

## **A.S. 2469 - Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021**

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

#### *Nota audizione*

Di seguito si delineano le principali criticità che scaturiscono dalla proposta di modifica all'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192.

#### ***Presunzione “relativa” della dominanza***

L'art. 29 del c.d. disegno di legge Concorrenza introduce una **presunzione “relativa” di dipendenza economica delle imprese che si devono affidare alla piattaforma digitale come intermediario per raggiungere il consumatore finale e impone alle piattaforme l'onere probatorio di dimostrare la sua insussistenza**. Tale onere probatorio appare ingiustificato e, in alcune circostanze, difficilmente superabile. Questa presunzione si fonda sulla **premessa “errata”** secondo la quale ogni piattaforma digitale, indipendentemente dal diverso modello di business, si configuri come soggetto forte rispetto ai propri utenti business. **I presupposti di tale presunzione sono generici e richiederebbero pertanto di essere contestualizzati nel caso concreto**. Resta inteso che un accertamento positivo della dipendenza, di per sé, non equivarrebbe comunque ad un giudizio di abusività della condotta indagata. **Nel procedimento sarà dunque necessario sviluppare un confronto approfondito sull'effettiva sussistenza di una situazione di potere relativo verso le imprese clienti e di un abuso di tale potere**.

#### ***Interferenza con normativa UE***

La suddetta modifica aprirebbe senza dubbio una **importante criticità nei rapporti con l'Europa**. L'Italia – ispirata probabilmente dalla Germania– rischia di varare una norma che non tiene conto del fatto che le piattaforme digitali sono di moltissimi tipi e basati su una molteplicità di modelli di business: motori di ricerca, e-commerce, social network, etc. Appare dunque evidente il rischio di introdurre una fattispecie talmente ampia che consenta di **vietare “presuntivamente” una serie di condotte in ragione del solo status delle imprese interessate**, indipendentemente dal loro potere (relativo) di mercato e dagli effetti potenziali delle loro condotte sul mercato.

Tale fattispecie della nuova dipendenza economica in ambito digitale finirebbe inoltre per **assorbire anche le condotte disciplinate dal Digital Markets Act**, con il rischio di cancellare la

linea di demarcazione tra regolazione economica e disciplina della concorrenza. A contrario, il potere economico delle piattaforme digitali, potrebbe invece essere controbilanciato efficacemente dalla regolazione solo se questa fosse in grado di adattarsi all'innovazione tecnologica, rischiando altrimenti di produrre maggiori danni al mercato e agli utenti finali.

Rispetto alla misura delineata dall'AGCM, la proposta di DMA si caratterizza per un maggiore livello di dettaglio, sia nella definizione di *gatekeeper*, sia nel contenuto degli obblighi di condotta.

Appare chiaro, visto l'enorme lavoro che sta dietro il DSA e il DMA che non vi sia assolutamente bisogno di "eccezioni" nazionali in una materia che l'Europa sta "normando" proprio in questi giorni. Queste tematiche andrebbero pertanto lasciate al legislatore europeo.

### ***Indeterminatezza della presunzione di dipendenza***

La previsione legislativa di cui all'art. 29 appare inoltre "indeterminata", sia nell'individuare i presupposti della presunzione di dipendenza sia nel definire le ipotesi di condotte vietate. Inoltre, nella sua ampiezza, rischia di colpire in modo indiscriminato operatori con posizioni molto diverse tra loro.

### ***Ipotetica discriminazione tra mercati online e offline***

Occorre infine, evidenziare l'impatto negativo che potrebbe determinare l'approvazione della proposta di cui all'art. 29 del ddl concorrenza, atteso che l'introduzione di una discriminazione tra mercati offline e mercati online potrebbe scontrarsi con l'innovazione e la trasformazione digitale del Paese, e conseguentemente sull'interesse dei consumatori.

In maniera del tutto contraddittoria potrebbe, inoltre, arrivare a proteggere i profitti di operatori tradizionali che verrebbero posti al riparo dall'avanzata di nuovi modelli di business. Attesa la natura e gli obiettivi dello strumento a difesa dei soggetti economicamente dipendenti, non appare comprensibile la giustificazione, motivazione, e/o ragione economica che spingerebbe ad assicurare una maggiore tutela ai soggetti economicamente dipendenti nel mondo digitale rispetto a quello tradizionale, o al contrario a regolare con maggior sfavore i soggetti in possesso di un potere economico "relativo" nei mercati digitali rispetto a quanti potenzialmente sfruttano il medesimo vantaggio nei mercati tradizionali.

L'approvazione della modifica porterebbe, pertanto, insita in sé l'alea di vedere riconosciuta una disciplina della concorrenza strumentalmente utilizzata per favorire la tutela di una parte di

concorrenti piuttosto che l'intero mercato oltre ad un rischio di ripercussioni sui consumatori stessi.

### ***Interferenza disciplina civilistica***

La proposta come formulata prevede, attraverso la previsione di una forma di posizione dominante relativa, l'abuso di dipendenza economica ed estende lo spettro del potere economico sottoposto alla lente antitrust, includendo nella sua nozione non più necessariamente l'egemonia assoluta sul mercato, ma anche un dominio relativo ad uno specifico rapporto giuridico: le regole antitrust sono chiamate così ad operare nello spazio dell'equilibrio economico e giuridico delle relazioni contrattuali, come strumenti incidenti direttamente sull'autonomia contrattuale delle parti.

Come noto, l'art. 1322 del c.c., prevede che il contratto sia espressione dell'**autonomia negoziale delle parti** che si esplica nella facoltà di determinare liberamente il contenuto del contratto stesso, ferma restando l'osservanza dei limiti imposti dalla legge, e di stipulare negozi non espressamente tipizzati dalla legge che perseguano interessi meritevoli di tutela.

Il legislatore pone sullo stesso piano i due o più contraenti, riconoscendo loro analoga forza contrattuale qualificata dal medesimo bagaglio conoscitivo ed informativo. È tuttavia possibile che l'equilibrio contrattuale sia viziato venendo a configurarsi, piuttosto, un'ipotesi di squilibrio originario o sopravvenuto. In tali casi, il nostro ordinamento fornisce ampia tutela al soggetto in posizione di sfavore che può portare anche all'annullamento del contratto stesso. La proposta di modifica di cui si discute andrebbe pertanto a disciplinare un'area già ben definita dal nostro codice civile, creando anche qui una inutile sovrapposizione normativa.

### ***Scarsa applicazione del principio di dipendenza economica nell'ordinamento italiano***

Il tema dell'abuso di dipendenza economica è da tempo oggetto di un dibattito giuridico-economico nei vari Stati membri, sebbene non sia stato sempre trattato in modo univoco in Europa, diversificando sia i presupposti per la sua applicazione, sia il suo inquadramento nell'ambito del diritto della concorrenza.

In Italia, già con disegni di legge presentati durante la XII e XIII legislatura si era proposta l'introduzione del nuovo istituto nell'ambito della normativa a tutela della concorrenza; il temporaneo approdo civilistico si deve all'intervento dell'Autorità, che ha ritenuto di focalizzare la tematica nell'ambito della contrapposizione fra norme a tutela del processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato e norme inerenti alla disciplina dei rapporti contrattuali.

Tale impostazione ha generato una discussione che non ha determinato la risoluzione della questione ma ha invece "bloccato" la nascita dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica,

richiudendolo in un articolo della legge sulla subfornitura (articolo 9 della legge 192/98) e incoraggiando così interpretazioni ancor più restrittive. Nonostante si sia ritenuto che la portata del precetto vada comunque oltre la specifica tipologia del contratto di subfornitura, non sono mancate diverse e più ampie interpretazioni supportate anche da alcune pronunce giurisprudenziali.

In ogni caso, la disposizione di fatto è rimasta sostanzialmente inattuata e il legislatore è ritornato sul tema con l'articolo 11 della legge 57/01, che ha assegnato all'AGCM una specifica competenza in materia laddove l'abuso abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

Solo, a distanza di oltre un ventennio l'Autorità ha deciso di proporre al Governo di prevedere un rafforzamento della disciplina al fine di estenderne l'applicazione anche rispetto alle piattaforme digitali. Appare noto che la scelta nasca da un chiaro desiderio dell'AGCM di "riappropriarsi" di competenze e poteri che vede attualmente minati dalla disciplina prevista nel DMA.