

XII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"LA LIBERTÀ D'IMPRESA"
Roma, 17-18 settembre 2021

SILVIA SCALZINI

Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Abuso di dipendenza economica come strumento flessibile per sanzionare condotte abusive nei mercati digitali: uno sguardo comparatistico. - 2.1. Alcune recenti applicazioni - 2.2. La novella legislativa belga sull'abuso di dipendenza economica e la riforma tedesca del diritto della concorrenza nel settore digitale - 3. Il contesto europeo: il catalogo emergente di strumenti e rimedi per le condotte abusive ed inique nei mercati digitali - 4. Evoluzioni applicative dell'abuso di dipendenza economica nell'ordinamento italiano - 5. Necessità di modifica *de iure condendo* dell'Art. 9 della L. 192/1998? - 6. Una riflessione conclusiva: mercati digitali, libertà d'impresa e abuso di dipendenza economica

1. Introduzione

L'inquadramento giuridico delle condotte imprenditoriali nei mercati dell'economia digitale solleva non poche questioni sul rapporto tra la libertà di impresa, le emergenti tendenze applicative del diritto della concorrenza ed i nuovi plessi legislativi in via di costruzione nel panorama euro-unitario e nazionale.

Le questioni interpretative sorte dalla digitalizzazione di beni e servizi e dal ricorso sempre più pervasivo alle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione nell'attività di impresa sembrano richiedere, da un lato, l'evoluzione degli strumenti giuridici per contrastare nuove forme di abuso di potere economico privato, mentre, dall'altro, la garanzia di certezza giuridica e margini di libertà di azione ed organizzativa per imprese potenzialmente latrici

di innovazioni dirompenti e rapidissime o, in generale, di effetti positivi sul benessere dei consumatori e sulla concorrenza.

Ed è proprio in tale delicato equilibrio che devono essere discusse le recenti tendenze e le nuove proposte normative in materia di abuso di dipendenza economica (“*a.d.e.*”) all’interno del nostro ordinamento. Lo strumento, infatti, sta suscitando sempre maggiore attenzione – anche nel panorama comparatistico – nelle relazioni tra imprese, tra loro in rapporti asimmetrici, al fine di risolvere alcuni conflitti relativi al diniego di condivisione di insiemi di dati o all’imposizione di condizioni inique e gravose per la fruizione dei servizi di intermediazione *online*, tanto da spingere l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) a proporre una modifica normativa per adeguare lo strumento (tra gli altri) “alle sfide dell’economia digitale”.

Se le difficoltà riscontrate nell’applicazione del diritto della concorrenza – e in particolare dell’abuso di posizione dominante – nei mercati dell’economia digitale hanno destato tale rinnovato interesse per la fattispecie di *a.d.e.*¹, è infatti necessario verificare l’applicabilità *de iure condito* del divieto di *a.d.e.* nell’ordinamento nazionale in simili contesti, anche alla luce delle relative interpretazioni e applicazioni da parte della giurisprudenza e della dottrina (italiane), al fine di verificare l’eventuale opportunità di un intervento *de iure condendo* per affinare i contorni dello strumento.

La tesi che si cercherà di sostenere è, infatti, che ogni eventuale intervento normativo riformatore in materia di *a.d.e.* nei mercati digitali (i) si debba collocare in un rapporto di continuità e coerenza sistematica con altri strumenti emergenti a livello euro-unitario di contrasto agli abusi di potere di mercato, anche per non complicare la *compliance* normativa delle imprese; (ii) sia giustificato da elementi obiettivi che si riflettano nella scelta definitoria e nella tipizzazione delle condotte abusive; (iii) si attenga a criteri applicativi che consentano un adeguato bilanciamento di interessi, ovvero di limitare la libertà delle imprese forti al fine di tutelare la libertà delle imprese dipendenti a crescere ed a poter sviluppare autonomamente la propria attività in tali mercati.

¹ Segnalano tali difficoltà alcuni documenti istituzionali elaborati a livello nazionale ed internazionale. Cfr., *ex multis*, J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era – final report*, Lussemburgo, Publications Office of the European Union, 2019; AGCM, AGCOM, Garante per la Protezione dei dati personali, Indagine Conoscitiva Congiunta sui Big Data, 2019; M. Schallbruch, H. Schweitzer, A. Wambach, *A new competition framework for the digital economy: Report by the Commission “Competition law 4.0”*, 2019; F. Scott Morton, et al., *Report of the Committee for the study of digital platforms*, Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019; J. Furman, D. Coyle, A. Fletcher, D. McAuley and P. Marsden, *Unlocking digital competition*, 2019; ACCC, *Digital platforms enquiry: Final report*, 2019

Per far ciò, il *paper* muove da una sintetica indagine comparatistica (funzionale) sulle applicazioni della fattispecie, nelle varie epifanie nazionali, per sanzionare condotte abusive nei mercati digitali (§2), soffermandosi sia su alcuni casi giurisprudenziali esemplari (2.1), sia su novelle legislative volte ad adattare lo strumento al nuovo contesto tecnico (2.2), come nel caso della riforma tedesca *GWB-Digitalisierungsgesetz*. Il terzo paragrafo analizza, invece, alcune evoluzioni normative euro-unitarie volte ad introdurre norme che incidono (tra le altre cose) sul problema della d.e. nei confronti delle imprese che gestiscono servizi di intermediazione *online* (piattaforme). Una volta compiuta tale analisi, i paragrafi 4 e 5 si soffermano sulla tipicità e sulle evoluzioni applicative dell' a.d.e. nell'ordinamento italiano e sulle ragioni di opportunità o di inopportunità di una modifica legislativa, commentando la recente segnalazione dell'AGCM al Presidente del Consiglio dei Ministri² in merito a "proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il mercato e la Concorrenza, anno 2021".

Il *paper* si conclude, oltre che con la proposta di alcune soluzioni interpretative in previsione di un più incisivo utilizzo dell'a.d.e. sia nel *public* che nel *private enforcement*, con una riflessione più generale sulla libertà di impresa nei mercati dell'economia digitale e sul suo inquadramento nell' "economia sociale di mercato fortemente competitiva", considerando la funzione dell'a.d.e. come meccanismo che pone un limite alla libertà dell'impresa forte (e, tuttavia, non necessariamente dominante) nella misura in cui essa pregiudichi la libertà di iniziativa economica e l'attitudine alla crescita dell'impresa più debole.

2. Abuso di dipendenza economica come strumento flessibile per sanzionare condotte abusive nei mercati digitali: uno sguardo comparatistico

L'a.d.e. non è una fattispecie armonizzata a livello europeo, benché il Regolamento (CE) n. 1/2003³ lasci impregiudicata la possibilità per gli Stati Membri dell'Unione europea di adottare e applicare nel proprio territorio norme nazionali sulla concorrenza "più rigorose che vietino o sanzionino le condotte

² Ai sensi degli artt. 21 e 22 della Legge 10 ottobre 1990, n. 287

³ Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato

unilaterali delle imprese”⁴, incluse “le disposizioni che vietano o sanzionano un comportamento illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti”⁵.

Residua, dunque, un margine di autonomia per gli Stati al fine di attribuire rilevanza alla disparità di potere economico e contrattuale nei rapporti tra imprese e conformare, così, l’autonomia privata a scopi di ordine pubblico economico che siffatte discipline fondamentalmente condividono con il diritto della concorrenza, ovvero “l’efficienza e la congruità dello scambio e la lotta agli abusi del potere economico”⁶.

In Europa, vari Stati⁷ prevedono un divieto di a.d.e., sebbene con differenti strutture ed ispirazioni⁸. Nonostante le divergenze delle versioni nazionali del divieto, generalmente per l’accertamento dell’a.d.e. sono richieste due principali condizioni: uno stato di d.e. da parte di una impresa “dipendente” (o più imprese dipendenti) e l’abuso della stessa da parte dell’impresa “forte”. Inoltre, alcuni ordinamenti⁹, che inquadrano tale abuso nell’ambito del diritto della concorrenza, richiedono altresì l’impatto della condotta (concreto o potenziale) sul funzionamento o sulla struttura del mercato al fine di innescarne l’applicazione¹⁰.

⁴ Art. 3.comma 2 Reg. (CE) n. 1/2003

⁵ Cons. n. 8 Reg. (CE) n. 1/2003

⁶ Cfr. G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, Giappichelli, 2004. M. BAKHOUM, *Abuse without dominance in competition law: Abuse of economic dependence and its interface with abuse of dominance*, in *Abusive Practices in Competition Law*, a cura di F. di Porto, R. Podszun, Cheltenham, Elgar, 2018, 157-184.

Sul fondamento filo-concorrenziale del divieto – che assurge a clausola generale dei rapporti di mercato tra imprese -si veda, in particolare, PH. FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè, 2006; M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. impr.*, 2013, 14

La natura del divieto è tuttavia discussa in ordinamenti, come quello italiano, che prevedono che l’abuso di d.e. possa anche prescindere dalla incidenza dei rapporti sui meccanismi concorrenziali data la doppia tutela civilistica ed amministrativistica.

⁷ Inclusi, ad esempio, Germania, Francia, Italia, Spagna, Portogallo.

⁸ Cfr. A. RENDA ET AL., *Study on the impact of national rules on unilateral conduct that diverge from Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, Novembre 2012, http://ec.europa.eu/competition/calls/tenders_closed.html. Cfr. Anche Commissione europea, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the Document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, Brussels, 15.12.2020 SWD(2020) 363 final, Section 2, che elenca la frammentazione giuridica risultante dalle divergenti legislazioni degli Stati membri in materia di potere economico delle piattaforme digitali. Per un’analisi comparatistica al fine di sollevare la questione di una possibile armonizzazione europea dello strumento sia consentito rinviare a S.SCALZINI, *Economic Dependence in Digital Markets: EU Remedies and Tools*, MCLR, 2021.

⁹ Cfr. ad esempio la Francia, il Belgio, il Portogallo e in qualche misura anche l’Italia.

¹⁰ See *infra* § 2.2.

I presupposti applicativi dell'a.d.e., che non contemplano necessariamente la sussistenza di una posizione dominante sul mercato, ma richiedono una situazione di "forza" che si manifesta nell'esercizio di un potere relativo o "relazionale", potrebbero consentire alla fattispecie di essere uno strumento flessibile per sanzionare condotte abusive nei mercati digitali, dove può talvolta risultare arduo accertare la posizione dominante delle imprese e dove, invece, potrebbe più facilmente emergere il rapporto asimmetrico tra piccole e grandi imprese integrante un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi.

Le caratteristiche dei mercati dell'economia digitale e la loro ancora limitata regolazione¹¹ hanno favorito, infatti, situazioni di d.e. e asimmetrie di potere contrattuale tra imprese, specialmente nell'ambito dei rapporti commerciali con le piattaforme digitali. I dati sul fatturato raccolti a livello europeo dimostrano un crescente ricorso a tali intermediari per raggiungere i consumatori e per commercializzare beni e servizi da parte delle imprese¹². Il flusso di dati (personali e non personali) che gravita attorno al funzionamento delle piattaforme digitali, la relativa importanza per le dinamiche concorrenziali, e gli effetti di rete che scaturiscono dall'utilizzo di alcune piattaforme da parte degli utenti, possono esacerbare tale situazione, specialmente per quanto riguarda le piattaforme di dimensioni maggiori. Sebbene tali soggetti consentano un più agevole accesso al mercato per gli utenti professionali, una maggiore possibilità di scelta per i consumatori, e, in generale, un alto tasso di innovazioni sul mercato, lo sfruttamento di un eventuale stato di d.e. potrebbe nondimeno condurre a pratiche inique ed abusive, capaci di diminuire la capacità di competere sul mercato delle imprese dipendenti ed avere, dunque, effetti diretti o indiretti sulla contendibilità dei mercati e sulla relativa efficienza dinamica.

Non sorprende, dunque, come lo strumento stia attraendo sempre maggiore attenzione nelle relazioni tra imprese in ambiente digitale al fine di risolvere alcuni conflitti relativi al diniego di condivisione di insiemi di dati o all'imposizione di condizioni gravose per la fruizione dei servizi di intermediazione *online*.

¹¹ Cfr. A. FLETCHER, *Market investigations for digital platforms: Panacea or complement?*, *Journal of European Competition Law & Practice* 12, no. 1 (2021): 44-55, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa078>. I. GRAEF, *Differentiated treatment in platform-to-business relations: EU competition law and economic dependence*, *Yearbook of European Law* 38 (2019): 448-499, <https://doi.org/10.1093/yel/yez008>

¹² Cfr. Commissione europea, *Commission Staff Working Document* (nt8) §58 «according to the Observatory's estimates, around half of enterprises derived more than 25% of their revenues from online platforms. For almost 10% of companies, online platform sales exceed 75% of all revenues; while according to Statista estimates, in 2017, 18% of company revenues across the EU-28 came from e-commerce, the highest proportion being 33%».

2.1. Alcune recenti applicazioni

Sebbene l'interpretazione dell'art. L. 420-2, secondo paragrafo del Codice del commercio francese renda le maglie dell'applicazione dell'a.d.e. e particolarmente strette, l' *Autorité de la Concurrence* (A.C.) francese, nel Report "*Etude concurrence et commerce en ligne*"¹³, ha valorizzato il ruolo dello strumento (tra gli altri¹⁴) al fine di risolvere alcuni problemi legati alla d.e. delle imprese dipendenti negli "*online marketplaces*", data la difficoltà per le stesse a trovare ragionevoli alternative.

La versione francese dell'a.d.e., prevista nella stessa norma dell'abuso di posizione dominante, si connota per un'interpretazione particolarmente restrittiva dell'esistenza di uno stato di d.e., richiedendo il soddisfacimento di quattro condizioni cumulative¹⁵ e per richiedere un impatto reale o potenziale sul funzionamento o sulla struttura della concorrenza nel mercato.

Alcune recenti applicazioni dell'a.d.e. da parte dell' A.C. dimostrano come l'a.d.e. possa essere un valido strumento per le condotte dell'economia digitale, nonostante l'interpretazione particolarmente rigida sinora ricevuta¹⁶.

Nel marzo 2020 la A. C. ha condannato Apple (*inter alia*) per pratiche abusive consistenti nell'imposizione di condizioni inique e sfavorevoli perpetrate ai danni di alcuni distributori non verticalmente integrati nell'ambito della distribuzione di alcuni servizi digitali in Francia¹⁷. Benché l'appello sia ancora pendente, la decisione è da segnalare perché riguarda un'impresa "forte" che opera sia come fornitore che come concorrente delle imprese ritenute "dipendenti", essendo altresì integrata verticalmente con i propri distributori, una situazione frequente nei mercati dell'economia digitale. Dopo aver accertato lo stato di d.e., l' *Autorité de la Concurrence* ha decretato l'abusività delle condotte

¹³Autorité de la Concurrence, *Concurrence et commerce en ligne, étude*, mai 2020, § 150.

¹⁴ Cfr. Tribunale Commerciale di Parigi, 2 Settembre 2019, Amazon, Décision no. 2017050625.

¹⁵ Tali condizioni sono 1) la notorietà del partner commerciale; (2) l'importanza della sua quota di mercato; (3) l'importanza della parte del fatturato realizzato con questo partner commerciale rispetto al fatturato totale dell'attività interessata; e (4) la difficoltà per l'impresa interessata di trovare partner commerciali alternativi che offrano soluzioni commerciali simili. Cfr. Andrea Renda et al., *Study on the impact of national rules on unilateral conduct*, (nt 8).

¹⁶ Secondo alcuni A. tale interpretazione restringerebbe eccessivamente l'ambito di applicazione della fattispecie. Cfr. A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, *Les géants du numérique face à l'interdiction des abus de dépendance économique: Les Français contre-attaquent*, *Concurrences* 4, no. 1 (2020): 84-92.

¹⁷ Cfr. Autorité de la Concurrence, Décision 20-D-04 del 16 Marzo 2020, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/decision/decision-20-d-04-16-march-2020-regarding-practices-implemented-apple-products-distribution>. L. Van Acker, *The French Apple products distribution decision: Breathing life into vertical restraints enforcement?*, *E.C.L.R.* 42, no. 1 (2021): 3-8.

in quanto limitative della “libertà commerciale” delle imprese dipendenti in modo “anormale ed eccessivo”¹⁸. Secondo l’Autorità, infatti, tali condotte hanno avuto un impatto sull’attività imprenditoriale delle imprese dipendenti oltre ciò che un operatore economico “potrebbe ragionevolmente attendersi da un partner commerciale, creando altresì uno squilibrio nella loro relazione con Apple”¹⁹, avendo un impatto sul funzionamento e sulla struttura del mercato “intra-brand” con possibili distorsioni nella concorrenza “inter-brand” con produttori concorrenti.

Nello stesso anno l’Autorità ha aperto un’istruttoria²⁰ sulle condotte del motore di ricerca Google nei confronti degli editori e delle agenzie di stampa a seguito del recepimento nazionale del nuovo diritto connesso per gli editori di stampa introdotto dalla Direttiva 2019/790²¹. Gli editori hanno, infatti, lamentato sia un abuso di posizione dominante che un a.d.e. in relazione al rifiuto da parte di Google, ritenuto dagli editori un partner commerciale inevitabile, di indicizzare contenuti estratti dalle testate di stampa online a meno di ricevere una autorizzazione all’uso gratuito degli stessi. Solo l’indagine nel merito svelerà se l’Autorità vorrà percorrere anche la strada dell’a.d.e., giacché l’attenzione al momento sembra essere concentrata sull’abuso di posizione dominante, infatti l’Autorità ha emesso un provvedimento di misure cautelari per obbligare Google a negoziare in buona fede con gli editori.

Oltre agli squilibri che possono verificarsi in relazione all’imposizione di condizioni inique o svantaggiose, l’interesse per le prospettive applicative dell’a.d.e. è stato rivitalizzato anche in relazione a casi di rifiuto di condivisione di dati digitali da parte di imprese “non dominanti”, a seguito di due casi “gemelli” (*PeopleBrowsr v. Twitter*²² and *hiQ v. LinkedIn*²³) all’attenzione di due corti californiane, sui quali la dottrina europea ha ravvisato un’ipotesi di abuso di d.e.²⁴.

¹⁸ Autorité de la Concurrence, Décision 20-D-04 (nt17) §1043.

¹⁹ Cfr. Autorité de la Concurrence, Décision 20-D-04, §1044. Traduzione a cura dell’Autrice.

²⁰ Autorité de la Concurrence, Décision 20-MC-01 of 09 April 2020.

²¹ Cfr. L. n. 2019-775 del 24 Luglio 2019, tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.

²² Superior Court of the State of California, *PeopleBrowsr, Inc. et al. v. Twitter, Inc.*, No. C-12-6120 EMC, 2013 WL 843032, N. D. Cal., 6 Marzo 2013.

²³ United States District Court, Northern District of California, *hiQ Labs, Inc. v. LinkedIn Corporation*, No. 17-cv-03301-EMC, 14 Agosto 2017, <https://epic.org/amicus/cfaa/linkedin/2017-08-15-PI-Order.pdf>.

²⁴ Th. Tombal, *Economic dependence and data access*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51, no. 1 2020, 70-98.

Entrambi i giudizi hanno visto contrapposte, da un lato, società operanti nel settore della *big data analysis* che per anni hanno costruito il proprio modello di *business* grazie alla capacità di accedere ai dati di noti *social network* e, dall'altro, le società gestrici dei *social network* che da un certo momento in poi hanno opposto a tali società un diniego all'accesso ai dati per motivi legati, rispettivamente, alla volontà di regolarizzare e capitalizzare l'accesso ai dati o alla volontà di competere con una di tali società nel mercato a valle di prodotti e servizi sviluppati sulla base di tali dati.

Sebbene i due casi non siano arrivati a decisione, essi evidenziano una situazione frequente nella prassi: la mancanza di ragionevoli alternative per accedere ai dati fondamentali per l'attività di impresa potrebbe essere considerata sotto la lente dell' a.d.e., date anche le difficoltà applicative dell'abuso di posizione dominante in siffatte ipotesi.

Vi sono, infatti, molte società (in particolare di piccole e medie dimensioni) che offrono prodotti e servizi innovativi, le quali hanno sviluppato la propria attività di impresa facendo affidamento sull'accesso ai bacini di dati raccolti dalle grandi piattaforme *online*; queste, sinora, hanno generalmente garantito l'accesso (sovente senza richiesta di corrispettivo) per aumentare la diffusione dei propri servizi e rafforzare gli effetti di rete potenzialmente derivanti. Nel contesto di tecnologie come intelligenza artificiale e *Internet of Things*, inoltre, l'accesso ai dati generati automaticamente può divenire necessario "per la creazione di valore in tali settori"²⁵ e per lo sviluppo di algoritmi sempre più raffinati di analisi di tali dati. In caso di diniego all'accesso, o di applicazione di condizioni contrattuali inique e discriminatorie per l'accesso, si pone la questione dell'applicabilità dell'a.d.e. per consentire la condivisione di tali dati o per riequilibrare il rapporto tra le parti. Tale caso solleva questioni interpretative peculiari per l'applicazione dell'a.d.e., di cui si darà conto brevemente di seguito in termini generali.

Si pone primariamente la questione della sussistenza, oggettiva, di alternative sul mercato per l'impresa dipendente, che richiede di esaminare se tale impresa sia in grado di raccogliere quel bacino di dati autonomamente, o tramite altre imprese e se tale accesso sia necessario per la propria attività di impresa. Alcuni Autori suggeriscono di applicare in tali casi il test di indispensabilità dell'accesso usato per accertare se sussistano "infrastrutture essenziali" nei casi di rifiuto a

²⁵ See H. Schweitzer et al., *Modernising the law on abuse of market power, Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*, 2018, 2 https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Studien/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen-zusammenfassung-englisch.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

contrarre²⁶. Sebbene tale *test* possa essere un'utile base di partenza per discernere la sussistenza di alternative sul mercato, nel caso di accesso ai dati, tuttavia, è necessario tenere in considerazione la natura dei dati, l'allocazione iniziale dei diritti su tali dati, l'applicazione dei regimi di circolazione conseguenti, e le finalità dell'utilizzo. Le ipotesi in cui si possa riscontrare l'irrePLICABILITÀ *tout court* dei dati sono, dunque, limitate, a meno che l'impresa forte non detenga l'unica fonte di produzione di dati altrimenti irripetibili²⁷.

Nel caso in cui possano astrattamente configurarsi alternative sul mercato, la seconda fase del *test* è volta ad accertare se tali alternative siano ragionevoli per l'impresa dipendente. Potrebbe, infatti, accadere che "l'insostituibilità dell'impresa non sia assoluta ma che le forniture dell'impresa dominante siano economicamente necessarie per consentire all'impresa dipendente di mantenere una certa posizione competitiva nel mercato"²⁸ (dipendenza cd di assortimento), oppure che la riconversione produttiva non sia sostenibile da parte dell'impresa dipendente. Potrebbe, al converso, anche accadere che i dati posseduti dall'impresa forte siano veramente indispensabili, ma che "l'effetto condizionante incida maniera non sostanziale sull'attività complessiva dell'impresa condizionata"²⁹. Nei casi statunitensi esaminati, ad esempio, le imprese hanno affermato di essere dipendenti in funzione dei servizi offerti dall'accesso ai dati rispettivamente di *Twitter* e di *Linkedin*. Le due imprese, infatti, avevano orientato la propria attività di impresa nell'offerta di servizi a valore aggiunto nei mercati a valle dei famosi *social network*. Diverso sarebbe, invece, il caso in cui tali imprese non avessero avuto pregressi rapporti commerciali con le suddette piattaforme e chiedessero accesso ai dati per offrire i propri servizi in mercati collegati. Qui sorge una questione ulteriore che verte sulla configurabilità dell'applicazione dell'a.d.e. nel caso di un "*newcomer*" che chieda l'accesso ai dati di una piattaforma per competere in un mercato collegato³⁰.

²⁶ TH. TOMBAL, *Economic dependence and data access* (nt 24) In senso critico G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big data as misleading facilities*. Eur Compet J 2-3(13):249-281

²⁷ W. KERBER, *Data governance in connected cars: the problem of access to in-vehicle data*, JIPITEC 9(2018):310-331

²⁸ M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica* (nt 6) §14

²⁹ ID. §14 che cita Trib. Roma, 31 marzo 2011, Teatro dell'Opera di Roma c. SIAE

³⁰ Nell'ordinamento italiano, l'applicabilità dell'a.d.e. al cd "*new comer*" rappresenta uno dei principali problemi applicativi. Alla dottrina che ne ammette pacificamente l'estensione, si oppongono le opinioni di coloro che ritengono che la libertà di impresa dell'impresa forte possa trovare una limitazione solo nella tutela del legittimo affidamento della controparte e che il cd *newcomer* che si assume il rischio di entrata nel mercato non potrebbe- di converso- avere alcuna legittima pretesa nei confronti di altre imprese che già operano sul mercato. Secondo tale ultima opinione la fattispecie dell'a.d.e. non potrebbe spingersi fino a stabilire un obbligo a contrarre nei

Una volta accertata la d.e., occorre accertare l'eventuale abuso da parte dell'impresa forte ai danni dell'impresa dipendente, in quanto il rifiuto di condividere i dati con altra impresa è, in condizioni normali ed in assenza di apposito obbligo, una condotta pienamente lecita. Sorge a tal proposito la questione di quali siano i criteri per determinare l'abuso e se possa eventualmente venire in soccorso la dimostrazione delle circostanze eccezionali" elaborate dalla giurisprudenza "tradizionale del rifiuto a contrarre" da parte dell'impresa dominante, con particolare riferimento alla soppressione dell'innovazione derivata (prodotto nuovo/sviluppo tecnico).

Da ultimo, occorre valutare il piano dei rimedi, in quanto un eventuale obbligo di condivisione dei dati dovrà opportunamente contemperare gli interessi delle parti al fine di non frustrare - attraverso un accesso indiscriminato-, da un lato, gli interessi imprenditoriali dell'impresa forte e, dall'altro, eventuali diritti ed interessi di terzi, come nel caso della condivisione dei dati personali.

A tal fine, alcuni autori suggeriscono l'eventuale imposizione di un obbligo procedurale di negoziazione a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (FRAND), sulla falsariga della giurisprudenza relativa alla negoziazione di licenze FRAND nel caso degli *standard essential patents*. In tal caso, infatti, le parti potrebbero autonomamente accordarsi sulla controprestazione e sulle condizioni dell'accesso ai dati, sebbene in una cornice etero-imposta.

2.2 La novella legislativa belga sull'abuso di dipendenza economica e la riforma tedesca del diritto della concorrenza nel settore digitale

L'utilità dello strumento per far fronte ad alcuni nuovi conflitti è stata colta ed enfatizzata anche da alcuni legislatori nazionali.

Il legislatore belga nel 2019³¹ ha introdotto per la prima volta una norma sul divieto di a.d.e., al fine di colmare un percepito vuoto di tutela nell'ambito delle norme nazionali ed euro-unitarie in materia di concorrenza e pratiche

confronti di un'impresa forte, ma non in posizione dominante. Cfr. in particolare PH. FABBIO, L'Abuso di dipendenza economica (nt 8). Il problema è stato essenzialmente esaminato con riferimento alla cd "dipendenza da assortimento", esaminata nella giurisprudenza tedesca in particolare a seguito del caso *Rossignol* (BGH, 20 novembre 1975). Nella giurisprudenza italiana, una (timida) apertura è stata fornita da Trib. Catania, ordinanza 5 gennaio 2004, in *Foro It. Contra I*, 262) *Contra G. AGRIFOGLIO, Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*. Pinto, *L'abuso di d.e. « fuori dal contratto » tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 395. Cfr. anche C., sez. un., ord. 25.11.2011, n. 24906

³¹Cfr. L. 2019-04-04/53, art. 4, 080 che ha introdotto il nuovo articolo , entrato in vigore dal 1 giugno 2020. La citata legge ha altresì introdotto altre norme relative alla correttezza nei contratti tra imprese

commerciali abusive, specialmente nei mercati digitali³². Nonostante lo scopo dell'introduzione del nuovo Art. 2.1 nel Libro IV del *Code de droit économique* (dedicato alle norme sulla concorrenza), la nuova norma non apporta regole specifiche relative alle condotte nei mercati digitali e richiede, al pari della fattispecie francese, un impatto sulla concorrenza nel mercato belga o in una parte sostanziale dello stesso. Lo stato di d.e. è definito³³ come assenza di alternative "ragionevolmente equivalenti" e disponibili in un lasso di tempo ragionevole ed a condizioni e costi ragionevoli, che permette ad altra impresa di imporre prestazioni e condizioni che non potrebbero essere ottenute in circostanze di mercato normali. L'accertamento dell'abuso richiama le condizioni l'abuso di posizione dominante e la nuova norma fornisce cinque esempi paradigmatici ispirati alla fattispecie tedesca.

In Germania, invece, dove l'a.d.e. è fattispecie ben nota, il legislatore ha modificato la norma con lo sguardo indirizzato ai mercati digitali nell'ambito di un più ampio progetto di riforma del diritto della concorrenza³⁴ volto a consentire un maggior controllo dell'insorgenza del potere di mercato nei mercati dell'economia digitale attraverso il raffinamento degli strumenti dell'abuso di posizione dominante e dell'abuso di d.e. (*rectius* divieto di condotte abusive di imprese con potere di mercato relativo o superiore) e l'introduzione di una ulteriore categoria di potere di mercato (*Abusive Conduct of Undertakings of Paramount Significance for Competition across Markets, § 19a*). Nello specifico, il divieto di a.d.e. è stato esteso ad alcune situazioni rilevanti per i mercati digitali. Evidentemente secondo il legislatore tedesco la conoscenza dei mercati digitali e delle relative "linee evolutive" è sufficientemente avanzata "da consentire interventi di tipo più prettamente regolatorio"³⁵.

Nell'ambito della riforma, in particolare, sono da segnalare le modifiche all'art. 20.1 che prevede espressamente che il divieto di abuso di potere di mercato possa estendersi ad imprese che operano come intermediari in mercati multi-versante (i.e., le piattaforme) in relazione alle imprese che siano dipendenti dai relativi servizi in circostanze in cui non esistano sufficienti e ragionevoli alternative. Inoltre, la sezione 20, 1.a. prevede una autonoma fattispecie tipica di a.d.e. nel caso di rifiuto alla condivisione dei dati nel caso di (i) "controllo"

³² See J. BLOCKX, *Belgian prohibition of abuse of economic dependence enters into force*, *Journal of European Competition Law & Practice* (2021), <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa102>.

³³ Cfr. anche Art. I.6, 12bis° *Code de droit économique*.

³⁴Cfr. Translation provided by the Language Service of the Bundeskartellamt in cooperation with Renate Tietjen, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html.

³⁵ Per alcune riflessioni sull'ordinamento tedesco cfr. PH. FABBIO, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3/2019, p. 549 ss.

dell'accesso ai dati da parte di un'impresa; (ii) stato di dipendenza di altra impresa all'accesso ai dati per le proprie attività; (iii) rifiuto di condivisione dei dati in cambio di un "adeguato compenso", che possa costituire un "ostacolo abusivo" alla impresa dipendente. La fattispecie si applica anche qualora non vi sia ancora stata commercializzazione di tali dati. La modifica contempla, dunque, sia il caso in cui vi sia una pregressa relazione economica tra le imprese per evitare che l'impresa più forte rifiuti di condividere i dati con la controparte, sia il caso in cui l'abuso possa configurarsi "fuori dal contratto", ovvero quando un'impresa abbia necessità di utilizzare un *dataset* la cui unica fonte sia l'impresa con potere di mercato al fine di competere in mercati a valle o collegati³⁶. La fattispecie, dunque, agevola l'interprete nella risoluzione di alcune delle questioni discusse *sub. §2.1*.

Secondo alcuni Autori³⁷ un esempio applicativo della norma potrebbe consistere nel rifiuto di concedere accesso ai dati osservati o generati automaticamente nei contesti *IoT*, il cui accesso è di fatto controllato dai produttori di automobili, a fornitori indipendenti di servizi a valore aggiunto per gli utenti finali, mentre lo stesso accesso sarebbe invece consentito a soggetti facenti parte della catena "autorizzata" dai produttori. Le imprese automobilistiche, infatti, costituirebbero l'unico punto di accesso a tali dati ed il rifiuto all'accesso integrerebbe un impedimento all'autonomo sviluppo dell'offerta di servizi innovativi sul mercato.

Un altro esempio che può venire in rilievo, a parere di chi scrive, potrebbe essere quello del diniego dell'accesso da parte di una piattaforma ai dati aggregati (e dunque derivati) sulle *performance* dell'impresa che utilizza la piattaforma ed ai dati di consumo dei propri utenti³⁸.

3. Il contesto europeo: il catalogo emergente di strumenti e rimedi per le condotte abusive nei mercati digitali

Le citate vicende nazionali ed il rinnovato interesse per lo strumento si collocano in un contesto in cui anche le fonti euro-unitarie sono in evoluzione al fine di introdurre un catalogo di rimedi efficaci per contrastare gli abusi di potere di

³⁶ Cfr. TH. HÖPPNER, *Digital Upgrade of German Antitrust Law – Blueprint for Regulating Systemic Platforms in Europe and Beyond?*, Hausfeld Bulletin 1-2020, <https://ssrn.com/abstract=3575629> e Reasoning of the Draft Bill, p. 80.

³⁷ W. KERBER, *Data governance in connected cars: the problem of access to in-vehicle data* (nt 27)

³⁸ In altri termini, l'istruttoria condotta su *Amazon* dalla Commissione europea potrebbe ben rilevare anche sotto il profilo dell'a.d.e..

mercato nei mercati digitali e per completare le norme sulla concorrenza anche in relazione alla crescente dipendenza delle imprese dai fornitori di servizi di intermediazione digitali.

Le soluzioni europee si inquadrano in particolare nello sforzo di regolazione *ex ante* delle condotte delle piattaforme digitali. Sembra, infatti, emergere in Europa (ma recentemente anche oltreoceano) una tendenza ad un intervento eteronomo più marcato nei mercati digitali, che – sulla scorta dell’esperienza maturata in particolare dagli interventi antitrust *ex post*- è volta a introdurre misure che assicurino “equità” e “contendibilità” dei mercati, sebbene nel rispetto dell’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (e dunque ricercando “un giusto equilibrio fra le rispettive libertà d’impresa dei fornitori di servizi di piattaforma” e “dei loro utenti commerciali”³⁹).

Il Regolamento (UE) 2019/1150 (“Platform2Business⁴⁰”), anzitutto, affronta (tra gli altri) il problema della crescente d.e. degli utenti commerciali dalle piattaforme con cui instaurano rapporti commerciali, attraverso regole di condotta e obblighi di trasparenza. Il considerando n. 2 del regolamento, infatti, segnala che “l’incremento delle intermediazioni delle transazioni attraverso i servizi di intermediazione online, alimentati da forti effetti indiretti di rete basati su dati, conduce a un aumento della dipendenza da tali servizi degli utenti commerciali, in particolare le microimprese, piccole e medie imprese (PMI), per raggiungere i consumatori”. In conseguenza di tale dipendenza e del superiore potere di mercato degli intermediari questi ultimi sono posti nella condizione “di agire di fatto unilateralmente” in modo iniquo, ad esempio tramite prassi “che deviano considerevolmente da un comportamento commerciale corretto o contravvengono ai principi della buona fede e della correttezza”. Presumendo una tale dipendenza⁴¹, il Regolamento mira a prevenire alcune specifiche condotte che potrebbero determinare un a.d.e., che tuttavia residua come strumento *ex post* “per gli aspetti non coperti da tale Regolamento”⁴² (come potrebbe avvenire ad esempio per il rifiuto di accesso ai dati in condizioni di d.e., dal momento che il P2B richiede solo un obbligo di trasparenza sulle condizioni di accesso).

Volendo spingersi oltre nella disciplina delle condotte imprenditoriali nei mercati dell’economia digitale, la Commissione europea ha recentemente

³⁹ Così recita la valutazione d’impatto sui diritti fondamentali della Relazione al DMA, di cui *infra*

⁴⁰ Reg. (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

⁴¹ Il Regolamento sottolinea che “tali frizioni nell’economia delle piattaforme online” siano infatti solo potenziali.

⁴²Art. 3 Reg. (UE) 2019/1150

proposto, inoltre, un nuovo Regolamento denominato *Digital Markets Act (DMA)*. Lo strumento è volto ad introdurre misure per assicurare “mercati equi e contendibili nel settore digitale”⁴³, dati i rischi sistemici derivanti dall’elevato potere di mercato di alcuni grandi piattaforme e dal possibile sfruttamento abusivo da parte di tali piattaforme della dipendenza dei propri utenti commerciali che si servono di tali servizi come “punto di accesso” “per raggiungere i clienti e interagire con loro”.⁴⁴ La proposta non ha, tuttavia, il solo scopo di risolvere il problema della dipendenza delle imprese da poche grandi piattaforme *online*, ma vuole evitare altresì l’estensione del potere di mercato di tali soggetti nei mercati secondari, assicurandone la contendibilità.

Essa introduce una disciplina *ex ante* nella forma di Regolamento – e dunque uniforme in tutto il territorio euro-unitario per evitare la frammentazione delle risposte nazionali-, prevedendo misure per prevenire, monitorare e reprimere alcune condotte di imprese definite come “*gatekeepers*” tra utenti commerciali e utenti finali, le cui caratteristiche rispondono a soglie oggettive di fatturato e numero di utenti⁴⁵.

Attraverso tali misure la Commissione asserisce che il “contesto giuridico equo e sicuro” contribuirà al giusto equilibrio fra le rispettive libertà d’impresa dei soggetti coinvolti.

Se tale Regolamento sarà adottato, inoltre, sarà necessario verificare il margine residuale di applicabilità di strumenti *ex post* quali l’a.d.e. dal momento che – allo stato- la proposta lascia impregiudicata l’applicazione dei divieti nazionali dei comportamenti unilaterali basati su una valutazione caso per caso e “che prevedono la possibilità per le imprese di giustificare in maniera oggettiva e sulla base di miglioramenti dell’efficienza il comportamento in questione”⁴⁶ nella misura in cui tali norme non pregiudichino l’applicazione uniforme ed effettiva degli obblighi dei *gatekeeper* ai sensi del DMA.

È dunque imprescindibile che le evoluzioni legislative ed interpretative nazionali si armonizzino coerentemente in tale spettro di strumenti volti a prevenire e

⁴³ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali, nell’acronimo inglese DMA)

⁴⁴ Cfr. Relazione al DMA

⁴⁵ Un “*gatekeeper*” è, infatti, definito dagli artt. 2 e 3 della proposta come un fornitore di servizi di piattaforma di base (e.g. servizi di intermediazione online, motori di ricerca online, servizi di social network online, servizi di cloud computing), il quale i) “ha un impatto significativo sul mercato interno” (determinato da soglie di fatturato e dal numero di Stati destinatari dei servizi); ii) “gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali” (requisito misurato sulla base del numero di utenti); iii) “detiene una posizione consolidata e duratura nell’ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro.

⁴⁶ Cfr. considerando n. 9 e art. 1(6) DMA

reprimere i comportamenti abusivi nei confronti delle imprese economicamente dipendenti nei mercati digitali, anche al fine di garantire certezza giuridica per le imprese che vi operano⁴⁷.

4. Evoluzioni applicative dell' abuso di dipendenza economica nell'ordinamento italiano

In Italia, come noto, il divieto di a.d.e., pur avendo portata generale⁴⁸, è disciplinato dall'art. 9 L. 192 del 1998 in materia di subfornitura. Lo "stato di d.e." è definito da due criteri: la possibilità, per l'impresa forte, di determinare nei rapporti commerciali con la controparte un "eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi" e la reale possibilità, per l'impresa dipendente, "di reperire sul mercato alternative soddisfacenti". Se il primo criterio, possa considerarsi essenzialmente descrittivo della posizione di forza di un'impresa su un'altra, in relazione ad una situazione in cui la prima possa imporsi sulle determinazioni della seconda e comprimerne la relativa autonomia imprenditoriale, sul secondo criterio si concentrano invece i principali sforzi interpretativi implicando un test oggettivo (presenza di alternative sul mercato) e allo stesso tempo soggettivo (ragionevolezza delle alternative per l'impresa) basato su indici sviluppati dalla giurisprudenza che lasciano un certo margine di flessibilità. Una volta accertato lo stato di d.e., l'abuso può consistere in varie condotte, alcune delle quali tipizzate dal legislatore ("rifiuto di vendere o di comprare", "imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie" e "interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto") e si manifesta in comportamenti irragionevoli ed arbitrari, dunque eccessiva rispetto ad un ragionevole esercizio della libertà economica da parte dell'impresa forte.

I rimedi disponibili si collocano su un doppio binario di tutela, di tipo civilistico (nullità del patto attraverso cui si realizza l'abuso, inibitorie e risarcimento dei danni), da un lato, e amministrativo, dall'altro. A seguito dell'introduzione del comma *3bis* nel 2001, infatti, l'AGCM può disporre dei relativi poteri di indagine e istruttori, e comminare le sanzioni di cui all'art. 15 L. 287/1990, anche su segnalazione di terzi, qualora ravvisi che l'a.d.e. possa avere "rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato", ferma restando l'eventuale applicazione dell'abuso di posizione dominante. Tale competenza, inoltre, si estende in caso di

⁴⁷ Uno sforzo di coordinamento tra competenze e strumenti nazionali ed europee emerge dal paper congiunto delle autorità della concorrenza nazionali European Competition Network, *Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strengthen the DMA*, 21 giugno 2021

⁴⁸ Cass., S. U., sentenza del 25 novembre 2011, n. 24906; Cass., sez. I, sentenza del 12 ottobre 2018, n. 25606

violazione diffusa e sistematica della normativa sui ritardi di pagamento, per cui non occorre procedere all'accertamento della d.e.. Nell'ordinamento sono inoltre presenti ipotesi settoriali di divieto di a.d.e. per garantire effettività di tutela in alcuni settori⁴⁹.

Sebbene la ricostruzione della natura della norma abbia sollevato (e sollevi) contrasti in dottrina, si ritiene che una lettura "filo-concorrenziale" della stessa possa forse consentire un miglior inquadramento degli interessi tutelati e, in ultima analisi, un migliore bilanciamento di interessi tra la libertà organizzativa e di azione dell'impresa forte e la libertà dell'impresa debole di non essere rinchiusa a causa di una condotta arbitraria dell'impresa forte in una situazione senza vie di uscita che non le consenta di svilupparsi autonomamente nel mercato⁵⁰.

Ad ogni modo, la struttura del divieto di a.d.e. nell'ordinamento italiano consente di avere una pluralità di fattispecie tra loro in continuità e di rimedi per accertare e sanzionare le condotte dell'impresa⁵¹, rendendo lo strumento trasversale e flessibile, come testimonia un impiego crescente dello stesso rispettivamente da parte della giurisprudenza civile e da parte dell'AGCM.

Sul primo versante, il divieto è stato attuato anche per reprimere condotte nei mercati dell'economia digitale. Nel 2016, ad esempio, il Tribunale di Milano⁵² ha condannato la società Google per a.d.e. nei confronti di una piccola società di sviluppo e gestione di siti web, che si trovava – secondo la corte di prima istanza – in una posizione di "completa posizione di d.e."⁵³. In tal caso, ad avviso del giudice, l'a.d.e. si era manifestato attraverso l'imposizione di condizioni gravose, l'interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in corso (in relazione al

⁴⁹ Cfr. art. 17, comma 3, d.l. 1/12 conv. L. 27/12 nell'ipotesi di a.d.e. nei rapporti tra gestori e titolari di impianti di distribuzione di carburante e art. 62 d.l. 24/12, conv. 27/12 nell'ipotesi di a.d.e. nel settore agroalimentare

⁵⁰ Cfr. in particolare Ph. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica* (nt 6) il quale affronta i vari stadi valutativi alla luce di tale *ratio*, e letteratura ivi citata

⁵¹ M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica* (nt 6), §9 distingue le seguenti ipotesi: "(a) quella in cui vi sia interferenza fra posizione dominante (art. 3, l. 287) e d.e.; (b) quella di d.e. che, pur non avendo i requisiti della fattispecie di cui all'art. 3 l. 287, "abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato"; (c) quella di d.e. semplice, priva di rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato (s'intende: "priva di rilevanza" ai fini della competenza amministrativa dell'A.G.C.M., ma pur sempre potenzialmente lesiva del buon funzionamento del mercato, se pure a livello dimensionale ristretto)".

⁵² Trib. Milano, sentenza n. 7638/2016 del 17.6. 2016.

⁵³ Cfr. Trib. Milano, sentenza n. 7638/2016, cit., § 8. Il giudice ha considerato come indici della d.e. "lo squilibrio di diritti ed obblighi a favore di Google, risultante sia dal contenuto delle clausole contrattuali che dalla corrispondenza, e dal carattere di esclusività del rapporto di Attrakt con Google, dalla composizione del fatturato e dei ricavi derivanti esclusivamente da Google, tanto da essersi azzerato dopo il recesso di Google".

servizio di pubblicità online *AdSense*) e la mancata corresponsione di corrispettivi dovuti, necessari alla società dipendente per la prosecuzione *tout court* dell'attività. Il modo ed i tempi in cui tali condotte erano state poste in essere, ad avviso del Tribunale, hanno impedito alla controparte di "reperire sul mercato in tempi utili delle alternative soddisfacenti".

Le applicazioni da parte di AGCM sono più rare, sebbene si registri una tendenza crescente nel ricorso allo strumento e, corrispondentemente, sorgono alcune prime interpretazioni ed applicazioni dei presupposti di intervento di AGCM. La prima applicazione, risalente al 2016, verteva su un caso di sistematica imposizione di termini di pagamento superiori a quelli legali, riducendo così la liquidità dei fornitori e di conseguenza la capacità competitiva (caso *Hera*⁵⁴). Nel 2019 l'Autorità ha sanzionato un distributore nazionale in esclusiva di un assortimento di quotidiani e periodici per aver arbitrariamente interrotto un rapporto di fornitura con un distributore locale (Caso *M-Dis*)⁵⁵, minandone la sostenibilità economica - finanche ad escluderlo dal mercato-, ed evitando altresì l'ingresso di operatori concorrenti (acquirenti dell'impresa debole e forieri di soluzioni innovative) così favorendo la propria distribuzione interna. Una tale condotta ha avuto secondo l'Autorità conseguenze negative sulle dinamiche concorrenziali del mercato di riferimento e in generale sulla efficienza della gestione della distribuzione dei quotidiani, oltrepassando così "l'ambito dello specifico rapporto tra soggetti interessati" e giustificando "la rilevanza concorrenziale" che innesca la competenza di AGCM.

Nel 2020, infine, sono state avviate due nuove istruttorie rispettivamente in materia di presunta imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e capaci di impedire al distributore di "emanciparsi dalla condizione di mono-committenza" e di operare in concorrenza, "a detrimento del gioco concorrenziale del mercato" (caso *Poste*⁵⁶) e di un presunto caso di a.d.e. nell'ambito di un contratto di *franchising* le cui clausole sarebbero idonee a condizionare l'autonomia imprenditoriale dell'affiliato, con potenziale "impatto significativo su tutti gli imprenditori" che costituiscono la [estesa] rete

⁵⁴ Cfr. provvedimento AGCM n. 26251, del 23 novembre 2016, caso *RP1 - Hera-Affidamenti Gruppi Misura Gas*. Trattandosi di violazione reiterata e diffusa della disciplina sui ritardi di pagamento l'Autorità non ha dovuto dimostrare l'esistenza di una d.e..

⁵⁵ Cfr. provvedimento AGCM n. 28043, del 20 dicembre 2019, caso A525 - Mercato della distribuzione quotidiani e periodici nell'area di Genova e Tigullio.

⁵⁶ Cfr. Provvedimento n. 28192 del 17 marzo 2020, avvio dell'istruttoria A539 -Poste Italiane/Contratti Fornitura Servizio Recapiti, in Boll. 14/2020.

commerciale dell'affiliante, "a detrimento del gioco concorrenziale nel relativo mercato" (caso *Benetton*⁵⁷).

Analizzando le valutazioni operate da AGCM nei provvedimenti menzionati, è evidente la copiosità dei dati a disposizione per determinare la sussistenza dell'a.d.e., grazie anche agli incisivi poteri istruttori dell'Autorità. Particolare attenzione è diretta all'accertamento dello stato di d.e., sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo, ed alle eventuali giustificazioni delle condotte dell'impresa forte rispetto alla propria condotta imprenditoriale. Meno estesa risulta talvolta la motivazione dei presupposti di intervento, ovvero "la rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato" della condotta abusiva, rendendo sfuggenti i criteri che innescano la competenza di AGCM qualora l'impatto della condotta oltrepassi il singolo rapporto privatistico. La comprensione dei confini di applicazione di tale ipotesi di d.e. rileva, infatti, non solo per circoscriverne l'interpretazione a parametri di natura concorrenziale piuttosto che equitativa, ma anche per profili applicativi e procedurali da non sottovalutare. La segnalazione di a.d.e. può, infatti, essere presentata anche da terzi (e non solo da parte dell'impresa dipendente) ed i poteri istruttori, così come le sanzioni applicabili, sono particolarmente incisivi.

5. *Necessità di modifica de iure condendo dell'Art. 9 della L. 192/1998?*

A fronte di tale scenario, occorre domandarsi se *de iure condendo* sia necessario un eventuale raffinamento della previsione normativa di divieto di a.d.e., prendendo spunto dalla modifica della disciplina tedesca da cui quella italiana trae ispirazione.

L'occasione di riflessione è fornita dalla recente segnalazione di AGCM sulle "proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il mercato e la Concorrenza", la quale propone una modifica dell'Art. 9 L. subfornitura allo scopo di adeguare lo strumento (tra gli altri) "alle sfide dell'economia digitale" ed attribuire all'AGCM poteri più incisivi derivanti da una più puntuale tipizzazione ed un alleggerimento motivazionale.

La proposta di modifica si rivolge esclusivamente alle condotte di "piattaforme digitali" aventi "un ruolo determinante per raggiungere utenti finali e/o fornitori, anche in termini di effetti di rete e/o di disponibilità di dati". Nel caso

⁵⁷ Cfr. provvedimento n. 28447, del 17 novembre 2020, avvio dell'istruttoria A543 - Rapporti contrattuali tra Benetton e i suoi rivenditori, in Boll. N. 47/2020.

in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da tale piattaforma, la norma prevede una presunzione semplice dello stato della d.e. attribuendo, dunque, alla "piattaforma" l'onere di dimostrare che tale dipendenza non sussiste.

Ancora la proposta di modifica aggiunge la tipizzazione di alcune pratiche considerate abusive "realizzate dall'intermediario nei confronti dell'impresa" dipendente, tra cui l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, il rifiuto "dell'interoperabilità di prodotti o servizi o la portabilità dei dati, limitando la concorrenza", o la richiesta del trasferimento di dati in misura non necessaria o proporzionata come condizione della qualità del servizio offerto.

Le condotte che si intende tipizzare peraltro richiamano gli interventi dell'AGCM (e di altre autorità antitrust) in materia di abuso di posizione dominante nei mercati digitali⁵⁸, al fine di meglio chiarire i confini di liceità delle condotte dei grandi operatori digitali, anche in assenza di posizione dominante, ed estendere di conseguenza i poteri di intervento dell'Autorità.

Sebbene una tale tipizzazione possa garantire maggior effettività di tutela, maggior certezza giuridica per gli operatori del settore digitale e possa facilitare ed accelerare le istruttorie di AGCM, la presunzione dello stato di d.e. e l'ampia nozione di "piattaforma digitale" sollevano, tuttavia, alcune perplessità. Da un primo punto di vista, l'impresa forte potrebbe, infatti, non essere nella condizione di provare l'assenza dello stato di d.e. dell'impresa debole, specialmente per quanto riguarda il *test* soggettivo della ragionevolezza delle alternative possibili, in quanto basato su informazioni relative all'impresa debole che potrebbero anche rivelarsi commercialmente sensibili.

Da altro punto di vista, la definizione di piattaforma digitale, non legandosi a parametri di tipo oggettivo (come nel DMA), lascia eccessivo margine interpretativo. È, inoltre, da prevenire il rischio che un tale meccanismo presuntivo, unitamente alla tipizzazione delle condotte, renda *ipso facto* rilevanti tali ipotesi per la tutela della concorrenza e del mercato.

In sostanza, in assenza dei meccanismi valutativi che normalmente garantiscono il bilanciamento tra la libertà di impresa dell'impresa forte e la libertà di impresa dell'impresa debole vi è il rischio di finire per introdurre una sorta di regolazione *ex ante* delle responsabilità di alcuni soggetti (identificabili discrezionalmente), superabile solo con una prova che potrebbe rivelarsi molto difficoltosa.

⁵⁸ Cfr., ad esempio, i casi della Commissione europea Google Search (Shopping) (2017) e Google Android (2018); Microsoft case by the European Commission (2004); the Italian Google Maps / Enel case (2021)

In definitiva un eventuale intervento normativo sul divieto di a.d.e. (specialmente per quanto riguarda la tutela amministrativa) necessita di essere impernato sull'obiettivo di evitare che l'impresa forte soffochi ingiustificatamente l'impresa più debole, tutelando di riflesso la concorrenza dinamica nei mercati, senza tuttavia rischiare di finire per dare protezione ai singoli concorrenti⁵⁹.

Non è da dimenticare, inoltre, come ogni intervento normativo debba trovare una collocazione coerente nel catalogo degli strumenti *ex ante* ed *ex post* disponibili a livello nazionale ed euro-unitario per prevenire e contrastare le condotte abusive o sleali nel mercato unico digitale, anche al fine di non esacerbare la frammentazione giuridica tra Stati e di evitare una *compliance* eccessivamente onerosa per gli operatori economici.

Da ultimo si rileva come, contrariamente alla novella tedesca, non si riscontra una fattispecie apposita sull'a.d.e. derivante dal rifiuto a condividere i dati da parte dell'impresa forte nei confronti dell'impresa debole. Invero, l'applicazione dell'a.d.e. a tale ipotesi non necessita di un intervento *de iure condendo*, essendo sufficiente l'interpretazione e l'applicazione del divieto nella versione vigente. Una eventuale tipizzazione *ad hoc*, sebbene utile per agevolare la dimostrazione di un eventuale a.d.e., al momento potrebbe forse essere prematura. E, d'altro canto, non sarebbe lungimirante limitarne l'applicazione solo nell'ambito delle condotte dei servizi di intermediazione *online* dal momento che l'evoluzione di alcuni mercati (come quello dell'*Internet of Things*) potrebbe condurre a conflitti anche tra imprenditori che svolgono attività diverse.

6. Una riflessione conclusiva: mercati digitali, libertà d'impresa e abuso di dipendenza economica

L'analisi sui profili evolutivi dell'a.d.e. stimola una riflessione più generale sulla libertà d'impresa nei mercati digitali, e sul suo inquadramento nell' "economia sociale di mercato fortemente competitiva" alla luce dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali nazionali ed euro-unitari.

⁵⁹ Cfr. per opinioni differenti sui margini per il diritto della concorrenza di sanzionare abusi non derivanti dallo sfruttamento di posizioni dominanti cfr. P. BOUGETTE, O. BUDZINSKI, F. MARTY, *Exploitative abuse and abuse of economic dependence: What can we learn from an industrial organization approach?*, *Revue d'Économie Politique* 129, no. 2 (2019): 261-286, 265.; TH. K. CHENG AND M. GAL, *Superior bargaining power: Dealing with aggregate concentration concerns*, in *Abusive Practices in Competition Law*, a cura di F. DI PORTO, R. PODSZUN, Cheltenham: Elgar, 2018.

Sebbene la ricerca di una sintesi tra valori individuali e valori collettivi sia ben nota e da tempo approfondita da opinioni autorevoli, la necessità di linee guida per attuare un opportuno bilanciamento si rende urgente nei mercati digitali le cui linee evolutive mostrano una incessante innovazione e una progressiva concentrazione di potere economico privato nelle mani di pochi operatori.

Per orientare l'attività di legislatori ed interpreti nel forgiare ed interpretare le regole per contrastare abusi di potere economico privato, sorge allora la necessità di riempire di significato la formula dell'art 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che, nel limitarsi a riconoscere la libertà d'impresa, non sembra riferirsi a "limiti interni", incontrando, "semplicemente, criteri di «conformità» al diritto comunitario nonché alle leggi e alle prassi nazionali"⁶⁰, ed essendo solo completata dall'art. 52(1) della stessa Carta che richiama il principio di legalità ed il principio di proporzionalità nell'apposizione di eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà della Carta. Non si rinvengono nella Carta i limiti che condizionano l'iniziativa economica privata nella Costituzione italiana o in quella tedesca, benché la stessa Corte di Giustizia, abbia avuto modo di precisare come la libertà di impresa non costituisca "una prerogativa assoluta", ma debba "essere presa in considerazione rispetto alla sua funzione nella società"⁶¹ e possa dunque essere soggetta "ad un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici suscettibili di stabilire, nell'interesse generale, limiti all'esercizio dell'attività economica"⁶², seppur nel rispetto del principio di proporzionalità.

L'interpretazione della libertà di impresa, allora, può apprezzarsi nel suo inquadramento nell' "economia sociale di mercato fortemente competitiva" la cui ispirazione ordoliberal richiama l'attenzione sulla necessità di garanzia di un "sistema che assicuri il rispetto delle regole del gioco cosicché il risultato del processo economico provenga dal coordinamento delle preferenze individuali sul mercato libero"⁶³. Da qui il ruolo primario attribuito al diritto della

⁶⁰ F. D. BUSNELLI, *Carta dei diritti fondamentali. Autonomia Privata*, in G. VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*, Cedam, Padova, 2005.

⁶¹ Si veda in particolare *Sky Österreich v Österreichischer Rundfunk* [2013] ECR I-0000, caso C-283/11 § 42- 43. Si vedano anche, in tal senso, sentenze del 9 settembre 2004, *Spagna e Finlandia/Parlamento e Consiglio*, C-184/02 e C-223/02, Racc. pag. I-7789, punti 51 e 52, nonché del 6 settembre 2012, *Deutsches Weintor*, C-544/10, § 54 e giurisprudenza ivi citata.

⁶² Cfr. *Sky Österreich v Österreichischer Rundfunk*, § 46.

⁶³ J. DREXL, *La Constitution Économique Européenne - L'actualité Du Modèle Ordolibéral.*, *Revue internationale de droit économique*, 2011/4 - t.XXV , 419 ss. 434.

concorrenza e la valorizzazione della libertà contrattuale come “condizione giuridica *sine qua non*”⁶⁴ della concorrenza sul mercato.

E tale lettura deve condurre anche le prospettive applicative dell’abuso di d.e., che dovrà trovare la propria collocazione sistematica in continuità con altre fattispecie di confine, ed i cui presupposti devono essere tali da consentire allo strumento di limitare la libertà organizzativa e di azione delle impresa più forte nella misura in cui essa si spinga (ingiustificatamente) fino quasi a soffocare la libertà dell’impresa dipendente a crescere ed a poter sviluppare autonomamente la propria attività sul mercato.

Detto in altre parole, la concorrenza “non sia difesa contro la creatività dell’imprenditore, essa stessa di utilità sociale, e dunque contro il suo successo sul mercato; e sia invece difesa contro comportamenti diversi.. che tolgono spazio alla creatività altrui”⁶⁵.

⁶⁴ IBID., 420. Cfr. anche M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contratto e Impr.*, 2019, 4, 1255

⁶⁵ G. OPPO, *Principi*, nel *Trattato di diritto commerciale diretto da V. Buonocore*, sez. I, t. 1, Torino, 2001, 42., 85 ss.; ID., *Diritto dell’impresa e morale sociale*, in *Scritti Giuridici*, vol. VI, 279, 284 ss. il cui pensiero è citato e commentato da G. OLIVIERI, *Iniziativa Economica e Mercato Nel Pensiero Di Giorgio Oppo*, *Riv. Dir. Civ.* 2012, 509-533