

SIPOTRA

PNRR E RIFORME CONCORRENZIALI

Webinar 15 luglio 2021

Intervento di Rino Caiazzo

1. La scelta dell'argomento dell'intervento: le piattaforme digitali

Perché la scelta di questo argomento quando il PNRR ne tratta marginalmente e con riferimento soprattutto alla PA? La risposta si trova nella segnalazione 2021 dell'AGCM al Governo con le proposte di riforma concorrenziale dove l'argomento è affrontato invece con molteplici ed articolate proposte che trovano fondamento in ciò che sta accadendo in altre giurisdizioni e, come vedremo, a livello comunitario.

D'altra parte negli ultimi anni, e più che mai nell'ultimo anno e mezzo di pandemia, si è resa evidente l'inevitabilità dell'utilizzo efficiente e tempestivo delle piattaforme digitali e più in generale della digitalizzazione di moltissime di quelle che sono attività appartenenti alla quotidianità e rientranti nelle sfere personali e professionali di tutti noi. Le piattaforme digitali sono strumenti pro-concorrenziali quindi, ma non privi di rischi, come vedremo.

2. Le piattaforme digitali e il PNRR

Il Piano nazionale di ripresa e resilienza ('**PNRR**') dedica ampio spazio alla digitalizzazione o transizione/trasformazione digitale del paese. Come si legge nel PNRR, la prima missione dello stesso riguarda la digitalizzazione della PA nonché il supporto alla diffusione su larga scala dell'uso degli strumenti digitali offerti dalla tecnologia, il c.d. upskill secondo la Commissione Europea, e per la quale missione viene stanziato un ammontare complessivo pari al 20% delle risorse.

Ciò è molto importante in un paese come il nostro che secondo l'ultima rilevazione di Eurostat era al quart'ultimo posto in Europa per l'uso di internet (dietro di noi solo Portogallo, Romania e Bulgaria), con circa il 21% della popolazione che non aveva mai usato internet.

Il PNRR riconosce e sottolinea in più occasioni l'obbligatorietà di istituire piattaforme digitali nell'ottica della semplificazione e dell'ottimizzazione dell'attività della PA.

In particolare, viene posto l'accento sull'istituzione di un'Agenzia nazionale per il cloud computing, cioè una piattaforma informatica unica che permetta il dialogo rapido e trasparente con la PA e realizzi il principio cosiddetto "**once only**" (il cittadino o l'impresa non possono essere chiamati a fornire certificazioni, attestazioni, dichiarazioni o altri atti o documenti di cui la PA nel suo complesso già dispone).

3. Governance del PNRR e digitalizzazione

Il Governo ha poi adottato, come sappiamo, norme per la **Governance** del PNRR con il decreto-legge 31 maggio 2021 n. 77 (intitolato “*Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*”).

In questo decreto-legge risulta particolarmente interessante l’istituzione di una struttura di missione presso il già esistente Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL), denominata Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione (articolo 5, commi 1-4). L’Unità è stata pensata per svolgere compiti di vario genere, tra cui: individuare gli ostacoli normativi all’attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR, proponendo rimedi; promuovendo e potenziando iniziative di sperimentazione normativa, anche tramite relazioni istituzionali con analoghe strutture negli altri Stati membri e in paesi terzi, tenendo conto delle *best practices* internazionali. Spetterà dunque a questa Unità avanzare concretamente proposte normative, naturalmente pro-concorrenziali.

Proposte normative che sono state attuate o sono allo studio in molte giurisdizioni. Si pensi alle recenti e penetranti modifiche apportate in Germania alla normativa antitrust per il settore digitale, in particolare sulle concentrazioni sottosoglia (come è stato fatto anche da Norvegia, Svezia, Lituania, Stati Uniti e Giappone e sarà fatto presumibilmente a breve anche in Francia). E, in prospettiva futura, si pensi anche alle proposte di regolamenti diretti ai mercati digitali della Commissione Europea, ai sei progetti di legge concernenti il settore tecnologico da poco presentati al Parlamento US e il successivo e recentissimo *Executive Order* del Presidente Biden (9 luglio) che di fatto supporta tali progetti, tutti diretti a prevenire l’espandersi incontrollato del potere delle piattaforme digitali (attraverso ad esempio le c.d. *killer acquisitions* e il *self preferencing*).

4. Le piattaforme esistenti

Tali piattaforme hanno il vantaggio di aver già sviluppato da tempo tecnologie avanzate ed esperienza specifica in materia e quindi non possono essere ignorate, come preziose alleate **per** o come pericolo potenziale **all’**innovazione e lo sviluppo, nelle scelte che sarà necessario fare. Ad esempio, come forse sapete, Cassa Depositi e Prestiti e Sogei stanno trattando con alcune aziende per la realizzazione del cloud nazionale unico della PA e tra queste ci sono Leonardo e TIM, ma anche esponenti delle c.d. Big Tech americane, quelle appunto che hanno tecnologia ed esperienza.

5. I rischi

Ciò comporta uno scenario con dei rischi, ma anche con delle opportunità.

Le piattaforme diventeranno, e in parte sono già diventate, le attrici più importanti della nuova economia, a tal punto che ora sono considerate come *gatekeepers*, nel senso che assumono un vero e proprio ruolo centrale, imponendo le regole che devono essere seguite dalle terze parti con cui

entrano in contatto. Ciò crea delle serie problematiche legali relative, ad esempio, ai c.d. *two sided markets*, alcune delle quali già note ed esaminate nel celebre caso deciso dalla US Supreme Court nel 2018, “*Ohio v. American Express Co.*”

In sostanza, si è identificato, al ricorrere di determinate caratteristiche specifiche, un vero e proprio mercato della **intermediation on line** nel quale il rischio maggiore è, in generale, che queste piattaforme adottino politiche e pratiche anticoncorrenziali che tendano a preservare il loro potere di mercato, impedendo o ritardando l’entrata sul mercato di nuovi operatori e lo sviluppo di tecnologie innovative, nonché ad ottenere sovraprofiti monopolistici dai loro servizi.

Ma si pensi anche ai rischi per la privacy, con la necessità di evitare la possibile lesione dei diritti fondamentali degli utenti, e più in generale, la possibilità che esse esercitino il loro potere in modo arbitrario, magari nascondendosi dietro il principio della natura contrattuale privata del rapporto con gli utenti (si pensi al caso Facebook/CasaPound deciso dal Tribunale di Roma nel 2020).

Rischi, detto per inciso, che non possono essere curati con la normativa pro-concorrenziale, benchè qualcuno la pensi diversamente (ad esempio l’Autorità tedesca nel caso Facebook), ma con le norme sulla privacy.

Ma c’è anche un altro rischio: infatti tali piattaforme soggiacciono esse stesse a regole dettate dal paese di provenienza (al momento per lo più gli USA) con effetti extraterritoriali potenzialmente negativi, penso alle norme US che impongono alle piattaforme statunitensi obblighi di *disclosure* sui contenuti che si possono tradurre in limitazioni della privacy dei cittadini italiani che le utilizzano (*Cloud Act, Foreign Intelligence Surveillance Act*).

Non va però dimenticato che le piattaforme in questione sono diventate così diffuse ed importanti grazie alla loro natura innovativa e all’incremento del benessere del consumatore che hanno prodotto in termini di scelta più ampia e prezzi minori (quindi il **consumer welfare** nella accezione tradizionale post 1978 dopo il libro “*The Antitrust Paradox*” di Robert Bork e le sentenze in materia della US Supreme Court).

6. Riforme: normativa in divenire e fonti

Quindi, ben vengano le riforme, da fare tenendo ben presenti i principi delle *best practices* internazionali e le relative fonti normative, in particolare quelle comunitarie.

Nel fare ciò, inevitabilmente andranno presi a riferimento, come punto di partenza e in forza dei vincoli comunitari che ci legano, gli sforzi messi in atto dalla **Commissione europea** negli ultimi anni in questa materia, che l’hanno portata ad adottare dapprima il **Regolamento (UE) 2019/1150 (P2B)** nel giugno 2019 (in vigore dal 12 luglio 2020 e attuato in Italia con la legge n. 178 del 30 dicembre 2020). Tale regolamento ha per l’appunto il compito di definire un insieme di regole chiare quanto a **trasparenza** ed **equità contrattuale** per gestire **l’economia delle piattaforme di intermediazione e dei motori di ricerca online**.

Successivamente, la Commissione ha presentato, il 15 dicembre 2020, due importanti proposte di regolamento che dovrebbero, se adottate, entrare in vigore nel 2023, il **Digital Markets Act** ('DMA') e il **Digital Services Act** ('DSA'). Le proposte hanno due obiettivi principali aggiuntivi: creare uno spazio digitale più sicuro in cui i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali siano protetti; stabilire condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività.

6.1 DSA

Il **DSA** appare come un atto logicamente ben strutturato. Le nuove regole sono proporzionate, promuovono l'innovazione, la crescita e la competitività, e facilitano l'espansione delle piattaforme più piccole, delle PMI e delle start-up.

I suddetti obiettivi si concretizzano in: misure per contrastare **servizi o contenuti illegali online**; nuovi obblighi sulla **tracciabilità** degli utenti commerciali nei mercati online; **tutele** efficaci per gli utenti; **misure di trasparenza** per le piattaforme online su una serie di questioni, compresi gli **algoritmi** utilizzati per le raccomandazioni; **obblighi** per le piattaforme molto grandi di prevenire l'uso improprio dei loro sistemi adottando **azioni** preventive basate sull'analisi del rischio; **accesso** per i ricercatori ai dati chiave delle maggiori piattaforme, al fine di capire come si evolvono i rischi online; una struttura complessa di **supervisione** per affrontare la complessità dello spazio online, in cui gli Stati membri ricoprono il ruolo di supervisori primari, supportati da un nuovo Consiglio europeo per i servizi digitali e nel caso delle piattaforme più grandi, anche dalla Commissione.

6.2 DMA

Per quanto riguarda invece il **DMA**, esso costituisce uno strumento normativo **ex ante**, ma su **comportamenti** (contrariamente alla normativa antitrust attuale, che è applicata **ex post**, ossia solo dopo che la condotta anticoncorrenziale è stata posta in essere). Il DMA concretamente si compone di **divieti o restrizioni** nell'esecuzione di **specifiche pratiche commerciali** in capo alle **Large Online Platforms** che assurgano al ruolo di **gatekeepers** e siano designate come tali.

Le disposizioni previste in questa proposta hanno sollevato non poche questioni. Si tratta, come detto, di un metodo normativo che non appartiene all'antitrust tradizionale: è basato infatti su un sistema di presunzioni, gli obblighi in esso contenuti si applicano indipendentemente dalla verifica degli effetti, probabili o presunti, del comportamento del *gatekeeper* sulla concorrenza in un dato mercato.

In particolare, oggetto di critica è l'art.5 che prevede, in caso di designazione come *gatekeeper*, il divieto *ex ante* di determinati comportamenti. A mio avviso questa disposizione è errata e potrebbe rivelarsi controproducente per il libero gioco della concorrenza, frenando l'innovazione e il miglioramento delle condizioni commerciali per i consumatori.

Infatti, una volta esaminati in dettaglio i reali problemi creati sui mercati digitali, l'analisi e gli strumenti tradizionali dell'antitrust, se tempestivamente e opportunamente applicati, restano i metodi più efficaci e meno rischiosi per intervenire al fine di evitare distorsioni del mercato e correggere le violazioni comportamentali dei *gatekeepers* senza danneggiare innovazione e *consumer welfare*. Meno rischiosi quantomeno rispetto a quelli proposti da alcune correnti di pensiero. Si pensi al c.d. *Hipster o Woodstock o New Brandeisian antitrust*, piuttosto tendente al populismo che ad una seria analisi economica, che demonizza le imprese cosiddette *Big Tech* semplicemente in base alle loro dimensioni e che non dà sufficiente considerazione e valore al fatto che, finora, l'evoluzione dei mercati digitali ha portato soprattutto sviluppo tecnologico e commerciale con prodotti innovativi e prezzi più bassi.

Purtroppo questo appare essere il *sentiment* corrente anche negli USA dove infatti sono state presentate, come detto, ben 6 proposte di legge per la riduzione del potere delle *Big Tech* e dove è insistente il pensiero che promuove il rimedio del *break up* delle stesse. Lo stesso Executive Order presidenziale del 9 luglio appare essere ispirato da esperti quali Tim Wu e Lina Khan che appartengono alle anzidette correnti di pensiero.

Perché faccio queste affermazioni che possono apparire controcorrente? E' ben chiaro ai giuristi che le norme antitrust non sono precetti formali tradizionali, ma sono dei contenitori elastici vuoti che vanno riempiti di contenuto di volta in volta avendo riguardo alle caratteristiche specifiche del mercato in analisi.

Invece, in linea generale, la maggior parte degli obblighi imposti dal DMA derivano da casi antitrust già decisi che avevano riguardo a specifici fatti, mercati, imprese e modelli di business (in una sorta di tassonomia degli illeciti), in particolare quelli previsti aprioristicamente dall'art. 5.

Ma come si può trarre da casi antitrust specifici una disciplina normativa a valenza generale che vieta determinate condotte senza una approfondita analisi degli effetti anticoncorrenziali, quantomeno potenziali, generati dalle stesse con riferimento per di più a mercati, imprese e modelli di business di volta in volta diversi?

Tanto più che, in base anche ai principi della *better regulation*, si era intrapreso in precedenza un lungo cammino che ha portato la stessa Commissione a sponsorizzare il principio dell'analisi economica degli effetti per valutare l'applicazione delle norme sugli abusi di posizione dominante (Comunicazione del 2008 sugli abusi escludenti) e la US Supreme Court a passare all'analisi basata sulla *rule of reason* con riferimento a condotte che per molti anni erano state considerate violazioni antitrust *per se*, come ad esempio il RPM verticale (caso Leegin 2007).

Si potrebbe obiettare che la designazione di *gatekeeper* e l'assoggettamento a divieti comportamentali *ex ante* non è immutabile, ma soggetta a revisione biennale. Questa obiezione però

trascura il fatto che nell'economia digitalizzata un lasso di tempo del genere equivale ad una era geologica che mal si concilia con un approccio burocratizzato dai tempi lunghi.

Vale a dire, la stessa obiezione di tipo temporale, basata sulla eccessiva lunghezza delle procedure istruttorie, che la Commissione muove all'applicazione dei rimedi tradizionali *ex post* per giustificare invece il DMA.

Solo che qui il rischio è esattamente l'opposto: per timore di non riuscire a punire rapidamente condotte eventualmente illecite, le si vietano *ex ante* a prescindere dall'accertamento del loro concreto effetto.

In sostanza con il DMA si rischia di far fare all'analisi antitrust un passo indietro di decenni a detrimento dell'innovazione e del reale *consumer welfare*.

7. Le proposte dell'AGCM

In questo quadro generale si inseriscono le proposte inviate al Governo dall'AGCM con la sua **segnalazione del marzo 2021** contenente proposte di riforma concorrenziale. L'AGCM ha affrontato questi temi e proposto quanto segue:

- (i) l'introduzione nella Legge 287 del 1990 (legge sulla concorrenza) di un comma 1 bis all'art. 16 che facoltizza l'Autorità a richiedere la **notifica di una operazione sottosoglia** quando sia superata anche solo una delle due soglie (oggi cumulative) o quando il fatturato totale delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro nel caso essa ravvisi rischi per la concorrenza nel mercato nazionale o parte di esso e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione di concentrazione;
- (ii) l'integrazione dell'art. 9 della Legge 192 del 1998 (legge sull'abuso di dipendenza economica) con delle disposizioni che introducano una **presunzione di dipendenza** quando una impresa utilizzi i servizi di intermediazione on line di una piattaforma digitale con "*ruolo determinante per raggiungere utenti finali e/o fornitori anche in termini di effetti di rete e/o disponibilità dei dati*".
Si elencano, a titolo esemplificativo, specifiche pratiche abusive che "*possono consistere in particolare*" in condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, extracontrattuali o retroattive o oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, rifiuto di interoperabilità di prodotti o servizi o portabilità dei dati, condizioni che non hanno connessione con l'obbligazione contrattuale principale, rifiuto di fornire informazioni e dati sull'ambito e qualità del servizio, ottenimento di prestazioni non giustificate dall'attività svolta, come dati non necessari o proporzionati al servizio offerto;
- (iii) infine, dichiaratamente sulla base del modello tedesco, ma a me sembra anche ispirandosi alla proposta di DMA della Commissione, l'introduzione nella Legge 287/1990 di un art. 3 bis che preveda norme che facoltizzino l'Autorità a designare come

di “**primaria importanza per la concorrenza in più mercati**” imprese che abbiano le seguenti caratteristiche:

a) possesso di posizione dominante in uno o più mercati, b) grado di integrazione verticale e/o presenza su mercati contigui, c) accesso a dati rilevanti per la concorrenza, d) importanza delle attività svolte per l’accesso di imprese terze ai mercati di approvvigionamento o di sbocco, e) influenza sull’attività economica di imprese terze.

La designazione dovrebbe essere valida per i **cinque anni successivi**.

A seguito della designazione, l’AGCM “**può**” vietare determinate condotte salvo che l’impresa dimostri la loro giustificazione oggettiva.

Le condotte che possono essere vietate sono molto simili a quelle previste dagli artt. 5 e 6 del DMA della Commissione. A differenza però di quelle previste dall’art. 5, che sono **vietate per regolamento, quindi con un atto normativo avente rango e forza di legge**, non modificabile e la cui applicazione non è valutabile caso per caso, la proposta dell’AGCM prevede, più correttamente, che sia un suo provvedimento amministrativo a disporre il divieto, quindi un **atto soggetto a obblighi di giustificazione della proporzionalità del divieto alle problematiche concorrenziali potenziali verificate di volta in volta sulla base di una apposita e specifica istruttoria e soggetto quindi anche a revisione giurisdizionale**.

L’unico appunto che si può muovere alla proposta dell’AGCM è la durata della validità del provvedimento, **quinquennale**, che appare oggettivamente troppo lunga alla luce delle caratteristiche di **rapido mutamento e contendibilità dei mercati digitali**.

8. Conclusioni

In conclusione quindi: sì a tenere aperto il mercato individuando e sanzionando immediatamente condotte restrittive, sì a tutelare il *level playing field* in modo tempestivo anche attraverso forme di tutela ex ante, ma evitando di adottare regole solo in apparenza pro-concorrenziali, che nei fatti potrebbero agire contro le normali dinamiche del mercato a tutto detrimento dell’innovazione.

Il DMA va solo parzialmente in questa direzione, mentre le proposte dell’AGCM sembrano molto efficaci e rispettose della tradizionale ed efficace analisi antitrust e delle dinamiche del mercato.