



Anitec - Assinform

Audizione

Commissione X Industria del Senato della Repubblica

Disegno di Legge 2469

**Misure per la concorrenza nel mercato digitale:
abuso di dipendenza economica e piattaforme
digitali/ rafforzamento dei poteri dell'AGCM in
materia di contrasto al potere di mercato delle
imprese che operano in più mercati**

(Legge annuale per il mercato e la concorrenza)

Marzo 2022

ANITEC-ASSINFORM

Associazione Italiana per l'Information and Communication Technology

Tel. 02 00632801 - Fax. 02 00632824

C.F e P.I 10053550967

Sede e uffici di Milano:
Via San Maurilio 21, 20123 Milano

Uffici di Roma:
Via Barberini 11 00187 Roma

segreteria@anitec-assinform.it www.anitec-assinform.it Aderisce a



CONFINDUSTRIA



CONFINDUSTRIA DIGITALE

Sommario

1. Premessa	3
2. Abuso di dipendenza economica e disciplina antitrust	4
2.1 Criticità in relazione all'introduzione del concetto di "presunzione"	5
2.2 La costruzione del mercato unico digitale – il DMA.....	7
3. Conclusioni	8

1. PREMESSA

Nella segnalazione annuale al Governo e al Parlamento del 2021 (AS1730), l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) ha suggerito l'introduzione di una modifica alla disciplina di cui all'art.9 comma 1-bis e comma 2 della L. n. 192/1998 ("Disciplina della subfornitura nelle attività produttive") che regola lo stato di dipendenza economica, nell'ambito del contratto di subfornitura.

Nello specifico, l'Autorità ha segnalato la necessità di introdurre una "presunzione relativa di dipendenza economica" nelle relazioni commerciali a carico di un'impresa che usufruisce di servizi di intermediazione erogati da una piattaforma digitale. La modifica dovrebbe essere finalizzata a "rendere le previsioni relative all'abuso di dipendenza economica più appropriate ed efficaci rispetto alle caratteristiche e, in particolare, al potere di intermediazione delle grandi piattaforme digitali".

Tale richiesta è stata, quindi, introdotta all'art. 29 dal DDL che introduce i commi 1-bis e modifica il comma 2 disponendo:

- il comma 1-bis: la presunzione di 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 e fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati;
- Al comma 2, modifica l'abuso di dipendenza economica, chiarendo che le condizioni contrattuali che danno luogo alla fattispecie possono essere anche retroattive e che possono riguardare anche l'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, il fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito, la richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta.

Di seguito, verranno esaminati i principali profili di criticità delle modifiche in commento in ordine a:

- introduzione della "presunzione" di dipendenza economica, quale elemento di novità nel rapporto tra pubblica autorità e privato nonché all'interno del panorama europeo;
- coerenza e tempestività rispetto alla proposta di regolamento sui mercati digitali (Digital Market Act – DMA, presentato nel dicembre 2020) attualmente in discussione a Bruxelles, volta a disciplinare la concorrenza nel mercato digitale;

2. ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA E DISCIPLINA ANTITRUST

Il DDL interviene all'art. 9 della L. n. 192/1998 in materia di abuso di dipendenza economica introducendo, da un lato, la presunzione di abuso di dipendenza economica nel caso di servizi resi da piattaforme digitali e, dall'altro, ampliando le condizioni che danno luogo all'abuso.

Va osservato, in primissima battuta, come la disciplina della dipendenza economica sia presente in diversi ordinamenti nazionali ma non sia armonizzata a livello europeo. Se guardiamo alla normativa antitrust nello specifico, non è possibile rinvenire nelle fonti europee uno specifico riferimento ai casi di abuso di dipendenza economica, lasciando così agli Stati membri il compito di disciplinarne la regolazione.

In tutti i paesi, a ben vedere, l'abuso di dipendenza economica si caratterizza per la presenza di uno squilibrio tra le parti e l'assenza per la parte debole di alternative soddisfacenti.

Nel caso italiano, la disciplina ha tenuto in considerazione un doppio profilo, ossia quello più prettamente civilistico quando l'abuso non dà luogo a una lesione della concorrenza ma resta confinato a un case by case di natura meramente contrattuale e che coinvolge la giustizia civile; un altro di natura concorrenziale, che attiva l'AGCM a tutela del mercato.

Sotto questo profilo, l'interesse ai fini antitrust dell'abuso di dipendenza economica deriva dalla prossimità di questa fattispecie con il concetto di abuso di posizione dominante, disciplinato dalla legge 287/1990 (istitutiva dell'AGCM).

Il legame tra le due fattispecie non risulta automatico: la dipendenza economica non sussiste sempre e solo in presenza di un abuso di posizione dominante né la posizione dominante implica necessariamente un abuso di dipendenza economica. Ciò perché l'abuso di dipendenza economica non necessariamente comporta effetti sul funzionamento di un mercato ma può limitarsi a interessare solo i rapporti tra due operatori, nell'ambito di singole e legittime relazioni commerciali.

Non potendosi, però, negare l'ipotesi di un effetto concorrenziale, nel 2001 è stato introdotto il comma 3-bis all'art. 9 succitato che consente all'AGCM di attivare i propri poteri laddove ritenga o riceva segnalazioni di comportamenti abusivi di dipendenza economica messi in campo da un operatore economico ritenuti lesivi della concorrenza.

Da quella data, l'Autorità ha avviato la prima istruttoria solo nel 2016 e si contano oggi solo 6 istruttorie avviate di cui 4 ancora in corso¹.

Tale contenuta attività può avere diverse origini: da un lato, la necessità di dimostrare che l'abuso di dipendenza economica abbia impatti effettivamente concorrenziali e non meramente contrattuali, circoscrivendo correttamente il mercato rilevante; dall'altro, la necessità di indagare correttamente le pratiche messe in atto dall'impresa accusata di condotte abusive vs. la disponibilità delle informazioni rese dall'impresa debole.

La scarsa attività dell'Autorità su questo fronte potrebbe aver spinto a suggerire la modifica normativa di cui all'art.29 in commento, con l'obiettivo duplice di rendere più semplice l'indagine e l'individuazione delle casistiche (modifiche comma 2), nonché di introdurre una fattispecie specifica di abuso di dipendenza economica legata alle piattaforme digitali per la loro supposta capacità di operare in logica di rete.

2.1 Criticità in relazione all'introduzione del concetto di "presunzione"

Le ragioni succitate e la crescita delle piattaforme digitali come attori di mercato hanno indotto l'AGCM a suggerire l'introduzione di una presunzione di responsabilità a carico di questi soggetti nell'ipotesi in cui l'autorità sappia o venga messa a conoscenza di pratiche di abuso di dipendenza economica.

Si tratta di una modifica che genera una serie di rilevanti criticità oltre a profilare – da un punto di vista della libertà di impresa – qualche perplessità in ordine alla compatibilità di questa misura con il dettato costituzionale oltre che un unicum nella disciplina del complesso delle attività di impresa nell'ordinamento nazionale.

Nello specifico, la presunzione:

- a. presuppone l'inversione dell'onere della prova a carico delle imprese considerate "forti" e non tiene conto della difficoltà che la stessa piattaforma potrebbe avere nel fornire adeguate giustificazioni laddove necessitasse di informazioni che solo la/le controparti possono fornire;
- b. non consente una verifica caso per caso della situazione in cui si trova l'impresa debole, volta ad accertare l'esistenza di alternative efficaci sul mercato a favore di quest'ultima. Così facendo non si procede per una

¹ <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/intese-e-abusi/liste-intese-e-abusi>

- corretta analisi del mercato rilevante, né per una valutazione della corretta sussistenza di “costi” incomprimibili e non rimborsabili che l’impresa debole ha sostenuto o sostiene;
- c. impedisce di distinguere la differenza tra piattaforme e i loro diversi modelli di business, assumendo che tutte “abusino” di una forza di mercato per il solo fatto di essere piattaforme – ivi includendovi qualsiasi fornitore di servizi di intermediazione digitali;
 - d. le fattispecie aggiunte dall’art. 29 mancano di chiarezza, sia nella parte in cui si riferiscono a condizioni “anche retroattive”, sia nel prevedere obblighi di informazione “sufficienti”, non meglio definiti, con elevati rischi di difformità applicative da parte dei decisori amministrativi e giudiziari;
 - e. introduce una specifica disciplina solo per gli operatori digitali, differenziando non solo tra soggetti potenzialmente responsabili degli abusi ma anche – a valle – definendo tutele differenti per i soggetti potenzialmente lesi, ove essi non operino in un contesto digitale;
 - f. dà luogo a una disciplina unica in Europa, contribuendo a ostacolare la creazione di un mercato unico digitale che invece richiederebbe un quadro normativo e regolatorio certo, definito e armonizzato. Ciò è ancor più importante per aziende che necessitano di avere un modello di business coerente e comune in tutta l’Europa;
 - g. genera una sostanziale incertezza nel mercato con l’effetto di disincentivare anche lo sviluppo del mercato digitale e dei servizi correlati nel nostro paese, a danno tanto delle imprese soprattutto piccole e medio piccole che beneficiano della presenza e degli investimenti di piattaforme digitali, tanto dei consumatori per i quali saranno più limitati i servizi messi a disposizione dalle medesime piattaforme. Questo profilo non sembra trascurabile nella misura in cui soprattutto le PMI consolidano rapporti commerciali con le piattaforme fondamentali per lo sviluppo dei propri business.

Nel complesso, le suddette criticità evidenziano il rischio di introdurre una fattispecie catch-all, ossia talmente ampia da consentire di vietare presuntivamente una serie di condotte solo in ragione dello status delle imprese interessate e, dunque, indipendentemente dal loro potere (persino relativo) di mercato e dagli effetti potenziali delle loro condotte sul mercato.

2.2 La costruzione del mercato unico digitale – il DMA

La scelta del Governo di introdurre una disciplina specifica per le piattaforme si inserisce nel mentre della discussione del Digital Markets Act a livello europeo. Tale provvedimento, come noto, è teso a regolare la concorrenza nel mercato delle piattaforme digitale indirizzando specifiche misure per i cd. Gatekeeper.

L'art. 29 anticipa l'applicazione da parte di una parte dei rimedi previsti dal DMA agli artt. 5 e 6. Tale intervento non può che destare alcune perplessità in ordine:

- all'esigenza di favorire la costruzione del mercato unico digitale evitando iniziative volte a frammentare il quadro legislativo europeo;
- alla necessità di garantire in ogni caso la coerenza delle disposizioni e delle terminologie adottato per evitare confusione in fase attuativa delle disposizioni;
- garantire un enforcement semplice ed efficace che riduca il rischio di contenziosi.

Quanto al primo punto, se pure è vero che il DMA – una volta approvato – non esclude la possibilità per gli Stati membri di adottare una disciplina nazionale più stringente in questo settore volta a verificare eventuali abusi praticati dalle piattaforme, resta in primo luogo da considerare che l'iter di approvazione non si è ancora concluso.

Inoltre, va anche sottolineato come con questo intervento, l'Italia si appresta a introdurre non un nuovo obbligo per i gatekeeper (che sarebbe incompatibile con il DMA, ex. art 1(6)), quanto un potere aggiuntivo che viene concesso all'AGCM nel contesto di una norma già esistente – potere che dà luogo a evidenti problemi di compatibilità con i principi del diritto europeo della concorrenza, che l'ordinamento italiano è impegnato a rispettare (art. 1, c. 4, l. 287/1990), soprattutto riguardo l'onere della prova (che nella normativa antitrust spettano all'Autorità ex-art. 2, Reg. CE/1/2003). Si tratta di un elemento di non secondaria rilevanza tenuto conto che la disciplina antitrust affonda le sue radici nel TFUE e che, in una logica di sussidiarietà, prevede un ruolo della Commissione Europea nei casi che si ritenga impattino economicamente e dimensionalmente più di uno Stato membro.

Introdurre un nuovo potere in capo all'AGCM rischierebbe di frammentare la disciplina antitrust e creerebbe un vulnus, peraltro, all'intero processo di tutela del mercato e della concorrenza europei.

Pertanto, sarebbe almeno opportuno attendere la definitiva adozione del regolamento a livello europeo prima di anticiparne anche solo alcune parti.

Questo, peraltro, sarebbe anche coerente con l'idea di costruire un mercato unico digitale che è stato l'obiettivo chiave delle diverse iniziative legislative adottate dalla Commissione europea in questi anni. Per questo, a maggior ragione nella fase di discussione del DMA, non si ravvede l'urgenza a ridosso della sua approvazione, di anticiparne anche solo parti.

Conseguentemente, quanto al secondo punto, va tenuto conto che all'interno del DMA le disposizioni che verrebbero anticipate dal DDL in esame si inseriscono all'interno di una cornice complessiva afferente alla più ampia disciplina antitrust.

Occorre infatti ribadire, così riprendendo quanto esaminato in apertura del presente contributo, che il concetto di dipendenza economica non richiama automaticamente il profilo di dominanza nel mercato. E, anche laddove ciò fosse, sarebbe necessario uniformare i criteri e le definizioni all'interno dei vari testi legislativi. All'art. 29 DDL Concorrenza la presunzione scatterebbe in presenza di condotte messe in atto da una piattaforma che abbia un ruolo "determinante". Cosa si intenda per determinante, tuttavia, ai fini del diritto antitrust resta opaco e non chiaro. Nel DMA – a titolo esemplificativo – un gatekeeper è considerato tale se detiene una posizione "consolidata e duratura" nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro.

Tale definizione più puntuale fa riferimento all'idea di dominanza nel mercato. L'essere determinante, invece, sembra essere un tentativo di introdurre un concetto più estensivo capace di ampliare il perimetro dell'applicazione della presunzione di dipendenza economica anche a soggetti diversi dai gatekeeper ovvero di incidere in maniera impropria sulla definizione di dominanza.

Queste sovrapposizioni terminologiche lasciano intravedere una differenza lettura dei fenomeni e dei significati che le diverse autorità attribuiscono a medesimi strumenti. Il che, peraltro, non può che porre – ultimo profilo – qualche dubbio sulla capacità di enforcement delle stesse, senza che ciò conduca a contenziosi in sede amministrativa.

3. CONCLUSIONI

Alla luce di quanto osservato, sembrano opportuni alcuni interventi modificativi all'art. 29 tesi, da un lato, a rimuovere le criticità legate all'introduzione di una presunzione di responsabilità., dall'altro a favorire la costruzione di un reale mercato unico digitale attraverso l'adozione di una disciplina uniforme a livello europeo, in grado di assicurare una parità concorrenziale in tutti gli Stati membri.

Per tali ragioni, l'auspicio è che il Parlamento decida in prima battuta di modificare la norma eliminando la presunzione di responsabilità e ribadendo – tanto per le

piattaforme quanto per altri operatori economici – la validità dell’approccio caso per caso.

Secondariamente, le modifiche proposte dovrebbero inserirsi nel quadro dell’attività legislativa europea. Pertanto, oltre ad auspicare una correzione formale dei testi per uniformare termini e contenuti (con riferimento al concetto di “ruolo determinante” vs. “posizione duratura e consolidata”), sarebbe preferibile anche che il legislatore attendesse l’approvazione definitiva del DMA prevedendo una revisione del testo del DDL o una sua applicazione subordinata all’adozione di necessari provvedimenti di secondo livello per rendere coerente e semplice l’enforcement dei provvedimenti.

Un’applicazione decentrata e anticipata, come quella proposta, che sarebbe introdotta precipitosamente, a livello nazionale, con norme “a maglie larghe”, rischia di creare condizioni diverse di concorrenza, sui diversi mercati nazionali, con esiti distorsivi più gravi di quelli che si vorrebbero correggere e potrebbe costringere le imprese a implementare diversi design di prodotti in diversi Stati, mentre gli utenti (siano essi commerciali o finali) potrebbero avere accesso a servizi digitali o innovazioni tecnologiche diverse a seconda dello Stato di residenza.

Infine, è importante ricordare che le autorità antitrust nazionali possono già esercitare, e di fatto esercitano, come dimostrano le numerose indagini antitrust avviate in vari stati membri, inclusa l’Italia, anche nei mercati digitali i poteri loro attribuiti dalle norme antitrust generali. Questo stato di cose sembra sufficiente a scongiurare gravi distorsioni della concorrenza, fino al momento in cui entrerà in vigore il DMA.

Anche queste considerazioni dovrebbero sconsigliare l’introduzione, nell’ordinamento italiano, di una disciplina anticipatoria come quella di cui si discute.