

New competition tool. La Commissione consulta gli *stakeholders*

📅 19/06/2020

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, COMPLIANCE, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 2 giugno 2020, la Commissione ha pubblicato una valutazione d'impatto iniziale¹ ed avviato una consultazione pubblica aperta² invitando gli *stakeholders* del settore pubblico e privato (quali, tra gli altri, le autorità garanti della concorrenza, gli enti governativi ed i professionisti del settore giuridico ed economico) a formulare osservazioni sulla introduzione eventuale di un nuovo strumento per far fronte ai problemi della concorrenza in un mondo sempre più globale e digitalizzato.

L'iniziativa della Commissione si iscrive nel più ampio dibattito sulla opportunità di modificare l'attuale assetto normativo in materia di concorrenza in modo da mantenere l'effettività dell'azione delle

autorità di concorrenza in una realtà che si evolve più rapidamente della legislazione. Più particolarmente, la Commissione ha delineato un nuovo "*competition tool*", che, oltre all'applicazione rigorosa delle norme vigenti (in specie, gli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea), prefigura un'eventuale regolamentazione specifica *ex ante* delle piattaforme.

A tale scopo, ed in parallelo, in data 2 giugno 2020 la Commissione ha avviato una consultazione pubblica sulla regolazione dei servizi digitali per raccogliere pareri e posizioni su temi quali la sicurezza *online*, la libertà di espressione, l'equità e condizioni di parità nell'economia digitale. Parte della strategia "Plasmare il futuro digitale

¹ Disponibile al seguente [LINK](#).

² Disponibile al seguente [LINK](#).

dell'Europa³ del 19 febbraio 2020, la consultazione rappresenta per eccellenza l'occasione per adeguare l'ormai datato quadro normativo dei servizi digitali⁴ alla nuova realtà dei nostri giorni, in modo da garantire a tutti gli utenti europei lo stesso livello di protezione e da offrire a tutte le imprese europee condizioni di simmetrica parità per innovare, crescere e competere a livello globale.

L'esperienza maturata dalla Commissione e dalle autorità garanti nazionali (ANC) sia nei casi antitrust che in materia di concentrazioni ha evidenziato diversi problemi strutturali di concorrenza, che difficilmente potrebbero essere adeguatamente affrontati con gli strumenti attuali. I problemi strutturali riguardano le caratteristiche intrinseche del mercato che hanno conseguenze negative sulla concorrenza e possono determinare inefficienze in termini di prezzi più elevati, qualità inferiore e minore scelta del consumatore. Nello specifico, essi si possono suddividere in due macro-categorie. In primo luogo, i malfunzionamenti strutturali che si verificano quando determinate caratteristiche dei mercati (quali, tra le altre, gli effetti di rete e di scala e l'indisponibilità del *multi-homing*⁵) unitamente al comportamento di determinate imprese si traducono in una minaccia concreta per la concorrenza riconducibile a *player* potenti, con una posizione di mercato radicata e/o che svolgono un ruolo di controllo (*gatekeeper*). In secondo luogo, le carenze che si verificano quando alcuni mercati non producono risultati concorrenziali, evidenziando un fallimento (*failure*) strutturale, anche in assenza di imprese che operano con modalità anticoncorrenziali a causa, tra le altre cose, di barriere all'ingresso od a situazioni di dipendenza (*lock-in*) dei consumatori.

Guardando a questo scenario, l'obiettivo della consultazione pubblica avviata dalla Commissione mira a raccogliere i punti di vista degli *stakeholders* in merito tanto alla necessità effettiva di un nuovo strumento di concorrenza, quanto alle caratteristiche che questo nuovo "*competition tool*" dovrebbe presentare per affrontare i problemi strutturali della concorrenza in modo tempestivo ed efficace. A tal proposito, verranno considerate quattro diverse possibilità, ossia i) uno strumento a portata orizzontale, che consentirebbe di affrontare i problemi di concorrenza derivanti dalla condotta unilaterale delle imprese dominanti senza necessità di accertare previamente una violazione dell'articolo 102 TFUE, ii) uno strumento analogo nella sostanza, ma limitato ai soli settori in cui i problemi strutturali della concorrenza sono maggiormente evidenti, iii) uno strumento di concorrenza a portata orizzontale, ma basato sulla struttura del mercato, e destinato perciò a trovare applicazione anche alle imprese non in posizione dominante, ed infine, iv) uno strumento di concorrenza basato sulla struttura del mercato ma di portata più circoscritta.

Gli *stakeholders* avranno fino al 30 giugno 2020 per presentare le loro osservazioni sulla valutazione d'impatto iniziale, e potranno partecipare alla consultazione pubblica fino all'8 settembre 2020. Dopodiché, tenuto conto dell'esito della valutazione d'impatto la Commissione provvederà a formulare una proposta legislativa nel quarto trimestre del 2020.

Inizia, dunque, un processo che potrebbe rimettere in discussione i fondamentali del diritto antitrust europeo secondo l'art. 102 TFUE (e prima di allora, secondo l'art. 86 TCE) ed il granitico *acquis* giurisprudenziale formatosi in oltre sessant'anni.

³ Com. Comm. COM(2020) final del 19.02.2020, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*.

⁴ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, *GUUE L 178 del 17.07.2000*.

⁵ Il *multi-homing* è la pratica di connettere un *host* o una rete di computer a più di una rete al fine di aumentarne l'affidabilità o le prestazioni.

Un percorso analogo è stato recentemente avviato in Germania sul piano interno.

In data 24 gennaio 2020 è stato infatti pubblicato il 10° emendamento alla legge antitrust tedesca (*Gesetz gegen Wettbewerbs Beschaenkungen - GWB*) che, oltre a dare attuazione alla Direttiva 2019/1⁶ che prevede nuove norme per assicurare che le autorità nazionali di concorrenza (ANC) dispongano delle garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori necessari per poter applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE, introduce diversi cambiamenti alla normativa antitrust nazionale. L'emendamento mira a modernizzare le disposizioni sul controllo degli abusi con particolare riguardo alle imprese attive nei mercati digitali, ampliando i poteri di intervento dell'Ufficio Federale anti-cartelli (*Bundeskartellamt*). Più particolarmente, esso prevede, tra le altre cose, i) l'estensione della c.d. "dottrina delle strutture essenziali"

(*essential facilities doctrine*)⁷ alle infrastrutture di dati, in modo da ricomprendervi il rifiuto di concedere l'accesso a dati, reti o altre infrastrutture digitali necessari per competere con un'impresa dominante a monte o a valle del mercato; ii) l'introduzione del concetto di "importanza di mercato superiore", per cui le imprese digitali che, a causa degli effetti della rete o dell'accesso ai dati, operano come *gatekeeper* saranno soggette a regole più rigorose di quelle attualmente applicabili alle altre imprese dominanti, e iii) una modifica delle attuali norme in materia di concentrazioni, soprattutto per quanto riguarda le c.d. "*killer acquisitions*"⁸. L'iter parlamentare del 10° emendamento alla GWB è attualmente in corso.

⁶ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno, *GUUE L 11 del 14.1.2019*.

⁷ L'*essential facilities doctrine* è una dottrina tipica del diritto della concorrenza in base alla quale il proprietario di una risorsa deve concederne l'utilizzo a terzi, qualora la risorsa sia essenziale per lo svolgimento di un'attività da parte del soggetto richiedente, sia insostituibile o non agevolmente replicabile, sia materialmente accessibile da parte del richiedente e non sussistano obiettive ragioni che giustificano un rifiuto da parte del soggetto titolare della risorsa. Esempi tipici di *essential facilities* nell'accezione classica sono un porto, una autostrada, un oleodotto o gasdotto, il *grid* elettrico nazionale, etc.

⁸ Per "*killer acquisitions*" si intendono quelle operazioni nelle quali le grandi imprese effettuano acquisizioni di quelle piccole e medie al solo fine di interrompere lo sviluppo dei loro progetti innovativi e prevenire la concorrenza futura.



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1


 Via San Paolo 7
20121 - Milano




Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com