



CONVEGNO TERAMO, 5 OTTOBRE 2023

TUTELA DELL'INNOVAZIONE E NUOVI MERCATI  
DIGITALI: QUALI NUOVE SFIDE PER LE IMPRESE?

## IL CASO META-SIAE E IL RUOLO DELL'AGCM NEL CONTRASTO AI GIGANTI DIGITALI

FRANCESCA VESSIA

Professore ordinario di Diritto commerciale  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro





## I rischi dei mercati digitali per le PMI italiane

- ❖ Una delle insidie per le imprese che devono portare avanti il proprio *business* accedendo ai servizi delle piattaforme digitali (di socializzazione, di pubblicità, di *market place* o di *search engine*) non è la concorrenza nel mercato bensì **l'abuso di potere negoziale** che i gestori delle piattaforme possono esercitare nei loro confronti in virtù dell'asimmetria di potere.
- ❖ Le PMI, che caratterizzano il tessuto produttivo italiano, non possono competere (per dimensioni, potere economico e forza negoziale) con gli attuali giganti digitali, ossia le GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft, con l'aggiunta di Tik Tok) ma, avendo bisogno dei loro servizi, sono «tendenzialmente» disposti a tutto pur di avere uno spazio su queste piattaforme. Sono pertanto legate ad essi da **dipendenza economica**.
- ❖ Le GAFAM sono **partner commerciali ineludibili** in quanto gestori di infrastrutture essenziali e insostituibili (c.d. *gatekeepers*).



A mo' di premessa:

un «ircocervo» di nome Abuso di Dipendenza Economica

## Le asimmetrie di potere nei rapporti B2B

- ❖ L'ADE è considerato un istituto giuridico ambiguo come un «ircocervo», a metà tra tutela civilistica del contratto e tutela del mercato. Perciò nel nostro ordinamento questa disciplina non è stata collocata nella legge Antitrust, bensì nella legge sulla Subfornitura Industriale L. 192/1998, art. 9, e inizialmente erano previsti poteri di intervento sugli ADE soltanto da parte dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria.
- ❖ A partire dal 2001 è stata aggiunta la competenza dell'AGCM per i casi in cui l'ADE «abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato» (non sempre); inoltre a partire dalla sentenza Cass. sez. un., n.24906/2011, l'ADE è stato qualificato come *«fattispecie di applicazione generale a tutti i contratti commerciali B2B in cui vi sia un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti»*.



# ELEMENTI ESSENZIALI DELL'ADE

- L'intervento legislativo che disciplina l'ADE sfata il «mito» dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.).
- Il controllo dell'ordinamento sui contenuti del contratto e l'intervento dell'AGO si giustificano in presenza di alcuni elementi essenziali:

**1. La violazione del principio di buona fede** (come per ogni ipotesi di abuso del diritto di cui l'ADE costituisce applicazione).

**2. L'intenzionalità abusiva o lesiva**: l'abuso come eccesso e l'abuso come sviamento.

**3. L'eccessivo squilibrio** tra le parti: principio di proporzionalità tra vantaggi e svantaggi contrattuali si fonda sull'art. 2 Cost., **principio di solidarietà sociale**, che esprime la necessità di un bilanciamento dei contrapposti interessi.

**4. La dipendenza economica** richiede un accertamento in concreto sulla possibilità di reperire alternative soddisfacenti sul mercato (fatta eccezione per la violazione reiterata e diffusa della disciplina sui termini di pagamento nelle relazioni commerciali (d.lgs. 231/2002)).

**5. L'abuso può consistere** nel rifiuto di vendere o di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.



# L'ADE: uno sconosciuto per il diritto Europeo della Concorrenza?



- ❑ L'art. 3, comma 2, Reg. CE 1/2003 sancisce la compatibilità di massima dei divieti nazionali di ADE con il diritto antitrust europeo.
- ❑ Nel DMA, Considerando 33, la fairness è declinata in termini di «squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali in cui il *gatekeeper* trae un vantaggio sproporzionato» dalla propria posizione di forza.
- ❑ Dal DMA si può trarre l'idea che la super-dominanza delle piattaforme digitali favorisce sia gli abusi di posizione dominante sia gli abusi di dipendenza economica.
- ❑ Perciò l'AGCM nel 2021 (in vista della legge annuale sulla concorrenza) ha proposto una riforma che contemplasse una fattispecie tipica di ADE per i mercati digitali e introducesse poteri rafforzati per far fronte alle nuove fattispecie di super-dominanza, prevedendone l'espressa codificazione sul modello della legge antitrust tedesca.

# La «preistoria» delle applicazioni sull'ADE (*alias* la storia pre- digitale dell'art. 9, l.n. 192/1998)



© Flintstones

## LE APPLICAZIONI DELLA FAIRNESS

- ❖ Dal 1998 al 2022 l'ADE è stata disciplinata soltanto nei mercati tradizionali con rimedi civilistici tradizionali (nullità, azioni inibitorie negative e positive, e risarcimento del danno).
- ❖ Da agosto 2022 è stata introdotta nell'art. 9 una disciplina speciale per i mercati digitali.
- ❖ Fino al 2016, le applicazioni dell'ADE sono state esclusivamente dell'AGO, quando finalmente l'AGCM ha avviato i primi procedimenti per ADE contro Hera (2016), contro M-Dis e To-Dis (2018), contro Poste Italiane (2020), Benetton (2020) e McDonald (2021), ritenendo che fossero «*rilevanti per la concorrenza*». Solo i primi tre casi si sono chiusi con condanna mentre gli ultimi due con impegni.
- ❖ L'abusività in questi casi è stata ravvisata, tranne nel primo caso di violazione reiterata dei termini di pagamento, in un complesso sistema di clausole negoziali eccessivamente gravose e svantaggiose per l'impresa dipendente e tale da *coartare la libertà di organizzazione dell'impresa dominata*.

# LA STORIA «DIGITALE» dell'ADE



Le novità dell'art. 9 (novellato con art. 33, l.n.118/2022)

1. È stata introdotta una presunzione di dipendenza economica che solleva dall'onere della prova l'AGCM scaricando sulle piattaforme la 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 di dati» (art. 9, comma 1).

2. Sono state introdotte nuove fattispecie tipiche di condotte abusive, che possono consistere nel:

«fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato, nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto della attività svolta, nell'inibire o ostacolare l'utilizzo di un diverso fornitore per lo stesso servizio, l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in corso» (art. 9, comma 2).

3. Le azioni civili esperibili per ADE sono di competenza delle Sezioni Specializzate per le Imprese (art. 9, comma 3).

# Caso META-SIAE

AGCM, prov. Cautelare, 20 aprile 2023, n. 30606



## Fatto

- Nel Corso delle negoziazioni per il rinnovo della licenza di utilizzazione dei contenuti musicali, riferiti ad Autori aderenti alla SIAE, sulle piattaforme META (soprattutto Instagram), META propone una offerta basata su una componente fissa ed una variabile (c.d. *flat fee*), che risulta allineata ai propri contratti standard già in vigore con le *collecting societies* di altri Paesi.
- SIAE chiede reiteratamente a META di avere contezza degli utili ricavati da essa attraverso gli annunci pubblicitari inseriti nei *reels* (short video accompagnati da musica) al fine di poter decidere se l'offerta ricevuta sia economicamente vantaggiosa e risponda ai parametri di adeguatezza e proporzionalità sanciti dalla Direttiva Copyright e dalla Legge sul diritto d'autore rispetto ai ricavi che derivano dal loro sfruttamento a META.
- Nell'intento di non rendere noti i dati del proprio fatturato pubblicitario e dei propri ricavi, META, dopo aver fatto la sua ultima offerta accompagnata dall'ultimatum «*take it or leave it*», decide di interrompere bruscamente sia le trattative in corso con SIAE sia l'utilizzo dei contenuti musicali (gestiti da SIAE) da parte degli utenti delle proprie piattaforme social.

# Caso META-SIAE



## SIAE denuncia META per ADE dinanzi all'AGCM

### Diritto

1. L'AGCM ritiene che sussista tra Meta e Siae una situazione di dipendenza economica, poiché Siae non disponeva di alternative soddisfacenti rispetto alle piattaforme digitali di Meta per raggiungere il pubblico degli utenti dei social network (Instagram e Facebook raccolgono oltre il 90% degli utenti attivi sui social).
2. L'Autorità ha riscontrato la sussistenza di un'ampia asimmetria informativa tra le parti: solo Meta, infatti, era a conoscenza delle caratteristiche di redditività e consumo di ogni componente dei propri contenuti, mentre Siae non era in grado di stimare quanta parte dei ricavi generati dalla piattaforma derivassero dall'utilizzo delle proprie opere. Così Siae era impossibilitata a valutare se il modello di remunerazione proposto fosse congruo e rispondente ai criteri sanciti dalla normativa di settore.
3. L'Autorità ha stabilito che costituisce violazione dei canoni di buona fede e trasparenza, nel corso delle negoziazioni di una licenza che definisce la remunerazione per l'utilizzazione delle opere musicali nelle piattaforme digitali, il rifiuto di fornire le informazioni necessarie a stabilire un compenso equo e proporzionato rispetto ai ricavi che la piattaforma trae dall'uso delle canzoni stesse.

# Caso META-SIAE



AGCM, prov. Cautelare, 20 aprile 2023, n. 30606

(Segue) Diritto

4. L'AGCM ha accertato che rappresentano condotte di abuso della dipendenza economica:
- i) il reiterato diniego di fornire le informazioni richieste per valutare la congruità dell'offerta;
  - ii) l'affermazione unilaterale e aprioristica di vincoli di budget per la remunerazione della licenza;
  - iii) l'indisponibilità a modificare i propri modelli contrattuali applicati a livello internazionale;
  - iv) l'ultimatum rivolto nel corso delle trattative ad accettare l'offerta nei modi del "take it or leave it", attuando la minaccia con l'interruzione del servizio e la rimozione dei contenuti dalla propria piattaforma

# Le CRITICHE sollevate alla nuova disciplina



1. L'introduzione di una presunzione di dipendenza economica fungerebbe da automatismo nell'accertamento della fattispecie di ADE
  - Questa critica non è corretta perché, come dimostra il caso Meta, deve pur sempre esserci un accertamento in concreto sul piano di evidenze empiriche del «ruolo determinante» che la piattaforma digitale assolve per raggiungere gli utenti finali.
2. Il richiesto «ruolo determinante della piattaforma» è un concetto molto vago che si presta ad interpretazioni molto discrezionali da parte delle autorità.
  - Si tratta di una discrezionalità non diversa da quella che normalmente l'AGO deve applicare per stabilire se vi siano alternative soddisfacenti reperibili sul mercato, ossia «canali alternativi di approvvigionamento o di vendita e la loro sostituibilità rispetto all'impresa dominante, alla luce dei costi legati al cambiamento».
  - Nei mercati digitali, invece, la «fungibilità» deve essere accertata stimando i volumi di utenti raggiungibili, mediante la piattaforma digitale, dalla controparte e nella realistica possibilità di questa di raggiungere, in assenza di un accordo con la piattaforma, tutto il pubblico che utilizza i suoi servizi.

## (segue) Le CRITICHE sollevate alla nuova disciplina



3. Manca nel testo legislativo novellato la espressa legittimazione dell'AGCM ad intervenire con i poteri cautelari. Anzi, viene introdotta la competenza delle Sezioni Specializzate per le azioni civili, comprese le azioni INIBITORIE. Sulle azioni inibitorie sembra esserci un rischio di duplicazione e sovrapposizione tra public e private enforcement.

### *Quid iuris* nel caso Meta/Siae?

- Siae avrebbe dovuto agire, presso il Tribunale Ordinario di Roma, sezione specializzata per le Imprese, con un cautelare *ex art. 700 c.p.c.* ed esercitare l'azione inibitoria positiva, chiedendo la condanna ad una condotta di *facere infungibile* nei confronti di Meta, consistente nell'obbligo di riprendere le trattative interrotte bruscamente e ingiustificatamente.
- Invece è intervenuta l'AGCM con un provvedimento cautelare che, in materia di ADE, non è previsto dalla legge né per gli operatori dei mercati tradizionali né per i mercati digitali.

# GRAZIE PER L'ATTENZIONE

Prof.ssa Francesca Vessia

[Francesca.vessia@uniba.it](mailto:Francesca.vessia@uniba.it)

LinkedIn

