



Antitrust e *Big Tech*. La Germania vara la decima modifica del GWB confermandosi all'avanguardia nel governo dell'economia digitale



04/02/2021



IT&TMT, SOCIETÀ, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In seguito all'adozione della Direttiva 2019/1, che conferisce alle Autorità nazionali garanti della concorrenza (ANC) poteri più penetranti nell'applicazione della normativa antitrust¹, ed in linea con l'orientamento di policy segnato dal *Digital Services Act* e dal *Digital Markets Act*², anche gli Stati Membri stanno assumendo iniziative a

livello nazionale per innalzare il livello di supervisione degli attori digitali nel mercato interno dell'Unione. Più particolarmente, in data 18 gennaio 2021 è entrata in vigore la decima modifica della Legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB)³, che mira a riformare il quadro precedente al fine di produrre una disciplina

¹ 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 14.01.2019. Per ulteriori informazioni si veda un nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

² Per ulteriori informazioni si veda un nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

³ *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB Digitalisierungsgesetz)*, del 18.01.2021, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021, Teil I Nr. 1.



proattivamente indirizzata al comparto digitale.

Presentata dal Governo tedesco (*Bundesregierung*) in data 9 settembre 2020, e discussa dal Parlamento (*Bundestag*) nel mese di novembre, la proposta di legge⁴ è stata adottata in tempi rapidi in vista del termine per il recepimento della Direttiva 2019/1, fissato per il 4 febbraio 2021, e rappresenta una assoluta *première* nel panorama europeo.

Oltre ad implementare la Direttiva 2019/1 tramite disposizioni relative, tra le altre cose, all'assistenza reciproca, allo scambio di informazioni e alla possibilità per l'Autorità antitrust tedesca (*Bundeskartellamt*) di svolgere ispezioni

o interviste per conto di altre ANC⁵, il GWB nella sua veste rinnovata crea un nuovo quadro antitrust per l'economia digitale, introducendo un nuovo concetto di abuso di posizione dominante ed affrontando questioni quali la portabilità dei dati, la raccolta dei dati *cross-market* e il potere di intermediazione delle piattaforme digitali. Il nuovo GWB, inoltre, apporta modifiche significative in tema di controllo delle concentrazioni e di indagini e sanzioni sui cartelli, conferendo maggiori poteri al *Bundeskartellamt* al fine di limitare l'incontenibile potere di mercato delle c.d. "Big Tech" nonché di proteggere la concorrenza e l'economia sociale.

La sezione 19, lettera a), del GWB⁶ assoggetta al controllo del

⁴ Per ulteriori informazioni si veda un nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

⁵ La sezione 50 del GWB, intitolata „Vollzug des europäischen Rechts“, dispone: „... Abweichend von § 48 Absatz 2 ist das Bundeskartellamt für die Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zuständige Wettbewerbsbehörde im Sinne des Artikels 35 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

Zuständige Wettbewerbsbehörde für die Mitwirkung an Verfahren der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörden der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Anwendung der Artikel 101 und 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist das Bundeskartellamt. Es gelten die bei der Anwendung dieses Gesetzes maßgeblichen Verfahrensvorschriften.

Die Bediensteten der Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaates der Europäischen Union und andere von dieser Wettbewerbsbehörde ermächtigte oder benannte Begleitpersonen sind befugt, an Durchsuchungen und Vernehmungen mitzuwirken, die das Bundeskartellamt im Namen und für Rechnung dieser Wettbewerbsbehörde nach Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 durchführt.

In anderen als in den Absätzen 1 bis 3 bezeichneten Fällen nimmt das Bundeskartellamt die Aufgaben wahr, die den Behörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in den Artikeln 104 und 105 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie in Verordnungen nach Artikel 103 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, auch in Verbindung mit Artikel 43 Absatz 2, Artikel 100 Absatz 2, Artikel 105 Absatz 3 und Artikel 352 Absatz 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, übertragen sind. Im Beratenden Ausschuss für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 19 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 wird die Bundesrepublik Deutschland durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie oder das Bundeskartellamt vertreten. Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend...

⁶ La sezione 19a del GWB, intitolata "Missbräuchliches Verhalten von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb", dispone: "... Das Bundeskartellamt kann durch Verfügung feststellen, dass einem Unternehmen, das in erheblichem Umfang auf Märkten im Sinne des § 18 Absatz 3a tätig ist, eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Bei der Feststellung der überragenden marktübergreifenden Bedeutung eines Unternehmens für den Wettbewerb sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. seine marktbeherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten,
2. seine Finanzkraft oder sein Zugang zu sonstigen Ressourcen,
3. seine vertikale Integration und seine Tätigkeit auf in sonstiger Weise miteinander verbundenen Märkten,
4. sein Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten,
5. die Bedeutung seiner Tätigkeit für den Zugang Dritter zu Beschaffungs- und Absatzmärkten sowie sein damit verbundener Einfluss auf die Geschäftstätigkeit Dritter.

Bundeskartellamt un nuovo genus di imprese, ossia quelle attive su mercati multilaterali⁷ e che rivestono un'importanza fondamentale per la concorrenza tra i mercati (*"paramount cross-market significance"*). Queste vengono individuate attraverso un elenco non esaustivo di criteri non cumulativi quali, tra gli altri, una posizione dominante in uno o più mercati, l'accesso ai dati, il potere finanziario e l'integrazione verticale, di modo da permettere al *Bundeskartellamt* di condurre un'analisi *cross-market* e di prevenire forme di espansione abusiva nei mercati non dominati. Una volta stabilito che un'impresa riveste fondamentale importanza *cross-market*, il *Bundeskartellamt* può proibirle di porre in essere pratiche ritenute abusive nel particolare contesto quali, tra le altre, ostacolare i concorrenti su mercati in cui l'impresa potrebbe espandere rapidamente la propria posizione, creare barriere all'entrata in un mercato sfruttando i dati raccolti in un altro mercato in cui l'impresa è in una posizione dominante, limitare l'interoperabilità dei prodotti o la portabilità dei dati nonché il *self-preferencing*, ossia, favorire i propri prodotti rispetto a quelli dei *competitors*.

Più particolarmente, quest'ultima pratica aveva formato oggetto di indagine da parte della Commissione, che nel 2017 aveva inflitto a Google un'ammenda pari a circa 2,42 miliardi di euro per aver abusato della sua posizione nell'omonimo motore di ricerca favorendo illegalmente il proprio servizio di acquisto comparativo⁸. In ogni caso, l'impresa in questione potrà dimostrare che la propria condotta può essere oggettivamente giustificata.

Un altro aspetto centrale del nuovo GWB riguarda l'accesso ai dati detenuti dalle Big Tech. La mancanza di interoperabilità, infatti, è spesso causa di un aumento degli effetti di rete, che possono rappresentare un notevole ostacolo all'innovazione che pregiudica i concorrenti. La nuova sezione 19 (2) n. 4 estende la c.d. "dottrina delle infrastrutture essenziali" (*essential facility doctrine*)⁹ al rifiuto di condividere dati, interfacce o reti nei confronti di un'impresa che ne necessita per le proprie attività nei mercati a valle o a monte. In assenza di un'obiettiva giustificazione, anche tale rifiuto costituirà una nuova figura di abuso di potere di mercato. La sezione 20,

Das Bundeskartellamt kann im Falle einer Feststellung nach Absatz 1 dem Unternehmen untersagen,

- 1. beim Vermitteln des Zugangs zu Beschaffungs- und Absatzmärkten die eigenen Angebote gegenüber denen von Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln;*
- 2. Wettbewerber auf einem Markt, auf dem das betreffende Unternehmen seine Stellung auch ohne markt- beherrschend zu sein schnell ausbauen kann, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern, sofern die Behinderung geeignet wäre, den wirksamen Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen;*
- 3. durch die Nutzung wettbewerbsrelevanter Daten, die es von der Marktgegenseite auf einem beherrsch- ten Markt gesammelt hat, auch in Kombination mit weiteren wettbewerbsrelevanten Daten aus anderen Quellen, auf einem anderen Markt Marktzutrittsschranken zu errichten oder zu erhöhen oder andere Unternehmen in sonstiger Weise zu behindern oder Geschäftsbedingungen zu fordern, die eine solche Nutzung zulassen;*
- 4. die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern;*
- 5. andere Unternehmen unzureichend über den Umfang, die Qualität oder den Erfolg der erbrachten oder beauftragten Leistung zu informieren oder ihnen in anderer Weise eine Beurteilung des Wertes dieser Leistung zu erschweren.*

Dies gilt in den Fällen des Satzes 1 Nummer 1, 3 bis 5 nicht, soweit die jeweilige Verhaltensweise sachlich gerechtfertigt ist. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt insoweit dem betreffenden Unternehmen. § 32 Absatz 2 und 3, § 32a und § 32b gelten entsprechend. Die Verfügung nach Absatz 2 kann mit der Feststel- lung nach Absatz 1 verbunden werden...".

⁷ Per mercati multilaterali si intendono quei mercati che collegano due o più gruppi di clienti distinti ma interdipendenti.

⁸ Per ulteriori informazioni si veda un nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

⁹ La dottrina specifica quando il proprietario di una struttura essenziale deve fornirvi l'accesso ad un prezzo ragionevole.

paragrafo 1, lettera a) del GWB¹⁰ introduce, inoltre, un diritto di accesso ai dati per le imprese dotate di c.d. “potere di mercato relativo” (*relative market power*)¹¹. Nello specifico, nel caso in cui un’impresa disponga di un tale potere su un’altra impresa a causa della dipendenza dai dati, il rifiuto di concedere l’accesso a questi ultimi può essere qualificato come condotta anticoncorrenziale, anche se i dati in questione non sono ancora disponibili sul mercato.

Il GWB estende, poi, il controllo del *Bundeskartellamt* sulle pratiche abusive anche alle imprese dotate di potere di intermediazione nei mercati multilaterali. Questa estensione trova la sua *ratio* nel fatto che gli intermediari (spesso piattaforme digitali) sono diventati sempre più importanti per le imprese che si affidano a loro per offrire i propri prodotti o servizi. Poiché il successo commerciale delle imprese dipende largamente dalla visibilità sulle piattaforme, queste ultime potrebbero controllare l’accesso al mercato assurgendo a veri e propri *gatekeepers*. Al riguardo, la sezione 18 paragrafo 3, lettera b)¹² del GWB prevede che, nel valutare il potere di mercato di una piattaforma, debba essere presa in considerazione l’importanza dei suoi servizi di intermediazione per l’accesso ai

mercati delle forniture e delle vendite. Secondo il Governo tedesco, inoltre, a causa degli effetti di rete, i mercati digitali tendono ad “essere cedevoli” a favore del soggetto più forte. Poiché tale stato di soggezione tendenziale può in alcuni casi divenire irreversibile, dando vita a situazioni di monopolio, la sezione 20, paragrafo 3, lettera a)¹³ del GWB conferisce al *Bundeskartellamt* il potere di intervenire anche nei casi in cui un’impresa forte, ma non ancora in posizione dominante, tenti di imporsi unilateralmente in un mercato impedendo ai concorrenti di raggiungere i propri effetti di rete positivi.

La nuova Legge introduce anche diverse modifiche anche in materia di controllo delle concentrazioni. In primo luogo, il GWB innalza le soglie di fatturato nazionale che fanno scattare l’obbligo di notifica da 25 a 30 milioni di euro per una parte e da 5 a 10 milioni di euro per l’altra parte¹⁴, così da diminuire il numero dei casi esaminati per ottimizzare l’impiego delle risorse del *Bundeskartellamt*. In secondo luogo, il GWB aumenta la soglia che definisce i mercati c.d. “*de minimis*”¹⁵

¹⁰ La sezione 20 del GWB al paragrafo 1 lettera a) dispone: “... Eine Abhängigkeit nach Absatz 1 kann sich auch daraus ergeben, dass ein Unternehmen für die eigene Tätigkeit auf den Zugang zu Daten angewiesen ist, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Verweigerung des Zugangs zu solchen Daten kann auch dann eine unbillige Behinderung nach Absatz 1 darstellen, wenn ein Geschäftsverkehr für diese Daten bislang nicht eröffnet ist...”.

¹¹ Nello specifico, un’impresa dispone di un *relative market power* quando, pur non dominando un determinato mercato, si trova in una posizione superiore rispetto a certi concorrenti, clienti o fornitori.

¹² La sezione 18 del GWB al paragrafo 3 lettera b) dispone: “... Bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf mehrseitigen Märkten tätig ist, ist insbesondere auch die Bedeutung der von ihm erbrachten Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten zu berücksichtigen...”.

¹³ La sezione 20 del GWB al paragrafo 3 lettera a) dispone: “... Eine unbillige Behinderung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 liegt auch vor, wenn ein Unternehmen mit überlegener Marktmacht auf einem Markt im Sinne des § 18 Absatz 3a die eigenständige Erzielung von Netzwerkeffekten durch Wettbewerber behindert und hierdurch die ernstliche Gefahr begründet, dass der Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße eingeschränkt wird...”.

¹⁴ La sezione 35 del GWB dispone: “... a) In Absatz 1 Nummer 2 wird die Angabe „25 Millionen Euro“ durch die Angabe „30 Millionen Euro“ und die Angabe „5 Millionen“ durch die Angabe „10 Millionen“ ersetzt.

b) In Absatz 1a Nummer 2 Buchstabe b wird die Angabe „5 Millionen Euro“ durch die Angabe „10 Millionen Euro“ ersetzt...”.

¹⁵ Secondo la normativa tedesca, una transazione non può essere bloccata se ostacola la concorrenza solamente su mercati “*de minimis*”.

da 15 a 20 milioni di euro¹⁶, ammettendo tuttavia la possibilità di una valutazione combinata di più mercati. Di conseguenza, mentre in precedenza una transazione non poteva essere bloccata se ostacolava la concorrenza in più mercati ciascuno caratterizzato da un fatturato totale inferiore a 15 milioni di euro, il *Bundeskartellamt* sarà ora in grado di inibire le concentrazioni che ostacolano la concorrenza su diversi mercati *de minimis* con un fatturato combinato di 20 milioni di euro.

La nuova sezione 39, lettera a)¹⁷ del GWB, inoltre, conferisce al *Bundeskartellamt* il potere di richiedere formalmente che un'impresa notifichi tutte le sue future transazioni in uno o più settori qualora l'acquirente abbia realizzato un fatturato di oltre 500 milioni di euro a livello globale nell'ultimo esercizio e vi siano indicazioni nel senso che tali transazioni potrebbero limitare la concorrenza o condurre a situazioni di monopolio, pur non superando singolarmente le soglie di fatturato necessarie per attivare l'obbligo di notifica. Le transazioni, tuttavia, andranno notificate solo qualora l'impresa *target* abbia realizzato un

fatturato superiore ai 2 milioni di euro, di cui almeno 2/3 in Germania. Quest'ultima disposizione mira a contrastare le c.d. *killer acquisitions*, ossia 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.

Da ultimo, il GWB introduce una presunzione non assoluta secondo cui le transazioni con le imprese coinvolte in un cartello, che vi rientrano in termini di oggetto, periodo di tempo e area geografica, ne siano state danneggiate¹⁸.

Vale allora la pena di proporre qualche prima considerazione.

Il GWB fornisce al regolatore tedesco un ventaglio inedito di nuovi strumenti, ricomprendente nuove figure anticoncorrenziali, nuovi indicatori di mercato e nuovi poteri di intervento, ed un peso crescente dell'analisi economica nelle valutazioni e nelle decisioni. Il nuovo quadro normativo dovrebbe costituire un vero e proprio progetto pilota nell'ecosistema dell'Unione, destinato a tracciare il solco del diritto

¹⁶ La sezione 36 del GWB al paragrafo 1, punto 2, numero 2, dispone: "... die Untersagungsvoraussetzungen ausschließlich auf Märkten vorliegen, auf denen seit mindestens fünf Jahren Waren oder gewerbliche Leistungen angeboten werden und auf denen im letzten Kalenderjahr im Inland insgesamt weniger als 20 Millionen Euro umgesetzt wurden, es sei denn, es handelt sich um Märkte im Sinne des § 18 Absatz 2a oder einen Fall des § 35 Absatz 1a, oder...".

¹⁷ La sezione 39a del GWB, intitolata "Aufforderung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse", dispone: "... Das Bundeskartellamt kann ein Unternehmen durch Verfügung verpflichten, jeden Zusammenschluss des Unternehmens mit anderen Unternehmen in einem oder mehreren bestimmten Wirtschaftszweigen anzumelden, wenn

1. das Unternehmen im letzten Geschäftsjahr weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro erzielt hat,

2. objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch künftige Zusammenschlüsse der wirksame Wettbewerb im Inland in den genannten Wirtschaftszweigen erheblich behindert werden könnte und

3. das Unternehmen in den genannten Wirtschaftszweigen einen Anteil von mindestens 15 Prozent am Angebot oder an der Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen in Deutschland hat.

Die Anmeldepflicht nach Absatz 1 gilt nur für Zusammenschlüsse bei denen

1. das zu erwerbende Unternehmen im letzten Geschäftsjahr Umsatzerlöse von mehr als 2 Millionen Euro erzielt hat und

2. mehr als zwei Drittel seiner Umsatzerlöse im Inland erzielt hat.

Eine Verfügung nach Absatz 1 setzt voraus, dass das Bundeskartellamt auf einem der betroffenen Wirtschaftszweige zuvor eine Untersuchung nach § 32e durchgeführt hat.

Die Anmeldepflicht nach Absatz 1 gilt für drei Jahre ab Zustellung der Entscheidung. In der Verfügung sind die relevanten Wirtschaftszweige anzugeben...".

¹⁸ La sezione 33a del GWB al paragrafo 2 dispone: "... Es wird widerleglich vermutet, dass Rechtsgeschäfte über Waren oder Dienstleistungen mit kartellbeteiligten Unternehmen, die sachlich, zeitlich und räumlich in den Bereich eines Kartells fallen, von diesem Kartell erfasst waren...".

antitrust dell'era digitale, ed a colmare il *gap* sistemico che inevitabilmente si produce tra realtà sempre più dinamiche e regolazione, che per sua natura si rivolge a situazioni storicizzate. Questo disegno ambizioso si confronterà verosimilmente (almeno) con due ordini di problemi. Da un lato, per un considerevole periodo di tempo, e sino a che non si sarà formato un primo *corpus* di prassi decisionale (e quindi, giurisprudenziale) e di linee guida, i nuovi poteri e i nuovi strumenti si

accompagneranno ad una minore certezza del diritto, alla quale il regolatore nazionale dovrà supplire. Dall'altro lato, sino all'adozione ed implementazione del *Digital Services Act* e del *Digital Markets Act* a livello unionale (e quindi all'adattamento conseguente dei diritti nazionali), sono destinati a verificarsi dei disallineamenti di regolazione all'interno del mercato unico la cui gestione rimane da concepire. Ambedue le sfide meritano certamente di essere affrontate.



Roberto A. Jacchia

PARTNER



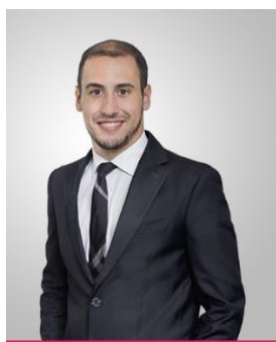
r.jacchia@dejalex.com



+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

