

Is indispensability always indispensable? Il test Bronner alla prova Android Auto: il rifiuto di contrattare ai tempi delle piattaforme digitali

Michele Messina*

SOMMARIO: 1. Brevi premesse sul rifiuto di contrattare nella disciplina UE della concorrenza. – 2. Il test *Bronner* e i requisiti per l'abusività del rifiuto di contrattare. – 3. L'ambito di applicazione del test *Bronner* e la (ir)rilevanza della condizione dell'indispensabilità nelle pronunce successive. – 4. *Segue*: e nella sentenza *Android Auto*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Brevi premesse sul rifiuto di contrattare nella disciplina UE della concorrenza

In Il rifiuto di contrattare, come è noto, rappresenta una fattispecie di abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, piuttosto controversa, che non ha carattere assoluto, in quanto le imprese che occupano una posizione dominante in un determinato mercato non sempre hanno l'obbligo di dover contrattare con tutti i clienti che lo richiedono¹. Infatti, sostenere che qualsiasi rifiuto di contrattare integri un abuso di posizione dominante confligge con taluni principi generalmente riconosciuti dagli Stati membri dell'Unione, come il diritto di poter scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni, considerati elementi essenziali del libero commercio. In alcuni casi, tali principi sono anche riconosciuti a livello

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Messina.

¹ Si vedano, *ex multis*, R. WHISH, *Competition Law*, Oxford, 2024, p. 781; A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2023, p. 508; P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2022, p. 256; G. BRUZZONE, S. CAPOZZI, *L'abuso di posizione dominante*, in L.F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico di diritto della concorrenza*, Milano, 2020, p. 131, in particolare pp. 140 e 141.

costituzionale², pertanto una deroga alla loro garanzia, da parte degli ordinamenti giuridici coinvolti, necessita di un'accurata giustificazione³. Un'interferenza nella libertà di stipulare di un'impresa in posizione dominante, per essere giustificata sotto il profilo della politica di concorrenza, richiede, quindi, un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte. In tale esercizio sono ancora particolarmente attuali le conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, presentate in occasione della causa *Bronner*, in cui ha affermato che era, in via generale, a vantaggio della concorrenza e nell'interesse dei consumatori, quantomeno nel lungo periodo, consentire a un'impresa di rifiutarsi di contrattare, riservando a sé stessa, ad esempio, le infrastrutture sviluppate per i propri fini commerciali. Infatti, sempre secondo l'Avv. gen. Jacobs, consentire con eccessiva facilità ai concorrenti l'accesso a tali infrastrutture finirebbe con il disincentivare la predisposizione di infrastrutture concorrenti, producendo nel lungo periodo una diminuzione della concorrenza nel mercato rilevante, a fronte di un suo incremento nel breve periodo. Tale incremento della concorrenza nel breve periodo sarebbe accompagnato da una sua diminuzione nel lungo periodo, in virtù del fatto che un'impresa in posizione dominante sarebbe disincentivata a investire in infrastrutture efficienti, se ai suoi concorrenti fosse consentito, previa mera richiesta, di dividerle. Un tale scenario consentirebbe ai concorrenti di condividere gli utili derivanti da investimenti o innovazioni dell'impresa in posizione dominante senza dover essi stessi investire nello sviluppo di un'infrastruttura concorrente, producendo un comportamento di parassitismo o *free-riding* che può pregiudicare, nel lungo termine, la concorrenza e quindi il benessere dei consumatori. Un obbligo di accesso o di fornitura imposto ai sensi dell'art. 102 TFUE potrebbe quindi ridurre o addirittura annullare l'incentivo a investire o a innovare sia per l'impresa in posizione dominante sia per i suoi concorrenti. La promozione a breve termine della concorrenza basata su un obbligo di accesso o di fornitura non può compensare il suddetto pregiudizio alla concorrenza e al benessere dei consumatori⁴. Di conseguenza, l'imposizione dell'obbligo di concedere l'accesso a un'infrastruttura non può

² Per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, il chiaro riferimento in tal senso è agli articoli 41 e 42 della Costituzione; mentre, per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione, assumono rilevanza gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

³ Conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs, del 28 maggio 1998, C-7/97, *Bronner*, par. 56. Si vedano, a tal riguardo, anche le più recenti conclusioni dell'Avv. gen. Kokott, dell'11 gennaio 2024, C-48/22 P, *Google e a./Commissione*, par. 86, in cui afferma che una limitazione di tali principi va accuratamente soppesata e giustificata.

⁴ Corte giust. 25 marzo 2021, C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, punto 47.

giustificarsi con il semplice fatto che un'impresa in posizione dominante conservi un vantaggio nei confronti dei concorrenti derivante dall'uso esclusivo di tale infrastruttura⁵, ma è necessario che il rifiuto di contrattare o di concedere l'accesso produca un pregiudizio sensibile alla concorrenza, tenendo conto del fatto che lo scopo principale dell'art. 102 TFUE è quello di preservare la concorrenza nel suo complesso, compresi gli interessi dei consumatori, e non gli interessi dei singoli concorrenti⁶.

È proprio tenendo conto di tali aspetti che il giudice dell'Unione è andato sviluppando una giurisprudenza piuttosto copiosa su questa specifica fattispecie di abuso di posizione dominante, ai sensi dell'art. 102 TFUE, consistente nel rifiuto di contrattare di un'impresa dominante in un mercato a monte (*upstream*) che decide di esercitare in esclusiva l'attività economica in un mercato a valle (*downstream*) per la quale è necessario il bene o servizio rifiutato, praticando così una forma di integrazione verticale⁷, a tutto svantaggio delle imprese concorrenti, attuali o potenziali⁸, nel mercato a valle. Una delle prime pronunce in argomento si è avuta nella causa *ICI*, in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che la condotta della Commercial Solvents, per il tramite della sua società controllata ICI, consistente nell'interruzione della vendita di aminobutanolo utilizzato poi dal laboratorio farmaceutico Zoja per la produzione di preparati usati nella terapia della tubercolosi, costituisse uno sfruttamento abusivo della sua posizione dominante nel mercato della vendita dell'aminobutanolo, soprattutto in considerazione del fatto che il rifiuto in questione coincidesse con l'ingresso dell'ICI, controllata della Commercial Solvents, nel mercato a valle dei preparati anti-tubercolosi in cui si trovava a operare Zoja, che così facendo era costretta ad abbandonare tale mercato⁹. Quanto affermato nella sentenza *ICI* è stato ulteriormente elaborato dalla Corte nella successiva pronuncia *CBEM*, in cui il giudice UE, ha introdotto,

⁵ Conclusioni *Bronner*, sopra citate, par. 57.

⁶ Corte giust. 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, punto 73.

⁷ È proprio quello dell'integrazione verticale lo scenario tipico in cui si colloca, nella maggior parte dei casi, il rifiuto di contrattare dell'impresa in posizione dominante, come evidenziato dalla stessa Commissione al punto 76 dei suoi orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, come modificati da ultimo nel marzo 2023.

⁸ Gli stessi orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], al nuovo punto 83 dopo le modifiche del 2023, fanno riferimento al fatto che il rifiuto di contrattare con un nuovo cliente, con cui non vi sono ancora relazioni commerciali, violerebbe l'art. 102 TFUE quanto l'interruzione di un rapporto già esistente tra l'impresa dominante e uno dei suoi concorrenti; sebbene, allo stesso tempo, la Commissione sottolinea che la seconda ipotesi integri più facilmente un abuso di posizione dominante rispetto a un rifiuto c.d. *de novo*.

⁹ Corte giust. 6 marzo 1974, 6/73 e 7/73, *ICI/Commissione*, punti 24 e 25.

quale elemento di novità, la possibilità per l'impresa in posizione dominante di dimostrare che il rifiuto possa giustificarsi obiettivamente sulla base di elementi tecnici o commerciali inerenti al bene o servizio rifiutati¹⁰.

Tali pronunce furono seguite da altre importanti sentenze del giudice UE, tra cui possiamo senz'altro comprendere *Magill*¹¹ e *Bronner*¹², quanto meno in un primo tempo. Fu con tali pronunce che la Corte di giustizia è andata delineando i requisiti affinché un rifiuto di contrattare, nel primo caso di concedere una licenza, potesse considerarsi un abuso di posizione dominante.

2. *Il test Bronner e le condizioni per l'abusività del rifiuto di contrattare*

Come si è già avuto modo di vedere con l'ampio riferimento alle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs presentate in tale occasione, è nella causa *Bronner* che la Corte di giustizia ha condotto una riflessione più compiuta sui problemi connessi all'abusività del rifiuto di contrattare, ai sensi dell'art. 102 TFUE, arrivando a elaborare, in un certo senso, una dottrina europea delle *essential facilities*¹³. In tale occasione, infatti, la Corte, in maniera coerente rispetto alle precedenti pronunce, ha affermato che l'abuso si realizza in presenza di tre condizioni cumulative¹⁴. In primo luogo, il rifiuto di

¹⁰ Corte giust. 3 ottobre 1985, 311/84, *CBEM*, punto 26.

¹¹ Corte giust. 6 aprile 1995, C-241/91 e C-242/91 P, *RTE e ITP/Commissione*.

¹² Corte giust. 26 novembre 1998, C-7/97, *Bronner*. Per un commento alla sentenza, si veda, tra gli altri, M.A. BERGMAN, *The Bronner Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?*, in *European Competition Law Review*, 2000, p. 59 ss.; A. ALBERTS LLORENS, *The “Essential Facilities” Doctrine in EC Competition Law*, in *The Cambridge Law Journal*, 1999, p. 490 ss.

¹³ La dottrina delle “essential facilities” ha avuto origine negli Stati Uniti nei primi anni del XX secolo, successivi all'entrata in vigore dello Sherman Act nel 1890. In particolare, viene fatta risalire alla pronuncia della US Supreme Court 22 aprile 1912, 224 US 383, *United States v Terminal Railroad Association*. L'applicazione della stessa, tuttavia, è stata piuttosto controversa, suscitando qualche perplessità già in P. AREEDA, *Essential Facilities: An Epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 58, 1990, p. 841 ss., spec. pp. 852-853 in particolare, il quale ha affermato che la dottrina in oggetto dovrebbe essere applicata con la più ampia circospezione, in quanto rappresenterebbe un pericoloso disincentivo all'innovazione. Delle perplessità sull'applicazione della dottrina sono state successivamente espresse ancora una volta dalla US Supreme Court 13 gennaio 2004, 540 US 398, *Verizon v Trinko*. Sull'argomento, si veda, A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 510 ss.

¹⁴ La Corte di giustizia, in tale occasione, tuttavia, nonostante l'invito del ricorrente nella causa principale, e dello stesso Avv. gen. Jacobs nelle sue conclusioni, non ha mai fatto specifico riferimento verbale alla dottrina delle *essential facilities* ma ha solo elencato le condizioni cumulative affinché un rifiuto di contrattare potesse costituire un abuso di posizione dominante. A differenza del Tribunale, invece, che qualche mese prima aveva fatto espresso

contrattare deve essere tale da eliminare del tutto la concorrenza, reale o potenziale, da parte dell'impresa concorrente sul mercato rilevante¹⁵; in secondo luogo, il rifiuto non può giustificarsi oggettivamente, e; in terzo luogo, il bene o servizio rifiutato deve essere indispensabile per l'esercizio dell'attività dell'impresa concorrente, nel senso che non esiste alcun sostituto reale o potenziale al bene o servizio rifiutato¹⁶. A tali condizioni se ne aggiunge una quarta nel caso in cui il rifiuto riguardi la mancata concessione, da parte di un'impresa che occupa una posizione dominante, della licenza di accesso a un bene o servizio tutelato da un diritto di proprietà intellettuale. In quest'ultimo caso, nella sentenza *Magill*, la Corte di giustizia ha affermato, infatti, che, sebbene un tale rifiuto non possa costituire di per sé un abuso di posizione dominante, l'esercizio di tale diritto esclusivo da parte del titolare può determinare, in circostanze eccezionali, un comportamento abusivo, soprattutto quando detto rifiuto ostacola l'emergere di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori¹⁷.

Quest'ultima pronuncia, sebbene riguardasse la mancata concessione di una licenza di accesso a delle informazioni tutelate dal diritto d'autore, ha esercitato una non trascurabile influenza sulla sentenza *Bronner*, nella misura in cui la Corte ha reiterato quell'approccio restrittivo all'obbligo di contrattare, ai sensi dell'art. 102 TFUE, limitandolo al ricorrere di quelle "circostanze eccezionali" previste in *Magill*¹⁸, beninteso ad eccezione della quarta condizione, concernente l'emergere di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale nel mercato di riferimento, che caratterizza più nello specifico il c.d. *refusal to license*¹⁹. Bisogna riconoscere, tuttavia, che, analizzando i fatti a essa

riferimento alla dottrina in oggetto. Si veda, Tribunale 15 settembre 1998, T-374/94, *European Night Services/Commissione*, punto 221.

¹⁵ Il riferimento all'eliminazione di tutta la concorrenza sul mercato rilevante, presente nella sentenza *Bronner*, ereditato in verità dalla precedente pronuncia nella causa *ICI*, è stato ritenuto eccessivamente restrittivo, limitando di molto la portata del divieto di cui all'art. 102 TFUE. Successivamente, infatti, il Tribunale, nella causa *Microsoft*, affermò che non fosse necessario per la Commissione dimostrare l'eliminazione di ogni concorrenza nel mercato, ma era sufficiente che il rifiuto in questione fosse idoneo a eliminare la concorrenza effettiva. Si veda, Tribunale 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*, punto 563. In materia di eliminazione della concorrenza effettiva, si vedano, anche, gli orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], dopo la riforma del 2023, punto 84.

¹⁶ *Bronner*, sopra citata, punto 41.

¹⁷ *RTE e ITP/Commissione*, sopra citata, punti 49 e 50, 54.

¹⁸ *Bronner*, sopra citata, punti 39 e 40, in cui la Corte fa espresso riferimento ai punti 49 e 50, 53-56 della sentenza *Magill*.

¹⁹ Sebbene gli orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], dopo le modifiche del 2023, al nuovo punto 86 elenchino tra le cause di danni ai consumatori, derivanti da un rifiuto di contrattare in generale, il precludere l'immissione di

sottesi, la causa *Bronner* si prestava particolarmente all'adozione di un tale approccio restrittivo. Infatti, la causa in oggetto riguardava un'infrastruttura sviluppata da un'impresa privata con le proprie risorse e per le esigenze della propria attività e il rifiuto di contrattare era rivolto a un'impresa concorrente che operava già in maniera soddisfacente nel mercato a valle anche senza l'accesso all'infrastruttura in questione. La Corte di giustizia, in funzione di tali fatti, si è soffermata sul pregiudizio potenziale che poteva scaturire da un'applicazione eccessivamente ampia dell'obbligo a contrarre, che porrebbe in una situazione di alto rischio, in termini soprattutto di incentivi all'innovazione, le imprese dominanti che controllano infrastrutture potenzialmente utili ai concorrenti, ritenendo, pertanto, di non dover garantire l'accesso richiesto con eccessiva facilità in considerazione della sua, forse troppo frettolosa, indispensabilità, concludendo, quindi, per la mancata rilevanza delle condizioni per l'applicazione della dottrina delle *essential facilities* alla causa *Bronner*.

A prescindere dalla loro rilevanza nella causa di specie, quest'ultima sentenza sarà ricordata per aver delineato i c.d. *Bronner criteria*, ossia le tre condizioni cumulative idonee a far sorgere una responsabilità in capo all'impresa in posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE derivante da un suo rifiuto di contrattare. La prima di tali condizioni consiste nell'eliminazione della concorrenza da parte dell'impresa concorrente sul mercato rilevante. Come si è già avuto modo di evidenziare, nel corso degli anni, la portata del divieto di cui all'art. 102 TFUE è stata ampliata interpretando in modo più restrittivo tale condizione, passando dalla necessità di dover provare l'eliminazione di ogni concorrenza alla necessità di dover provare l'eliminazione della sola concorrenza effettiva, in particolare a partire dalla pronuncia del Tribunale del 2007 nella causa *Microsoft*²⁰. L'applicazione generosa di tale condizione da parte della Commissione ha però prodotto un criterio non del tutto decisivo per la determinazione dell'illiceità del rifiuto di

beni o servizi innovativi nel mercato in questione da parte dei concorrenti dell'impresa dominante.

²⁰ *Microsoft*, sopra citata, punto 563. Un tale approccio è ormai consolidato, come risulta, tra le altre, dalle successive pronunce del Tribunale del 9 settembre 2009, T-301/04, *Clearstream/Commissione*, punto 148; e del 23 ottobre 2017, T-712/14, *CEAHR/Commissione*, punto 91.

contrattare²¹, a tutto vantaggio, come si vedrà, della condizione dell'indispensabilità, ormai elemento imprescindibile di tale analisi²².

La seconda condizione consiste nell'assenza di una giustificazione oggettiva per il rifiuto di contrattare posto in essere dall'impresa in posizione dominante. È proprio quest'ultima a dover provare che il rifiuto opposto all'impresa concorrente sia oggettivamente necessario nel senso che persegue in maniera proporzionata un legittimo interesse che vada oltre il proprio vantaggio economico²³. L'esistenza di una giustificazione oggettiva rappresenta una questione di fatto da determinare in funzione delle specifiche circostanze di specie del singolo caso. Pertanto, risultano insufficienti, a tal fine, degli argomenti vaghi, generali e puramente teorici forniti dall'impresa in posizione dominante²⁴. L'applicazione di tale condizione da parte della giurisprudenza successiva alla sentenza *Bronner* non ha fatto che reiterare quanto affermato in quest'ultima pronuncia, in particolare che il rifiuto di contrattare sia in linea di principio coerente con l'art. 102 TFUE, in considerazione del fatto che tendenzialmente l'impresa in posizione dominante sia legittimamente tenuta a non dover condividere con i concorrenti quanto di sua proprietà. Nonostante ciò, però, l'atteggiamento della Commissione e del giudice UE è stato poco ricettivo nei confronti delle giustificazioni oggettive addotte di volta in volta dalle imprese in posizione dominante; pertanto, nella pratica, tale condizione ha rappresentato molto di rado un ostacolo efficace all'affermazione di un abuso consistente in un rifiuto di contrattare²⁵.

Quanto appena affermato con riguardo alle prime due condizioni, con particolare riferimento alla loro efficacia parziale nel dimostrare l'illiceità del rifiuto di contrattare, ci conduce all'analisi della terza condizione divenuta ormai centrale fin dalla sentenza *Bronner*, ossia l'indispensabilità, e non la mera desiderabilità o convenienza per l'impresa concorrente, dell'accesso richiesto,

²¹ A questo riguardo, si fa riferimento ad alcune decisioni adottate dalla Commissione in cui è stata affermata l'eliminazione della concorrenza in base al fatto che i concorrenti avrebbero operato sul mercato rilevante in maniera meno aggressiva perché svantaggiati dal mancato accesso. Si vedano, tra le altre, la decisione della Commissione (COMP/39.525) del 22 giugno 2011, *Telekomunikacja Polska*, punto 815; e, la decisione della Commissione (COMP/39.315) del 29 settembre 2010, *ENI*, punto 40.

²² A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 529.

²³ Tribunale 25 ottobre 2023, T-136/19, *Bulgarian Energy Holding (BEH)/Commissione*, punto 644, in cui il giudice UE di prime cure ha affermato che, nelle circostanze di specie, le condizioni imposte dall'impresa in posizione dominante non costituivano un abuso in quanto ragionevolmente indirizzate alla protezione dei suoi interessi commerciali.

²⁴ *Microsoft*, sopra citata, punti 697 e 698.

²⁵ A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 529.

in assenza di un sostituto reale o potenziale dell'infrastruttura in questione. Tale condizione parte dal presupposto che un'impresa verticalmente integrata, in linea di principio, non ha l'obbligo di contrattare con imprese concorrenti in un mercato a valle semplicemente perché ha una posizione dominante nel mercato a monte. È necessario, invece, che l'infrastruttura alla quale si chiede di accedere sia indispensabile affinché l'impresa concorrente possa competere nel mercato a valle²⁶. Nella sentenza *Bronner*, la Corte di giustizia ha affermato che l'indispensabilità dell'accesso, nelle specifiche circostanze di specie, avrebbe dovuto fondarsi sulla mancanza di alcun altro strumento di distribuzione di quotidiani che potesse realmente o potenzialmente sostituirsi al sistema di recapito a domicilio dell'impresa in posizione dominante. Fatta tale premessa, tuttavia, lo stesso giudice UE affermò che quest'ultimo sistema non sarebbe stato indispensabile neanche nel caso in cui, come in quello di specie, sul territorio dello Stato membro in questione ne esistesse solo uno su scala nazionale di proprietà dell'impresa in posizione dominante, visto che esisterebbero altri modi di distribuzione di quotidiani, come quello a mezzo posta e la vendita nei negozi e nelle piccole edicole, sebbene eventualmente meno vantaggiosi. Inoltre, sempre nelle circostanze di specie della causa *Bronner*, non esistevano neanche ostacoli di natura tecnica, normativa o economica che potessero rendere impossibile o straordinariamente difficile costituire un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale²⁷. Infatti, la Corte, alla domanda sull'indispensabilità dell'accesso al sistema di distribuzione dei quotidiani dell'impresa in posizione dominante, rispose che, per dimostrare che la creazione di un sistema di distribuzione alternativo non costituisse un'alternativa potenziale realistica, rendendo quindi indispensabile l'accesso al sistema esistente, non bastava sostenere che essa non fosse economicamente redditizia a motivo della bassa tiratura del quotidiano o dei quotidiani da distribuire, ma occorreva provare che non fosse economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente²⁸.

²⁶ Come opportunamente evidenziato in dottrina, la parola "indispensabile" è quella utilizzata dal giudice dell'Unione nella sua giurisprudenza, mentre, la Commissione, nei suoi orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], ai punti 82 e 83, fa riferimento all'"oggettiva necessità" dell'accesso. Per un commento, si veda, R. WHISH, *Competition Law*, cit., pp. 786 e 787.

²⁷ *Bronner*, sopra citata, punti 42-44.

²⁸ *Ivi*, punti 45 e 46. La condizione dell'indispensabilità, secondo tale ricostruzione, costituirebbe essenzialmente un'applicazione del test del "concorrente altrettanto efficiente" o

Fin dalla sentenza *Bronner*, quindi, la Corte di giustizia ha ritenuto che a essere dirimente, nel valutare l'illiceità o meno di un rifiuto di contrattare, fosse la condizione dell'indispensabilità. Il bene, servizio o infrastruttura a cui si chiede di accedere deve essere impossibile da duplicare o difficilmente duplicabile²⁹. In sostanza, la condizione dell'indispensabilità non riterrebbe sufficiente la mera convenienza o utilità dell'accesso, ma comporterebbe che l'accesso fosse essenziale affinché l'impresa concorrente potesse operare nel mercato a valle³⁰, dovendosi trattare di una necessità oggettiva e non soggettiva, ossia concernente la specifica condizione dell'impresa concorrente che richiede l'accesso.

3. *L'ambito di applicazione del test Bronner e la (ir)rilevanza della condizione dell'indispensabilità nelle pronunce successive*

Dopo oltre due decenni dalla pronuncia dei criteri *Bronner*, ma soprattutto dalla pubblicazione delle conclusioni dell'Avv. gen. Jacobs in occasione della stessa causa, l'applicazione da parte della Commissione dell'art. 102 TFUE nei confronti di rifiuti di contrattare concernenti l'accesso a infrastrutture essenziali, soprattutto nei settori dei trasporti, dell'energia e delle telecomunicazioni, non sempre si è conclusa in favore della rilevanza di tali criteri, e in particolare della condizione dell'indispensabilità, ai fini dell'individuazione di un abuso di posizione dominante, in ragione della preesistenza, in tali settori, di specifici obblighi di fornitura a carattere regolamentare³¹. La valutazione del rifiuto di un'impresa dominante di

“*as efficient competitor*” (AEC), come evidenziato più recentemente in Corte giust. 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, punto 83.

²⁹ A questo riguardo, è opportuno evidenziare come l'impossibilità della duplicazione possa riguardare aspetti fisici, nei casi di porti, aeroporti e linee ferroviarie; aspetti legali, quando a essere coinvolti sono dei diritti di proprietà intellettuale; o ancora aspetti di natura economica, laddove la duplicazione sia economicamente non redditizia, quando il mercato non sia sufficientemente ampio da sostenere una seconda infrastruttura paragonabile a quella detenuta dall'impresa in posizione dominante. Come sottolineato dalla Commissione, nei suoi orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE], in particolare al punto 82, «duplication means the creation of an alternative source of efficient supply that is capable of allowing competitors to exert a competitive constraint on the dominant undertaking in the downstream market».

³⁰ R. WHISH, *Competition Law*, cit., p. 788.

³¹ Si tratta, secondo autorevole dottrina delle c.d. “*Telefónica exceptions*”, riprese poi al punto 81 degli orientamenti della Commissione sulle priorità nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE]. Esse consistono, in taluni settori, da una parte, nel fatto che l'obbligo di contrattare, per l'impresa in posizione dominante, sia predeterminato per via regolamentare dall'autorità pubblica, che opera un bilanciamento *ex ante* tra l'incentivo a innovare e investire dell'impresa in posizione dominante e quello delle imprese concorrenti; dall'altra, nel fatto che l'incentivo

concedere l'accesso, in virtù dell'art. 102 TFUE, si basa, pertanto, da una parte, su un delicato equilibrio tra l'interesse dei concorrenti e dei consumatori al corretto sviluppo e funzionamento del mercato vicino, nonché a una concorrenza proficua al suo interno, e, dall'altra, sul rispetto della libertà di contrattare e del diritto di proprietà dell'impresa dominante, al fine di promuovere incentivi sufficienti per l'esercizio efficiente delle sue attività. La sentenza *Bronner* si poneva proprio l'obiettivo di raggiungere tale delicato equilibrio e verso le tre condizioni di cui si è già discusso.

L'esame delle pronunce più recenti del giudice UE, in cui è stato chiamato a interpretare i criteri *Bronner*, tuttavia, induce a poter affermare che l'ambito di applicazione delle condizioni in oggetto sia piuttosto limitato alla luce dell'obiettivo perseguito. Le condizioni in parola hanno un carattere derogatorio e non si applicano in generale per constatare l'esistenza di un abuso in ogni ipotesi relativa a questioni di accesso³². La Corte di giustizia, infatti, ha già chiarito più volte che l'imposizione delle condizioni delineate nella sentenza *Bronner* era giustificata dalle circostanze specifiche di quella stessa causa, che consistevano nel rifiuto da parte dell'impresa in posizione dominante di consentire a un concorrente l'accesso all'infrastruttura che essa aveva sviluppato per le esigenze della propria attività³³. Nella causa *Slovak Telekom*, ad esempio, ci si trovava dinanzi a un contesto differente, infatti, la compagnia telefonica in questione, in quanto operatore storico (ex *national incumbent*), era soggetta a un obbligo a carattere regolamentare di fornire accesso alla rete locale (*local loop unbundling*); tuttavia, la stessa compagnia abusava della sua posizione dominante nel mercato a monte non assicurando un accesso effettivo all'infrastruttura in questione. La stessa Slovak Telekom aveva contestato tale addebito della Commissione affermando che quest'ultima non era riuscita a provare che l'accesso alla rete locale fosse indispensabile ai concorrenti ai sensi dei criteri *Bronner*. Il Tribunale, nel giudizio di primo grado, confermò quanto ritenuto dalla Commissione, in particolare il fatto che la presenza di un obbligo di accesso a carattere regolamentare fosse da

a investire dell'impresa in posizione dominante non sia preso in considerazione, in quanto l'infrastruttura essenziale in oggetto era stata costruita sulla base di diritti speciali o esclusivi in capo alla stessa impresa dominante. Si vedano, a tal riguardo, D. GERADIN, *Refusal to Supply and Margin Squeeze: A Discussion of Why the "Telefónica Exceptions" are Wrong*, in *TILEC Discussion Paper* No. 2011-009; nonché, A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law, Text, Cases and Materials*, cit., p. 457.

³² Conclusioni *Google e a./Commissione*, sopra citate, par. 84.

³³ Corte giust. 25 marzo 2021, C-165/19 P, *Slovak Telekom/Commissione*, punto 45; Corte giust. 12 gennaio 2023, C-42/21 P, *Lietuvos geležinkiai AB/Commissione* ("Baltic Rail"), punto 80.

considerarsi del tutto corrispondente e sovrapponibile alla condizione della natura indispensabile dell'infrastruttura in oggetto, rendendo pertanto superflua e non necessaria, nelle circostanze di specie, l'individuazione di quest'ultima condizione nel senso indicato dalla sentenza *Bronner*³⁴. La Corte di giustizia, nel giudizio di impugnazione, pur adottando un approccio meno deciso sull'impatto delle norme regolamentari sull'applicazione dell'art. 102 TFUE, ha comunque ritenuto che un obbligo regolamentare potesse essere rilevante ai fini della valutazione di un comportamento abusivo, ai sensi dell'art. 102 TFUE, da parte di un'impresa dominante soggetta a una normativa settoriale, in particolare, laddove, come nelle circostanze di specie, l'imposizione di tale obbligo comportava che la ricorrente non poteva e non aveva realmente rifiutato di consentire l'accesso al suo sistema di rete locale³⁵. Di conseguenza, dal momento che le pratiche controverse non costituivano un rifiuto di accesso alla rete locale della ricorrente, ma si riferivano alle condizioni di tale accesso, i criteri elaborati nella sentenza *Bronner*, e in particolare quello dell'indispensabilità dell'accesso, non si applicavano al caso di specie, ritenendo pertanto che non fosse necessario dimostrare l'indispensabilità al fine di constatare un abuso di posizione dominante da parte della Slovak Telekom³⁶. In tali circostanze, quindi, ossia qualora un'impresa dominante conceda l'accesso alla propria infrastruttura ma subordini lo stesso a condizioni inique, le condizioni stabilite dalla Corte nella sentenza *Bronner* non si applicano. Di conseguenza, nel caso di pratiche diverse dal rifiuto di accesso, la mancanza dell'indispensabilità non è di per sé determinante ai fini dell'esame di comportamenti potenzialmente abusivi da parte di un'impresa dominante³⁷. Tuttavia, comportamenti del genere possono configurare comunque una forma di abuso se idonei a produrre effetti anticoncorrenziali almeno potenziali sui mercati interessati. Le autorità preposte, però, non obbligheranno l'impresa dominante a consentire l'accesso alla propria infrastruttura, dato che quest'ultimo è stato già concesso, ma adotteranno piuttosto misure meno lesive della libertà di contrattare dell'impresa dominante

³⁴ Tribunale 13 dicembre 2018, T-851/14, *Slovak Telekom/Commissione*, punti 117 e 121, in cui il giudice UE di prime cure ha affermato che la regolamentazione relativa al settore delle telecomunicazioni costituiva un elemento importante per l'applicazione dell'art. 102 TFUE ai comportamenti adottati dalle imprese operanti in tale settore, in particolare per apprezzarne il loro eventuale carattere abusivo. Pertanto, sempre secondo il Tribunale, il regime regolamentare in oggetto, nel riconoscere chiaramente la necessità dell'accesso alla rete locale da parte di un concorrente, permetteva l'emergere e lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel mercato dei servizi internet ad alta velocità.

³⁵ *Slovak Telekom*, C-165/19 P, sopra citata, punto 57.

³⁶ *Ivi*, punti 59 e 60.

³⁷ *Ivi*, punto 50.

e del suo diritto di proprietà rispetto all'imposizione dell'accesso alla propria infrastruttura, rimedio quest'ultimo che rimarrebbe comunque applicabile nel caso in cui l'infrastruttura in oggetto fosse riservata per le esigenze della propria attività³⁸.

Nonostante a una prima lettura l'impressione sia che la pronuncia nella causa *Slovak Telekom* possa in qualche modo aver messo in dubbio i c.d. criteri *Bronner*, con particolare riferimento alla condizione dell'indispensabilità; a un'analisi più approfondita, non può non ritenersi che i criteri in questione rimangano senz'altro idonei a rilevare un abuso di posizione dominante che derivi da un rifiuto di contrattare in situazioni in cui l'infrastruttura oggetto del rifiuto sia stata creata per le esigenze esclusive dell'impresa in posizione dominante e sia indispensabile e non sostituibile o riproducibile da parte dell'impresa che ne richiede l'accesso. Nella sentenza *Slovak Telekom*, invece, il criterio dell'indispensabilità non risulterebbe applicabile, quantomeno con la medesima intensità, proprio in virtù del fatto che l'accesso era già stato concesso per via regolamentare. Ciò, però, non significa che il criterio in oggetto non sia oggetto di analisi e non venga sottoposto a valutazione, anche in questo caso, rispetto all'incentivo a investire o a innovare, come si è visto nella causa *Bronner*. La differenza è che, nel caso di mercati sottoposti a regolamentazioni settoriali, gli incentivi in questione risultano già ridotti in ragione della preesistenza di obblighi regolamentari³⁹; mentre, nel caso in cui l'infrastruttura sia stata creata esclusivamente per le proprie esigenze, l'incentivo a innovare o a investire deve essere maggiormente tutelato, e, quindi, sottoposto a un'analisi più approfondita.

La questione è stata oggetto poi di un'altra importante pronuncia della Corte di giustizia nella causa *Google Shopping*⁴⁰. Il comportamento abusivo in tale circostanza consisteva nel fatto che Google mostrava il suo comparatore di prodotti nelle sue pagine di risultati generali in modo preminente e attraente attraverso *boxes* dedicate, mentre i comparatori di prodotti concorrenti potevano apparire su tali pagine solo sotto forma di risultati di ricerca generale, attraverso un link blu, e mai in un formato arricchito, restando peraltro soggetti

³⁸ *Ivi*, punto 51.

³⁹ In dottrina, a tal riguardo, è stata espressa più di qualche perplessità sulla perfetta coincidenza tra gli obiettivi di ordine pubblico perseguiti dalle diverse normative UE adottate in materia di liberalizzazione dei mercati e dalle norme sulla concorrenza dell'Unione. Si veda G. MONTI, *Managing the intersection of utilities regulation and EC Competition Law*, in *Competition Law Review*, vol. 4, 2008, p. 123.

⁴⁰ Corte giust. 10 settembre 2024, C-48/22 P, *Google e Alphabet/Commissione* ("Google Shopping").

a retrocessione nell'ambito della classificazione dei risultati generici. Ciò che veniva rimproverato era che gli stessi criteri di posizionamento e di presentazione non si applicassero allo stesso modo al comparatore di prodotti di Google e ai comparatori concorrenti. In sostanza, veniva contestato che la valorizzazione di risultati specializzati di comparazione di prodotti non si applicasse allo stesso modo al comparatore di prodotti di Google e ai comparatori concorrenti. Tra le doglianze su cui Google aveva fondato il ricorso contro la decisione della Commissione figurava, ai nostri fini, la pretesa da parte della Commissione stessa a che Google fornisse ai comparatori di prodotti concorrenti un accesso ai suoi servizi migliorati senza che venissero provate le condizioni di cui alla sentenza *Bronner*. Il giudice UE di prime cure concluse nel senso che la Commissione non fosse tenuta, al fine di determinare l'abuso in questione, ad applicare il già citato test *Bronner*⁴¹. Il Tribunale, infatti, aveva ritenuto che, sebbene la pratica in questione non fosse estranea a un problema di accesso, essa però si differenziava, nei suoi elementi costitutivi, dal rifiuto di fornitura di cui alla sentenza *Bronner*, giustificando così la decisione della Commissione, che considerava tale pratica nell'ottica di condizioni diverse. Lo stesso Tribunale, peraltro, aveva spiegato come l'applicazione del test *Bronner* a un rifiuto di fornitura risultasse giustificato solo laddove tale rifiuto fosse esplicito, ossia esistesse una domanda/ richiesta di accesso e un corrispondente rifiuto. Secondo il Tribunale, l'assenza di un siffatto rifiuto espresso escludeva che fossero qualificate come rifiuto di fornitura pratiche che, pur avendo in definitiva come conseguenza un rifiuto implicito di accesso, costituivano, in ragione degli elementi costitutivi che si discostavano dalla concorrenza basata sui meriti, una violazione autonoma dell'art. 102 TFUE⁴². Pertanto, sempre lo stesso Tribunale aveva ritenuto che, nel caso di specie, non venisse in rilievo un semplice rifiuto unilaterale da parte di Google di fornire alle imprese concorrenti un servizio necessario per esercitare una concorrenza su un mercato vicino, quanto piuttosto una differenza di trattamento contraria all'art. 102 TFUE, che si traduceva in comportamenti discriminatori tra il servizio di comparazione di prodotti di Google e i servizi di comparazione di prodotti concorrenti. Tali pratiche costituivano una forma autonoma di abuso per effetto leva a partire da un mercato dominato con forti barriere all'ingresso, come quello dei servizi di ricerca generale. In tali circostanze, secondo il Tribunale, la Commissione non

⁴¹ Tribunale 10 novembre 2021, T-612/17, *Google e Alphabet/Commissione* (Google Shopping), punti 229-249.

⁴² *Ivi*, punti 232 e 233.

era tenuta a dimostrare che le condizioni di cui alla sentenza *Bronner* fossero soddisfatte per constatare l'esistenza di un abuso di posizione dominante⁴³, chiarendo che l'obbligo per un'impresa che sfrutta in modo abusivo una posizione dominante di stipulare contratti o fornire l'accesso al suo servizio a condizioni non discriminatorie non implica necessariamente l'applicazione dei criteri *Bronner*. La sentenza del giudice UE di prime cure è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia dalla stessa Google, asserendo che il Tribunale, rifiutando di applicare le suddette condizioni, avrebbe adottato un criterio giuridico errato per valutare l'esistenza di un abuso di posizione dominante.

La Corte di giustizia, nel giudizio di impugnazione, ha ritenuto tuttavia che il Tribunale avesse giustamente considerato che la Commissione non era incorsa in alcun errore di diritto astenendosi dal valutare se il comportamento in questione soddisfacesse le condizioni di cui alla sentenza *Bronner*⁴⁴. Infatti, anche secondo la Corte di giustizia, il comportamento abusivo riguardava il posizionamento e la presentazione discriminatori nelle pagine di risultati generali del servizio di ricerca generale di Google e non l'accesso in quanto tale alle c.d. «boxes». Pertanto, il rimedio imposto consisteva correttamente nel garantire un accesso paritario alle pagine di risultati generali di Google sia al comparatore di prodotti di Google sia ai comparatori di prodotti concorrenti. Ciò chiaramente non significava che le pratiche in questione fossero del tutto estranee a un problema di accesso, riguardando comunque l'accesso in condizioni discriminatorie alle pagine di ricerca generale di Google. Attraverso la combinazione delle due pratiche di posizionamento e di presentazione discriminatori, Google faceva leva sulla sua posizione dominante sul mercato della ricerca generale per favorire il proprio comparatore di prodotti sul mercato dei servizi di comparazione di prodotti, conducendo a un'esclusione potenziale o attuale della concorrenza in quest'ultimo mercato, situato a valle del primo. Ci si trovava pertanto dinanzi a una forma autonoma di abuso per effetto leva, che non richiedeva, ai fini della sua dimostrazione, il soddisfacimento dei criteri enunciati nella sentenza *Bronner*, che riguardano più specificamente casi di diniego di accesso. In ragione di quanto precede, la Corte di giustizia ha concluso che, nei casi in cui un'impresa dominante conceda l'accesso alla propria infrastruttura ma subordini tale accesso a condizioni inique, le condizioni stabilite nella sentenza *Bronner* non si applicano; sottolineando, inoltre, che, nel caso di pratiche diverse da un rifiuto

⁴³ *Ivi*, punto 240.

⁴⁴ *Google e Alphabet/Commissione* ("Google Shopping"), C-48/22 P, sopra citata, punto 114.

di accesso, l'assenza della condizione dell'indispensabilità non è di per sé decisiva ai fini dell'esame di condotte potenzialmente abusive da parte di imprese in posizione dominante.

Rispetto alla sentenza *Slovak Telekom*, anch'essa non riguardante direttamente un diniego di accesso, visto che quest'ultimo doveva essere garantito per via regolamentare, con la pronuncia *Google Shopping*, la Corte di giustizia ha voluto comunque porsi all'interno dello stesso filone giurisprudenziale tendente a circoscrivere la portata dell'applicazione dei criteri *Bronner*, e nello specifico quello dell'indispensabilità, anche se ci si trovava dinanzi a una questione differente, concernente un accesso in condizioni discriminatorie a un'infrastruttura alla quale evidentemente i concorrenti avevano già avuto accesso, ma non per via regolamentare ma perché la stessa infrastruttura era stata creata anche a tal fine dall'impresa dominante. Ciò che in ogni caso accomuna queste ultime due pronunce è il fatto che entrambe abbiano a oggetto una differenza di trattamento nel concedere l'accesso, mentre la causa *Bronner* riguardava un semplice rifiuto di accesso a un'infrastruttura creata per non essere condivisa⁴⁵.

4. Segue: e nella sentenza *Android Auto*

Questo filone giurisprudenziale tendente a circoscrivere l'applicazione dei criteri *Bronner*, e in particolare quello dell'indispensabilità, ai soli casi di rifiuto diretto di accesso a infrastrutture o servizi essenziali creati per non essere condivisi è stato ulteriormente arricchito recentemente dalla sentenza *Android Auto*⁴⁶. La causa in questione originava questa volta da un rinvio pregiudiziale operato dal Consiglio di Stato italiano che concerneva una controversia tra Alphabet e Google, insieme a Google Italia, e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Nello specifico, quest'ultima aveva constatato un abuso di posizione dominante da parte della ricorrente nella causa principale, in seguito a una segnalazione presentata dalla società Enel X Italia. Avverso la decisione dell'AGCM era stato proposto ricorso, da parte della stessa Google, dinanzi al TAR Lazio, che lo aveva respinto integralmente. Da qui la successiva impugnazione dinanzi al Consiglio di Stato, giudice del rinvio alla Corte di giustizia.

⁴⁵ Distinzione questa ben evidenziata da tempo dagli avvocati generali. Si vedano, in particolare, conclusioni *Bronner*, sopra citate, par. 54, e le conclusioni dell'Avv. gen. Mazák, del 2 settembre 2010, C-52/09, *Telia Sonera Sverige*, punto 32.

⁴⁶ Corte giust. 25 febbraio 2025, C-233/23, *Alphabet e Google* ("Android Auto").

Il comportamento abusivo di Google consisteva nel suo rifiuto di intraprendere le azioni necessarie per garantire l'interoperabilità dell'applicazione JuicePass, lanciata da Enel X per offrire una serie di funzionalità per la ricarica di autoveicoli elettrici, con Android Auto, piattaforma digitale sviluppata da Google per consentire agli utenti con dispositivi mobili che funzionano con il sistema operativo Android OS di accedere direttamente sullo schermo del sistema di infotainment di un autoveicolo ad applicazioni presenti su tali dispositivi. L'applicazione JuicePass era comunque disponibile per gli utenti di dispositivi mobili che funzionano con il sistema operativo Android OS, permettendo loro di ricercare e prenotare stazioni di ricarica su una mappa, di trasferire tale ricerca sull'applicazione Google Maps per indicare il percorso verso la stazione di ricarica selezionata, e di lanciare, interrompere e monitorare la sessione di ricarica e il relativo pagamento. Tali operazioni, però, potevano essere effettuate solo su un dispositivo mobile, non essendo possibile accedere, invece, a causa del rifiuto di Google, a tutte le funzionalità dell'applicazione JuicePass direttamente dallo schermo del sistema di infotainment di un autoveicolo, mediante l'interoperabilità di tale applicazione con Android Auto. In effetti, Google ha lanciato la piattaforma digitale in oggetto per garantire l'interoperabilità con essa a intere categorie di applicazioni, attraverso modelli che consentono a terzi di creare versioni delle loro applicazioni che siano con essa compatibili. Nello specifico, i modelli disponibili che consentivano l'interoperabilità con Android Auto riguardavano solo le applicazioni multimediali e di messaggistica, le uniche due categorie di applicazioni di imprese terze compatibili con la piattaforma digitale Android Auto. Il rifiuto di Google di estendere tale accesso si basava su motivi di sicurezza e sulla necessità di allocare in modo razionale le risorse necessarie per creare un nuovo modello di interoperabilità.

La decisione dell'AGCM constatava che il comportamento di Google, consistente nell'ostacolare e nel procrastinare la pubblicazione dell'applicazione JuicePass su Android Auto, non avendo approntato le necessarie soluzioni informatiche, costituiva un abuso di posizione dominante in violazione dell'art. 102 TFUE. Nello specifico, secondo l'AGCM, il rifiuto di Google doveva essere ricollocato nel contesto di un rifiuto di interoperabilità, equivalente a un rifiuto di contrattare, consistente in un ingiusto svantaggio per l'applicazione concorrente. Dopo il respingimento del ricorso dinanzi al TAR Lazio, la questione è arrivata al Consiglio di Stato, che, nel considerare il comportamento di Google potenzialmente idoneo a eliminare la concorrenza sul mercato, ha ritenuto necessario ottenere dei chiarimenti dal giudice UE

sull'interpretazione dell'art. 102 TFUE e nello specifico sulla giurisprudenza derivante dalla sentenza *Bronner* in materia di diniego di accesso a un'infrastruttura di un'impresa in posizione dominante. In particolare, il giudice del rinvio si chiedeva opportunamente se le caratteristiche specifiche del funzionamento dei mercati digitali giustificassero un discostamento dalle condizioni enunciate nella stessa sentenza *Bronner*, o quanto meno una loro interpretazione più elastica. La questione principale posta dal Consiglio di Stato, ai fini della presente analisi, verteva, pertanto, sul criterio dell'indispensabilità del prodotto oggetto di un rifiuto di fornitura e, nello specifico, se esso dovesse essere interpretato nel senso che l'accesso debba 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 esistenti⁴⁷. A tale questione principale, in verità, andrebbe aggiunta anche la seconda domanda posta dal Consiglio di Stato, che si interrogava sull'abusività di un comportamento in un contesto in cui il mancato accesso, o meglio la mancata interoperabilità dell'applicazione con la piattaforma digitale dell'impresa dominante, non avesse impedito all'impresa richiedente di continuare a essere attiva, e anche di crescere, sul mercato per tutto il periodo del presunto abuso.

Secondo la Corte di giustizia, la questione posta dal giudice del rinvio chiedeva se l'art. 102 TFUE dovesse essere interpretato nel senso che il rifiuto, da parte di un'impresa dominante che ha sviluppato una piattaforma digitale (Android Auto), di garantire, a un'impresa terza che ne ha fatto richiesta, l'interoperabilità di tale piattaforma con un'applicazione (JuicePass) sviluppata da detta impresa terza potesse costituire un abuso di posizione dominante anche qualora la suddetta piattaforma non fosse indispensabile per lo sfruttamento commerciale di detta applicazione su un mercato a valle, ma fosse idonea a rendere la stessa applicazione più attraente per i consumatori⁴⁸.

La Corte di giustizia, nel rispondere al giudice del rinvio, è partita dal presupposto che le condizioni di cui alla sentenza *Bronner*, tra cui quella dell'indispensabilità, erano giustificate dalle circostanze di quella causa, che consistevano nel rifiuto dell'impresa dominante di consentire a un concorrente l'accesso a un'infrastruttura che essa aveva sviluppato per le esigenze della

⁴⁷ *Ivi*, punto 24.

⁴⁸ *Ivi*, punto 36.

propria attività, interpretando, quindi, l'indispensabilità dell'accesso all'infrastruttura, per l'esercizio dell'attività del concorrente, nel senso che non esistesse alcun sostituto reale o potenziale all'infrastruttura stessa. L'applicazione delle condizioni di cui alla sentenza *Bronner*, quindi, risulta giustificata solo nell'ipotesi in cui l'impresa dominante abbia sviluppato un'infrastruttura per le sole esigenze delle proprie attività, proprio per continuare a incentivare le imprese in posizione dominante a investire in innovazione e sviluppo⁴⁹. Al contempo, la stessa Corte, seguendo le conclusioni dell'AG Medina, ha anche affermato che qualora un'impresa in posizione dominante abbia sviluppato un'infrastruttura non per le sole esigenze delle sue attività, ma anche nella prospettiva di consentirne l'utilizzo a imprese terze, la condizione dell'indispensabilità dell'accesso a detta infrastruttura per l'esercizio dell'attività del richiedente, di cui alla sentenza *Bronner*, non si applica⁵⁰. In casi del genere, come quello di specie nella causa *Android Auto*, la qualificazione di un rifiuto di dare accesso come abusivo non deve essere limitata ai casi in cui tale rifiuto ponga l'impresa terza che ha richiesto l'accesso nell'impossibilità di esercitare la sua attività, proprio in ragione del fatto che né la necessità di tutelare la libertà di contrattare e il diritto di proprietà dell'impresa in posizione dominante, né la necessità di continuare a incentivare quest'ultima a investire nello sviluppo di prodotti o servizi di qualità, giustificherebbero, in tali circostanze, un'interpretazione così restrittiva della nozione di abuso. La Corte ha giustificato una tale distinzione di trattamento tra i due rifiuti di accesso, ai fini della rilevanza della condizione dell'indispensabilità per la determinazione della loro abusività, partendo dal costo sostenuto per lo sviluppo dell'infrastruttura. Infatti, nel caso in cui quest'ultima sia stata creata dall'impresa in posizione dominante non per le sole esigenze delle sue attività, ma tenendo in considerazione che possa essere utilizzata anche da imprese terze, chiedere all'impresa in posizione dominante di aprire a un'impresa terza detta infrastruttura non altera il modello economico applicato allo sviluppo di quest'ultima⁵¹.

⁴⁹ *Ivi*, punto 43.

⁵⁰ Conclusioni dell'Avv. gen. Medina, del 5 settembre 2024, C-233/23, *Alphabet e Google* ("Android Auto"), par. 35, in cui è stato affermato che le condizioni *Bronner* si applicano ai casi di diniego di accesso a un'infrastruttura adibita esclusivamente all'attività e all'utilizzo dell'impresa dominante, quale mezzo per preservare gli utili derivanti dagli investimenti effettuati per lo sviluppo dell'infrastruttura. Mentre, le condizioni in parola non si applicano quando l'infrastruttura interessata è aperta ad altri operatori sul mercato, in virtù di obblighi regolamentari, e, a maggior ragione, nel caso in cui l'infrastruttura sia stata concepita deliberatamente per essere fruibile a terzi.

⁵¹ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 46.

La conseguenza di tale analisi, secondo la Corte, è che, per stabilire se le condizioni di cui alla sentenza *Bronner* si applichino a una causa riguardante un rifiuto di accesso a un'infrastruttura, bisogna determinare se quest'ultima sia stata sviluppata dall'impresa dominante unicamente per le esigenze della propria attività e sia da essa detenuta, o se essa sia stata sviluppata al fine di consentirne l'utilizzo anche da parte di imprese terze, come nel caso della causa di specie, in cui Google aveva già concesso l'accesso di imprese terze ad Android Auto, rendendo quest'ultima compatibile per talune categorie di applicazioni, nello specifico quelle multimediali e di messaggistica. Android Auto, pertanto, non era stata sviluppata da Google per le sole esigenze della propria attività, di conseguenza la condizione relativa all'indispensabilità dell'accesso, per l'esercizio dell'attività del richiedente, non era applicabile alla causa in oggetto per stabilire se il relativo rifiuto costituisse un abuso di posizione dominante. In tale ipotesi, il rifiuto può costituire un abuso di posizione dominante anche qualora la piattaforma digitale in questione non sia indispensabile per lo sfruttamento commerciale dell'applicazione; occorrendo determinare solo se il rifiuto opposto dall'impresa dominante abbia l'effetto, attuale o potenziale, di escludere, ostacolare o ritardare lo sviluppo sul mercato di un prodotto che sia, anche potenzialmente, in concorrenza con un prodotto fornito o che può essere fornito dall'impresa dominante⁵², costituendo un comportamento che limita la concorrenza basata sui meriti (*competition on the merits*), causando così un danno ai consumatori⁵³.

A conclusione di tale analisi, la Corte, nel rispondere alla domanda posta dal Consiglio di Stato, ha affermato che l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che il rifiuto, di un'impresa dominante che ha sviluppato una piattaforma digitale, di garantire a un'impresa terza l'interoperabilità di detta piattaforma con un'applicazione sviluppata dalla stessa impresa terza possa costituire un abuso di posizione dominante anche nell'ipotesi in cui la piattaforma in oggetto non sia indispensabile, ma sia soltanto idonea a rendere

⁵² È opportuno evidenziare, sebbene vada oltre l'oggetto della presente trattazione, come la Corte, nella presente sentenza, abbia valutato anche la rilevanza degli altri criteri *Bronner*, tra cui quello consistente nella giustificazione oggettiva del rifiuto da parte dell'impresa dominante. Nello specifico, il giudice dell'UE ha riconosciuto che la mancata garanzia dell'interoperabilità potesse essere oggettivamente giustificata nell'ipotesi in cui il modello applicato per garantirla compromettesse l'integrità della piattaforma o la sicurezza del suo utilizzo o fosse impossibile realizzarla per altre ragioni tecniche. Al di fuori di tali fattispecie, però, secondo la Corte, la mera inesistenza del modello o le difficoltà connesse al suo sviluppo, al netto del periodo di tempo ragionevole concesso a tal fine, non erano sufficienti a costituire una giustificazione oggettiva del diniego, come in effetti avvenuto nella causa di specie. *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punti 73 e 74.

⁵³ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 51.

la stessa applicazione più attraente per i consumatori, e pur sempre nell'ipotesi in cui la medesima piattaforma non sia stata sviluppata dall'impresa dominante unicamente ai fini della propria attività⁵⁴.

È opportuno soffermarsi brevemente, in questa sede, anche sulla seconda questione rivolta dal giudice del rinvio, vertente sull'idoneità a produrre effetti anticoncorrenziali del rifiuto di garantire l'interoperabilità tra *Android Auto* e l'applicazione sviluppata da *Enel X*, nell'ipotesi in cui quest'ultima fosse rimasta attiva sul mercato e ivi avesse sviluppato la sua posizione, indipendentemente, quindi, dalla garanzia dell'interoperabilità. La Corte, nel rispondere a tale questione, ha confermato la giurisprudenza ormai consolidata che mira a sanzionare lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante indipendentemente dall'eventuale esito fruttuoso del comportamento in oggetto⁵⁵, sottolineando che il suo carattere abusivo non può dipendere dalla capacità dei concorrenti di attenuare tali effetti anticoncorrenziali, non potendo escludere che, in mancanza di detto comportamento, la concorrenza avrebbe potuto svilupparsi ulteriormente. Allo stesso tempo, però, secondo la stessa Corte, non può escludersi che, se opportunamente dimostrata, tale capacità dei concorrenti può comunque costituire un indizio della non idoneità del diniego di accesso a produrre effetti preclusivi⁵⁶.

5. Considerazioni conclusive

In un'economia frenetica come quella odierna, in cui i settori industriali sono sempre più dinamici e plasmati dall'innovazione, risulta non sempre agevole, nell'applicazione delle norme in materia di concorrenza, trovare un giusto equilibrio tra l'incentivo per le imprese a investire in innovazione, da una parte, e il mantenimento di condizioni di parità sul mercato (*level-playing field*), dall'altra. In un tale contesto, le condizioni per l'illiceità del rifiuto di contrattare, opposto da un'impresa dominante nei confronti di una concorrente che aveva fatto richiesta di accesso a tale infrastruttura, sviluppate dalla sentenza *Bronner* in poi appaiono ormai per certi versi inadeguate a una loro applicazione in settori altamente dinamici e innovativi⁵⁷. La ragione di tale

⁵⁴ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 52.

⁵⁵ *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, sopra citata, punto 53.

⁵⁶ *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 59.

⁵⁷ Con l'eccezione della ben nota causa *Microsoft*, conclusasi nel 2007 con la sentenza del Tribunale. Tale causa, infatti, riguardava la concessione obbligatoria di licenze su diritti di proprietà intellettuale su un'infrastruttura che non era stata sviluppata per essere accessibile ad altri sviluppatori di *software*, presentando, quindi, degli elementi, in termini di interessi e

inadeguatezza, secondo quanto affermato dallo stesso giudice dell’Unione, risiede nel fatto che l’applicazione di tali condizioni, e in particolare quella riguardante l’indispensabilità dell’accesso, oggetto della presente trattazione, non si estenderebbe agevolmente ai nuovi ecosistemi in cui operano oggi le imprese dominanti, le quali forniscono sempre più infrastrutture aperte che non sono sviluppate per le proprie attività ma piuttosto per l’utilizzo anche da parte di terzi⁵⁸; modificando, quindi, la valutazione dal “se” l’accesso sia indispensabile al “come” deve essere garantito tale accesso, a condizioni eque e non discriminatorie. Nei mercati più dinamici, pertanto, il requisito dell’indispensabilità costituisce ormai una soglia troppo elevata ai fini della valutazione dell’intervento da parte delle autorità preposte per imporre l’accesso all’infrastruttura detenuta dall’impresa dominante⁵⁹. Di conseguenza, al di fuori dei casi di rifiuto di accesso in senso stretto a un’infrastruttura che l’impresa dominante non abbia inteso condividere, l’assenza della condizione dell’indispensabilità non è di per sé decisiva ai fini dell’esame della potenziale abusività della condotta dell’impresa che occupa una posizione dominante.

Nonostante le recenti pronunce della Corte di giustizia, soprattutto nelle cause *Google Shopping* e *Android Auto*, abbiano affermato, sebbene in modo diverso⁶⁰, l’irrelevanza e a tratti l’inadeguatezza delle condizioni sviluppate nella sentenza *Bronner*, con particolare riferimento a quella dell’indispensabilità, con riguardo alla loro applicazione nei confronti di imprese dominanti che sviluppano e detengono piattaforme digitali, ciò non significa necessariamente che il giudice dell’Unione abbia voluto definitivamente cassare i c.d. “*Bronner criteria*”⁶¹. La Corte ha inteso piuttosto operare una distinzione tra i fatti sottesi

incentivi, ragionevolmente equivalenti a quelli descritti in relazione alla sentenza *Bronner*. Si vedano le conclusioni *Alphabet e Google* (“*Android Auto*”), sopra citate, par. 42.

⁵⁸ Per un commento, in tal senso, si veda, J. KOKOTT, M. SERAFIMOVA, *Balancing Innovation and Competition in Dynamic Industries*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, n. 3, 2025, p. 123 ss.

⁵⁹ P. IBAÑEZ COLOMO, *Case C-233/23, Android Auto (III): Implications of the Judgment*, in *Chillin’Competition* (pubblicato online il 28 marzo 2025).

⁶⁰ È opportuno rammentare come le due cause in oggetto, sebbene fossero accomunate dal fatto che entrambe avessero quale oggetto della condotta abusiva un’infrastruttura creata per essere condivisa con terzi, a differenza, quindi, della sentenza *Bronner*, allo stesso tempo, però, la condotta abusiva riguardava, nella causa *Google Shopping*, un accesso a condizioni discriminatorie, mentre, nella causa *Android Auto*, pur sempre un rifiuto di accesso.

⁶¹ Secondo autorevole dottrina, per poter comprendere le norme sul rifiuto di contrattare bisogna partire dalla sentenza *Magill*, in cui la Corte ha affermato che tale rifiuto costituisce un abuso solo in casi eccezionali, sottolineando che ciascun caso si basa su dei fatti e circostanze differenti. La Corte di giustizia, nella sentenza *Android Auto*, ha voluto sottolineare come le condizioni sviluppate in *Bronner* fossero giustificate proprio dalle specifiche circostanze della causa. Pertanto, la loro mancata applicazione non comporta la loro marginalizzazione, ma solo che tali condizioni si applicano al ricorrere di determinate circostanze. Quindi, se la Corte non

alla causa *Android Auto* e quelli di cui alla causa *Bronner*, segnatamente la presenza di un'infrastruttura concepita come modello accessibile da parte di terzi, nel primo caso, e un'infrastruttura creata per un utilizzo esclusivo da parte dell'impresa dominante, nel secondo caso, concludendo che, nel primo caso, le motivazioni che tradizionalmente spingono le imprese dominanti a non concedere con facilità l'accesso all'infrastruttura da loro detenuta, quali la libertà di scegliere i propri partners commerciali e la promozione dell'incentivo a investire e innovare, non si applicano, quantomeno con la stessa intensità rispetto al secondo caso.

L'impressione che si ha, pertanto, è che se la tipologia di abuso applicabile ai fatti di cui alla causa *Android Auto* sia pur sempre riconducibile a un rifiuto di contrattare o diniego di accesso opposto dall'impresa dominante, ci si troverebbe dinanzi a un abuso di intensità inferiore, a seconda, quindi, delle circostanze e delle caratteristiche dell'infrastruttura coinvolta, se aperta a terzi o meno, e dell'impatto potenziale di un accesso imposto dall'autorità preposta sull'incentivo a innovare. Questo, in effetti, sembra essere stato l'approccio adottato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Android Auto*. Non sembra, pertanto, condivisibile l'ipotesi che per i fatti sottesi alla causa *Android Auto* si possa più opportunamente parlare di un abuso consistente in un accesso discriminatorio, fattispecie, quest'ultima, senz'altro rilevante, invece, nella causa *Google Shopping*. Quanto appena affermato sarebbe suffragato dal fatto che, mentre, nella prima causa, la condotta potenzialmente abusiva consisteva nella concessione, da parte dell'impresa dominante (Google), dell'accesso alla propria piattaforma digitale (*Android Auto*) ad alcuni sviluppatori di applicazioni (multimediali e di messaggistica), ma non ad altri (Enel X per JuicePass), che molto probabilmente sarebbero stati concorrenti reali o potenziali dell'impresa dominante in un mercato a valle; nella seconda causa, la questione riguardava il posizionamento e la presentazione discriminatori, nelle pagine di risultati generali del servizio di ricerca generale di Google, dei comparatori concorrenti rispetto al comparatore di prodotti di Google, un'ipotesi, quest'ultima, in cui l'accesso non era in discussione perché concesso ma a condizioni discriminatorie.

Si può senz'altro concludere, quindi, che la causa *Android Auto* integri maggiormente una fattispecie di diniego di accesso, in questo caso sotto forma

le applica, non è perché intenda discostarsene in quanto non più attuali, ma perché ritiene che i fatti sottesi non richiedano la loro applicazione. Si veda, G. MONTI, *The Android Auto Judgment: Every Road Leads to Magill*, in *Tilburg Law and Economics Center (TILEC) Discussion Paper*, n. 2, 2025, p. 1 ss.

di rifiuto di interoperabilità, non del tutto lontana rispetto a quanto accadeva nella causa *Bronner* di quasi trent'anni prima, nonostante l'unica ma fondamentale differenza, peraltro sottolineata dalla stessa Corte, consistesse nel fatto che le infrastrutture oggetto del diniego erano state concepite per finalità differenti, elemento, quest'ultimo, decisivo nel determinare la rilevanza o meno della condizione dell'indispensabilità dell'accesso ai fini della determinazione dell'abusività della condotta dell'impresa dominante. L'assenza della rilevanza della condizione dell'indispensabilità, tuttavia, può comunque non essere a sua volta determinante per stabilire la non abusività della condotta, in particolare proprio in quelle situazioni in cui ci troviamo dinanzi a un'infrastruttura sviluppata per essere aperta a terzi, in ragione del fatto che, sempre secondo la Corte, l'accesso avrebbe potuto rendere più attraente per i consumatori l'applicazione dell'impresa che ne aveva fatto richiesta⁶², soprattutto se l'impresa dominante si era anche posta l'obiettivo di promuovere la propria applicazione che andava a competere con quella dell'impresa richiedente nel mercato a valle.

Nonostante l'interpretazione offerta dal giudice UE possa sembrare *prima facie* compromettere la posizione delle imprese dominanti che non potrebbero più contare sui "*Bronner criteria*" per rifiutare legittimamente l'accesso a una loro infrastruttura se non indispensabile, quantomeno nei casi in cui la stessa infrastruttura non fosse stata sviluppata unicamente ai fini della propria attività; tuttavia, è la stessa Corte di giustizia che, nella medesima sentenza *Android Auto*, ha tenuto a restringere la portata della mancata rilevanza della condizione dell'indispensabilità dell'accesso, limitandola a quelle situazioni in cui un'autorità *antitrust* possa anche dimostrare che l'impresa dominante e quella che richiede l'accesso siano almeno concorrenti potenziali in almeno un potenziale mercato a valle⁶³.

Tutto ciò indubbiamente non contribuisce a creare certezze, con riguardo ai confini entro i quali le imprese in posizione dominante potranno godere della libertà di scelta dei propri partners commerciali e di quella di poter disporre dei propri beni. Ci si chiede, pertanto, in tempi di regolamentazione delle piattaforme digitali, se non sia il caso che anche la questione

⁶² *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citata, punto 52.

⁶³ *Ivi*, punto 85, in cui la Corte fa riferimento all'identificazione di un mercato a valle potenziale, anche ipotetico, soprattutto quando tale mercato è ancora in fase di sviluppo o evolve rapidamente. In effetti, nella causa di specie, Google stava già cercando di penetrare, mediante la sua applicazione Google Maps, nel mercato a valle della ricerca delle stazioni di ricarica per veicoli elettrici sulla piattaforma Android Auto, lasciando fuori o ritardando l'accesso a tale mercato dell'applicazione JuicePass, ponendo in essere, quindi, una sorta di abuso per effetto leva.

dell'interoperabilità di queste ultime con talune applicazioni non possa essere affrontata più opportunamente con il ricorso a strumenti legislativi invece che con sanzioni fondate sull'applicazione *ex post* delle norme UE in materia di concorrenza. Una proposta, questa, o forse una provocazione, in effetti lanciata dalla stessa AG Medina in occasione delle sue conclusioni alla causa *Android Auto*⁶⁴, che risulta in verità per nulla isolata, o comunque degna di essere presa in considerazione per assicurare un quadro normativo più certo e appropriato in tema di accesso alle piattaforme e di interoperabilità negli ecosistemi digitali⁶⁵.

⁶⁴ Conclusioni *Alphabet e Google* ("Android Auto"), sopra citate, par. 6.

⁶⁵ J. KOKOTT, M. SERAFIMOVA, *op. cit.*, pp. 127-128.

ABSTRACT (ita)

Il contributo esamina il criterio dell'indispensabilità nel test *Bronner* alla luce della sentenza *Android Auto* della Corte di giustizia. Tradizionalmente, il rifiuto di accesso a un'infrastruttura detenuta da un'impresa dominante è abusivo solo se l'accesso è indispensabile per competere. La Corte ha però distinto tra infrastrutture sviluppate per uso esclusivo e infrastrutture concepite per l'uso anche di terzi. Nel primo caso, l'indispensabilità resta decisiva; nel secondo, come in *Android Auto*, il rifiuto può configurare abuso anche se l'accesso non è strettamente necessario, purché idoneo a ostacolare la concorrenza basata sui meriti. Ciò riflette le peculiarità dei mercati digitali, dove piattaforme e interoperabilità giocano un ruolo centrale. L'analisi evidenzia come il requisito dell'indispensabilità rischi di risultare inadeguato nei nuovi ecosistemi digitali, suggerendo l'opportunità di un intervento normativo per garantire condizioni di accesso eque e certezza giuridica.

ABSTRACT (eng)

This paper analyzes the role of the indispensability requirement in refusal to deal cases under Article 102 TFEU, with a focus on the *Android Auto* judgment. While *Bronner* made indispensability the decisive criterion, recent case law (*Slovak Telekom*, *Google Shopping*) has narrowed its scope, especially in digital markets. In *Android Auto*, the Court held that where a platform is designed for third-party access, refusal of interoperability may constitute abuse even without strict indispensability, if it can hinder competition and consumer choice. The article argues that this shift reflects the specific dynamics of digital ecosystems and raises the question whether legislative tools may be more suitable than ex post antitrust enforcement to regulate access and interoperability.