



Persona e Mercato

Ddl concorrenza e piattaforme digitali. Brevi considerazioni sulla proposta di modifica della disciplina sull'abuso di dipendenza economica

di Marisaria Mangeri

Il Consiglio dei Ministri, nell'adunanza del 4 novembre 2021, ha approvato il Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (ai sensi dell'articolo 47, della legge 23 luglio 2009, n. 99).

All'interno del Ddl è stato inserito un articolo, il 29, la cui rubrica è: “*Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica*”. Tale articolo dispone quanto segue: “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»;

b) il comma 2 è sostituito dal seguente:

«2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, anche retroattive, nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, nell'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito, nella richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta».

Nel Dossier n. 490, che accompagna il Ddl, si chiarisce che: (i) la finalità delle modifiche che si intendono apportare all'art. 9 sia quella di rendere la normativa più appropriata rispetto alle caratteristiche dell'attività di intermediazione delle grandi piattaforme digitali; e che (ii) le modifiche riprendono i rilievi dell'AGCM espressi nella Segnalazione al Governo del 22 marzo 2021¹.

¹ Nel Dossier si legge quanto segue: “L'articolo 29 modifica ed integra la disciplina dell'abuso di dipendenza economica nell'attività di subfornitura tra imprese, di cui all'articolo 9 della legge n. 192/1998, introducendo una presunzione relativa (*iuris tantum*) di dipendenza economica nelle relazioni commerciali con un'impresa che offre i servizi di intermediazione di una piattaforma digitale, allorché quest'ultima abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali e/o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità dei dati.

Le modifiche, che riprendono in buona parte i rilievi dell'AGCM espressi nella Segnalazione al Governo del 22 marzo scorso, [nel testo del Dossier la frase non è completata, n.d.a.].

La finalità delle modifiche è quella di rendere la normativa più appropriata rispetto alle caratteristiche dell'attività di intermediazione delle grandi piattaforme digitali.

L'articolo 9 della legge n. 192/1998 (“*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*”), al comma 1, vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice.



La norma citata considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

Segnatamente, l'articolo 29, alla lettera *a*), inserisce nell'articolo 9 della legge n. 192/1998 un nuovo comma 1-*bis*, il quale dispone che - 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.

Il medesimo articolo 29, alla lettera *b*), sostituisce il comma 2 dell'articolo 9, il quale indica – a titolo esemplificativo e non esaustivo – le pratiche in cui si può concretizzare l'abuso di *posizione dominante* [enfasi mia].

L'attuale formulazione del comma 2 – che qui si propone di integrare – precisa che l'abuso può consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie.

La lettera *b*), conformemente a quanto sollecitato dall'AGCM, propone di integrare la predetta formulazione con un richiamo all'imposizione di condizioni anche retroattive, nonché all'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, al fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito, alla richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta.

Nella Segnalazione, l'AGCM aveva anche proposto di esplicitare in norma che possa costituire abuso il rifiuto dell'interoperabilità di prodotti e di servizi o della portabilità dei dati, limitando la concorrenza.

Art. 9 L. n. 192/1998 testo vigente	Art. 9 L. n. 192/1998 testo novellato dal DDL concorrenza
1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.	
	1- <i>bis</i> . 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
2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.	2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, anche retroattive, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, nell'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito, nella richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta.
3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni.	<i>Identico</i>
3- <i>bis</i> . Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri	<i>Identico</i>



Non è, in vero, chiaro se l'AGCM intendesse modificare l'elenco degli abusi (che comunque è solo esemplificativo) o se, invece, intendesse aggiungere un elenco di abusi riguardante esclusivamente i rapporti con le piattaforme digitali. L'indicazione dell'Autorità è stata, infatti, quella di aggiungere due commi, 4 e 5, e non, dunque di sostituire il comma 2. Come si può notare agilmente leggendo quanto riportato in nota², nel testo del comma 5, l'Autorità ha fatto riferimento al comma 1 (ai fini del comma 1 le pratiche abusive realizzate dall'intermediario nei confronti dell'impresa in posizione di dipendenza economica ...) e poi ha introdotto l'elenco di abusi. La proposta risulta, pertanto, non del tutto chiara.

Ciò che è certo, però, è che già nel testo dell'AGCM compare ciò che poi viene trasfuso nella proposta di introduzione del comma 1-*bis* del Ddl concorrenza.

poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso. In caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica.	
---	--

² Nelle p. 96 e 97 della Segnalazione dell'AGCM in merito a: Proposte di riforma concorrenziale, ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza Anno 2021, si legge quanto segue: "Abuso di dipendenza economica e piattaforme digitali. L'Autorità auspica un'integrazione dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, volta 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. La modifica proposta riguarda l'introduzione di una presunzione relativa di dipendenza economica nelle relazioni commerciali con un'impresa che offre i servizi di intermediazione di una piattaforma digitale, allorché quest'ultima abbia un ruolo determinante per raggiungere utenti finali e/o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità dei dati.

Trattandosi di una presunzione relativa, è sempre possibile per la piattaforma dimostrare che non sussiste la dipendenza economica per le imprese terze.

La proposta di modifica si completa con l'indicazione esemplificativa di alcune pratiche che possono integrare un abuso di dipendenza economica da parte delle piattaforme. In tal modo si intende fornire una prima indicazione delle condotte vietate, cosicché, anche sotto il profilo della certezza giuridica, le piattaforme possano più facilmente definire e orientare il proprio comportamento nelle relazioni commerciali con le imprese terze che utilizzano i loro servizi di intermediazione.

Si propone di aggiungere i seguenti commi all'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192:

"4. 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 e/o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità dei dati.

5. Ai fini del comma 1 le pratiche abusive realizzate dall'intermediario nei confronti dell'impresa in posizione di dipendenza economica possono consistere in particolare:

- a) nell'imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, nonché condizioni extracontrattuali e retroattive;
- b) nell'applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti;
- c) nel rifiutare l'interoperabilità di prodotti o servizi o la portabilità dei dati, limitando la concorrenza;
- d) nel subordinare la conclusione, l'esecuzione dei contratti e la continuità e regolarità delle medesime relazioni commerciali alla esecuzione di prestazioni da parte dei contraenti che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto degli uni e delle altre, anche in relazione all'utilizzo dei dati;
- e) nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito;
- f) nel conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta; in particolare condizionando la qualità del servizio offerto al trasferimento di dati in misura non necessaria o proporzionata".



L'art. 29 del Ddl è stato oggetto di critiche. In particolare, si è criticato l'aver proposto di introdurre la presunzione di dipendenza e ciò perché tale presunzione si fonderebbe “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” e porrebbe “a carico dei soggetti destinatari un onere probatorio ingiustificato e difficilmente superabile”³.

A tale critica è stato obiettato che comunque si tratterebbe di presunzione *iuris tantum* e che, in fondo, il gestore della piattaforma conosce il suo mercato meglio di chiunque altro e potrebbe, pertanto, vincere la presunzione⁴.

A me sembra, però, che con riferimento alla proposta di introduzione dell'art. 1-*bis* la questione non sia tanto (*rectius* non sia solo) quella relativa alla possibilità o meno di vincere in concreto la presunzione quanto piuttosto quella di capire cosa le parti debbano provare.

La parte che ritiene di aver subito l'abuso e che voglia avvalersi della presunzione sembra, infatti, dover provare che la piattaforma svolga “un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati”. La nozione di *ruolo determinante* non è di facile lettura. Anche solo osservando le norme in tema di piattaforme digitali, si può notare come tale nozione o altre simili vengano declinate diversamente nelle diverse discipline cosicché sembra si possa dire che l'interprete di questa eventuale futura normativa non avrebbe parametri certi di riferimento.

In tema di piattaforme, tale nozione ricorda, ad esempio, per assonanza, quella di *influenza determinante* utilizzata dalla Corte di Giustizia nel caso Uber⁵ e nel caso Airbnb⁶. Lì, però, serviva solo come test per capire se ci si trovasse o meno davanti a un “servizio della società dell'informazione” e indicava la capacità di un'impresa di determinare prezzo, qualità del servizio e controllo sui beni. Con riferimento alla norma contenuta nel DDL concorrenza tale test non avrebbe molto senso.

Più pertinente, ancorché, come si proverà a dire, non del tutto calibrata sulla fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, appare l'accezione di *influenza dominante* adottata dal Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*, nel definire il “controllo” e cioè: “i diritti di proprietà di un'impresa o la capacità di esercitare un'influenza determinante sulla sua

³ G. COLANGELO, *Piattaforme digitali e squilibrio di potere economico nel disegno di legge annuale sulla concorrenza: l'araba fenice della dipendenza economica*, in <https://www.eticaeconomia.it/piattaforme-digitali-e-squilibrio-di-potere-economico-nel-disegno-di-legge-annuale-sulla-concorrenza-laraba-fenice-della-dipendenza-economica>.

⁴ P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica: non è una condanna a priori*, in *lavoce.info*, 18 gennaio 2022.

⁵ Corte di Giustizia (Grande Sezione), 20 dicembre 2017, causa C-434/15.

⁶ Corte di Giustizia (Grande Sezione), 19 dicembre 2019, causa C-390/18.



attività, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio⁷. Quest'ultimo, a sua volta, dispone quanto segue: "2. Si ha controllo in presenza di diritti, contratti o altri mezzi che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto o di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di un'impresa; trattasi in particolare di: a) diritti di proprietà o di godimento sulla totalità o su parti del patrimonio di un'impresa; b) diritti o contratti che conferiscono un'influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un'impresa". Il controllo e l'influenza determinante, in questo contesto, sembrano essere legati a rapporti pregressi (di acquisizione o di relazioni contrattuali). Come ho già detto in altri lavori, però, l'abuso di dipendenza economica deve coprire anche i *new comer*⁸ e quella nozione non è idonea a farlo. A ciò si aggiunga che il "ruolo determinante", nell'art. 29, appare legato alle caratteristiche della piattaforma e cioè il rivestire questa, per l'appunto, un "ruolo determinante" per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati⁹ e non al livello di integrazione fra le imprese.

Probabilmente l'art. 29 del Ddl Concorrenza, nell'utilizzare l'espressione "ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati", intende fare riferimento alla situazione in cui versano quei fornitori di servizi di piattaforme di base che, pur non essendo (ancora o necessariamente) *gatekeeper*, siano in grado di determinare nei loro confronti un significativo grado di dipendenza sia degli utenti commerciali che degli utenti finali e che siano altresì in grado di provocare una sorta di *lock-in*¹⁰. Esser determinanti per raggiungere gli utenti finali o i fornitori

⁷ Cfr. art. 2, punto 9.

⁸ Cfr., fra gli altri, M. MAUGERI, *Subfornitura (Diritto civile)*, in *Enc. Dir., Annali VIII*, Milano, Giuffrè, 2015, 792.

⁹ Per comprendere come la nozione di controllo cui fa riferimento regolamento (CE) n. 139/2004 nel definire il "controllo" lasci fuori altro tipo di "controllo" o "influenza dominante" basta leggere il considerando 30 dello stesso Regolamento. In tale considerando è evidente come ci siano più tipi di possibile controllo e come la definizione adottata si riferisce solo a uno di questi: "(30) Quando è lo stesso fornitore di servizi di intermediazione online a offrire determinati beni o servizi ai consumatori attraverso i suoi stessi servizi, o mediante un utente commerciale che *controlla*, tale fornitore potrebbe entrare in concorrenza diretta con altri utenti commerciali dei suoi servizi di intermediazione online che non sono da lui controllati; ciò può rappresentare un incentivo economico per il fornitore e può porlo nelle condizioni di utilizzare il proprio *controllo* sul servizio di intermediazione online per garantire alle proprie offerte, o a quelle di un utente commerciale da esso controllato, vantaggi tecnici o economici che potrebbe negare agli utenti commerciali concorrenti". Laddove è evidente che la definizione di controllo si attaglia al primo termine in corsivo, mentre il tipo di controllo cui sembra far riferimento l'art. 29 sembra più in linea con l'altro tipo di controllo messo in evidenza con il corsivo (e cioè il *controllo* sul servizio di intermediazione *online*).

¹⁰ Si veda a questo proposito il Considerando 2 della Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) del 15.12.2020 (c.d. *Digital Markets Act*): "2 I servizi di piattaforma di base presentano allo stesso tempo una serie di caratteristiche che possono essere sfruttate dai rispettivi fornitori. Tali caratteristiche dei servizi di piattaforma di base includono, tra l'altro, economie di scala estreme, derivanti spesso da costi marginali pari pressoché a zero per l'aggiunta di utenti commerciali o utenti finali. Tra le altre caratteristiche dei servizi di piattaforma di base figurano effetti di rete molto forti, una capacità di connettere molti utenti commerciali con molti utenti finali grazie alla multilateralità di tali servizi, un grado significativo di dipendenza sia degli utenti commerciali sia degli utenti finali, effetti di *lock-in*, l'indisponibilità per gli utenti finali del *multiboming* per uno stesso scopo, l'integrazione verticale e vantaggi basati sui dati. Tutte le caratteristiche sopraelencate, in combinazione col comportamento sleale dei fornitori di tali servizi, possono compromettere



letteralmente significa che, senza tali fornitori di servizi di piattaforme di base, le imprese non potrebbero raggiungere, o non potrebbero farlo a condizioni equivalenti, gli utenti finali o i fornitori. Non necessariamente “controllori dell’accesso”, dunque, ma piattaforme digitali il cui comportamento potrebbe incidere sulla sfera economica dell’impresa con cui intrattengono relazioni commerciali. Se così dovesse essere, l’impresa che volesse avvalersi della presunzione (davanti ai giudici ordinari¹¹) dovrebbe dar prova di tale situazione oggettiva. Tale prova non sembra affatto semplice da fornire. Almeno non per le prime imprese “deboli” che dovessero agire in giudizio. In una prima fase, infatti, a me sembra che la prova tenderebbe quasi a coincidere con quella di non avere “alternative di mercato soddisfacenti”¹², che è esattamente quanto richiesto per dimostrare di versare in una situazione di “dipendenza economica”. Dopo alcune pronunce, o dopo eventuali condanne dell’AGCM, forse, le imprese “determinanti” potrebbero esser “riconoscibili” ma, in una prima fase, ritengo possano esserci molte difficoltà a far valere la presunzione.

La prova fornita dall’impresa per servirsi della presunzione non impedirebbe, comunque, alla piattaforma digitale con “ruolo determinante”, di vincere la stessa provando che controparte, per ragioni peculiari, abbia alternative di mercato soddisfacenti.

La proposta di modifica crea anche qualche perplessità con riferimento all’inserimento di nuove ipotesi di abuso.

Alcune fattispecie di abuso sono, infatti, senz’altro già contemplate nell’attuale formulazione dell’art. 9 (che comunque – si ricorda – contiene solo un elenco esemplificativo e non tassativo). Non vedo, ad esempio, differenze fra applicare condizioni contrattuali discriminatorie e applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti. Non vedo, poi, perché aggiungere “anche retroattive”. Non mi sembra si possa dubitare che imporre condizioni gravose o discriminatorie retroattive costituisca già attualmente un abuso rilevante. Lo stesso vale per “la richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell’attività svolta”.

Costituisce, invece, novità ma, nei termini indicati, anche fonte di imprevedibilità, aver inserito l’abuso consistente “nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all’ambito o alla qualità del servizio

considerevolmente la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, nonché avere un impatto sull’equità del rapporto commerciale tra i fornitori di tali servizi e i relativi utenti commerciali e finali, determinando nella pratica riduzioni rapide e, potenzialmente, di ampia portata in termini di scelta per gli utenti commerciali e gli utenti finali e possono pertanto conferire al fornitore di tali servizi la posizione cosiddetta di *gatekeeper* (controllore dell’accesso)”.

¹¹ Diverso potrebbe essere davanti all’AGCM. Sul punto vedi P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica: non è una condanna a priori*, cit.

¹² Come si è detto nel testo, in senso oggettivo più che relazionale. In altre parole, l’assenza di alternative discenderebbe (pressoché esclusivamente) dalla posizione che riveste l’impresa forte nel mercato e non da pregressi rapporti contrattuali.



Persona e Mercato

fornito”. Il tasso di indeterminatezza di questa parte della disciplina è elevatissimo: la sufficienza o insufficienza dei dati non è parametro agganciato a elementi prevedibili *ex ante*. In una fase storica in cui persino il Presidente della Repubblica, nel discorso di insediamento, evoca come bisogno collettivo quello della certezza del diritto e mette in guardia contro le decisioni imprevedibili, inserire clausole di difficile concretizzazione non sembra auspicabile.