

10^a COMMISSIONE PERMANENTE (INDUSTRIA, COMMERCIO, TURISMO)

ATTO SENATO N. 2469

XVIII LEGISLATURA

LEGGE ANNUALE PER IL MERCATO E LA CONCORRENZA 2021

OSSERVAZIONI NETCOMM

Netcomm, il Consorzio del commercio digitale italiano – punto di riferimento in materia di e-commerce e trasformazione digitale nel panorama nazionale e internazionale, con oltre 400 aziende consorziate, nazionali, internazionali e piccole-medie realtà di eccellenza del Made in Italy e del sistema produttivo italiano che operano lungo tutta la filiera del comparto digitale – con il presente documento intende condividere le proprie riflessioni e proposte in relazione al Disegno di Legge n. 2469 per una Legge sulla concorrenza, con particolare riguardo alle seguenti norme:

- **Capo V – Concorrenza e Tutela della Salute - Art. 14 (Distribuzione dei farmaci)**
- **Capo VII – Concorrenza, rimozione degli oneri per le imprese e parità di trattamento tra gli operatori. - Art. 29 (Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica)**

IN RELAZIONE ALL'ARTICOLO 14 (DISTRIBUZIONE DEI FARMACI)

Netcomm raccomanda lo sviluppo di riflessioni volte a consentire la liberalizzazione della vendita di farmaci da banco online.

Negli ultimi decenni il settore delle farmacie è stato oggetto di numerose riforme, che hanno almeno in parte consentito di cogliere le conseguenze del cambiamento tecnologico e della progressiva apertura al mercato in vari ambiti dell'economia. Oltre all'aumento del numero delle farmacie, si ricorda l'apertura di canali alternativi (parafarmacie e corner farmaceutici presso la Grande Distribuzione Organizzata), la possibilità di praticare scontistica, la liberalizzazione di orari e turni, il superamento delle norme che imponevano un tetto di sole quattro licenze per titolare e l'eliminazione del divieto di soci non farmacisti.

Il settore risulta tuttavia ancora parzialmente chiuso allo sviluppo del commercio online, malgrado la crisi pandemica e le preferenze dei consumatori abbiano chiaramente mostrato le opportunità offerte da questo mercato.

Con particolare riguardo ai farmaci senza obbligo di prescrizione medica o farmaci da banco, al momento, i requisiti vigenti per consentirne la vendita online sono i seguenti:

- Sono ammessi alla vendita solo farmacie e parafarmacie, gestite da un soggetto autorizzato all'esercizio della professione;

- La farmacia o parafarmacia deve conseguire una autorizzazione speciale e deve essere registrata in un database gestito dal Ministero della Sanità, il quale conferisce l'uso del cosiddetto "logo comune", riconoscibile in tutta l'Unione europea e che identifica ogni farmacia o parafarmacia che mette in vendita medicinali al pubblico a distanza;
- Il farmacista deve assicurare il rispetto delle linee guida in materia di buona pratica di distribuzione, che pertanto non può essere delegata a soggetti terzi;
- La farmacia o la parafarmacia possono vendere solo attraverso un sito web "proprietario" ed è pertanto esclusa l'intermediazione da parte di soggetti terzi.
- Il prezzo dei farmaci senza obbligo di prescrizione medica, venduti online, deve essere obbligatoriamente identico a quello praticato all'interno della farmacia.

Netcomm ritiene di fondamentale importanza intervenire sulla normativa vigente per allinearla a quella di altri Paesi europei, come ad esempio la Germania, permettendo lo sviluppo di un nuovo mercato, a vantaggio sia dei consumatori che dei venditori.

Se la liberalizzazione del settore delle farmacie si è configurata come un'opportunità di diversificazione dei servizi e di efficientamento dei costi, la possibilità di consentire la vendita online dei farmaci non soggetti a prescrizione e di dispensare i prodotti anche attraverso intermediari digitali, tra cui marketplaces, opererebbe nel senso non solo di una maggiore vitalità e crescita del mercato, ma anche di una migliore attenzione per i bisogni del consumatore, in linea con le migliori esperienze internazionali in materia. Tra l'altro, l'utilizzo di intermediari digitali permetterebbe di aumentare la capillarità e l'accessibilità del servizio su tutto il territorio nazionale con soluzioni di consegna rapida grazie alla capacità logistico-organizzativa, agevolando il consumatore digitale.

In particolare, si ritiene opportuno introdurre – **intervenendo sull'articolo 14 del disegno di legge in esame** – alcune modifiche all'articolo 112-quater del Dlgs 219/2006 in materia di distribuzione di farmaci, volte a permettere a farmacie o parafarmacie di vendere i farmaci anche su siti web intermediari e piattaforme per l'e-commerce. In tal modo si potrebbero ridurre i costi di transazione, consentendo ai venditori l'accesso ad una più vasta platea di consumatori (e viceversa). Inoltre, la visibilità e i volumi elevati mobilitati attraverso gli intermediari digitali possono consentire di monitorare meglio i comportamenti di consumo e, non da ultimo, di ricavare informazioni utili ai fini della salute, normalmente indisponibili a causa dell'elevata frammentazione dei canali farmaceutici e parafarmaceutici.

In allegato a questo documento potete trovare la nostra proposta di emendamento (Allegato I)

IN RELAZIONE ALL'ART. 29 (RAFFORZAMENTO DEL CONTRASTO ALL'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA)

Testo della norma:

Art. 29 (Rafforzamento del contrasto all'abuso di dipendenza economica)

1. All'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo il comma 1 è inserito il seguente: « 1-bis. 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 »;

b) il comma 2 è sostituito dal seguente: « 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, anche retroattive, nell'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, nell'applicazione di condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio fornito, nella richiesta di indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta ».

La volontà di integrare l'articolo 9 della Legge 192/1998 mira ad ampliare l'ambito di applicazione della norma sul divieto di abuso di dipendenza economica, creando nuove ipotesi di abuso, configurate con specifico riguardo alle piattaforme digitali.

Per inquadrare sistematicamente la proposta si deve muovere dalla considerazione che già oggi, ai sensi dell'art. 9, comma 3-bis, l. 192/1998, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha il potere di applicare le sanzioni antitrust ai casi di abuso di dipendenza economica *“che abbiano rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato”*.

Posta questa premessa, ci si deve chiedere se e in quale misura il testo proposto realizzi i risultati che l'Autorità si prefigge e come questi risultati si pongano a confronto con le norme del regolamento DMA, in corso di approvazione in sede europea.

In particolare, si osserva quanto segue.

1. In relazione alla fattispecie di “dipendenza economica”

Rispetto all'attuale formulazione, il testo è caratterizzato dalla volontà di inserire una **presunzione relativa di dipendenza economica quando vi sia una piattaforma digitale “che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali e/o fornitori”**.

Tale previsione riprende, di fatto, la disposizione inserita nella proposta di Legge sui Mercati Digitali (DMA) all'Articolo 3, co. 1, lett. c), relativa ad uno degli elementi della definizione della nuova figura del Gatekeeper, sebbene la definizione contenuta nella proposta di Legge DMA risulti ancora più ampia in quanto fa riferimento anche al ruolo definito “importante” e non necessariamente “determinante”.

L'articolo 29 di fatto presuppone che gli utenti commerciali si trovino in una situazione di dipendenza economica **per il solo fatto di utilizzare i servizi di una cosiddetta piattaforma digitale**. Questo approccio è problematico ed estremamente generico perché non distingue tra le diverse piattaforme esistenti (e che si svilupperanno in futuro) e i diversi modelli di business applicati, molto diversificati tra loro; tale aspetto dovrebbe al contrario essere approcciato con maggiore granularità, valutando l'eventuale “dipendenza economica” caso per caso.

L'inserimento della presunzione non sarebbe privo di conseguenze distorsive della concorrenza – quindi contravvenendo anche allo spirito del DDL stesso – posto che l'attuale formulazione della norma continuerebbe ad applicarsi a tutti i soggetti economici **diversi dalle piattaforme digitali** mentre per quest'ultime, le piattaforme, si applicherebbe la (nuova) presunzione, **determinando quindi un trattamento discriminatorio e differenziato**. Ne consegue pertanto che a parità di potere contrattuale il semplice operare in mercati digitali azionerebbe una tutela “rafforzata” della dipendenza economica, la quale appare un pregiudizio (infondato) nei confronti degli operatori digitali.

Inoltre, sempre secondo la formulazione dell'articolo 29, si sottintende che l'esistenza di effetti di rete e/o la disponibilità di dati siano condizioni sufficienti per presumere una situazione di dipendenza economica. Ma questo va contro la ratio della disposizione esistente, che richiede una valutazione della possibilità che la parte “debole” nella relazione commerciale sia in grado di trovare alternative efficaci sul mercato. La valutazione dovrebbe essere basata su un'analisi dettagliata delle caratteristiche economiche dell'azienda, la relazione commerciale esistente con la piattaforma digitale e il mercato rilevante.

La presunzione è formulata in modo generico ed inoltre, essendo “relativa”, pone a carico delle aziende l'onere della prova contraria; in altre parole, **si presume ex lege una dipendenza che qualifica come problematiche anche le situazioni che in realtà non sono e richiederebbe alle piattaforme l'onere di confutare la presunzione con una prova contraria** - dal contenuto e dalla applicazione concreta assai dubbia - fornendo quindi giustificazioni che solo le controparti rilevanti possono fornire. Come sopra rilevato tale genericità di approccio rischia di divenire un freno allo sviluppo e all'operatività degli operatori e necessiterebbe, al contrario, di una valutazione specifica, caso per caso, delle reali condizioni di dipendenza.

E ancora, la nuova presunzione che si vorrebbe introdurre appare motivata dalla volontà di agevolare l'avvio di procedimenti sacrificando l'accertamento "caso per caso" delle situazioni di dipendenza economica che contraddistingue la fattispecie in tutti i paesi europei (Italia inclusa), procedimenti che si troverebbero, inevitabilmente, esposti a contestazioni durante la fase di conduzione; per tali ragioni non si ravvisa l'utilità di distaccarsi dalla norma generale sul divieto di abuso di dipendenza economica per facilitare l'avvio di procedimenti che potrebbero poi risultare fondati su basi giuridiche fragili. Tali rilievi dovrebbero essere sufficienti per suggerire l'accantonamento di questo nuovo meccanismo presuntivo.

Non da ultimo, si rileva inoltre che, la presunzione di dipendenza economica, porterebbe l'Italia ad essere un caso unico a livello europeo: nessuno degli altri paesi che prevedono un divieto di abuso di dipendenza economica ha tale presunzione. Tale disposizione genererebbe incertezza legale e normativa per le imprese con un modello di business comune in tutta l'Unione Europea, ridurrebbe l'incentivo a investire localmente – con un impatto negativo sull'attrattiva dell'Italia per gli investimenti stranieri - e creerebbe una frammentazione normativa (contrariamente allo spirito del "Mercato Unico UE" e all'obiettivo della DMA).

II. Per ciò che riguarda le fattispecie di "abuso di dipendenza economica".

Questa parte della proposta contiene un ampliamento rispetto alle vigenti previsioni dell'art. 9, l. 192/1998 (Abuso di dipendenza economica). Si rileva che le previsioni espresse dell'art. 9 non hanno carattere di tassatività, bensì esemplificativo, e che l'intera disposizione è oggi interpretata come una "clausola generale", suscettibile di applicazione anche in ipotesi atipiche di abuso. Inoltre, le previsioni espresse di pratiche abusive, contenute nella proposta, sono in parte superflue, perché già comprese nell'attuale testo dell'art. 9, e in parte interferenti con le ipotesi di condotte vietate dal DMA.

In sostanza, l'elenco di pratiche abusive contenuto nella proposta, nelle parti in cui non è meramente ripetitivo di norme già in vigore, tende ad anticipare l'applicazione da parte dell'autorità antitrust nazionale – mediante un impiego allargato dello strumento dell'abuso di dipendenza economica – di una parte dei rimedi previsti dal DMA.

In questa prospettiva, la proposta entra in conflitto con le norme regolamentari dell'Unione Europea – non ancora in vigore, ma destinate a prossima applicazione immediata – contenute nell'art. 1, commi 5 e 6, DMA. Secondo tali norme, "*gli Stati membri non impongono ai gatekeeper ulteriori obblighi per mezzo di leggi, regolamenti o disposizioni amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati*" (art. 1, c. 5). Inoltre, le norme nazionali che vietano comportamenti unilaterali delle imprese, ulteriori rispetto a quelli vietati dalle norme antitrust sull'abuso di posizione dominante [categoria in cui rientra il divieto di abuso di dipendenza economica] restano in vigore solo "*nella misura in cui sono applicate ad imprese diverse dai gatekeeper*" (art. 1, c. 6).

In ogni caso, anche quando le norme, contenute nella proposta, sono meramente ripetitive di prescrizioni del DMA, esse darebbero luogo ad un'applicazione dei rimedi specifici della regolazione delle piattaforme digitali da parte dell'autorità nazionale di concorrenza; ma questa applicazione decentrata collide con la scelta politica di gestione unitaria, a livello UE, dei rimedi in questione, contenuta nel DMA.

Come rilevato anche in altri contesti, data la complessità dello scenario normativo e competitivo è fondamentale evitare sovrapposizioni normative che possano determinare difficoltà applicative per le imprese, minando i principi di certezza del diritto, in particolare in una prospettiva cross-border.

Netcomm chiede dunque di riconsiderare tale approccio generalizzato introducendo meccanismi di verifica della dipendenza economica granulari, che facciano riferimento al singolo caso.

Si ringrazia per l'attenzione.

Consorzio Netcomm

Milano, 22.02.2022

ALLEGATO I

Proposta emendativa al Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021

Emendamento

All'articolo 14, dopo il comma 1, è aggiunto il seguente:

1-bis. All'articolo 112-quater del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219 sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) Al comma 3, il punto 3) è sostituito dal seguente: *“3) indirizzo del sito web, denominazione delle piattaforme per l'e-commerce ovvero delle applicazioni mobile per smartphone o tablet funzionali alla gestione on line dei processi di acquisto di medicinali utilizzati a tale fine e tutte le informazioni pertinenti necessarie per identificare il sito o le predette piattaforme e applicazioni.”*;
- b) Dopo il comma 3, è inserito il seguente: *“3-bis. Si intende altresì consentita ai soggetti di cui al comma 3 la commercializzazione di medicinali senza obbligo di prescrizione tramite siti web intermediari, piattaforme per l'e-commerce ovvero applicazioni mobile per smartphone o tablet (APP), a condizione che all'interno di tali siti web, piattaforme o APP siano chiaramente identificabili i soggetti autorizzati alla vendita online e siano riportati, all'interno delle pagine che abbiano ad oggetto la vendita di medicinali senza obbligo di prescrizione, per ciascuno di tali soggetti, gli elementi richiesti dal comma 5.”*;
- c) Al comma 4, le parole *“al medesimo comma 3”* sono sostituite dalle seguenti *“ai commi 3 e 3-bis”*;
- d) Al comma 6, ultimo periodo, le parole *“in conformità al comma 3”* sono sostituite dalle seguenti *“in conformità ai commi 3 e 3-bis”*;
- e) Al comma 7, lett. c), dopo le parole *“dei loro siti web”* sono aggiunte le seguenti *“, dei siti web intermediari, le denominazioni delle piattaforme per l'e-commerce ovvero delle applicazioni mobile per smartphone o tablet”*.
- f) Dopo il comma 10 è aggiunto il seguente *“10-bis. Ai fini del presente articolo, sono altresì autorizzate a fornire medicinali senza obbligo di prescrizione, a distanza al pubblico nel territorio italiano, mediante i servizi della società dell'informazione, le persone fisiche e/o giuridiche che siano autorizzate o legittimate a fornire medicinali al pubblico in conformità alla legislazione nazionale dello Stato membro in cui sono stabilite.”*