intese e concentrazioni.

La logica sottesa alle linee guida si articola in due passaggi fondamentali: innanzitutto le condotte delle imprese dominanti devono essere analizzate con strumenti economici, come il test "del concorrente altrettanto efficiente" (as efficient competitor test), che permette di valutare se l'azione in questione produca un reale pregiudizio alla struttura competitiva del mercato. In secondo luogo, la Commissione riconosce all'impresa la possibilità di far valere una efficiency defense, ossia la giustificazione del comportamento sulla base di benefici concreti in termini di efficienza (miglioramenti tecnici, riduzione dei costi, innovazione) che ricadano effettivamente sui consumatori. Spetterà inoltre sempre all'impresa in esame dimostrare che il comportamento sia indispensabile, proporzionato e non elimini del tutto o in misura rilevante la concorrenza.

La Commissione ribadisce, infatti, che la concorrenza tra imprese è condizione necessaria per stimolare efficienza e innovazione: un comportamento escludente che avvicini l'impresa dominante a una situazione monopolistica non può essere giustificato dal solo conseguimento di efficienze, poiché queste non sarebbero in grado di compensare la perdita di rivalità sul mercato.

Con l'aggiornamento del marzo 2023 (Comunicazione 2023/C 116/01), le linee guida sono state adeguate sia alle più recenti pronunce giurisprudenziali, sia alle nuove criticità dei mercati digitali. Le modifiche più significative riguardano: l'introduzione del concetto di "preclusione anticoncorrenziale" che si riferisce "non solo ai casi in cui il comportamento dell'impresa dominante può portare alla totale eliminazione o alla marginalizzazione della concorrenza, ma anche ai casi in cui esso può produrre l'effetto di indebolirla, inficiando quindi la struttura concorrenziale del mercato a vantaggio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori"¹⁴³ e il ridimensionamento del ruolo del test dell'"altrettanto efficiente concorrente", riconoscendosi che, in talune circostanze, anche operatori meno efficienti possono esercitare un ruolo competitivo degno di tutela.

3.2.2.2 I prezzi predatori

¹⁴³ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 4.1 capitolo 4.

Le politiche di prezzo adottate da un'impresa dominante possono risultare illecite non solo perché generano condizioni contrattuali "ingiustificatamente gravose" per i clienti, ma anche perché potrebbero assumere tratti predatori (il c.d. predatory pricing). L'applicazione di prezzi predatori è forse la condotta principalmente ricollegata alla fattispecie in esame, seppur riconducibile, in alcuni casi, alle pratiche di sfruttamento, dato il riferimento ai c.d. prezzi "iniqui".¹⁴⁴ In questa categoria rientra, ad esempio, la vendita sottocosto, utilizzata dall'impresa dominante con l'obiettivo di estromettere dal mercato concorrenti incapaci di sostenere una competizione di lungo periodo sul piano dei prezzi.

Tuttavia non è sempre semplice distinguere un comportamento abusivo da una pratica commerciale legittima poiché, ad esempio, una riduzione di prezzo potrebbe essere giustificata da ragioni di efficienza produttiva o da iniziative occasionali e non sul lungo periodo, come campagne promozionali o vendite di fine stock, che non sono necessariamente espressione di una strategia escludente.

Dal punto di vista della giurisprudenza, la condotta diventa abusiva quando l'impresa applica prezzi inferiori al proprio costo marginale da essa sostenuto per produrre il bene o fornire il servizio poiché, in tali ipotesi, è evidente che l'unico obiettivo perseguito non è competere in efficienza, ma estromettere i rivali per poi aumentare nuovamente i prezzi una volta ottenuta una posizione monopolistica.

Si discute invece se sia vietato anche il prezzo che, pur essendo superiore alla soglia appena indicata, rimanga comunque al di sotto del c.d. "costo variabile medio" (costi che variano in funzione dei quantitativi prodotti) perché essa sopporta una perdita e, pertanto, si può concludere che l'unico interesse perseguito dall'impresa sia quello di eliminare i propri concorrenti, in modo da poter poi rialzare i prezzi approfittando della successiva situazione di monopolio.

Al contrario, quando l'impresa pratica prezzi inferiori alla media dei costi totali (che comprendono i costi fissi e quelli variabili), ma superiori alla media dei costi variabili, è riscontrabile un abuso solo se sussistono ulteriori elementi volti a dimostrare l'esistenza di un piano per escludere i concorrenti.

Per fare maggiore chiarezza, la Commissione europea, con la Comunicazione del 2009, ha introdotto due parametri economici più "evoluti": "il costo evitabile medio (CEM) e il costo incrementale medio di lungo periodo (CIMLP).¹⁴⁵ Il primo (CEM) è costituito dalla media dei costi che l'impresa avrebbe potuto evitare qualora non avesse aumentato la propria produzione

¹⁴⁴ A. VANZETTI, V. DI CATALDO – Manuale di diritto industriale, 2012, Giuffrè Editore.

¹⁴⁵ Comunicazione 2009/C 45/02

per porre in essere il comportamento presumibilmente abusivo: pertanto, generalmente il costo evitabile medio è pari al costo variabile medio. Il secondo parametro (CIMLP) rappresenta la media di tutti i costi fissi e variabili che un'impresa sostiene per una tipologia di prodotto: esso è uguale al costo totale medio, se l'impresa produce un unico prodotto. Altrimenti, se l'impresa ha un'economia di diversificazione, il CIMLP sarà inferiore al costo totale medio per ogni singolo prodotto.

Applicando tali parametri, se l'offerta dell'impresa in posizione dominante non copre il CEM, il prezzo può considerarsi predatorio perché un concorrente altrettanto efficiente, praticando lo stesso livello di prezzi, sarebbe costretto a rinunciare ai profitti nel breve termine e a subire addirittura delle perdite. Se l'impresa in posizione dominante decide deliberatamente di sopportare costi che avrebbe potuto evitare (tale situazione è etichettata dalla Commissione con il termine evocativo di "sacrificio"), è probabile che essa si prefigga di ostacolare i concorrenti al fine di estrometterli definitivamente dal mercato.

Qualora, invece, il prezzo dell'impresa in posizione dominante sia superiore al CEM, ma inferiore al CIMLP, l'effetto preclusivo è (comunque) possibile, ma la valutazione dovrà essere integrata considerando altre prove, quali ad esempio un periodo di tempo sufficiente, un progetto particolareggiato per escludere un concorrente o minacce concrete di un'azione volta all'esclusione.”¹⁴⁶

Un ulteriore elemento rilevante riguarda le motivazioni e le risorse con cui l'impresa sostiene la politica di prezzi bassi. In particolare, il ricorso ai sussidi incrociati, ossia il bilanciamento delle perdite sul mercato collegato mediante gli extra-profitti ottenuti dall'impresa dominante sul mercato principale, è stato considerato come un ulteriore volontà di monopolizzare il mercato, e come tale configurato come abuso.

Il prezzo predatorio, dunque, si differenzia dal prezzo “non equo” o “ingiustificatamente gravoso” perché mentre questi ultimi gravano subito sui consumatori ma incentivano l'ingresso di nuovi operatori, la strategia predatoria porta a vantaggi di breve periodo (prezzi più bassi), che però si traducono nel tempo in un indebolimento della concorrenza, minori possibilità di scelta per i consumatori e, infine, in un rialzo dei prezzi.

Proprio tale differenza consente di evidenziare una divergenza di approccio tra gli Stati Uniti e l'Europa: nel sistema americano, infatti, per poter far configurare il predatory pricing occorre dimostrare non solo la vendita sottocosto, ma anche la fase successiva di “recoupment”, ossia l'aggravio dei prezzi attraverso cui l'impresa tenta di recuperare le perdite dopo aver eliminato

¹⁴⁶ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 5.1 capitolo 4.

i concorrenti. Al contrario, le autorità europee non richiedono il “recoupment” come elemento costitutivo dell’abuso, pur considerandolo un fattore aggravante ai fini sanzionatori.

Infine, va ricordato che il danno principale ricade sui concorrenti dell’impresa dominante, la cui esclusione dal mercato riduce la concorrenza. Non a caso, tali condotte erano già considerate illecite in Italia prima della legge n. 287/1990, poiché contrarie ai principi di correttezza professionale e, quindi, qualificabili come pratiche di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c.

3.2.2.3 La compressione dei margini dei concorrenti (margin squeeze)

Un’ulteriore tipologia di abuso riconducibile alle pratiche escludenti è la compressione dei margini (margin squeeze), fenomeno che si manifesta nei mercati verticalmente integrati. Tale condotta si verifica quando un’impresa dominante posta nella mercato a monte (poiché ad esempio detentrica di un input essenziale non duplicabile dagli altri agenti economici) impone condizioni economiche che i concorrenti attivi a valle non sono in grado di replicare.

Più precisamente, la strategia si sviluppa attraverso due fasi: innanzitutto, l’impresa dominante applica prezzi particolarmente elevati per la fornitura dell’input agli operatori concorrenti; in secondo luogo, tramite le proprie divisioni commerciali che operano sul mercato a valle incaricate di fornire il prodotto o il servizio agli utenti finali, pratica prezzi di vendita al dettaglio o condizioni particolarmente vantaggiose. Ne deriva che i concorrenti a valle, pur essendo efficienti quanto l’impresa dominante, non riescono a mantenere margini di rivendita adeguati senza incorrere in perdite, con il rischio di essere progressivamente esclusi dal mercato.

L’effetto escludente di questa pratica non si limita ad ostacolare l’accesso dei rivali al mercato a valle, ma può anche arrecare danno ai consumatori nel medio periodo a causa della riduzione delle alternative disponibili e del rafforzamento della posizione dominante che finiscono per limitare la concorrenza basata sui meriti.

Per valutare se sussista un abuso, si ricorre al parametro del costo incrementale medio di lungo periodo (CIMLP) relativo al mercato a valle. Qualora un concorrente altrettanto efficiente non sia in grado di replicare quei costi, il prezzo praticato dall’operatore in posizione dominante costituisce abuso. Il criterio dell’“as efficient competitor”, accolto sia dalla giurisprudenza europea che dalla Commissione, serve proprio a verificare se le condizioni imposte dall’impresa dominante comportino il rischio di estromettere operatori altrettanto efficienti,

basandosi unicamente sull'analisi dei costi e delle tariffe della stessa impresa dominante, senza considerare le peculiarità dei singoli concorrenti.

L'analisi, peraltro, non può prescindere dal contesto di riferimento e deve dimostrare che la pratica produca effetti anticoncorrenziali (anche solo potenziali) sul mercato a valle, nonché l'assenza di valide giustificazioni economiche. Inoltre, la Corte di giustizia ha chiarito che, per accertare l'abuso, non assume rilievo né l'assenza di obblighi regolatori in capo all'impresa dominante né la circostanza che quest'ultima non sia in grado di recuperare eventuali perdite derivanti da tale strategia.

3.2.2.4 Il rifiuto ingiustificato di contrarre

“Una delle più comuni forme di abuso di posizione dominante, ritenuta altresì esemplificativa della natura stessa della speciale responsabilità”¹⁴⁷ è posta in essere da un'impresa in posizione dominante quando essa rifiuta, senza motivazioni oggettivamente valide, di fornire un proprio prodotto ad un concorrente, attuale o potenziale, indispensabile per poter competere nel mercato a valle. L'abuso non si configura soltanto tramite l'esplicito divieto di fornire tale prodotto, ma anche quando l'impresa impone condizioni di approvvigionamento che, di fatto, risultano inaccettabili come ad esempio prezzi eccessivi o clausole discriminatorie. “La rilevanza ai fini antitrust riguarda, in particolare, le imprese verticalmente integrate detentrici di infrastrutture essenziali (essential facilities), quali beni o servizi il cui accesso è indispensabile per le imprese operanti nel medesimo mercato ed in concorrenza con l'impresa dominante”.^{148 149} La Commissione europea ha qualificato queste situazioni come casi di “rifiuto costruttivo”, anch'essi idonei a configurare un comportamento abusivo.

Un esempio tipico di tale pratica si riscontra quando un'impresa dominante nel mercato delle materie prime o dei beni intermedi nega la fornitura di tali beni, indispensabili per la produzione di beni derivati. La giurisprudenza ha chiarito che il rifiuto non può trovare giustificazione nel fatto che l'impresa dominante intenda riservarsi la produzione del bene finale, appropriandosi così integralmente dell'approvvigionamento dell'input necessario. Una

¹⁴⁷ S. BASTIANON – L'Abuso di posizione dominante, 2001, Giuffrè Editore

¹⁴⁸ D. DURANTE, G. MOGLIA, A. NICITA – “mercato, concorrenza e regole”, articolo 2/2001, il mulino.

¹⁴⁹ A. CATRICALA, C.E. CAZZATO, F. FIMMANO' ; diritto antitrust, 2021, lefebvre, giuffrè, p. 404.

condotta di questo tipo, infatti, comporterebbe l'eliminazione delle imprese concorrenti attive nel mercato a valle.¹⁵⁰

Nell'ambito di tale fattispecie la giurisprudenza ha sviluppato un principio noto come "essential facility doctrine"¹⁵¹ secondo cui un'impresa che detiene il controllo di un'infrastruttura considerata imprescindibile per competere nei mercati a valle ha l'obbligo di concederne l'uso ai concorrenti che ne facciano richiesta, a condizioni eque e non discriminatorie.

L'applicazione della dottrina, secondo la giurisprudenza dell'Unione Europea, è subordinata alla presenza di alcuni requisiti fondamentali:

- l'infrastruttura deve essere indispensabile per svolgere un'attività economica nel mercato a valle;
- l'infrastruttura non deve essere realisticamente replicabile dai concorrenti;
- l'impresa titolare deve aver negato l'accesso o averlo concesso a condizioni inique o discriminatorie;
- il rifiuto non ha alcuna giustificazione economica o tecnica¹⁵²

In origine la essential facility doctrine è stata elaborata in relazione a infrastrutture materiali, come porti, ferrovie o reti energetiche e di telecomunicazione. Per questo, il suo ambito naturale di applicazione è stato quello dei mercati liberalizzati, nei quali reti o infrastrutture nate grazie a investimenti pubblici sono state affidate a imprese ex monopoliste. Nei casi in cui tali operatori non siano subordinati ad obblighi di accesso di natura regolamentare, il diritto antitrust svolge una funzione suppletiva, assicurando ai nuovi entranti l'accesso e prevenendo condotte escludenti da parte dell'incumbent.

Con il tempo, tale concetto è stato esteso anche a beni immateriali, quali brevetti, marchi e diritti d'autore ma la Corte di Giustizia ha ridimensionato questa lettura, evidenziando i rischi di un'applicazione troppo ampia: da un lato infatti verrebbe limitato in modo eccessivo il diritto dell'impresa dominante di scegliere le proprie controparti contrattuali; dall'altro si correrebbe il pericolo di scoraggiare gli investimenti volti alla creazione o al miglioramento delle infrastrutture.

¹⁵⁰ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 6.1 capitolo 4.

¹⁵¹ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 6.2 capitolo 4.

¹⁵² Ibidem

La Corte ha inoltre stabilito che per valutare se un'infrastruttura è "essenziale" non basta dimostrare che la creazione di un sistema alternativo sia economicamente onerosa per l'impresa richiedente, ma occorre verificare se, in termini oggettivi, la realizzazione di un'alternativa sia antieconomica per qualsiasi operatore che intenda entrare nel mercato. Quindi solo laddove la duplicazione dell'infrastruttura risulti impossibile o eccessivamente gravosa per motivi normativi, economici o tecnici, il diniego di accesso può configurarsi come abuso di posizione dominante. La nozione di non replicabilità, dunque, non implica un'impossibilità assoluta, ma deve essere esaminata alla luce degli investimenti richiesti, dei tempi necessari e di eventuali vincoli economici o normativi.

3.2.2.5 Gli sconti

Le politiche scontistiche vengono adoperate dalle imprese per ottenere un maggior numero di vendite e la fidelizzazione dei clienti e teoricamente realizzano un beneficio per tutte le parti contrattuali. Per lo stesso principio esplicitato riguardo alle precedenti condotte, anche gli sconti, se posti in essere da un'impresa in posizione dominante, possono configurare un abuso se atti ad estromettere i concorrenti dal mercato.

La valutazione degli sconti è però più complessa delle altre fattispecie poiché possono comportare differenti effetti ed integrare quindi una condotta pluri-offensiva. Quindi, a seconda della modalità con cui vengono offerti e a seconda delle condizioni del mercato di riferimento, possono rientrare non solo tra le pratiche escludenti di cui alla lettera b), ma anche tra le pratiche leganti di cui alla lettera d) o tra le ipotesi di cui alla lettera c), qualora l'effetto anticoncorrenziale prevalente sia quello discriminatorio.¹⁵³

Il carattere legante delle pratiche scontistiche verrà trattato nei paragrafi successivi, in questa sede è sufficiente specificare che, la giurisprudenza europea ha stabilito che, se un'impresa si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare taluni acquirenti attraverso l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tanto se l'obbligo in questione ha come contropartita la concessione di sconti.

Lo stesso vale se tale impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica un sistema di sconti di fedeltà, cioè riduzioni subordinate del prezzo alla condizione che il cliente,

¹⁵³ FRANCESCO FIMMANO'; ANTONIO CATRICALA'; CARLO EDOARDO CAZZATO, *Diritto Antitrust*, Lefebvre Giuffrè, 2021, p. 399.

indipendentemente dal volume degli acquisti, si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante.

Naturalmente, anche in questo caso, se l'impresa in posizione dominante dovesse provare che il suo comportamento non ha causato né la restrizione della concorrenza e né l'esclusione dei concorrenti dal mercato non configurerebbe un abuso.

3.2.3 Le pratiche discriminanti (art. 102, lett. c), TFUE)

Art. 102 TFUE: "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.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;"

Art. 3, l. n. 287/1990: "1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

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

Queste disposizioni, e nello specifico quella della legge nazionale 287/1990, rappresentano un'evoluzione del principio già sancito dall'art. 2597 c.c., che obbligava il monopolista a garantire parità di trattamento a chiunque utilizzasse i suoi servizi. A differenza della norma codicistica, tuttavia, tali disposizioni si applicano non solo alle imprese che operano in monopolio legale o di fatto, ma più in generale a qualunque soggetto detenga una posizione dominante sul mercato.

Inoltre tali norme estendono il principio di non discriminazione anche alle relazioni contrattuali con fornitori, distributori e altri concorrenti che non si riferisce quindi solo ai clienti finali. Esse richiedono che la disparità di trattamento produca conseguenze idonee a falsare il gioco della concorrenza poiché l'obiettivo non è tanto quello di proteggere i consumatori dall'arbitrio del monopolista, quanto piuttosto quello di impedire che

quest'ultimo utilizzi la propria forza contrattuale per avvantaggiare selettivamente alcuni partner commerciali a scapito di altri, più vicini a sé o appartenenti allo stesso gruppo societario.

È importante sottolineare che, anche in questo caso, non si tratta di un comportamento automaticamente vietato, ma purché sia configurato un abuso, occorre dimostrare che la pratica non sia giustificabile sul piano economico o tecnico e che la sua unica finalità sia quella di creare un vantaggio ingiustificato a favore di alcuni soggetti, pregiudicandone altri.

Alla luce di quanto appena sostenuto, la Corte di Giustizia ha chiarito che, nel valutare la sussistenza di uno “svantaggio concorrenziale”, non è necessario provare un peggioramento effettivo e quantificabile della posizione dei contraenti discriminati ma è sufficiente un'analisi complessiva delle circostanze che evidenzia come la condotta dell'impresa dominante sia idonea ad incidere sui costi, sugli utili o su altri interessi rilevanti delle controparti, al punto da alterarne la posizione competitiva.

La discriminazione può manifestarsi anche in senso inverso, ossia mediante l'imposizione di condizioni contrattuali svantaggiose a determinati clienti, che finiscono per subire un danno concorrenziale. “ Emblematico, in tal senso, il caso delle pratiche di win-back, in cui l'operatore dominante nel mercato della telefonia fissa in Italia offriva condizioni più vantaggiose ai clienti dei concorrenti rispetto a quelle applicate alla propria clientela, con l'obiettivo di indurre i primi a cambiare fornitore”.¹⁵⁴

3.2.4 Le pratiche leganti (art. 102, lett. d), TFUE)

Art. 102 TFUE: “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.

Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:

d) nel 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.

¹⁵⁴ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 7 capitolo 4.

Art. 3, l. n. 287/1990: "È vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

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."

Le pratiche leganti comprendono una gamma piuttosto ampia e variegata di comportamenti, la cui caratteristica comune è quella di creare (o rafforzare) tra l'impresa in posizione dominante e i suoi contraenti (consumatori, fornitori e distributori) una situazione di "dipendenza" dalla quale questi ultimi difficilmente possono poi affrancarsi.

Le normative sopra richiamate vietano alle imprese in posizione dominante di "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".¹⁵⁵

Se interpretate in senso strettamente letterale, esse sembrerebbero affermare che l'abuso si verifichi esclusivamente nel caso in cui un'impresa vincoli la vendita di un bene all'acquisto di un prodotto del tutto estraneo e non correlato. In questo modo, rimarrebbero escluse dall'ambito applicativo tutte quelle pratiche attraverso le quali l'impresa dominante sfrutta invece proprio il collegamento tecnico, funzionale o commerciale tra due prodotti per rafforzare la propria posizione di mercato. Ugualmente non verrebbero considerate altre strategie equivalenti, come l'imposizione di sconti fedeltà o di clausole contrattuali con effetti simili.

"Si pensi al caso Microsoft, nel quale tra i comportamenti contestati alla nota software-house statunitense (la quale detiene una posizione largamente dominante nel mercato mondiale dei sistemi operativi per PC) vi era anche quello di imporre ai propri rivenditori la vendita al pubblico, insieme al programma Windows 95 e per lo stesso prezzo, di un software (Explorer) per "navigare" in Internet. Ebbene, nell'esempio richiamato, è risultato evidente come la pratica legante si fondasse proprio sul collegamento funzionale esistente tra i due programmi e fosse volta a sfruttare la posizione dominante acquisita in relazione al primo di essi anche nel diverso, ma collegato, settore del software per la navigazione in Internet."¹⁵⁶

Ai fini dell'applicazione di tale disciplina è pertanto indispensabile individuare due prodotti distinti e, conseguentemente, due mercati separati. Come per le altre pratiche vietate dal diritto

¹⁵⁵ Art. 3 Legge 287/1990

¹⁵⁶ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 8 capitolo 4.

antitrust, anche in questo caso non si è in presenza di una norma da interpretare rigidamente, ma piuttosto di un principio elastico che la giurisprudenza ha progressivamente adattato a differenti contesti. Ciò ha consentito di reprimere pratiche leganti anche in situazioni in cui il nesso tecnico-funzionale tra i beni “gemellati” risultava palese.

3.2.4.1 Il bundling fra prodotti o servizi diversi

Una prima fattispecie riconducibile alle pratiche leganti è rappresentata dal cosiddetto bundling strategia con la quale l'impresa che detiene una posizione dominante su uno o più prodotti appartenenti alla stessa gamma può sfruttare tale vantaggio proponendo politiche di prezzo che rendono economicamente più conveniente l'acquisto dell'intero pacchetto piuttosto che del singolo bene di punta. In merito a tale pratica la Commissione con la Comunicazione sugli abusi escludenti distingue il bundling in due varianti: quello puro, che si verifica quando i prodotti vengono venduti insieme in proporzioni fisse e quello misto (o sconto multiprodotto), in cui i beni restano disponibili anche separatamente, ma l'acquisto congiunto è offerto a un prezzo più vantaggioso rispetto a quello dei singoli.

Gli effetti di esclusione derivanti dal bundling puro sono più probabili, ad esempio, quando l'impresa dominante controlla più prodotti inclusi nel pacchetto o quando il pacchetto risulta difficilmente replicabile da parte dei concorrenti a causa della necessità di sostenere investimenti specifici.

Anche il bundling misto può però produrre effetti anticoncorrenziali, soprattutto nel mercato del prodotto abbinato o principale. Ciò accade quando lo sconto praticato è talmente rilevante da rendere impossibile, per concorrenti altrettanto efficienti ma specializzati solo in alcuni prodotti, competere con l'offerta aggregata dell'impresa dominante. In questi casi diventa essenziale verificare se il prezzo complessivo del pacchetto sia di natura predatoria, valutazione che deve basarsi sui criteri economici già analizzati in precedenza (CEM e CIMLP).

Le pratiche di tying e bundling assumono particolare rilevanza anche nei cosiddetti aftermarket, ossia i mercati dei beni e servizi complementari rispetto al prodotto principale (ad esempio, pezzi di ricambio o assistenza tecnica). L'impresa dominante sul bene primario può infatti sfruttare la propria posizione in un determinato mercato per consolidare e ampliare i profitti anche nei mercati accessori. La possibilità di adottare efficacemente una simile strategia dipende, tuttavia, da molteplici fattori come le caratteristiche strutturali del mercato di riferimento, il livello di concorrenza, la disponibilità di informazioni per i consumatori riguardo all'esistenza e al prezzo dei prodotti/servizi secondari.

Come accade per la vendita sottocosto, anche nelle ipotesi di tying e bundling le Autorità antitrust devono considerare non soltanto i possibili effetti escludenti, ma anche i benefici per i consumatori che possono derivare, ad esempio, da risparmi economici o dalla riduzione dei costi di transazione legati all'acquisto simultaneo di più beni. Per accertare la natura abusiva della pratica, dunque, occorre valutare la presenza di intenti anticoncorrenziali, come l'eccessiva durata dell'offerta o la presenza di switching costs che rendano difficoltoso per i clienti abbandonare l'abbinamento imposto dall'impresa dominante.

3.2.4.2 Gli sconti fidelizzanti

Come enunciato precedentemente la pratica degli sconti è stata spesso utilizzata dalle imprese in posizione dominante come strumento di agevolazione nei confronti di fornitori e distributori. Sebbene tali sistemi producano nell'immediato un beneficio per i clienti e i consumatori finali, in alcune circostanze essi possono essere strutturati in modo da perseguire una finalità escludente. Ciò avviene in particolare quando lo sconto viene condizionato alla fedeltà del cliente, disincentivandolo a intrattenere rapporti con i concorrenti e rendendo quindi più difficile il loro ingresso nel mercato.

In simili situazioni le autorità garanti sono chiamate a bilanciare due interessi contrapposti: da un lato, quello dell'impresa dominante a trasferire parte delle efficienze ai clienti sotto forma di prezzi più bassi; dall'altro, l'esigenza di preservare un contesto competitivo che favorisca una pluralità delle fonti di approvvigionamento. La valutazione di legittimità dipende dunque da alcuni aspetti come il metodo di calcolo degli sconti, la durata delle riduzioni, eventuali differenziazioni tra clienti e la loro idoneità a ostacolare l'attività dei concorrenti.

Un precedente europeo di rilievo è rappresentato dal caso Michelin I che aveva organizzato un sistema di premi in favore dei propri rivenditori commisurato alle quantità di pneumatici venduti da ciascuno di loro durante l'anno il che determinava un effetto legante in capo ad essi, senza peraltro specificare preventivamente le modalità di calcolo di tale beneficio (cosiddetta "opacità" della pratica scontistica). L'incertezza sull'entità dello sconto nonché il versamento a consuntivo degli sconti (che venivano versati da Michelin solo a fine anno, contrariamente alla prassi commerciale in uso nel settore) hanno indotto la Commissione a qualificare come fidelizzante il sistema attuato dall'impresa che deteneva una posizione dominante sul mercato.

Alla stessa categoria appartengono gli sconti che obbligano il cliente a rifornirsi in via esclusiva dall'impresa dominante o a mantenere con essa una quota minima dei propri acquisti. Tali pratiche riducono la libertà contrattuale della clientela e producono effetti di chiusura del

mercato, con un conseguente pregiudizio per i consumatori, i quali vedono ridotta la possibilità di scegliere tra prodotti alternativi. In relazione a ciò, in linea con il diritto europeo, anche l'AGCM ha chiarito che sconti o premi legati alla fedeltà devono ritenersi vietati qualora non siano proporzionati alle quantità acquistate.

Un'ulteriore tipologia rilevante è costituita dagli sconti target, concessi a condizione che l'acquirente raggiunga un determinato livello di ordini in un periodo prestabilito. Tali meccanismi, di per sé leciti, possono però diventare abusivi se applicati retroattivamente, ossia quando lo sconto viene esteso all'intero volume acquistato una volta raggiunto l'obiettivo. La Commissione ha successivamente ribadito la distinzione tra sconti retroattivi, che tendono a bloccare i clienti presso l'impresa dominante e a restringere in modo significativo la concorrenza, e sconti incrementali, i quali incidono soltanto sugli acquisti aggiuntivi e risultano meno pericolosi sotto il profilo concorrenziale. Anche in questo ambito il parametro di riferimento rimane quello del "concorrente altrettanto efficiente", ossia la verifica che permette di capire se un operatore alternativo sia in grado di offrire condizioni tali da compensare la perdita dello sconto; se ciò lo costringe a praticare prezzi predatori, l'effetto escludente della pratica risulta evidente.

La valutazione finale sull'abusività di una politica scontistica deve comunque essere condotta caso per caso, ma vi sono alcuni indicatori che possono agevolare l'analisi: "(i) l'individualizzazione degli sconti accordati al singolo acquirente; (ii) l'utilizzo di periodi di riferimento particolarmente lunghi, in relazione ai quali calcolare le quantità acquistate e i relativi sconti da applicare; (iii) la fissazione di obiettivi di vendita sempre crescenti, rispetto a quelli stabiliti in precedenza; (iv) l'applicazione di incrementi di sconto in maniera più che proporzionale rispetto alle quantità acquisite; (v) l'opacità delle modalità applicative degli sconti; (vi) la retroattività delle pratiche scontistiche; (vii) l'eventuale abbinamento degli sconti con altre pratiche leganti; (viii) la selettività degli sconti, mediante l'offerta di incentivi sproporzionati a clienti (viii) la selettività degli sconti, mediante l'offerta di incentivi sproporzionati a clienti particolarmente strategici, per sottrarli alla possibile influenza da parte di operatori concorrenti."¹⁵⁷

Infine, rientrano tra le pratiche leganti anche quelle clausole contrattuali che rendono complesso per il cliente il passaggio ad un altro concorrente, come l'imposizione di penali per il recesso. Questi meccanismi producono effetti distorsivi doppi: da un lato mantengono il

¹⁵⁷ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 8.2 capitolo 4.

cliente “vincolato” al fornitore leader, dall’altro consentono a quest’ultimo di accedere in anticipo a informazioni sensibili sulle strategie commerciali degli operatori concorrenti.

3.3 Gli abusi di posizione dominante nei mercati digitali

Nella relazione sull’attività svolta nel 2018 dall’AGCM essa ha evidenziato come uno dei suoi principali ambiti di intervento sia stato rappresentato dal mercato dei servizi offerti dalle tecnologie digitali. Si tratta di un ambito particolare e delicato poiché gli strumenti attualmente a disposizione dell’Autorità rischiano di non essere adeguati e sufficienti per disciplinare in modo efficace le distorsioni che possono venirsi a creare nei mercati digitali. Alla luce di ciò, l’AGCM ha ritenuto necessario avviare un’analisi delle caratteristiche di questi nuovi mercati ai sensi dell’art. 12, 2° comma, l. n. 287/1990 insieme all’AGCom e all’Autorità Garante per la protezione dei dati personali, in modo tale da poter studiare la situazione da una triplice prospettiva (tutela della concorrenza, tutela della privacy e tutela della pluralità delle fonti di informazione).

Tale analisi ha evidenziato delle caratteristiche analoghe a tutti i mercati digitali che possono incidere negativamente sulle dinamiche concorrenziali e che hanno consentito ai cosiddetti “giganti del web” di diventare super dominanti (o addirittura quasi monopolisti) in una serie di mercati digitali e di sfruttare il loro enorme potere di mercato per condizionare lo sviluppo economico e tecnologico a danno di concorrenti e consumatori.

Tali caratteristiche possono essere così riassunte:

- presenza di effetti di rete (network effect);
- grandi economie di scala e prezzi ridotti se non pari a zero;
- possibilità di operare su mercati a più versanti;
- possibilità di attingere e di elaborare grandi quantità di dati non accessibili ai concorrenti;
- elevata sostituibilità dei prodotti e dei servizi offerti su diversi mercati.¹⁵⁸

Una delle prime decisioni significative in materia è stata assunta nel 2019 dal Bundeskartellamt, l’autorità antitrust tedesca nei confronti di Facebook. In quella sede, l’Autorità ha imposto severe limitazioni all’uso combinato dei dati provenienti da diverse fonti,

¹⁵⁸ FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, Diritto Antitrust, Giappichelli Editore, 2023, paragrafo 9, capitolo 4.

quali WhatsApp e Instagram, entrambe parte del gruppo Facebook, evidenziando come gli utenti, secondo i termini contrattuali, si trovassero a concedere implicitamente il trattamento delle proprie informazioni non solo sulla piattaforma principale, ma anche tramite app collegate e siti terzi visitati durante la navigazione. Questo conferimento massivo di dati veniva poi collegato agli account personali di ciascun utente, senza che fosse richiesto un consenso specifico, determinando, a giudizio dell'Autorità, una pratica illecita. Dopo aver accertato che Facebook deteneva nel mercato tedesco dei social network una posizione dominante, con oltre il 95% di quota e circa 23 milioni di utenti giornalieri, il Bundeskartellamt ha qualificato tale condotta non solo come violazione della normativa sulla protezione dei dati, ma anche come abuso della posizione dominante.¹⁵⁹

Parallelamente, la Commissione europea ha più volte sanzionato Google tra il 2017 e il 2019, riconoscendo diverse condotte abusive. Nel caso Google Shopping (2017), l'impresa è stata multata per 2,42 miliardi di euro per aver avvantaggiato sistematicamente la propria piattaforma di comparazione prezzi nei risultati di ricerca, a discapito di quelle dei concorrenti che venivano relegate in posizioni secondarie.

L'anno successivo (2018) è stata irrogata una sanzione record di 4,3 miliardi di euro a Google Android: l'abuso consisteva nell'uso strategico del sistema operativo Android, installato sull'80% degli smartphone in Europa, per vincolare i produttori a preinstallare Google Search e Chrome come condizione per accedere al Play Store, accompagnato da incentivi economici e dal divieto di utilizzare versioni alternative del sistema operativo non approvate da Google.¹⁶⁰

Infine, nel procedimento Google AdSense (2019), la Commissione ha inflitto una multa di 1,49 miliardi di euro per pratiche restrittive relative al mercato dell'intermediazione pubblicitaria dei motori di ricerca. A parere della Commissione, la strategia abusiva di Google è stata realizzata attraverso l'inserimento di alcune clausole nei contratti con i proprietari dei siti come clausole di esclusiva che imponevano ai proprietari dei siti il divieto di mostrare sulle loro pagine annunci pubblicitari dei concorrenti e clausole di "posizionamento premium", le quali garantivano che gli spazi pubblicitari più redditizi per Google.¹⁶¹

Sul fronte nazionale, l'AGCM ha concluso nel 2021 un procedimento contro Google accertando un abuso di posizione dominante legato al rifiuto di integrare nella piattaforma Android Auto l'applicazione "Enel X Recharge" sviluppata da Enel per fornire agli utenti finali informazioni e servizi per la ricarica delle batterie delle auto elettriche . Tale comportamento, secondo

¹⁵⁹ Ibidem

¹⁶⁰ Ibidem

¹⁶¹ Ibidem

l'Autorità, mirava a proteggere l'app Google Maps, che offre servizi analoghi a Enel X Recharge di localizzazione delle colonnine di ricarica per veicoli elettrici.¹⁶²

Nonostante le recenti analisi circa i nuovi mercati digitali, non sono mancate critiche relative ai ritardi e alle difficoltà delle normative tradizionali in questo settore. Proprio tali limiti hanno spinto l'Unione europea ad adottare strumenti regolatori di natura preventiva, come il Digital Markets Act (DMA) e il Digital Services Act (DSA), finalizzati a disciplinare il ruolo dei grandi operatori dei mercati digitali e a limitare ex ante i rischi di condotte anticoncorrenziali.

Capitolo 4

4.1 Il Caso Google Vs Enel X Recharge

Il caso in esame riguarda il rifiuto di Google di rendere disponibile su Android Auto l'applicazione JuicePass (già denominata Enel X Recharge), sviluppata da Enel X Italia per la gestione completa dei servizi legati alla ricarica delle auto elettriche, tra cui localizzazione e prenotazione delle colonnine, navigazione verso il punto di ricarica, avvio e monitoraggio della sessione e pagamento. La disponibilità di questa app su Android Auto è stata ostacolata dall'assenza, da parte di Google, degli strumenti informatici necessari a consentirne l'interoperabilità, nonostante la richiesta avanzata dall'azienda italiana. La condotta di Google va inquadrata nel contesto competitivo tra Google Maps e JuicePass poiché le due applicazioni condividono alcune funzionalità, in particolare ricerca e navigazione verso le colonnine di ricarica, configurando una concorrenza attuale. A ciò si aggiunge una concorrenza potenziale, in quanto le app di navigazione possono ampliare i propri servizi anche alla gestione completa della ricarica. Un ulteriore livello riguarda la concorrenza per gli utenti e i dati, poiché entrambe puntano a consolidare la relazione con l'utenza finale e ad appropriarsi del flusso informativo generato. Nello specifico Google Maps si presenta come servizio generalista, includendo le stazioni di ricarica tra i vari punti di interesse, mentre JuicePass si concentra su un'offerta verticale che comprende, oltre alla localizzazione e alla navigazione, anche la prenotazione, la gestione operativa e il pagamento della ricarica. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha irrogato quindi una sanzione superiore a 100 milioni di euro (per la precisione 102.084.433,91) nei confronti di Alphabet Inc., Google LLC e Google Italy S.r.l., in quanto

¹⁶² Ibidem

responsabili di una condotta ritenuta in violazione dell'articolo 102 del TFUE. Google, grazie al sistema operativo Android e al proprio app store Google Play, si trova infatti in una posizione dominante che le permette di condizionare l'accesso degli sviluppatori di applicazioni agli utenti finali.

Tale rifiuto ha limitato gli utenti nell'utilizzo dell'app di Enel X mentre sono alla guida, con il risultato di favorire la diffusione di Google Maps, già compatibile con Android Auto e capace di fornire servizi connessi alla ricarica dei veicoli elettrici (attualmente ricerca e navigazione, ma con potenziali futuri sviluppi come prenotazione e pagamento).

Questa esclusione, protratta per oltre due anni, rischia di compromettere la crescita di JuicePass, ostacolando la possibilità di costruire una solida base di utenti in un mercato – quello della mobilità elettrica – in forte espansione. Ciò comporterebbe non solo una riduzione della libertà di scelta dei consumatori, ma anche un freno al progresso tecnologico e alla diffusione di servizi innovativi. Inoltre, l'Autorità sottolinea come tali condotte possano incidere negativamente sullo sviluppo delle infrastrutture di ricarica, ostacolando la transizione verso una mobilità più sostenibile e l'uso di energia rinnovabile.

Oltre alla sanzione, l'Antitrust ha imposto a Google l'obbligo di fornire a Enel X e ad altri sviluppatori gli strumenti necessari per realizzare applicazioni compatibili con Android Auto. Per garantire il rispetto di tali prescrizioni, è stato nominato un esperto indipendente incaricato di monitorare l'attuazione degli obblighi e al quale Google dovrà assicurare piena collaborazione e accesso alle informazioni richieste.

4.1.1 Le Parti

Google LLC è una multinazionale che offre numerosi prodotti e servizi legati a Internet, tra cui soluzioni per la pubblicità online, strumenti di ricerca, cloud computing, software e hardware. La società è interamente controllata da Alphabet Inc., di cui rappresenta l'asset principale, poiché le altre attività del gruppo hanno un peso economico molto ridotto rispetto al fatturato complessivo. In Italia Google è presente attraverso la controllata Google Italy S.r.l. e, nel provvedimento in esame, con il termine "Google" si fa riferimento a tutte queste società. Google gestisce direttamente i principali prodotti e servizi, tra cui Android, Android Auto, Google Play e Google Maps. Android è il sistema operativo per dispositivi mobili che costituisce il fulcro dell'ecosistema Google, al quale si collegano l'app store Google Play e la piattaforma Android Auto. Quest'ultima consente di utilizzare sul display dell'auto, tramite comandi integrati e vocali, alcune applicazioni compatibili oltre alle funzioni di base di chiamata e messaggistica.

Google Maps, a sua volta, non si limita a fornire mappe e percorsi, ma offre anche informazioni dinamiche sui luoghi e sui servizi disponibili, risultando uno strumento sempre più centrale per la fruizione dei servizi connessi alla mobilità.¹⁶³

Alphabet Inc., fondata nel 2015 come holding, ha una struttura di conglomerato che raggruppa Google e altre società operanti in settori diversi, tra cui biotecnologie (Calico), investimenti (Google Ventures, Google Capital) e ricerca (Google X Lab, Nest Labs). La creazione di Alphabet rispondeva all'esigenza di rendere più trasparenti le attività legate a Google e di concedere maggiore autonomia alle società impegnate in business differenti. Negli ultimi anni Alphabet ha registrato una crescita costante: nel 2017 il fatturato consolidato era di circa 111 miliardi di dollari con un utile di 12,7 miliardi, mentre nel 2020 ha raggiunto 182,6 miliardi di dollari di ricavi e 40,3 miliardi di utile.¹⁶⁴

Il Gruppo Enel, guidato da Enel S.p.A., è tra i principali operatori mondiali nel settore dell'energia elettrica ed è attivo anche nella mobilità sostenibile. Attraverso Enel X Italia S.r.l. fornisce servizi ai clienti finali come Mobility Service Provider (MSP), mentre con Enel X Mobility S.r.l. gestisce direttamente l'infrastruttura di ricarica come Charging Point Operator (CPO). Enel X Italia ha sviluppato l'applicazione JuicePass (inizialmente denominata Enel X Recharge), che consente di gestire la ricarica di veicoli elettrici e ibridi plug-in offrendo diverse funzionalità. L'app è disponibile dal 2018 su Google Play, ma non è stata ancora resa compatibile con Android Auto.¹⁶⁵

4.1.2 La Posizione Dominante di Google

La posizione dominante di Google emerge con particolare evidenza in due mercati: da un lato, quello della concessione di licenze per sistemi operativi destinati ai dispositivi mobili intelligenti, in cui l'impresa è presente attraverso Android; dall'altro, quello dei portali di distribuzione di applicazioni per Android, nel quale opera tramite Google Play. Nel primo ambito, i dati di mercato mostrano che già nel 2016 Android copriva oltre il 96% delle vendite di dispositivi dotati di sistemi operativi soggetti a licenza, a fronte della sostanziale irrilevanza competitiva esercitata dai sistemi chiusi come iOS, che non rientrano nel mercato rilevante proprio perché non vengono concessi in licenza a produttori terzi.¹⁶⁶

¹⁶³ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁶⁴ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁶⁵ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁶⁶ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

Android, peraltro, non si limita a gestire le funzioni essenziali del dispositivo, ma costituisce una vera e propria piattaforma che crea le strutture necessarie per il funzionamento delle app e che quindi mette in relazione tre categorie di soggetti: i produttori di dispositivi mobili, gli sviluppatori di applicazioni e i consumatori finali. Questa struttura genera potenti effetti di rete poiché più aumenta il numero di utenti di Android, tanto maggiore è l'incentivo per gli sviluppatori a destinare risorse allo sviluppo di applicazioni compatibili, circostanza che a sua volta accresce l'attrattiva della piattaforma per gli utenti. Tali dinamiche, riconosciute anche dalla Commissione Europea rafforzano la centralità di Android e consolidano la sua capacità di escludere potenziali concorrenti, soprattutto considerando i costi elevati e i tempi lunghi legati alla conversione di un'applicazione da un sistema operativo a un altro. Inoltre, sebbene Android sia formalmente open source, Google ne mantiene un controllo determinante e stabilisce le linee di sviluppo del software, decide i tempi di rilascio di aggiornamenti e nuove versioni, e disciplina l'implementazione attraverso la licenza del marchio e i test di compatibilità. Tale controllo consente a Google di orientare l'evoluzione tecnologica del sistema operativo e di vincolare i produttori di dispositivi mobili, riducendo ulteriormente gli spazi di concorrenza effettiva.

La posizione dominante si riscontra anche nel mercato degli store digitali per Android attraverso Google Play che è preinstallato nella quasi totalità dei dispositivi mobili con sistema operativo Android. La sua popolarità, la varietà del catalogo e le funzionalità aggiuntive, ne fanno lo strumento imprescindibile per la distribuzione delle app. Gli sviluppatori che intendano raggiungere in maniera capillare l'utenza non possono prescindere da tale piattaforma, con la conseguenza che Google esercita un ruolo di "gatekeeper" ossia un operatore in grado di controllare un punto di accesso per gli utenti finale e che quindi può di fatto determinare quali applicazioni e quali operatori abbiano la possibilità di entrare sul mercato e in che condizioni.¹⁶⁷

Ne deriva che la posizione dominante di Google non si esaurisce nella mera disponibilità di quote di mercato elevate, ma si traduce in un'influenza strutturale sulle dinamiche concorrenziali e sull'innovazione. In quanto gatekeeper, l'impresa è titolare di una "speciale responsabilità" nelle proprie condotte, poiché da esse dipendono non solo le possibilità di competizione tra operatori già presenti, ma anche l'ingresso di nuovi attori, la tutela del pluralismo tecnologico e la stessa evoluzione dei mercati digitali.¹⁶⁸

¹⁶⁷ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁶⁸ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

4.1.3 Il Contesto di Riferimento

Il caso in esame si colloca all'interno di un settore caratterizzato da un'elevata innovazione e da una rapida trasformazione, sia per quanto riguarda i servizi legati alla mobilità elettrica, sia per le soluzioni tecnologiche che consentono di integrare le applicazioni mobili nei sistemi di infotainment delle automobili.

La mobilità elettrica è attualmente in una fase di espansione che, secondo le stime, dal 2020 ad oggi avrebbe portato ad un aumento significativo delle immatricolazioni di veicoli elettrici e a una crescita della loro quota sul parco circolante. Tale sviluppo secondo cui nel 2025 le immatricolazioni di auto 100% elettriche (BEV) in Italia sarebbero cresciute dell'82,2% rispetto allo stesso periodo del 2024, passando da 16.286 a 29.668 unità, coinvolge anche il settore dei servizi di ricarica, la cui struttura è in via di definizione ma già mostra alcuni tratti fondamentali tra cui la distinzione tra operatori di infrastrutture di ricarica (Charging Point Operator – CPO) e fornitori di servizi di mobilità (Mobility Service Provider – MSP). In questo contesto si inserisce il confronto competitivo tra app specialistiche, come JuicePass di Enel X, e app generaliste di navigazione, come Google Maps, che hanno incluso le colonnine di ricarica tra i punti di interesse. Attualmente entrambe consentono la ricerca delle infrastrutture di ricarica, ma JuicePass offre in aggiunta servizi di prenotazione, gestione e pagamento della sessione, configurandosi quindi come uno strumento più completo.¹⁶⁹

Per quanto concerne il lato delle tecnologie per l'infotainment, le case automobilistiche adottano soluzioni diverse, ma con l'interesse comune di permettere ai propri clienti di utilizzare le applicazioni mobili tramite i sistemi di bordo. In questo quadro, Android Auto si è affermato come standard di mercato per l'interoperabilità tra dispositivi Android e sistemi di infotainment, al punto da essere scelto dalla quasi totalità dei costruttori. Google ha inoltre sviluppato Android Automotive OS, un sistema operativo pensato direttamente per gli apparati di infotainment, confermando così la propria strategia di estendere l'ecosistema Android al settore automobilistico. L'analisi competitiva richiede dunque una prospettiva dinamica poiché la diffusione di JuicePass e l'interesse di Google ad ampliare le funzionalità di Maps vanno interpretati guardando allo sviluppo futuro della mobilità elettrica, e non soltanto all'attuale diffusione ancora limitata delle auto elettriche.¹⁷⁰

¹⁶⁹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁷⁰ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

Il caso in esame, inoltre, si colloca nel contesto delle piattaforme digitali riguardando l'interoperabilità tra l'ambiente smartphone (e tablet) e l'ambiente auto e il confronto competitivo tra app. Come già precedentemente specificato, Android Auto è una piattaforma che connette costruttori, sviluppatori e utenti finali; JuicePass è a sua volta una piattaforma che mette in relazione MSP e CPO con i consumatori di servizi di ricarica; Google Maps svolge la medesima funzione per quanto riguarda la ricerca dei punti di interesse, incluse le colonnine di ricarica. In tali mercati, il rapporto con gli utenti diventa cruciale dunque Google mira a mantenere l'interazione degli utenti Android anche durante la guida, Enel X a consolidare la relazione con i clienti della ricarica, mentre Maps punta a rafforzare il proprio ruolo come strumento di navigazione anche rispetto a questo nuovo segmento.¹⁷¹

Gli utenti, tuttavia, non sono solo consumatori, ma anche generatori di dati relativi alla ricerca di colonnine che possono essere raccolti sia dalle app di ricarica sia da quelle di navigazione; quelli relativi all'utilizzo effettivo delle colonnine, invece, sono più immediatamente disponibili alle prime, che gestiscono direttamente la ricarica. L'appropriazione di tali dati, quindi, è un ulteriore terreno competitivo tra i diversi operatori.

Un ulteriore elemento decisivo in questo quadro è rappresentato dagli effetti di rete, diretti e indiretti, che caratterizzano le piattaforme digitali. Maggiore è la base utenti, più cresce l'attrattiva per altri utenti e sviluppatori, generando circoli virtuosi che possono condurre a fenomeni di "winner-takes-all" (quando una piattaforma conquista una quota dominante, diventa difficilmente sostituibile). Per questo motivo, per le app di ricarica è fondamentale guadagnare utenti sin dalle prime fasi di crescita del mercato, pena l'esclusione dalla competizione a vantaggio delle piattaforme generaliste più diffuse; perciò il comportamento di Google, come vedremo successivamente, ha configurato un abuso di posizione dominante ex art. 102 del TFUE dal momento che, impedendo ad EnelX di rendere disponibile e compatibile su Android Auto la sua app JuicePass, ha reso evidente la volontà di Google di estromettere EnelX dal mercato.¹⁷²

Il ruolo di Google è peculiare: essa non è solo sviluppatore di app, ma anche gestore di Android Auto. Tale duplice veste di concorrente e gatekeeper comporta un rischio di discriminazione, poiché Google controlla gli strumenti di sviluppo e decide quali app possano essere ammesse e quando ed essendo esso stesso sviluppatore di app, ovviamente predilige l'ammissione delle sue a discapito di quelle dei concorrenti. Da qui deriva l'esigenza di garantire agli sviluppatori terzi di realizzare app con funzionalità comparabili a quelle di Google Maps o Waze e di non

¹⁷¹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁷² https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

ostacolare l'introduzione di nuove funzioni innovative da parte di soggetti esterni, salvo motivi oggettivi di sicurezza o compatibilità.¹⁷³

Infine, va sottolineato come la disponibilità di una rete capillare e accessibile di colonnine sia un fattore essenziale per superare la cosiddetta "ansia da ricarica" e incentivare la diffusione dei veicoli elettrici. In questo quadro, gli strumenti di navigazione e le app assumono un ruolo centrale perché permettono di individuare le infrastrutture disponibili nel network dell'utente. La filiera della ricarica si articola dunque su due pilastri cioè infrastrutture e servizi, e tende ad organizzarsi attorno a piattaforme di interoperabilità che consentono agli MSP di offrire un accesso semplificato e integrato alle reti di diversi operatori. Enel X Italia, in qualità di MSP integrato, ha sviluppato JuicePass proprio per rispondere a questa logica: attraverso l'app, l'utente può ricercare le infrastrutture, gestire e monitorare la sessione, effettuare i pagamenti ed eventualmente prenotare il servizio. Tali funzionalità distinguono le app dalle semplici card, configurandole come strumenti più avanzati e coerenti con l'evoluzione digitale della filiera.

4.1.4 Lo Spazio Competitivo Dei Servizi Connessi Alla Ricarica Elettrica Forniti Tramite App

Il rapporto tra applicazioni di navigazione e applicazioni dedicate ai servizi di ricarica elettrica configura uno spazio competitivo comune, nel quale coesistono e si sovrappongono funzioni e interessi. Tale spazio può essere analizzato lungo tre direttrici: la concorrenza effettiva, legata alle funzioni di ricerca e navigazione; la concorrenza potenziale, che riguarda l'estensione dei servizi di ricarica nelle app di navigazione; e infine la concorrenza per gli utenti e i dati, elemento centrale in mercati a piattaforma.

Le app di navigazione adottano un approccio generalista, consentendo la ricerca e la navigazione verso una vasta gamma di punti di interesse, tra cui anche le colonnine di ricarica. Al contrario, le app specializzate nei servizi di ricarica offrono un set di funzionalità focalizzato sulle infrastrutture di ricarica e sui servizi a esse connessi, come la gestione, il pagamento e, in alcuni casi, la prenotazione della colonnina. La distinzione tra i due approcci non elimina però l'area di sovrapposizione: entrambe le tipologie di app consentono infatti di localizzare i punti di ricarica e di fornire informazioni di dettaglio sulle loro caratteristiche tecniche e operative, aspetto essenziale per permettere agli utenti di verificare la compatibilità con il proprio veicolo.

¹⁷³ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

Questa sovrapposizione genera un fenomeno di intermediazione: l'utente può individuare la colonnina attraverso un'app di navigazione e poi completare la ricarica tramite un'app specializzata. In prospettiva, se le app di navigazione integrano collegamenti diretti o persino funzioni di pagamento in-app, la gestione della ricarica potrebbe avvenire interamente senza uscire dall'ambiente di navigazione. Per un MSP, ciò comporta il rischio che l'utente scelga una colonnina al di fuori del network coperto dall'app dedicata, riducendo così la possibilità di fidelizzazione.

La concorrenza potenziale è ancora più rilevante: le app di navigazione possono evolvere fino a costituire un'alternativa completa, integrando funzioni di prenotazione, gestione e pagamento. A ciò si aggiunge l'emergere della tecnologia plug&charge, che consente di avviare la ricarica semplicemente collegando il veicolo alla colonnina, senza bisogno di autenticazione tramite app o card. In uno scenario in cui questa tecnologia si diffondesse su larga scala, l'esperienza utente si esaurirebbe nella sola fase di ricerca e scelta della colonnina, riducendo ulteriormente la centralità delle app specialistiche.¹⁷⁴

Non a caso, sia Google che Apple hanno mostrato interesse crescente per questo ambito. Google ha ampliato la copertura e le informazioni disponibili su Maps, dichiarando che in futuro l'app potrebbe facilitare il collegamento diretto con i servizi degli MSP. Apple, a sua volta, ha introdotto in iOS 14 funzioni di calcolo dei percorsi per veicoli elettrici, con l'integrazione delle stazioni di ricarica in base al livello di batteria e alla tipologia di presa compatibile.¹⁷⁵

In conclusione, esiste oggi una concorrenza effettiva sulle funzioni di ricerca e navigazione, una concorrenza potenziale derivante dall'espansione dei servizi offerti dalle app di navigazione e un conflitto più ampio per il controllo del rapporto con l'utente. Da un lato, le app generaliste mirano a mantenere la centralità della mappa come strumento per localizzare ogni punto di interesse, incluse le colonnine; dall'altro, le app specialistiche puntano a presidiare la relazione con l'utente sin dalla ricerca della colonnina, poiché questa rappresenta la porta di accesso ai servizi di ricarica veri e propri. In definitiva, le due tipologie di app competono non solo per la fornitura del servizio, ma soprattutto per il possesso della relazione con l'utente e per i dati generati dall'utilizzo.

4.1.5 La app JuicePass (già Enel X Recharge)

¹⁷⁴ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁷⁵ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

La app JuicePass, sviluppata da Enel X Italia e precedentemente denominata Enel X Recharge, rappresenta uno degli strumenti principali attraverso cui gli utenti possono accedere ai servizi di ricarica dei veicoli elettrici. L'applicazione offre varie funzioni integrate che includono la visualizzazione su mappa delle infrastrutture di ricarica con informazioni tecniche e operative (tipologia di presa, stato e disponibilità, potenza massima erogabile), la prenotazione della colonnina, la navigazione fino al punto selezionato e la gestione completa della sessione di ricarica (avvio, interruzione, monitoraggio e pagamento).

Per quanto riguarda le funzioni di ricerca e navigazione, JuicePass si appoggia a Google Maps per Android e Apple Maps per iOS. Tuttavia, l'elemento caratterizzante di Enel X è la possibilità di prenotare la colonnina, funzione particolarmente rilevante se si considera che i tempi di ricarica sono molto più lunghi rispetto al rifornimento tradizionale (anche nelle stazioni più diffuse servono circa 45 minuti per una city car e fino a due ore per una vettura media). La certezza di trovare la colonnina disponibile all'arrivo diventa quindi un vantaggio competitivo rilevante rispetto a piattaforme come Google Maps, che non integrano questa funzionalità. Dal punto di vista infrastrutturale, a febbraio 2020 JuicePass copriva circa il 60-70% dei punti di ricarica in Italia (8.000-9.000 su un totale di 13.721), mentre a livello europeo l'operatività era più limitata (1.000-2.000 punti).¹⁷⁶

La app è disponibile su Google Play Store e Apple App Store dal maggio 2018. Fin da settembre dello stesso anno, Enel X Italia ha richiesto l'integrazione su Android Auto, ma tale richiesta non ha avuto esito. Per aggirare la limitazione dei template disponibili (all'epoca solo per media e messaggistica), Enel X aveva sviluppato una versione di JuicePass basata su interazioni vocali, conforme alle linee guida pubblicate da Google. Nonostante ciò, la pubblicazione non è stata autorizzata, a differenza di quanto avvenuto con Apple CarPlay, che dal novembre 2020 integra JuicePass consentendo agli utenti di ricercare, selezionare e prenotare una presa, oltre a gestire e pagare la sessione direttamente dalla piattaforma. Questo risultato è stato reso possibile da una collaborazione con Apple avviata in seguito al lancio di iOS 14, che aveva introdotto nuove categorie di app compatibili con CarPlay, tra cui quelle per la ricarica dei veicoli elettrici.¹⁷⁷

Infine, Enel X ha sottolineato un aspetto cruciale legato alla valorizzazione dei dati: mentre le ricerche effettuate tramite JuicePass possono essere collegate a una sessione di ricarica effettivamente svolta, quelle realizzate tramite Google Maps non garantiscono tale conversione. Questa distinzione è particolarmente rilevante per gli operatori del settore, poiché i dati sulle ricerche concluse in una ricarica sono utili ai CPO per pianificare l'espansione infrastrutturale

¹⁷⁶ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁷⁷ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

e ai MSP per orientare accordi commerciali, strategie di pricing e scelte di localizzazione in funzione della domanda effettiva.

4.1.6 Android Auto

Android Auto costituisce un'estensione del sistema operativo Android ed è una “smartphone projection app” che consente quindi di adattare le funzionalità degli smartphone all'ambiente automobilistico, proiettandole sul veicolo. Per garantire la sicurezza alla guida e ridurre le distrazioni, le app compatibili devono essere realizzate attraverso modelli predefiniti, verificate singolarmente come custom app o rese disponibili tramite comandi vocali (Actions-on-Google). In tutti i casi, l'effettiva utilizzabilità delle app dipende dalla predisposizione, da parte di Google, di meccanismi di interoperabilità, che possono anche richiedere forme di collaborazione con sviluppatori terzi. Dal punto di vista tecnico quindi, Android Auto trasferisce il contenuto dello schermo del dispositivo mobile sull'interfaccia del sistema di infotainment e consente l'interazione inversa attraverso touchscreen o comandi fisici del veicolo. Questa tecnologia si configura, quindi, come una piattaforma multilaterale che coinvolge costruttori di automobili, sviluppatori di applicazioni e utenti finali. I primi devono decidere se rendere i propri sistemi di infotainment compatibili con Android Auto, mentre gli sviluppatori sono interessati a offrire servizi accessibili anche in ambito automobilistico, sfruttando la continuità con l'esperienza mobile. Inoltre, Android Auto non si limita a connettere dispositivi e veicoli, ma interviene direttamente sull'esperienza utente, modificando interfacce e funzioni delle app al fine di garantirne un utilizzo semplificato, fluido e sicuro, prevalentemente attraverso comandi vocali.¹⁷⁸

Per quanto concerne nello specifico il versante dei costruttori di automobili, piattaforme come Android Auto, Apple CarPlay e MirrorLink richiedono, come già specificato, che i sistemi di infotainment dei veicoli siano compatibili con le rispettive tecnologie, scelta che viene negoziata tra case automobilistiche e sviluppatori. La quasi totalità dei marchi ha adottato la compatibilità con Android Auto (circa il 98% delle immatricolazioni) e con Apple CarPlay (circa il 94%), riconoscendo tali soluzioni come standard di mercato e rispondendo così alla domanda dei consumatori.

Per quanto riguarda invece gli sviluppatori di app, Android Auto rappresenta un canale di grande interesse, con migliaia di applicazioni già disponibili o in fase di sviluppo. Tuttavia,

¹⁷⁸ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

l'accesso è rigidamente regolato da Google il quale fornisce in esclusiva gli strumenti di programmazione e decide quali applicazioni possano essere pubblicate. Le categorie attualmente supportate riguardano principalmente media e messaggistica, mentre per altre tipologie, come navigazione, parcheggio e ricarica elettrica, Google ha annunciato solo di recente lo sviluppo di specifici template, ancora in fase di test. Nonostante ciò, applicazioni proprie di Google, come Maps e Waze, risultano già integrate su Android Auto senza che sia stata prevista una categoria dedicata alla navigazione, evidenziando una disparità di trattamento rispetto a sviluppatori terzi. Inoltre, anche nel caso di app sviluppate correttamente secondo i template disponibili, Google mantiene il potere di approvarne o respingerne la pubblicazione, come avvenuto per Enel X Italia e altri operatori. Questa dinamica rafforza la capacità di Google di selezionare quali app possano raggiungere gli utenti finali attraverso Android Auto, incidendo così direttamente sulla concorrenza nei mercati collegati.¹⁷⁹

4.1.7 Google Maps E I Servizi Connessi Alla Ricarica Elettrica

Google Maps è una delle app di navigazione più diffuse a livello globale e consente agli utenti non solo di calcolare percorsi e orientarsi nello spazio, ma anche di individuare un'ampia gamma di punti di interesse e tra questi, dal 2018, sono comprese anche le colonnine per la ricarica dei veicoli elettrici.

Nel corso del 2019 tali funzionalità sono state progressivamente estese anche alla versione di Google Maps per Android Auto, consentendo così la consultazione delle infrastrutture di ricarica direttamente dai sistemi di infotainment. A partire da febbraio 2019, Google aveva già comunicato l'intenzione di includere non solo la localizzazione delle colonnine ma anche dati più specifici, come la tipologia di prese disponibili e la loro quantità, oltre alla disponibilità in tempo reale. Nelle versioni più recenti, gli utenti possono interagire con la piattaforma attraverso diverse modalità come touch, comandi vocali o una combinazione dei due, ottenendo informazioni dettagliate quali numero di prese, stato di occupazione, tipologia, velocità di ricarica e orari di apertura della stazione. La scelta della colonnina e l'avvio della navigazione restano però operazioni che richiedono conferma manuale tramite schermo.¹⁸⁰

La diffusione capillare di Google Maps è favorita dal fatto che l'app risulta preinstallata su quasi tutti gli smartphone Android, grazie ad accordi di licenza stipulati con i produttori di

¹⁷⁹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁸⁰ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

dispositivi. In questo modo, gli utenti non devono scaricarla autonomamente, e l'app beneficia di una base di utilizzatori estremamente ampia.

Per quanto riguarda l'evoluzione dei servizi legati alla ricarica, Enel X Italia ha sostenuto che Google abbia introdotto – nel corso del procedimento istruttorio – nuove funzionalità, in particolare la possibilità di pagare la ricarica direttamente tramite Google Maps. Google, tuttavia, ha chiarito che, pur avendo in programma di fornire agli utenti la possibilità di verificare quali modalità di pagamento sono disponibili presso una determinata stazione, non ha progetti per consentire l'avvio o il pagamento della ricarica direttamente dall'app. Analogamente, Google ha dichiarato di non offrire e di non pianificare servizi di prenotazione delle colonnine o altre funzioni tipiche dei Mobility Service Provider (MSP). Ciononostante, in documenti interni è emersa la convinzione che, in prospettiva, tali funzionalità potrebbero essere integrate: la prenotazione viene infatti ritenuta tecnicamente realizzabile e verosimilmente destinata a essere introdotta in futuro.¹⁸¹

A conferma dell'interesse crescente verso la mobilità elettrica, Google ha investito risorse per arricchire la qualità e la copertura dei dati relativi alle colonnine, anche in Italia. L'azienda ha sviluppato un formato proprietario, il Google EV Location Feed Specification (GELFS), per standardizzare e alimentare i dati sulle infrastrutture di ricarica, utilizzato non solo in Maps ma anche in altre applicazioni del gruppo, come Waze. Parallelamente, Google ha stipulato numerosi contratti con operatori specializzati per acquisire set di dati specifici: i primi accordi risalgono al 2018 e coprivano inizialmente circa il 10-20% delle colonnine italiane; successivamente sono stati ampliati con nuove partnership (alcune delle quali nel 2019 e 2020) che hanno incrementato la copertura e migliorato la qualità delle informazioni raccolte. A ciò si aggiunge l'utilizzo dei dati pubblicamente disponibili, ad esempio attraverso i siti dei comuni italiani.¹⁸²

In sintesi, Google Maps si conferma una piattaforma di riferimento per l'informazione e la navigazione verso le infrastrutture di ricarica, con una diffusione senza eguali grazie alla preinstallazione sugli smartphone Android. Tuttavia, la mancanza di funzioni avanzate come prenotazione e pagamento diretto evidenzia la differenza rispetto ad app specialistiche come JuicePass, pur lasciando intravedere la possibilità che tali servizi vengano implementati in futuro.

¹⁸¹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁸² https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

4.1.8 Il Rapporto Competitivo Tra Google E Enel X Italia

La posizione di Google è che non esista un vero e proprio rapporto concorrenziale tra la propria app Google Maps e la app JuicePass di Enel X Italia (in precedenza Enel X Recharge) poiché secondo l'azienda le due applicazioni appartengono a categorie differenti: JuicePass è un'applicazione di servizi legati alla ricarica elettrica, dotata di funzionalità specifiche come la prenotazione delle colonnine e il pagamento delle sessioni di ricarica; dall'altro, Google Maps rimane un'app di navigazione generalista, che si limita a fornire la ricerca e l'itinerario verso i punti di interesse, comprese le stazioni di ricarica, ma senza integrare meccanismi di prenotazione o transazioni economiche. Inoltre, Google sottolinea di non essere un Mobility Service Provider (MSP) e di non avere intenzione di diventarlo. Google ha anche precisato che non tutte le funzionalità sviluppate per Google Maps vengono automaticamente trasferite nella versione Android Auto: ciò avviene solo se viene verificata la conformità ai rigorosi standard di sicurezza volti a limitare la distrazione del conducente durante la guida.¹⁸³

Un argomento centrale a sostegno di questa visione è che su Android Auto non risultano abilitate funzioni di prenotazione e pagamento per alcun tipo di servizio, non solo per la ricarica elettrica. Per questo motivo, Google ritiene di non poter essere accusata di ostacolare lo sviluppo di app di terzi in questo ambito, rivendicando al contrario di non essere tenuta a sviluppare funzionalità che essa stessa non offre a favore dei propri utenti.

Dal punto di vista dei dati, Google ha inoltre chiarito di non avere alcun interesse diretto nel flusso informativo che caratterizza un'app come JuicePass, ossia quello relativo alla gestione delle sessioni di ricarica e all'utilizzo delle colonnine. L'unico dato potenzialmente rilevante per l'azienda potrebbe essere l'inferenza che un utente possiede un'auto elettrica, ma questa informazione sarebbe comunque ricavabile dal semplice fatto che l'utente abbia scaricato JuicePass. La vera informazione di interesse rimane piuttosto la localizzazione delle colonnine di ricarica, ma tali dati, come sottolinea Google, risultano disponibili da diverse fonti di mercato e quindi non esclusivi.¹⁸⁴

Un altro aspetto di rilievo riguarda la scelta di non proporre a Enel X Italia una collaborazione per lo sviluppo di JuicePass come custom app, ossia un'app personalizzata da integrare in Android Auto. Google ha giustificato questa scelta sottolineando che un caso analogo si è verificato soltanto con l'app coreana Kakao, considerato un episodio eccezionale e unico al di fuori delle collaborazioni strutturate con le case automobilistiche. Secondo Google, la

¹⁸³ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁸⁴ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

situazione di Enel X Italia non è paragonabile per tre motivi principali: innanzitutto per la natura dell'app poiché JuicePass non è un'app di navigazione, ma un'app focalizzata su prenotazione e pagamento, funzioni che non vengono considerate necessarie o prioritarie per un utente mentre guida; poi per la bassa penetrazione del mercato dal momento che il numero di veicoli elettrici in Italia era ancora molto limitato, e di conseguenza anche la base potenziale di utenti della app JuicePass risultava ridotta; infine per la mancanza su Apple CarPlay dato che, al momento della richiesta di integrazione, JuicePass non era disponibile su Apple CarPlay e quindi, la sua assenza su Android Auto non determinava un reale svantaggio competitivo rispetto all'ecosistema Apple.¹⁸⁵

4.2 Una Visione D'insieme Della Condotta Di Google

Il comportamento di Google in esame riguarda, come già più volte espresso, il rifiuto di rendere disponibile su Android Auto l'app JuicePass di Enel X Italia. Questa esclusione costringe gli utenti, quando utilizzano Android Auto, a uscire dal sistema per accedere all'app, con conseguenti problemi di sicurezza alla guida e minore fruibilità del servizio.

Il diniego si manifesta sia come risposta negativa alle ripetute richieste di Enel X Italia, sia come mancata adozione di soluzioni tecniche che avrebbero potuto consentire un'integrazione sicura dell'app. Dal punto di vista negoziale, l'atteggiamento di Google è apparso ostruzionistico, rifiutando anche proposte intermedie avanzate da Enel X che avrebbero potuto migliorare l'accessibilità di JuicePass in attesa della piena pubblicazione.

La condotta, oltre che ostruzionistica, può essere interpretata anche come omissiva rispetto alla responsabilità di Google di assicurare l'interoperabilità della propria piattaforma nei confronti degli sviluppatori terzi. In questo senso, l'ostacolo posto a JuicePass ha avuto un effetto escludente, ritardandone la disponibilità per gli utenti Android Auto e la scelta appare ancora più significativa considerando la parziale sovrapposizione tra le funzioni di JuicePass e quelle di Google Maps.

4.2.1 I Rifiuti Espresi

¹⁸⁵ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

A partire da settembre 2018 Enel X Italia ha chiesto ripetutamente la pubblicazione della propria app JuicePass su Android Auto e nonostante ciò, l'azienda ha espresso ben quattro rifiuti formali.

Le comunicazioni negative sono state inviate il 20 e 21 settembre, l'8 novembre 2018 e infine il 18 gennaio 2019. Quest'ultimo rifiuto, sollecitato dall'amministratore delegato di Enel X, riguardava una versione dell'app con funzioni ridotte (ricerca, navigazione, prenotazione e avvio della ricarica), che avrebbe comunque garantito una fruibilità adeguata. Nel frattempo però, ciò che ha portato Enel X a chiedere così insistentemente di essere integrato, è stata la presenza di altre app di Google, come Maps e Waze, già disponibili su Android Auto. In nessuna delle risposte Google ha lasciato intendere una possibile apertura futura, mantenendo Enel X in una condizione di incertezza totale. Anzi, nel quarto rifiuto ha escluso espressamente l'idoneità di un eventuale template per app di navigazione, sostenendo che JuicePass fosse un'app di prenotazione e pagamento. Tale posizione risulta contraddetta dalle stesse dichiarazioni rese successivamente da Google, secondo cui proprio un nuovo template avrebbe potuto consentire la pubblicazione di JuicePass integrando anche tali funzionalità.¹⁸⁶

4.2.2 La Mancata Attivazione Degli Strumenti Di Programmazione Per Android Auto

La politica di pubblicazione definita da Google per Android Auto individuava cinque categorie di app ammesse: quelle di media e di messaggistica (supportate da template dedicati), le app di navigazione proprietarie (Google Maps e Waze), la custom app Kakao per la Corea del Sud, le app sviluppate dalle case automobilistiche e quelle basate su Actions-on-Google.

All'interno di questo quadro, la richiesta avanzata da Enel X Italia avrebbe potuto trovare risposta in più modi: mediante lo sviluppo di un template che integrasse ricerca, navigazione, prenotazione e avvio della ricarica; attraverso la creazione di una custom app; oppure mediante l'estensione delle funzionalità vocali disponibili su Actions-on-Google. Tutte queste soluzioni avrebbero rispettato i requisiti di sicurezza e riduzione della distrazione alla guida, indicati dalla stessa Google come principi guida.¹⁸⁷

Nonostante ciò, Google non ha intrapreso nessuna di queste strade. In particolare, pur avendo riconosciuto nello sviluppo di un template la soluzione più adatta, non ne ha mai reso

¹⁸⁶ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁸⁷ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

disponibile una versione definitiva: solo nell'autunno 2020 è stata rilasciata una versione beta, incompleta e destinata a un numero ristretto di utenti, la cui adozione da parte di Enel X avrebbe richiesto la sottoscrizione di un accordo di riservatezza. Ma Enel X ha respinto questa opzione, ritenendola inadatta a garantire una reale e piena pubblicazione della propria app e al contempo, Google non ha mai offerto la possibilità di sviluppare una custom app, nonostante tale soluzione fosse già stata percorsa in altri contesti, né ha ampliato le azioni disponibili su Actions-on-Google.¹⁸⁸

Tale inerzia appare tanto più significativa se si considera, da un lato, la piena discrezionalità di Google nella gestione delle proprie politiche di pubblicazione e la concreta possibilità tecnica di dare attuazione a una delle soluzioni prospettate; dall'altro, il chiaro interesse commerciale a mantenere rapporti collaborativi con il Gruppo Enel, importante cliente anche per i servizi di cloud computing. Inoltre, Enel X aveva più volte sollecitato Google e perfino minacciato di sollevare una questione antitrust, ma senza ottenere alcun impegno sostanziale.

La contraddittorietà della posizione di Google è emersa anche nel corso dell'istruttoria: inizialmente l'azienda ha sostenuto che JuicePass non potesse essere pubblicata perché era un'app di prenotazione e pagamento e che quindi non rientrasse nella politica di pubblicazione di Google, ma successivamente ha ammesso che i nuovi template in fase di sviluppo avrebbero incluso proprio tali funzioni. Diversamente da Apple, che con iOS 14 aveva annunciato con chiarezza l'apertura di CarPlay a nuove categorie di app fornendo tempi certi, Google non ha mai fornito un calendario preciso né assicurato la piena interoperabilità di JuicePass.¹⁸⁹

4.2.3 L'attitudine Ostruzionistica

Dopo il quarto rifiuto, Enel X Italia tentò nuovamente di ottenere l'accesso ad Android Auto, dichiarandosi disposta a rispettare i criteri di sicurezza stabiliti da Google e a svolgere tutte le attività necessarie. Tuttavia, la risposta ricevuta fu che non sarebbero state fornite ulteriori indicazioni e i responsabili di prodotto si dichiaravano contrari all'ampliamento delle tipologie di app ammesse sulla piattaforma.

La questione venne discussa anche durante una call del 28 febbraio 2019 a cui presero parte i vertici del Gruppo Enel e due Vice Presidenti di Google. In tale occasione, l'azienda americana non prese impegni concreti sulla pubblicazione di JuicePass, limitandosi a proporre alternative

¹⁸⁸ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁸⁹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

che però non rappresentavano soluzioni realmente applicabili. La prima infatti prevedeva che Enel X collaborasse con le case automobilistiche per sviluppare versioni della propria app compatibili con i sistemi di infotainment integrati nelle auto ma tale ipotesi, però, risultava poco praticabile per gli alti costi, i tempi incerti e la frammentazione tecnologica dei sistemi automobilistici. La seconda alternativa, basata su Actions-on-Google, si limitava alla ricerca vocale delle colonnine, senza garantire la piena fruibilità dell'app nell'ambiente auto. La terza, ossia l'integrazione dei dati di ricarica all'interno di Google Maps, avrebbe comportato la perdita del rapporto diretto tra Enel X e gli utenti e, soprattutto, non avrebbe consentito di accedere alle funzioni distintive della app, come la prenotazione e l'attivazione della ricarica. Tutte queste opzioni, però, non rispondevano alle esigenze di Enel X, poiché non permettevano né la prenotazione né l'avvio della ricarica. Inoltre, i documenti interni di Google dimostrano come l'obiettivo principale dell'incontro non fosse la risoluzione della questione JuicePass, ma lo sblocco delle trattative relative ai servizi di cloud computing con il Gruppo Enel.¹⁹⁰

A seguito di quella call, Enel X Italia chiese di definire una tempistica chiara per rendere effettivamente utilizzabile una delle soluzioni proposte ma i confronti interni a Google mostrarono l'assenza di volontà di modificare i propri piani di sviluppo o di fornire garanzie temporali. Nel complesso quindi, emerge un atteggiamento chiaramente ostruzionistico da parte di Google che, pur mostrando disponibilità formale al dialogo, ha sistematicamente evitato di adottare soluzioni effettive, mantenendo il controllo sull'ecosistema Android Auto e rafforzando il ruolo delle proprie applicazioni a scapito dei concorrenti.

4.3 Inquadramento Giuridico della Condotta di Google

4.3.1 La Finalità Escludente E Gli Effetti Della Condotta Di Google

Il comportamento di Google nei confronti di Enel X Italia si è concretizzato nel rifiuto sistematico di rendere disponibile su Android Auto l'app JuicePass, già Enel X Recharge. Tale rifiuto non si è limitato a negare la pubblicazione della app, ma si è tradotto soprattutto nella mancata predisposizione di soluzioni tecniche che avrebbero consentito l'interoperabilità in condizioni di sicurezza, sia mediante lo sviluppo di template dedicati, sia attraverso l'uso di comandi vocali (Actions-on-Google). In tal modo, JuicePass è rimasta esclusa dalla piattaforma

¹⁹⁰ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

automobilistica di Google, mentre risultano invece disponibili Google Maps, Waze (entrambi di proprietà Google) e, come eccezione, l'app coreana Kakao, pubblicata come custom app.

A partire dal primo rifiuto del settembre 2018, l'esclusione si è protratta per oltre due anni, durante i quali Google ha parallelamente rafforzato la propria offerta di servizi collegati alla mobilità elettrica all'interno di Maps. Al contrario, JuicePass si distingue come applicazione specialistica, in grado di offrire un servizio completo rispetto alle esigenze specifiche della ricarica elettrica (ricerca delle colonnine, prenotazione, attivazione e pagamento delle sessioni di ricarica). L'esclusione da Android Auto ha dunque comportato un ostacolo significativo per un concorrente diretto, rafforzando di fatto la posizione della app proprietaria Google Maps.¹⁹¹

In questa prospettiva, la condotta di Google appare chiaramente riconducibile a una finalità escludente e discriminatoria disciplinata dall'art. 102 TFUE lett. b): da un lato, ha procrastinato l'ingresso di un competitor rilevante sulla propria piattaforma; dall'altro, ha garantito un vantaggio indebito alla propria applicazione. Tale valutazione risulta confermata da tre elementi:

- l'esistenza di un rapporto competitivo tra le app di servizi di ricarica e quelle di navigazione, nello specifico segmento dei servizi digitali connessi alla mobilità elettrica;
- l'impegno dimostrato da Google nell'arricchire costantemente la propria offerta in tale settore;
- le caratteristiche innovative e distintive di JuicePass rispetto a Google Maps.¹⁹²

Come già precedentemente enunciato, nel diritto antitrust l'accertamento dell'abuso di posizione dominante prescinde dall'intenzionalità della condotta: è sufficiente che un'impresa dominante, per effetto delle proprie decisioni, distorca la concorrenza. In questo caso, la posizione di dominanza che Google riveste rispetto ad Android Auto comportava un dovere specifico di garantire l'interoperabilità e un accesso equo alle app di terzi. Questo perché solo Google, in quanto gestore effettivo di Android, può stabilire le linee di sviluppo degli strumenti di programmazione per Android Auto che rendono possibile la creazione di app utilizzabili in condizioni di sicurezza durante la guida. Il rifiuto di includere JuicePass, senza alcuna giustificazione oggettiva, ha determinato la violazione del principio di non discriminazione (level playing field), sia in senso statico (negando a Enel X funzioni già disponibili su Maps), sia

¹⁹¹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁹² https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

in senso dinamico (impedendo l'introduzione di servizi innovativi non ancora offerti da Google) e quindi dell'art. 102 TFUE lett. b).¹⁹³

Nonostante Google cerchi di obiettare dicendo che JuicePass non avrebbe un numero di download tale da giustificare l'interoperabilità, o che la prenotazione delle colonnine può avvenire a veicolo fermo, la mancata disponibilità su Android Auto ha privato Enel X di un canale fondamentale per competere ad armi pari con Google Maps, confermando la natura anticoncorrenziale della condotta.

4.3.2 Nessuna Delle Argomentazioni Di Google Appare Condivisibile

Le giustificazioni avanzate da Google non risultano condivisibili. In primo luogo, il riferimento al numero di download della app non è un indicatore attendibile del suo utilizzo effettivo. Come la stessa Google ha ammesso, molte app scaricate vengono poi rimosse: ciò che conta è l'effettiva utilità per l'utente, che dipende dalla possibilità di usare la app in modo semplice e sicuro durante la guida (tramite Android Auto) e dall'ampiezza delle funzioni rese disponibili.¹⁹⁴

In secondo luogo, i dati forniti da Google non dimostrano che l'uso di Android Auto sia modesto. L'indicatore prescelto (rapporto tra utenti mensili e numero di auto compatibili) è poco rappresentativo, poiché non considera né il numero complessivo di possessori di dispositivi Android né gli effettivi utilizzatori di app alla guida. Inoltre, anche assumendo attendibile tale metrica, il valore rilevato (12% nel 2020) appare tutt'altro che marginale, soprattutto se confrontato con l'utilizzo di Google Maps su Android Auto, pari al 3,5% nel 2021, app che nondimeno Google ha ritenuto necessario sviluppare sin dalle prime fasi.¹⁹⁵

In terzo luogo, l'argomento secondo cui molti utenti continuerebbero a usare app direttamente sullo smartphone conferma, piuttosto, l'importanza di Android Auto per garantire sicurezza e riduzione delle distrazioni alla guida. Lo stesso sviluppo di template, custom app e strumenti vocali da parte di Google dimostra che tale esigenza è alla base della piattaforma.¹⁹⁶

Infine, la tesi secondo cui sarebbe sufficiente fermarsi per 30-60 secondi per prenotare una colonnina appare irrealistica. Essa non considera i tempi di ricerca della colonnina, né la

¹⁹³ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁹⁴ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁹⁵ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁹⁶ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

necessità di trovare un'area di sosta sicura, con un conseguente peggioramento dell'esperienza utente e un evidente contrasto con la logica di sicurezza che ispira Android Auto.

In conclusione, le argomentazioni di Google non superano il rilievo fondamentale: Android Auto rappresenta uno strumento imprescindibile per l'effettiva fruizione di app destinate all'uso durante la guida. Essendo Google l'unico soggetto in grado di fornire gli strumenti di programmazione necessari, la sua condotta integra i presupposti dell'"indispensabilità" richiesti dalla giurisprudenza europea per configurare un rifiuto abusivo a contrarre, in violazione dell'art. 102 TFUE.

4.3.3 L'idoneità Della Condotta Omissiva A Eliminare Una Concorrenza Effettiva

La condotta di Google gli ha consentito di consolidare la propria posizione nel mercato dei servizi di ricarica elettrica tramite Google Maps su Android Auto, impedendo nel contempo a Enel X Italia di costruire una base utenti significativa per JuicePass. Gli effetti di rete tipici delle piattaforme digitali e la possibilità di fenomeni di "winner-takes-all" rendono tale differimento particolarmente rilevante poiché rischia di impedire alla app di Enel X Italia di affermarsi tra le app effettivamente utilizzate dagli utenti.¹⁹⁷

Le app per la ricarica elettrica sono destinate a un utilizzo durante la guida, dove l'esperienza di ricarica deve risultare agevole e senza frustrazioni legate alla cosiddetta "ansia da ricarica" e, siccome nell'ecosistema Android l'ambiente elettivo per JuicePass è Android Auto, ne consegue che la condotta omissiva di Google non si limita a ostacolare temporaneamente l'ingresso di un concorrente, ma ha il potenziale di provocarne l'esclusione definitiva dal mercato. In particolare, la mancata disponibilità di JuicePass su Android Auto nei periodi di crescita significativa dei veicoli elettrici (2020-2025) ha ridotto drasticamente le possibilità della app di costruire una base utenti attiva.

In termini giuridici, la condotta di Google configura un rifiuto ingiustificato a contrarre ai sensi dell'articolo 102 TFUE lett. b), che come precedentemente detto, si realizza quando l'impresa in posizione dominante rifiuta, senza un motivo oggettivamente valido, di fornire ai concorrenti un proprio prodotto indispensabile per competere nel mercato a valle. Il Tribunale di primo grado ha chiarito che la ratio dell'art. 102 del TFUE è quella di "preservare una concorrenza non falsata nel mercato comune" e che, pertanto, l'intervento delle autorità antitrust non deve

¹⁹⁷ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

“aspettare che i concorrenti siano estromessi dal mercato, o che tale estromissione sia sufficientemente imminente”.¹⁹⁸ Inoltre, il Tribunale ha affermato che l’intervento preventivo delle autorità antitrust, rispetto al concretizzarsi di rischi di eliminazione di un concorrente, è tanto più legittimo quando il mercato “è caratterizzato da considerevoli effetti di rete e una simile estromissione sarebbe pertanto difficilmente reversibile”.¹⁹⁹

Infine, il Tribunale ha affermato che “non occorre dimostrare l’eliminazione di qualsiasi presenza concorrenziale sul mercato. Infatti, quel che rileva ai fini di una violazione dell’art. 82 CE è che il rifiuto di cui si discute rischi di eliminare qualsiasi concorrenza effettiva sul mercato o che sia idoneo a farlo.

4.3.4 L’ostacolo Alla Comparsa Di Un Nuovo Prodotto Per Il Quale Esiste Una Domanda Potenziale

La condotta di Google ha prodotto una disparità di trattamento ingiustificata tra le proprie applicazioni (in particolare Google Maps) e l’app JuicePass di Enel X Italia, con effetti negativi sui consumatori. Infatti, su Android Auto gli utenti possono accedere esclusivamente ai servizi di ricerca e navigazione di Google Maps per individuare colonnine di ricarica, mentre non hanno la possibilità di utilizzare JuicePass, che avrebbe garantito un ventaglio di funzionalità più ampio e mirato alla ricarica dei veicoli elettrici. L’assenza di JuicePass su Android Auto ha quindi ridotto la varietà dei servizi disponibili, limitando le scelte del consumatore e potenzialmente anche la qualità complessiva dell’offerta. Inoltre, tale restrizione potrebbe aver contribuito a rallentare la diffusione della mobilità elettrica, ostacolando un processo di transizione ambientale di rilevanza strategica. Se l’esclusione dovesse protrarsi e trasformarsi in definitiva, la perdita di benessere per i consumatori assumerebbe carattere strutturale.²⁰⁰

Gli effetti di lungo periodo sarebbero ancora più significativi: oltre alla riduzione della concorrenza e della varietà di servizi, vi sarebbe anche una dispersione degli ingenti investimenti in tecnologia sostenuti da Enel X Italia per sviluppare JuicePass. Non meno rilevante è la privazione, per l’azienda, della possibilità di raccogliere ed elaborare i dati generati dagli utenti che costituiscono un input fondamentale per migliorare le offerte commerciali, ottimizzare la rete di infrastrutture di ricarica e affrontare l’“ansia da ricarica”.²⁰¹

¹⁹⁸ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

¹⁹⁹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²⁰⁰ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²⁰¹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

Nel complesso, quindi, la scelta di Google non solo ha ostacolato la diffusione di un prodotto per il quale esisteva una chiara domanda potenziale, ma ha anche frenato il progresso tecnico e limitato la crescita di un settore in fase di sviluppo cruciale come quello della mobilità elettrica. In questo senso, il caso risponde al criterio individuato dalla giurisprudenza dell'Unione europea in materia di rifiuto a contrarre: il comportamento dell'impresa dominante ha impedito l'emergere di un nuovo prodotto, riducendo l'offerta e limitando le possibilità di scelta e di innovazione a danno dei consumatori.

Il Tribunale dell'UE ha chiarito che “la circostanza che il comportamento contestato ostacoli la comparsa di un prodotto nuovo sul mercato dev'essere valutata alla luce dell'art. 82, secondo comma, lett. b), CE, il quale vieta le pratiche abusive consistenti nel «limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori”²⁰² e che “la circostanza relativa alla comparsa di un prodotto nuovo ... non può costituire l'unico parametro che consente di stabilire se il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale possa portare pregiudizio ai consumatori ai sensi dell'art. 82, secondo comma, lett. b), CE. Come risulta infatti dalla lettera di tale disposizione, il detto pregiudizio può verificarsi in presenza di una limitazione non solo della produzione o degli sbocchi, ma anche dello sviluppo tecnico”.²⁰³

4.3.5 L'assenza Di Giustificazioni Oggettive

Dall'analisi delle evidenze disponibili emerge con chiarezza che il rifiuto opposto da Google alla pubblicazione di JuicePass su Android Auto non trovava fondamento in ragioni tecniche, bensì in una scelta di natura prettamente aziendale. La stessa documentazione interna di Google fa riferimento ad una “publishing policy”, ossia ad una regola interna di gestione delle categorie di app ammesse sulla piattaforma, che per sua natura è derogabile e modificabile dall'impresa. Di conseguenza, Google si trovava nella posizione di poter accogliere le richieste di Enel X Italia, ma ha preferito mantenere un approccio di chiusura.

Il punto centrale è che la politica di pubblicazione applicata da Google prevedeva un trattamento discriminatorio a favore delle proprie app proprietarie – Google Maps e Waze – rispetto a quelle di terzi, come JuicePass, che pure offrivano funzionalità analoghe o addirittura più complete. Mentre le app di Google godevano dell'accesso pieno all'ambiente Android Auto, alle app esterne venivano precluse non solo le funzioni di navigazione, ma anche quelle ulteriori, quali la prenotazione delle colonnine e l'avvio della sessione di ricarica. In questo

²⁰² https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²⁰³ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

modo, Google non garantiva un level playing field, né in senso statico (pari accesso alle funzioni già disponibili), né in senso dinamico (pari possibilità di sviluppare nuove funzioni innovative). Gli strumenti tecnici per assicurare l'uso sicuro di app come JuicePass erano però già stati individuati dalla stessa Google (template standardizzati, sviluppo di custom app e piattaforma Actions-on-Google) e permettevano di limitare la distrazione alla guida e rispettare i criteri di sicurezza che costituiscono la ragion d'essere di Android Auto. Nonostante ciò, Google non li ha resi disponibili per Enel X Italia in tempi utili, né ha mostrato volontà di trovare soluzioni alternative.²⁰⁴

Il comportamento di Google appare ancora più significativo se si considera che il Gruppo Enel era per l'impresa un partner strategico, sia sul piano commerciale grazie ai contratti cloud e all'integrazione dei dati di ricarica in Google Maps, sia sul piano relazionale, anche per prevenire possibili segnalazioni alle autorità antitrust.

Le giustificazioni addotte dall'impresa risultano, nel complesso, poco coerenti. In più occasioni Google ha sostenuto che il numero di utenti di Android Auto e di JuicePass fosse troppo ridotto per giustificare ulteriori investimenti. Tuttavia, tale argomento non regge in un'ottica prospettica: sia la mobilità elettrica, sia i sistemi di infotainment a bordo erano (e sono) settori in rapida espansione, caratterizzati da rilevanti prospettive di crescita. La stessa Google ha investito risorse ingenti nello sviluppo di Android Auto, di Android Automotive OS e nei servizi di ricarica integrati in Maps, a dimostrazione che riconosceva pienamente le potenzialità del mercato.²⁰⁵

Ugualmente debole appare il richiamo alla carenza di risorse tecniche poiché Google, in quanto una delle principali Big Tech globali, dispone di mezzi finanziari e capacità di attrarre personale altamente qualificato ben superiori a quelle di un concorrente come Enel X Italia. Peraltro, quest'ultima si era detta disponibile a contribuire con risorse proprie e a testare la compatibilità della propria app con gli standard di sicurezza definiti da Google, senza ricevere alcun riscontro.²⁰⁶

L'argomento della sicurezza alla guida, più volte evocato da Google, risulta altrettanto non convincente poiché la sicurezza non dipende dalla tipologia di servizio offerto (prenotazione, pagamento, ricerca, musica), ma dalle modalità di interazione tra utente e interfaccia, le quali potevano essere agevolmente gestite tramite comandi vocali o con i template già predisposti da Google. Non a caso, su Android Auto erano presenti altre app di navigazione, non solo quelle

²⁰⁴ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²⁰⁵ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²⁰⁶ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

proprietarie, ma anche Kakao in Corea del Sud ed è quindi evidente che non vi fosse un impedimento tecnico assoluto.²⁰⁷

Infine, le modalità con cui Google ha articolato i propri rifiuti rafforzano l'impressione di un atteggiamento dilatorio e incoerente perché nelle prime tre occasioni ha sostenuto che Android Auto ammetteva solo app di media e messaggistica, ignorando la presenza delle proprie app di navigazione; nel quarto rifiuto ha riconosciuto questa eccezione, ma ha omesso di menzionare la disponibilità di Kakao e solo in seguito ha prospettato la possibilità di sviluppare un nuovo template, senza però definire tempi o procedure concrete.²⁰⁸

In conclusione, il rifiuto opposto da Google alla pubblicazione di JuicePass non appare sorretto da motivazioni oggettive, proporzionate o ragionevoli. Al contrario, risulta fondato su argomentazioni contraddittorie e su una politica aziendale applicata in maniera discriminatoria, che ha avuto l'effetto di rafforzare la posizione dominante di Google, limitando l'accesso dei concorrenti e ostacolando lo sviluppo di soluzioni innovative a beneficio dei consumatori e del mercato della mobilità elettrica.

4.3.6 Il Pregiudizio al Commercio Euro-Unitario

La condotta di Google rientra chiaramente nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 TFUE, che vieta l'abuso di posizione dominante, in quanto potenzialmente idonea a pregiudicare il commercio tra Stati membri. La nozione di "pregiudizio al commercio" deve essere interpretata, secondo la Comunicazione della Commissione (2004/C 101/07), in senso ampio: non è necessario che vi sia un impatto diretto e attuale, ma è sufficiente che la pratica sia capace di influenzare, anche solo in via potenziale o indiretta, i flussi commerciali dell'Unione Europea.²⁰⁹

Nel caso in esame, l'esclusione di JuicePass da Android Auto non si limita a produrre effetti nel mercato italiano, ma assume una rilevanza ben più ampia. Da un lato, infatti, l'Italia costituisce parte integrante e significativa del mercato interno europeo; dall'altro, Enel X opera già in diversi Stati membri, così come Google è attiva in maniera capillare in tutta l'Unione. Pertanto, la condotta contestata non solo ostacola un operatore nazionale, ma restringe in modo sensibile le possibilità di espansione e di concorrenza transfrontaliera, con effetti negativi sull'innovazione, sullo sviluppo di nuovi modelli di business legati alla mobilità elettrica e, in

²⁰⁷ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²⁰⁸ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²⁰⁹ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06))

generale, sul progresso tecnico. Ne deriva che il comportamento di Google non incide soltanto sul benessere dei consumatori italiani, ma si traduce in una limitazione dell'offerta e delle dinamiche concorrenziali a livello europeo, riducendo la possibilità di scelta degli utenti e rallentando la diffusione di soluzioni tecnologiche innovative nell'intero mercato interno.

4.3.7 Gravità e Durata Dell'infrazione

La condotta di Google viene qualificata come particolarmente grave, alla luce di tre elementi principali: la natura escludente delle pratiche, il ruolo dominante dell'impresa coinvolta e il contesto di mercato in cui tali condotte si sono inserite.²¹⁰

L'abuso contestato non solo incide sul benessere dei consumatori e sulla struttura concorrenziale del mercato delle app per la ricarica elettrica, ma rischia anche di ostacolare l'innovazione e lo sviluppo di nuovi servizi digitali. Tale effetto è amplificato dal fatto che il settore della mobilità elettrica si trova in una fase cruciale di avvio, in cui la crescita delle infrastrutture di ricarica e dei servizi connessi è determinante per favorire la diffusione dei veicoli elettrici e, di conseguenza, per accelerare la transizione verso una mobilità più sostenibile.

Il peso dell'infrazione è aggravato dal ruolo di Google, una delle Big Tech più influenti a livello globale, con prodotti e piattaforme (tra cui Android, Google Maps e Google Play) che raggiungono miliardi di utenti. L'impatto delle sue decisioni, pertanto, non si limita a singoli operatori, ma si estende all'intera economia digitale e, in questo caso, a un settore strategico per le politiche europee di sviluppo verde e digitale.

Quanto alla durata, l'infrazione ha avuto inizio almeno dal 20 settembre 2018, data del primo rifiuto espresso a Enel X Italia e Google non ha adottato alcuna soluzione definitiva che permetta la piena pubblicazione e utilizzabilità di JuicePass su Android Auto. La sola disponibilità di un template in versione beta non equivale a un rimedio concreto, in quanto non garantisce tempi certi, stabilità della soluzione né l'inclusione delle funzioni essenziali richieste (prenotazione e avvio della ricarica).

Quindi, la combinazione tra la gravità intrinseca della condotta, il ruolo centrale di Google nel mercato digitale e la durata protratta nel tempo rafforza il giudizio di una violazione di estrema rilevanza sotto il profilo antitrust.

²¹⁰ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

4.3.8 Quantificazione Della Sanzione

Nel determinare la sanzione da infliggere a Google, l'Autorità si è basata sull'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, il quale stabilisce che in caso di infrazioni gravi, può essere inflitta una sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato realizzato dall'impresa nell'ultimo esercizio chiuso prima della notifica della diffida.

Per quantificare la sanzione, l'Autorità ha seguito le Linee Guida previste dalla legge, che richiedono di considerare diversi fattori, tra cui la gravità della violazione, le condizioni economiche dell'impresa, il comportamento tenuto durante il procedimento e le eventuali iniziative atte a ridurre o attenuare le conseguenze della violazione. Nel caso in esame, l'infrazione contestata è ritenuta molto grave dal momento che, non solo Google è una delle principali imprese tecnologiche mondiali, con una forza finanziaria enorme, e già destinataria di precedenti contestazioni da parte della Commissione Europea, ma l'azienda non ha nemmeno intrapreso alcuna azione per limitare gli effetti del comportamento illecito.²¹¹

Google è stata invitata a fornire i dati di fatturato per l'Italia e i criteri utilizzati per le stime, ma le informazioni ricevute sono risultate inaffidabili e incomplete, con dati incongruenti rispetto al bilancio consolidato di Alphabet. In particolare, mentre Google dichiarava un fatturato nullo per Android, il bilancio evidenziava ricavi generati da tale piattaforma, inserita nei cosiddetti Google Services, insieme a Chrome, YouTube, Google Search, Google Play e Google Maps, che generano ricavi principalmente pubblicitari, ma non esclusivamente, e non è possibile distinguere il contributo specifico di Android.²¹²

Per questo motivo, l'Autorità ha proceduto a una stima autonoma del fatturato rilevante, partendo dai ricavi globali dei Google Services (circa 147,9 miliardi di euro nel 2020) e considerando la quota di mercato attribuibile all'Italia e la rilevanza di Android, Google Play e Google Maps. L'incidenza cumulativa di questi prodotti sul fatturato dei Google Services è stata stimata intorno al 10%.²¹³

Una volta determinato il fatturato rilevante, la sanzione base è stata calcolata applicando una percentuale proporzionale alla gravità dell'infrazione e alla durata della condotta, che in questo caso è stata di due anni, sette mesi e sette giorni. La percentuale applicata è stata fissata tra il 10 e il 20%, tenendo conto del fatto che Google controlla punti di accesso fondamentali agli

²¹¹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²¹² https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²¹³ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

utenti finali e che la condotta ha già escluso un concorrente, con possibili ulteriori effetti negativi per i consumatori e per il progresso tecnico. In aggiunta, per assicurare un'effettiva deterrenza, l'Autorità ha previsto un incremento supplementare, tra il 15 e il 25% del fatturato rilevante, in considerazione della gravità della restrizione concorrenziale posta in essere da Google.²¹⁴

Non sono state considerate ulteriori circostanze aggravanti o attenuanti ed in particolare, il parere legale interno di Google, secondo cui la condotta non violava la legge, non può costituire attenuante, dato che la condotta è proseguita in maniera continuativa anche dopo l'avvio del procedimento. Inoltre, l'Autorità ha escluso che nel caso specifico possano trovare applicazione le circostanze eccezionali invocate da Google, ossia la complessità del contesto giuridico e fattuale e la presunta novità della fattispecie poiché, in realtà, la questione riguarda esclusivamente questioni tecnologiche e di interoperabilità, settori sui quali Google ha piena conoscenza e controllo.²¹⁵

Infine, considerata l'enorme rilevanza economica di Google a livello mondiale e il fatturato globale molto elevato, l'Autorità ha applicato una maggiorazione del 50% della sanzione complessiva. Il risultato finale è una sanzione pari a 102.084.433,91 euro, importo ben al di sotto del limite massimo previsto dalla legge, corrispondente allo 0,064% del fatturato globale di Alphabet nel 2020.

4.3.9 Imposizione degli Obblighi in Capo a Google

L'efficacia dell'intervento antitrust non può limitarsi alla sola irrogazione della sanzione pecuniaria, ma richiede anche l'imposizione di specifici obblighi in capo a Google, volti ad impedire che la condotta contestata continui a produrre effetti escludenti. Infatti, se non adeguatamente corretta, la pratica oggetto del procedimento determinerebbe una persistente alterazione della struttura del mercato, con conseguenze irreversibili: l'esclusione di un concorrente innovativo quale Enel X Italia, la dispersione degli ingenti investimenti tecnologici sostenuti da quest'ultima, una contrazione della varietà dell'offerta per gli utenti finali e, non da ultimo, un rallentamento nello sviluppo della rete di infrastrutture per la ricarica dei veicoli elettrici. È quindi necessario assicurare un tempestivo ripristino di condizioni di parità concorrenziale per le app che offrono servizi di ricarica elettrica tramite Android Auto.

²¹⁴ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²¹⁵ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

Nel corso dell'istruttoria è emerso che Google ha sviluppato un template in versione beta per consentire la realizzazione di applicazioni dedicate alla ricarica elettrica. Tuttavia, la disponibilità di tale strumento non garantisce una soluzione concreta ed effettiva; non è stato reso noto infatti quando la versione definitiva sarebbe stata resa pubblica, né se essa sarebbe realmente risultata idonea a supportare tutte le funzionalità che Enel X Italia ha sin dall'inizio richiesto, in particolare la prenotazione e l'avvio della sessione di ricarica. È inoltre Google stessa ad avere individuato nello sviluppo di un template l'unica soluzione tecnica percorribile, avendo escluso la possibilità di procedere attraverso applicazioni personalizzate (custom app).

Considerata la natura tecnica degli obblighi che occorre imporre, l'Autorità ha ritenuto necessario avvalersi della collaborazione di un fiduciario indipendente, incaricato di verificare puntualmente l'attuazione degli impegni. Tale fiduciario doveva possedere specifiche competenze in materia di sviluppo di applicazioni, non avere legami con Google o con le sue controllate ed essere al riparo da ogni possibile conflitto di interessi.²¹⁶

Il mandato del fiduciario comprendeva una serie di attività di rilievo: in primo luogo, verificare i tempi entro i quali Google avrebbe reso disponibile la versione definitiva del template; successivamente, valutare l'idoneità dello stesso a consentire lo sviluppo di JuicePass per Android Auto con tutte le funzioni essenziali, compresa la prenotazione e l'avvio della ricarica. Qualora fosse risultato necessario integrare o sviluppare ulteriori funzionalità, il fiduciario avrebbe dovuto predisporre un piano di azione, corredato da tempistiche, da sottoporre all'approvazione dell'Autorità. Inoltre, egli sarebbe stato chiamato a monitorare costantemente le attività di Google, a fungere da punto di contatto per le richieste di Enel X Italia e a trasmettere relazioni periodiche sull'andamento dell'attuazione, segnalando eventuali criticità.²¹⁷

Venendo al merito degli obblighi, Google sarebbe stata tenuta innanzitutto a rilasciare senza ulteriori indugi la versione definitiva del template destinato alle app di ricarica elettrica. Qualora tale strumento non avesse consentito lo sviluppo di un'app compatibile con Android Auto dotata di tutte le funzionalità richieste, Google avrebbe dovuto completarlo con le funzioni mancanti o, in alternativa, predisporne uno nuovo. Tale secondo obbligo aveva carattere eventuale, ma rappresentava un presidio indispensabile per assicurare che JuicePass potesse competere ad armi pari con le altre applicazioni già disponibili su Android Auto.

²¹⁶ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²¹⁷ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

Parallelamente, Google avrebbe dovuto garantire al fiduciario pieno accesso alle informazioni e alle risorse necessarie, collaborando attivamente con lo stesso.²¹⁸

Gli obblighi così configurati apparivano proporzionati e indispensabili al raggiungimento dell'obiettivo perseguito dall'Autorità, vale a dire il tempestivo ripristino di condizioni concorrenziali effettive nel settore delle applicazioni per la ricarica elettrica. L'obbligo di rilascio del template definitivo rispondeva all'esigenza di fornire agli sviluppatori, e quindi anche a Enel X Italia, tempi certi e strumenti concreti per pubblicare le proprie app. L'ulteriore obbligo di integrazione o sviluppo di un nuovo template garantiva invece che JuicePass potesse incorporare tutte le funzioni essenziali, evitando che rimanesse strutturalmente penalizzata rispetto alle applicazioni concorrenti.²¹⁹

Alla luce delle risultanze istruttorie, non è stato possibile individuare soluzioni alternative che, con minore impatto, potessero assicurare un risultato equivalente. La particolare urgenza di ripristinare condizioni di concorrenza in un mercato in rapida evoluzione ha reso imprescindibile un intervento di questo tipo, calibrato sulle specifiche responsabilità e capacità tecniche di Google.

Conclusione

Il fine dell'elaborato, come già anticipato nell'introduzione dello stesso, era quello di analizzare una fattispecie di condotta, quella dell'abuso di posizione dominante, che, a mio parere, risulta essere la più pericolosa e dannosa di quelle trattate dall'art. 102 del TFUE.

Le pratiche che configurano un abuso di posizione dominante sono, infatti, come abbiamo precedentemente visto, molteplici e possono, alle volte, presentarsi congiuntamente -una condotta, ad esempio, può assumere i caratteri di una pratica di sfruttamento, ma allo stesso tempo produrre degli effetti escludenti- rendendo più complesso non solo il processo di individuazione ma anche quello sanzionatorio. È fondamentale perciò che le condotte tipizzate, non siano esaustive, bensì che lascino un margine di libertà che permetta alle autorità, nazionali e comunitarie, di sanzionare anche condotte che vadano aldilà delle fattispecie riportate nelle norme.

²¹⁸ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

²¹⁹ https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

Tale approccio estensivo risulta ancor più necessario nella valutazione delle condotte che riguardano i mercati digitali, poiché, a mio avviso, ancor più soggetti a pratiche abusive. I mercati digitali si caratterizzano, infatti, per una dinamica competitiva peculiare, in cui imprese già dotate di una posizione di forza possono consolidare rapidamente la propria dominanza ed estenderla a settori adiacenti o completamente nuovi. Tale fenomeno è favorito dalla combinazione di ingenti risorse finanziarie e, soprattutto, dagli effetti di rete che conferiscono un vantaggio cumulativo ai cosiddetti “giganti commerciali”. In virtù di tali meccanismi, l’ingresso di un operatore dominante in un mercato differente da quello originario tende a tradursi in un’espansione pressoché immediata della propria influenza, riducendo gli spazi di effettiva contendibilità per gli altri concorrenti.

Alla luce di quanto finora esposto è chiaro che lo sviluppo delle piattaforme digitali e l’emersione di nuovi modelli di business basati sui dati hanno reso evidente che le norme antitrust, pensate per mercati “classici” mostrino limiti significativi (come ha mostrato il caso Google-Enel X). Ritengo, pertanto, che una spinta all’efficacia della disciplina antitrust sia possibile e possa essere ottenuta attraverso varie vie:

Innanzitutto introducendo o rafforzando strumenti di prevenzione come il Digital Markets Act (DMA) che ha questo scopo, ma occorrerà comunque una costante revisione per garantire che le regole rimangano adeguate rispetto a innovazioni tecnologiche sempre più veloci. La prevenzione è fondamentale poiché le regole antitrust si basano storicamente su un modello *ex post*, che consente di intervenire solo dopo l’accertamento di una condotta abusiva. Nei mercati digitali, tuttavia, i tempi di reazione delle autorità risultano troppo lenti rispetto alla rapidità con cui i giganti tecnologici consolidano la propria posizione ed è per questo motivo che risulta necessario intervenire *ex ante*, prevedendo le condotte di questi “giganti commerciali” o arginando i danni derivanti dalle loro condotte.

Parallelamente, un punto critico dei casi antitrust digitali riguarda la difficoltà di individuare e sanzionare condotte elusive o “tecniche”, come nel rifiuto di concedere l’accesso a un’infrastruttura digitale. Sarebbe opportuno quindi predisporre un quadro normativo che stabilisca obblighi di accesso equo e non discriminatorio agli ecosistemi dominanti, riducendo i margini di discrezionalità delle piattaforme in modo tale da evitare lunghe dispute interpretative e rendere immediatamente applicabili le regole di concorrenza.

Bibliografia

- A.VANZETTI, V. DI CATALDO – Manuale di diritto industriale, 2012, Giuffrè Editore
- COMMUNICATION FROM THE COMMISSION GUIDANCE on the Commission's enforcement priorities in applying Article [102] of the to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02) (European Commission) 2009/C45/02, [2009] OJ C 45/7
- COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE (2023/C 116/01) - Modifiche alla comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti
- FEDERICO GHEZZI; GUSTAVO OLIVIERI, Diritto Antitrust, Giappichelli Editore, 2023
- FRANCESCO FIMMANO' ; ANTONIO CATRICALA' ; CARLO EDOARDO CAZZATO, Diritto Antitrust, Lefebvre Giuffrè, 2021
- S. BASTIANON – L'Abuso di posizione dominante, 2001, Giuffrè Editore

Sitografia

https://www.okpedia.it/concorrenza_perfetta

<https://www.treccani.it/enciclopedia/antitrust/>

<https://www.altalex.com/documents/news/2008/02/12/introduzione-al-diritto-della-concorrenza>

<https://www.dirittoeconomiaimpresa.it/utilizzo-del-trust-in-ambito-societario>

<https://www.greelane.com/it/humanities/storia--cultura/robber-baron-definition-1773342/>

[file:///C:/Users/Maria/Downloads/9791221104820%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Maria/Downloads/9791221104820%20(1).pdf)

<file:///C:/Users/Maria/Downloads/Antitrust 2 .pdf>

<file:///C:/Users/Maria/Downloads/9788875246006.pdf>

<https://www.archives.gov/milestone-documents/interstate-commerce-act>

<https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act>

<https://www.britannica.com/money/Clayton-Antitrust-Act>

<https://www.investopedia.com/terms/c/clayton-antitrust-act.asp>

<https://history.house.gov/HistoricalHighlight/Detail/15032424979>

<https://www.investopedia.com/terms/r/robinson-patman-act.asp>

<https://www.investopedia.com/terms/c/the-celler-kefauver-act.asp>

<https://www.investopedia.com/terms/h/hart-scott-rodino-antitrust-improvements-act-of-1976.asp>

<https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/09/Section-7.pdf>

<https://lawforeverything.com/federal-trade-commission-act/>

<https://thelawtoknow.com/2024/12/01/federal-trade-commission/>

<https://www.ftc.gov/about-ftc/mission/enforcement-authority>

<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-388/pdf/COMPS-388.pdf>

<https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices>

<https://www.britannica.com/event/Great-Depression>

https://www.mondadorieducation.it/media/contenuti/universita/roccucci_storia_contemporanea/assets/documents/cap_15_2.pdf

https://soci.il-cubo.it/bdati/50320_Il%20New%20Deal.pdf

<https://www.geopop.it/crisi-del-29-cause-caratteristiche-conseguenze-della-grande-depressione/>

<https://www.fattiperlastoria.it/crisi-1929-grande-depressione/>

<https://www.archives.gov/milestone-documents/national-industrial-recovery-act>

<https://www.ilpost.it/2013/03/09/che-cosa-fu-il-new-deal/>

<https://www.upi.com/Archives/1933/07/01/Roosevelt-relaxes-anti-trust-laws-as-part-of-New-Deal/9342061118624/>

<https://hbr.org/2017/12/the-rise-fall-and-rebirth-of-the-u-s-antitrust-movement>

<https://www.treccani.it/enciclopedia/autarchia/>

<https://www.antitrustlawsources.com/2021/06/1990s-to-the-present-the-chicago-school-and-antitrust-enforcement/>

<https://www.antitrustlawsources.com/2021/06/1990s-to-the-present-the-chicago-school-and-antitrust-enforcement/>

<https://www.britannica.com/money/Chicago-school-of-economics>

<https://academic.oup.com/jeclap/article/9/3/131/4915966>

<https://www.justice.gov/archives/opa/pr/justice-department-challenges-attdirectv-s-acquisition-time-warner>

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:IT:PDF>

https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_2.6.12.pdf

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=RO>

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

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992E/TXT#:~:text=Ai%20fini%20enunciati%20all%27articolo%202%2C%20l%27azione%20degli%20Stati,un%27economia%20di%20mercato%20aperta%20e%20in%20libera%20concorrenza>

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506-fd71826e6da6.0017.02/DOC_1&format=PDF

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1990;287>

https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/it/FTU_2.6.12.pdf

<https://iusinitinere.it/il-diritto-antitrust-tra-stati-uniti-e-unione-europea/>

<https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione/parte-i/titolo-iii/articolo-43>

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0331\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XC0331(01))

(“Smart Mobility Report” del settembre 2019 di Energy & Strategy Group)

<https://www.affaritaliani.it/motori/auto-elettriche-in-italia-immatricolazioni-a-82-nel-2025-ma-il-ritardo-rispetto-all-europa-pesa-967596.html>

https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(06\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06))