

SENATO DELLA REPUBBLICA
10^a COMMISSIONE PERMANENTE INDUSTRIA, COMMERCIO E TURISMO

“LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2021” AS 2469

Contributo scritto di Augusto Preta

Si ringrazia il Presidente della 10^a Commissione, Sen. Gianni Giroto, per l'opportunità concessami di poter presentare un contributo scritto nell'ambito dell'istruttoria per l'esame del disegno di legge n. 2469 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021).

Roma, 25 febbraio 2021

Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica: problematiche e criticità di Augusto Preta¹

Premessa

Il disegno di legge n. 2469, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, approvato lo scorso novembre dal Governo, è sottoposto attualmente all'esame parlamentare.

Il presente documento, nel condividere e sostenere le finalità di questa importante proposta normativa², intende offrire ulteriori elementi di riflessione in questa fase istruttoria, concentrandosi su un aspetto che a parere di chi scrive presenta elementi di criticità, legati all'abuso di dipendenza economica, così come emerge dalla proposta di cui all'art. 29 comma 1-bis (sottolineature dell'autore):

Art. 29 (Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica)

1. All'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il comma 1 è inserito il seguente: «1-bis. Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati».

Si tratta in concreto di una proposta di modifica di una normativa in vigore, che già prevedeva l'abuso della dipendenza economica, da valutare però caso per caso³, adeguandola al nuovo

¹ Economista, Board Member, International Institute of Communications, Presidente Chapter Italiano IIC.

² L'articolo 1, primo comma, del DDL n. 2469 specifica che la presente legge reca disposizioni per la tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione e dell'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, finalizzate, in particolare, a: "promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche al fine di garantire l'accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni, nonché di contribuire al rafforzamento della giustizia sociale, di migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici e di potenziare la tutela dell'ambiente, il diritto alla salute dei cittadini e la tutela dei consumatori".

³ L'articolo 9, comma 1, della legge italiana n. 192/1998 definisce un rapporto di dipendenza economica come quello in cui un'impresa può imporre "un eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi" delle parti, tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato "alternative soddisfacenti". Si veda G. Colangelo, *Piattaforme digitali e squilibrio di potere economico nel disegno di legge annuale sulla concorrenza: l'araba fenice della dipendenza economica*, in Menabò di Etica ed Economia, n. 162/2021 - [Piattaforme digitali e squilibrio di potere economico nel disegno di legge annuale sulla concorrenza: l'araba fenice della dipendenza economica - Menabò di Etica ed Economia \(eticaeconomia.it\)](#). Si veda altresì la Relazione tecnica [DDL 2469 \(senato.it\)](#).

contesto digitale, e introducendo in tal senso anche una presunzione di dipendenza economica⁴.

La proposta di modifica si completa, al comma 2 dell'art. 29, con l'indicazione esemplificativa di alcune pratiche che possono integrare tale abuso da parte delle piattaforme, con l'intento di fornire una prima indicazione delle condotte vietate, cosicché le piattaforme possano definire e orientare il proprio comportamento nelle relazioni commerciali con le imprese terze che utilizzano i loro servizi di intermediazione⁵.

La dipendenza economica

L'istituto della dipendenza economica, seppur non armonizzato a livello europeo, oltre ad essere previsto da tempo in Italia, è presente in diversi Stati Membri⁶, alcuni dei quali, come il Belgio, lo hanno adottato di recente proprio per rispondere alle mutate esigenze poste dai mercati digitali.

È stata la Germania a fare da apripista, con la nuova legge pubblicata nel gennaio 2021, predisponendo un quadro normativo sulla concorrenza che esamina il potere di mercato delle piattaforme digitali e propone revisioni al regime tedesco di controllo delle concentrazioni in Germania, con l'obiettivo di meglio catturare le specificità dei mercati dell'economia digitale e così agevolare l'azione dell'autorità antitrust⁷.

⁴ Lo stato di dipendenza economica è infatti definito in base a due criteri: per l'impresa forte, la possibilità di determinare nei rapporti commerciali con la controparte un "eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi"; per l'impresa dipendente, quella di non reperire sul mercato "alternative soddisfacenti". Questo richiede una valutazione oggettiva (la presenza di alternative sul mercato) e soggettiva (la loro validità per l'impresa). Non una presunzione quindi, ma piuttosto una valutazione caso per caso volta ad accertare se l'attività di piattaforma non comporti automaticamente uno status di supremazia nei confronti degli altri soggetti terzi. Vedasi F. Debenedetti, *Quella presunzione di dipendenza che ci isola in Europa*, Il Sole 24 Ore, 2021 - https://www.ilsole24ore.com/art/quella-presunzione-dipendenza-che-ci-isola-europa-AErEHnv?refresh_ce=1

⁵ La nuova formulazione del comma 2 fornisce inoltre un elenco non esaustivo di pratiche rilevanti richiamando condizioni anche retroattive, vale a dire (i) il rifiuto di vendere o di comprare; (ii) l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, anche retroattive; (iii) l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto; (iv) l'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; (v) la fornitura di informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito; (vi), la richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta.

⁶ Oltre all'Italia, Austria, Belgio, Cipro, Francia, Germania, Repubblica Ceca, Portogallo e Spagna.

⁷ Nel processo di determinazione della posizione dominante, un'importante introduzione è il concetto di "potere di intermediazione", che può conferire alla piattaforma un significativo potere di mercato. Inoltre, la Sezione 20 della Legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza vieta alle imprese che hanno un "potere di mercato relativo o superiore" rispetto alle piccole e medie imprese (PMI) di abusare di tale potere. Tale potere di mercato relativo o superiore sorge quando un'impresa dipende da un intermediario per accedere ai clienti, compresa la situazione in cui dipende dall'accesso ai dati controllati da un'altra impresa per svolgere le proprie attività. Cfr. *Amending German competition law for*

Il presupposto da cui muovono questi interventi, incluso quello italiano, è che le piattaforme digitali, che offrono servizi di intermediazione in mercati caratterizzati dal loro essere multi-versante, proprio in ragione del ruolo svolto di intermediazione tra imprese e utenti finali, eserciterebbero il controllo su interi ecosistemi, beneficiando di consistenti effetti di rete, grazie anche alla maggiore disponibilità di dati in loro possesso.

In virtù di questa posizione privilegiata, gli interventi recenti in tema di dipendenza economica nei diversi Stati Membri introducono nuovi strumenti antitrust o integrano quelli esistenti, con l'intento di contrastare gli eventuali abusi di potere di mercato, anche nei casi in cui le condizioni dell'abuso di posizione dominante non siano soddisfatte, in particolare quando una posizione dominante non può essere stabilita.

A tal proposito è bene sottolineare che il concetto di dipendenza economica è fondamentalmente diverso da quello di posizione dominante. Mentre la prima si riferisce a una relazione contrattuale in cui un'impresa esercita una posizione di potere nei confronti della controparte, nella posizione dominante si richiede, come noto, un'analisi di mercato, basata sull'individuazione del mercato rilevante, all'interno del quale misurare la dominanza e il suo eventuale abuso, indipendentemente dai vincoli contrattuali con la singola controparte. Pertanto, la soglia legale relativa alla dipendenza economica è in qualche modo più complessa e meno consolidata, in quanto non richiede la definizione del mercato e la prova della posizione dominante⁸.

Al modello tedesco si richiama espressamente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) nella sua segnalazione inviata al Governo contenente le proposte di riforma ai fini della Legge annuale sulla concorrenza⁹. Tuttavia, l'esecutivo ha solo parzialmente accolto tali proposte, escludendo nel disegno di legge di menzionare la fattispecie tedesca della super-dominanza, ma introducendo una specifica disposizione, all'art 29 del disegno di legge, finalizzata al "rafforzamento" del contrasto all'abuso di dipendenza economica.

La presunzione di dipendenza economica

La proposta fatta dal Governo, che riprende in buona parte i rilievi dell'Agcm, è in sostanza quella di rendere la normativa più adeguata rispetto alle caratteristiche dell'attività di intermediazione delle grandi piattaforme digitali, semplificando le pratiche che possono integrare un abuso di dipendenza economica così da tutelare le parti intermedie che, si

digital regulation, 2021 - <https://digitalregulation.org/amending-german-competition-law-for-digital-regulation/>

⁸ G. Origoni law firm, *The Italian draft rulebook on abuse of economic dependence by digital platforms*, 2021 - [The Italian draft rulebook on abuse of economic dependence by \(gop.it\)](https://www.gop.it/en/italian-draft-rulebook-on-abuse-of-economic-dependence-by-digital-platforms)

⁹ Cfr. AS1730 - PROPOSTE DI RIFORMA CONCORRENZIALE AI FINI DELLA LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA ANNO 2021 - [getDominoAttach \(agcm.it\)](https://www.agcm.it/it/legge-annuale-2021)

presume, siano i soggetti “deboli”¹⁰. Si vuole evitare in altre parole che sfruttando la presunta asimmetria, il partner commerciale “forte” possa abusare della sua posizione di vantaggio nei confronti della parte ritenuta “debole”.

L’articolo 29 della Legge concorrenza, nella sua attuale formulazione suscita peraltro forti perplessità, sotto diversi profili.

In primo luogo, come è stato osservato, si tratta dell’unico caso in Europa in cui la dipendenza economica viene presunta¹¹. In questo senso, se è vero che non rappresenta una condanna a priori delle piattaforme digitali, poiché si tratta pur sempre di una presunzione relativa di dipendenza economica, in cui la piattaforma può sempre dimostrare la sua insussistenza, è pur vero che il confine tra presupposto e pregiudizio appare in questo caso molto labile, poiché si parte in ogni caso dalla convinzione che tutte le categorie di operatori che si interfacciano quotidianamente con gli intermediari digitali necessitano di un rafforzamento delle tutele¹².

Al contrario, il concetto di dipendenza economica applicato alle piattaforme digitali richiede un’attenta valutazione, poiché l’asimmetria delle piattaforme, che rappresenterebbero i soggetti forti nei confronti degli altri contraenti, non può essere data per scontata in tutti i casi o quantomeno nella grande maggioranza di essi, presupposto e condizione necessaria che giustificerebbe il rovesciamento dell’onere della prova.

Va considerato, innanzitutto, come nei mercati digitali le esternalità sopra ricordate determinino positivi effetti per tutti i contraenti, poiché la piattaforma, internalizzando le esternalità positive tra i diversi gruppi di utenti determina utilità per tutti i contraenti, che non massimizzerebbero se la piattaforma non svolgesse appunto questo ruolo di intermediazione, cioè non mettesse in contatto i diversi attori, non essendo in relazione diretta tra loro, ovvero relazionandosi in maniera meno efficace senza di essa. Riducendo in questo modo i costi di transazione, la piattaforma si fa carico degli stessi, garantendo tramite la propria infrastruttura, grazie agli effetti di rete e le esternalità positive che ne derivano, favorite dalla maggior disponibilità dei dati, una più efficiente relazione tra i fornitori e chi usufruirà di tali servizi.

La piattaforma rappresenta quindi, in molti casi, non solo l’unico strumento di accesso al mercato per molte imprese, a partire da quelle più piccole, ma anche una fonte di grande valore per gli utenti finali. Tutto ciò mal si concilia con la presunzione negativa nei confronti delle piattaforme digitali alla base della proposta di modifica dell’art. 29, che muove

¹⁰ G. Ruggiero, *La legge sulla concorrenza è in Parlamento, ma la strada è in salita: tutti gli ostacoli*, Agenda Digitale 2022 - [La legge sulla concorrenza è in Parlamento, ma la strada è in salita: tutti gli ostacoli - Agenda Digitale](#)

¹¹ F. Debenedetti, *Quella presunzione di dipendenza che ci isola in Europa*, Il Sole 24 Ore, 2021 - https://www.ilsole24ore.com/art/quella-presunzione-dipendenza-che-ci-isola-europa-AErEHnv?refresh_ce=1

¹² P. Fabbio, *Abuso di dipendenza economica: non è una condanna a priori*, Lavoce, 2021 - <https://www.lavoce.info/archives/91108/abuso-di-dipendenza-economica-non-e-una-condanna-a-priori/>

dall'assunto che l'attività di intermediazione della piattaforma comporti automaticamente uno status di supremazia nei confronti dei soggetti terzi.

Inoltre, lato piattaforme, è importante sottolineare le differenze esistenti tra le stesse e valutare i rischi che l'approccio *one-size-fits-all* comporta, considerato appunto che le piattaforme operano sulla base di modelli di business e di meccanismi di funzionamento molto diversi tra loro.

Ad esempio, in base alle tipologie (social network, motori di ricerca, marketplace, ecc.), emergono differenze tra le varie piattaforme, anche in termini di modelli di business, che possono dar luogo a relazioni tanto numerose quanto complesse.

In tale contesto, la proposta di modifica fa riferimento genericamente alla piattaforma digitale, senza distinguere tra tipologie di piattaforme e senza considerare il diverso livello di intermediazione, presumendo che l'intermediario digitale, chiunque esso sia e indipendentemente dal modello di business, debba farsi carico dell'onere della prova.

Infine, un'ulteriore criticità riguarda l'opportunità di esperimenti dei legislatori nazionali rispetto a fenomeni e problemi di ben altra dimensione, che andrebbero preferibilmente lasciati, specie in questa fase iniziale, nelle mani del legislatore e delle istituzioni europee¹³.

Se, da un lato, l'attività della Commissione europea a mezzo del Digital Services Act e del Digital Markets Act va nel senso di una maggiore armonizzazione a livello europeo e di un ravvicinamento delle normative nazionali, dall'altro lato, stiamo assistendo a una serie di riforme nazionali che rischiano di ostacolarne e minarne, l'efficacia. Il rischio è che, attraverso l'adozione di misure legislative prettamente nazionali e specificamente mirate alle piattaforme digitali, si alimentino spinte centrifughe, quando il fenomeno trascende chiaramente la dimensione nazionale, richiedendo dunque una regolamentazione uniforme a livello europeo.

In conclusione, alla luce delle evidenze emerse, si manifesta l'esigenza di modificare l'attuale formulazione dell'articolo 29 comma 1 bis, riguardante l'abuso di dipendenza economica nel digitale, respingendo l'introduzione di una presunzione di dipendenza per le seguenti ragioni:

1. non riflette il funzionamento del mercato;
2. non riflette le differenze tra piattaforme;
3. va contro le esigenze di armonizzazione UE dei mercati (digitali) per definizione transfrontalieri e l'obiettivo di un mercato unico digitale sempre più forte e coeso;
4. rischia di creare frammentazioni normative nel mercato interno a danno di tutte le parti.

¹³ P. Fabbio, *ibidem*.