
La collusione fra algoritmi nell'era dei *big data*: l'imputabilità alle imprese delle "intese 4.0" ai sensi dell'art. 101 TFUE*

Luca Calzolari

Abstract

Il lavoro sostiene l'idea che il diritto della concorrenza dell'Unione sia idoneo a permettere alla Commissione di confrontarsi con le sfide poste dai *big data* e dalla c.d. quarta rivoluzione industriale. In particolare, la collusione fra algoritmi rientra nel campo di applicazione dell'art. 101 TFUE, laddove assimilabile a una ordinaria pratica concordata piuttosto che a un'ipotesi di c.d. collusione tacita. Ulteriori caratteristiche intrinseche dell'ordinamento antitrust dell'Unione corroborano tale conclusione, quali ad esempio l'irrilevanza dell'elemento psicologico nel contesto del *public antitrust enforcement*, la disciplina dell'imputabilità infragruppo degli illeciti antitrust, nonché la possibilità per la Commissione di avviare procedimenti antitrust sulla base di semplici preoccupazioni concorrenziali ai sensi dell'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003.

The paper supports the view that EU competition law allows the Commission to tackle the challenges posed by big data and the so-called 4th industrial revolution. In particular, algorithmic collusion falls within the scope of application of Article 101 TFEU, resembling more a standard concerted practice than a case of so-called tacit collusion. Other principles inherent to the EU competition law system support this conclusion, such as for example the limited role played by intention within the context of public antitrust enforcement, the legal regime for corporate group liability for antitrust infringements, as well as the fact that the Commission can launch enforcement proceedings merely on the ground of competitive concerns pursuant to Article 9 of Regulation (EC) No 1/2003.

Sommario

1. Premesse. – 2. Gli algoritmi quali facilitatori di illeciti antitrust. – 3. La collusione fra algoritmi razionali: il rapporto fra trasparenza di mercato e intelligenze artificiali nell'era dei *big data*. – 4. La collusione algoritmica: non tanto un'ipotesi di collusione tacita quanto un esempio di pratica concordata. – 5- Ulteriori spunti a supporto della possibilità – e necessità – di applicare l'art. 101 TFUE alle "intese 4.0".

* Il presente testo rappresenta una versione ampliata e con l'aggiunta delle note della relazione presentata dall'Autore alla Tavola rotonda su "*Big data*: prospettive di diritto internazionale e dell'Unione europea" svoltasi nel Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara il 6 giugno 2018 in occasione del Convegno nazionale della Società italiana di diritto internazionale e dell'Unione europea (SIDI). Su determinazione della direzione, l'articolo è stato pertanto sottoposto a referaggio anonimo.

Keyword

Diritto UE, Antitrust, Art. 101 TFUE, Collusione algoritmica, Big Data

1. Premesse

In un numero sempre crescente di mercati¹, i prezzi di beni e servizi sono determinati dalle imprese senza l'intervento umano. Tali decisioni sono infatti assunte direttamente da algoritmi e altre forme di intelligenza artificiale. Oltre a poter essere programmati per facilitare la conclusione e la gestione di veri e propri cartelli, la letteratura suggerisce che gli algoritmi potrebbero colludere fra loro anche se non progettati per porre in essere intese illecite ma, semplicemente, per agire in modo razionale e cioè per massimizzare i profitti delle imprese².

L'allineamento dei prezzi fra algoritmi a un livello sovracompetitivo può infatti essere una conseguenza diretta di un livello di trasparenza elevato e senza precedenti che caratterizza oggi molteplici mercati. Si tratta della diretta conseguenza della c.d. quarta rivoluzione industriale, causata dall'avvento dei c.d. *big data* e dallo sviluppo e diffusione di nuove tecnologie di *data analytics*³. La trasparenza del mercato avvantaggia i consumatori che possono effettuare scelte informate ed evitare i costi di intermediazione ma, al tempo stesso, può facilitare – e in effetti facilita – il verificarsi di fenomeni collusivi espressi e taciti⁴. Le imprese possono infatti monitorare e analizzare in tempo reale le condizioni di mercato, inclusi i prezzi e gli altri termini commerciali praticati dai propri concorrenti, elaborando le proprie strategie sulla base delle informazioni raccolte⁵.

Diversi autori e talune autorità della concorrenza suggeriscono che eventuali condotte collusive fra algoritmi programmati per massimizzare i profitti potrebbero non rientrare nel campo di applicazione delle regole di concorrenza e in particolare degli artt. 101 e 102 TFUE. Tale preoccupazione (o sollievo, a seconda della prospettiva) deriva

¹ Il fenomeno non interessa soltanto i mercati online ma anche settori che potrebbero sembrare meno esposti alle nuove tecnologie. Ad esempio, le tradizionali etichette cartacee posizionate sugli scaffali dei negozi fisici sono sempre più spesso sostituite da display elettronici che permettono la gestione dinamica dei prezzi in base ai medesimi meccanismi automatici di monitoraggio delle condizioni di mercato utilizzati nel mondo digitale.

² Cfr. fra gli altri A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge, 2016, spec. 56-82; S.K. Mehra, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minnesota Law Review*, 2016, 1323 ss.; T.Klein, *Assessing Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning Under Sequential Pricing*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2018-15; appaiono invece più cauti A. Ittoo-N. Petit, *Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective*, 2017.

³ Su talune delle implicazioni della rivoluzione dei *big data* v. per tutti V.M. Schonberger-K. Cukier, *Big Data: A Revolution that Will Transform How We Live, Work and Think*, Boston, 2013. Sui molteplici aspetti che caratterizzano il rapporto fra la rivoluzione dei *big data* e la politica di concorrenza v. in generale M. Maggiolino, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018; M.E. Stucke-A.P. Grunes, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016.

⁴ In senso contrario v. *Algorithms and Collusion – Note from the Business and Industry Advisory Committee*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 4 secondo cui «a greater use of pricing algorithms does not necessarily increase the likelihood of explicit or tacit collusion».

⁵ Secondo una recente indagine della Commissione, «53% of the respondent retailers track the online prices of

essenzialmente dall'osservazione secondo cui la collusione fra algoritmi sarebbe assimilabile alla c.d. collusione tacita, fattispecie notoriamente non sanzionata nel diritto antitrust.

La possibilità di conoscere e reagire alle decisioni dei propri concorrenti porterebbe infatti all'allineamento dei prezzi a un livello sovracompetitivo non tanto a causa di una strategia collusiva delle imprese realizzata mediante i propri algoritmi, quanto piuttosto quale conseguenza di una sommatoria di decisioni unilaterali e autonome – e quindi lecite, o comunque non imputabili alle imprese – adottate dai singoli algoritmi per aumentare i profitti.

Sotto questo profilo, l'unico effetto della rivoluzione dei *big data* sarebbe quello di aumentare il numero dei mercati sui quali fenomeni di collusione tacita possono verificarsi, trasformando quella che poteva essere considerata quasi un'ipotesi di scuola in uno scenario possibile, se non probabile, per molteplici mercati. Secondo tale linea interpretativa, i nuovi strumenti di *data analytics* rendono infatti per le imprese molto più facile e veloce rispetto a quanto accadeva nel “mondo analogico” controllare e reagire alle strategie dei propri concorrenti, ma nulla più.

L'aumento del numero e delle tipologie di mercato in cui può verificarsi un pur lecito equilibrio sovracompetitivo dei prezzi rappresenta già di per sé una tendenza preoccupante e che merita di essere esaminata con attenzione. Nel presente scritto si cerca tuttavia di evidenziare come l'idea stessa di assimilare le fattispecie della collusione tacita “analogica” e della collusione algoritmica non appare convincente⁶. Mentre nello scenario analogico le imprese agiscono in modo razionale sulla base delle condizioni di mercato *esistenti*, nello scenario digitale le imprese contribuiscono attivamente alla *creazione* delle condizioni che, in seguito, permettono ai loro algoritmi razionali di colludere tacitamente.

Tale differenza dovrebbe essere debitamente valorizzata nel valutare l'imputabilità alle imprese e la rilevanza sotto il profilo delle regole di concorrenza di condotte apparentemente autonome degli algoritmi.

2. Gli algoritmi quali facilitatori di illeciti antitrust

Si è detto che le nuove forme di intelligenza artificiale possono rendere più semplice ed efficace per le imprese la commissione di condotte che già rientrano nel campo di applicazione delle regole di concorrenza. Le imprese possono ad esempio utilizzare i propri algoritmi di prezzo per migliorare le modalità di gestione di accordi verticali e

competitors, out of which 67% use automatic software programmes for that purpose. Larger companies have a tendency to track online prices of competitors more than smaller ones. The majority of those retailers that use software to track prices subsequently adjust their own prices to those of their competitors (78%)» (cf. Commission Staff Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, document SWD(2017) 154 final, 10 maggio 2017, § 149).

⁶ Come talvolta accade quando si guarda alla rivoluzione dei *big data*, l'assimilazione della collusione algoritmica e della collusione tacita riflette una maggiore attenzione per l'aspetto quantitativo rispetto all'aspetto qualitativo. Per alcune riflessioni sulla necessità di prendere in considerazione entrambe le anime della rivoluzione dei *big data*, cfr. per tutti A. Oddenino, *Reflections on Big Data and International Law*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, 777 ss.

orizzontali, aumentandone l'efficacia (anticoncorrenziale) e la stabilità⁷.

Limitando l'analisi al più grave degli illeciti antitrust⁸, è noto che i cartelli sono per definizione strutture di mercato instabili: tale intrinseca instabilità è del resto sfruttata dai programmi di clemenza, e cioè dal più efficace strumento di indagine a disposizione della Commissione e delle Autorità nazionali della concorrenza (in seguito, le "ANC") per svelare la loro esistenza. La strategia più razionale per le imprese è infatti quella di non rispettare gli accordi orizzontali di fissazione dei prezzi conclusi con i propri concorrenti. L'impresa che pratica prezzi inferiori a quelli pattuiti nell'ambito di un accordo di cartello ha infatti l'opportunità di aumentare la propria quota di mercato a danno delle altre imprese cartelliste (*i.e.* dei propri concorrenti) che, invece, applicano "lealmente" l'accordo illecito, praticando un prezzo sovracompetitivo.

L'incentivo alla violazione del cartello aumenta grazie alla consapevolezza di ogni impresa non solo che la condotta infedele rappresenta la scelta più razionale per ognuno degli altri soggetti coinvolti nel cartello, ma anche che i vantaggi sono tendenzialmente realizzati soltanto dal primo soggetto che decide di non rispettare l'accordo. Ogni impresa è quindi incentivata a anticipare la probabile condotta infedele degli altri soggetti coinvolti nell'illecito piuttosto che attendere di subirne gli – altrettanto probabili – effetti. Anche se in misura minore, la violazione dell'accordo di cartello è inoltre incentivata dal fatto che, così facendo, l'impresa riduce la propria responsabilità antitrust laddove l'illecito venisse in seguito scoperto dalla Commissione o da una ANC.

Il vantaggio commerciale che un'impresa può ottenere dal mancato rispetto di un cartello è inversamente proporzionale al tempo necessario perché le altre cartelliste si accorgano della violazione. Non appena la condotta "disonesta" viene scoperta, le altre imprese tenderanno prontamente a replicarla per evitare la perdita di ulteriori clienti e la riduzione della propria quota di mercato determinando il fallimento del cartello. L'utilizzo degli algoritmi di prezzo influisce su quest'ultimo (e determinante) parametro così contribuendo in modo sostanziale a incrementare la stabilità dei cartelli⁹.

Oltre a programmare i rispettivi algoritmi per coordinare fra loro in modo autonomo i prezzi praticati, tali strumenti permettono infatti alle imprese di verificare con facilità il rispetto degli accordi illeciti da parte dei propri concorrenti. Si è detto infatti che due delle principali caratteristiche della rivoluzione dei *big data* sono quelle dell'aumento del livello di trasparenza dei mercati e del parallelo sviluppo di nuove forme di tecnologie capaci di analizzare, estraendone valore, la mole di dati disponibile. La possibilità di monitorare e analizzare in tempo reale le condizioni di mercato e i prezzi praticati dagli altri operatori di mercato consente alle imprese di individuare immediatamente gli eventuali inadempimenti agli accordi di cartello¹⁰.

⁷ Cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Virtual Competition*, cit., spec. 39-45.

⁸ Per quanto riguarda gli accordi verticali, v. tuttavia il recente caso *LG Electronics Rus*, dove si è sanzionato l'utilizzo di un algoritmo programmato per monitorare il rispetto da parte dei rivenditori dei prezzi "raccomandati" dall'impresa produttrice (cfr. *Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation*, Press Release del 22 giugno 2018, *Russian affiliated company of LG is fined for coordinating prices for smartphones*).

⁹ Cfr. G. Pitruzzella, *Big Data And Antitrust Enforcement*, in *Italian Antitrust Review*, 2017, 77 ss., spec. 83.

¹⁰ Cfr. SWD(2017) 154 final, cit. § 608; v. anche D.I. Ballard-A.S. Naik, *Algorithms, Artificial Intelligence, and Joint Conduct*, in *Antitrust Chronicle*, 2017, vol. 2, 29 ss., spec. 32; A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Tacit Collusion*

Tanto il fatto che gli algoritmi siano programmati per coordinare i prezzi quanto il fatto che essi siano utilizzati dalle imprese per rilevare eventuali violazioni rispetto a un cartello sono condotte che rientrano pacificamente nel campo applicativo delle norme che proibiscono le condotte collusive, come l'art. 101 TFUE. Sebbene la casistica sia ancora piuttosto limitata, i casi *Topkins*¹¹, *Uber*¹² e, in misura minore, anche il caso *Eturas*¹³ rappresentano solo alcuni esempi di fattispecie in cui talune autorità della concorrenza e persino la Corte di giustizia hanno già avuto l'occasione di affrontare il tema dell'uso di algoritmi specificamente progettati per perseguire finalità anticoncorrenziali¹⁴.

Del resto, dal punto di vista della teorica antitrust, non vi sono differenze se la conclusione e la gestione di un cartello è realizzata o facilitata mediante l'uso di nuove tecnologie¹⁵. Ciò che rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 101 TFUE è semplicemente l'intento anticoncorrenziale delle imprese nel momento in cui esse decidono di utilizzare algoritmi programmati per colludere; o meglio, l'oggetto e gli effetti certamente anticoncorrenziali di tale decisione.

L'uso di algoritmi progettati per facilitare la gestione di un cartello può invece rilevare sul piano pratico e cioè con riguardo all'*enforcement* dell'art. 101 TFUE. Da un lato, la trasparenza di mercato e i nuovi strumenti di *data analytics* possono – e potranno sempre più – essere sfruttati anche dalla stessa Commissione e dalle ANC. Al pari delle imprese, anche gli *enforcers* delle regole di concorrenza possono infatti utilizzare le medesime tecnologie per monitorare l'andamento dei mercati e i comportamenti degli operatori economici: sembra in altri termini possibile utilizzare algoritmi programmati per individuare automaticamente anomali allineamenti delle condotte delle imprese per poi eventualmente decidere di approfondire l'esame della fattispecie potenzialmente illecita mediante i tradizionali strumenti di indagine previsti dal regolamento (CE) 1/2003¹⁶.

La digitalizzazione di buona parte delle attività economiche sembra favorire la reperibilità di elementi probatori anche sotto un diverso profilo: la ben nota tracciabilità di ogni comportamento digitale può infatti facilitare il compito della Commissione e delle

on Steroids — *The Tale of Online Price Transparency, Advanced Monitoring and Collusion*, in *Competition Law & Policy Debate*, 2, 2017, 24 ss.

¹¹ Cfr. Department of Justice, Press release 6 aprile 2015, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*.

¹² Cfr. *Meyer v. Uber Technologies, Inc.*, No. 16-2750 (2d Cir. 2017).

¹³ Cfr. CGUE, C-74/14, *Eturas* (2016).

¹⁴ V. anche A. Giannaccari, *La storia dei Big Data, tra riflessioni teoriche e primi casi applicativi*, in *Mercato concorrenza regole*, 2017, 307 ss.

¹⁵ Cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, 1 ss., spec. 3. Del resto, in ogni momento storico vi sono nuove tecnologie che possono essere utilizzate (anche) per fini illeciti e, in particolare, anticoncorrenziali. Ad esempio, già nel 1994 il *Department of Justice* degli Stati Uniti chiudeva in via transattiva un caso riguardante l'utilizzo di un sistema di prenotazione online utilizzato da diverse compagnie aeree, il quale «*facilitate[d] pervasive coordination of airline fares short of price fixing*» (cfr. *United States v. Airline Tariff Publishing Co.*, 836 F. Supp. 9 (D.D.C. 1993)).

¹⁶ Cfr. regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU L, n. 1, del 4 gennaio 2003, 1.

ANC nella ricostruzione dell'andamento di condotte anche risalenti nel tempo con un grado di dettaglio fino a oggi immaginabile¹⁷. Inoltre, l'utilizzo da parte di imprese concorrenti di algoritmi programmati per fissare i prezzi secondo criteri fra loro simili, oppure progettati per monitorarsi e coordinarsi reciprocamente, potrebbe (e dovrebbe) essere considerata la proverbiale "pistola fumante" circa l'esistenza di un cartello¹⁸. Dall'altro lato, tali condotte delle imprese rilevano anche sotto il profilo sanzionatorio. Secondo le linee guida della Commissione, la gravità dell'infrazione è uno dei parametri da applicare per determinare il livello dell'ammenda ai sensi dell'art. 23 del regolamento (CE) 1/2003¹⁹. L'intensità degli sforzi compiuti dalle imprese per garantire l'effettiva esecuzione e il successo dell'illecito rappresenta a sua volta un elemento su cui si basa la valutazione della gravità²⁰. Il controllo reciproco mediante algoritmi programmati per monitorarsi e coordinarsi sembra rappresentare un meccanismo piuttosto rigoroso per garantire il mutuo rispetto del cartello e, quindi, indice della gravità della condotta²¹.

3. La collusione fra algoritmi razionali: il rapporto fra trasparenza di mercato e intelligenze artificiali nell'era dei *big data*.

Il rapporto fra la rivoluzione dei *big data* e la politica di concorrenza diviene più interessante, anche sotto il profilo teorico, guardando al fenomeno da una diversa prospettiva. L'elevata trasparenza dei mercati e lo sviluppo di tecnologie capaci di analizzare l'incredibile quantità di informazioni continuamente estratte dall'ambiente digitale non facilita soltanto la gestione e il reciproco controllo da parte delle imprese del rispetto di eventuali accordi anticoncorrenziali; esse rendono al tempo stesso anche possibile il verificarsi di fenomeni collusivi fra algoritmi, benché tali forme di intelligenza artificiale non sono programmate per restringere la concorrenza ma, semplicemente, per massimizzare i profitti delle imprese.

Se un mercato presenta determinate caratteristiche (e in particolare si tratta di un mercato di dimensioni ridotte e concentrato, caratterizzato da un elevato livello di trasparenza²²), è nell'interesse individuale di ogni impresa attiva su quel mercato allineare

¹⁷ Una delle conseguenze della rivoluzione dei *big data* è quella di produrre una sorta di c.d. *glass house effect* in virtù del quale ogni azione umana è tracciata, registrata e analizzata (cfr. D.D. Hirsch, *The Glass House Effect: Big Data, the New Oil, and The Power of Analogy*, in *Maine Law Review*, 2014, 373 ss., spec. 375-376), tanto da portare a un «*gradual collapse of two traditional separations in daily life: the separation between the past and the present, and the separation between the public and the private*» (cfr. B. Zhao, *The Internationalisation of Information Privacy: Towards a Common Protection*, in *Groningen Journal of International Law*, 2014, 1 ss., spec. 9).

¹⁸ Cfr. D.I. Ballard-A.S. Naik, *op. cit.*, 38.

¹⁹ Cfr. Commissione, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, in GU C, n. 210, del 1 settembre 2006, 2.

²⁰ Cfr. Decisione della Commissione del 5 dicembre 2012, C(2012) 8839 final, COMP/39.437 – *Tubi catodici per schermi di televisori e computer*, § 1070).

²¹ Cfr. *Algorithms and Collusion – Note from the European Union*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 23.

²² Più nel dettaglio, perché si possano verificare scenari di collusione tacita un mercato deve essere (i)

i prezzi e uniformarsi a eventuali aumenti praticati dagli altri operatori. Ciò anche se i prezzi si assestano a un livello sovracompetitivo che, in teoria, permetterebbe e dovrebbe invero condurre operatori economici razionali a competere fra loro per aumentare le rispettive quote di mercato. Eventuali riduzioni di prezzo che un singolo operatore decidesse di praticare (o altre migliori condizioni commerciali che egli decidesse di offrire) sarebbero infatti immediatamente rilevate e replicate dai concorrenti prima che tale operatore ne possa trarre beneficio.

La concessione di uno sconto avrebbe pertanto l'unico effetto di ridurre il livello complessivo di profitti realizzati su quel determinato mercato e, conseguentemente, di diminuire *pro quota* anche la parte di tali profitti realizzata dall'impresa che per prima riduce i prezzi, senza che tale diminuzione sia compensata dall'aumento della sua quota di mercato.

Nessuna delle imprese attive su quel mercato (ristretto, concentrato e trasparente) è dunque incentivata a competere con la conseguenza che i prezzi si assestano a un livello sovracompetitivo: pur in mancanza di un intento restrittivo, la collusione tacita ha quindi effetti sulla struttura di mercato e sui consumatori simili a quelli di un cartello. L'assenza di intenti collusivi contribuisce a fare sì che la "partecipazione" di un'impresa a uno scenario di collusione tacita non viene di regola ritenuta condotta sufficiente a integrare gli estremi di una violazione dell'art. 101 TFUE²³. La condotta è considerata lecita poiché l'equilibrio sovracompetitivo non è conseguenza di decisioni concertate fra le imprese, ma il risultato di scelte razionali e unilaterali adottate dai singoli operatori di mercato. Il mantenimento dello *status quo* è infatti l'unica decisione razionale per le imprese dettata dal – legittimo – desiderio di ciascuna di esse di non peggiorare la propria condizione. Sotto il profilo dell'analisi antitrust, in altri termini, la collusione tacita è "qualcosa meno" di una c.d. pratica concordata: i prezzi praticati dalle imprese sono infatti fra loro rigidamente interdipendenti, ma non per questo concordati²⁴.

Nel mondo analogico, monitorare i propri concorrenti era ed è attività particolarmente onerosa sia sotto il profilo delle risorse che si devono impiegare, sia del tempo neces-

trasparente, (ii) popolato da poche imprese sul lato dell'offerta (circa 2-4 operatori), (iii) omogeneo sotto il profilo del prodotto così da limitare le possibilità di concorrenza qualitativa, (iv) libero da potere di mercato sul lato della domanda, nonché (v) protetto dall'ingresso di nuovi operatori (nella letteratura istituzionale, v. fra gli altri A. Jones-B. Sufrin, *EU Competition Law*, New York, 2016, spec. 654).

²³ O di analoghe disposizioni che proibiscono condotte restrittive multilaterali (cfr. ad esempio il caso *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209, 227 (1993). In letteratura, la liceità della collusione tacita è l'opinione prevalente ed è stata notoriamente sostenuta da D.F. Turner, *The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal*, in *Harvard Law Review*, 1962, 655 ss. La tesi è in parte condivisa anche da R.A. Posner, *Oligopoly and the Antitrust Laws: A suggested Approach*, in *Stanford Law Review*, 1969, 1562 ss., il quale tuttavia sottolinea l'importanza dell'assenza di ritardi nella risposta dei concorrenti perché si possa davvero integrare una fattispecie di collusione tacita, limitando quindi in allora (in un mondo "pre *big data*") la rilevanza pratica di tale teorica. Infine, vi è anche chi suggerisce un approccio più cauto e ritiene che la razionalità della condotta non sia sufficiente a giustificarne, sempre e in ogni caso, la compatibilità con le regole di concorrenza (cfr. N. Petit, *The Oligopoly Problem in EU Competition Law*, in I. Liannos-D. Geradin (eds.), *Research Handbook in European Competition Law*, 2013, 259 ss.). In argomento v. anche J.B. Baker, *Two Sherman Act Section 1 Dilemmas: Parallel Pricing, the Oligopoly Problem, and Contemporaneous Economic Theory*, in *Antitrust Bulletin*, 1993, 143 ss.

²⁴ Sull'importanza di una precisa distinzione fra tali nozioni ai fini di una corretta analisi antitrust delle fattispecie di collusione espressa e tacita, v. fra gli altri L. Kaplow, *On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law*, in *California Law Review*, 2011, 683 ss.

sario perché si realizzino i risultati che si vogliono ottenere²⁵. Nonostante l'impegno profuso e i costi sostenuti, è infatti praticamente impossibile per le imprese ottenere aggiornamenti – non in tempo reale, ma almeno – tempestivi sulle condotte dei propri concorrenti “fisici”²⁶. Già in una città di medie dimensioni, ad esempio, un grande magazzino difficilmente poteva avere informazioni sulle strategie commerciali dei propri concorrenti nel momento in cui si apprestava a delineare la propria politica dei prezzi. Fenomeni di collusione tacita potevano pertanto svilupparsi soltanto su mercati di dimensioni davvero limitate (oltretutto molto concentrati), tanto da far ritenere che si trattasse in definitiva di un'ipotesi quasi di scuola²⁷.

Nell'era dei *big data* ogni decisione è invece immediatamente esposta al controllo dei concorrenti. Alcuni “capisaldi” della c.d. quarta rivoluzione industriale rendono infatti il monitoraggio dei concorrenti e la conseguente messa a punto di contromisure operative non solo più semplici, rapide ed economiche ma anche molto più efficaci, a prescindere dalle dimensioni geografiche del mercato o dal numero di imprese che vi operano e dal luogo dove queste sono stabilite²⁸.

Si tratta delle già menzionate (i) disponibilità in tempo reale di dettagliate informazioni sulle condizioni di mercato e della (ii) capacità degli odierni algoritmi di analizzare tali immense quantità di dati per estrarne conoscenza e valore, a cui si aggiunge la (iii) capacità di tali forme di intelligenza artificiale di imparare dalle proprie precedenti decisioni al fine di elaborare le condotte future²⁹. L'effetto complessivo è quello di ridurre i benefici che le imprese possono attendersi dalla decisione di diminuire i prezzi anche in mercati che non presentano tutte le caratteristiche tradizionalmente considerate necessarie per la diffusione di fenomeni collusivi taciti³⁰; con ciò aumentando il numero e

²⁵ Si è già rilevato che «[t]ime lags between defection from a cartel and its discovery make that defection more profitable and undermine collusion» (cfr. S.K. Mehra, *op. cit.*, 1328).

²⁶ Secondo la giurisprudenza, «la trasparenza necessaria è quella che consente a ogni membro dell'oligopolio dominante di conoscere il comportamento degli altri per verificare se adottino o meno la stessa linea d'azione, vale a dire che ogni membro deve disporre di un mezzo per sapere se gli altri operatori adottino la stessa strategia e se la mantengano. La trasparenza nel mercato deve perciò essere sufficiente per consentire a ciascun membro dell'oligopolio dominante di conoscere, in modo sufficientemente preciso ed immediato, l'evoluzione del comportamento nel mercato di ciascuno degli altri membri» (cfr. Trib. UE, T-464/04, *Impala* (2006) § 440).

²⁷ V. però il noto caso relativo al mercato della distribuzione del carburante al dettaglio sulla piccola isola di Martha's Vineyard (cfr. *White v. R.M. Packer Co.*, 635 F.3d 571, 579 (1st Cir. 2011)).

²⁸ Si osserva pertanto che «[t]he Posner approach to tacit collusion would not therefore be applicable to an environment where algorithms are used to implement a pricing strategy, especially when they are programmed to maximise profits, as there would not be a time lag in which the price cut could be profitable given that the price matching by the other firms might be immediate» (cfr. C. Gonzalez Verdugo, *Horizontal Restraint Regulations in the EU and the US in the Era of Algorithmic Tacit Collusion*, in *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2018, 114 ss., spec. 126).

²⁹ Se programmati per massimizzare i profitti, gli algoritmi non si limiteranno a elaborare la migliore strategia sulla base della sola analisi delle informazioni disponibili circa l'operato degli altri operatori di mercato ma procederanno altresì a esaminare i risultati ottenuti in seguito alle precedenti decisioni al fine di verificare se essa ha comportato l'aumento ovvero la diminuzione dei profitti. Se noteranno una correlazione fra una certa decisione (es. diminuire i prezzi rispetto all'equilibrio sovracompetitivo) e la diminuzione dei profitti (es. perché tale scelta è immediatamente replicata dai concorrenti – *rectius*, dagli algoritmi utilizzati dai concorrenti) essi eviteranno tale decisione.

³⁰ Quali appunto la ridotta dimensione geografica e l'elevata concentrazione del mercato (cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Algorithmic Collusion*, cit., 3).

le tipologie di settori nei quali tali fenomeni si possono verificare.

In seguito all'incessante analisi delle condizioni di mercato e delle condotte degli altri operatori di mercato, nonché all'esame degli effetti delle proprie precedenti decisioni, gli algoritmi possono quindi finire per allineare i prezzi a un livello sovracompetitivo senza necessità di "accordarsi" fra loro, ma semplicemente perché programmati per agire in modo razionale e capaci di imparare dalle proprie precedenti decisioni.

Al pari di ogni operatore fisico attivo su un mercato ristretto e trasparente per il quale è razionale concludere che l'unica possibilità per non peggiorare la propria condizione è quella di allineare i prezzi a quelli dei propri concorrenti, gli algoritmi programmati per massimizzare i profitti delle imprese impareranno a mantenere lo *status quo*, pur in assenza di alcun intento collusivo. Gli algoritmi osserveranno infatti che gli eventuali tentativi di competere riducendo i prezzi hanno come conseguenza una riduzione dei profitti – complessivi dell'intero settore, laddove replicati dai concorrenti, e *pro quota* dell'impresa – piuttosto che apportare benefici, e sceglieranno quindi di evitare tale decisione.

Uno dei paradossi è che la possibile presenza di diversi operatori, l'elevata trasparenza del mercato, l'assenza di costi intermediazione e di ricerca per i consumatori³¹, sembrerebbero *prima facie* suggerire che i mercati siano altamente competitivi³²: nel mondo dei *big data*, la "mano invisibile" che dovrebbe regolare l'incontro fra domanda e offerta è infatti sostituita dall'azione invisibile (o meglio, difficilmente percepibile) di intelligenze artificiali.

4. La collusione algoritmica: non tanto un'ipotesi di collusione tacita quanto un esempio di pratica concordata

Come si osservava in premessa, la letteratura e talune autorità della concorrenza hanno sollevato alcune perplessità circa la possibilità che la collusione fra algoritmi possa rientrare nel campo di applicazione delle regole di concorrenza, per come queste sono attualmente formulate e interpretate³³.

Secondo tale linea di pensiero non sarebbe possibile imputare alle imprese gli eventuali effetti anticoncorrenziali che derivino da una sommatoria di decisioni individuali e autonome dei singoli algoritmi non programmati per colludere. Mancherebbe innanzi-

³¹ Per riprendere una nota metafora usata da Google, «*competition is just one click away*».

³² Cfr. A. Ezrachi-M.E. Stucke, *Virtual Competition*, cit., 81.

³³ Si osserva ad esempio che gli «*algorithms may be used to facilitate conscious parallelism and are not likely to be challenged under current laws*» (cfr. A. Colaps, *Big Data: is EU Competition Law Ripe Enough to Meet the Challenges?*, in R. Mastroianni-A. Arena (eds.), *60 Years of EU Competition Law. Stocktaking and Future Prospects*, Napoli, 2017, 31 ss., spec. 42). In altri termini, «*[t]he fact that companies unilaterally adopted profit-maximizing pricing algorithms that more accurately reflect present market conditions does not fit the type of conduct meant to be proscribed by Section 1 of the Sherman Act*» (cf. D.I. Ballard-A.S. Naik, *op. cit.*, 33). Quanto alla posizione espressa da alcune autorità della concorrenza, v. *Algorithms and Collusion – Note from Italy*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 25; *Algorithms and Collusion – Note from Singapore*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 3; *Algorithms and Collusion – Note from the Russian Federation*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 2.1.

tutto il nesso di causalità fra la condotta delle imprese (*i.e.*, la decisione di utilizzare un algoritmo programmato per massimizzare i profitti) e l'effetto anticoncorrenziale (*i.e.*, l'allineamento dei prezzi a un livello sovracompetitivo). Il nesso di causalità sarebbe infatti interrotto dalla condotta autonoma e imprevedibile degli algoritmi che consisterebbe in un semplice adattamento intelligente alle condizioni di mercato: l'adattamento alle condizioni di mercato è un comportamento razionale e inevitabile per ogni operatore economico e, in quanto tale, permesso senza esitazioni anche dalla Corte di giustizia³⁴.

L'impossibilità di imputare alle imprese gli effetti anticoncorrenziali delle condotte degli algoritmi a causa del mancato rispetto del criterio di causalità avrebbe un'ulteriore e radicale conseguenza: posto che né gli algoritmi, né tantomeno le imprese, si "accordano" fra loro ma adottano condotte parallele e indipendenti, la corretta cornice normativa per inquadrare il fenomeno delle interazioni fra algoritmi sarebbe l'art. 102 TFEU e non l'art. 101 TFEU³⁵. La programmazione di un algoritmo perché questo gestisca la politica dei prezzi di una determinata impresa si dovrebbe infatti qualificare come una condotta unilaterale di tale impresa e non alla stregua di una pratica collusiva. Il diverso inquadramento ha profonde conseguenze in tema di *enforcement*, poste le maggiori difficoltà e incertezze che ancora oggi caratterizzano l'applicazione dell'art. 102 TFEU. In questa sede è sufficiente sottolineare due aspetti: da un lato, non si potrebbe neppure ipotizzare una qualche forma di responsabilità antitrust delle imprese a meno che non si individui (e dimostri) una specifica condotta abusiva in aggiunta al lecito utilizzo di un algoritmo; dall'altro lato, tale eventuale responsabilità riguarderebbe in ogni caso un numero molto ridotto di imprese, e cioè appunto quelle che si trovino in posizione dominante.

Inoltre, guardando al problema da una prospettiva esterna al diritto della concorrenza, vale la pena ricordare che pressoché ogni ordinamento chiede agli amministratori di società di perseguire l'interesse degli azionisti aumentando il valore delle partecipazioni sociali (c.d. "*shareholders' value*")³⁶: sebbene titolari di un potere discrezionale nell'esercizio dell'impresa, gli amministratori di società sono pertanto responsabili se adottano decisioni che appaiono *ex ante* inidonee alla realizzazione e all'aumento dei profitti o

³⁴ Cfr. per tutte CGUE, da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Suiker Unie* (1975) § 174.

³⁵ Tale opinione è stata autorevolmente sostenuta dal *Department of Justice* degli Stati Uniti, secondo cui «*the implementation of pricing policies by one firm's employees is unilateral conduct (whether it factors in the prices of competitors or not) and is not actionable under Section 1 of the Sherman Act without evidence establishing an agreement with another firm over the purpose or effect of a pricing algorithm*» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note by the United States*, OECD Roundtable on Algorithms and Collusion, 2017, § 6).

³⁶ Secondo l'opinione prevalente, il riferimento al c.d. *shareholder value* permette appunto di avere uno strumento di misura della *performance* degli amministratori (cfr. ad esempio M.C. Jensen, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 2001, 8 ss.). In argomento, da ultimo, v. P. Montalenti, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle Società*, 2018, 303 ss.

capaci di esporre l'impresa a perdite prevedibili³⁷. Secondo l'opinione prevalente³⁸, la regola della tendenziale insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali degli amministratori³⁹ trova appunto un limite nella valutazione della ragionevolezza delle stesse⁴⁰. Posto che gli algoritmi sono più efficienti degli esseri umani – fra l'altro anche – nella gestione delle complesse politiche di prezzo su base dinamica ormai sempre più diffusamente adottate dalle imprese⁴¹, la decisione di non fare affidamento su tale tecnologia potrebbe essere considerata condotta – non solo erronea e inopportuna sotto il profilo

³⁷ Il criterio della prevedibilità *ex ante* delle conseguenze pregiudizievoli di una determinata condotta è stato valorizzato ai fini della responsabilità degli amministratori per violazione del dovere di diligenza sia dalla giurisprudenza di legittimità (ad esempio Cass. civ., sez. I, 12 agosto 2009, n. 18231, in *Guida al diritto*, 37, 2009, 16 ss.) sia da quella di merito (cfr. Trib. Parma, sez. I, 4 agosto 2017, n. 1200, in *dejure.it*; Trib. Milano, 14 gennaio 2010, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2011, 5, 1187 ss.; Trib. Milano, 10 giugno 2004, in *Diritto e Pratica Societaria*, 2005, 80 ss.; Trib. Milano, 20 febbraio 2003, in *Giurisprudenza milanese*, 2003, 221 ss.).

³⁸ In senso contrario, si è autorevolmente sostenuto che non può aversi responsabilità degli amministratori non solo nel caso in cui il risultato negativo della gestione della società derivi da «sfortuna», o da oggettive situazioni di mercato», ma anche laddove ciò sia determinato «da erronee o anche irragionevoli scelte compiute dagli amministratori» (per tutti F. Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in G.E. Colombo-G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 1991, 323 ss., spec. 362), a meno che da tali errori di gestione o da dette decisioni inopportune possa desumersi «l'esistenza di una violazione dell'obbligo di diligenza» degli amministratori stessi (cfr. F. Bonelli, *Gli amministratori di S.P.A. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, spec. 185-186).

³⁹ Si tratta della celebre “*business judgement rule*”, elaborata dalla giurisprudenza Statunitense ma da molto tempo recepita anche nell'ordinamento italiano (cfr. già Cass. civ., sez. I civ., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Diritto fallimentare*, 2, 1966, 39 ss.), secondo la quale, in linea di principio, l'eventuale insuccesso economico delle iniziative imprenditoriali assunte non può di per sé comportare la responsabilità degli amministratori. In argomento v. S. Alvaro-E. Cappariello-V. Gentile-E.R. Iannaccone-G. Mollo-S. Nocella-M. Ventoruzzo, *Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori*, in Quaderni giuridici CONSOB, 2016; G.G. Peruzzo, *Business Judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Roma, 2016; C. Angelici, *Interesse sociale e business judgement rule*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2012, 583 ss.

⁴⁰ In tal senso, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470, in *Il Caso.it*. Secondo un orientamento assai consolidato, infatti, «la diligenza a cui l'amministratore deve conformare il proprio operato è incompatibile con l'esercizio del mero arbitrio, e lo obbliga ad agire nel rispetto dei criteri e delle regole che governano in ogni campo economico la gestione dell'impresa», di talché «l'amministratore non può compiere operazioni irrazionali ed avventate, di pura sorte, o azzardate, prevedibilmente rischiose ed imprudenti, e non può superare i limiti fissati da quella ragionevolezza che deve connotare la discrezionalità dell'imprenditore» (cfr. Trib. Milano, 2 marzo 1995, in *Società*, 1996, 57 ss.). L'importanza del criterio della “ragionevolezza” quale limite all'operatività della regola della c.d. *business judgement rule* è fra l'altro ribadita anche da Trib. Milano, 29 settembre 2016; Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783 in *Società*, 2015, 1317 ss.; Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2013, n. 3409, in *Società*, 2013, 461 ss.; Cass. civ., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5718, in *Rivista del notariato*, 2004, 6, 1571 ss.). La ragionevolezza rappresenta infatti «una regola di comportamento costituente una esplicitazione della clausola generale della diligenza e concretamente un limite *ex ante* alla discrezionalità delle scelte [...] e, *ex post*, un criterio di controllo sulle scelte effettuate» (cfr. A. Nigro, *Principio di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di S.p.a.*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2013, 457 ss., spec. 470; v. anche P. Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Rivista delle società*, 2013, 47 ss.).

⁴¹ Infatti, «[b]ecause of the advent of big data analytics, algorithms can monitor prices more efficiently than human beings and are able to respond to market changes more quickly and accurately» (cfr. I. Graef, *Algorithmic price fixing under EU competition law: how to crack robot cartels?*, in www.law.kuleuven.be, 10 maggio 2016).

economico⁴² ma – di per sé irrazionale e negligente⁴³ e, pertanto, idonea a esporre gli amministratori a responsabilità nei confronti degli azionisti.

Pur convenendo che la possibilità che algoritmi programmati per massimizzare i profitti possono colludere è quindi in effetti idonea a sollevare più di un interrogativo, e pur riconoscendo la difficoltà di qualificare alla stregua di un illecito antitrust la decisione di programmare un algoritmo perché questo agisca in modo razionale, pare tuttavia che – come osservato anche in precedenza – l’idea stessa di assimilare *tout-court* le fattispecie della collusione tacita “analogica” e della collusione algoritmica non sia del tutto convincente.

Nel momento in cui decide di utilizzare un algoritmo programmato per massimizzare i profitti (e cioè progettato per monitorare le condizioni di mercato e per reagire in modo dinamico alle condotte dei propri concorrenti) e al tempo stesso rende disponibili online informazioni relative alla propria attività e strategia commerciale a beneficio sia dei consumatori che delle altre imprese (inclusi i concorrenti e i loro algoritmi)⁴⁴, un’impresa sta contribuendo a creare le condizioni in presenza delle quali fenomeni di “collusione algoritmica” si possono verificare.

Vi è una differenza sostanziale con lo scenario tradizionale nel quale le imprese si adattano in modo intelligente e razionale alle condizioni di mercato *esistenti* che, di per sé, favoriscono l’emersione di fenomeni di collusione tacita analogica. Nello scenario digitale, le imprese contribuiscono invece in modo proattivo alla *creazione* delle condizioni che, in seguito, permettono ai loro algoritmi razionali di colludere tacitamente. Tale differenza dovrebbe essere debitamente valorizzata nel momento in cui si valuti la possibilità di imputare alle imprese la condotta apparentemente autonoma degli algoritmi nonché la potenziale rilevanza di tali fattispecie sotto il profilo delle regole di concorrenza.

Pare innanzitutto corretto sostenere che le imprese siano a conoscenza (o quantomeno

⁴² E quindi potenzialmente legittima, laddove secondo l’orientamento prevalente «all’amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità *ex art.* 2392 cod. civ. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico» (cfr. per tutte Cass. civ., sez. I, 10 febbraio 2013, n. 3409, in *Società*, 2013, 461 ss.; Cass. civ., sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giurisprudenza Italiana*, 1998, 287 ss.) né la legge impone «agli amministratori di gestire la società senza commettere errori, anche nel caso in cui si tratti di errori gravi» (cfr. Trib. Milano, 3 giugno 2008, in *Giustizia a Milano*, 7-8, 2008, 54 ss.).

⁴³ Vieppiù considerato che «gli amministratori – ferma l’applicazione della “*business judgement rule*”, secondo cui le loro scelte sono insindacabili a meno che, se valutate “*ex ante*”, risultino manifestamente avventate ed imprudenti – rispondono non già con la diligenza del mandatario, come nel caso del vecchio testo dell’art. 2392 c.c., ma in virtù della diligenza professionale esigibile *ex art.* 1176, comma 2, c.c.» (cfr. Cass. civ., sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441, in *Società*, 2017, 218 ss.) La natura contrattuale della responsabilità degli amministratori è in effetti pacifica sia in giurisprudenza (v. anche Cass. civ., sez. I, 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Giurisprudenza Italiana*, 2016, 390 ss.; Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2012, n. 15955, in *Società*, 2012, 1241 ss.) sia in letteratura (v. per tutti A. De Nicola, *Sub art.* 2392, in F. Ghezzi (a cura di), *Amministratori*, in P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, 2005, 545 ss.), tanto che la fonte sia individuata nel contratto di società (per tutti v. F. Galgano-R. Genghini, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 2006, 445 ss.), tanto nello specifico contratto di amministrazione (v. R. Rordorf, *La responsabilità civile degli amministratori di S.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, 1193 ss.).

⁴⁴ Ciò rileva laddove sotto il profilo tecnico «*firms may be able to block competitors from tracking their prices which would make tacit collusion more difficult*» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note from Singapore*, cit., § 4).

possano esserlo adoperando l'ordinaria diligenza) della possibilità che fenomeni collusivi possano verificarsi anche se esse non programmano i propri algoritmi per violare l'art. 101 TFUE⁴⁵. Oltre a ridurre la rilevanza delle eccezioni relative alla – pretesa – assenza di nesso causale⁴⁶, tale prevedibilità dei potenziali effetti anticoncorrenziali che possono derivare dalla decisione di utilizzare una siffatta intelligenza artificiale sembra essere elemento tale da poter supportare l'idea che tale condotta assomiglia più a una c.d. pratica concordata che a un'ipotesi di mera collusione tacita⁴⁷.

Infatti, quando imprese fra loro concorrenti istruiscono i propri algoritmi perché si controllino a vicenda e reagiscano dinamicamente alle rispettive decisioni, esse non possono ignorare che la conseguenza è quella di ridurre e invero eliminare l'incertezza sulle reciproche intenzioni di comportamento futuro. Sebbene le decisioni appaiano adottate unilateralmente dai singoli algoritmi, il meccanismo funziona soltanto perché almeno due imprese hanno deciso di utilizzare tali forme di intelligenza artificiale rendendo al tempo stesso disponibili online quelle informazioni sul proprio operato che, fra l'altro, vengono controllate e analizzate dagli algoritmi delle imprese concorrenti.

I prezzi che derivano da tale complesso processo non sono fra loro semplicemente interdipendenti, come accade nell'ipotesi della collusione tacita, ma appaiono piuttosto il frutto di un vero e proprio meccanismo di coordinamento che appare, se non del tutto consapevole, certamente accettato da parte delle imprese. Tale meccanismo finisce per alterare la dinamica concorrenziale. Se è vero che il diritto della concorrenza non proibisce alle imprese di adattare le proprie strategie alle condotte dei concorrenti, è tuttavia altrettanto vero che – mediante il divieto di pratiche concordate – l'art. 101 TFUE non ammette alcuna forma di contatto fra imprese concorrenti che possa avere l'effetto di influenzarne la condotta sul mercato riducendone la reciproca incertezza sulle rispettive condotte future⁴⁸, andando così a sostituire quello che sarebbe il processo concorrenziale in normali condizioni di mercato⁴⁹.

L'attenzione per la necessità di mantenere un certo grado di incertezza negli operatori economici permette un'osservazione conclusiva: ai margini della sua portata applicativa, il divieto di pratiche concordate si sovrappone al diverso illecito antitrust rappresentato dallo scambio di informazioni fra imprese concorrenti, condividendone

⁴⁵ Infatti, «[b]y simply allowing these bots to go to work, it is easy to imagine an effectively permanent pricing stasis settling over many markets, and not always with procompetitive effects» (cf. D.I. Ballard-A.S. Naik, *op. cit.*, 30).

⁴⁶ Sulla limitata efficacia di regola riconosciuta alle eccezioni basate sull'assenza di nesso causale, sebbene con riferimento a un'ipotesi di *private enforcement* e non di applicazione pubblicistica dell'art. 101 TFUE, v. CGUE, C-557/12, *Kone AG* (2014) § 33.

⁴⁷ Secondo la giurisprudenza, si tratta di pratica concordata se si verifica una «forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una collaborazione pratica fra le stesse ai rischi della concorrenza» (cfr. CGUE, C-8/08, *T-Mobile* (2009) § 26).

⁴⁸ Cfr. CGUE, 48/69, *Imperial Chemical Industries* (1972) § 118. Infatti, uno degli elementi costitutivi della nozione di pratica concordata, rappresentandone l'obiettivo, è quello «di influire sul rispettivo comportamento sul mercato e di manifestare il comportamento che ciascun produttore si propone [...] di tenere esso stesso sul mercato» (cfr. Trib UE, T-7/89, *Hercules Chemicals* (1991) § 259).

⁴⁹ Cfr. CGUE, *Suiker Unie*, cit., § 191.

appunto tale *ratio*⁵⁰. Al pari di alcune ANC⁵¹, la Commissione segue – da sempre⁵² – un approccio piuttosto restrittivo in materia. Se lo scambio di informazioni diretto e riservato fra concorrenti viene sanzionato alla stregua di un cartello⁵³, anche la semplice diffusione al pubblico di informazioni sensibili è stata qualificata dalla Commissione come una violazione per oggetto dell'art. 101 TFUE⁵⁴, specie laddove riguardi le intenzioni future delle imprese⁵⁵. L'idea alla base di tale approccio è appunto che anche la diffusione di informazioni al pubblico riduce l'incertezza delle imprese concorrenti con una sorta di mutua consapevolezza circa le rispettive future strategie⁵⁶.

Atteso che la diffusione al pubblico di informazioni rientra nel campo applicativo dell'art. 101 TFUE anche se non vi sono contatti diretti fra le imprese⁵⁷, l'insieme delle incessanti attività di controllo reciproco poste in essere dagli algoritmi ai quali è chiesto di monitorare il comportamento dei concorrenti (sulla base di informazioni volontariamente rese disponibili online dalle imprese interessate) sembra in effetti dare luogo a una qualche forma di comunicazione o diffusione di informazioni che contribuisce a sostituire l'incertezza circa le condotte attuali e future degli operatori di mercato⁵⁸. Di ciò, del resto appare consapevole la stessa Commissione⁵⁹.

⁵⁰ In effetti, la ricezione di informazioni sulle attività commerciali dei concorrenti è considerata sufficiente per sostenere che la destinataria abbia partecipato a una pratica concordata (cfr. Trib. UE, T-25/95 e altre, *Cimenteries CBR* (2000) § 1852).

⁵¹ Con riguardo alla prassi dell'AGCM v. ad esempio la nota decisione del 30 settembre 2004 n. 13622, 1575 – *Ras-Generali/Lama Consulting*, in *Bollettino*, n. 40/2005.

⁵² Cfr. ad esempio la Comunicazione della Commissione, *relativa ad accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione tra imprese*, in GU C, n. 75, del 29 luglio 1968, 3.

⁵³ Cfr. CGUE, C-286/13 P, *Dole* (2015), su cui, anche per ulteriori riferimenti, v. L. Calzolari, *Il caso Dole: lo scambio di informazioni come restrizione per oggetto ex art. 101 TFUE*, in *Eurojus.it*, 1/2015.

⁵⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GU C, n. 11, del 14 gennaio 2011, 1, §§ 73-74.

⁵⁵ Cfr. la decisione della Commissione, 7 luglio 2016, C(2016) 4215 final, caso AT.39850 – *Container Shipping*. Per un commento v. I. Rabinovici, *The Application of EU Competition Rules in the Transport Sector*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 271 ss.

⁵⁶ La giurisprudenza in materia non è univoca: se talvolta si è riconosciuto che la diffusione di informazioni al pubblico rappresenta un elemento costitutivo della nozione di pratica concordata (cfr. CGUE, *Imperial Chemical Industries*, cit., §§ 100-101), in altri casi si è invece escluso che tale condotta sia sufficiente a ridurre il livello di incertezza delle imprese circa le intenzioni dei concorrenti (cfr. CGUE, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e da C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö* (1993) § 64).

⁵⁷ Ciò che rileva, infatti, è che le informazioni siano comunicate al pubblico, così che a valle della loro diffusione anche i concorrenti possano avervi accesso. In argomento v. O. Odudu, *Indirect information Exchange: The Constituent elements of Hub and Spoke collusion*, in *European Competition Journal*, 2011, 205 ss.

⁵⁸ Secondo la Corte di giustizia, «ogni operatore economico deve determinare autonomamente la condotta che intende seguire sul mercato comune» e sono pertanto vietati i contatti «diretti o indiretti, in grado di influenzar[n]e il comportamento», tanto che lo scambio di informazioni può avere oggetto anticoncorrenziale se riduce le incertezze delle imprese circa il «funzionamento del mercato», con «conseguente restrizione della concorrenza» (cfr. CGUE, *Dole*, cit. § 121).

⁵⁹ Con riguardo alle modalità operativa degli algoritmi, la stessa Commissione ha infatti osservato che, sebbene «it is [...] not obvious that more sophisticated tools through which a firm merely observes another firm's price and draws its own conclusion would qualify as "communication" for Article 101 purposes», è altrettanto vero che «one cannot fully rule out the possibility that more creative and novel types of interactions could in certain situations meet the definition of "communication"» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note from the European Union*, cit., § 33). Sul

Anche laddove non si condivida la riconducibilità *tout court* di tale fattispecie alla nozione di pratica concordata, sembra comunque inevitabile concludere che si tratti di un'ipotesi coperta, quantomeno, dal divieto di scambio o diffusione al pubblico di informazioni sensibili⁶⁰.

5. Ulteriori spunti a supporto della possibilità – e necessità – di applicare l'art. 101 TFUE alle “intese 4.0”

Nel precedente paragrafo si è cercato di chiarire come si possa – e debba – ricondurre la collusione fra algoritmi all'interno del campo di applicazione delle regole di concorrenza: si tratta infatti di una fattispecie non assimilabile alle ipotesi tradizionali di collusione tacita e piuttosto riconducibile alla nozione di pratica concordata: con la conseguenza che tale condotta è di per sé coperta dal diritto della concorrenza dell'Unione e in particolare dall'art. 101 TFUE.

Vi sono ulteriori caratteristiche intrinseche dell'ordinamento antitrust dell'Unione che supportano tale conclusione, confermando che la collusione fra algoritmi non presenta peculiarità tali da posizionarla all'esterno del perimetro di azione della Commissione e delle ANC. Il riferimento è in particolare all'irrilevanza dell'elemento psicologico ai fini dell'applicazione pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE⁶¹, alla disciplina di matrice giurisprudenziale relativa all'imputabilità infragruppo degli illeciti antitrust, nonché alla possibilità per la Commissione di avviare procedimenti ai sensi dell'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003 sulla base di semplici preoccupazioni concorrenziali.

La responsabilità antitrust ha innanzitutto natura quasi oggettiva. Gli artt. 101 e 102 TFUE non contengono infatti alcun riferimento all'elemento psicologico quale requisito dell'illecito antitrust⁶²: né sotto il profilo della colpa né sotto quello della negligenza. La rilevanza dell'intento delle imprese per determinare la natura anticoncorrenziale di una condotta è stata coerentemente esclusa dalla Corte di giustizia⁶³.

punto v. anche J. Blockx, *Antitrust in digital markets in the EU: policing price bots*, Paper for the 2017 Radboud Economic Law Conference, 11 ss.

⁶⁰ Cfr. *Algorithms and Collusion – Note from Italy*, cit., § 18 dove si osserva che «*the repeated exchange through algorithms of information on prices (or even of price intentions [...]) might amount to a breach of competition rules, absent evidence of direct contacts between competitors*».

⁶¹ Sottolinea tale aspetto anche J. Blockx, *op. cit.*, 11 secondo cui «*even self-learning pricing algorithms could be caught by the prohibition of Article 101 TFEU*» proprio perché la Corte di giustizia ha fra le altre cose «*allowed for the establishment of infringements in the absence of anticompetitive intents*».

⁶² Cfr., ad esempio, P. Akman, *The role of intent in the EU case law on abuse of dominance*, in *European Law Review*, 2014, 31 ss.; M.E. Stucke, *Is intent relevant?*, in *Journal of Law, Economics and Policy*, 2012, 801 ss.; P.L. Parcu, *Considerazioni sulla rilevanza del movente nella valutazione delle violazioni antitrust*, in A. Raffaelli (ed.), *Antitrust Between EU and National Law IX*, Bruxelles-Milano, 2011, 289 ss.; S. Bastianon, *Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza. Prime riflessioni sul Libro verde della Commissione*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, 321 ss., spec. 336.

⁶³ Infatti, «l'intenzione delle parti non rappresenta un elemento necessario al fine di determinare la natura restrittiva di una pratica concordata» (cfr. CGUE, *T-Mobile/Commissione*, cit., § 27). La politica e il diritto della concorrenza hanno del resto l'obiettivo di preservare la struttura competitiva dei mercati e di migliorarne l'efficienza ma non si occupano di moralità (cfr. P.L. Parcu-M.L. Stasi, *The role of intent in the assessment of conduct under Article 102 TFEU*, in P.L. Parcu-G. Monti-M. Botta (eds.), *Abuse of dominance*

L'irrilevanza dell'elemento psicologico ai fini dell'applicazione pubblica delle regole di concorrenza emerge anche laddove si prendano in considerazione i rapporti fra *public* e *private enforcement*⁶⁴: la colpevolezza delle imprese destinatarie di una decisione di accertamento da parte della Commissione, o di una ANC, non rientra infatti fra gli elementi oggetto dell'intensa efficacia probatoria in sede civile a queste attribuita, rispettivamente, dall'art. 16 del regolamento (CE) 1/2003 e dall'art. 9 della direttiva 2014/104/UE⁶⁵. Oltre a confermare l'irrilevanza dell'intento ai fini dell'applicazione a matrice pubblica degli artt. 101 e 102 TFUE, la giurisprudenza in tema di responsabilità per le violazioni delle regole di concorrenza nei gruppi di imprese⁶⁶ sembra consentire un'interpretazione della nozione di imputabilità dell'illecito antitrust sufficientemente ampia da permettere l'addebito alle imprese delle condotte autonome degli algoritmi, anche quando non programmati per colludere.

Secondo la Corte di giustizia, l'impresa controllante è responsabile per le violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE commesse dalle proprie controllate⁶⁷. La Commissione non deve provare che la controllante sia stata coinvolta nella predisposizione o nella gestione dell'illecito e, invero, neppure che ne fosse a conoscenza. Specie se la capogruppo detiene un'elevata percentuale del capitale sociale della controllata, opera infatti una presunzione secondo cui la controllante esercita un'influenza determinante sul comportamento della controllata⁶⁸. Sebbene si tratti nella forma di una presunzione semplice, la sua efficacia è molto intensa e difficilmente viene superata⁶⁹, essendo a tal fine ne-

in EU competition law, Northampton, 2017, 12 ss., spec. 14): così come la legittima aspirazione degli operatori economici di divenire dominanti e financo monopolisti non è di per sé un illecito (ma anzi rappresenta il motore della crescita economica), colludere senza averlo desiderato non può che essere condotta rilevante ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza.

⁶⁴ V. anche il considerando 11 alla dir. 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, *relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea*, in GU L, n. 349, del 5 dicembre 2014, 1. Sulla direttiva v. per tutti F. Munari-C. Cellerino, *L'impatto della nuova direttiva 104/2014 sul private antitrust enforcement*, Roma, 2016.

⁶⁵ Al pari di altri elementi quali il nesso di causalità, l'effettiva verifica e la quantificazione del danno, la colpevolezza delle imprese deve pertanto essere dimostrata dall'attore durante il giudizio civile sulla base di elementi diversi dalla decisione della Commissione (o della ANC), salvo che l'ordinamento nazionale preveda ipotesi presuntive di tali elementi costitutivi dell'illecito civile.

⁶⁶ Sul tema della c.d. *parental liability*, v. fra i molti F. Amato-A. Della Negra-F. Liberatore, *La responsabilità della capogruppo per le violazioni al diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?*, in *Contratto e Impresa Europa*, 2014, 334 ss.; M. Casoria, *L'imputabilità infragruppo delle violazioni antitrust. (Ir)responsabilità e presunzioni*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, 365 ss.; F. Ghezzi-M. Maggiolino, *L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra "responsabilità personale" e finalità dissuasive*, in *Rivista delle Società*, 2014, 1060 ss.

⁶⁷ Infatti, «una persona giuridica che non abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza può nondimeno essere sanzionata per il comportamento illecito di un'altra persona giuridica allorché tali persone facciano tutte e due parte della stessa entità economica e formino così l'impresa che ha infranto l'articolo 101 TFUE» (cfr. CGUE, da C-231/11 P a C-233/11 P, *Siemens AG Österreich* (2014) § 45).

⁶⁸ Cfr. CGUE, *Akzo Nobel c. Commissione*, cit., § 60. Sull'ampiezza della partecipazione al capitale sociale della controllante necessaria ai fini dell'applicazione della presunzione v. anche Trib. UE, T-299/08, *Elf Aquitaine SA* (2011) e CGUE, C-508/11 P, *Eni SpA* (2013).

⁶⁹ Una delle rare occasioni in cui la presunzione è stata superata è rappresentata da CGUE, T-24/05, *Alliance One International* (2010), sulla quale v. ad esempio C. Hummer, *Alliance One: General Court Overturned Parental Liability of a Pure Financial Holding Company*, in *Journal of European Competition Law &*

cessaria la prova di un fatto negativo e cioè che la controllata, agendo autonomamente, non riceve istruzioni dalla capogruppo⁷⁰. Non è invece sufficiente che la capogruppo dimostri che l'illecito antitrust è stato commesso dalla controllata contravvenendo alle esplicite istruzioni impartite dalla capogruppo di non partecipare ad alcuna pratica potenzialmente anticoncorrenziale su alcun mercato⁷¹.

Le capogruppo sono in effetti obbligate a supervisionare la condotta delle proprie controllate e devono assicurare che queste non violino le regole di concorrenza: se una condotta anticompetitiva viene posta in essere nonostante la sorveglianza esercitata dalla capogruppo, la responsabilità di quest'ultima è giustificata anche dalla considerazione secondo cui sono gli azionisti di tale impresa ad avere beneficiato dei proventi dell'illecito fino al momento in cui questo è stato scoperto dalla Commissione o da una ANC⁷².

Esattamente come la decisione autonoma di una controllata di non rispettare le istruzioni ricevute e commettere un illecito antitrust non esenta la capogruppo dalla propria responsabilità, così anche la decisione di colludere adottata autonomamente da algoritmi non programmati per violare l'art. 101 TFUE dovrebbe e sembrerebbe poter essere imputata alle imprese che li hanno utilizzati. Da un lato, è ragionevole che l'impresa abbia un dovere di supervisionare l'attività degli algoritmi assicurandosi che questi non adottino condotte che sarebbero vietate – e di cui le imprese risponderebbero – laddove poste in essere da un essere umano⁷³, come ad esempio un loro dipendente⁷⁴. Dall'altro lato, se una violazione nondimeno si verifica (o non può essere evitata sotto il profilo tecnico), è altrettanto ragionevole che le imprese debbano rispondere del pregiudizio arrecato alla concorrenza e ai consumatori: sono le stesse imprese i cui algoritmi hanno “tacitamente” colluso ad avere beneficiato dei maggiori profitti in tal modo realizzati fino al momento in cui tale condotta è stata scoperta dalla Commissione o da una ANC.

Sotto un diverso e ultimo profilo, se anche quanto sopra non fosse ritenuto sufficiente a comprovare la possibilità di qualificare la collusione fra algoritmi alla stregua di una pratica concordata (o di uno scambio di informazioni) e di imputare tale condotta alle imprese, si è detto che i procedimenti *ex artt.* 101 e 102 TFUE possono essere avviati anche se non viene contestata (e quindi tantomeno ascritta) alle imprese la commissio-

Practice, 2011, 126 ss. Non è invece sufficiente che la capogruppo dimostri di essere un mero investitore finanziario interessato a rivendere rapidamente la partecipazione assunta in un'impresa in condizioni di difficoltà (cfr. ad esempio CGUE, T-395/09, *Gigaset AG* (2014)).

⁷⁰ La legittimità di questa sorta di *probatio diabolica* è stata fra l'altro confermata da Trib. UE, T-168/05, *Arkema SA* (2009) § 82.

⁷¹ Cfr. CGUE, C-155/14 P, *Evonik Degussa* (2016) § 40.

⁷² Cfr. Trib. UE, T-77/08, *The Dow Chemical Company* (2012) § 101.

⁷³ Come osservato dalla stessa Commissione, «[i]t is up to the firms using algorithms to ensure that their algorithms do not engage in illegal behaviour» (cfr. *Algorithms and Collusion – Note from the European Union*, cit., § 28). In altri termini, «undertakings can be liable for the actions of the (self-learning) algorithms they create or use. Undertakings have a positive obligation to ensure compliance with the EU antitrust rules and cannot plead ignorance of what their employees or price bots are doing» (cf. J. Blockx, *op. cit.*, 11).

⁷⁴ Non vi sono dubbi che le imprese rispondano per le condotte dei propri dipendenti anche se non autorizzati o istruiti a porre in essere condotte potenzialmente anticoncorrenziali (cfr. ad esempio CGUE, C-68/12, *Protimonopolny urad Slovenskej republiky* (2013) § 25).

ne di alcun illecito antitrust: segnatamente, l'art. 9 e il considerando 13 del regolamento (CE) 1/2003 permettono alla Commissione e alle ANC di avviare un procedimento sulla base di semplici preoccupazioni concorrenziali⁷⁵. Tali preoccupazioni sono comunicate alle imprese mediante una valutazione preliminare (senza che occorra l'invio di una più esaustiva comunicazione degli addebiti) in cui sono sintetizzati «i fatti principali del caso» ed espresse «le preoccupazioni preliminari sotto il profilo della concorrenza risultanti dall'indagine»⁷⁶. Se le imprese offrono dei rimedi idonei a risolvere le preoccupazioni concorrenziali descritte nella valutazione preliminare, la Commissione e le ANC hanno la possibilità di chiudere il procedimento senza l'onere (e invero neppure la possibilità) di «giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione»⁷⁷. La decisione che conclude il procedimento ha infatti l'unico effetto di accettare e rendere vincolanti gli impegni formulati dalle imprese.

Si tratta di uno strumento di ampia diffusione pratica⁷⁸ e utilizzato dalla Commissione con particolare intensità nel contesto dei c.d. nuovi mercati e delle nuove tecnologie⁷⁹. L'ampio utilizzo delle decisioni con impegni in tale contesto è dovuto al fatto che tale strumento permette di elaborare soluzioni flessibili alle nuove e mutevoli problematiche concorrenziali che caratterizzano i nuovi mercati. L'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003 consente inoltre di contrastare il comportamento – non illecito ma che solleva preoccupazioni concorrenziali – in tempi minori rispetto a quelli necessari alla procedura ordinaria. Il *focus* della procedura negoziata è la ricerca dell'accordo fra Commissione e imprese e non l'analisi antitrust della condotta delle imprese: il consenso

⁷⁵ Mentre l'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003, dispone che «[q]ualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può [...] rendere detti impegni obbligatori per le imprese», il considerando 13 dello stesso meglio chiarisce che se gli impegni rispondo «alle sue preoccupazioni, la Commissione [...] dovrebbe poter rendere detti impegni obbligatori per le imprese interessate» mediante decisioni che «dovrebbero accertare che l'intervento della Commissione non è più giustificato, senza giungere alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione».

⁷⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione *sulle migliori pratiche relative ai procedimenti previsti dagli articoli 101 e 102 del TFUE*, (2011/C 308/06), in GU C, n. 308/06, del 20 ottobre 2011, § 121. Anche se la valutazione preliminare deve quindi contenere «*some prima facie evidence of breach of Article 101 or 102 TFEU*» (cfr. N. Dunne, *Commitment decisions in EU competition law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2014, 399 ss., spec. 403), tale documento «*does not establish an infringement, but merely sketches the reasons why some practices could violate competition law*» (cfr. P.I. Colomo, *Three Shifts in EU Competition Policy: Towards Standards, Decentralization, Settlements*, in *Maastricht Journal of European & Competition Law*, 2013, 363 ss., spec. 378).

⁷⁷ Cfr. Trib. UE, T-342/11, *CEEES e AGES* (2014) § 55, nonché il già citato considerando 13 del regolamento (CE) 1/2003.

⁷⁸ Dai dati pubblicati sul sito internet della Commissione emerge infatti che, fra il 2004 e il 2017, sono stati definiti con impegni circa il 29% dei casi trattati (e cioè 43 su 150 procedimenti avviati) e circa il 62% dei casi trattati relativi a illeciti diversi da un cartello (e cioè 43 su 69 procedimenti avviati), fattispecie con riguardo alla quale le decisioni con impegni non dovrebbero essere utilizzate.

⁷⁹ Cfr. ad esempio i casi *Microsoft* (cfr. Commissione 16 dicembre 2009, C(2009) 10033 final, caso COMP/39.530 – *Microsoft (vendita abbinata)*, *Samsung* (cfr. Commissione 29 aprile 2014, C(2014) 2891 final, caso AT.39939 – *Samsung*), *IBM* (cfr. Commissione 13 dicembre 2011, C(2011) 9245 final, caso COMP/39.692 – *IBM servizi di manutenzione*) *Apple* (cfr. Commissione 12 dicembre 2012, C(2012) 9288 final, caso COMP/39.847 – *E-books*), *Amazon* (Commissione 4 maggio 2017, C(2017) 2876 final, caso AT.40153 – *Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate*), nonché il “tentativo fallito” nel caso *Google Shopping* (cfr. Commissione 27 giugno 2017, C(2017)4444 final, caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*).

di queste ultime permette infatti una trattazione meno approfondita degli aspetti più complessi del contenzioso antitrust e che potrebbero divenire rilevanti nel contesto della successiva fase contenziosa⁸⁰. Nei nuovi mercati la tempestività dell'intervento è talvolta prioritaria rispetto all'accertamento della responsabilità a fini sanzionatori: si tratta infatti di scenari in rapida evoluzione, la cui struttura potrebbe essere pregiudicata in modo irrimediabile nelle more della procedura ordinaria⁸¹.

Come è noto, anche alla luce della discrezionalità attribuita alla Commissione nella scelta e nella negoziazione dei rimedi⁸² nonché della sostanziale protezione da ogni forma di scrutinio giurisdizionale di cui godono le decisioni con impegni⁸³, il fatto che l'azione della Commissione e delle ANC si concentri sul futuro (*i.e.* la predisposizione di rimedi che risolvono le preoccupazioni concorrenziali)⁸⁴ piuttosto che sul passato (*i.e.* l'accertamento della condotta illecita) ha fatto osservare che le decisioni con impegni comportano il passaggio da un sistema in cui la Commissione e le ANC svolgono una funzione di tipo (essenzialmente) "giudicante" a uno in cui tali istituzioni finiscono per esercitare (anche) un potere di regolazione dei mercati⁸⁵. Gli artt. 101 e 102 TFUE si dovrebbero infatti applicare a condotte già poste in essere dalle imprese, mentre l'attività di regolazione serve a prevenire futuri fallimenti di mercato.

⁸⁰ Infatti, «[o]ne of the major differences between Article 7 (enforcement) decisions and Article 9 (commitment) decisions is that the focus of discussion in Article 7 enforcement decisions is the proof of the (past) violation whereas in Article 9 commitment decisions the focus of discussion is the adequacy of the remedy to meet – in the future – the concerns of the Commission»; in altri termini, «[t]he issue is no longer what the parties did but what the Commission wants» (cf. F. Jenny, *Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in context and the Future of Commitment Decisions*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, 701 ss., spec. 762-763).

⁸¹ Vi è in effetti chi ritiene che le decisioni con impegni siano particolarmente «useful in fast-moving markets by avoiding two risks in particular: first, that a remedy mandated by an authority 'locks in' technology or a business model that would otherwise have been replaced by innovation, or second, that by the time the authority reaches its final infringement decision (and any appeals have been resolved), the market or technology will have long moved on and harm to competition gone unaddressed» (cfr. P. Marsden, *Towards an Approach to Commitments that is Just Right*, in *Competition Law International*, 2015, 71 ss., spec. 72; v. anche D. Rat, *Commitment Decisions and Private Enforcement of EU Competition Law: Friend or Foe?*, in *World Competition*, 2015, 527 ss., spec. 533-534).

⁸² Ciò è dovuto alla peculiare interpretazione del principio di proporzionalità seguita dalla Corte di giustizia con riferimento alle decisioni con impegni (cfr. in particolare CGUE, C-477/07 P, *Alrosa* (2010) e, più di recente, Trib. UE, T-76/14, *Morningstar* (2016)).

⁸³ Il consenso fra imprese e Commissione (o ANC) riduce infatti la possibilità che le decisioni che recepiscono gli impegni siano oggetto di impugnazione. Viepiù considerato che l'eventuale annullamento avrebbe come possibile conseguenza la riapertura del procedimento secondo le modalità ordinarie e, quindi, potrebbe portare all'accertamento di un'infrazione.

⁸⁴ In altri termini, la Commissione e le ANC possono limitare la loro analisi alla cura dei "sintomi" della condotta vietata, senza approfondire l'esame della fattispecie, e cioè della "patologia" anticoncorrenziale (per l'uso di questa metafora v. M. Mariniello, *Commitments or prohibition? The EU antitrust dilemma*, in *Bruegel Policy Brief*, 2014, 1 ss., spec. 2; F. Polverino, *Procedure "negoziata" in materia antitrust: impegni e accordi transattivi*, in *Concorrenza e Mercato*, 2008, 411 ss., spec. 414).

⁸⁵ Cfr., fra i molti, A. Giannaccari-C. Landi, *Antitrust? Grazie, abbiamo altri impegni!*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2012, 231 ss., spec. 264-265); N. Dunne, *op. cit.*, 419; P.I. Colomo, *op. cit.*, 379; M. Siragusa-E. Guerri, *Antitrust Settlements under EC Competition Law: The Point of View of the Defendants*, in C.D. Ehlermann-M. Marquis (eds.), *European Competition Law Annual 2008: Antitrust settlement under EC Competition Law*, Oxford-Portland, 2010, 185 ss., spec. 191; H. Schweitzer, *Commitment Decisions under Article 9 of Regulation 1/2003: The Developing EC Practice and Case Law*, in C.D. Ehlermann-M. Marquis (eds.), *op. cit.*, 547 ss., spec. 577; M. Mariniello, *op. cit.*, 5-6; F. Risso, *Gli impegni per contrastare gli effetti distortivi della concorrenza. Qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, 2012, 1360 ss., spec. 1365.

Possono anche condividersi, in principio, le molteplici perplessità sollevate dall'utilizzo del diritto antitrust per finalità «meta-concorrenziali»⁸⁶; tuttavia, la delicatezza della materia e la difficoltà di operarne un inquadramento secondo gli strumenti tradizionali del diritto antitrust e le funzioni “classiche” di Commissione e ANC costituisce elemento idoneo a giustificare le soluzioni applicative appena accennate. Anche tralasciando la possibilità di considerare la collusione fra algoritmi alla stregua di una pratica concordata⁸⁷, si è detto infatti che ogni forma di collusione tacita ha effetti sulla struttura di mercato e sul benessere dei consumatori paragonabili a quelli di un cartello⁸⁸, riducendo il benessere sociale. La sostituzione della “mano invisibile” con l'azione invisibile di intelligenze artificiali e *big data* non può che essere considerata sufficiente a integrare la soglia di cui all'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003 e, quindi, consentire alla Commissione di utilizzare lo strumento delle decisioni con impegni per iniziare a regolare i c.d. *data driven markets*.

Non è questa la sede per approfondire il tema degli effetti negativi di portata sistematica che derivano dalla scelta della Commissione di utilizzare lo strumento degli impegni in fattispecie particolarmente innovative⁸⁹, come è ad oggi la collusione fra algoritmi: è tuttavia opportuno sottolineare che, quando la Commissione riesce a trovare un accordo con le imprese sul contenuto dei rimedi, l'adozione di decisioni con impegni prescinde dall'esame e dalla soluzione di quelle complesse e controverse problematiche sollevate dalla collusione algoritmica che si sono evidenziate nei precedenti paragrafi⁹⁰.

⁸⁶ Per riprendere un'espressione di M. Siragusa, *Le decisioni con impegni*, in P. Barucci-C. Rabitti Bedogni (a cura di), *Vent'anni di antitrust, L'evoluzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 385 ss., spec. 386. Le critiche principali riguardano il rispetto di alcuni principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione (e.g., legalità, stato di diritto e separazione dei poteri), oltre ai rischi per la legittimità e l'accuratezza dell'azione di *enforcement* della Commissione.

⁸⁷ Il che permetterebbe alla Commissione di sanzionare la condotta ai sensi degli artt. 7 e 23 del regolamento (CE) 1/2003.

⁸⁸ Sulla rilevanza delle finalità del diritto e della politica antitrust nel contesto della rivoluzione dei *big data*, e in particolare sulla necessità di finalizzare le regole di concorrenza alla salvaguardia della struttura del mercato, v. L. Calzolari, *International and EU Antitrust Enforcement in the Age of Big Data*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, 855 ss., spec. 878-879.

⁸⁹ L'assenza di incentivi al contraddittorio da parte delle imprese, l'attenzione sugli effetti futuri dei rimedi invece che sull'analisi della condotta delle imprese, e soprattutto la tendenziale assenza di impugnazioni davanti a Tribunale e Corte di giustizia fanno sì che il valore delle decisioni con impegni quali precedenti sia molto più limitato rispetto a quello delle decisioni di accertamento, con riflessi negativi sulla chiarificazione del contenuto degli artt. 101 e 102 TFUE (cfr. fra i molti F. Jenny, *op. cit.*, 763; R. Subiotto QC-D.R. Little-R. Lepetska, *The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, 263 ss., spec. 264; M. Merola-L. Armati, *Brevi riflessioni sui più recenti sviluppi nel diritto della concorrenza dell'Unione europea*, in *Italian Antitrust Review*, 2013, 16 ss., spec. 31; M. Mariniello, *op. cit.*, 1-2).

⁹⁰ Nel contesto delle decisioni con impegni, infatti, l'obiettivo delle imprese è che la procedura si chiuda con l'accettazione di rimedi che non influiscano eccessivamente sulla – remuneratività della – loro attività economica; fino a che ciò si verifica (e le imprese non devono quindi dimostrare davanti a Tribunale e Corte di giustizia l'erroneità delle posizioni giuridiche della Commissione per evitare o ridurre una sanzione irrogata nell'ambito di una procedura ordinaria), esse non hanno di regola interesse a contestare aspetti teorici dai quali non traggono un beneficio (v. ad esempio J. Ratliff, *Negotiated Settlements in EC Competition Law: The Perspective of the Legal Profession*, in C.D. Ehlermann-M. Marquis (eds.), *op. cit.*, 305 ss., spec. 311). Questioni quali l'imputabilità alle imprese di condotte assunte autonomamente dagli algoritmi, ovvero la corretta qualificazione della collusione algoritmica alla stregua di un'ipotesi di collusione tacita o di pratica concordata, rimarrebbero quindi verosimilmente sullo sfondo di un

Anche perché, va ribadito, vi sono soverchie difficoltà a trovare altre soluzioni pragmaticamente utilizzabili, e una valutazione in termini comunque di non illiceità dell'impiego di algoritmi anche quando il loro funzionamento determina restrizioni della concorrenza assimilabili a collusioni ridurrebbe di molto (e quasi azzererebbe) l'utilità del diritto antitrust: l'evoluzione dei *big data* avviene velocemente e in modo pervasivo, e viene utilizzata soprattutto dalle grandi imprese; in tal senso, "sdoganarne" l'impiego dal punto di vista del diritto antitrust finirebbe per confinare la materia a fattispecie residuali, concernenti imprese di importanza minore, con arretramenti della disciplina che non appaiono persuasivi.

Sotto un diverso profilo, sanzionare in ogni caso la collusione realizzata mediante algoritmi rischierebbe di pregiudicare gli effetti comunque positivi degli stessi sia sul piano sociale, che su quello della trasparenza dei mercati, col rischio di compiere operazioni ermeneutiche che ricordano l'adagio del... buttare il bambino con l'acqua sporca. In una situazione in cui, peraltro, appare irrealistico pensare di poter impedire all'industria 4.0 di svilupparsi.

eventuale procedimento avviato dalla Commissione ai sensi dell'art. 9 del regolamento (CE) 1/2003.