

La nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica: una presunzione di troppo?

Di Giuseppe Portonera

1. Note introduttive sul quadro normativo

La legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (l. 5 agosto 2022, n. 118) ha modificato la disciplina dell'abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, cosiddetta legge sulla subfornitura). Come è noto, questa vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica (ossia un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi, tenuto conto anche delle condizioni di mercato) nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice¹. La collocazione di una norma a evidente vocazione generale² in una legge così "di settore" si spiega alla luce di una iniziale diffidenza dell'Autorità Antitrust nei confronti di un potere che, al contrario delle ordinarie materie di tutela della concorrenza, ha per oggetto il sindacato di singoli equilibri contrattuali. Tale peculiarità aveva suggerito, insomma, di mantenere ben salda una linea di distinzione tra norme (di diritto amministrativo) a tutela del processo concorrenziale e norme (di diritto civile) inerenti alla disciplina dei rapporti contrattuali³.

Col tempo, questa contrapposizione è sfumata sempre più. Già nel 2001, l'art. 9 della legge sulla subfornitura è stato modificato con l'assegnazione all'Autorità Antitrust del potere di intervenire in materia, ogni qualvolta l'abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato. Parallelamente, in alcune specifiche ipotesi, il legislatore ha introdotto alcune presunzioni "settoriali" (relative e assolute)

- 1 Per l'inquadramento generale della disciplina si vedano, *ex multis*, P. P. Ferraro, *La subfornitura*, in *Tratt. Buonocore-Costi*, II, 6, Torino, 2022, e V. Bachelet, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020.
- 2 A. Albanese, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 1179 s. In giurisprudenza, si veda Cass. sez. un., ord. 25.11.2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, c. 805 s.
- 3 Ciò aveva un riflesso anche in materia processualistica. Il testo originario dell'art. 9 della legge sulla subfornitura individuava infatti nel solo giudice ordinario il soggetto davanti al quale farsi valere la violazione del divieto di abuso, mentre la disposizione attuale prevede anche poteri d'indagine e sanzionatori per l'Autorità Antitrust.

Giuseppe Portonera è Forlin Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.

Si ringrazia Amazon per il supporto

di dipendenza economica, così da esonerare l'impresa abusata dall'onere di provare il proprio stato di dipendenza⁴, o addirittura previsto fattispecie nelle quali si presume anche il carattere rilevante dell'abuso per la concorrenza e il mercato⁵.

In questo quadro di rinnovato interesse per la repressione dell'abuso di dipendenza economica si colloca la già ricordata legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021. Il nuovo comma 1 dell'art. 9 stabilisce 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 legislatore ha, in sostanza, raccolto l'invito che proprio l'Autorità Antitrust gli aveva rivolto di modificare la disciplina con precipuo riferimento ai mercati digitali ove si «presume» sussistano squilibri commerciali dannosi per la concorrenza.

Proprio l'introduzione di questa presunzione (relativa: cioè che ammette la prova contraria) costituisce, come vedremo meglio successivamente, l'aspetto più controverso della novella normativa. Di converso, l'adeguamento della disciplina al mercato dei servizi digitali è di per sé una scelta non sorprendente. A livello europeo, è stata compiuta dal legislatore EU con il recente *Digital Markets Act* (DMA), adottato il 14 settembre 2022 e applicabile a decorrere dal 2 maggio 2023. E ancor prima dell'intervento europeo, è stata la volta del legislatore tedesco⁶, che ha fornito un modello cui l'Autorità italiana si è ispirata nella sua segnalazione annuale al Governo. Proprio per l'importanza dell'esempio tedesco – che, per la sua tradizione di regolamentazione dei mercati in senso pro-concorrenziale, costituisce un parametro di comparazione imprescindibile – è però opportuno svolgere una ulteriore precisazione. Il legislatore tedesco è infatti intervenuto nella disciplina dell'abuso di posizione dominante e non in quella della dipendenza economica,

4 È il caso, ad esempio, della distribuzione del carburante, rispetto al quale l'art. 17 co. 3, d.l. n. 1/2012 (cosiddetto decreto liberalizzazioni) prevede che «integrano abuso di dipendenza economica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192» i comportamenti adottati dalle grandi imprese titolari di impianti di distribuzione di carburante o fornitrici del carburante «allo scopo di ostacolare, impedire o limitare, in via di fatto o tramite previsioni contrattuali, le facoltà attribuite dal presente articolo al gestore». La disposizione non richiede quindi la verifica, ai fini dell'accertamento della relativa fattispecie, «anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti», presumendo di conseguenza il carattere abusivo della condotta (art. 9 co. 1 della legge sulla subfornitura).

5 Si pensi al caso della violazione «diffusa e reiterata» della disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali a danno di piccole e medie imprese. In questo caso, l'art. 9 co. 3-bis della legge sulla subfornitura, novellato dalla l. 11 novembre 2011, n. 180, stabilisce – con formula non perspicua – che «l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica».

6 V. il par. 19a, come modificato dalla *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen – Gwb Digitalisierungsgesetz*, del 18 gennaio 2021. Il testo è consultabile, in traduzione inglese ufficiale, qui: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0062.

nel senso di contrastare gli abusi commessi da imprese che, pur non godendo di una egemonia sul mercato, detengono una posizione di dominio relativa a certe categorie di rapporti. Vero è che il concetto di posizione dominante in senso relativo (*relative Marktmacht*) è basato su quello di dipendenza (*Abhängigkeit*)⁷; tuttavia, il legislatore italiano e, ancor prima, la stessa Autorità avrebbero probabilmente dovuto tenere in maggiore considerazione la distinzione, che è di diritto positivo e assume valore anche in sede di teoria generale del diritto, fra norme a tutela del processo concorrenziale e norme inerenti alla disciplina dei rapporti contrattuali.

Con la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 è stato modificato anche il co. 2 dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, al fine di fornire una tipizzazione (non esaustiva, ossia non tassativa) delle «pratiche abusive» che possono essere realizzate dalle cosiddette piattaforme digitali. Tali sono: la fornitura di informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato; la richiesta di indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta; l'adozione di pratiche che inibiscono o ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere. Torneremo successivamente sulla capacità di questa elencazione di ridurre il tasso di discrezionalità dei soggetti incaricati di applicare la disciplina e, dunque, di garantire la calcolabilità giuridiche delle conseguenze del proprio agire da parte degli operatori.

2. Il nodo della presunzione di dipendenza economica

Con l'introduzione di una presunzione di dipendenza economica, il legislatore ha scelto di semplificare notevolmente l'applicazione della disciplina nei mercati digitali. Questa decisione è stata ampiamente discussa tra i commentatori specializzati. Se vi è stato chi ha accolto con favore la novella⁸, non è mancato chi ne ha messo in rilievo alcuni profili problematici.

In particolare, è stato osservato che, poiché le premesse economiche e giuridiche della dipendenza economica restano invariate anche quando essa si verifica sui mercati digitali, mal si comprende la ragione che ha spinto il legislatore a discriminare 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. Il sospetto è che il legislatore abbia scelto di dar credito alla retorica delle "grandi" piattaforme digitali, nel senso di confondere le dimensioni di impresa con un più elevato rischio di imposizioni di condizioni inique per i contraenti deboli. Ma, come è stato ben scritto, la «propensione a fare di tutta tua l'erba un fascio e a tratteggiare lo stereotipo del nuovo *villain* algoritmico, che attrae su di sé reazioni intransigenti (quando

7 Lo ricorda V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 4 nt. 11, richiamando lo studio dell'economista tedesco H. Arndt, *Markt und Macht*, Tübingen, 1973², p. 135 s.

8 Si veda, fra gli altri, oltre a Bachelet citato alla nota precedente, V. Falce, [L'abuso di dipendenza economica nel digitale. Perché no?](#), in *Filodiritto*, 5.05.2022.

non massimalistiche, da vera e propria crociata), non aiuta a dipanare la matassa»⁹. Non pare, infatti, che si possa affermare che, per i contraenti deboli, le condizioni contrattuali previste dalle piattaforme digitali siano, quasi di *default*, più inique e dannose di quelle pattuite con altri operatori “forti” ma non attivi in mercati digitali¹⁰. D'altronde, le piattaforme sono soggette al Regolamento (UE) 2019/1150 (cosiddetto P2B), che ha l'obiettivo di favorire un contesto commerciale più equo, trasparente e prevedibile per le imprese che si avvalgono delle piattaforme online per offrire beni e servizi ai consumatori. L'inversione dell'onore probatorio potrebbe, insomma, connotarsi persino in senso vagamente punitivo.

Per di più, come ha notato per primo Franco Debenedetti sulle colonne del *Sole 24 Ore*¹¹, una presunzione (ancorché relativa) di dipendenza economica si presenta come un *unicum* nel panorama normativo europeo. Ancora una volta, è utile il confronto con l'esperienza tedesca. Qui, il legislatore ha sì introdotto una presunzione relativa di abusività rispetto a una serie (ben definita) di condotte, ma solo ove queste siano riferibili a imprese che risultino di fondamentale importanza per la concorrenza tra mercati e che tali siano state dichiarate dalla locale autorità di tutela della concorrenza (*Bundeskartellamt*)¹². La differenza non è di poco conto: mentre in Germania la presunzione è limitata ad alcuni specifici soggetti, i quali peraltro godono di una *fair notice* collegata all'adozione di un provvedimento *ex ante*, in Italia essa ha portata generale ed oggettiva, ossia è legata al tipo di atto e non, invece, al tipo di operatore che lo pone in essere. Di conseguenza, la norma italiana trascura una opportuna considerazione per le diversità di impresa che esistono tra i vari operatori digitali, trattando in modo identico, ad esempio, marketplaces, *app stores*, motori di ricerca o *social network*.

In sostanza, la presunzione sembra muovere dall'implicita convinzione secondo la quale ogni piattaforma digitale, per definizione e indipendentemente dal diverso modello di business, rappresenta un soggetto “forte” rispetto ai propri utenti, anch'essi peraltro di natura imprenditoriale¹³. L'eccessività di questa convinzione si

9 R. Pardolesi, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pub.*, 2021, p. 943.

10 Si veda G. Colangelo, *Audizione al Senato nell'ambito della discussione istruttoria per l'esame del disegno di legge n. 2469 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021)*, p. 3. Di questo autore si veda anche, con particolare riferimento alla questione in esame, *Piattaforme digitali e equilibrio di potere economico nel disegno della legge annuale sulla concorrenza: l'araba fenice della dipendenza economica*, in *EticaEconomia*, 14.12.2021.

11 F. Debenedetti, *Quella presunzione di dipendenza che ci isola in Europa*, in *Il Sole 24 Ore*, 10.11.2021.

12 Lo riferisce Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione*, cit., p. 50.

13 Così, testualmente, Colangelo, *Audizione al Senato*, cit., p. 3. Per una diversa opinione, si veda invece Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione*, cit., p. 57, il quale giudica eccessivi timori sul presupposto per cui «questo genere di presunzioni non viene introdotto in modo indiscriminato, ma in ambiti tipicamente caratterizzati da asimmetria di potere». Anche Pardolesi, *loc. ult. cit.*, evidenzia che, nonostante un «epidermico riscontro della loro centralità cibernetica, che induce tanti a ravvisarvi infrastrutture essenziali», le piattaforme digitali «non esibiscono tratti fisionomici unitari».

misura con riferimento al recente caso che ha opposto SIAE e Meta¹⁴, in riferimento alla negoziazione delle licenze d'uso dei diritti musicali, e che ha registrato l'intervento proprio dell'Autorità Antitrust¹⁵. Difatti, è quantomeno curioso che SIAE, che è impresa (sostanzialmente) monopolista di fatto nella gestione collettiva dei diritti d'autore, venga considerata come parte "debole" nei confronti delle piattaforme di intermediazione, che, a ben vedere, non sono nemmeno primariamente centrate sullo sfruttamento di contenuti musicali.

Ulteriore aspetto problematico viene dal carattere vistosamente indeterminato dalla definizione di «piattaforma intermediatrice», descritta come quella che riveste un «ruolo *determinante* per raggiungere fornitori o utenti finali, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati» (art. 9 co. 1 della legge sulla subfornitura; corsivo aggiunto). Questa definizione costituisce anch'essa una novità normativa, la quale non può beneficiarsi, ai fini del suo chiarimento, né di una consolidata giurisprudenza né di solidi riferimenti forniti dalla comparazione giuridica¹⁶. Ciò assicurerà un ampio margine di manovra ai soggetti incaricati di applicare la disciplina in esame, con evidenti costi relativi all'incertezza del diritto che così viene a determinarsi. Non sorprende, allora, che, in sede di approvazione parlamentare, sia stato introdotto un obbligo per la Presidenza del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministero della giustizia e sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, di elaborare linee guida dirette a facilitare l'applicazione delle disposizioni in esame, «in coerenza con i principi della normativa europea, anche al fine di prevenire il contenzioso e favorire buone pratiche di mercato in materia di concorrenza e libero esercizio dell'attività economica» (art. 33 co. 3, l. n. 118/2022)¹⁷.

Ciò che pare indubitabile è che il concetto di «ruolo determinante» includa almeno quello di *gate-keeper*. Ma dal momento che il «ruolo determinante» può ravvisarsi «anche in termini di effetti di rete o di disponibilità di dati», la norma risulta testualmente applicabile non solo a quei soggetti che costituiscono "partner obbligati" in senso stretto, bensì a qualsiasi piattaforma digitale di successo. In questo modo, si va oltre quella nozione di controllo sulla gestione imprenditoriale dell'impresa dipendente su cui finora è stata fondata la stessa dipendenza economica. Peraltro, un ambito così ampio di applicazione della nuova disciplina sull'abuso di dipen-

14 D. Aliperto, *Copyright, parte in salita la trattativa tra Siae e Meta: accordo lontano*, in *CorCom.it.*, 7.04.2023.

15 A. Biondi – F. Prisco, *Antitrust impone a Meta ripresa trattative con Siae: le canzoni tornino disponibili. Meta: disponibili a proroga accordo*, in *Il Sole 24 Ore*, 21.04.2023.

16 Cfr. M. R. Maugeri, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica. Fra diritto civile e diritto della concorrenza*, Torino, 2022, p. 107.

17 Non è, però, chiara la ragione per cui spetti alla Presidenza del Consiglio, e non all'Autorità (indipendente) Antitrust, l'assolvimento di questo obbligo. Rileva l'intenzione del legislatore di «favorire [...] interpretazioni "facilitanti", cioè volte a limitare le difficoltà applicative dell'art. 33», M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in *Orizz. dir. comm.*, 2023, p. 38, al contempo evidenziando però una certa «ingenuità», «perché i [...] problemi interpretativi posti dall'art. 33 sono oggettivamente complessi e non sembrano potersi risolvere con soluzioni facilitanti e, insieme, legittime».

denza economica contrasta con le indicazioni che si ricavano dal diritto europeo, all'interno del quale il DMA esprime un ambito soggettivo di applicazione più limitato, facendo riferimento soltanto ai cosiddetti "colossi tecnologici" (*very large online platforms and search engines*).

Certo, lo si è ripetuto più volte, la presunzione è *soltanto* relativa, ossia ammette la prova contraria. In proposito, come ha avuto modo di chiarire anche la giurisprudenza¹⁸, non soltanto lo standard probatorio che deve essere assolto è particolarmente alto, ma è anche necessario che i provvedimenti adottati dall'Autorità Antitrust siano fondati su percorsi argomentativi solidi, coerenti e logici. Si tratta di una precisazione importante, vista anche la precomprensione politico-culturale che pare annidarsi nella novella della disciplina sulla subfornitura e che potrebbe prefigurare il rischio che «per "i soliti noti", cioè per le piattaforme digitali più importanti, la conclusione [sia] già scritta»¹⁹. E questo non soltanto nel senso di ritenere, quasi di *default*, sussistente il rapporto di dipendenza: bensì, anche nel senso – logicamente successivo – di far coincidere oggettivamente l'accertamento della dipendenza con il suo carattere di abusività²⁰.

3. La tipizzazione degli abusi realizzabili dalle piattaforme digitali

Come già ricordato, la novella normativa ha introdotto anche una tipizzazione degli abusi che le piattaforme digitali potrebbero realizzare. Questi sono organizzabili secondo una triplice classificazione. In primo luogo, si trova una tipologia innovativa rispetto alla classica disciplina dell'abuso, consistente nel «fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato». A seguire, si incontra una condotta abusiva consistente nel «richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta». Per finire, la terza e ultima condotta abusiva consiste nell'«adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti da-

18 Cfr. Tar Lazio, 13.06.2023, n. 10044.

19 P. Fabbio, [Abuso di dipendenza economica: non è una condanna a priori](#), in *Lavoce.info*, 23.11.2021, che inserisce questa osservazione in un quadro di generale approvazione della novella normativa.

20 Può peraltro aggiungersi che l'art. 9, comma 3-bis della legge sulla subfornitura fa riferimento soltanto all'art. 15 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (cosiddetta legge antitrust), rubricato «Sanzioni», e non anche all'art. 14-ter della medesima legge, rubricato «Impegni». Tale omissione testuale, che appare spiegabile sul piano meramente cronologico (l'art. 14-ter l. n. 287/1990 è stato introdotto nel 2006, mentre il comma 3-bis dell'art. 9 della legge sulla subfornitura è stato introdotto nel 2001), potrebbe pure giustificare un'interpretazione della nuova disciplina dell'abuso di dipendenza economica tale da escludere che si possano accettare impegni, nell'ambito delle relative indagini, volti a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. Tale interpretazione non soltanto risulterebbe eccessivamente sbilanciata sul piano sanzionatorio, ma sarebbe pure irragionevole, specie se ricorda che a venire in rilievo sono spesso condotte inserite all'interno di rapporti tra imprese private (cosiddetti B2B). È auspicabile, pertanto, una sorvegliata integrazione del dato normativo da parte del soggetto incaricato della sua applicazione.

gli accordi contrattuali o dalle licenze in essere».

È opportuno concentrare la nostra attenzione sulla prima tipologia che, come già sottolineato, è la più innovativa, sicché non è una sorpresa che sia stata posta in apertura dell'elencazione in parola. Essa trova un elemento di paragone nella disciplina tedesca, che ha incluso, tra le condotte presuntivamente abusive delle imprese di fondamentale importanza per la concorrenza tra mercati, proprio quella consistente nel fornire ad altre imprese informazioni insufficienti sulla portata, la qualità o il successo del servizio reso o commissionato, o comunque nel rendere loro più difficile la valutazione del valore di tale servizio (par. 19a-2, n. 6, GWB). A ben vedere, questa tipologia di condotte appare come una concretizzazione del generale obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), sicché può ritenersi che essa fosse già vietata dalla norma civilistica. La sua espressa menzione nell'ambito della disciplina in esame avrà però l'effetto probabile di non limitare il presidio di questo obbligo alla sola sanzione del risarcimento del danno.

È interessante rilevare che questa tipologia di condotte trova una conferma anche nel DMA, il quale impone ai *gate-keeper* l'obbligo di fornire «a inserzionisti ed editori [...], su loro richiesta e a titolo gratuito, l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e i dati necessari agli inserzionisti e agli editori affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario...» (art. 6 par. 8). La prospettiva coltivata dalle due norme è però opposta: dichiaratamente operante *ex ante* il DMA, centrata sul profilo della sanzione *ex post* la novella normativa italiana.

Quanto alla capacità di questa tipizzazione di offrire una adeguata *fair notice* agli operatori circa i propri obblighi, prima di pronunciarsi occorrerà attenderne la concreta applicazione. È in ogni caso evidente che le tipologie individuate sono abbastanza elastiche e pertanto suscettibili di una interpretazione potenzialmente assai estensiva. Peraltro, la corretta comprensione della portata di questa tipizzazione non può essere disgiunta dal rilievo (critico) circa l'ampiezza della nozione di «piattaforma con ruolo determinante», la quale potrebbe condurre a 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*)²¹. Un simile esito, è bene sottolinearlo, di per sé non sarebbe nemmeno contrario alla legge, dal momento che – come si è già ricordato – l'elencazione di condotte operata dal legislatore non ha carattere tassativo.

4. Conclusioni

L'intenzione del legislatore italiano di adeguare la disciplina di contrasto all'abuso di dipendenza economica alle specificità dei mercati digitali si inserisce una linea di politica del diritto che ha avuto riscontri in diversi ordinamenti nazionali. Non-

21 Colangelo, *Audizione al Senato*, cit., p. 4.

dimeno, come si è già osservato, questo intervento solleva alcuni problemi che si sarebbero probabilmente potuti evitare là dove si fosse adottato un percorso contraddistinto da maggiore cautela e attenzione. La sensazione è infatti quella di un legislatore nazionale che abbia voluto assicurare un controllo (potenzialmente assai pervasivo) sull'attività delle piattaforme digitali, giocando d'anticipo rispetto alla controparte europea, ossia senza attendere l'entrata in vigore del *Digital Markets Act*. Non è da escludere che a tal proposito abbia pesato un rinnovato attivismo, anche sul piano politico, della Autorità Antitrust italiana.

Oltre ai già rilevati profili problematici che emergono dall'analisi del testo della novella normativa, è opportuno metterne in rilievo un paio di più ampio respiro.

Anzitutto, deve segnalarsi il rischio di una "fuga" dagli ordinari strumenti di tutela della concorrenza verso quelli più duttili dell'abuso di dipendenza economica. Quest'ultimo, infatti, lascia all'Autorità Antitrust il potere di individuare, senza l'obbligo di condurre un'analisi di impatto, le situazioni nelle quali «un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato». Si pensi ancora al caso SIAE-Meta. L'Autorità Antitrust, posta di fronte all'alternativa tra un procedimento per abuso di dipendenza economica e uno relativo all'eventuale posizione dominante *ex art. 102 TFUE*, ha preferito il primo, esercitando al suo interno anche poteri particolarmente delicati, quali sono quelli cautelari. Ciò si comprende alla luce del più ampio margine di manovra di cui l'Autorità ha potuto godere, dal momento che il procedimento per abuso di dipendenza economica si sottrae al quadro, che si è definito in questi anni in Europa, per l'applicazione dell'art. 102 del Trattato. Come è stato rilevato, in questi casi le istruttorie dell'Autorità si concludono di solito con l'indicazione di "impegni" che sono molto raramente impugnate di fronte al giudice amministrativo, sicché si sfugge al momento giurisdizionale di verifica della correttezza dell'operato dell'autorità. Senza contare che, anche in caso di impugnazione, il giudice amministrativo si troverebbe a decidere di questioni essenzialmente civilistiche, quali sono per l'appunto quelle relative ai rapporti contrattuali tra impresa dominante e impresa dominata, senza essere soggetto alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione²².

Altra questione è quella relativa alla dialettica tra norme a tutela del processo concorrenziale e norme inerenti alla disciplina dei rapporti contrattuali. L'analisi della questione richiede spazi ben più ampi del presente, ma qui può almeno accennarsi all'importanza della linea di distinzione tra diritto (civile) dei contratti e diritto (amministrativo) della concorrenza. Quando si afferma che l'abuso di dipendenza economica esibisce un certo carattere "ibrido", non si deve dimenticare che – come lo stesso art. 9 della legge sulla subfornitura rende evidente – non tutti gli abusi sono di rilievo "sistemico". D'altronde, se è innegabile che l'ordine generale del mercato ha l'effetto di conformare anche i singoli atti di autonomia privata, non è anche vero che i due piani possano farsi integralmente coincidere, dal momento che ciò potrebbe esitare nella indifferenziazione tra interessi individuali e interessi gene-

22 S. Gambuto, [L'AGCM diventa giudice della "dipendenza economica" nei rapporti tra imprese](#), *Il Sole 24 Ore*, 25.04.2023.

rali. Se la disciplina dell'abuso di dipendenza economica può svolgere un ruolo precipuo di fronte al problema della distribuzione di potere nei mercati digitali, non si deve dimenticare che essa non è adeguata «a ripristinare le salvifiche virtù di un apprezzabile assetto concorrenziale», essendo sempre collocata «ben all'interno [...] del perimetro delle relazioni interindividuali»²³. Né va dimenticato che la tenuta di questa linea di demarcazione serve anche da freno alla tentazione di eccessi di “protagonismo” da parte dei soggetti incaricati di applicare la disciplina in esame.

In conclusione, non resta che auspicare che l'Autorità Antitrust e la magistratura agiscano con la consapevolezza che strumenti come l'abuso di dipendenza economica vanno maneggiati con prudenza, essendo pensati per reagire a quelle gravi condotte che impediscono all'impresa in posizione dipendente di compiere le proprie scelte organizzative ed economiche²⁴, e non già per “punire” «la creatività dell'imprenditore, essa stessa di utilità sociale, e dunque [...] il suo successo sul mercato»²⁵.

23 Pardolesi, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, cit., p. 958.

24 Cfr. S. Scalzini, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, p. 151-152; Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione*, cit., p. 85.

25 G. Oppo, *Principi*, nel *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, sez. I, t. 1, Torino, 2001, p. 42, riportato in Scalzini, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 152.

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.