



## La Corte di giustizia chiarisce il perimetro applicativo del c.d. *test Bronner*

**Elisabetta Zuddas\***

SOMMARIO: 1. La vicenda giudiziaria. - 2. Le pratiche abusive contestate. - 3. La dottrina delle infrastrutture essenziali e il campo di applicazione del *test Bronner*.

1. La sentenza in esame<sup>1</sup> riguarda un caso di abuso di posizione dominante nel mercato slovacco dei servizi di accesso ad Internet a banda larga.

Il 15 ottobre del 2014, all’esito di un procedimento<sup>2</sup>, ai sensi dell’articolo 102 del TFUE e dell’articolo 54 dell’Accordo sullo Spazio economico europeo, la Commissione europea addebitava all’impresa formata da *Deutsche Telekom* e da *Slovak Telekom*<sup>3</sup> un’infrazione unica e continuata delle suddette norme, in riferimento ai servizi di accesso

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l’Università degli Studi di Roma La Sapienza.

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 25 marzo 2021, causa C-165/19 P, *Slovak Telekom, a.s. c. Commissione, Slovanet, a.s.*

<sup>2</sup> Decisione del 15 ottobre 2014, C(2014) 7465 final, Caso AT.39523 – *Slovak Telekom*; poi rettificata dalla decisione del 16 dicembre 2014, C(2014) 10119 final e dalla decisione del 17 aprile 2015, C(2015) 2484 final.

<sup>3</sup> All’epoca dei fatti la società *Deutsche Telekom AG*, società a capo del gruppo *Deutsche Telekom* e operatore storico delle telecomunicazioni in Germania, deteneva una partecipazione del 51% nel capitale di *Slovak Telekom*.

ad Internet a banda larga in Slovacchia in un periodo compreso tra il 2005 e il 2010, infliggendo due consistenti ammende.

Entrambe le società, in due cause connesse, impugnavano tale decisione<sup>4</sup>. Il ricorso proposto da *Slovak Telekom* veniva in parte respinto dal Tribunale dell'Unione europea con sentenza del 13 dicembre 2018<sup>5</sup>.

2. *Slovak Telekom* è l'operatore storico delle telecomunicazioni e il principale fornitore di servizi di accesso a banda larga in Slovacchia, beneficiario di un monopolio legale nel mercato nazionale fino all'anno 2000; le sue reti in rame e di comunicazione mobile coprono la quasi totalità del territorio slovacco.

Per meglio comprendere la natura dell'infrazione occorre premettere che, nel periodo in cui sono state poste in essere le condotte addebitate, quale “operatore notificato”<sup>6</sup>, ai sensi del regolamento n. 2887/2000<sup>7</sup>, *Slovak Telekom* era soggetta all'obbligo di accogliere tutte le richieste (ragionevoli e giustificate) di accesso disaggregato alla propria rete (e alle risorse connesse) da parte di altri operatori, a condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie.

Le condotte contestate all'impresa formata da *Slovak Telekom* e *Deutsche Telekom* comprendevano: l'occultamento di informazioni relative al sistema, necessarie agli operatori alternativi per la

---

<sup>4</sup> Sui due giudizi di primo grado, si veda F. LIBERATORE, K. TSOCHAS, M. BUCKWELL, *Slovak Telekom/Deutsche Telekom AG: The Interplay Between EU Competition Law and Sector Specific Rules in the Electronic Communications Sector*, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10, n. 5, 2019, p. 301 ss.

<sup>5</sup> Sentenza del Tribunale del 13 dicembre 2018, causa T-851/14, *Slovak Telekom/Commissione*, commentata da F. MACCHI, *The Interpretation of the Indispensability Condition in Slovak Telekom and Its Consequences in Data Access Cases (T-851/14 Slovak Telekom)*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, n. 4, 2019, p. 415 ss.

<sup>6</sup> Così art. 2, lett. a), regolamento n. 2887/2000: ““operatore notificato”, un operatore della rete telefonica pubblica fissa che è stato notificato dalla propria autorità nazionale di regolamentazione come avente un rilevante potere di mercato nell'ambito della fornitura di reti telefoniche pubbliche fisse (...)”. Nel 2005 l'autorità di regolamentazione slovacca per le telecomunicazioni (TUSR), a seguito di un'analisi del mercato, ha designato *Slovak Telekom* quale operatore avente un rilevante potere sul mercato all'ingrosso per l'accesso disaggregato alla rete locale.

<sup>7</sup> Regolamento (CE) n. 2887/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, relativo all'accesso disaggregato alla rete locale, in vigore fino al 18/12/2009 (É).

disaggregazione delle reti locali; la riduzione della portata degli obblighi dell'impresa relativi alla disaggregazione delle reti locali; l'inserimento di modalità e condizioni inique nell'offerta di riferimento in materia di disaggregazione; l'applicazione di tariffe inique, tali da non consentire a un operatore alternativo (e altrettanto efficiente) di replicare i servizi al dettaglio proposti dall'impresa ricorrente senza subire perdite.

In sintesi, all'impresa appellante veniva contestato di aver subordinato l'accesso alla propria infrastruttura a condizioni inique e imposto una compressione dei margini agli operatori concorrenti in un mercato a valle.

**3.** La sentenza in esame ha rappresentato per la Corte di giustizia una preziosa opportunità di chiarire la delicata questione della portata della sentenza *Bronner*, che costituisce uno dei *leading cases* della giurisprudenza dell'Unione relativa alle c.d. infrastrutture essenziali.

Come noto, la dottrina delle infrastrutture essenziali è una teoria giuridica di origine statunitense incentrata sull'idea che, in determinate circostanze, il proprietario di un'"infrastruttura essenziale" può essere obbligato a concederne l'utilizzo a terzi, compresi i suoi concorrenti. In altre parole, si tratta di un orientamento interpretativo in base al quale talune tipologie di rifiuto di contrarre, che di fatto impediscono ai concorrenti l'accesso a un determinato mercato, sono considerate abusive.

La presente nota non ha certamente la pretesa di riassumere in poche righe un tema classico - e così ampiamente dibattuto - qual è la dottrina delle infrastrutture essenziali; tuttavia, si richiamano di seguito alcuni dei principali precedenti giurisprudenziali in materia.

Le origini della dottrina vengono solitamente individuate nel caso *Terminal Railroad*<sup>8</sup>, ma bisognerà attendere il caso *Hecht v Pro-Football Inc*<sup>9</sup> perché per la prima volta un giudice del *District of*

---

<sup>8</sup> *United States v Terminal Railroad Association of St. Louis Terminal Railroad*, in 224 U.S. 383 (1912) 32 S.Ct. 507.

<sup>9</sup> *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, in 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977), 436 U.S. 956 (1978).

*Columbia Circuit* utilizzi esplicitamente l'espressione "essential facility doctrine" nella propria decisione.<sup>10</sup>

Sei anni dopo, la *Court of Appeals*, del *7th Circuit* ne ha fornito una più compiuta definizione in *MCI Communications Corp. c. AT&T*<sup>11</sup>, rielaborando principi stabiliti in altre pronunce e richiamando in particolare il caso *Otter Tail*<sup>12</sup>: *MCI*, un'impresa operante nel settore dei collegamenti telefonici, lamentava che *AT&T* avesse illecitamente negato l'interconnessione alle linee telefoniche fisse da essa gestite su base nazionale, sostenendo che ciò fosse indispensabile per consentire a *MCI* di competere nel mercato dei collegamenti su grandi distanze.

La Corte ha ritenuto che *MCI* avesse provato la realizzabilità tecnica ed economica dell'interconnessione da parte di *AT&T*, per cui il rifiuto andava interpretato come atto finalizzato alla monopolizzazione; in *MCI* l'infrastruttura è quindi considerata essenziale ogniqualvolta rappresenti uno strumento indispensabile per l'accesso ad un determinato mercato, nel senso che in mancanza i concorrenti non possono validamente competere.

Nel diritto europeo della concorrenza la dottrina delle infrastrutture essenziali trova applicazione relativamente ai casi di abuso di posizione dominante consistente nel rifiuto ingiustificato di contrarre: l'impresa che detiene un'infrastruttura indispensabile per competere nei mercati a valle deve, infatti, consentire ai concorrenti che lo richiedano di utilizzarla a condizioni eque e non discriminatorie<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Come segnalato, ad esempio, nell'articolo di U. MULLER, A. RODENHAUSEN, *The Rise and fall of the essential facility doctrine*, in *European Competition Law Review*, vol. 29, n. 5, 2008, p. 310 ss., in cui gli autori, oltre a una serie di interessanti rilievi critici, offrono un utile riepilogo delle principali pronunce statunitensi ed europee in materia (emesse fino al momento della sua redazione); si veda inoltre G. COLANGELO, R. PARDOLESI, *Faraway, so close: proprietà intellettuale ed essential facility in Cina (e altrove...)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 3, 2015, p. 475 ss.

<sup>11</sup> *MCI Communication Corp. v. AT&T*, in *708 F.2d 1081 (7th Circuit 1983)*, precedente richiamato, tra gli altri, nella nota alla sentenza *Bronner* di L. VASQUES, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso. Nota a CGCE 26 novembre 1998 (causa C-7/97)*, in *Il Foro italiano*, 2, pt. 4, 1999, p. 51 ss.

<sup>12</sup> *Otter Tail Power Co. v. U.S.*, in *410 U.S. 366 (1973)*.

<sup>13</sup> Sull'argomento, vedasi *ex multis* i manuali di R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*. X ed., 2021, Oxford, p. 715 ss.; F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, II ed., 2019, Torino, p. 181 ss.

Le prime decisioni della Commissione europea in cui si fa esplicito riferimento alla dottrina delle infrastrutture essenziali<sup>14</sup> sono *B & I Line plc/Sealink Harbours Ltd e Sealink Stena Ltd*<sup>15</sup> e *Sea Containers/Stena Sealink*<sup>16</sup>; nella seconda, in particolare, la Commissione aveva concluso che la *Sealink*, rifiutando ad un potenziale concorrente l'accesso a un'infrastruttura essenziale da essa gestita (il porto di Holyhead) a condizioni ragionevoli e non discriminatorie, avesse abusato della propria posizione dominante sul mercato dei servizi portuali.

Negli anni la Corte di giustizia ha applicato questa dottrina, in maniera più o meno esplicita, a molteplici casi di possibile abuso di posizione dominante, tra i quali si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività, *Magill*<sup>17</sup>, *IMS Health*<sup>18</sup> e *TeliaSonera*<sup>19</sup>.

Uno dei casi principali in materia è il caso *Bronner*<sup>20</sup>, invocato dall'appellante nel primo motivo d'impugnazione, in cui sosteneva che il Tribunale fosse incorso in un errore di diritto nel ritenere che, per provare l'abuso di posizione dominante addebitato dalla Commissione, quest'ultima non fosse tenuta a dimostrare che l'accesso alla rete fosse indispensabile per l'esercizio dell'attività degli operatori economici interessati, in conformità alla sentenza *Bronner*, sulla base

---

<sup>14</sup> Come osservato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 28 maggio 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contro Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*.

<sup>15</sup> Decisione della Commissione dell'11 giugno 1992 (Bollettino CE n. 6-1992 p. 46).

<sup>16</sup> Decisione 94/19/CE della Commissione, del 21 dicembre 1993, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 86 del Trattato CE (rV/34.689 - *Sea Containers/Stena Sealinkprovvedimenti provvisori*).

<sup>17</sup> Sentenza della Corte del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) contro Commissione*; annotata da A. MASTRORILLI, *Abuso di diritto d'autore e disciplina antitrust*, in *Il Foro italiano*, IV, 1995, p. 269 ss.

<sup>18</sup> Sentenza della Corte del 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG contro NDC Health GmbH & Co. KG.*, annotata da C. M. SARACINO, *Il caso IMS Health, proprietà intellettuale e diritto antitrust, Nota a CGCE 29 aprile 2004 (causa C-418/01)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2005, p. 676 ss.

<sup>19</sup> Sentenza della Corte del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB*, commentata da M. RAUBER, *Case C-52/09, Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB, [2011] ECR I-527 - confirming an inappropriate assessment framework for margin squeeze*, in *European Competition Law Review*, vol. 34, n. 9, 2013, p. 490 ss.

<sup>20</sup> Sentenza *Oscar Bronner*, cot.

del fatto che la società ricorrente fosse soggetta a un obbligo regolamentare di consentire l'accesso al suo sistema di rete locale.

La vicenda che ha dato origine a questo precedente è di per sé piuttosto semplice.

Un'impresa del settore della stampa (*Mediaprint*), che deteneva una rilevatissima quota del mercato dei quotidiani austriaco e gestiva l'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale esistente in Austria, negava l'accesso a tale sistema, contro un adeguato corrispettivo, all'editore (*Bronner*) di un quotidiano concorrente; quest'ultimo affermava di non essere in grado di creare e di gestire, in modo economicamente conveniente, un proprio sistema di recapito a domicilio, a causa della bassa tiratura del proprio giornale.

A seguito del rifiuto di *Mediaprint*, *Bronner* adiva l'*Oberlandesgericht* di Vienna, ai sensi della legge austriaca sulla concorrenza (il *Kartellgesetz*), chiedendo che venisse ingiunto a *Mediaprint* di concedergli l'accesso al servizio, qualificandone il rifiuto come abuso di posizione dominante; il giudice nazionale riteneva quindi necessario sottoporre alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, vertenti sull'interpretazione dell'articolo 86 del Trattato CE (poi sostituito dall'articolo 102 TFUE)<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> “1) Se l'art. 86 del Trattato CE vada interpretato nel senso che costituisce abuso di posizione dominante sotto l'aspetto del diniego abusivo d'accesso al mercato il fatto che un imprenditore che si occupa dell'edizione, della stampa e della distribuzione di quotidiani e che occupa con i suoi prodotti una posizione preponderante sul mercato austriaco dei quotidiani (vale a dire il 46,8% in termini di tiratura globale, il 42% in termini di introiti pubblicitari e il 71 % in termini di diffusione calcolata sul totale dei quotidiani) e gestisce l'unica rete di distribuzione a domicilio per abbonati esistente in Austria a livello nazionale si rifiuti di fare una proposta contrattuale ferma a un altro imprenditore, il quale parimenti si occupa dell'edizione, della stampa e della distribuzione di un quotidiano in Austria, per l'inserimento di quest'ultimo quotidiano nella sua rete di distribuzione a domicilio, e ciò in considerazione anche della circostanza che l'imprenditore che richiede l'inserimento nella rete di distribuzione a domicilio, a causa della ristretta tiratura e del conseguente limitato numero di abbonati, non può né da solo né in cooperazione con gli altri imprenditori, editori di quotidiani presenti sul mercato, realizzare, con costi sostenibili, una propria rete di distribuzione né può gestirla in modo economicamente proficuo. 2) Se costituisca abuso ai sensi dell'art. 86 del Trattato CE il fatto che - nelle circostanze già descritte in modo particolareggiato sub 1) - il gestore della rete di distribuzione a domicilio per quotidiani subordini l'instaurazione di rapporti negoziali con l'editore di un prodotto concorrente al fatto che quest'ultimo non gli richieda solo la distribuzione a domicilio,

Nel motivare la soluzione delle questioni che le erano state poste, la Corte ha affermato che rifiutare l'accesso a un'infrastruttura (oppure a un servizio o a un fattore di produzione) costituisce abuso di posizione dominante, quando sono soddisfatte cumulativamente le seguenti condizioni: il rifiuto non è oggettivamente giustificato; il rifiuto è tale da eliminare ogni concorrenza sul mercato rilevante da parte dell'impresa concorrente; l'infrastruttura in oggetto deve essere indispensabile per l'esercizio dell'attività dell'impresa concorrente, nel senso che non possa essere realmente o potenzialmente sostituita.

Ciò premesso, la Corte ha ritenuto che la condotta descritta non costituisca abuso di posizione dominante, data l'esistenza di altre modalità di distribuzione di quotidiani (quali le edicole e la consegna per posta) che, per quanto meno vantaggiose dal punto di vista economico, erano sufficientemente sostituibili con la rete di recapito a domicilio gestita da *Mediaprint*.

Inoltre, non ha ritenuto che vi fossero ostacoli tali da impedire a *Bronner* o a un altro editore di dotarsi, eventualmente in cooperazione con altri, di un proprio sistema di recapito a domicilio su scala nazionale. Per dimostrare la non sostituibilità del sistema gestito da *Mediaprint*, l'attore avrebbe dovuto quantomeno provare di non poter creare un nuovo sistema di distribuzione economicamente redditizio, parametrando la valutazione non alla tiratura del proprio quotidiano, ma a una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema già esistente<sup>22</sup>.

Come rilevato da vari commentatori, in questa pronuncia la Corte di giustizia offre un'interpretazione restrittiva della nozione di infrastruttura essenziale<sup>23</sup>.

---

bensi anche altre prestazioni (per esempio, distribuzione presso le rivendite, stampa), offerte come elementi di un unico pacchetto". La prima questione è stata risolta in senso negativo, mentre l'esame della seconda è stato reso superfluo dalla soluzione della prima.

<sup>22</sup> Cfr. punti da 43 a 46 della sentenza *Oscar Bronner*, cit.

<sup>23</sup> Si vedano, ad esempio, R. PILLITTERI, *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della c.d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 1024 ss. e D. DURANTE, G.G. MOGLIA, A. NICITA, *La nozione di "Essential Facility" tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2001, p. 257 ss.

Negli anni, la Corte ha avuto molteplici occasioni di tornare sull'argomento<sup>24</sup>, ma l'effettiva portata di questo precedente ha continuato a destare notevoli perplessità<sup>25</sup>, riferite ad esempio alle conseguenze della meccanica trasposizione dell'*essential facilities doctrine* nell'ambito delle norme sull'abuso di posizione dominante<sup>26</sup>.

Di conseguenza, il caso *Slovak Telekom* ha rappresentato per la Corte di giustizia un'ottima occasione per chiarire quali fattispecie concrete di abuso di posizione dominante vadano effettivamente sottoposte a esso<sup>27</sup>.

Si tratta di una questione la cui soluzione ha implicazioni pratiche non certo trascurabili: utilizzare il c.d. *test Bronner* ai fini dell'accertamento di una pratica abusiva ai sensi dell'articolo 102 TFUE equivale, infatti, a imporre un onere probatorio particolarmente elevato.

Non a caso, dunque, questo precedente viene frequentemente invocato a propria difesa dalle imprese sanzionate per abuso di posizione dominante (relativamente all'utilizzo di un'infrastruttura essenziale), le quali eccepiscono il mancato adempimento di tale onere da parte della Commissione europea, con particolare riferimento alla terza condizione<sup>28</sup>.

Nella sentenza in esame, muovendo da alcune considerazioni di carattere generale, la Corte ribadisce che un'impresa in posizione

---

<sup>24</sup> Data l'impossibilità di trattare adeguatamente l'argomento in così poche righe, si consiglia - in particolare - la lettura dell'articolo di P. IBÁÑEZ COLOMO, *Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 10, n. 9, 2019, p. 532 ss.

<sup>25</sup> Si vedano, *ex multis*, S. BASTIANON, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1, 1999, p. 149 ss.; J. LANGER, *Bronner: Panacea or Pandora's box?*, in *EU Focus* 1999, vol. 30, p. 2 ss.; M. A. BERGMAN, *The Bronner case - a turning point for the essential facilities doctrine?*, in *European Competition Law Review*, vol. 21, n. 2, 2000, p. 59 ss.

<sup>26</sup> Cfr. L. VASQUES, *op. cit.*

<sup>27</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard ØE, presentate il 9 settembre 2020, cause riunite C-152/19 P e C-165/19 P, *Deutsche Telekom AG (C-152/19 P), Slovak Telekom a.s. (C-165/19 P) contro Commissione europea*, in particolare i punti 54 ss.

<sup>28</sup> Si vedano ad esempio, in aggiunta alla vicenda di cui si discute, i casi *Lietuvos geležinkeliai* (causa T-814/17), *Telefónica\Telefónica de España* (causa C-295/12 P), *Astra Zeneca* (causa C-457/10 P) e *TeliaSonera* (causa C-52/09).



dominante rimane libera, in linea di principio, di rifiutare di concedere ai propri concorrenti l'uso di un'infrastruttura da essa sviluppata per le proprie esigenze.

L'imposizione di un obbligo di contrarre di tale contenuto è infatti giustificata solo da particolari circostanze, essendo particolarmente lesiva della libertà contrattuale e del diritto di proprietà dell'impresa. Inoltre, nel medio e lungo periodo, essa può avere rilevanti effetti negativi sulla concorrenza, quali disincentivare i concorrenti a creare infrastrutture proprie e rendere l'impresa dominante meno propensa ad effettuare investimenti<sup>29</sup>.

Passando all'esame della fattispecie concreta, emergono significative differenze rispetto al caso *Bronner*.

In primo luogo, occorre rammentare che la condotta ivi censurata costituiva un rifiuto di contrarre (precisamente un "rifiuto di mettere a disposizione") riferito, nello specifico, all'accesso a un servizio.

Le condotte contestate alla *Slovak Telekom* non sono però equiparabili a un puro e semplice rifiuto di consentire a un concorrente di accedere a un'infrastruttura<sup>30</sup>; al contrario, quale "operatore notificato" tale impresa era soggetta all'obbligo di concedere l'accesso disaggregato alla propria rete.

I suoi diritti sull'infrastruttura erano stati, quindi, già limitati da obblighi di origine regolamentare, giustificati dal fatto di aver potuto, per un considerevole lasso di tempo, installare le proprie reti di accesso locale, godendo di diritti esclusivi, e finanziare i costi di investimento grazie a rendite di monopolio; essa, dunque, non poteva e non aveva realmente rifiutato agli operatori concorrenti l'utilizzo della rete, concesso con modalità e a condizioni tali da incorrere, secondo la Commissione, nella violazione dell'articolo 102 TFUE.

---

<sup>29</sup> I possibili sviluppi di questo orientamento giurisprudenziale hanno quindi destato preoccupazione in parte della dottrina, come espresso nella nota di K. CZAPRACKA, *The Essential Facilities Doctrine and the Bronner Judgment Clarified: Case C-165/19 P Slovak Telekom v Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, p. 1 ss.

<sup>30</sup> La rilevanza della distinzione tra queste due forme di abuso di posizione dominante è stata più volte evidenziata da dottrina e giurisprudenza, come efficacemente illustrato nell'articolo sul caso *Google Shopping* di T. HOPNER, *Duty to treat downstream rivals equally: (merely) natural remedy to Google's monopoly leveraging abuse in European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)*, n. 3, 2017, p. 208 ss.

Ciò premesso, date le differenze tra le due fattispecie concrete, l'applicazione al caso *Slovak Telekom* delle condizioni di *Bronner* avrebbe potuto essere giustificata solo da un ampliamento della sua portata oltre i casi di rifiuto di contrarre.

Le conseguenze di un'interpretazione estensiva di questo genere non possono essere sottovalutate, dato che essa comporta, per i motivi sopra illustrati, una compressione dell'effetto utile dell'articolo 102 del TFUE e, allo stesso tempo, un indebolimento del potere della Commissione di contrastare l'abuso di posizione dominante: difatti, essa sarebbe tenuta a fornire elementi di prova sensibilmente più pesanti e, di riflesso, le imprese dominanti godrebbero di un accresciuto margine di manovra, dal momento che il loro comportamento potrebbe essere sanzionato solo nell'ipotesi in cui tutte le condizioni di *Bronner* fossero soddisfatte<sup>31</sup>.

La Corte rileva di aver, in precedenza, negato l'applicabilità di tale precedente a casi di abuso costituito dalla compressione dei margini di operatori concorrenti su un mercato a valle, citando in particolare le sentenze *Telefónica\Telefónica de España*<sup>32</sup> e *TeliaSonera*, in cui ha affermato che: “Peraltro, l'interpretazione contraria della sentenza *Bronner*, citata, auspicata dalla *TeliaSonera* equivarrebbe, come fa valere la Commissione europea, ad esigere, perché un qualsiasi comportamento di un'impresa dominante per quanto riguarda le sue condizioni commerciali possa essere considerato abusivo, che ricorrano sempre le condizioni richieste per dimostrare l'esistenza di un diniego

---

<sup>31</sup> Come rilevato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard ØE alla causa *Slovak Telekom*, cit., in particolare i punti 54 ss.

<sup>32</sup> Cfr. sentenza della Corte del 10 luglio 2014, causa C-295/12 P, *Telefónica e Telefónica de España*, punto 96: “Come risulta dal punto 75 della presente sentenza, il Tribunale ha rilevato, ai punti 180 e 181 della sentenza impugnata, che i criteri stabiliti dalla Corte nella sentenza *Bronner* (EU:C:1998:569) riguardavano un rifiuto abusivo di fornitura. Orbene, la condotta abusiva censurata alle ricorrenti, che consiste in una compressione dei margini, costituisce una forma autonoma di abuso distinta dal rifiuto di fornitura (sentenza *TeliaSonera Sverige*, EU:C:2011:83, punto 56), cui non sono applicabili i criteri stabiliti nella sentenza *Bronner* (EU:C:1998:569) e, in particolare, l'indispensabilità delle risorse”.

di cessione, il che ridurrebbe indebitamente l'effetto utile dell'art. 102 TFUE<sup>33</sup>.

Nella sentenza in commento, la Corte ha chiarito la portata generale di tali affermazioni, riferite non solo alla particolare forma di abuso di posizione dominante costituita dalla compressione dei margini, ma anche alle altre pratiche diverse dal rifiuto di accesso a un'infrastruttura (o servizio, o fattore di produzione).

Ciò comporta, come sopra accennato, un significativo alleggerimento dell'onere della prova a carico della Commissione in quanto, al di fuori di questa ipotesi, essa non è tenuta a provare che l'infrastruttura di cui si discute sia indispensabile (nell'accezione del termine precedentemente illustrata); viene così neutralizzato il principale argomento difensivo utilizzato dalle imprese sanzionate.

In conclusione, la sentenza *Bronner* è considerata un caso peculiare nel contesto normativo dell'articolo 102 TFUE e i suoi principi devono essere applicati in maniera restrittiva; questo orientamento conferma quello già emerso nella giurisprudenza europea di prime cure, espresso - ad esempio - nella sentenza di primo grado e, più di recente, nella causa *Lietuvos geležinkėlių AB* (relativa alla parziale rimozione di un'infrastruttura ferroviaria da parte dell'impresa dominante)<sup>34</sup>.

Per quanto non si possa affermare che questo orientamento giurisprudenziale comporti il superamento della dottrina delle infrastrutture essenziali, è innegabile che nel diritto UE della concorrenza la sua portata sia oramai circoscritta agli abusi di posizione dominante consistenti nel rifiuto di contrarre (nella forma di rifiuto di accesso all'infrastruttura essenziale).

---

<sup>33</sup> Si tratta di una vicenda riguardante l'accesso a un'infrastruttura del settore delle telecomunicazioni, a condizioni tali da determinare una compressione dei margini tra prezzo e costo dei concorrenti, il cd. effetto di "forbice tariffaria".

<sup>34</sup> Annotata da T. VINJE, K. ZUKAKISHVILI, *Losing Track of Antitrust—An Exclusionary Abuse Not Subject to Bronner: Case T-814/17 Lietuvos geležinkėlių AB*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, p. 1 ss.