

PROF. GIUSEPPE COLANGELO

Jean Monnet Chair in European Innovation Policy
Professore associato di Diritto dell'economia (Università degli Studi della Basilicata)
Professore aggiunto di Markets, Regulations and Law e di Competition and Markets of Innovation (LUISS)
Transatlantic Technology Law Fellow (Stanford University School of Law)

Ringrazio il Senatore Girotto, Presidente della 10^a Commissione, per il gentile invito a presentare un contributo nell'ambito della discussione istruttoria per l'esame del disegno di legge n. 2469 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021).

La presente riflessione sarà interamente indirizzata all'approfondimento della disposizione di cui all'Articolo 29 del disegno di legge, mirante al "Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica". L'esame della disposizione in oggetto sarà preceduto da un breve inquadramento (giuridico ed economico) dell'istituto della dipendenza economica che risulta necessario al fine di rilevare alcune criticità presenti nell'attuale formulazione del citato Articolo 29.

a) Premesse economiche e giuridiche sull'istituto della dipendenza economica.

Sebbene non armonizzata a livello europeo, la disciplina della dipendenza economica è presente in molti Stati Membri. Nello specifico, in Austria, Belgio, Cipro, Francia, Germania, Italia, Repubblica Ceca, Portogallo e Spagna.

Nelle loro diverse formulazioni, gli interventi nazionali in materia condividono la medesima finalità ed un requisito caratterizzante l'istituto della dipendenza economica.

Riguardo al primo profilo, il divieto di abuso di dipendenza economica riflette le preoccupazioni scaturenti dall'asimmetria del potere contrattuale nell'ambito delle relazioni commerciali, la quale è vista come foriera di potenziali termini e condizioni contrattuali iniqui. In quest'ottica, le disposizioni che vietano l'abuso di dipendenza economica mirano a proteggere il contraente debole nei confronti del partner commerciale che, in considerazione delle caratteristiche del contratto, potrebbe sfruttare a proprio vantaggio una posizione di potere contrattuale. Per queste ragioni, la situazione di dipendenza economica è anche descritta come potere di mercato relativo, in contrapposizione alla posizione di potere di mercato assoluto che caratterizza la posizione dominante, ossia una delle soglie principali che giustifica l'applicazione del diritto della concorrenza. In sintesi, nella dipendenza economica l'indagine mira a valutare l'uso di un potere economico nell'ambito di una relazione contrattuale (e, dunque, nei confronti di uno specifico partner commerciale), anziché sull'intero mercato (e, dunque, nei confronti di qualsiasi operatore economico).

Con riferimento agli elementi caratterizzanti la fattispecie, un requisito accomuna le varie normative nazionali in materia. In particolare, lo status di dipendenza economica richiede la dimostrazione di significative barriere all'uscita dalla relazione commerciale in corso, ossia della mancanza sul mercato per la parte debole di alternative soddisfacenti a quel determinato partner contrattuale. La dipendenza economica è, infatti, principalmente il risultato di rilevanti costi di conversione (*switching costs*) che imprigionano la parte debole in una relazione commerciale, non consentendole di individuare adeguate

soluzioni alternative. In questo senso, per dare contenuto alla disposizione in esame non può non farsi riferimento alla teoria economica dei costi di transazione, la quale ha illustrato come il governo delle relazioni contrattuali sia fortemente influenzato dall'eventuale presenza di investimenti specifici (*transaction-specific investments*) che una parte può essere chiamata a sostenere in ragione della natura del contratto e/o delle condizioni pattuite. È l'entità degli investimenti specifici a determinare la condizione di dipendenza economica e la "prigionia" (*lock-in*) del contraente debole. Si considerano tali solo quegli investimenti che, non essendo suscettibili di riconversione, andrebbero perduti qualora la relazione contrattuale in corso dovesse interrompersi. Di conseguenza, maggiori saranno gli investimenti specifici sostenuti da una parte, maggiore sarà il potere contrattuale della controparte e la possibilità per quest'ultima di imporre condizioni contrattuali squilibrate ed inique (*hold-up*).

Alla luce di queste premesse, meglio si comprendono le ragioni che hanno tradizionalmente alimentato il dibattito sull'ambito di applicazione delle norme sulla dipendenza economica e, più nello specifico, il loro inquadramento nell'ambito della disciplina della concorrenza, anziché in quella meramente civilistica del contratto. La vicenda italiana è, al riguardo, emblematica. Sebbene originariamente i disegni di legge presentati nel corso della XII e XIII legislatura proponessero di inserire il nuovo istituto nell'ambito della normativa a tutela della concorrenza, il temporaneo approdo civilistico si deve alla reazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), la quale ha ostinatamente inquadrato la tematica nell'ambito della netta contrapposizione "teologica" fra norme a tutela del processo concorrenziale e norme inerenti alla disciplina dei rapporti contrattuali. Ne è scaturita una diatriba il cui unico risultato è stato quello di soffocare alla nascita l'istituto, relegandolo in un articolo della legge sulla subfornitura (articolo 9 della legge 192/98), incoraggiando così interpretazioni ancor più restrittive. Per quanto, infatti, quasi unanimemente si sia ritenuto che la portata del precetto vada ben oltre la specifica tipologia del contratto di subfornitura, non sono mancate voci fuori dal coro, le quali hanno trovato terreno fertile in alcune pronunce giurisprudenziali. La disposizione è rimasta così sostanzialmente inattuata: tanto da costringere il legislatore a ritornare sui suoi passi aggiungendo, con l'articolo 11 della legge 57/01, un comma che assegna anche all'AGCM una specifica competenza in materia, laddove l'abuso abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato.

b) Elementi di criticità dell'attuale proposta contenuta nell'Articolo 29.

Il rinnovato interesse per lo strumento della dipendenza economica, testimoniato dall'Articolo 29 del disegno di legge n. 2469, si deve all'apparente esigenza di individuare nuovi rimedi per contrastare gli abusi di potere di mercato nei mercati digitali, integrando le norme antitrust per sindacare con maggiore efficacia eventuali squilibri di potere negoziale tra fornitori di servizi di intermediazione digitali e utenti business.

In questo scenario, l'Articolo 29 recepisce la proposta di modifica della disciplina nazionale della concorrenza avanza dall'AGCM e che si colloca esplicitamente sulla scia delle nuove norme antitrust approvate dal legislatore tedesco, il quale ha appunto esteso agli intermediari digitali le norme sull'abuso di dipendenza economica. La proposta italiana, tuttavia, si differenzerebbe in maniera significativa dal modello tedesco, introducendo una presunzione (relativa, ossia fatta salva la prova contraria) dello stato di dipendenza economica, in luogo del suo accertamento caso per caso. In tal modo, la

proposta italiana si caratterizzerebbe per essere l'unica nel panorama europeo a prevedere una presunzione dello stato della dipendenza economica: tale presunzione risulta, infatti, assente non solo nella disciplina tradizionale della fattispecie presente nei vari Stati Membri (Italia inclusa) ma anche nella nuova formulazione adottata in Germania per la sua estensione alle piattaforme digitali.

La previsione di una presunzione (sebbene relativa) di dipendenza economica rappresenta l'elemento più critico dell'attuale formulazione dell'Articolo 29. Oltre a poter collocare l'Italia in una posizione di assoluta solitudine nel contesto normativo europeo, la presunzione non appare supportata da alcuna giustificazione. Dal momento che le premesse economiche e giuridiche della dipendenza economica illustrate in precedenza restano immutate anche con riferimento ai mercati digitali, mal si comprende la ragione che dovrebbe spingere il legislatore nazionale ad introdurre una evidente discriminazione tra piattaforme digitali e operatori tradizionali e, di conseguenza, anche tra contraenti deboli, i quali verrebbero tutelati diversamente in base alla dimensione, digitale o non, del proprio interlocutore contrattuale.

In altre parole, se l'obiettivo delle norme in tema di dipendenza economica è quello di riequilibrare l'asimmetria di potere contrattuale ed il conseguente rischio di condizioni inique per i contraenti deboli, non risultano evidenze empiriche che giustifichino un pregiudizio nei confronti delle piattaforme digitali, le quali, a parità di *superior bargaining power*, sarebbero soggette ad un trattamento più restrittivo degli altri operatori. In particolare, non risulta alcuna evidenza che le condizioni contrattuali previste dalle piattaforme digitali siano, per i contraenti deboli, più inique e dannose di quelle pattuite con altri operatori forti ma non attivi in mercati digitali.

La presunzione pone, inoltre, a carico dei soggetti destinatari un onere probatorio difficilmente superabile, laddove invece il contraente che lamenta lo stato di dipendenza economica è chiaramente il soggetto che ha maggiore facilità di accesso a tutte le informazioni necessarie a provare l'ammontare degli investimenti specifici sostenuti e l'eventuale assenza di alternative soddisfacenti sul mercato.

Infine, la presunzione apparentemente muove dall'implicita (ed errata) convinzione secondo la quale ogni piattaforma digitale, per definizione e indipendentemente dal diverso modello di business, rappresenti un soggetto forte rispetto ai propri utenti business. In questo modo, tuttavia, si porrebbero sullo stesso piano piattaforme profondamente diverse, quali, ad esempio, quelle che forniscono un *app store* con quelle che forniscono motori di ricerca o *social network*, laddove, invece, sono incontestate, in tutta la letteratura economica, le profonde differenze che caratterizzano tali modelli di business.

Tali criticità sono ulteriormente accresciute dalle difficoltà interpretative che scaturiscono dalla definizione di piattaforma digitale fornita nell'Articolo 29. L'attuale formulazione della disposizione fa riferimento ai "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". Anche in questo caso, il riferimento al "ruolo determinante" svolto dalla piattaforma rappresenta una novità rispetto sia al panorama europeo sia alla norma nazionale sulla dipendenza economica della quale si chiede l'estensione ai mercati digitali. Si possono, dunque, replicare i medesimi dubbi sopra menzionati riguardo all'opportunità di un trattamento differenziato tra operatori digitali e operatori tradizionali. In aggiunta, il riferimento al "ruolo determinante" appare

inidoneo a fornire un parametro chiaro ed oggettivo per l'individuazione dei soggetti interessati ed è, pertanto, destinato ad alimentare forti incertezze interpretative, con evidenti ricadute in termini di dispute giudiziarie. Per come formulato, infatti, il riferimento al "ruolo determinante" svolto da una piattaforma potrebbe favorire interpretazioni diametralmente opposte della norma: da un lato, potrebbe alimentare un'applicazione eccessivamente estensiva della disciplina, basata più sulle pretese soggettive del presunto contraente debole anziché sul requisito economico imprescindibile ed oggettivo dell'ammontare degli investimenti specifici sostenuti da quest'ultimo; dall'altro, potrebbe finire per determinare una confusione della nuova disciplina con la fattispecie della posizione dominante .

In quest'ultima ipotesi, una eventuale sovrapposizione tra i concetti di potere economico relativo (dipendenza economica) e potere economico assoluto (posizione dominante), infatti, potrebbe determinare una applicazione della dipendenza economica in conflitto con i consolidati principi europei del diritto della concorrenza. Nello specifico, si avverte il rischio che la nozione di "ruolo determinante" possa essere utilizzata per supportare l'imposizione di obblighi di contrarre al di fuori dei requisiti e dei presupposti stringenti della dottrina antitrust dell'infrastruttura essenziale (*essential facility*).

Alla luce di tali considerazioni, si reputa opportuno apportare alcuni correttivi all'attuale formulazione dell'Articolo 29, rimuovendo sia la presunzione di dipendenza economica sia il riferimento al ruolo determinante svolto dalla piattaforma digitale nell'offerta di servizi di intermediazione.

Roma, 16 febbraio 2022

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'D. M. G. G.', written in a cursive style.