

Pubblicato il 07/04/2023

N. 03584/2023 REG.PROV.COLL.

N. 07412/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7412 del 2022, proposto da

Alphabet Inc., Google Llc e Google Italy S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Mario Siragusa, Marco Zotta e Saverio Valentino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Enel X Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Enel X Way S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio n. 10147/2022.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2023 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Mario Siragusa, Marco Zotta, Saverio Valentino, Francesco Sclafani e Fabio Cintioli;

1 - Alphabet raggruppa business di natura e dimensioni diverse, il maggiore dei quali fa capo a Google LLC; Google Italy è la controllata italiana del gruppo Google, attiva principalmente nella fornitura di servizi a favore delle altre aziende del gruppo.

2 - Google offre svariati servizi online e prodotti software, tra cui il sistema operativo open source per dispositivi mobili Android, che chiunque può ottenere in licenza e modificare, senza necessità di ottenere alcuna autorizzazione, né di corrispondere alcun compenso.

2.1 - Poiché Android è focalizzato principalmente sui dispositivi mobili e, dunque, richiede modifiche per poter essere adatto all'uso sulle automobili, Google ha sviluppato Android Automotive OS ("AAOS"): un sistema operativo integrato finalizzato a far funzionare i sistemi di infotainment a bordo degli autoveicoli (ossia le funzioni della consolle centrale delle automobili). Come il sistema operativo Android, anche AAOS è messo a disposizione gratuitamente con licenza open source.

Android Auto è invece un'app, lanciata nel 2015, sviluppata per dispositivi mobili con sistema operativo Android, con l'obiettivo di consentire agli utenti di accedere a talune app presenti sul loro smartphone tramite lo schermo integrato di un'automobile.

2.2 - Poiché le attività di collaudo necessarie per assicurarsi che ciascuna app sia installabile su Android Auto sono dispendiose e possono richiedere diversi mesi, Google predispone soluzioni per intere categorie di app sotto forma di template, che consentono agli sviluppatori terzi di costruire versioni delle proprie app compatibili con Android Auto.

Alla fine del 2018, tali template erano disponibili solo per le app di media e di messaggistica; per rispondere all'esigenza degli utenti di poter disporre di app di navigazione di alta qualità compatibili con Android Auto, Google ha altresì sviluppato versioni delle proprie app di mappe e navigazione (ossia, Google Maps e Waze) che fossero compatibili con Android Auto.

In alcuni casi, Google ha altresì consentito agli sviluppatori di costruire "custom app", ossia app personalizzate, sviluppate per essere compatibili con Android Auto in assenza di un template predefinito.

3 - Enel X fornisce servizi per la ricarica dei veicoli elettrici ed il gruppo Enel gestisce più del 60% delle colonnine di ricarica disponibili in Italia.

Nel maggio 2018, Enel X ha lanciato l'app JuicePass, che offre una serie di funzionalità per la ricarica dei veicoli elettrici e, in particolare: la ricerca e la prenotazione delle colonnine di ricarica su una mappa; il trasferimento su Google Maps o Apple Maps, in modo da consentire la navigazione verso la colonnina di ricarica selezionata; l'avvio, l'interruzione e il monitoraggio della sessione di ricarica e il relativo pagamento.

JuicePass è disponibile per gli utilizzatori di smartphone Android e può essere scaricata da Google Play.

3.1 - Enel X ha chiesto di rendere JuicePass compatibile con Android Auto nel settembre 2018. Google ha negato tale possibilità, sul presupposto che le app di media e di messaggistica sarebbero le uniche app di terzi compatibili con Android Auto; Google ha ribadito tale risposta anche in seguito, in data 21 settembre 2018 e 8 novembre 2018, nonostante le reiterate richieste di Enel X.

Dopo altre interlocuzioni tra Enel X e il team italiano di Google, in data 21 dicembre 2018, Enel X ha chiesto a Google una risposta definitiva alla richiesta di concedere a JuicePass l'accesso ad Android Auto, specificando che la versione di JuicePass compatibile con Android Auto avrebbe dovuto includere quattro funzionalità, e in particolare: (i) la ricerca di una colonnina di ricarica compatibile con una data auto elettrica; (ii) la selezione della colonnina di ricarica all'interno di una lista; (iii) la prenotazione della colonnina di ricarica; e (iv) l'avvio della sessione di ricarica.

3.2 - In data 18 gennaio 2019, Google ha informato Enel X che, allo stadio di sviluppo dell'epoca, non era possibile pubblicare JuicePass su Android Auto, spiegando che ciò era dovuto a motivi di sicurezza e alla necessità di allocare in modo razionale le risorse necessarie per lo sviluppo richiesto.

4 - In data 12 febbraio 2019, Enel X ha presentato una segnalazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sostenendo che la condotta di Google, consistente nel rifiuto ingiustificato di consentire a JuicePass di funzionare con Android Auto, integrasse una violazione dell'art. 102 TFUE.

4.1 - Avviato il procedimento, in data 29 novembre 2019, Google ha presentato all'Autorità una proposta di impegni che mirava ad introdurre un template per le app di navigazione compatibili con Android Auto, che però l'Autorità ha respinto.

4.2 - In data 15 ottobre 2020, Google ha rilasciato una versione del template che permetteva di progettare versioni beta di app per la ricarica di auto elettriche compatibili con Android Auto.

5 - Con il provvedimento n. 29645, adottato in data 27 aprile 2021 al termine del procedimento A529, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha deliberato che la condotta posta in essere da Google, consistente nell'ostacolare e procrastinare la pubblicazione dell'app JuicePass, sviluppata da Enel X, sulla piattaforma Android Auto, costituisce un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

5.1 - L'Autorità, con il predetto provvedimento, ha disposto: a) che Google ponga fine ai citati comportamenti distorsivi della concorrenza e si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi; b) che Google dia pronta attuazione agli obblighi indicati alla sezione IX del Provvedimento e, pertanto: i) rilasci la versione definitiva del template per lo sviluppo di app per la

ricarica elettrica; ii) proceda allo sviluppo di eventuali funzionalità mancanti nel template finale, indicate come essenziali da Enel X; iii) trasmetta all’Autorità entro 30 giorni una proposta di nomina del fiduciario per l’attuazione e il monitoraggio dei suddetti obblighi; iv) consenta al fiduciario per l’attuazione e il monitoraggio degli obblighi, approvato dall’Autorità, l’accesso a tutte le informazioni e a tutte le risorse necessarie per lo svolgimento del compito assegnato e di prestare la collaborazione e l’assistenza che saranno richieste; c) l’irrogazione, in solido alle società Alphabet, Google LLC e Google Italy, della sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a €102.084.433,91.

6 – Le società appellanti hanno impugnato tale provvedimento avanti il TAR per il Lazio che, con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto integralmente il ricorso.

7 – Avverso tale pronuncia hanno proposto appello le società originariamente ricorrenti.

Si sono costituite in giudizio l’Autorità e Enel X Italia S.r.l., chiedendo il rigetto dell’appello. Enel X Way S.r.l. è intervenuta ad opponendum.

8 - Il caso in esame riguarda il supposto rifiuto di Google di rendere disponibile sulla piattaforma Android Auto l’app JuicePass (già denominata Enel X Recharge), sviluppata da Enel X Italia per fornire servizi connessi alla ricarica delle auto elettriche.

L’Autorità prospetta che Google, a fronte della richiesta di Enel X Italia, non ha approntato le soluzioni informatiche adeguate, così ostacolando e procrastinando, ingiustificatamente, la disponibilità dell’app di Enel X su Android Auto.

8.1 - Secondo l’Autorità, la condotta di Google assume rilevanza ai fini della tutela della concorrenza e delle dinamiche di mercato in ragione della posizione dominante detenuta da Google, che riveste un ruolo centrale nell’abilitazione delle interazioni e transazioni digitali e, in particolare, nel consentire agli utenti professionali (nel caso di specie, gli sviluppatori) di accedere alla platea degli utenti finali di app.

Nello specifico, le tipologie e le specifiche caratteristiche delle app pubblicabili su Android Auto, nonché la tempistica della definizione e della messa a disposizione dei necessari strumenti di programmazione dipendono esclusivamente da Google.

8.2 - L’Autorità prospetta che la condotta di Google rileva sotto il profilo antitrust anche in ragione della presenza su Android Auto della app proprietaria Google Maps. Infatti, esisterebbe uno spazio competitivo che comprende sia Google Maps (così come altre app di navigazione), sia la app di Enel X Italia (così come altre app di servizi connessi alla ricarica elettrica), dal momento che entrambe le app offrono servizi di ricerca e navigazione relativamente alle colonnine di ricarica (concorrenza effettiva) e, in aggiunta, l’app di Enel X Italia offre funzionalità che sono nuove, ma che potrebbero in futuro essere integrate in Google Maps (concorrenza potenziale); inoltre, l’app di Enel X Italia e Google Maps sarebbero in competizione per gli utenti e per i dati da questi generati.

8.3 – Per tali ragioni, secondo l’Autorità, il rifiuto di Google si configura come una condotta omissiva rispetto alla “speciale responsabilità” di garantire l’interoperabilità di Android Auto relativamente al versante degli sviluppatori di app, con specifico riferimento alla possibilità per Enel X Italia di sviluppare una versione della propria app JuicePass compatibile.

Considerate la parziale sovrapposibilità tra Google Maps e JuicePass e tenuto conto del fatto che Google Maps è su Android Auto, mentre JuicePass ne era esclusa, il rifiuto di Google andrebbe

collocato nel quadro di un rifiuto a consentire l'interoperabilità (rifiuto a contrarre), che ha comportato una violazione del principio di level playing field, consistente in un ingiusto vantaggio della app proprietaria di Google a discapito della app del concorrente Enel X Italia.

9 - Con il primo motivo, parte appellante sottopone a critica la sentenza impugnata ed il provvedimento dove hanno stabilito che Google avesse un obbligo di fornitura nei confronti di Enel X ai sensi del diritto antitrust.

Secondo parte appellante, nel caso di specie sarebbero assenti le condizioni per accertare un rifiuto abusivo di fornitura, così come individuate nella stessa giurisprudenza citata nel provvedimento (Tribunale UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, Microsoft), dove il Tribunale UE ha stabilito che un'Autorità di concorrenza può imporre un obbligo di fornitura ai sensi del diritto antitrust soltanto laddove abbia accertato "cumulativamente" una serie di condizioni, e in particolare: (i) l'obbligo di fornitura deve vertere su un prodotto o un servizio indispensabile per l'esercizio di una determinata attività su un mercato vicino; (ii) il rifiuto di fornitura deve essere idoneo a escludere qualsiasi concorrenza effettiva su tale mercato; e (iii) il rifiuto deve costituire un ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto.

Tanto precisato, nello specifico, parte appellante deduce che:

- l'Autorità non ha mai svolto un'analisi di indispensabilità, limitandosi ad affermare che l'accesso ad Android Auto sarebbe una "*condizione indispensabile affinché gli sviluppatori terzi possano offrire agli utenti finali app utilizzabili in maniera facile e sicura quando i medesimi utenti sono alla guida*";

- la mancanza di accesso ad Android Auto non impedisce alcuna delle funzionalità per le quali JuicePass è stata congegnata; inoltre, sussiste la possibilità che il conducente attacchi il proprio smartphone al cruscotto dell'auto, ad esempio attraverso una ventosa, utilizzando in tal modo la versione semplificata delle app fornita da Android Auto sullo schermo del proprio smartphone, senza proiettarla sullo schermo di bordo;

- la mancanza di accesso ad Android Auto non ha in alcun modo impedito a Enel X di "competere in modo efficace" nel settore dei servizi per la ricarica elettrica, dal momento che JuicePass ha conosciuto una crescita costante e significativa e occupa una posizione di leader nel mercato;

- vi sono moltissime app per la ricarica di veicoli elettrici che operano con successo in Italia, in aggiunta a Enel X (tra le tante, NextCharge, PlugShare e ChargeMap), il che conferma che l'accesso ad Android Auto non era indispensabile per competere.

9.1 - Con il secondo motivo, parte appellante insiste nel sostenere che la condotta di Google è stata sempre corretta e giustificata da considerazioni oggettive e legittime, precisamente:

- per fornire a JuicePass l'accesso ad Android Auto era prima necessario sviluppare un template per le app per la ricarica di veicoli elettrici, in modo da assicurare il pieno rispetto degli standard e requisiti regolamentari in materia di sicurezza alla guida applicabili;

- al momento dell'originaria richiesta di Enel X di accesso ad Android Auto (settembre 2018), il necessario template non esisteva e doveva essere sviluppato, mentre le altre alternative possibili (come ad esempio l'elaborazione di una custom app come per Kakao) non erano concretamente praticabili;

- il template è stato poi realizzato con tempistiche del tutto ragionevoli, tenuto conto che il lavoro ingegneristico per sviluppare un template che consenta l'accesso ad Android Auto richiede inevitabilmente del tempo;

- l'Autorità non ha indicato alcun elemento a supporto della contestazione circa la presunta irragionevolezza del tempo impiegato da Google per sviluppare il template, tenuto anche conto che la pandemia da Covid-19 ha aumentato la complessità del lavoro e ha fatto sì che servisse più tempo ai fini dell'attività di sviluppo.

9.2 - Con il terzo motivo, parte appellante rileva che il provvedimento identifica due mercati a monte, in cui Google deterrebbe una posizione dominante: il mercato della concessione di licenze per sistemi operativi per dispositivi mobili intelligenti, in cui Google è attiva attraverso il sistema operativo Android, e il mercato dei portali di vendita di app per Android (Android app store), in cui Google è attiva attraverso Google Play. Tuttavia, la presunta condotta abusiva contestata a Google riguarda l'app Android Auto che deve essere distinta tanto dal sistema operativo Android, quanto da Google Play.

In altri termini, per accertare un abuso di posizione dominante, il provvedimento avrebbe dovuto definire il mercato rilevante in cui opera Android Auto, e avrebbe dovuto accertare che Android Auto è effettivamente dominante in tale mercato, dal momento che ciò che rileva nel caso di specie è proprio l'accesso ad Android Auto.

9.3 - Con il quarto motivo, parte appellante contesta che il provvedimento si sarebbe erroneamente limitato a individuare uno "spazio competitivo" in cui le app di navigazione sarebbero in concorrenza con le app di ricarica per auto elettriche, senza effettuare l'analisi necessaria per concludere che tale "spazio competitivo" costituirebbe un mercato rilevante ai sensi del diritto della concorrenza.

In particolare, secondo parte appellante, il provvedimento non ha svolto alcuna analisi circa la presunta sostituibilità dal lato della domanda e dal lato dell'offerta tra le app per la ricarica elettrica e le app di navigazione.

Per tale ragione, il provvedimento risulta censurabile nella parte in cui non menziona neppure l'esistenza di uno specifico mercato rilevante a valle, parlando esclusivamente di uno "spazio competitivo".

9.4 – Con il quinto motivo, parte appellante contesta che non sarebbe possibile affermare la sussistenza di un rapporto concorrenziale tra Google Maps e JuicePass su un triplice piano: i) attuale, inteso come presunta sostituibilità tra le due app, relativamente alla funzione di ricerca delle colonnine di ricarica e delle informazioni sulle stesse rilevanti ai fini della ricarica, dal momento che Google Maps e JuicePass non esercitano alcuna pressione concorrenziale reciproca e sono in realtà servizi complementari fra loro; ii) potenziale, sulla base dell'ipotesi che, in futuro, Google possa integrare in Google Maps (su Android Auto) funzioni di prenotazione e pagamento, trattandosi questa di una mera congettura, inidonea a soddisfare lo standard probatorio elaborato dalla giurisprudenza europea; iii) in relazione alla raccolta dei dati generati dagli utenti dei servizi per la ricarica delle auto elettriche, tenuto anche conto che i dati raccolti da Google Maps e da JuicePass sono di tipologie diverse.

9.5 – Con il sesto motivo, parte appellante contesta la quantificazione della sanzione per violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 31 della legge n. 287/90 e dell'art. 11 della legge n. 689/81,

nonché per la violazione e falsa applicazione delle Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità.

10 – L’Autorità, sul piano generale, ha replicato che:

- nei contesti in cui le piattaforme digitali verticalmente integrate fanno leva sulla posizione dominante che detengono nei mercati a monte per affermare il proprio dominio nei mercati a valle, in quelli collegati o, come nel caso di specie, in quelli nascenti, la necessità di garantire la concorrenza deve tener conto dell’estrema dinamicità dei mercati digitali;
- tale dinamicità fa sì che, nel momento in cui la condotta è posta in essere, il mercato che ne è interessato è in fase di evoluzione o, addirittura, che la stessa condotta sta condizionando gli sviluppi del mercato e delle relative dinamiche competitive;
- nei mercati digitali, l’estrema propensione degli operatori all’espansione della propria offerta verso nuove funzionalità fa sì che servizi e prodotti, fino a poco prima ritenuti appartenere a mercati distinti, cominciano a subire la pressione concorrenziale reciproca, ovvero che nuove funzioni vengano “inglobate” in prodotti preesistenti fino a quel momento aventi caratteristiche non assimilabili. Ciò si verifica con frequenza e rapidità ancor più incisiva nei mercati “a più versanti”, in cui gli interessi da soddisfare provengono da più gruppi di utilizzatori della piattaforma (per cogliere l’essenza di tali fenomeni la letteratura economica usa il concetto di “innovation spaces”, come spazi in cui le nascenti relazioni di concorrenza sono destinate a dare origine a futuri mercati);
- ignorare l’esistenza di tali spazi competitivi significa rinunciare a cogliere le condotte anticompetitive che vi si realizzano e, quindi, rinunciare a garantire ai consumatori la possibilità di rivolgersi a più di un interlocutore, beneficiando di maggiori possibilità di scelta.

Per tali ragioni, secondo l’Autorità, gli obiettivi di tutela della concorrenza nei mercati digitali impongono di applicare con dinamismo gli standard logico-giuridici che tradizionalmente guidano le analisi antitrust.

10.1 – Anche Enel X pone l’accento sul fatto che la condotta di Google - accertata dall’Autorità come una fattispecie di rifiuto a contrarre - presenta alcuni caratteri fattuali che si discostano dai “tradizionali” casi di rifiuto a contrarre (quali quelli citati da Google nell’appello), che si sono manifestati in un contesto economico diverso da quello digitale.

Nello specifico, precisa che:

- Enel X non ha chiesto a Google di stipulare un accordo, ma di concedere ad Enel X l’accesso pieno (ossia l’interoperabilità completa) rispetto ad un sistema che non solo è open-source, ma il cui successo deriva proprio dalla possibilità degli utenti-consumatori di accedere alle app sviluppate dalle imprese;
- Google, tramite il rifiuto, ha scelto di configurare il proprio prodotto (Android Auto) in modo tale da impedire la piena interoperabilità con una specifica categoria di app (quelle di ricarica appunto);
- tale rifiuto ha fatto venire meno il level playing field, non consentendo a Enel X di sviluppare JuicePass per Android Auto con funzioni analoghe a quelle della app proprietaria Google Maps, né di introdurre funzioni nuove e diverse, in aggiunta a quelle già rese disponibili da Google Maps.

Per altro vero, Enel X prospetta che se è facoltà di Google decidere tempi, condizioni e modalità di rilascio, tale facoltà non può spingersi fino ad ostacolare – in modo persistente e senza fornire valide giustificazioni di tipo oggettivo – l’innovazione e lo sviluppo tecnico a danno degli utenti-consumatori. Invero, nei mercati digitali, la capacità del prodotto vincente di attrarre a sé, non soltanto la quota dominante, ma addirittura pressoché l’intero mercato è vertiginosa e rapidissima. Qualora JuicePass fosse stata sottoposta a tutti gli ostacoli a cui Google voleva costringerla (utilizzo dell’app sullo smartphone a motore spento per prenotare, accensione successiva per ricaricare etc.), essa sarebbe finita nelle retrovie delle preferenze e delle abitudini dei consumatori.

11 – L’art. 102 TFUE non contiene una definizione di abuso, il quale si presenta come un concetto giuridico generale, e le elencazioni casistiche contenute nella stessa norma sono meramente esemplificative e non esauriscono le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietate dal diritto dell’Unione europea; per tale ragione, è compito dell’interprete ricondurre alla fattispecie normativa astratta il caso concreto, avuto riguardo alla sostanza economica del fenomeno, così come si presenta nel contesto economico di riferimento che, nel caso in esame, è condizionato dalle caratteristiche proprie dei mercati digitali innanzi sommariamente richiamate e ben descritte dalle parti nei propri atti difensivi.

Ciò premesso, nel caso in esame, avuto riguardo agli effetti che la condotta di Google è idonea a determinare nel peculiare settore economico nel quale si colloca, questa appare astrattamente suscettibile di integrare un rifiuto abusivo di fornitura in violazione dell’art. 102 TFUE, per le seguenti ragioni:

a) sussiste la situazione di dominanza di mercato assunta da Google in Android e in Google Play, tenuto conto che Android Auto non è altro che una proiezione del sistema Android sul sistema di infotainment dell’automobile;

b) l’accesso ad Android Auto appare “indispensabile” affinché Enel X possa offrire agli utenti finali app utilizzabili in maniera facile e sicura quando i medesimi utenti sono alla guida, dal momento che l’app (funzionale alla ricarica elettrica dei veicoli) è comunque intimamente collegata all’utilizzo di una autovettura - sia essa ferma o in movimento - del quale Android Auto costituisce specifico complemento, tanto è vero che, per quel che consta, le app sviluppate dalle case automobilistiche sono presenti su Android Auto; in tal senso, l’argomento per cui l’app di Enel X era comunque fruibile tramite uno smartphone non appare risolutivo, dal momento che, a rigore, Android Auto – la cui funzione è di consentire agli utenti di accedere a talune app presenti sullo smartphone tramite lo schermo integrato dell’automobile - non è necessaria per nessuna app (neppure per quelle di messaggistica e media), trattandosi di uno strumento (“smartphone projection app”) per sua natura tendenzialmente atto a rendere solo meglio fruibile un prodotto già esistente e non, invece, uno strumento indispensabile in senso assoluto per il funzionamento di altri prodotti o servizi. Stanti le caratteristiche e la specifica funzione di Android Auto, il concetto di indispensabilità appare concretamente declinabile con maggiore ampiezza, rispetto a come tradizionalmente inteso dalla giurisprudenza. Per altro verso, non può trascurarsi il processo di rapida evoluzione digitale, che può indurre a prospettare come “necessari” prodotti o servizi in origine ideati solo per una più comoda fruizione di beni già esistenti;

c) la condotta di Google appare potenzialmente idonea ad eliminare la concorrenza sul mercato, in quanto, stanti le caratteristiche dei mercati digitali, è credibile che laddove a JuicePass fosse stato definitivamente precluso l’accesso ad Android Auto essa avrebbe perso di interesse per i consumatori; in tal senso, la condotta contestata è suscettibile di determinare un ostacolo alla fruizione da parte degli utenti di un prodotto “migliore” (vedasi il punto che precede) per il quale esiste una domanda potenziale; per altro verso, avuto riguardo alla peculiarità del contesto, non

appare affatto esclusa la possibilità che un'applicazione "generica" esistente (Google Maps) potesse inglobare le funzioni "specifiche" di JuicePass (al riguardo, agli atti emerge che tra le soluzioni proposte da Google vi fosse quella di integrare la maggior parte delle funzioni di JuicePass in Google Maps). Il fatto che, nel periodo in cui si è consumata la condotta sanzionata, JuicePass è stata frequentemente scaricata e utilizzata non appare assumere il significato che vorrebbe attribuirgli parte appellante, ove si consideri che tale dato può essere in relazione all'evoluzione crescente del mercato della mobilità elettrica;

d) il rifiuto non appare supportato da effettive giustificazioni oggettive, dal momento che, pur considerata la tempistica necessaria all'implementazione della soluzione tecnica, lo stesso viene sostanzialmente a dipendere dalle scelte aziendali di Google, a fronte delle quali, il richiedente l'accesso alla risorsa essenziale, che solo Google può fornire, non ha alcuno strumento di tutela e di interazione nei confronti dell'impresa dominante. Al riguardo, avuto riguardo alle caratteristiche del settore ed al potere di mercato di Google, appare prospettabile che, stante la speciale responsabilità che l'impresa dominante assume, questa sia tenuta a stabilire previamente criteri oggettivi di esame delle richieste e la tempistica mediamente occorrente per la soddisfazione delle stesse;

e) l'individuazione del mercato a valle non può non risentire delle peculiarità del contesto di riferimento e delle caratteristiche di Android Auto che, come detto, serve a rendere solo meglio fruibile un prodotto esistente; in ogni caso, il provvedimento ha delineato gli effetti della condotta abusiva sul mercato a valle, nel quale in una prospettiva dinamica può essere inclusa Google Maps (vedasi punto c), tenuto conto che, in base alla giurisprudenza, è sufficiente che a valle "*possa essere identificato un mercato potenziale, anche ipotetico*" (Tribunale UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, Microsoft). Da un altro punto di vista, l'individuazione di un mercato a valle delimitato secondo i canoni tradizionali - come spazio in cui si incontrano domanda ed offerta, determinando il prezzo del bene - non appare in completa armonia con la peculiarità dei business in questione, dove il fruitore del bene o del servizio non paga un corrispettivo in termini di prezzo, tenuto anche conto del fatto che il provvedimento prospetta la sussistenza di uno spazio competitivo per gli utenti e per i dati da questi generati.

12 – Alla luce delle considerazioni che precedono, la giurisprudenza richiamata da parte appellante a sostegno della propria prospettazione (*ex multis* Corte di giustizia, sentenza del 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner, EU:C:1998:569), che esprime consolidati principi in riferimento alla fattispecie del rifiuto di contrattare, non appare immediatamente applicabile al caso in esame che, come detto, si colloca in un modello di business che risente delle peculiarità di funzionamento dei mercati digitali.

Secondo il Collegio tale eventualità può giustificare un'interpretazione elastica dei principi tradizionali, al fine di cogliere l'essenza del fenomeno e rendere un'applicazione concreta dell'art. 102 TFUE conforme allo spirito di tale disposizione.

Per tali ragioni, il Collegio ritiene necessario, vista anche la richiesta in tale senso di parte appellante e l'obbligo che ne discende in capo al Giudice di ultima istanza, disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE in merito ai quesiti formulati dalla parte (memoria di Google del 7 marzo 2023), così come modificati dal Collegio (*cfr.* Corte giust. U.E. 18 luglio 2013, C-136/12 secondo la quale resta sempre ferma la libertà del giudice di riformulare nei termini che ritiene corretti le questioni da sottoporre alla Corte, con riferimento alla forma e al contenuto delle stesse):

a) "*se, ai sensi dell'art. 102 TFUE, il requisito dell'indispensabilità del prodotto oggetto di un rifiuto di fornitura debba essere interpretato nel senso che l'accesso deve essere indispensabile per*

l'esercizio di una determinata attività su un mercato vicino, o se sia sufficiente che l'accesso sia indispensabile per un utilizzo più conveniente dei prodotti o servizi offerti dall'impresa richiedente l'accesso, specie nel caso in cui il prodotto oggetto del rifiuto abbia essenzialmente la funzione di rendere più agevole e conveniente la fruizione di prodotti o servizi già esistenti”;

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

c) *“se, nel quadro di un abuso consistente nel rifiuto di concedere l'accesso a un prodotto o servizio asseritamente indispensabile, l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che l'inesistenza del prodotto o del servizio al momento della richiesta di fornitura debba essere presa in considerazione quale una giustificazione oggettiva per il rifiuto stesso, o quantomeno se un'autorità di concorrenza sia tenuta a svolgere un'analisi, su elementi oggettivi, del tempo necessario a un'impresa dominante al fine di sviluppare il prodotto o servizio per il quale viene richiesto l'accesso, oppure se sia invece esigibile che l'impresa dominante, stante la responsabilità che assume sul mercato, sia onerata di comunicare al richiedente la tempistica necessaria allo sviluppo del prodotto”;*

d) *“se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un'impresa dominante, che detiene il controllo di una piattaforma digitale, può essere tenuta a modificare i propri prodotti, o a svilupparne di nuovi, al fine di consentire a coloro che lo richiedono di accedere a tali prodotti. In tal caso, se un'impresa dominante sia tenuta a prendere in considerazione le generali esigenze del mercato o le esigenze della singola impresa richiedente accesso all'input asseritamente indispensabile, o quantomeno, stante la speciale responsabilità che viene ad assumere sul mercato, se debba prefissare dei criteri oggettivi per l'esame delle richieste che le vengono rivolte e per graduarne l'ordine di priorità”;*

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

13 - Ai sensi delle “Raccomandazioni all'attenzione dei Giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” vanno trasmessi, a cura della segreteria della Sezione, in copia alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato, gli atti componenti il fascicolo della presente causa.

P.Q.M.

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

- rimette alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione;

- ordina alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla medesima Corte copia conforme all'originale della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa;

- sospende il processo nelle more della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO