LUISS

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di European Business Law

Pratiche concordate e collusione algoritmica. I casi *Trod/GBE*, *Eturas* e *Consumer Electronics*

Chiar.mo Prof.
Nicola de Luca
Relatore

Chiar.mo Prof.
Ugo Patroni Griffi
Correlatore

Marco Gengaroli
Matricola 149913
Candidato

Anno Accademico 2021–2022

INDICE

Introduzione…… 3

Introduction…… 8

CAPITOLO I

LE PRATICHE CONCORDATE

NELLA LEGISLAZIONE ANTITRUST EUROPEA E NAZIONALE

1. L'articolo 101 TFUE…… 13

2. L'ordinamento italiano. La legge 287/90…… 18

3. La pratica concordata…… 19

4. Il significato giuridico di pratica concordata…… 20

5. La pratica concordata deve essersi effettivamente realizzata? La necessità di una "connessione causale"…… 24

6. Regime probatorio della pratica concordata…… 26

6.1. Contatto diretto: scambio, frequente o isolato, o divulgazione di informazioni…… 29

6.2. Contatto indiretto/condivisione di informazioni e accordi "*hub and spoke*"…… 34

6.3. Comportamento parallelo, parallelismo cosciente e collusione…… 36

6.4. Annunci unilaterali di prezzo al pubblico in anticipo e segnalazione del prezzo…… 40

6.5. Collusione, algoritmi e pratiche online…… 43

7. Pratica concertata e accordi verticali…… 46

8. Applicazione del diritto antitrust alle intese (ed alle pratiche concordate)…… 46

CAPITOLO II

GLI ALGORITMI DI PREZZO:

PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE E POSSIBILI SOLUZIONI

1. Introduzione…… 51

2. Questioni preliminari: significati e ambito di discussione…… 52

2.1. *Big data* ed algoritmi…… 52

2.2. Identificazione del rischio di lesione della concorrenza…… 55

2.3. I limiti della "collusione algoritmica"…… 57

2.4. Comportamento anticoncorrenziale che coinvolge algoritmi di determinazione dei prezzi…… 60

3. L'uso degli algoritmi di prezzo può costituire una pratica concordata ai sensi dell'articolo 101 TFUE?…….. 62

3.1. Prezzi algoritmici tra concorrenti nel mercato *e-commerce*…….. 62

3.2. Problematiche legate alla necessità o meno di contatti tra imprese e possibile soluzione ai sensi dell'articolo 101 TFUE…….. 64

4. La necessità che la pratica concordata derivante da un algoritmo di prezzo comporti una lesione della concorrenza…….. 72

5. Il ricorso all'articolo 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 per combattere l'uso degli algoritmi di prezzo…….. 75

CAPITOLO III

ANCORA SUGLI ALGORITMI DI PREZZO:

I CASI *TROD/GBE*, *ETURAS* E *CONSUMER ELECTRONICS*

1. Introduzione…….. 80

2. Il caso *Trod Ltd/GB Eye Ltd*…….. 82

2.1. I fatti…….. 82

2.2. Le indagini e il procedimento…….. 83

2.3. La decisione della *Competition and Markets Authority*…….. 83

3. Il caso *Eturas*…….. 85

3.1. I fatti…….. 85

3.2. L'iter processuale lituano e il rinvio alla Corte di giustizia della UE…….. 86

3.3. La decisione della Corte di giustizia della UE…….. 88

4. I casi *Consumer Electronics* (*Asus*, *Pioneer*, *Denon & Marantz, Philips*)…… 90

4.1. I fatti e l'avvio del procedimento…….. 90

4.2. La collaborazione delle imprese e la "proposta di transazione"…….. 91

4.3. La decisione della Commissione…….. 92

5. Considerazioni conclusive…….. 93

BIBLIOGRAFIA

Libri…….. 99

Articoli accademici…….. 102

Sitografia…… 106

Giurisprudenza…….. 108

INTRODUZIONE

Al giorno d'oggi, non vi è pressoché persona che non abbia effettuato un acquisto di un prodotto o di un servizio tramite internet e che non si sia resa conto di come i prezzi cambino non solo da un giorno all'altro, ma addirittura da un'ora del giorno ad un'altra; cosa, del resto, che avviene anche nei negozi fisici, come ad esempio si può facilmente notare col prezzo dei carburanti.

È altresì evidente che la determinazione così mutevole e rapida dei prezzi non può essere affidata ad esseri umani (ce ne vorrebbero, ovviamente, troppi), ma a programmi per computer basati su algoritmi che sono in grado di monitorare ed elaborare in poco tempo un numero rilevantissimo di dati, tarando poi, sulla scorta di questi, il prezzo da proporre al pubblico; esistono, infatti, programmi *software* detti "*robo-seller*"[1], che sono in grado di prendere decisioni sui prezzi in modo autonomo.

Poiché, peraltro, tali programmi e algoritmi sono pur sempre basati su input forniti da esseri umani in modo tale che, nell'operare le loro scelte, tengano presenti e rispondano a peculiari indirizzi ed esigenze piuttosto che ad altri, sorge la domanda se essi siano costruiti semplicemente per tener conto dell'andamento del mercato e delle sue regole per così dire fisiologiche (ad esempio rapporto tra domanda/offerta) o se, invece, lo siano per lo scopo precipuo di massimizzare i profitti, anche - se del caso - limitando o ostacolando la libera concorrenza.

Poiché, fondamentalmente, la finalità della legislazione europea in tema di concorrenza è quella di far sì che ogni operatore economico determini in maniera del tutto libera e indipendente le proprie scelte circa le condizioni economiche da offrire ai consumatori, ritenendosi lesiva della libertà del mercato ogni forma di "intesa" che faccia venir meno o limiti di fatto tale indipendenza, le Autorità antitrust europee (come del resto quelle di svariati paesi, a partire dagli Stati Uniti che per primi hanno affrontato tali problematiche) hanno posto sempre maggiore attenzione verso tali nuove forme di determinazione dei prezzi e delle condizioni di vendita, che a prima vista paiono non correlabili a comportamenti volontari e consapevoli dell'uomo (*rectius* degli amministratori che decidono di utilizzarle), ma che possono creare comunque effetti anticoncorrenziali.

In attesa di un auspicabile intervento legislativo che adegui la normativa esistente a tali forme nuove e sempre più sofisticate, e nello stesso tempo diffuse, di determinazione dei prezzi e delle condizioni di vendita di prodotti e servizi nel mercato (non solo in quello online), questo lavoro è

[1] Cfr. MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in Minnesota Law Review 1323 (2016).

diretto ad analizzare come le Autorità europee e nazionali garanti della concorrenza e quelle giurisdizionali abbiano, allo stato attuale, inquadrato tali fenomeni nell'ambito dell'articolo 101 TFUE, riconducendoli, laddove non sia possibile individuare e provare l'esistenza di un vero e proprio accordo collusivo, alla nozione di pratica concordata.

Esamineremo quindi, nel primo Capitolo, la nozione di pratica concordata con le varie problematiche ad essa connesse e correlate; nel secondo, parleremo più direttamente degli algoritmi di determinazione dei prezzi, esaminandone caratteristiche, profili di illiceità ed aspetti di carattere probatorio; nel terzo, infine, prenderemo in esame alcuni casi specifici che, in questi ultimi anni, sono giunti all'attenzione della varie Autorità competenti, al fine di trarne gli orientamenti attuali.

Le pratiche concordate

Nel primo Capitolo sono preliminarmente esaminate le fonti normative europee e italiane in tema di concorrenza e, quindi, in particolare, l'articolo 101 TFUE e la Legge 287/90, evidenziando come la normativa nazionale si conformi sostanzialmente a quella europea.

Perseguendo l'obiettivo di rendere totalmente indipendenti sul mercato i comportamenti degli operatori economici, al fine di arrecare maggior "benessere" possibile al consumatore, la normativa europea sulla concorrenza cerca di impedire che le imprese diano luogo a comportamenti collusivi atti ad impedire, restringere o falsare la concorrenza.

Viene, quindi, analizzata in dettaglio la nozione di pratica concordata, intesa quale forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza spingersi fino all'attuazione di un accordo, dà luogo in ogni caso ad una consapevole collaborazione fra le imprese stesse a danno della concorrenza. Se ne individua poi il momento realizzativo, per il quale è richiesta la sussistenza di un nesso causale tra il contatto - anche inconsapevole - tra le imprese che abbia portato allo scambio di informazioni ed il comportamento che queste hanno conseguentemente adottato sul mercato, con la sola astratta possibilità che ciò abbia avuto un effetto alterante del suo normale corso.

Pertanto, gli elementi di una pratica concordata non sono soltanto quelli che portano in maniera diretta al perseguimento del possibile obiettivo finale (quali, ad esempio, le quantità da produrre, i clienti da servire, il prezzo da praticare sul mercato ecc.), ma anche quelli che, considerata la natura del mercato e della domanda, nonché la valutazione delle condotte passate e le previsioni su quelle future, permettono di arrivare più facilmente ad un equilibrio tra le imprese diverso da quello che si sarebbe determinato in assenza di concertazione.

Si può, dunque, concludere che la pratica concordata si compone di tre elementi distinti: (*i*) una qualsivoglia forma di contatto tra imprese attraverso la quale sono rivelate/acquisite o scambiate

informazioni significative riguardanti scelte imprenditoriali; (*ii*) l'effettivo utilizzo (che è presunto) delle informazioni al fine di modificare la propria condotta sul mercato; (*iii*) l'astratta possibilità che ciò abbia un effetto sullo stesso. Mentre l'accordo è illecito per il solo fatto di essere stato concluso (a prescindere dalle conseguenze), per la pratica concordata non è dunque sufficiente il mero contatto, ma ad esso deve seguire una condotta parallela ed un rapporto di causalità che li leghi.

Si passa poi alla disamina del regime probatorio, per cui al fondamentale principio della presunzione di innocenza fa da contraltare la riconosciuta possibilità di provare l'esistenza della pratica collusiva anche attraverso il ricorso a presunzioni, purché oggettive e plurime, nonché a quella delle varie modalità concrete con cui può avvenire lo scambio e la condivisione di informazioni e l'adozione di comportamenti paralleli. Pertanto, anche laddove siano state tacitamente accettate, sono state ritenute costituire una pratica concordata non solo lo scambio, anche isolato, e/o la divulgazione delle informazioni direttamente tra imprese, ma anche il contatto indiretto, che si ha quando un'impresa abbia divulgato altrimenti (ad esempio, mediante pubblicazione sul sito web o attraverso intermediari, i c.d. "*hub and spoke arrangements*") le proprie informazioni, di cui un'altra abbia tenuto conto adeguando le proprie strategie, ed i comportamenti c.d. paralleli non spiegabili attraverso una razionale ed alternativa logica di mercato.

Infine si evidenziano le modalità con cui viene in concreto applicato il diritto antitrust dalla Commissione Europea e dalle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. In tal senso, se il procedimento proprio è quello diretto all'assunzione di "decisioni" da parte della Commissione o delle Autorità garanti che contestino formalmente l'accertamento delle violazioni riscontrate ed irroghino le relative sanzioni, procedimento che può ovviamente essere soggetto al controllo ed alla verifica giurisdizionale, si va sempre più facendo strada il procedimento previsto dall'articolo 9 del Regolamento (CE) 1/2003 per cui la Commissione, spesso preconcordandoli con le imprese "attenzionate", si limita ad accettare gli impegni che queste hanno dichiarato di assumersi per ovviare alle contestazioni mosse, senza arrivare al vero e proprio accertamento della violazione.

Gli algoritmi di prezzo

Nel secondo Capitolo si affrontano più approfonditamente le problematiche di carattere anticoncorrenziale che possono derivare dall'utilizzo di programmi *software* basati su algoritmi per monitorare, segnalare e determinare i prezzi di beni e servizi, per lo più nel mercato online.

In tal senso, viene dapprima esposto il significato e le caratteristiche che connotano i c.d *big data* (ovvero l'infinita mole di informazioni disponibili su internet che i programmi algoritmici sono

chiamati a raccogliere, verificare, confrontare e tenere in considerazione per le finalità per cui sono stati programmati) e gli algoritmi, per poi cercare di identificare il potenziale rischio di lesione della concorrenza che questi ultimi possono produrre, in quanto utilizzati per facilitare la determinazione parallela o la convergenza dei prezzi.

Al riguardo si evidenza l'esistenza di una "zona grigia" nell'utilizzazione degli algoritmi, che sta in mezzo tra la conclamata presenza di accordi collusivi e l'assoluta liceità di atti invece del tutto autonomi, l'ampiezza della quale dipende dalla misura in cui le tecnologie algoritmiche sono state, o potrebbero essere, sviluppate con funzionalità di raccolta, condivisione ed elaborazione dei dati, in modo tale da poter essere impiegate per ridurre la concorrenza sui prezzi e che, pertanto, deve essere precipuo oggetto di attenzione ai fini dell'individuazione di una potenziale lesione della concorrenza.

In tale ottica, posto che anche le azioni unilaterali di un'impresa nel fornire informazioni commerciali sensibili ad un'altra, quando abbinate all'accettazione passiva di esse da parte del destinatario senza obiezioni, sono sufficienti a costituire una pratica concordata che riduce l'incertezza strategica nel mercato, l'uso di algoritmi di sorveglianza ed adeguamento dei prezzi, insieme alla divulgazione online dei dati aziendali che consentono il reciproco scambio di informazioni, sono visti come un'azione deliberatamente volta ad eliminare o ridurre le incertezze commerciali che involgono le rispettive decisioni future in materia di condizioni di vendita. E ciò non solo nel caso dello scambio diretto e consapevole di tali informazioni, ma anche nel caso in cui esso discenda semplicemente ed indirettamente dal fatto che l'algoritmo è stato progettato per tener conto delle informazioni pubblicamente disponibili online, dando luogo di fatto ad una tacita collusione che porta ad una riduzione delle incertezze del mercato. Al riguardo si sostiene, infatti, che, nel momento in cui un'impresa decide di progettare il proprio algoritmo di determinazione dei prezzi al fine di massimizzare i profitti (monitorando continuamente e reagendo dinamicamente ai comportamenti dei concorrenti), essendo cosciente, allo stesso tempo, che le informazioni sulle proprie strategie sono rese disponibili online per i consumatori e i concorrenti (e, di conseguenza, per i loro algoritmi), essa sta di fatto contribuendo a creare le condizioni in cui può verificarsi una collusione. L'uso aggregato di algoritmi può quindi caratterizzarsi come condotta che altera negativamente la struttura del mercato, in modi che rendono più favorevole la convergenza dei prezzi.

Infine, in considerazione della difficoltà, soprattutto sotto il profilo probatorio, nella concreta individuazione dell'esistenza di una pratica concordata attuata mediante l'uso di algoritmi di

autodeterminazione dei prezzi, anche in ragione della necessità richiesta dall'articolo 101 TFUE di provare che il comportamento ha avuto "per effetto" quello di prevenire, restringere o falsare la concorrenza, si osserva come la Commissione europea si sia orientata a cercare di prevenire e reprimere le condotte che reputa lesive della concorrenza non attraverso il procedimento che porta alla formale contestazione della violazione, bensì ricorrendo al procedimento per impegni di cui all'articolo 9 del Regolamento 1/2003.

Alcuni casi pratici

Il terzo Capitolo, infine, analizza più approfonditamente alcuni casi concreti riguardanti direttamente l'uso di algoritmi di prezzi che sono stati considerati dalle Autorità competenti intese restrittive della concorrenza e dai quali è possibile trarre indicazioni sugli orientamenti e sui principi applicati in materia.

Il primo caso esaminato a livello europeo, in particolare nel Regno Unito (all'epoca ancora membro dell'UE), è quello *GB Eye Ltd*/*Trod Ltd*, che discende direttamente da un analogo caso precedentemente trattato negli Stati Uniti, quello *Poster Cartel,* in cui l'*US District Court of Northern California* nel 2015 aveva stabilito che un gruppo di imprese concorrenti avevano raggiunto un'intesa per fissare in maniera concordata, attraverso l'uso di un programma algoritmico, i rispettivi prezzi di poster venduti online tramite *Amazon Marketplace*. Di fronte alla contestazione da parte dell'Autorità per la concorrenza inglese, le imprese hanno riconosciuto l'esistenza dell'intesa collusiva, collaborando nelle indagine ed ottenendo così uno sconto sulle sanzioni.

Nel secondo caso oggetto di approfondimento, quello *Eturas,* in cui il gestore di una piattaforma di prenotazione di viaggi online, utilizzata da svariate agenzie, aveva introdotto nel sistema un limite agli sconti praticabili, la Corte di giustizia della UE ha avuto, invece, modo di esprimersi connotando il comportamento della aziende come pratica concordata ed affermando il principio secondo cui è possibile presumere la partecipazione ad essa, se le imprese coinvolte si siano astenute dal dissociarsi pubblicamente dalla suddetta pratica, non l'abbiano denunciata alle Autorità o non abbiamo apportato altre prove per confutare siffatta presunzione.

Infine, sono stati esaminati alcuni casi simili in cui, nel 2018, la Commissione UE si è occupata di intese verticali, sanzionando alcune grandi imprese operanti nel settore della produzione di apparecchi elettronici (nello specifico, *Asus*, *Pioneer*, *Denon & Marantz, Philips*) per aver usato siti web basati su algoritmi e, in un caso (*Pioneer*), algoritmi stessi al fine di assicurare che i propri rivenditori mantenessero il prezzo di rivendita ad un determinato livello.

INTRODUCTION

Nowadays, it is unlikely for one to have never purchased a product or a service via the Internet; indeed, it is notable how prices tend to vary not only from one day to another, but from one time of the day to another; and such phenomenon may further occur in physical stores, for instance with the price of gasoline.

Furthermore, it shall be noted that the constantly changing and rapid determination of prices cannot be entrusted to humans (as there would be far too many), but rather, it should be entrusted to computer programs, whose algorithms are capable of monitoring and processing a large number of relevant data in such a short period of time, subsequently calibrating the price to be proposed to the public; in fact, software programs known as “robo-sellers"[1] are now capable of making price decisions autonomously.

Additionally, being built on human-provided inputs, these programs and algorithms make choices and respond to certain addresses and needs rather than others; consequently, emphasis shall be put on whether they are merely constructed to take into account the market's trend and the so-called ‘physiological’ rules (such as the relationship between supply and demand) or, instead, whether they are designed to maximize profits – even if that implies restricting or impeding free competition.

Since the fundamental objective of European competition law is to ensure that each economic operator determines its choices regarding the economic conditions to be offered to consumers in a completely free and independent manner, considering illegal any form of "Agreement" that makes this independence cease or *de facto* limited, the European antitrust authorities (as well as those of various countries, beginning with the United States, which first addressed these issues) have paid increasing attention to these new forms of determining prices and terms of sale, which appear at first glance to be unrelated to voluntary and conscious behavior of man (i.e., of the managers of the various companies that use them), but which can, in any case, create anti-competitive effects.

In the absence (at least for now) of a legislative intervention adapting existing legislation to these new and increasingly sophisticated – yet widespread – forms of determining the prices and terms of sale of products and services in the market (not just the online one), this work aims to analyse how European and national competition authorities, as well as jurisdictional ones, have now framed

[1] See MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in Minnesota Law Review 1323 (2016).

these phenomena within the scope of Article 101 TFEU, bringing them under the concept of concerted practice in cases where it is impossible to identify and prove the existence of a real collusive agreement.

In the first Chapter, the concept of concerted practice and the various problems associated with it will be examined; whilst in the second, the focus will be put on pricing algorithms, and the examination of their characteristics, profiles of illegality, as well as probative aspects; lastly, the third Chapter will investigate on several specific case studies that in the past years have been brought up to the attention of the competent authorities, as to shape the path for the current standards.

Concerted practices

The first Chapter examines the European and Italian regulatory sources on competition issues, specifically Article 101 TFEU and Law 287/90, highlighting how the national legislation substantially conforms to the European one.

Pursuing the objective of making the behavior of economic operators totally independent on the market, in order to bring greater "welfare" to the consumer, European competition law seeks to prevent companies from giving rise to collusive behavior aimed at preventing, restricting or distorting the competition; so as to render totally independent from the market the behaviors of the economic operators.

The concept of concerted practice is then thoroughly examined, understood as a type of business activity coordination that, without going so far as to implement an agreement, results in a conscious collaboration between the companies themselves to the detriment of competition. Then, its moment of realization is identified, for which is requested the existence of a causal connection between the contact - albeit unconscious - among the companies that led to the exchange of information and the behavior they consequently adopted on the market, with the only abstract possibility that this had an effect on its regular course.

Therefore, the elements of the concerted practice are not only those that lead directly to the pursuit of the potential ultimate goal (such as for instance, the quantities to be produced, the clients to serve, the market price etc.), but also those that, on account of the nature of the market, of the demand as well as an evaluation of the past and of the future conducts, allow to easily reach a balance between the companies that is different from what would result in the absence of consultation.

Hence, it is possible to conclude that the concerted practice consists of three distinct elements: (i) any form of contact between companies through which significant information regarding business choices is revealed/acquired or exchanged; (ii) the actual use (which is presumed) of information in order to change its conduct on the market; (iii) the abstract possibility that this has an impact on it. Whilst the agreement is illegal for the sole fact of having been concluded (regardless of the consequences), mere contact is therefore not sufficient for the concerted practice, but it must be followed by a parallel conduct and a causal connection binding them.

Furthermore, the probative regime is examined, in which the fundamental principle of the presumption of innocence is balanced by the recognized possibility of proving the existence of the collusive practice, also through the use of presumptions provided that they are objective and multiple; as well as the various concrete methods through which information can be exchanged and shared, and parallel behaviors adopted.

Consequently, even when tacitly accepted, the exchange – even isolated – and/or the disclosure of information directly between companies as well as the indirect contact occurring when a company has disclosed its information (for example, by publication on the website or through intermediaries, the so-called "hub and spoke arrangements") – that have been taken into account by another adjusting its strategies as well as conducts definable as parallels that cannot be explained through a rational and logical alternative to the market – are considered to be a concerted practice.

Finally, it is highlighted how antitrust law is actually applied by the European Commission and national competition authorities.

In this sense, considering that a proper procedure shall be one aimed at taking "decisions" by the Commission or the national competent authorities that formally contest the ascertainment of the violations found and impose the related sanctions, a procedure that can be obviously subjected to the control and judicial review, the procedure outlined in Article 9 of Regulation (EC) 1/2003 is increasingly gaining ground, according to which the Commission, often pre-agreeing with the "attentive" companies, limits itself to accepting the commitments they have stated they will make to resolve the disputes raised, without arriving at an actual assessment of the violation.

Price algorithms

The second Chapter delves deeper into the anti-competitive issues that may arise from the use of software programs based on algorithms to monitor, report and determine the prices of goods and services, primarily in the online market.

In this sense, the meaning and characteristics of the so-called big data (i.e. the infinite amount of information available on the Internet that algorithmic programs are called upon to collect, verify, compare, and consider for the purposes for which they were programmed) and the algorithms are first explained; an attempt is then made to identify the potential risk of competition damage that the latter may produce, as used to facilitate parallel pricing or price convergence.

In this regard, the existence of a "grey area" in the use of algorithms is highlighted, which lies between the overt presence of collusive agreements and the absolute lawfulness of acts that are completely autonomous, the extent of which depends on the extent in which algorithmic technologies have been, or could be, developed with data collection, sharing and processing functions, in such a way that they can be used to reduce price competition and which, therefore, must be the main object of attention for the purposes of the identification of a potential injury to competition.

In this perspective, it shall be pointed out that when combined with its passive acceptance without any objections even the unilateral actions of one company in providing sensitive commercial information to another are sufficient to constitute a concerted practice capable of reducing the strategic uncertainty in the market. Thus, it could be asserted that the use of price surveillance and adjustment algorithms, together with the online disclosure of company data – allowing the mutual exchange of information – ought to be regarded as deliberate actions; whose ultimate aim is that of eliminating or reducing the commercial uncertainties involving respective future decisions on terms of sale. And this is not only in the case of the direct and conscious exchange of such information, but it is also the case in which it derives simply and indirectly from the fact that the algorithm was designed to take into account the information publicly available online, giving rise to a “tacit collusion” leading to a reduction in market uncertainties. In this regard, it is argued, in fact, that, when a company designs its own pricing algorithm – so as to maximize its profits (by continuously monitoring and dynamically reacting to the behavior of competitors) – and at the same time acknowledges that information on its strategies is made available online to consumers and competitors (and, consequently, their algorithms), it is, in fact, helping to create the conditions under which collusion can occur.

Finally, given the difficulty, particularly in terms of evidence, of establishing the existence of a concerted practice implemented through the use of price self-determination algorithms, as well as the need required by Article 101 TFEU to demonstrate that the behavior had the "effect" of preventing, restricting, or distorting competition, it is worth noting that the European Commission

has sought to prevent and repress conduct that it considers harmful for competition, not through the formal complaint procedure, but through the Commitments procedure referred to in Article 9 of Regulation 1/2003.

Some practical cases

Finally, the third Chapter examines in greater depth several concrete cases involving the use of pricing algorithms that have been considered by competent authorities as agreements that affect competition and from which it is possible to obtain indications on guidelines and principles applied on the matter.

The first case examined at European level, specifically in the United Kingdom (at the time still a member of the EU), is that of *GB Eye Ltd*/*Trod Ltd*, deriving directly from the *Poster Cartel* case, extremely similar but taking place in the United States, in which indeed, the US District Court for the Northern District of California ruled that a group of competing companies had agreed to set the respective prices of posters sold online through *Amazon Marketplace* in an agreed-upon manner using an algorithmic program. When confronted with a dispute by the Competition and Markets Authority, the companies admitted the existence of the collusive Agreement cooperating in the investigation, consequently reducing the sanctions.

The Court of Justice of the EU has instead had the opportunity to express itself in the second case under investigation, that of *Eturas*, in which the manager of an online travel booking platform used by various agencies, had introduced a limit into the system to the practicable discounts, by connoting the behavior of the companies as a potential concerted practice. Eventually, a principle was upheld, according to which it is possible to presume participation in a concerted practice, if the companies involved have not publicly dissociated from the aforementioned practice, have not reported it to the authorities, or have provided no other evidence to refute this presumption.

Finally, similar cases were examined in which the EU Commission dealt with vertical agreements in 2018, sanctioning some large companies involved in the production of electronic devices (specifically, *Asus*, *Pioneer*, *Denon & Marantz*, and *Philips*) for using algorithm-based websites and, in one case (*Pioneer*), algorithms themselves to ensure that their retailers kept the resale price at a certain level.

LE PRATICHE CONCORDATE
NELLA LEGISLAZIONE ANTITRUST EUROPEA E NAZIONALE

SOMMARIO: 1. L'articolo 101 TFUE – 2. L'ordinamento italiano. La legge 287/90 – 3. La pratica concordata – 4. Il significato giuridico di pratica concordata – 5. La pratica concordata deve essersi effettivamente realizzata? La necessità di una "connessione causale" – 6. Regime probatorio della pratica concordata – 6.1. Contatto diretto: scambio, frequente o isolato, o divulgazione di informazioni – 6.2. Contatto indiretto/condivisione di informazioni e accordi "*hub and spoke*" – 6.3. Comportamento parallelo, parallelismo cosciente e collusione – 6.4. Annunci unilaterali di prezzo al pubblico in anticipo e segnalazione del prezzo – 6.5. Collusione, algoritmi e pratiche online – 7. Pratica concertata e accordi verticali – 8. Applicazione del diritto antitrust alle intese (ed alle pratiche concordate).

1. L'articolo 101 TFUE

Il comportamento concordato tra almeno due imprese volto a limitare la rispettiva libertà di iniziativa economica (che prende il nome di "intesa"), quando ha per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato o in una parte rilevante di esso, è stato per la prima volta disciplinato dall'articolo 85 del Trattato di Roma del 1957, che ha istituito la Comunità economica europea.

Nel corso del tempo il Trattato ha subito numerosi cambiamenti e le norme sulla concorrenza hanno conosciuto alcune rinumerazioni. Per quanto riguarda la disciplina delle intese, la norma originaria, ovvero l'art. 85 del Trattato di Roma, pur senza avere subito alcuna modifica sotto il profilo testuale, con l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam è stata rinumerata in art. 81.

Successivamente, dal dicembre 2009, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la norma è stata inserita nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) come art. 101 (senza alcun mutamento letterale).

Ai sensi dell'articolo 2 e dell'articolo 3 dell'allora Trattato di Roma[1], gli obiettivi della C.E., consistenti in «*uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano*», debbono

[1] Adesso parzialmente confluiti nell'art. 4, §2, lett. a), e artt. 26, 27, 114 e 115 TFUE.

essere raggiunti mediante «*l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri*».

Al giorno d'oggi, tuttavia, le leggi sulla concorrenza raramente articolano esplicitamente quali sono i loro obiettivi.

L'articolo 3, paragrafo 3, del TUE e il protocollo 27 prevedono che uno degli obiettivi dell'UE sia la creazione di un mercato interno che includa «*un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata*»[2]; tuttavia, il Trattato non dice esplicitamente perché la concorrenza sia una cosa positiva, né quale fine dovrebbero perseguire ed ottenere le regole di concorrenza.

Spetta, quindi, alle Autorità garanti della concorrenza determinare come applicare una particolare legge sulla concorrenza e, in definitiva, spetta ai tribunali determinare se le Autorità hanno agito in conformità con la legislazione pertinente.

Il diritto della concorrenza dell'UE si basa su tre regole fondamentali: (i) gli accordi o pratiche concordate che impediscono, limitano o distorcono la concorrenza sono illegali; (ii) le imprese in posizione dominante non devono abusare di tale posizione; (iii) non sono ammesse fusioni che ostacolino in modo significativo o riducano sostanzialmente la concorrenza.

Il dibattito sugli obiettivi del diritto della concorrenza è sempre stato e sarà sempre vivace[3].

Peraltro, è inevitabile che le Autorità garanti della concorrenza e i tribunali possano adattare la loro applicazione e interpretazione del diritto della concorrenza in modi diversi nel tempo. La politica della concorrenza si evolve man mano che si sviluppano le teorie economiche, si acquisisce esperienza empirica e cambiano gli stati d'animo politici. Le Autorità garanti della concorrenza e i tribunali sono inevitabilmente influenzati da questi cambiamenti.

Tuttavia, avendo riconosciuto l'autonomia dei singoli Stati in materia di politica della concorrenza, negli ultimi anni molte Autorità garanti della concorrenza hanno sottolineato l'importanza centrale del "benessere del consumatore" nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto della concorrenza[4].

---

[2] Versione consolidata del TUE - Prot. n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza.

[3] Cfr., tra i tanti: BOUTERSE, *Competition and Integration: What Goals Count? EEC Competition Law and Goals of Industrial, Monetary, and Cultural Policy*; TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*; ODUDU, *The wider Concerns of Competition Law* in 30 *Oxf. J. Leg. Stud*. 599-613 (2010).

[4] International Competition Network, *Competition Enforcement and Consumer Welfare. Setting the Agenda*, documento relativo all'incontro annuale dell'ICN all'Aja dal 17 al 20 maggio 2011, disponibile all'indirizzo web: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_CWelfare2011.pdf> (ultima consultazione 13 settembre 2022).

In ogni caso, comunque, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che l'art. 101 TFUE, «*diversamente dalle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale*»[5].

L'articolo 101 del TFUE disciplina le 'intese', ossia i comportamenti concordati tra due o più imprese volte a limitare la propria libertà di iniziativa nel mercato.

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato cosa debba intendersi per impresa, stabilendo che «*la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, e che l'attività di collocamento è una attività economica*»[6].

L'articolo consiste di tre paragrafi: il primo vieta le intese che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato o in una parte rilevante di esso; il secondo sancisce la nullità di queste intese; il terzo, infine, elenca una serie di circostanze in cui le disposizioni del paragrafo 1 possono essere ritenute inapplicabili[7].

Una breve spiegazione del significato dei termini usati nell'articolo appare, dunque, necessaria.

---

[5] Corte giust. UE, sez. terza, Causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, sentenza del 4 giugno 2009, in *Racc*. I-4562-I-4584 (2009), § 38.

[6] Corte giust. CE, sez. sesta, Causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, sentenza del 23 aprile 1991, in *Racc*. 1-2010-I-2022 (1991), § 21.

[7] L'art. 101 così recita:

1. «Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:
   a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
   b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
   c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
   d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
   e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.
2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.
3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:
   - a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
   - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e
   - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate,
   che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di
   a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
   b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

La nozione di "accordo" «*si struttura sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse*»[8].

Il termine "decisione" ha un significato ampio, così da comprendere quegli atti di un'associazione di imprese che servono a coordinare la condotta dei suoi membri o di coloro che sono soggetti alla sua Autorità. Nella sentenza *Wouters*[9], l'avvocato generale Léger ha affermato che un'associazione di imprese «*raggruppa imprese dello stesso settore e si fa carico di rappresentare e tutelare i loro interessi comuni nei confronti degli altri operatori economici, degli organi di governo e del pubblico in generale*»[10].

Il concetto di pratica concordata verrà, invece, analizzato nel prosieguo del capitolo, essendo l'oggetto specifico del presente lavoro.

L'intesa dovrà pregiudicare il commercio tra Stati membri ed avere per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza. Brevemente, il commercio tra Stati membri include anzitutto il flusso di beni e servizi che continuamente scorre, per effetto delle normali operazioni commerciali, da uno Stato membro all'altro. La nozione di commercio «*copre tutta l'attività economica transfrontaliera, incluso lo stabilimento*»[11], e anche *«i casi nei quali gli accordi o le pratiche pregiudicano la struttura della concorrenza all'interno della comunità eliminando o minacciando di eliminare un concorrente*»[12] che vi svolga la sua attività. Si applicherà il diritto comunitario *«se è probabile che il commercio tra Stati membri si sviluppi in maniera diversa in presenza dell'accordo o della pratica rispetto a come si sarebbe probabilmente sviluppato in sua assenza*»[13].

---

[8] Trib. primo grado CE, sez. quinta ampliata, Causa T-41/96, *Bayer AG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 26 ottobre 2000, in *Racc*. II-3387-II-3451 (2000), § 69.

[9] Corte giust. CE, Causa C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, con l'intervento di: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, sentenza del 19 febbraio 2002, in *Racc*. I-1577-I-1697 (2002).

[10] Conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger per la Causa C-309/99 J. *C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, § 61.

[11] Commissione delle Comunità europee, Comunicazione n. 2004/C 101/07, *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, § 19, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=IT (ultima consultazione 13 settembre 2022). Cfr. Corte giust. CE, Causa 172/80, *Gerhard Züchner contro Bayerische Vereinsbank AG*, sentenza del 14 luglio 1981, in *Racc*. 2021-2034 (1981).

[12] Commissione delle Comunità europee, *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio, § 20.*

[13] Commissione delle Comunità europee, *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio, §* 34.

La restrizione della concorrenza comporta, invece, una limitazione della libertà delle imprese, nel senso che esse decidono di limitare la propria facoltà di esercitare le normali funzioni imprenditoriali. Questa, a sua volta, può provocare il deterioramento dei parametri della concorrenza.

La restrizione della concorrenza può costituire l'oggetto dell'intesa quando è la finalità stessa di essa, e cioè l'obiettivo in vista del quale questa è stata conclusa. Quando, invece, le intese non hanno un oggetto che sia di per sé restrittivo, dovranno essere valutate in considerazione degli effetti, attuali o potenziali, che ne derivano, così che un'operazione *«benché non costituisca di per sé un comportamento che restringe la concorrenza, può tuttavia costituire un mezzo idoneo per influire sul comportamento commerciale dell'impresa in questione»*[14].

Infine, necessaria è l'individuazione del mercato rilevante per consentire l'applicazione dell'articolo 101 TFUE, quando la determinazione del mercato è ordinariamente necessaria prima di poter determinare se una intesa abbia o meno come effetto apprezzabile di prevenire, restringere o falsare la concorrenza. La Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza stabilisce che «*il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*»[15]. Continua affermando che «*il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*»[16].

Si può, dunque, concludere che un'intesa, per essere considerata nulla, deve consistere in un accordo, una decisione di associazioni di imprese o una pratica concordata che abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno e che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri. Se queste condizioni non vengono,

---

[14] Corte giust. CE, sez. sesta, Cause riunite 142 e 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 17 novembre 1987, in *Racc*. 4487-4566 (1987), § 37.

[15] Commissione delle Comunità europee, *Comunicazione n. 97 /C 372/03, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in *G.U.U.E.* C372/5 del 9 dicembre 1997, § 7.

[16] Commissione delle Comunità europee, *Comunicazione n. 97 /C 372/03, sulla definizione del mercato rilevante, §* 8.

tutte, soddisfatte, non si avrà luogo ad una intesa anticoncorrenziale, come tale reprimibile in base all'articolo 101 TFUE.

2. L'ordinamento italiano. La legge 287/90

In Italia, l'articolo 101 TFUE è stato recepito, seppure con notevole ritardo rispetto agli altri paesi europei[17], nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante "norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

Il legislatore italiano, nel predisporre il contenuto di tale legge, ha scelto, felicemente, di riprendere quasi interamente le norme sostanziali contenute nell'allora Trattato di Roma e nel Reg. (CEE) n. 4064/89 in materia di concentrazioni. Infatti, leggendo il testo della l. n. 287/1990 risulta evidente che, salve poche variazioni di stile ed alcuni interventi minori, le norme riproducono sostanzialmente quelle comunitarie: (*i*) gli artt. 2 e 4 sono, infatti, la mera trasposizione delle norme europee in materia di divieto (ed eventuale esenzione) delle intese restrittive della concorrenza, oggi contenute nell'art. 101 TFUE; (*ii*) l'art. 3, riguardante il divieto di abuso di posizione dominante, riprende pressochè letteralmente l'art. 102 TFUE); (*iii*) gli artt. 5, 6 e 7, che definiscono i concetti di controllo e concentrazione, nonché il principio del divieto delle operazioni che determinano la costituzione di una posizione dominante, riportano il testo delle disposizioni contenute nel Reg. n. 4064/89 in materia di concentrazioni; (*iv*) l'art. 8, l. n. 287/1990, infine, riprende letteralmente i contenuti dell'art. 106 TFUE, che stabilisce i principi di parità di trattamento tra impresa pubblica e privata e di applicabilità della disciplina della concorrenza nel caso di imprese che adempiano a specifiche missioni d'interesse economico generale.

Inoltre, in assenza di riferimenti e precedenti giurisprudenziali nazionali e considerata l'assoluta novità delle norme in materia, era opportuno fornire a coloro che tali disposizioni dovevano applicare - Autorità garante e giudici, civili e amministrativi - una guida interpretativa autorevole, certa e il più possibile esauriente. Per tale ragione l'articolo 4° comma dell'art. 1, l. n. 287/1990, stabilisce che tutte le disposizioni contenute nella legge *antitrust* italiana debbano interpretarsi sulla scorta dei principi dell'ordinamento della Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza, in modo tale che, nell'applicazione delle norme di concorrenza nazionali e dei concetti in esse contenuti (si pensi, ad esempio, alle nozioni di impresa, pratica concordata, posizione

[17] Sul finire degli anni '80 del secolo scorso, nell'ambito delle nazioni aderenti all'OCSE, l'Italia era l'unico membro, unitamente alla Turchia, che non disponesse di alcuna normativa nazionale antitrust.

dominante, mercato rilevante ecc.) ci si debba riferire direttamente ai principi di diritto comunitario (norme, sentenze, prassi decisionali) e non a quelli nazionali, pur se esistenti.

Di conseguenza, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha avviato la maggior parte dei procedimenti basandosi direttamente sulle norme antitrust europee, ovvero gli artt. 101 e 102 TFUE, seguendo i principi elaborati dalla Corte di giustizia dell'U.E.

Inoltre, anche dal punto di vista procedurale, ed in particolare riferendosi ai poteri di indagine, decisori, sanzionatori e rimediali, molti ordinamenti nazionali, compreso quello italiano, hanno uniformato le norme procedurali interne a quelle europee. In tal senso l'Italia ha modificato le norme sulle sanzioni, ha introdotto la possibilità di assumere decisioni cautelari e con impegni, ha previsto benefici in caso di autodenuncia di un cartello e ha adottato linee guida sulla quantificazione delle sanzioni in maniera del tutto conforme alle previsioni comunitarie.

Tale processo di graduale convergenza è poi sfociato nella recentissima approvazione della c.d. Direttiva ECN+ (Direttiva n. 1/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2018) che attribuisce alle Autorità garanti natali poteri di applicazione più efficaci, imponendo uno standard minimo dei poteri di indagine e di decisione onde evitare, per quanto più possibile, una applicazione disomogenea degli artt. 101 e 102 TFUE. La direttiva è stata recepita in data 30 novembre 2021 con il decreto legislativo n. 185/2021.

In conclusione, l'Autorità garante della concorrenza italiana applica pressoché esclusivamente la normativa europea, utilizzando regole procedurali quasi del tutto conformi a quelle comunitarie e uniformandosi ai principi elaborati dalle corti europee.

3. La pratica concordata

L'inclusione delle pratiche concordate nell'articolo 101 TFUE risponde all'esigenza che anche quei comportamenti non riconducibili *tout court* ad un accordo o ad una decisione di associazioni di imprese possano comportare la violazione della disciplina della concorrenza.

Qualora, infatti, l'individuazione della fattispecie anticoncorrenziale illegittima fosse ricondotta solamente alla necessaria esistenza di un accordo o di una decisione, il confine del divieto sarebbe limitato, non potendo comprendere molteplici comportamenti che, seppur non sfociati in un vero accordo o decisione, risultano pur sempre lesivi della libera concorrenza, con ciò riducendo la possibilità di raggiungimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore europeo.

La fattispecie della pratica concordata è quindi volta ad includere nella previsione e così coprire una serie ampia e variegata di casi e comportamenti, che sono emersi di pari passo con il maggior

grado di sofisticazione e mimetismo degli strumenti utilizzati dalle imprese al fine di concertare le loro condotte sul mercato. Nella nozione di pratica concordata, dunque, coesistono sia i casi in cui le imprese tengono comportamenti che consentono nel tempo di raggiungere un equilibrio collusivo - c.d. pratiche facilitanti - sia i casi in cui la volontà conservativa appare più sfumata e difficile da individuare.

È assai probabile, infatti, che le parti di un cartello cerchino di fare tutto il possibile per eliminare le prove del fatto collusivo, quali riunioni, e-mail, fax e corrispondenza, rendendo difficile per le Autorità garanti della concorrenza dimostrare l'esistenza dell'azione anticoncorrenziale.

Pertanto, potrebbe essere conveniente per l'Autorità garante della concorrenza inferire l'esistenza di un accordo o di una pratica concordata da prove circostanziali, quali un comportamento parallelo sul mercato. Per altro verso, questa soluzione potrebbe risultare pericolosa e fuorviante, perché potrebbe ben succedere che le imprese agiscano in parallelo non a causa di un accordo o di una pratica concordata, ma poiché le analisi delle condizioni di mercato da loro svolte evidenziano il rischio che il mancato rispetto della strategia di un rivale possa essere dannoso, se non addirittura disastroso per l'impresa stessa.

Appare quindi necessario: in primo luogo, determinare il significato giuridico di pratica concordata; in secondo luogo, dirimere la questione se una pratica concordata debba essere stata concretamente attuata affinché l'articolo 101 par. 1 TFUE possa considerarsi violato; in terzo luogo, esaminare e definire la problematica dell'onere della prova in tali fattispecie.

4. Il significato giuridico di pratica concordata

ICI contro Commissione delle Comunità europee[18] (di solito indicato come il caso *Materie Coloranti*[19], in inglese *Dyestuffs case*) è stato il primo importante caso in materia di pratiche concordate trattato dinanzi alla Corte di giustizia.

La Commissione aveva sanzionato diversi produttori di coloranti ritenuti colpevoli di aver fissato i prezzi tramite pratiche concordate; la decisione della Commissione si basava su vari elementi, tra i quali la somiglianza del tasso, della tempistica degli aumenti di prezzo e delle istruzioni inviate

[18] Corte giust. CE, Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 14 luglio 1972, in *Racc*. 619-667 (1972).

[19] La Commissione, sulla base di indicazioni provenienti da utilizzatori industriali di coloranti a base di anilina, rileva un'intesa di prezzi fra i dieci maggiori produttori europei, e adotta nei loro confronti una decisione di divieto, con irrogazione di ammende. Nove imprese la impugnano, dando luogo (non avendo la Corte riunito le cause) ad altrettante sentenze sostanzialmente identiche, pronunciate lo stesso giorno. Le citazioni nel testo si riferiscono alla sentenza ICI, la prima nell'ordine di pubblicazione nella Raccolta.

dalle società madri alle loro controllate, correlate al fatto che vi erano stati contatti informali tra le imprese interessate.

La Corte di giustizia confermò la decisione della Commissione, affermando quanto segue: «*Il fatto che l'art. 85* (attuale articolo 101 TFUE) *distingua la nozione di "pratica concertata" da quelle di "accordi tra imprese" e di "decisioni di associazioni di imprese" è dovuto all'intenzione di comprendere fra i comportamenti vietati da questo articolo una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza. Per natura, la pratica concordata non presenta tutte le caratteristiche di un accordo; la sua esistenza si può desumere dal coordinamento che si concreta nella condotta dei partecipanti*»[20].

La nozione di pratica concordata si sostanzia, dunque, in una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza spingersi fino all'attuazione di un accordo, dà luogo in ogni caso ad una consapevole collaborazione fra le imprese stesse a danno della concorrenza.

Pertanto, la pratica concordata si differenzia dall'accordo per il fatto che quest'ultimo costituisce la comune volontà manifestata delle parti di adottare un certo comportamento sul mercato[21], mentre la pratica concordata potrebbe essere definita direttamente come il comportamento nel quale si realizza il coordinamento. Nell'accordo prevale la volontà, ossia il fattore soggettivo; nella pratica concordata prevale, invece, la condotta, ossia il fattore oggettivo.

Il coordinamento si concreterà e manifesterà nel modo effettivo in cui le parti si comportano sul mercato, anziché, come potrebbe avvenire nel caso di accordo, attraverso un incontro o uno scambio di corrispondenza con cui vengono decisi i comportamenti da adottare.

Il coordinamento richiede, però, l'esistenza di un rapporto di reciprocità, che risulta soddisfatto «*quando la divulgazione, effettuata da un concorrente a un altro, delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quanto meno, accettata dal secondo; lo stesso dicasi allorché il colloquio nel corso del quale una parte è stata informata dal suo concorrente delle sue intenzioni o del comportamento futuro di quest'ultimo sia stato richiesto da tale parte e risulti dal resoconto redatto da quest'ultima che essa non ha formulato alcuna riserva o obiezione*

---

[20] Corte giust. CE, Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, §§ 64-65; cfr. Similarmente Causa C-8/08, T-Mobile Netherlands BV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, § 26 e i casi lì citati.

[21] Corte giust. CE, Causa C-41/69, *ACF Chemiefarma NV contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 15 luglio 1970, in *Racc*. 661-706 (1970).

quando il suo concorrente gli ha comunicato le proprie intenzioni; il comportamento di tale parte, in occasione del colloquio, non può essere confinato ad un ruolo meramente passivo, di destinatario delle informazioni che il suo concorrente avrebbe deciso unilateralmente di comunicargli»[22].

Talvolta, inoltre, è possibile presumere il rapporto di reciprocità, poiché «*non è plausibile in un'ottica di razionalità economica, che un operatore, nel corso di un incontro casuale con un proprio concorrente, gli fornisca unilateralmente informazioni circa la propria condotta commerciale futura, poiché in tal modo gli conferirebbe un evidente vantaggio competitivo*»[23].

Nella causa *Suiker Unie contro Commissione delle Comunità europee*[24] *(*sentenza *Zucchero*) la Commissione aveva ritenuto[25] che vari produttori di zucchero avessero preso parte a pratiche concordate per proteggere la posizione di due produttori olandesi sul loro mercato interno; i produttori contestarono quanto asserito dalla Commissione, poiché non avevano elaborato un piano in tal senso. La Corte di giustizia ritenne che non fosse necessario provare l'esistenza di un piano effettivo, dal momento che le norme del trattato in materia di concorrenza richiedono che ogni operatore economico debba «*autonomamente determinare la condotta ch'egli intende seguire sul mercato comune, anche riguardo alla scelta de destinatari delle merci da lui offerte e vendute*»[26].

Continuò poi affermando che l'articolo 101 TFUE preclude rigorosamente che «*fra gli operatori stessi abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi lo scopo o l'effetto d'influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato*»[27].

---

[22] Trib. primo grado CE, sez. quarta ampliata, Cause riunite T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95, T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, *Cimenteries CBR e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 15 marzo 2000, in *Racc*. II-491-II 1682 (2000), § 18.

[23] AGCM, *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*, provvedimento n. 19462 del 29 gennaio 2009, in *Boll*. n. 4/2009.

[24] Corte giust. CE, Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 16 dicembre 1975, in *Racc*. 1663-2048 (1975).

[25] Decisione della Commissione del 2 gennaio 1973 relativa ad una procedura d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE, Caso IV/26.918 — *Industria europea dello zucchero*, in *G.U.C.E.* L 140/17 del 26 maggio 1973.

[26] Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, § 173.

[27] *Ibid*., § 174.

Il principio dell'autonomia tra le imprese ha carattere e portata generale, per cui anche le imprese che concludono un accordo restrittivo della concorrenza rinunciano ad agire autonomamente, perseguendo così il fine di porre fine all'incertezza, ovvero ai "rischi della concorrenza" evocati nella sentenza *ICI*.

La sentenza *Zucchero* ha avuto particolare rilevanza per la disciplina delle pratiche concordate, avendo sancito il divieto rigoroso di ogni contatto fra concorrenti, in quanto ritenuto suscettibile di influenzare il comportamento di ciascuno sul mercato.

I due casi esaminati (*ICI* e *Zucchero*) forniscono, quindi, il criterio giuridico per stabilire quali comportamenti diano luogo ad una pratica concordata ai sensi dell'articolo 101 TFUE: deve risultare sussistente un consenso volontario per cui la cooperazione pratica si sostituisce consapevolmente alla concorrenza; inoltre, tale consenso non deve necessariamente essere raggiunto verbalmente, potendo bensì risultare per contatto diretto o indiretto tra le parti.

Nella sentenza *Fresh Del Monte contro Commissione delle Comunità europee*[28], il Tribunale ha affermato che non è necessaria la dimostrazione di un «*concorso di volontà*» o dell'«*esistenza di una linea di condotta comune*» per aversi una pratica concordata[29].

Nella causa *Cimenteries CBR SA contro Commissione delle Comunità europee*[30], come detto, il Tribunale ha ritenuto che esista una pratica concordata «*quando la divulgazione, effettuata da un concorrente a un altro, delle intenzioni o della condotta futura del primo sul mercato sia stata richiesta o, quanto meno, accettata dal secondo*»[31]; non è quindi necessario provare che il concorrente si sia formalmente impegnato, nei confronti di uno o più terzi, ad adottare una qualsiasi condotta o che i concorrenti abbiano stabilito d'accordo il loro comportamento futuro sul mercato. È sufficiente che, attraverso la sua dichiarazione di intenti, il concorrente abbia eliminato o sostanzialmente ridotto l'incertezza relativa al comportamento che si può ipotizzare esso tenga sul mercato[32].

Pertanto, gli elementi di una pratica concordata non sono soltanto quelli che portano in maniera diretta al perseguimento del possibile obiettivo finale (quali, ad esempio, le quantità da produrre, i

---

[28] Trib. UE, sez. ottava, Causa T-587/08, *Fresh Del Monte Produce, Inc. contro Commissione europea*, sentenza del 14 marzo 2013 (caso *Banane*), disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX:62008TJ0587 (ultima consultazione 13 settembre 2022).

[29] Causa T-587/08, *Fresh Del Monte Produce, Inc. contro Commissione europea*, § 300, accolto in appello dalla Corte di Giustizia nelle cause C-293/13 P e C-294/13 P).

[30] Cause riunite T-25/95 ecc., *Cimenteries CBR e altri contro Commissione delle Comunità europee*.

[31] *Ibid*., § 1849.

[32] *Ibid*., § 1852.

clienti da servire, il prezzo da praticare sul mercato ecc.), ma anche quelli che, considerata la natura del mercato e della domanda, nonché la valutazione delle condotte passate e le previsioni su quelle future, permettono di arrivare più facilmente ad un equilibrio tra le imprese diverso da quello che si sarebbe determinato in assenza di concertazione.

La Commissione europea ha fornito indicazioni sul significato di pratica concordata nella sezione delle sue Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale[33]. Essa afferma che lo scambio delle informazioni tra concorrenti può costituire una pratica concordata, se riduce l'«*incertezza strategica*» nel mercato, facilitando quindi la collusione[34].

La Commissione cita la sentenza della Corte di giustizia nel caso *T-Mobile*[35] e afferma che la semplice partecipazione ad una riunione in cui un'impresa rivela ai suoi concorrenti i suoi piani tariffari riservati può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, anche in assenza di un esplicito accordo di fissazione dei prezzi, aggiungendo, a sostegno di tale affermazione, la presunzione che il contatto tra concorrenti determini un comportamento comune sul mercato[36].

5. La pratica concordata deve essersi effettivamente realizzata? La necessità di una "connessione causale"

La Corte di giustizia ha affermato nella sentenza *Hüls*[37] (una delle cause *Polipropilene*) che «*una pratica concordata (...) rientra nell'ambito dell'articolo* [101, paragrafo 1, TFUE]*, anche in assenza di effetti anticoncorrenziali sul mercato»*[38]; peraltro, nella sentenza *Cimenteries CBR SA contro Commissione delle Comunità europee*, il Tribunale ha affermato che non vi sarebbe violazione se le parti provassero il contrario[39].

---

[33] Commissione dell'Unione europea, Comunicazione n. 2011/C 11/01, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=it (ultima consultazione 13 settembre 2022), §§ 60-63.

[34] *Ibid*., § 61.

[35] Causa C-8/08*, T-Mobile Netherlands BV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.*

[36] Corte giust. CE, sez. sesta, Causa C-199/92 P, *Hüls AG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza dell'8 luglio 1999, in *Racc*. I- 4287- I-4397 (1999).

[37] *Ibid*.

[38] *Ibid*., § 163.

[39] Cause riunite T-25/95 ecc*., Cimenteries CBR SA contro Commissione delle Comunità europee*, § 1865.

Nel trarre la sua determinazione nella sentenza *Hüls*, la Corte di giustizia ha affermato che, come stabilito dalla propria giurisprudenza[40], l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE prevede che ciascuna impresa determini la propria politica di mercato in modo indipendente.

Al paragrafo 161 della sentenza, la Corte ha però precisato che la nozione di pratica concordata implica e richiede, oltre alla concertazione tra le imprese, un comportamento sul mercato che dia seguito a tale concertazione e un nesso causale tra questi due elementi. Si evince così un'importante differenza tra il concetto di accordo e quello di pratica concordata, proprio per il fatto che quest'ultima implica la necessità che la concertazione sia praticata o attuata sul mercato.

Tuttavia, la Corte ritiene che possa presumersi che le imprese che partecipano all'azione concertata e restano attive sul mercato, abbiano tenuto conto delle informazioni scambiate con i concorrenti nel determinare il loro comportamento sul mercato, e ciò è vero sia che le imprese si accordino regolarmente per un lungo periodo, sia che la pratica concordata derivi da un'unica riunione[41]. Spetta quindi all'impresa provare che alla concertazione non sono seguiti comportamenti sul mercato.

Nella sentenza *T-Mobile[42]*, la Corte di giustizia ha ritenuto che tale presunzione (di un "nesso causale" tra il contatto con i concorrenti e il comportamento sul mercato) costituisce parte integrante del diritto dell'Unione, per cui un giudice nazionale che applica l'articolo 101 è tenuto ad applicare la stessa presunzione[43]; pertanto, per dirla in altro modo, al giudice nazionale non è consentito applicare norme nazionali sulle prove più rigorose della presunzione dell'UE.

La Corte ha inoltre ritenuto che tale presunzione possa applicarsi anche in caso di una sola riunione tra concorrenti[44]; così, nella sentenza *Fresh Del Monte contro Commissione delle Comunità europee*[45], la Del Monte non è riuscita a confutare la presunzione dell'esistenza di "nesso

---

[40] Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" contro Commissione delle Comunità europee*, § 73; Causa 172/80, Gerhard Züchner contro Bayerische Vereinsbank AG, § 13; Corte giust. CE, sez. quinta, Cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee* (*Pasta per carta*), sentenza del 31 marzo 1993, in *Racc*. I-1307-I-1632 (1993), § 63; Corte giust. CE, sez. quinta, Causa C-7/95 P, *John Deere Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 28 maggio 1998, in *Racc*. I-3111-I-3174 (1998), § 86.

[41] Causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

[42] *Ibid*.

[43] *Ibid*., §§ 44–53.

[44] *Ibid*., §§ 54–62.

[45] Decisione della Commissione del 15 ottobre 2008 relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE, Caso COMP/39.188 - *Banane*, 5955 def., in *G.U.U.E*. C 189/12 del 12 agosto 2009, §§ 212–240, accolta in appello nella Causa T-587/08, *Fresh Del Monte contro Commissione delle Comunità europee*, §§ 563–583.

causale" tra i suoi contatti bilaterali intercorsi con due concorrenti per fissare i prezzi di riferimento delle banane e il suo effettivo comportamento sul mercato.

Si può, dunque, concludere che la pratica concordata si compone di tre elementi distinti: (*i*) una qualsivoglia forma di contatto tra imprese attraverso la quale sono rivelate/acquisite o scambiate informazioni significative riguardanti scelte imprenditoriali; (ii) l'effettivo utilizzo (che è presunto) delle informazioni al fine di modificare la propria condotta sul mercato; (iii) l'astratta possibilità che ciò abbia un effetto sul mercato. Mentre l'accordo è illecito per il solo fatto di essere stato concluso (a prescindere dalle conseguenze), per la pratica concordata non è dunque sufficiente il mero contatto, ma ad esso deve seguire una condotta parallela ed un rapporto di causalità che li leghi.

Relativamente, poi, al momento attuativo, è possibile ulteriormente distinguere due fasi, ovviamente strettamente connesse e sequenziali: la prima individuabile nel momento in cui, nell'elaborazione delle proprie strategie di mercato, viene tenuto conto del dato o dell'informazione ricevuti; la seconda, ed eventuale, consistente invece nell'effettiva utilizzazione dell'informazione all'atto della formazione dei prezzi che comporta un cambiamento delle condotte sul mercato. Per darsi luogo ad una pratica concordata vietata è sufficiente solo la prima delle due fasi sopra citate.

Così, non rileva se un'impresa abbia attuato la variazione dei prezzi a seguito dell'informazione ricevuta; potrebbe averlo fatto, o averlo fatto solo in parte, oppure potrebbe avere tenuto un comportamento diverso nonostante o proprio in ragione dell'informazione strategica. In tutte queste circostanze ha comunque agito tenendo conto di un dato di cui non avrebbe dovuto tener conto.

Dunque, se si dimostra il contatto e l'utilizzo "interno" dell'informazione, ciò è sufficiente a dar luogo a di una pratica concordata.

6. Regime probatorio della pratica concordata

L'onere giuridico di provare l'esistenza di una pratica concordata incombe sulla Commissione (o sulla persona che sostiene la violazione dell'articolo 101, paragrafo 1 TFUE).

Spetta, invece, alle imprese che rivendicano la sussistenza delle condizioni di inapplicabilità previste dell'articolo 101, paragrafo 3 TFUE, dimostrare che la pratica concordata soddisfa i principi ed i criteri da questo fissati[46].

---

[46] Cfr. reg. 1/2003, art. 2 e Corte giust. CE, sez. quinta, Cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C- 213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P., *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) e Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 7 gennaio 2004, in *Racc*. I-00123 - I-540 (2004), § 78.

Il livello di prova dipende dal foro del procedimento[47].

I procedimenti *antitrust* promossi dalla Commissione sono ordinariamente caratterizzati da natura amministrativa. Tuttavia, poiché possono comportare un pregiudizio non trascurabile per le persone fisiche o giuridiche coinvolte e nell'irrogazione di sanzioni penali (pecuniarie) da parte della Commissione stessa, sono trattati come accuse penali *de facto* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea sui diritti umani (CEDU). Ciò ha importanti conseguenze per le procedure svolte dalla Commissione e per il livello di revisione delle sue decisioni che devono essere condotte dai tribunali dell'UE.

In particolare, la Corte di giustizia ha confermato che «*il principio della presunzione di innocenza, quale risulta in particolare dall'art. 6, n. 2, della CEDU . . . si applica alle procedure relative a violazioni delle norme sulla concorrenza applicabili alle imprese che possono sfociare nella pronuncia di multe o ammende*»[48].

Di conseguenza, la Commissione, nel rispetto del principio di effettività, deve fornire «*elementi di prova sufficientemente precisi e concordanti*»[49] di un'infrazione (e la sua portata e durata) ovvero «*un complesso d'indizi seri, precisi e concordanti*»[50] per dimostrare la correttezza della sua tesi e la sussistenza di tutti i fatti che consentano di concludere che un'impresa ha partecipato a un'infrazione.

Inoltre, «*l'esistenza di un dubbio nella mente del giudice deve andare a vantaggio dell'impresa destinataria della decisione con cui viene accertata l'infrazione*»[51]. Benché *«il giudice non* [possa] *quindi concludere che la Commissione ha sufficientemente dimostrato l'esistenza dell'infrazione in questione qualora egli nutra ancora dubbi in merito a tale questione, in particolare nell'ambito di*

---

[47] Corte giust. UE, sez. quinta, Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, sentenza del 21 gennaio 2016, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0074 (ultima consultazione 14 settembre 2022).

[48] Causa C-199/92 P, *Hüls AG contro Commissione delle Comunità europee*, §§ 149–150.

[49] Corte giust. CE, sez. quarta, Cause 29 e 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 28 marzo 1984, in *Racc*. 1679- 1707 (1984), § 20.

[50] Cause riunite C-89/85 ecc*, A. Ahlström Osakeyhtiö ed altri contro Commissione delle Comunità europee* (*Pasta per carta*), § 127.

[51] Trib. UE, sez. sesta, Causa T-442/08 *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) contro Commissione europea*, sentenza del 12 aprile 2013, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136261&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=721489 (ultima consultazione 14 settembre 2022), § 92.

un ricorso diretto all'annullamento di una decisione che infligge un'ammenda»[52], sembra che non siano richieste prove oltre ogni ragionevole dubbio[53].

Inoltre, si vedrà che la Commissione può, in determinate circostanze definite e senza pregiudicare la presunzione di innocenza, fare affidamento su deduzioni tratte da prove, coincidenze, indizi e presunzioni ragionevoli per fornire prove di una violazione dell'articolo 101 TFUE, a condizione che siano confutabili dai convenuti (ad esempio, si presume che un'impresa che ha partecipato ad una riunione in cui è stato concluso un accordo anticoncorrenziale abbia aderito all'imitazione anticoncorrenziale a meno che non sia in grado di dimostrare di aver pubblicamente preso le distanze dallo schema illegale). Esiste quindi una differenza importante tra l'onere legale della prova e l'onere della prova: l'onere probatorio.

L'onere probatorio di dimostrare che il contatto con un concorrente non ha influito sul comportamento successivo di un'impresa ricade sull'impresa che fa tale affermazione. Infatti, in tale ipotesi, si applica la presunzione di cui al paragrafo precedente e spetta dunque all'impresa addurre elementi di prova per confutarla. Laddove l'impresa sia in grado di produrre prove sufficienti per mettere in dubbio il nesso di causalità tra il contatto e il comportamento del concorrente, l'onere giuridico generale per dimostrare la sussistenza di un illecito resta a carico della Commissione.

In tal senso, i tribunali dell'UE hanno annullato le decisioni relativamente alle quali non erano convinti degli elementi di prova su cui si basava la Commissione[54]. Ad esempio, nella sentenza *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (in prosieguo: CRAM) e Rheinzink GmbH contro Commissione delle Comunità europee*[55], la Commissione aveva concluso che la contemporanea

---

[52] Trib. UE, Causa T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía, SAU contro Commissione europea*, sentenza del 25 ottobre 2011, in *Racc*. II-7583 - II-7696 (2011), § 93.

[53] Trib. primo grado CE, sez. terza, Causa T-53/03 *BPB plc contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza dell'8 luglio 2008, in *Racc*. II-1333 - II -1500 (2008), §§ 61–64.

[54] Cfr., ad esempio, Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*; Cause 29 e 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA e Rheinzink GmbH contro Commissione delle Comunità europee*; Trib. primo grado CE, sez. prima, Cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 10 marzo 1992, in *Racc*. II-1403 - II-1554 (1992); Cause riunite C-89/85 ecc., *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee*; Causa T-442/08, *CISAC contro Commissione europea*; Corte giust. CE, Grande Sezione, Cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) e ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 28 giugno 2005, in *Racc*. I-5425 - I-5636 (2005), §§ 97–101; Trib. UE, sez. settima, Causa T-758/14 RENV, *Infineon Technologies AG contro Commissione europea*, sentenza dell'8 luglio 2020, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62014TJ0758(01) (ultima consultazione 14 settembre 2022), §§ 108–124: in ciascuno di questi casi i tribunali dell'UE hanno annullato alcune o tutte le risultanze di pratiche concordate.

[55] Cause 29 e 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH contro Commissione delle Comunità europee*.

cessazione delle consegne a un cliente belga, Schiltz, da parte della CRAM e della tedesca Rheinzink era imputabile ad una pratica concordata al fine di proteggere il mercato tedesco. La Corte di giustizia ha ritenuto che esistesse una possibile spiegazione alternativa al rifiuto di fornire le merci, ovvero che Schiltz non avesse saldato le proprie fatture alla scadenza; poiché la Commissione non si era occupata di questa possibile spiegazione del comportamento in questione, la sua decisione è stata annullata. Allo stesso modo, nella sentenza *CISAC contro Commissione europea*[56], il Tribunale ha annullato la constatazione della Commissione di una pratica concordata poiché la lotta contro la pirateria della musica, protetta dal diritto d'autore, costituiva una spiegazione plausibile alternativa al comportamento parallelo delle società di gestione collettiva.

6.1. Contatto diretto: scambio, frequente o isolato, o divulgazione di informazioni

La giurisprudenza della Corte di giustizia mostra che, anche laddove le imprese non si impegnano a fissare i prezzi o a condividere i mercati, lo scambio reciproco di informazioni strategiche può costituire un meccanismo di concertazione. Un semplice scambio di informazioni sui prezzi può, quindi, costituire una pratica concordata laddove il comportamento delle imprese elimini «*i rischi della concorrenza e l'alea delle reciproche reazioni spontanee delle imprese*»[57].

Così, ad esempio, nella causa *Interbrew e Alken-Maes contro Commissione delle Comunità europee*[58] la Commissione, in riferimento ad uno dei cartelli (quello delle birre a marchio privato) che ha ritenuto operanti sul mercato belga, non potendo dimostrare l'esistenza di un accordo sulla base delle prove disponibili, ha ritenuto sussistente una pratica concordata. Infatti, gli incontri tra i produttori di birra erano chiaramente serviti a influenzare il comportamento di mercato dei concorrenti e a riferire agli stessi sui comportamenti di mercato tenuti.

La Commissione ha spiegato che «*durante le riunioni non sono solo state scambiate informazioni, ma si è anche discusso sui prezzi e sui clienti. Dalle dichiarazioni… risulta che lo scopo delle riunioni era da un lato quello di evitare una guerra dei prezzi e di adottare una posizione a questo riguardo, e d'altro lato quello di ripartire la clientela evitando di presentare offerte (reali) ai clienti degli altri produttori*».[59]

---

[56] Causa T-442/08, *CISAC contro Commissione europea*, §§ 87 ss.

[57] Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, § 119.

[58] Decisione della Commissione del 5 dicembre 2001 relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 81 del trattato CE, Caso IV/37.614/F3 PO - *Interbrew e Alken-Maes*, 3915, in *G.U.U.E.* L 200/1 del 7 agosto 2003.

[59] *Ibid*., § 254.

Nella causa *Polipropilene*[60], sebbene la Commissione avesse concluso per l'esistenza di un vero e proprio un accordo tra le imprese, il Tribunale ha confermato che la Commissione aveva, in subordine, correttamente qualificato le riunioni avvenute come pratica concordata. Il chiaro scopo delle imprese concorrenti che partecipavano alle riunioni, durante le quali venivano scambiate informazioni su, ad esempio, prezzi e volumi di vendita, era quello di comunicarsi reciprocamente i comportamenti che ciascuno dei produttori stessi intendeva adottare sul mercato[61].

I partecipanti avevano chiaramente l'obiettivo di eliminare ogni incertezza sul comportamento futuro dei loro concorrenti ed erano tenuti a considerare la linea di condotta adottata con gli altri partecipanti.

Ancora nel caso *Banane*[62], la Commissione ha sostenuto che tre importatori di banane, *Chiquita*, *Dole* e *Weichert*, i quali avevano avuto ripetute comunicazioni bilaterali dirette prima di fissare i loro prezzi di riferimento settimanali, avevano dato così luogo ad una pratica concertata per coordinare i prezzi. Poiché le comunicazioni riguardavano le future politiche di prezzo, i partecipanti non potevano non tenere conto delle informazioni nel determinare la politica che intendevano perseguire sul mercato. Inoltre, la Commissione ha ritenuto che lo scambio bilaterale di informazioni sui prezzi dopo che essi erano stati fissati, fornisse un meccanismo di monitoraggio per le comunicazioni di *pre-pricing*, sostenendo quindi di aver dimostrato la collaborazione (ossia, che le parti avevano consapevolmente adottato o aderito ad espedienti collusivi che facilitavano il coordinamento dei loro comportamenti commerciali) e l'adozione di successivi comportamenti sul mercato sufficienti a dimostrare l'esistenza di una pratica concordata, così da affermare che «*lo scambio di informazioni tra concorrenti può risultare contrario alle regole della concorrenza qualora riduca o annulli il grado di incertezza in ordine al funzionamento del mercato di cui trattasi, con conseguente restrizione della concorrenza tra le imprese*»[63].

---

[60] Decisione della Commissione del 23 aprile 1986 relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE, Caso IV/31.149 — *Polipropilene*, in *G.U.C.E.* L 230 /1 del 18 agosto 1986.

[61] Cfr., ad esempio, Trib. primo grado CE, sez. prima, Causa T-7/89*, Hercules Chemicals NV-SA contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 17 dicembre 1991, in *Racc*. II-1711 - II-1832 (1991), §§ 259; Causa C-199/92 P, *Hüls AG contro Commissione delle Comunità europee*, § 155; Corte giust. CE, sez. sesta, Causa C-49/92 P, *Commissione delle Comunità europee contro Anic Partecipazioni SpA*, sentenza dell'8 luglio 1999, in *Racc*. I-4125 - I-4233 (1999), § 96; Corte giust. CE, sez. quinta, Causa C-291/98 P*, Sarrió SA contro Commissione delle Comunità europee*, ordinanza del 9 marzo 2000, in *Racc*. I-1213 - I-1220 (2000), § 50.

[62] Decisione della Commissione *Banane*, 5955 def.

[63] Corte giust. UE, sez. seconda, Causa C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe, anciennement Dole Germany OHG contro Commissione europea*, sentenza del 19 marzo 2015, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163028&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=739700 (ultima consultazione 14 settembre 2022), § 121.

Per altro verso, nella causa *T-Mobile Netherlands BV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*[64], la Corte di Giustizia ha affermato che può configurarsi l'esistenza di una pratica concordata non solo in seguito al regolare e prolungato svolgimento di riunioni, ma anche in seguito ad un solo scambio isolato di informazioni tra imprese. In questa circostanza, infatti, gli operatori di telefonia mobile concorrenti si erano incontrati una sola volta e avevano discusso la riduzione di alcuni compensi standard dei concessionari per gli abbonamenti postpagati (pacchetti in cui i clienti pagano un canone fisso e vengono fatturati successivamente il numero di minuti chiamati). Si è argomentato al riguardo che l'articolo 101 TFUE preclude contatti tra imprese che, per quanto frequenti e sotto qualsiasi forma, possano influenzare i comportamenti sul mercato dei concorrenti o rivelare loro le proprie decisioni o intenzioni relativamente al proprio comportamento sul mercato[65].

Questi contatti, diretti o indiretti, fra imprese, vengono anche classificati come elementi indiziari "esogeni" e si differenziano da quelli "endogeni", che permettono, invece, di dedurre l'esistenza di una volontà comune per il fatto che non sarebbero altrimenti spiegabili in maniera ragionevole i comportamenti tenuti dalle imprese sul mercato, ovverosia dalla considerazione che, in una logica di sano confronto concorrenziale, il comportamento adottato dalle imprese sarebbe stato sicuramente o almeno assai plausibilmente diverso da quello in effetti riscontrato.

Il concetto di pratica concordata può, inoltre, comprendere anche la semplice divulgazione di informazioni strategiche da parte di un'impresa a un concorrente (tramite, ad esempio, posta, e-mail, telefonata o oralmente a una riunione), qualora il destinatario richieda le informazioni o le accetti[66].

Come avviene, quindi, per coloro che partecipano alle riunioni in cui si concludono accordi, si presume che un destinatario di informazioni strategiche abbia accettato le informazioni che gli sono state offerte, e abbia modificato di conseguenza i propri comportamenti, a meno che non si distanzi pubblicamente, e in modo evidente dichiara di non volerle ricevere.

Così afferma la stessa Commissione nelle "Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale", laddove al paragrafo 62 precisa che «*è possibile parlare di pratica concordata anche qualora una sola*

---

[64] Causa C-8/08, T-*Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

[65] *Ibid*., §§ 32–35.

[66] Cfr., ad esempio, Cause riunite T-25/95 ecc.,*Cimenteries CBR*, *e altri contro Commissione delle Comunità europee*; Trib. primo grado CE, sez. quarta, Cause riunite T-202/98, T-204/98 e T-207/98, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc e Napier Brown & Co. Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 12 luglio 2001, in *Racc*. II-2035 - II-2091 (2001).

impresa divulghi informazioni strategiche al proprio o ai propri concorrenti (che le accettano). Tali divulgazioni potrebbero avvenire, ad esempio, mediante contatti via posta, e-mail, telefono, riunioni, ecc. È poi irrilevante se solo un'impresa informi unilateralmente i propri concorrenti in merito al comportamento che intende adottare sul mercato oppure se tutte le imprese coinvolte si scambino informazioni in ordine alle rispettive considerazioni e intenzioni. Quando una sola impresa rivela ai suoi concorrenti informazioni strategiche concernenti la propria politica commerciale futura ciò riduce l'incertezza strategica sul futuro funzionamento del mercato per tutti i soggetti coinvolti e aumenta il pericolo di una limitazione della concorrenza e di un comportamento collusivo. Ad esempio, è probabile che la semplice presenza ad una riunione in cui un'impresa rivela le sue intenzioni in merito ai prezzi ai propri concorrenti rientri nel campo di applicazione dell'articolo 101, anche in mancanza di un accordo esplicito per aumentare i prezzi. Quando un'impresa riceve dati strategici da un concorrente (nel contesto di una riunione o mediante posta o per via elettronica), si presupporrà che abbia accettato le informazioni ed abbia adattato il proprio comportamento sul mercato di conseguenza, a meno che non reagisca con una dichiarazione chiara del fatto che non desidera ricevere tali dati».

Sotto questo profilo, un problema che sta sempre più emergendo è quello relativo alla possibilità di dar luogo a pratiche concordate attraverso la ricezione di comunicazioni online e, dall'altra faccia della medaglia, cosa devono fare le aziende per prendere le distanze pubblicamente da tali comunicazioni.

Nel caso '*Eturas' UAB v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*[67], la Corte di Giustizia ha fornito indicazioni dettagliate su come l'esistenza di una pratica concordata possa essere dimostrata nel contesto di una piattaforma online di offerte di viaggi e su come un presunto partecipante possa prendere pubblicamente le distanze dalla concertazione istigata attraverso una comunicazione elettronica.

In quel caso è sorta la questione se le agenzie di viaggio che partecipavano al sistema online, abbiano intrapreso una pratica concordata quando l'amministratore della piattaforma ha inviato ai membri, tramite una casella di posta elettronica personale, messaggi relativi al limite del livello degli sconti online che gli agenti di viaggio avrebbero dovuto concedere ai clienti. Alcuni agenti di viaggio coinvolti si sono difesi affermando che, poiché non avevano aperto e letto il messaggio, non si poteva presumere che fossero a conoscenza del suo contenuto e che, quindi, non avrebbero potuto impegnarsi in una pratica concordata. L'Autorità garante della concorrenza ha invece sostenuto che,

[67] Causa C-74/14, *UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba "Eturas"*.

in assenza di opposizione da parte degli agenti, si poteva presumere che questi avessero partecipato alla pratica concordata.

Su rinvio ad essa da parte della Corte amministrativa suprema lituana, la Corte di giustizia europea, sottolineando l'obbligo degli operatori economici di determinare la propria politica sul mercato in modo autonomo, ha ritenuto che, sebbene anche le modalità passive di partecipazione a un'infrazione (come nel caso di presenza a riunioni in cui sono stati conclusi accordi anticoncorrenziali senza che l'impresa vi si sia opposta) siano indicative di collusione, la questione se l'invio di un messaggio costituisse una prova sufficiente per dimostrare che i suoi destinatari ne erano a conoscenza, o avrebbero dovuto esserlo, era una questione che doveva essere determinata nel procedimento nazionale a seguito di una rigorosa valutazione delle prove. Ancora ha argomentato che, seppure la pratica concordata possa essere accertata non solo da prove dirette, ma anche attraverso *indicia* (purché oggettivi e coerenti), la presunzione di innocenza impedisce al giudice del rinvio di dedurre che le agenzie di viaggio interessate avrebbero dovuto essere a conoscenza del contenuto di tale messaggio dal fatto del suo mero e semplice invio; per cui il fatto violatorio può dedursi dall'invio del messaggio, unitamente alla sussistenza di altri indizi oggettivi e coerenti, ma purché le agenzie di viaggio abbiano avuto la possibilità di confutare la circostanza (ad esempio, dimostrando di non aver ricevuto quel messaggio, o di non aver visionato la sezione in questione). Un'agenzia avrebbe anche potuto confutare la presunzione di concertazione dimostrando di averne preso pubblicamente le distanze, segnalandola alle Autorità o accertando di non aver sistematicamente aderito al limite di sconto fissato.

Rimane, infine, da segnalare come si ritenga non rilevante che il contatto o lo scambio informativo abbia un nesso diretto con le quantità, i prezzi o il mercato. Al riguardo si è espressa la Corte: «*Invero, per quanto riguarda la possibilità di considerare che una pratica concordata abbia uno scopo anticoncorrenziale nonostante essa sia priva di collegamenti diretti con i prezzi al dettaglio, occorre rilevare che la formulazione dell'art [101, paragrafo 1, TFUE] non è tale da indurre a ritenere che siano vietate unicamente quelle pratiche concordate che abbiano effetti diretti sul prezzo pagato dai consumatori finali. Per contro, dall'articolo [101, paragrafo 1, lettera a), TFUE] si evince che una pratica concordata può avere uno scopo anticoncorrenziale qualora consista nel "fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione". In ogni caso l'articolo [101 TFUE], come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in*

quanto tale. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinata all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio»[68].

6.2. Contatto indiretto/condivisione di informazioni e accordi "*hub and spoke*"

Più difficili da classificare sono le situazioni in cui le imprese non si scambiano informazioni direttamente, ma le divulgano altrimenti e queste vengono comunque ricevute dai concorrenti; ad esempio perché le informazioni sono state rilasciate pubblicamente da un'impresa (magari su un sito web o agli investitori[69]) o perché le informazioni sono stato ottenute e pubblicate o passate da un intermediario (come un giornale o una rivista di settore, un consulente indipendente, un'associazione di categoria o un comune cliente o fornitore).

In tali situazioni è necessario valutare attentamente se le imprese abbiano agito o meno in modo autonomo, adeguando i propri comportamenti a quelli dei concorrenti, oppure se abbiano intrapreso contatti indiretti volti ad influenzare i comportamenti dei concorrenti.

Nella sentenza *Pasta per carta*[70], ad esempio, e come si vedrà meglio in seguito, la Corte di giustizia ha stabilito che non è riscontrabile alcuna collusione laddove le imprese abbiano annunciato in anticipo i loro aumenti di prezzo e le informazioni siano state trasferite rapidamente tra acquirenti e venditori mediante pubblicazione sulla stampa specializzata.

Gli scambi di informazioni tra concorrenti (A e C) possono avvenire anche attraverso l'intermediazione di un cliente o fornitore comune (B). Ad esempio, B potrebbe fungere da "*snodo*" (*hub*) per raccogliere e distribuire informazioni sensibili sotto il profilo della concorrenza relative ai suoi rivenditori (A e C, "*spokes*", i "raggi"). Le informazioni scambiate in questo modo possono essere così tali da ridurre l'incertezza sulle intenzioni di prezzo o sulla produzione dei rivenditori concorrenti; ad esempio, potrebbero rivelare future intenzioni sui prezzi.

La questione di quando esattamente uno scambio verticale di informazioni (una pratica frequente e spesso necessaria in molti rapporti fornitore/cliente) possa anche supportare l'esistenza di una

---

[68] Causa T-588/08, *Dole Food Company, Inc. e Dole Germany OHG contro Commissione europea*, §§ 64-65.

[69] Ad esempio, succede spesso che le *conference call* per la comunicazione dei dati agli analisti del settore siano monitorate dai concorrenti.

[70] Cause riunite C-89/85 ecc., *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee (Pasta per carta)*.

pratica concordata che coinvolga concorrenti a livello a monte o a valle, è controversa[71]. Sebbene si possa presumere un accordo o una pratica concordata nel caso in cui un concorrente riveli informazioni strategiche direttamente a un altro concorrente e quest'ultimo le accetti (e non ne prenda pubblicamente le distanze), tale presunzione non dovrebbe, presumibilmente, essere supposta semplicemente perché A ha passato informazioni (ad esempio sul prezzo al dettaglio previsto) a B, che ha poi a sua volta passato le informazioni a C, dal momento che potrebbe esserci stata una giustificazione commerciale valida per A nel voler condividere queste informazioni con B.

Gli accordi "*hub and spoke*" sono stati esaminati e condannati in alcuni Stati membri[72]. Qualora si riscontri un complotto orizzontale, l'intermediario può anche essere ritenuto parte del cartello, avendolo facilitato.

Benché non vi sia alcun caso in cui la Commissione abbia espressamente dovuto stabilire se il trasferimento di informazioni tra concorrenti attraverso l'intermediazione di un fornitore o distributore costituisca una pratica concordata e/o quando l'intermediario possa essere trovato parte di un siffatto accordo orizzontale, nella sentenza *e-books*[73] la Commissione ha accettato impegni da parte delle imprese indagate prima di chiudere il procedimento volto ad accertare se cinque principali editori si fossero impegnati, con *Apple*, in una pratica concordata per aumentare i prezzi al dettaglio dei libri elettronici.

Inoltre, in *VM Remonts contro Konkurences padome; Konkurences padome v Pārtikas*[74], la Corte di giustizia, nell'ambito di una pronuncia pregiudiziale, ha fornito indicazioni relativamente alla questione se una società, la *Pārtikas*, potesse essere ritenuta responsabile di collusione nella circostanza in cui un subappaltatore (un fornitore di servizi indipendente), che essa aveva incaricato di preparare un'offerta per una gara pubblico, aveva, a sua insaputa, utilizzato le proprie

---

[71] Cfr., ad esempio, VAN CAYSEELE, *Hub-and-spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists*, in 5 *JECLAP* 164-168 (2014); Commissione europea, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in *G.U.U.E.* C130/01 del 19 maggio 2010, § 211; Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101*, § 55.

[72] Cfr., ad esempio, le sanzioni inflitte a 18 società (distributori e produttori) dall'Autorità belga della concorrenza per accordi "*hub e spoke*" nei prodotti per la cura e l'igiene personale del 22 giugno 2015. Per l'argomentazione secondo cui la collusione "*hub e spoke*" a volte può migliorare il benessere dei consumatori, cfr. SAHUGUET e WALCKIERS, *A Theory of Hub-and-spoke Collusion*, in *IJIO* 353-370 (2017).

[73] Cfr. Decisione della Commissione del 25 luglio 2013 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso COMP/39.847 — *E-BOOKS*), in *G.U.U.E.* C 378/25 del 24 dicembre 2013 (il procedimento si è concluso quando, nel dicembre 2012 e nel luglio 2013, le società hanno offerto una serie di impegni che hanno risposto alle preoccupazioni della Commissione).

[74] Corte giust. UE, sez. quarta, Causa C-542/14 *SIA «VM Remonts» e SIA «Ausma grupa» contro Konkurences padome e Konkurences padome contro SIA «Pārtikas kompānija»,* sentenza del 21 luglio 2016, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181950&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=848836 (ultima consultazione 15 settembre 2022).

informazioni sui prezzi per fissare il prezzo per le offerte presentate da due dei suoi concorrenti. La Corte di giustizia ha ritenuto che, sebbene le azioni dei dipendenti siano automaticamente attribuibili ai loro datori di lavoro, un'impresa che ha assunto un fornitore di servizi indipendente è anch'essa responsabile solo se:

(i) il fornitore di servizi non è realmente indipendente, ma agisce sotto il controllo dell'impresa, laddove la sua indipendenza fittizia nasconda un rapporto di lavoro o laddove il controllo possa essere desunto da legami organizzativi, economici e giuridici tra l'impresa e il formitore di servizi[75];

(ii) l'impresa che ha incaricato il fornitore di servizi sia consapevole degli obiettivi anticoncorrenziali perseguiti dai suoi concorrenti e il fornitore intenda contribuirvi con la propria condotta; o qualora abbia potuto ragionevolmente prevedere gli atti anticoncorrenziali e sia stata disposta ad assumersi tale rischio.

Conseguentemente, il perseguimento di una pratica concordata potrebbe essere attribuito ad un'impresa qualora, ad esempio, essa avesse inteso, tramite il suo fornitore di servizi, divulgare informazioni commercialmente sensibili ai suoi concorrenti, o quando avesse acconsentito espressamente o tacitamente al fornitore di condividere tali informazioni commercialmente sensibili con i concorrenti[76], ma non quando il fornitore di servizi, senza informare l'impresa sua cliente, abbia utilizzato le informazioni sensibili dell'impresa per completare le offerte dei concorrenti[77].

6.3. Comportamento parallelo, parallelismo cosciente e collusione

I dati di mercato possono mostrare che le imprese hanno agito in parallelo tra loro (ad esempio, aumentando i prezzi nello stesso momento, offrendo gli stessi sconti e/o termini e condizioni ai clienti, ecc.). Nel contesto dell'articolo 101 TFUE, una questione cruciale è se tale comportamento parallelo derivi da un'azione indipendente o concertata, in quanto l'articolo 101 non vieta il «*semplice comportamento parallelo senza elementi di concertazione*»[78].

Una questione importante che si è posta è se i concetti di accordo, decisione o pratica concordata siano sufficientemente ampi da cogliere comportamenti paralleli derivanti da tacita collusione in un

---

[75] *Ibid*., § 27.

[76] *Ibid*, § 31: «*La pratica concordata controversa può parimenti essere imputata all'impresa utilizzatrice stessa se essa poteva ragionevolmente prevedere che il prestatore al quale si è rivolta avrebbe condiviso le sue informazioni commerciali con i suoi concorrenti e era disposta ad accettarne il rischio*».

[77] *Ibid*., § 30.

[78] Decisione della Commissione *Polipropilene*, § 87.

mercato in cui le imprese determinano la loro strategia tenendo conto della probabile risposta dei loro concorrenti; in particolare, se la tacita collusione costituisca un meccanismo per sostituire la cooperazione pratica tra imprese (prevista dall'articolo 101, paragrafo 1) o un comportamento autonomo (fuori dal suo ambito di applicazione)[79].

Il giudizio della Corte di giustizia nella sentenza *Materie coloranti*[80] ha probabilmente lasciato questi interrogativi irrisolti. Tale decisione scaturiva dal fatto che, all'interno dell'UE, si erano verificati tre aumenti generalizzati ed uniformi dei prezzi dei coloranti per un certo periodo di tempo. La Commissione aveva concluso che gli aumenti si erano verificati a seguito di una pratica concordata operante tra dieci produttori (infatti, aveva scoperto prove di effettivi contatti diretti/ indiretti tra le parti)[81]; la Corte di giustizia ha confermato la decisione basandosi sul fatto che: (*i*) gli aumenti di prezzo erano stati annunciati in anticipo (gli annunci eliminavano ogni incertezza tra le imprese circa il loro comportamento futuro ed il rischio insito in qualsiasi cambiamento indipendente di comportamento); (*ii*) gli annunci hanno reso il mercato trasparente per quanto riguarda i tassi di incremento; (*iii*) dato il numero di produttori presenti sul mercato, la Corte non ha ritenuto che si potesse dire che il mercato fosse oligopolistico. Non era quindi plausibile che il comportamento parallelo potesse esser stato tenuto da tutti entro un termine di due o tre giorni senza previa concertazione. La Corte ha concluso che, tenuto conto della natura del mercato dei prodotti in questione, il comportamento delle imprese era volto a sostituire sia i rischi della concorrenza, sia i rischi di reazioni spontanee dei concorrenti, attraverso la cooperazione tra di esse.

Sebbene vi fosse una certa preoccupazione che l'interpretazione del termine "pratica concordata" in questo caso potesse essere troppo ampia da comprendere un comportamento di mercato razionale e puramente parallelo[82], la Corte di giustizia ha affermato che, sebbene un comportamento parallelo possa fornire "prova evidente" di un pratica «*qualora porti a condizioni di concorrenza che non corrispondono a quelle normali del mercato, tenuto conto della natura dei prodotti, dell'entità e del numero delle imprese e del volume del mercato stesso»*, non potrebbe *«da solo identificarsi con la*

---

[79] Inoltre, se la collusione tacita non può essere equiparata a una pratica concordata, un'altra questione importante è se il comportamento parallelo di imprese che operano su un mercato oligopolistico possa mai essere utilizzato come prova circostanziale per giustificare la constatazione dell'esistenza di un accordo o di una pratica concordata tra le imprese.

[80] Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd contro Commissione delle Comunità europee.*

[81] Decisione della Commissione del 24 luglio 1969 relativa ad una procedura a norma dell'articolo 85 del trattato CEE, Caso IV/26.267 — *Materie coloranti*, in *G.U.C.E.* L 195/11 del 7 agosto 1969.

[82] Cfr., ad esempio, KORAH, *Concerted Practices*, in 36 *MLR* 220, *ivi* 224 (1973).

pratica concordata»[83]. Infatti, un produttore è «*libero di modificare come vuole i prezzi e può tener conto, a tal fine, del comportamento attuale o prevedibile dei suoi concorrenti*»[84].

Inoltre, casi successivi hanno ora chiarito in maniera inequivocabile che la condotta parallela o la tacita collusione non è di per sé vietata dall'articolo 101, paragrafo 1 TFUE. Nella sentenza *Zucchero*[85] e *Züchner*[86], la Corte di giustizia ha sottolineato che l'articolo 101, paragrafo 1 TFUE non impedisce a un'impresa di adattare il proprio comportamento in modo intelligente al comportamento esistente o previsto dei concorrenti[87] e nella sentenza *Pasta per carta*[88] la Corte di giustizia ha espresso il suo più chiaro giudizio sul rapporto tra parallelismo consapevole (o tacita collusione) e pratiche concertate. In questo caso la Commissione ha sostenuto che 43 produttori operanti sul mercato della pasta di legno sbiancata al solfato avevano violato l'articolo 101, paragrafo 1 TFUE[89], in quanto la concertazione tra molte delle imprese finlandesi, statunitensi e canadesi riguardo ai prezzi annunciati e di transazione nel mercato della pasta di legno aveva portato a prezzi artificialmente alti e rigidi. Ha ritenuto, pertanto, che il comportamento parallelo non fosse spiegabile come comportamento razionale[90] e non poteva essere spiegato come una condotta parallela scelta in modo indipendente in un mercato oligopolistico ristretto (il mercato era caratterizzato da un gran numero di produttori, clienti e prodotti; il mercato non era intrinsecamente trasparente, ma lo era solo a causa della strategia deliberatamente scelta dai produttori di fare annunci di prezzo in anticipo e non c'era un chiaro leader dei prezzi, ecc.).

La Corte ha annullato gran parte della decisione della Commissione e molte delle sanzioni irrogate per motivi sostanziali. Ha, infatti, chiarito, coerentemente con la teoria economica, che, sebbene un comportamento parallelo possa fornire una prova circostanziale di una collusione

---

[83] Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, § 66.

[84] *Ibid*., § 118.

[85] Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*.

[86] Causa 172/80, *Gerhard Züchner contro Bayerische Vereinsbank AG*.

[87] Cfr. Decisione della Commissione del 6 agosto 1984 relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE, Caso IV/30.350 — *Zinc Producer Group*, in *G.U.C.E.* L 220/27 del 17 agosto 1984, §§ 75–76 (il comportamento parallelo dei prezzi in un oligopolio che produce beni omogenei non è di per sé una prova sufficiente di una pratica concordata).

[88] Cause riunite 89/85 ecc., A. *Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee (Pasta per carta)*.

[89] Decisione della Commissione del 19 dicembre 1984 relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE, Caso IV/29.725 — *Pasta per carta*, in *G.U.C.E.* L 85 / 1 del 26 marzo 1985.

[90] Sebbene la Commissione si sia basata su alcune prove documentali per integrare la sua conclusione, la Corte ha escluso quanto affermato dalla Commissione.

esplicita, non lo farà nel caso in cui il comportamento può essere spiegato dalle condizioni di concorrenza sul mercato, come nel caso in cui le condizioni di mercato abbiano naturalmente portato a una tacita collusione del comportamento dell'impresa (c'è una spiegazione plausibile per la condotta tenuta diversa dalla collusione).

La Corte ha, dunque, ribadito le sue precedenti affermazioni, secondo le quali un comportamento parallelo può fornire prova di concertazione solo laddove costituisca l'unica spiegazione plausibile di tale comportamento. Inoltre, non ha ritenuto di respingere, come aveva fatto invece la Commissione, le difese delle imprese secondo cui il loro comportamento era una conseguenza non già di una pratica concordata, ma di un'interdipendenza non collusiva o di un consapevole parallelismo. Ha commissionato, pertanto, due rapporti indipendenti a esperti economici per analizzare il mercato della pasta di legno e le prove coinvolte e le conclusioni di tali relazioni sono state estremamente dannose per la causa della Commissione. Sulla base dei fatti e delle perizie, la Corte ha ritenuto, infatti, che il sistema di annunci trimestrali dei prezzi non costituisse, di per sé, una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1 TFUE, e che tale sistema e il parallelismo dei prezzi annunciati non costituissero elementi di prova di concertazione. Inoltre, non si può dire che il sistema degli annunci anticipati sui prezzi e del comportamento parallelo non fosse spiegabile se non con la concertazione. La Commissione non aveva sufficientemente compreso che il mercato della pasta di legno aveva tendenze oligopolistiche, essendo caratterizzato da pochi consumatori e poche imprese in particolari tipi di pasta per legno. Anche il mercato era intrinsecamente trasparente: i produttori di carta erano in costante contatto con un certo numero di fornitori di cellulosa e si scambiavano informazioni sui prezzi e la trasparenza è stata rafforzata sia da una serie di agenti comuni che operavano in tutto il mercato sia da una attiva stampa specializzata.

Il sistema dei prezzi annunciati anticipati era, quindi, spiegabile come una risposta razionale al fatto che il mercato della pasta di cellulosa era a lungo termine e rispondeva ad un legittimo interesse commerciale dei clienti.

La sentenza indica, pertanto, che la nozione di pratica concordata esige una reciproca collaborazione, attraverso contatti diretti o indiretti, volta ad influenzare i comportamenti di un concorrente, effettivo o potenziale, ovvero a rivelare l'andamento dei comportamenti che saranno o potranno essere adottati sul mercato[91]. Laddove non siano disponibili prove dirette di una cooperazione reciproca, un comportamento parallelo può fornire prove indiziarie di un accordo o di

---

[91] Cfr., a riguardo, ALBORS-LLORENS, *Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts between Competitors*, in 51 *Antitrust Bull.* 837-876 (2006) e A. JONES, *Woodpulp*: *Concerted Practice and/or Conscious Parallelism*, in 6 *ECLR* 273, *ivi* 275–276 (1993).

una pratica concordata solo se non risulta essere il comportamento prevedibile sul mercato interessato e se non vi sono altre spiegazioni plausibili per il comportamento.

Il numero di imprese sul mercato, la trasparenza di esso e l'omogeneità del prodotto saranno, quindi, elementi rilevanti per l'analisi e la struttura del mercato può fornire una spiegazione plausibile del comportamento. Nella sentenza *Pasta per legno* il giudizio della Corte di giustizia descrive meticolosamente le caratteristiche del mercato e chiarisce che le spiegazioni potrebbero essere disponibili anche al di fuori di una stretta situazione di oligopolio.

Non è chiaro tuttavia se, relativamente alla prova del comportamento parallelo, spetti all'imputato l'onere di provare che vi sia una spiegazione plausibile per tale comportamento. Nella sentenza *Pasta per legno*, l'avvocato generale ha ritenuto che «*l'onere della prova non può essere invertito in ragione della semplice constatazione di un parallelismo di comportamenti. Qualora non si pervenga ad un convincimento che può formarsi in base a un complesso di solide presunzioni, la concertazione non è provata. Né lo è, in ogni caso, qualora del comportamento constatato venga fornita una plausibile spiegazione, compatibile con una scelta autonoma delle imprese*»[92].

Quindi, laddove l'imputato fornisca spiegazioni plausibili, ciascuna di esse dovrà essere concretamente confutata dalla Commissione; nella sentenza *CISAC*[93], ad esempio, il Tribunale ha annullato una decisione della Commissione in quanto non aveva dimostrato l'esistenza della pratica concordata assunta con fattori diversi dal comportamento parallelo, né aveva fornito elementi di prova sufficienti per confutare le giustificazioni addotte per il loro comportamento parallelo.

6.4. Annunci unilaterali di prezzo al pubblico in anticipo e segnalazione del prezzo

Come gli scambi reciproci di informazioni sui prezzi, anche gli annunci pubblici sui prezzi in anticipo su un mercato possono segnalare ad altri attori quale sarà la futura politica dei prezzi di un'impresa e facilitare l'allineamento del loro comportamento e la tacita collusione su un mercato oligopolistico.

Una questione importante, quindi, è stabilire se, ed in caso affermativo, quando, annunci pubblici di prezzi anticipati possano costituire un contatto indiretto con un concorrente, sufficiente ad integrare una pratica concordata per fissare i prezzi.

---

[92] Conclusioni dell'avvocato generale Marco Darmon per le Cause riunite C-89/85 ecc., A. *Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee*, § 195.

[93] Causa T-442/08, *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) contro Commissione europea*.

Nella causa *Materie coloranti*[94], la Corte di giustizia ha ritenuto che le comunicazioni anticipate sui prezzi fornissero, nelle circostanze date, la prova di una pratica concordata. Ha infatti opinato che gli annunci rendessero il mercato artificiosamente trasparente ed eliminassero ogni incertezza tra gli operatori in merito ai tassi di crescita, ai comportamenti futuri ed ai rischi inerenti a un cambio di comportamento autonomo. La Corte si è così espressa: «*annunciando con un certo anticipo la loro intenzione di aumentare i prezzi, le imprese che prendevano l'iniziativa permettevano alle altre imprese di osservare le reciproche relazioni sui vari mercati, e di adattarvisi. Con questi annunci anticipati, era eliminata per le varie imprese la reciproca incertezza circa il loro comportamento futuro, e quindi gran parte del rischio normalmente inerente a qualsiasi modifica unilaterale del comportamento delle imprese su uno o più mercati. Ciò è tanto più vero in quanto detti annunci, con i quali si giungeva alla decisione di aumenti globali ed uniformi per i mercati dei coloranti, rendevano trasparenti questi ultimi per quanto riguarda le percentuali di aumento*»[95].

Questo caso, tuttavia, deve essere valutato alla luce dei suoi fatti peculiari e, oggi, anche alla luce della successiva sentenza resa nel caso *Pasta per legno.*. In quest'ultimo caso, sebbene la Commissione abbia riscontrato la presenza di una concertazione in merito sia ai prezzi di transazione annunciati, sia a quelli effettivi, la Corte di giustizia ha contrariamente ritenuto che gli annunci di prezzo anticipati non costituissero, di per sé, una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1 TFUE. Inoltre, la Corte ha ritenuto che non fosse stato stabilito che il sistema costituisse un mezzo di comunicazione indiretta tra i concorrenti, essendo gli annunci diretti a soddisfare le esigenze dei clienti i quali desideravano le informazioni per pianificare il costo dei loro prodotti di carta; e ciò forniva una spiegazione plausibile e/o alternativa per il comportamento parallelo.

La Commissione è, quindi, inevitabilmente sensibile ai tentativi delle imprese, in particolare nei mercati oligopolistici, di rendere il mercato artificialmente più trasparente di quanto non sarebbe altrimenti necessario e preoccupata che gli annunci pubblici possano costituire vie strategiche di comunicazione reciproca tesi a limitare la concorrenza. Nelle sue Linee guida per la cooperazione orizzontale afferma, al paragrafo 63: «*Quando l'impresa fa un annuncio unilaterale effettivamente pubblico, ad esempio attraverso un giornale, ciò non costituisce generalmente una pratica concordata ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1 TFUE. Tuttavia, a seconda dei fatti che sono alla base del caso di specie, la possibilità dell'esistenza di una pratica concordata non può essere*

---

[94] Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle comunità europee*.

[95] *Ibid*., §§ 100–103.

esclusa, ad esempio in una situazione in cui un annuncio di questo tipo è stato seguito da annunci pubblici di altri concorrenti, non da ultimo perché le risposte strategiche dei concorrenti agli annunci pubblici degli altri (col risultato, ad esempio, di rettifiche di propri annunci precedenti in risposta ad annunci fatti da concorrenti) potrebbero risultare una strategia volta a raggiungere un'intesa sulle condizioni di coordinamento».

In questo ambito, un caso che ha suscitato polemiche è quello affrontato nella vertenza *Container Shipping*[96].

In questa causa il procedimento si è concluso quando le 15 società coinvolte hanno offerto impegni (accettati dalla Commissione), incluso quello di modificare il modo con cui si annunciano i prezzi e di non fare annunci più di 31 giorni prima della loro entrata in vigore (le parti hanno accettato volontariamente di modificare il proprio comportamento).

Sebbene non sia stata adottata una decisione definitiva sull'infrazione, la Commissione ha dichiarato[97], nella sua decisione sugli impegni, che era preoccupata che i futuri annunci di aumento generale delle tariffe e la segnalazione dei prezzi costituissero una strategia per raggiungere un'intesa comune sui termini di coordinamento; gli annunci simili costituivano risposte strategiche dei concorrenti agli annunci pubblici reciproci. La sua conclusione provvisoria è stata quindi che, poiché ciascuna parte ha potuto tenere conto delle informazioni pubblicate negli annunci delle altre nel determinare il proprio comportamento, ha preso parte ad una pratica concordata effettuando annunci essa stessa[98]. Inoltre, le comunicazioni sulle intenzioni future in materia di prezzi limitavano la concorrenza per oggetto e violavano l'articolo 101, paragrafo 1 TFUE.

Tale orientamento ha destato notevole preoccupazione sulla considerazione che l'accertamento provvisorio di una pratica concordata fondato esclusivamente sulla base di comunicazioni unilaterali sui prezzi pubblici: (*i*) amplia notevolmente il concetto, ben oltre i casi precedenti in cui una tale conclusione era stata accolta; (*ii*) offusca inutilmente il confine tra una pratica concordata operata attraverso l'interazione tra imprese e comportamenti leciti paralleli e l'adattamento intelligente del comportamento a quello di altri sul mercato; (*iii*) può essere utilizzato in futuro come base per estendere il concetto di pratica concordata a comportamenti unilaterali, anche se è molto improbabile che operi come punto focale che produce e sostiene la collusione e dove

---

[96] Decisione della Commissione del 7 luglio 2016 relativa a un procedimento di cui all'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e all'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso AT.39850 — *Container Shipping*, 4215, in *G.U.U.E* C 327/4 del 6 settembre 2016.

[97] Accettando che gli annunci unilaterali che sono genuinamente pubblici non costituiscono una pratica concordata.

[98] Decisione della Commissione *Container Shipping*, 4215, §§ 45–47.

potrebbero esserci altre spiegazioni plausibili per la condotta (un efficace strumento per informare i clienti sulle variazioni tariffarie)[99].

6.5. Collusione, algoritmi e pratiche online

Una questione che oggi viene spesso dibattuta, e che sarà oggetto centrale del Capitolo II, è quella se, e in tal caso, quando, le comunicazioni o le pratiche online gestite, monitorate o facilitate da algoritmi (un *software* decisionale che trasforma input digitali in *output*, che naviga in Internet controllando i prezzi dei concorrenti e che si aggiorna rapidamente e prende decisioni sui prezzi e sulla produzione) possono costituire pratiche concordate ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

Contrariamente al mondo *offline*, gli algoritmi consentono alle aziende, quasi in tempo reale e a basso costo, di monitorare i prezzi dei loro concorrenti e rivenditori e così di adattare rapidamente i propri prezzi in risposta ad essi. Tali algoritmi sono ora utilizzati regolarmente; durante l'indagine della Commissione nel settore dell'*e-commerce*, il 53% dei rivenditori intervistati ha dichiarato di aver monitorato i prezzi online dei concorrenti e di questi, il 67% ha dichiarato di utilizzare programmi *software* automatici per farlo[100].

Sebbene gli algoritmi possano favorire la concorrenza aumentando la trasparenza dei prezzi ed abbassandoli, diminuendo i costi di ricerca, semplificando le scelte e facilitando l'ingresso nel mercato da parte di altri operatori, d'altro lato vi è anche il timore che l'aumento della trasparenza del mercato online e dei flussi di informazioni possano in alcune circostanze facilitare o rafforzare la tacita collusione tra le imprese e creare cartelli più efficaci, aumentando gli incentivi ad allineare i comportamenti. In particolare, l'utilizzo degli algoritmi può facilitare l'allineamento dei comportamenti delle imprese, attraverso interazioni ripetute o a prezzi concordati e, attraverso la trasparenza dei prezzi e un monitoraggio costante e puntuale, individuare e sanzionare deviazioni dallo schema collusivo, oltre che identificare prontamente ingressi di nuovi operatori nel mercato.

In alcuni casi, le Autorità per la concorrenza hanno scoperto scenari in cui la tecnologia o gli algoritmi sono stati utilizzati dalle imprese per aiutarle nell'attuazione, nel monitoraggio e/o nel controllo della collusione esplicita intervenuta: «*The computers ... took over when it was time to put*

---

[99] Cfr., ad esempio, CAMESASCA e GRELIER, *'Close Your Eyes'? Navigating the Tortuous Waters of Conscious Parallelism and Signalling in the European Union,* in 7 *JECLAP* 599–607 (2016).

[100] Cfr. Commissione europea, *Commission Staff Working Document Accompanying the document: Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD(2017) 154 (definitiva) (10 maggio 2017), disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 149.

[the agreements] into practice»[101], ha affermato il Commissario europeo per la concorrenza, Margrethe Vestager.

Le Autorità stanno chiarendo che non tollereranno comportamenti anticoncorrenziali, indipendentemente dal fatto che si verifichino o meno in modi più tradizionali o su Internet, utilizzando complessi algoritmi di determinazione dei prezzi[102].

In alcuni casi che coinvolgono la vendita di manifesti online nel Regno Unito e negli Stati Uniti, ad esempio, un accordo tra le imprese di non sottoquotarsi a vicenda sui prezzi è stato attuato mediante un *software* di riprezzamento automatizzato[103]. In un caso come questo, l'algoritmo svolge un ruolo esecutivo accessorio rispetto all'accordo di cartello e può accrescere la volontà collusiva tra le parti perché così esse possono sostenere che la decisione è stata affidata al programma.

La collusione può essere riscontrata anche nel caso in cui è il *software* stesso, sulla base delle impostazioni dategli, a dar vita all'accordo. Accordo che viene poi approvato dalle aziende. A tal ultimo riguardo, nel caso '*Eturas' UAB contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*[104], discusso in precedenza, l'Autorità lituana per la concorrenza ha condannato gli accordi delle agenzie di viaggio che utilizzavano una piattaforma informatica comune per la prenotazione di viaggi online, in circostanze in cui l'amministratore della stessa inviava un messaggio elettronico proponendo di implementare una regola, attraverso il *software* stesso, per limitare la concessione di sconti. La Corte di Giustizia ha chiarito che si potrebbe in ciò ravvisare l'esistenza di una pratica concordata per eliminare gli sconti, se si potesse dimostrare che le agenzie di viaggio erano a conoscenza delle informazioni inviate tramite posta elettronica.

Più difficili da affrontare per il diritto della concorrenza sono gli scenari in cui gli algoritmi, in particolare quelli di autoapprendimento[105], reagiscono tra loro e portano all'allineamento e al mantenimento dei prezzi al di sopra del livello competitivo nei mercati concentrati, senza che gli esseri umani abbiano concordato prezzi più elevati (le decisioni vengono prese dagli stessi programmi). Gli algoritmi potrebbero risolvere alcuni problemi di collusione e, quindi, «*data la*

---

[101] «*I computer... hanno preso il sopravvento quando è stato il momento di mettere in pratica [gli accordi]*» (Cfr VESTAGER, *Algorithms and competition*, discorso tenuto il 16 marzo 2017 davanti al Bundeskartellamt in occasione della 18° conferenza sulla concorrenza a Berlino, disponibile in lingua inglese all'indirizzo web: https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221650/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[102] Cfr., ad esempio, VESTAGER, *Algorithms and competition*.

[103] Cfr. Capitolo III.

[104] Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*.

[105] Un algoritmo modifica il proprio processo decisionale per tenere conto dell'esperienza passata.

velocità e la maggiore trasparenza ... espandere la gamma di settori suscettibili di collusione oltre i duopoli a mercati forse dominati da 5 o 6 attori»[106]. Qualora ciò si verificasse, sorgerebbe la questione di valutare se si possa ritenere che questo comportamento derivi da una pratica concordata tra imprese o se invece costituisca una collusione tacita che esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE.

Laddove un algoritmo sia stato specificamente programmato e venga utilizzato per scambiare informazioni tra concorrenti, per segnalare future intenzioni di determinazione dei prezzi o per impegnarsi in strategie collusive comuni o di altro tipo, è possibile ravvisare un sufficiente concorso di volontà nel momento in cui al programma viene data attuazione, così da potersi far rientrare nell'ambito applicativo dell'articolo 101, paragrafo 1 TFUE[107]. In tali casi, infatti, la tariffazione è stata delegata al *software* con l'oggetto o l'effetto di armonizzare i prezzi tra concorrenti.

Tuttavia, data la complessità degli algoritmi e delle indagini che comportano, non è compito semplice per la Autorità garanti dimostrare che in questi casi si è verificata una collusione illecita piuttosto che una semplice condotta parallela.

Inoltre, appare improbabile che le situazioni in cui i computer "apprendono" da soli che una strategia collusiva potrà massimizzare i profitti possano essere considerate una concertazione, piuttosto che una reazione intelligente all'andamento del mercato e alla strategia adottata dai concorrenti. Pertanto, è difficile ipotizzare che «*gli algoritmi che realizzano un equilibrio tacitamente collusivo senza necessità di contatto tra concorrenti o senza mettere in atto pratiche di facilitazione*»[108] siano coperti dalle norme *antitrust* standard sulla cooperazione tra concorrenti, compreso l'articolo 101 TFUE; le azioni delle imprese diventano più interdipendenti senza la necessità di una comunicazione o interazione esplicita.

Alcuni, pertanto, hanno affermato che il concetto di accordo o pratica concordata debba essere ripensato o adattato per affrontare il nuovo ambiente creato dagli sviluppi tecnologici; altri hanno proposto la necessità di adottare misure e contromisure che vadano oltre l'articolo 101 TFUE, quali indagini e studi di mercato, l'applicazione delle leggi sui consumatori e sulla protezione dei dati, un

---

[106] EZRACHI e STUCKE, *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-measures*, articolo redatto in occasione della Tavola rotonda "Algoritmi e Collusione" dell'OECD (21-23 giugno 2017), disponibile all'indirizzo web: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)25/en/pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[107] A. HEINEMANN e GEBICKA, *Can Computers Form Cartels? About the Need for European Institutions to Revise the Concertation Doctrine in the Information Age*, in 7 *JECLAP* 431-441 (2016).

[108] OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* (2017), disponibile all'indirizzo web: <www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm> (ultima consultazione 15 settembre 2022).

attento esame delle fusioni che possono facilitare la collusione o persino la regolamentazione delle nuove tecnologie[109].

7. Pratica concertata e accordi verticali

Un breve accenno al fatto che una pratica concordata può essere attuata non soltanto orizzontalmente tra concorrenti collusi, ma anche verticalmente tra un fabbricante ed i suoi distributori.

Nella causa *Pioneer*[110], ad esempio, la Commissione ha riscontrato che *Pioneer* e i suoi distributori esclusivi europei avevano intrapreso pratiche concordate per impedire l'importazione parallela di prodotti *Pioneer* dal Regno Unito e dalla Germania in Francia.

8. Applicazione del diritto antitrust alle intese (ed alle pratiche concordate)

L'applicazione pubblica da parte della Commissione e delle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri è il metodo principale per far rispettare le norme *antitrust* dell'UE.

I poteri per consentire alla Commissione di svolgere il suo compito di far rispettare le regole di concorrenza sono contenuti nel Regolamento (CE) 1/2003[111], che conferisce poteri esecutivi anche alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri.

Per quanto riguarda la Commissione, essa può avviare un'indagine su presunte violazioni di propria iniziativa o agendo su denuncia[112].

La procedura amministrativa della Commissione prevede due fasi distinte[113].

La prima è la fase istruttoria, che copre il periodo fino alla notifica della comunicazione degli addebiti, che è un periodo di indagine volto «*a permettere alla Commissione di raccogliere tutti gli*

---

[109] Cfr. MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the time of Algorithms* in 100 *MLR* 1323-1375 (2016) e STUCKE e EZRACHI, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, in 5 *Ill. L Rev*. 1775-1810 (2017).

[110] Decisione della Commissione del 14 dicembre 1979, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE, Caso IV/29.595 — *Apparecchi Pioneer Hi- Fi*, in *G.U.C.E.* L 60/21 del 5 marzo 1980; affermato da Corte giust. CE, Cause riunite da 100 a 103/80, *SA Musique Diffusion française e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 7 giugno 1983, in *Racc*. 1825- 1914 (1983), specialmente ai §§ 75–76. Cfr. anche Corte giust. CE, Causa 86/82, *Hasselblad (GB) Limited contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 21 febbraio 1984, in *Racc*. 883- 912 (1984), §§ 24–29 e Trib. primo grado CE, sez. seconda, Causa T-43/92, *Dunlop Slazenger International Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 7 luglio 1994, in *Racc*. II-441 - II-518 (1994).

[111] Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

[112] Cfr. *ibid*., art. 7, che conferisce alla Commissione il potere di decidere quando ha accertato un'infrazione.

[113] Trib. primo grado CE, sez. terza, Causa T-99/04, *AC-Treuhand AG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza dell'8 luglio 2008, in *Racc*. II-1501 - II – 1584 (2008).

elementi pertinenti a conferma o meno dell'esistenza di un'infrazione alle regole della concorrenza e di prendere una prima posizione sul seguito nonché sull'ulteriore continuazione del procedimento»[114].

La seconda fase, "*inter partes*" o "contraddittoria", copre il periodo che va dalla notifica della comunicazione degli addebiti all'adozione della decisione finale.

Il passaggio da una fase all'altra comporta l'"avvio del procedimento". L'avvio del procedimento è un atto formale[115] con il quale la Commissione manifesta la propria intenzione di adottare una decisione ai sensi del Regolamento (CE) 1/2003. Ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 6, del Regolamento (CE) 1/2003, l'avvio di un procedimento da parte della Commissione esonera temporaneamente le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dalla loro competenza. I tribunali nazionali non sono esonerati dalla competenza, ma non possono adottare una decisione in corso contraria a quella adottata o contemplata dalla Commissione[116].

I casi di applicazione del diritto *antitrust* possono essere sottoposti alla Commissione attraverso una varietà di canali: a seguito della conclusione di un'indagine di settore ai sensi dell'articolo 17 del Regolamento (CE) 1/2003; in base alle informazioni fornite da un'Autorità garante della concorrenza; a seguito di una domanda di immunità ai sensi della "Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese"; a seguito di un reclamo presentato da terzi.

La Commissione non è obbligata a da corso all'attività d'indagine in relazione a qualsiasi denuncia specifica che riceve e può, pertanto, rifiutarsi di dare seguito alla denuncia.

I reclami possono essere presentati sia alla Commissione che alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri. Una difficoltà iniziale per un potenziale denunciante è decidere a chi rivolgersi: la Commissione, una o più Autorità garante della concorrenza o tutte queste Autorità.

La "Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce" indica che la denuncia dovrebbe essere presentata all'«*all'autorità che presumibilmente si trova nella posizione più idonea per trattare il loro caso*»[117]. Per determinare chi si trova nella posizione migliore, è

---

[114] *Ibid*., § 47.

[115] Cfr. Corte giust. CE, Causa 48/72, *SA Brasserie de Haecht contro Wilkin-Janssen*, sentenza del 6 febbraio 1973, in *Racc*. 77-89 (1973), § 16: «*quando parla dell'inizio di un procedimento…, intende chiaramente riferirsi ad un atto d'imperio della Commissione, col quale questa manifesti la propria volontà di adottare una decisione*».

[116] Reg. (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato, art. 16, paragrafo 1.

[117] Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE [2004] in *G.U.U.E.* C 101/65 del 27 aprile 2004, § 21.

possibile ottenere indicazioni dalla "Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza"[118]. Le Autorità si informano reciprocamente delle indagini in corso a seguito di una denuncia e i membri della rete cercano di garantire che l'Autorità corretta si occupi del caso.

Ai sensi del Regolamento (CE) 1/2003, sono legittimati a lamentare una violazione delle regole di concorrenza le «*persone fisiche o giuridiche che possono dimostrare un interesse legittimo*» e gli Stati membri (che si ritiene abbiano un interesse legittimo per tutti i reclami che presentano)[119].

Qualsiasi richiedente che è direttamente e negativamente colpito, o sarà così colpito, a causa dell'infrazione, sarà legittimato.

Una volta ricevuta una denuncia, la Commissione segue una procedura in tre fasi.

In primo luogo, raccoglie informazioni dal denunciante, fornisce una prima valutazione al caso e offre al denunciante l'opportunità di approfondire le sue accuse[120].

Durante la seconda fase, indaga ulteriormente per determinare se avviare un procedimento o respingere il reclamo[121]. Prima di respingere una denuncia, la Commissione deve dare al denunciante l'opportunità di prendere posizione sull'intenzione provvisoria della Commissione di respingere, entro un termine specificato[122].

Questa è nota come "lettera dell'articolo 7, paragrafo 1". Il denunciante può anche avere accesso a documenti non riservati sui quali la Commissione ha basato la sua valutazione provvisoria.

Prendendo atto delle opinioni del denunciante, la Commissione, nella terza fase, avvia il procedimento o respinge la denuncia.

Nel corso dell'indagine, la Commissione può adottare decisioni procedurali e decisioni definitive che ordinano la cessazione di eventuali violazioni accertate. Può anche adottare misure provvisorie (cautelari) per evitare che si verifichino danni irreparabili nel periodo di tempo necessario ad assumere la decisione definitiva.

---

[118] Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza [2004] in *G.U.U.E.* C 101/43 del 27 aprile 2004, specialmente §§ 8–15.

[119] Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE, art. 7, § 2.

[120] *Ibid*., § 55.

[121] *Ibid*., § 56.

[122] Reg. (CE) n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli artt. 81 e 82 del trattato CE, art. 7, § 1.

La decisione che accerta l'esistenza di un'infrazione può ordinare alle imprese di porre fine a tale violazione se non è già stata risolta; tale decisione prende il nome di "ordine di porre termine all'infrazione".

La decisione può anche contenere un ordine in base al quale alle parti è vietato di stipulare accordi simili.

Infine, in base all'articolo 9 del Regolamento (CE) 1/2003, la Commissione può adottare decisioni in base alle quali, senza accertare un'infrazione, gli impegni assunti dalle imprese nel corso del procedimento in merito al loro comportamento futuro, accettati dalla Commissione, diventino vincolanti per loro.

Le decisioni della Commissione in materia di concorrenza possono essere impugnate con un ricorso di annullamento ai sensi dell'articolo 263 TFUE.

Come detto, dal 1 maggio 2004 le Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri hanno svolto un ruolo molto più significativo nell'applicazione delle regole di concorrenza dell'UE. Il Regolamento (CE) 1/2003 crea un sistema di competenze parallele, in cui l'articolo 101 è applicato da una rete di Autorità garanti della concorrenza attraverso l'*European Competition Network* (ECN)[123], nonché dai tribunali nazionali. I poteri di base delle Autorità garanti della concorrenza nell'applicazione delle regole di concorrenza dell'UE sono stabiliti nell'articolo 5 del Regolamento (CE) 1/2003, mentre il capo IV prevede la cooperazione tra le Autorità garanti della concorrenza e la Commissione.

Questo quadro essenziale per l'applicazione decentralizzata è stato ora rafforzato dall'adozione della Direttiva ECN+[124], il cui obiettivo dichiarato è quello di «*garantire che le autorità nazionali garanti della concorrenza dispongano delle necessarie garanzie di indipendenza, delle risorse e dei poteri di indagine e sanzionatori per poter applicare efficacemente gli articoli 101 e 102 TFUE*»[125].

Il Regolamento (CE) 1/2003 lascia allo Stato membro la facoltà di determinare quale organismo nazionale debba applicare le regole di concorrenza e i meccanismi di indagine sulle violazioni e di esecuzione delle decisioni applicabili.

---

[123] Vedi <https://ec.europa.eu/competition-policy/european-competition-network_it>.

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

[125] *Ibid*., art. 1, comma 1.

A livello italiano è istituita, attraverso la legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha il compito di intervenire per reprimere le condotte anticoncorrenziali attuate dalle imprese sul mercato.

GLI ALGORITMI DI PREZZO: PROBLEMATICHE INTERPRETATIVE E POSSIBILI SOLUZIONI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Questioni preliminari: significati e ambito di discussione – 2.1. *Big data* ed algoritmi – 2.2. Identificazione del rischio di lesione della concorrenza – 2.3. I limiti della "collusione algoritmica" – 2.4. Comportamento anticoncorrenziale che coinvolge algoritmi di determinazione dei prezzi – 3. L'uso degli algoritmi di prezzo può costituire una pratica concordata ai sensi dell'articolo 101 TFUE? – 3.1. Prezzi algoritmici tra concorrenti nel mercato *e-commerce* – 3.2. Problematiche legate alla necessità o meno di contatti tra imprese e possibile soluzione ai sensi dell'articolo 101 TFUE – 4. La necessità che la pratica concordata derivante da un algoritmo di prezzo comporti una lesione della concorrenza – 5. Il ricorso all'articolo 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 per combattere l'uso degli algoritmi di prezzo.

1. Introduzione

Nonostante le preoccupazioni di coloro che si occupano di diritto della concorrenza circa i potenziali danni alla medesima derivanti dall'uso di algoritmi informatici nei mercati digitali, favoriti[1] dall'enorme disponibilità dei c.d. *big data*, le Autorità garanti devono ancora definire in modo esaustivo quando l'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi da parte delle imprese oltrepassi il confine tra lecito e condotta anticoncorrenziale illecita. Questa situazione di incertezza è, presumibilmente, dovuta ad una serie di fattori, quali, in particolare, i diversi livelli di complessità tecnologica di tali algoritmi e la natura in rapida evoluzione dei mercati digitali, nonché la scarsità di precedenti che abbiano declinato quando e come le regole della concorrenza possono essere applicate in fattispecie reali[2].

Il presente Capitolo cercherà di analizzare la misura in cui le attuali regole di concorrenza, all'interno del quadro del diritto europeo, possano essere utilizzate per contrastare alcune forme di

---

[1] VESTAGER, *Algorithms and competition*, discorso tenuto il 16 marzo 2017 davanti al Bundeskartellamt in occasione della 18° conferenza sulla concorrenza a Berlino, disponibile in lingua inglese all'indirizzo web: https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221650/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[2] Ci sono due famosi casi che coinvolgono l'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi da parte dei venditori che utilizzano il mercato *e-commerce* di *Amazon*: (i) come è stato utilizzato il prezzo algoritmico per spingere il prezzo di vendita di un libro, "*The Making of a Fly*", a oltre 23 milioni di dollari (Cfr. O. SOLON, *How a book about flies came to be priced $24 million on Amazon*, disponibile su <https://www.wired.com/2011/04/amazon-flies-24-million/> (2011)); (ii) come sono stati adottati specifici algoritmi di determinazione dei prezzi da parte di un gruppo di venditori di poster per attuare un accordo sui prezzi tra di loro (Cfr. Capitolo III).

condotta algoritmica in materia di prezzi che le imprese potrebbero perseguire nei mercati del commercio elettronico (i c.d. "*e-commerce*") per impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato di riferimento.

Più in particolare, il capitolo esaminerà due aspetti dottrinali chiave della valutazione giuridica di tali pratiche ai sensi dell'articolo 101 TFUE.

La prima questione riguarda il fatto se, e quando, l'uso strategico degli algoritmi di fissazione dei prezzi da parte delle imprese, sia individualmente che reciprocamente, possa essere giuridicamente configurata come una pratica concordata.

La seconda è quella se, posto che venga adottato un approccio diretto a tener conto degli effetti causati da questo tipo di condotta, sia ragionevole sostenere che una lesione della concorrenza possa essere causata dal comportamento di due o più concorrenti che utilizzano deliberatamente, ma senza contatto diretto fra loro, strumenti elettronici di determinazione dei prezzi in modo tale da alterare le dinamiche concorrenziali nei mercati digitali.

Risolvere entrambi questi aspetti dovrebbe far luce sulla flessibilità dell'articolo 101 TFUE come strumento, già esistente, che le Autorità garanti possono invocare per vietare alcune forme di condotta strategica che coinvolgono prezzi algoritmici; nel contempo, l'analisi aiuta a delineare i limiti dell'articolo 101 TFUE, ponendo di conseguenza al di fuori del proprio ambito di applicazione altre forme più complesse e sofisticate di algoritmi di prezzo, rispetto ai quali comportamenti dovranno essere sviluppati nuovi strumenti legali o regolamentari idonei a limitare le preoccupazioni che esse fanno sorgere.

2. Questioni preliminari: significati e ambito di discussione

Prima di entrare nel merito delle due questioni anzidette, occorre, per una migliore comprensione, chiarire il significato e il concetto di termini quali "*big data*" ed "*algoritmi*" ed affrontare tre questioni preliminari utili per la discussione che seguirà.

2.1. *Big data* ed algoritmi

Secondo la definizione ufficiale fornita dalla Commissione europea con il termine "*big data*" «*si fa riferimento a grandi quantità di dati di tipo diverso prodotti a grande velocità da numerosi tipi di fonti. La gestione di questi dataset ad elevata variabilità e in tempo reale impone il ricorso a nuovi strumenti e metodi, quali ad esempio potenti processori, software e algoritmi, più avanzati rispetto*

ai tradizionali strumenti di "data mining" progettati per gestire principalmente dataset statici, su piccola scala e dalla scarsa varietà, spesso mediante metodi manuali»[3].

La possibilità di disporre e di utilizzare dei *big data* ha assunto un ruolo fondamentale nell'economia moderna, tanto più a seguito della diffusione di Internet; grazie allo sviluppo tecnologico c'è stato, infatti, un aumento esponenziale della quantità di dati archiviati nelle varie piattaforme disponibili, una maggiore facilità nell'ottenerli ed analizzarli ed un aumento dell'importanza che le aziende riconoscono loro al fine di orientare le proprie scelte imprenditoriali.

I progressi della tecnologia informatica stanno consentendo la raccolta, l'archiviazione, l'elaborazione, l'analisi e la trasmissione di una sempre maggiore quantità di dati, in modo sempre più rapido ed efficiente[4].

Va evidenziato che i *big data* non hanno assunto importanza solo per la quantità di informazioni che le aziende possono raccogliere e archiviare, ma anche per il modo in cui esse possono essere utilizzate, dal momento che attraverso la loro elaborazione le aziende possono fare previsioni e assumere decisioni migliori, effettuando così interventi più efficaci sul mercato e sostituendo quella che fino a poco tempo fa era l'intuizione e la capacità di scelta imprenditoriale con dati certi e puntuali[5].

Sono state individuate cinque caratteristiche che connotano i *big data* (le c.d. 5 Vs)[6]: il volume (cioè l'elevatissima quantità di dati che possono essere raccolti ed elaborati); la velocità (ovvero l'immediatezza di raccolta, analisi e trasmissione dei dati); la varietà (che consente alle aziende di esplorare la pubblicità e sviluppare nuovi prodotti e servizi); la verificabilità (ossia la capacità di verificare la veridicità e l'accuratezza dei dati raccolti)[7] e, infine, il valore (economico, enorme e crescente, dei dati).

---

[3] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Verso una florida economia basata sui dati*, COM (2014) 442 def., 2 Luglio 2014, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0442&from=it; (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 4.

[4] Si prevede che la quantità totale di dati creati, acquisiti, copiati e consumati a livello globale aumenterà rapidamente, raggiungendo i 97 zettabytes nel 2022 (Cfr. Statista Research Department, *Volume of data/information created, captured, copied, and consumed worldwide from 2010 to 2020, with forecasts from 2021 to 2025* (2022), disponibile all'indirizzo web: https://www.statista.com/statistics/871513/worldwide-data-created/; ultima consultazione 15 settembre 2022).

[5] Cfr. MCAFEE e BRYNJOLFSSON, *Big data: The management revolution*, in 90 *HBR* 60-68 (2012).

[6] Cfr. GRUNES e STUCKE, *No mistake about it: The important role of antitrust in the era of big data*, in *UT Research Paper* 269 (2015).

[7] Si veda ANDREU-PEREZ e altri, *Big data for health*, in 19 *IEEE J Biomed Health Inform* 1193-1208 (2015).

La disponibilità di questa innumerevole mole di informazioni ha consentito lo sviluppo di algoritmi che permettono, in maniera automatica e senza alcun intervento da parte dell'uomo, di determinare i prezzi praticati dalle aziende in funzione dei dati raccolti e della loro variazione, anche repentina, nel tempo.

Gli informatici definiscono un algoritmo come un insieme di regole che indicano, momento per momento, il modo in cui comportarci[8]; secondo la *UK Competition and Market Authority* «*an algorithm is any well-defined computational procedure that takes some value, or set of values, as input and produces some value, or set of values as output*»[9].

La disamina di questo Capitolo sarà più propriamente diretta all'analisi degli algoritmi informatici, che, in maniera semplificata, possono essere intesi come "programmi per computer"[10].

L'utilizzo ormai quotidiano e globalizzato di Internet ha fortemente influenzato il settore dei beni e dei servizi ed il sempre più massiccio uso dell' *e-commerce* per l'acquisto di essi ha condotto ad una corsa tecnologica tra i venditori per vincere la concorrenza.

Tra gli algoritmi informatici, quelli c.d. di prezzo possono essere definiti come un tipo di algoritmo che utilizza il prezzo come input e/o utilizza una procedura di calcolo per determinare il prezzo come *output*[11]; al loro interno si distinguono gli algoritmi di monitoraggio dei prezzi, gli algoritmi di segnalazione dei prezzi e gli algoritmi di determinazione dei prezzi[12].

I dati più comuni utilizzati come input di algoritmi sono: (*i*) i prezzi delle imprese concorrenti; (*ii*) i dati sugli utili e sui ricavi passati delle imprese; (*iii*) le informazioni sui singoli clienti; (*iv*) informazioni esterne (come, ad esempio, le condizioni meteorologiche)[13].

Pertanto, gli algoritmi di prezzo sono più comunemente utilizzati dalle piattaforme online al fine di aumentare l'efficacia delle loro attività e mirano ad adattare nel miglior modo possibile i prezzi alle condizioni di mercato esistenti in un determinato momento.

---

[8] Cfr. MINSKY, *Computation: Finite and Infinite Machines*, 23; citato da: HILL, *What an Algorithm Is*, in 29 *Philos Technol* 35, *ivi* 38 (2016).

[9] «*Un algoritmo è qualsiasi procedura computazionale ben definita che prende un valore, o un insieme di valori, come input e produce un valore, o un insieme di valori come output*» (Cfr. CORMEN, LEISERSON, RIVEST e STEIN, *Introduction to Algorithms*[2]).

[10] Cfr. CMA, *Pricing algorithms. Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing* (CMA94) (8 ottobre 2018), disponibile all'indirizzo web: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 2.2.

[11] *Ibid*., § 2.4.

[12] *Ibid*., § 2.5.

[13] *Ibid*., § 2.23.

2.2. Identificazione del rischio di lesione della concorrenza

A seconda di come e per far che cosa sono programmati, gli algoritmi di determinazione dei prezzi possono operare in una miriade di modi prima di fissare, da ultimo, i prezzi dei beni o dei servizi di un'impresa.

La programmazione dell'algoritmo è diretta a determinare quali tipo di dati esso raccoglie, come li utilizza e le modalità con cui prende le decisioni o rivede quelle assunte in precedenza, in maniera ineccepibile dal punto di vista imprenditoriale e che, a ben vedere, fa funzionare i mercati in modo più efficiente. In altre parole, gli algoritmi automatizzano il processo decisionale delle imprese, consentendo agli operatori del mercato del commercio elettronico di adeguare i propri prezzi in modo da riflettere le condizioni di mercato prevalenti, come il prezzo delle materie prime, i livelli fluttuanti della domanda e dell'offerta o i diversi prezzi che i vari gruppi di consumatori sono disposti a pagare.

Le preoccupazioni legate alla concorrenza associate all'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi possono emergere in contesti sia orizzontali che verticali: il primo riguarda il comportamento collettivo di due o più imprese concorrenti, mentre l'altro si concentra principalmente sul comportamento unilaterale di un'impresa avente posizione dominante nei confronti dei propri rivenditori.

Questo Capitolo esplora le problematiche associate alla prima categoria, concentrandosi in particolar modo su quegli aspetti che devono essere valutati dalle Autorità garanti al momento di verificare la liceità di comportamenti tariffari basati su algoritmi che coinvolgono due o più concorrenti.

In tale contesto orizzontale, è necessario un controllo più attento quando gli algoritmi di determinazione dei prezzi vengono utilizzati dagli operatori del mercato per adeguare i propri prezzi in risposta ai prezzi offerti dai loro rivali online. Questo è qualcosa che accade sempre nei mercati *offline*, ma, nel contesto dell'*e-commerce*, ciò avviene con una frequenza e un'immediatezza completamente diverse, in ragione della natura totalmente automatizzata di tali strumenti informatici. A seconda della strategia competitiva dell'impresa, gli algoritmi possono reagire alle variazioni dei prezzi rilevate principalmente in tre modi: (*i*) impostando prezzi più bassi laddove l'algoritmo è programmato per mantenere il prezzo al di sotto di quello medio di mercato (pur sempre superiore al prezzo di costo); (*ii*) impostando prezzi più elevati laddove l'algoritmo è programmato per mantenere il prezzo al di sopra di quello medio di mercato (ad esempio per

mantenere un'aura di prestigio del marchio); (*iii*) impostando prezzi pari o intorno al prezzo medio di mercato (per massimizzare il fatturato e mantenere la redditività)[14].

Il lavoro si occupa del potenziale danno competitivo associato a questa terza categoria di risultati, in cui gli algoritmi vengono utilizzati per facilitare la determinazione parallela o la convergenza dei prezzi. Ciò potrebbe verificarsi, ad esempio, quando gli algoritmi sono programmati da un'impresa per seguire i prezzi del leader di mercato o se gli algoritmi sono programmati per ancorare i livelli di prezzo a quelli fissati dai suoi concorrenti, sulla base di dati raccolti online.

Se le imprese che gestiscono tali algoritmi di determinazione dei prezzi lo hanno fatto in modo del tutto indipendente l'una dall'altra, senza cercare di interagire o influenzare il comportamento futuro dei loro concorrenti, allora è improbabile che vi sia spazio per l'applicazione dell'articolo 101 TFUE[15].

Esiste, tuttavia, una "zona grigia" di comportamenti algoritmici meritevoli di ulteriore approfondimento, che sta nel mezzo tra accordi esplicitamente collusivi tra imprese (che sono chiaramente vietati) e atti del tutto autonomi dei singoli operatori economici (che, ai sensi delle vigenti norme, sono leciti).

Alcuni di questi comportamenti mediani possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, a condizione che le Autorità garanti possano dimostrare che i criteri dottrinali richiesti vengono soddisfatti. Ciò potrebbe richiedere un esame più approfondito dei meccanismi e degli obiettivi particolari che stanno alla base della condotta contestata al fine di stabilire se le parti, attraverso la loro condotta, hanno prodotto esiti di determinazione dei prezzi anticoncorrenziali che pregiudicano il benessere dei consumatori.

L'ampiezza di questa "zona grigia" dipenderà dalla misura in cui le tecnologie algoritmiche sono state, o potrebbero essere, sviluppate con funzionalità di raccolta, condivisione ed elaborazione dei dati tali da poter essere impiegate per ridurre la concorrenza sui prezzi tra i concorrenti del mercato online.

Considerato che gli algoritmi di determinazione dei prezzi possono anche essere in grado di prevedere, con un certo grado di accuratezza, comportamenti futuri in materia di prezzi basandosi su quelli tenuti nel passato, vi è il concreto pericolo che le imprese che utilizzano tali strumenti

---

[14] Cfr. HONORÉ e FABRE, *European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU,* in JEFFS, *GCR insight: E-commerce competition enforcement guide*[2], 41 ss.

[15] Cfr. EZRACHI e STUCKE, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*.

possano ridurre il grado di incertezza commerciale sul loro comportamento nel mercato, senza la necessità di condividere in maniera esplicita i loro progetti futuri. Ciò probabilmente facilita l'emergere di condizioni di oligopolio, avendo così un effetto negativo sulla struttura e sui processi competitivi all'interno dei mercati del commercio elettronico.

2.3. I limiti della "collusione algoritmica"

I timori di lesioni anticoncorrenziali derivanti dall'utilizzo degli algoritmi vengono comunemente indicate come "collusione algoritmica"[16], che probabilmente è un'etichetta fuorviante che offusca, piuttosto che chiarire, le precise questioni legali da esaminare.

In primo luogo, il concetto di "collusione" viene inteso in modo diverso da giuristi ed economisti. Dal punto di vista giuridico, la collusione richiede un'intenzione comune che sia effettivamente condivisa dalle parti coinvolte[17]. D'altra parte, gli economisti intendono più in generale che la collusione si riferisca a risultati situazionali in cui il comportamento collettivo porta a prezzi e profitti sovra-concorrenziali[18].

In secondo luogo, la violazione dell'articolo 101 TFUE non richiede, in realtà, l'esistenza di una "collusione"; la questione giuridica pertinente nel presente contesto è se il comportamento delle parti possa essere qualificato come un "accordo" o una "pratica concordata" lesiva della concorrenza. Infatti, come spiegato nel Capitolo I, ne consegue che il mero comportamento parallelo dei prezzi, senza il previo consenso esplicito o implicito raggiunto tra le parti, non è generalmente sufficiente a generare responsabilità antitrust, anche se gli economisti potrebbero considerare tali situazioni come casi di "tacita collusione".

In terzo luogo, il fissarsi sul concetto di "collusione" può portare a credere che la responsabilità nel diritto della concorrenza si possa configurare solo quando esiste un accordo consapevole e reciprocamente accettato tra le imprese, un'"incontro di menti"[19]. In effetti, per giurisprudenza consolidata, l'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE va oltre tali situazioni in cui vi è la presenza di mutuo consenso, includendo forme più ampie di comportamento cooperativo o

---

[16] Cfr. OECD, *Algorithms and collusion: competition policy in the digital age*., p. 18-19.

[17] L'uso, improprio, del termine "collusione" è stato utilizzato in questo contesto riprendendo l'uso diffuso che fanno gli economisti dell'espressione "tacita collusione" per descrivere, peraltro in altro contesto, i risultati dei prezzi sovra-concorrenziali associati agli oligopoli - lo stesso tipo di risultati che l'uso degli algoritmi potrebbe facilitare (cfr. WHISH e BAILEY, *Competition law*[10]).

[18] HARRINGTON, *Developing competition law for collusion by autonomous price-setting agents*, in 14 *J. Compet. Law Econ*. 331–363 (2018).

[19] CALVANO, CALZOLARI, DENICOLÒ e PASTORELLO, *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing, and Collusion*, in 110 *Am. Econ. Rev*. 3267-3297 (2020).

coordinato, compresi gli scenari in cui le azioni unilaterali di un'impresa possono essere invocate per far sorgere presunzioni di concertazione con un'altra impresa.

La collusione implica un alto grado di coincidenza tra gli obiettivi e le azioni delle parti coinvolte; i classici accordi di cartello sono, quindi, esempi di "collusione", con le imprese che partecipano ad una serie di incontri per arrivare ad una strategia comune per ridurre il rischio competitivo tra di loro.

Da un punto di vista probatorio, un'Autorità garante troverebbe certamente più facile assolvere il proprio onere se potesse dimostrare che vi è stato un contatto diretto, un impegno o un'interazione tra le parti; tuttavia, in linea di principio, non vi è nulla che richieda che tale vicinanza tra le parti sia accertata in ogni caso. In effetti, nel contesto dei mercati dell'*e-commerce* e degli algoritmi di determinazione dei prezzi, non sembra esserci alcuna ragione per cui comportamenti illeciti non possano derivare da situazioni in cui le imprese sono riuscite a sostituire completamente gli scambi interpersonali con strumenti tecnologici automatizzati, programmati per ottenere esattamente lo stesso effetto anticoncorrenziale.

Non è necessario, cioè, che gli attori del mercato, o i loro algoritmi di determinazione dei prezzi, "colludano" tra loro affinché si concretizzino danni alla concorrenza; la concorrenza sui prezzi può essere eliminata, o sostanzialmente attenuata, anche se le imprese sono dotate di strumenti algoritmici che consentano loro di divulgare o acquisire le informazioni necessarie sulle rispettive operazioni commerciali al fine di favorire la convergenza dei loro futuri comportamenti di mercato.

Con l'evolversi della sofisticazione tecnologica degli algoritmi di determinazione dei prezzi e con l'escalation della loro frequenza di utilizzo nell'*e-commerce*, c'è molto spazio per le imprese di utilizzare questi strumenti al fine di ottenere risultati di prezzo reciprocamente vantaggiosi senza dover ricorrere a "collusioni" tra loro.

È dunque preferibile esaminare l'applicabilità delle norme giuridiche esistenti a comportamenti tenuti da due o più imprese che sono appena al di sotto della "collusione"; i veri casi di "collusione" non sono particolarmente controversi, laddove è certa la violazione dell'articolo 101 TFUE se si prova il raggiungimento di un consenso tra le parti, qual'è un accordo tra concorrenti di utilizzare algoritmi di determinazione dei prezzi per attuare il loro cartello[20]. D'altra parte, come già accennato in precedenza, laddove il prezzo parallelo o la convergenza dei prezzi risulti da strategie

[20] Come illustrato, ad esempio, nelle cause intentate dalle Autorità garanti della concorrenza statunitensi contro un gruppo di venditori online di manifesti (cfr. Nota 2).

del tutto autonome delle parti di adattarsi in modo intelligente l'una all'altra, basandosi sui rispettivi algoritmi di prezzo, ci si aspetterebbe di non incorrere in alcuna responsabilità antitrust.

Un'attenzione maggiore dovrebbe, invece, essere posta sulla "zona grigia" esistente tra queste due situazioni relativamente chiare; gli scenari che richiedono un esame più approfondito sono quelli che coinvolgono una condotta strategica deliberata, perseguita da imprese che fanno affidamento su algoritmi di determinazione dei prezzi per diminuire, o forse eliminare, qualsiasi concorrenza sui prezzi che potrebbe altrimenti esistere tra di loro. È all'interno di questa categoria di comportamenti di più imprese che coinvolgono algoritmi di determinazione dei prezzi che le Autorità potrebbero incontrare difficoltà concettuali nel distinguere tra modalità di comportamento concorrenziale lecite e illecite.

Per chiarire l'area di nostro interesse, si consideri due variabili che influenzano la probabilità che comportamenti algoritmici di prezzo possano violare l'articolo 101 TFUE.

La prima variabile è il livello di coordinamento esibito dalle parti coinvolte, che ha al suo estremo accordi collusivi e al suo opposto comportamenti del tutto unilaterali.

La seconda variabile è il grado di "autonomia" decisionale associato agli algoritmi di determinazione dei prezzi implementati, che vanno da programmi di base interamente dipendenti da istruzioni e input umani, a sofisticati algoritmi di auto-apprendimento.

Laddove il livello di consenso tra le parti sia sufficientemente elevato da stabilire un "accordo" anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 101 TFUE, allora la prospettiva di violare tale divieto si pone senza alcuna reale controversia, indipendentemente dal grado di sofisticatezza tecnologica degli algoritmi di prezzo che sono stati utilizzati per l'attuazione dei loro piani. Per contro, in assenza di un effettivo coordinamento o collaborazione tra le imprese, non ci sarà alcuna violazione dell'articolo 101 TFUE.

La "zona grigia" che emerge tra questi estremi è il punto in cui devono essere effettuate ulteriori indagini sulla natura e sulle circostanze delle interazioni tra le parti. Il fatto che tale condotta sia colta o meno dall'articolo 101 TFUE dipenderà dal fatto che essa superi la soglia legale di una "pratica concordata", di cui si parlerà in seguito, e dalla misura in cui gli esiti anticoncorrenziali raggiunti dagli algoritmi di prezzo basati sull'intelligenza artificiale dovrebbero essere attribuiti alle imprese che hanno implementato tali strumenti.

2.4. Comportamento anticoncorrenziale che coinvolge algoritmi di determinazione dei prezzi

In quanto programma per computer, l'algoritmo di determinazione dei prezzi è essenzialmente uno strumento decisionale automatizzato che le imprese possono utilizzare per determinare quali prezzi addebitare per i loro beni e servizi; è un metodo per adeguare i prezzi in risposta a condizioni dinamiche di mercato, presumibilmente basato su un obiettivo di massimizzazione del profitto sottostante.

Il programmatore di computer determina quali input immettere nell'algoritmo, progetta l'architettura delle regole che stabiliscono il modo in cui tali input vengono elaborati e definisce gli *output* desiderati che dovrebbero essere generati dal funzionamento dell'algoritmo, i quali, nella maggior parte dei casi, si traducono nel prezzo che i clienti devono pagare.

Gli algoritmi di determinazione dei prezzi sono ampiamente utilizzati nei mercati online e nelle piattaforme di *e-commerce*, automatizzando il processo mediante il quale gli attori del mercato prendono e implementano le loro decisioni sui prezzi. A seconda di come sono programmati, tali algoritmi possono tenere conto di una miriade di fattori, che vanno dai più ovvi (come, ad esempio, i prezzi praticati dai concorrenti) ai più impensati (ad esempio, i fattori guidati dalla domanda che variano durante il giorno)[21]. Da un punto di vista economico, tale dinamismo nelle decisioni sui prezzi, in risposta alle mutevoli condizioni di mercato e alle forze di mercato esterne alle singole imprese, può portare a mercati che operano in modo più efficiente[22].

Tuttavia, gli algoritmi di determinazione dei prezzi possono anche essere utilizzati per promuovere obiettivi anticoncorrenziali, inclusa la facilitazione di un comportamento di determinazione dei prezzi coordinato tra i concorrenti dell'*e-commerce*.

Lo scenario più ovvio è quello di un gruppo di concorrenti che adottano lo stesso algoritmo di fissazione dei prezzi al fine di attuare un accordo di cartello già concordato tra di loro (tramite "algoritmi paralleli")[23]. In questo caso, l'articolo 101 TFUE può essere applicato in modo diretto; gli algoritmi risultano, infatti, soltanto i mezzi con cui le imprese hanno scelto di fissare i prezzi che

---

[21] Tali algoritmi potrebbero plausibilmente implementare tecnologie simili a quelle utilizzate dai siti Web di confronto dei prezzi utilizzati dai consumatori di *e-commerce*, che raccolgono informazioni sui prezzi da più fonti online, mettendo i venditori online nella posizione di adeguare dinamicamente i loro prezzi in risposta ai cambiamenti in tempo reale dei prezzi fissati da altri operatori del mercato online.

[22] Cfr. OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 14-17.

[23] *Ibid*., § 4.3.2.

applicano ai propri clienti, eliminando di fatto ogni loro indipendenza economica nel prendere le rispettive decisioni.

Tali strategie anticoncorrenziali possono essere potenziate dagli operatori del mercato che eseguono simultaneamente i loro algoritmi di determinazione dei prezzi in combinazione con "algoritmi di monitoraggio" e "algoritmi di segnalazione"[24], utilizzati per verificare che non vi siano deviazioni dal prezzo concordato da parte di taluni concorrenti infedeli del cartello; usati in combinazione con l'algoritmo di determinazione dei prezzi, sarà possibile replicare il comportamento ancor prima che l'impresa che ha applicato gli sconti possa beneficiarne (ad esempio, attirando nuovi clienti).

D'altra parte, come già accennato in precedenza, la questione giuridica è molto meno chiara quando le parti non hanno raggiunto alcun mutuo consenso su quale algoritmo tutti dovrebbero utilizzare e sulle modalità con le quali dovrebbe funzionare. Sorge allora la domanda: poiché questi algoritmi sono alimentati da diversi input di dati, compresi i prezzi pubblicati da altri concorrenti, e producono risultati che saranno continuamente monitorati dai concorrenti stessi, potrebbe verificarsi la situazione per cui le imprese interessate diano luogo ad una condotta anticoncorrenziale, in cui l'affidamento su tali algoritmi consente loro di instaurare passaggi informatici di dati strategici sulle reciproche decisioni sui prezzi, senza dover comunicare direttamente tra di loro?

Da questo interrogativo scaturiscono, poi, altre domande, quali: quando l'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi può essere interpretato come un mezzo per facilitare la condivisione di informazioni analogo a forme non digitali di comportamento anticoncorrenziale che coinvolgono la fornitura o lo scambio di informazioni sensibili sui prezzi tra concorrenti nei mercati *offline*?

Laddove gli algoritmi di determinazione dei prezzi siano utilizzati come mezzo indiretto per facilitare il coordinamento tra gli attori del mercato, quali altri aspetti della condotta delle parti devono allo stesso tempo essere esaminati per determinare se si configura una pratica concordata tra loro ai sensi dell'articolo 101 TFUE? Infine, potrebbero gli effetti consequenziali previsti, o quantomeno chiaramente prevedibili, dell'utilizzo di tali algoritmi di determinazione dei prezzi sul mercato dell'*e-commerce* (incoraggiando, ad esempio, comportamenti paralleli in materia di prezzi) giustificare la responsabilità per violazione della norma in questione sulla base del fatto che tale condotta ha l'oggetto o l'effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza?

[24] *Ibid*., § 4.3.1 e 4.3.3.

Nei paragrafi che seguono verranno esaminate queste problematiche, prima analizzando i confini concettuali della pratica concertata, poi considerando come tale condotta guidata da algoritmi possa essere analizzata come una restrizione della concorrenza "per effetto".

3. L'uso degli algoritmi di prezzo può costituire una pratica concordata ai sensi dell'articolo 101 TFUE?

Come ampiamente analizzato nel Capitolo I, per dar luogo ad una pratica concordata possono bastare alcune forme di comportamento unilaterale di un'impresa, quando accompagnate dall'apparente acquiescenza delle altre.

Le azioni unilaterali di un'impresa nel fornire informazioni commerciali sensibili ad un'altra, quando abbinate all'accettazione passiva di tali informazioni da parte del destinatario senza obiezioni, sono sufficienti a costituire una pratica concordata in cui tale comportamento riduce «*l'incertezza strategica nel mercato facilitando quindi la collusione*»[25].

Anche senza alcuna comunicazione tra le parti su come coordinare successivamente il loro comportamento sul mercato, la responsabilità di cui all'articolo 101 TFUE sussiste quando la condotta in questione riguarda due o più soggetti coinvolti in deliberate interazioni tra loro che facilitino una riduzione del livello di attrito competitivo. La Commissione ha osservato che i concorrenti che condividono tra loro "informazioni strategiche", in particolare dati che riducono l'incertezza strategica nel mercato[26], possono violare l'articolo 101, comma 1, TFUE, se ciò consente loro di prevedere i reciproci comportamenti futuri e, di conseguenza, di coordinare i propri comportamenti sul mercato[27].

3.1. Prezzi algoritmici tra concorrenti nel mercato *e-commerce*

Sulla base di tali concetti, sembra, quindi, che comportamenti di determinazione dei prezzi guidati da algoritmi, quando perseguiti dagli operatori di *e-commerce* in particolari contesti di fatto, possano essere tali da qualificarsi come pratica concordata che viola l'articolo 101 TFUE.

---

[25] Cfr. Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101*, § 61.

[26] Le informazioni strategiche relative ai prezzi includono «*(... prezzi effettivi, sconti, aumenti, riduzioni o abbuoni), elenchi di clienti, costi di produzione, quantità, fatturati, vendite, capacità, qualità, progetti di marketing, rischi, investimenti, tecnologie e programmi e risultati di R&S*». (Cfr. Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101*, § 86).

[27] *Ibid*., § 61.

In primo luogo, le parti di una presunta pratica concordata non hanno bisogno di un'intesa o di un piano d'azione comuni tra di loro. Si può, infatti, ritenere che sussista una pratica concordata se un gruppo di imprese, utilizzando i rispettivi algoritmi per allineare i propri prezzi a quelli dei loro concorrenti, rende allo stesso tempo accessibili online a questi informazioni strategicamente significative sui prezzi, considerando ciò una rinuncia alla propria "indipendenza economica" a favore di una qualche forma di coordinamento o di cooperazione pratica tra loro[28].

Ciò richiederebbe che i comportamenti in questione siano connotati da qualche elemento ulteriore rispetto al mero parallelismo consapevole nella condotta di mercato, che risulta da processi decisionali indipendenti e da risposte intelligenti di adattamento al mercato da parte di ciascun attore, affinché possa qualificarsi come pratica concordata[29]. Tali elementi potrebbero includere, ad esempio, la conoscenza da parte delle imprese dei tipi di algoritmi utilizzati dai concorrenti; la misura in cui le rispettive informazioni sui prezzi sono rese accessibili agli altri; la consapevolezza di come l'effetto aggregato delle loro rispettive azioni possa, in definitiva, facilitare la convergenza dei prezzi tra di loro.

Nel momento in cui anche i destinatari passivi di informazioni commerciali strategiche possono essere considerati parti di pratiche concordate[30], quando non sono in grado di confutare nessuna delle presunzioni a cui si riferisce la *sentenza Eturas*[31] addotte nei loro confronti, allora non si vede perché non si possa configurare una responsabilità simile in uno scenario in cui i concorrenti hanno, in tempo reale, un costante accesso ai prezzi e ad altre informazioni strategiche dal punto di vista commerciale, fornite dai loro concorrenti stessi, tramite il funzionamento dei rispettivi programmi algoritmici.

Attraverso l'uso simultaneo di algoritmi di sorveglianza e di adeguamento dei prezzi, insieme alla deliberata divulgazione online dei dati aziendali che possono comportare il reciproco scambio di segnali di prezzo, tali comportamenti delle imprese concorrenti potrebbero essere interpretati come azioni deliberatamente volte ad eliminare o ridurre le incertezze commerciali che circondano

---

[28] Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, §§ 64-65.

[29] Come spiegato nel Capitolo I, l'Autorità garante della concorrenza ha l'onere di dimostrare che non esistono spiegazioni alternative plausibili per il comportamento parallelo, quali ad esempio la natura oligopolistica del mercato in cui è lecita la determinazione di prezzi paralleli, a sostegno della tesi secondo cui la concertazione tra le parti è stata la vera causa del parallelismo (cfr. Cause riunite T-25/95 ecc., *Cimenteries CBR e altri contro Commissione delle Comunità europee* e Causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*).

[30] Cfr. Cause riunite T-25/95 ecc., *Cimenteries CBR e altri contro Commissione delle Comunità europee* e Causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*.

[31] Cfr. Capitolo I e Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*.

le loro rispettive decisioni future in materia di prezzi[32]. Queste "prassi di facilitazione"[33] potrebbero aumentare sostanzialmente il grado di trasparenza del mercato e rendere più facile la realizzazione di un "tacito coordinamento", anche in mercati digitali che normalmente non sono associati a condizioni di mercato oligopolistiche.

Pertanto, in quanto "concetto versatile"[34], la pratica concordata sembra essere in grado di coprire uno spettro di comportamenti anticoncorrenziali, guidati dagli algoritmi, che si traducono in uniformità o convergenza dei prezzi nei mercati digitali, senza la necessità di stabilire alcun accordo tra le parti coinvolte.

3.2. Problematiche legate alla necessità o meno di contatti tra imprese e possibile soluzione ai sensi dell'articolo 101 TFUE

Rimane, tuttavia, incerto stabilire se l'uso di strumenti algoritmici da parte dei concorrenti per ottenere o per condividere informazioni sui prezzi reciproci, possa essere interpretato come una forma di contatto diretto o indiretto tra le parti che dia luogo ad una pratica concordata.

Ci si chiede, pertanto, se sia possibile riscontrare una pratica concordata solo nel caso in cui le parti abbiano comunicato direttamente tra loro o nel caso in cui è possibile dimostrare che esistono destinatari specificamente mirati a cui vengono inviati segnali anticoncorrenziali inequivocabili[35]; ovvero, se sia anche solo sufficiente basarsi su prove che dimostrano come i dati strategici di prezzo siano comunque confluiti tra le parti, attraverso gli algoritmi che loro stessi hanno scelto di utilizzare.

---

[32] Mancando specifiche pronunce dei tribunali europei sul punto, allo stato attuale della normativa non è del tutto certo quali siano esattamente le forme di condotta di segnalazione dei prezzi che possano dar luogo ad una pratica concordata, pur considerato che tali forme di condotta potrebbero ridurre l'«*incertezza strategica*» tra concorrenti nel senso riconosciuto Commissione nelle *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101*, cit.

[33] Cfr. GRILLO, *Collusion and facilitating practices: a new perspective in antitrust analysis*, in 14 *Eur. J. Law Econ*. 151–169 (2002), in cui l'autore sostiene l'opportunità di una maggiore convergenza tra le prospettive giuridiche e quelle economiche con cui sono letti i comportamenti anticoncorrenziali nell'ambito degli oligopoli, con le prime tradizionalmente incentrate principalmente sulla natura coordinativa dei comportamenti delle parti e le seconde che dedicano una maggiore attenzione ai dannosi risultati economici che derivano dalle loro azioni.

[34] Cfr. UK Competition Appeal Tribunal, Caso n. 1188/1/1/11, *(1) Tesco Stores Ltd (2) Tesco Holdings Ltd (3) Tesco Plc v Office of Fair Trading*, sentenza del 20 dicembre 2012, disponibile all'indirizzo web: https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/1188_Tesco_Judgment_CAT_31_201212.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 56. La *UK Competition Appeal Tribunal* ha affermato che si era verificata una violazione del *Chapter I* dell'*UK Competiton Act* dovendo ritenersi che si fosse instaurata una pratica concordata tra rivenditori concorrenti che si erano rivelati e si erano trasmessi reciprocamente le loro intenzioni di prezzo future tramite un fornitore comune.

[35] Come nel caso in cui un messaggio elettronico viene inviato, tramite caselle di posta personali su una piattaforma digitale, ai concorrenti per informarli di pratiche uniformi di sconto massimo da applicare a tutti i loro clienti; tale comportamento è stato perseguito dall'Autorità garante della concorrenza lituana (cfr. Causa C-74/14,*"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*).

L'attuale normativa europea in tema di concorrenza potrebbe non essere adeguata per inquadrare tutte le ipotesi di collusione realizzata attraverso l'uso di algoritmi, risultando difficoltoso attribuire alle imprese (e ancor meno ritenerle responsabili) le decisioni autonomamente assunte dai loro algoritmi di cooperare, laddove non fossero deliberatamente programmate a fini collusivi[36].

In tale ottica, l'autonoma decisione assunta dagli algoritmi sembra tale da interrompere il nesso di causalità tra il comportamento delle imprese (ovverosia la decisione di utilizzare un algoritmo di prezzo finalizzato alla massimizzazione dei profitti) e gli effetti anticoncorrenziali prodottisi (ovverosia l'allineamento dei prezzi ad un livello sovra-concorrenziale)[37]. Si potrebbe addirittura affermare che la progettazione di un algoritmo che attui in modo razionale la politica dei prezzi di una determinata azienda dovrebbe essere qualificata come una condotta autonoma di tale impresa, piuttosto che come una condotta collusiva[38].

Conseguentemente, la mancanza di volontà congiunta precluderebbe la possibilità di applicare l'articolo 101 TFUE, in quanto gli algoritmi che sono stati programmati solo ai fini della massimizzazione del profitto non starebbero colludendo tra di loro, seppure non possa certamente ignorarsi il fatto che più imprese attive sullo stesso mercato utilizzino algoritmi di determinazione del prezzo simili.

In una tale ipotesi, peraltro, la mancanza di intenti collusivi non precluderebbe la possibilità di valutare l'insieme di tali decisioni autonome (di fare affidamento su algoritmi simili) sotto il profilo del disposto dell'articolo 102 TFUE[39]: ove ricorrano i presupposti richiesti da tale disposizione, le

---

[36] BALLARD e NAIK, *Algorithms, Artificial Intelligence, and Joint Conduct*, in *CPI Antitrust Chronicle* (2017), disponibile all'indirizzo web: https://www.sheppardmullin.com/media/article/1649_CPI%20-%20Ballard-Naik.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[37] OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*.

[38] Cfr. OECD, *Algorithms and Collusion – Note by the United States* (2017), disponibile all'indirizzo web: <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)41/en/pdf> (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 6.

[39] L'art. 102 TFUE così recita:
«È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.
Tali pratiche abusive possono consistere in particolare:
a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;
b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;
c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;
d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

imprese potrebbero essere qualificate come ente collettivo che può detenere ed, eventualmente, abusare di una posizione dominante collettiva sul mercato[40].

Vale la pena notare che, anche in questa ipotesi, la condotta abusiva consisterebbe proprio nel fatto che gli algoritmi finiscono congiuntamente per fissare prezzi sovra-concorrenziali applicati dalle imprese facenti parte dell'ente collettivo. La differenza è che il coordinamento tra gli algoritmi non è considerato la conseguenza di una diretta condotta collusiva, bensì l'esito delle diverse decisioni autonome assunte da soggetti appartenenti ad un unico soggetto collettivo che, di conseguenza, abusa della propria posizione dominante collettiva.

Tale concetto risulta effettivamente in linea con l'origine e lo scopo della teoria della "posizione dominante collettiva"[41]; essa è stata, infatti, elaborata e utilizzata principalmente in quelle situazioni in cui era impossibile (o ritenuto troppo difficile) affrontare una determinata condotta *ex* articolo 101 TFUE. In tal senso, il ricorso all'uso dell'articolo 102 TFUE è avvenuto proprio per cercare di superare le difficoltà nell'applicabilità dell'articolo 101 TFUE alla tacita collusione[42], al fine di coprire quelle situazioni in cui le imprese «*hanno, (...), a causa dei fattori di correlazione tra esse esistenti, il potere di adottare sul mercato una medesima linea d'azione e di agire in gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e, infine, dai consumatori*»[43].

Il riferimento all'adozione di una politica comune (in luogo di una concorrenza leale) suggerisce che possono sussistere alcune somiglianze tra la nozione di posizione dominante collettiva e quella di pratiche concordate *ex* articolo 101 TFUE, di cui si parlerà in seguito. E non sorprende che la

---

[40] ALBORS-LLORENS, *Collective Dominance: A Mechanism for the Control of Oligopolistic Markets?*, in *CLJ* 253, *ivi* 256 (2000).

[41] Il concetto di posizione dominante collettiva è stato sviluppato per la prima volta in Cause riunite T-68/89ecc., *Società Italiana Vetro SpA e altri contro Commissione delle Comunità europee*.

[42] PETIT, *The Oligopoly Problem in EU Competition Law*, in *Handbook on European Competition Law* a cura di Lianos e Geradin, 259 ss.

[43] Corte giust. UE, Cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese e Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC) contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 31 marzo 1998, in *Racc*. I-1375 - I -1530 (1998), § 221.

posizione dominante collettiva sia in effetti sostanzialmente equiparabile al coordinamento oligopolistico[44], poiché i due concetti si basano sulle medesime condizioni[45].

Sebbene possano essere simili dal punto di vista teorico, la scelta se inquadrare la collusione algoritmica come una posizione dominante collettiva ovvero come una pratica concordata comporta conseguenze piuttosto significative riguardanti il diverso ambito di applicazione degli articoli 102 e 101 TFUE (e disposizioni simili).

Qualora si ritenga che il primo sia il corretto quadro normativo da utilizzare a fronte di condotte commesse da algoritmi, la conseguenza è che non può sorgere alcuna responsabilità a meno che non sussista una posizione dominante (collettiva) e sia dimostrato uno specifico abuso, oltre all'uso, di per sé legale, di un algoritmo di determinazione del prezzo.

Guardando al di fuori del settore della concorrenza, si osserva che pressoché in tutti gli ordinamenti gli amministratori delle società sono obbligati per legge a perseguire il valore degli azionisti[46]; gli amministratori possono anche incorrere in responsabilità se compiono scelte che espongono le proprie società a perdite ragionevolmente prevedibili al momento della decisione in questione[47]. Poiché gli algoritmi svolgono molti compiti e attività in modo più accurato e con risultati migliori rispetto agli esseri umani (compreso il compito di aggiornare dinamicamente i prezzi sulla base della valutazione dei dati, in tempo reale, sulle condizioni di mercato)[48], può essere considerato negligente per gli amministratori delle società non adottarli, perché è chiaro che questa decisione comporterà una perdita (ossia un minor profitto) per l'azienda.

Pertanto, la possibilità che gli algoritmi possano colludere semplicemente perché sono stati progettati per massimizzare i profitti pone sfide molto complesse. Non è infatti chiaro come la

---

44 DE LA MANO, NAZZINI e ZENGER, *Article 102*, in *The EU Law of Competition*[3] a cura di Faull e Nikpay, 329 ss.

45 Secondo la giurisprudenza, per accertare una posizione dominante collettiva devono essere stabilite tre condizioni e sono essenzialmente le stesse condizioni di mercato in cui è probabile che si verifichi una pratica concordata, ovvero: «*In primo luogo, il mercato dev'essere abbastanza trasparente perché le imprese che coordinano il loro comportamento possano vigilare sufficientemente sul rispetto delle modalità del coordinamento. In secondo luogo, la disciplina impone l'esistenza di una forma di meccanismo di dissuasione in caso di comportamento deviante. In terzo luogo, le reazioni delle imprese che non partecipano al coordinamento, quali i concorrenti attuali o futuri, e le reazioni dei clienti non devono poter mettere in discussione i risultati attesi dal coordinamento*». (Cfr. Trib. primo grado CE, sez. terza, Causa T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, associazione internazionale) contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 13 luglio 2006, in *Racc*. II-2289 - II – 2490 (2006), § 247).

46 EASTERBROOK e FISCHEL, *Voting in Corporate Law*, in 26 *J.L. & ECON*. 395, *ivi* 410 (1983).

47 Nell'ordinamento italiano si veda ad esempio la sentenza della Suprema Corte di cassazione., sez. I civile, 12 agosto 2009, n.18231; sez. I civile, 22 giugno 2017, n. 15470 in *Ricerche giuridiche*, 2017, 350, con nota di MANSOLDO, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a. Business judgment rule e limiti all'insindacabilità delle scelte di gestione*.

48 Cfr. GRAEF, *Algorithmic Price Fixing Under EU Competition Law: How to Crack Robot Cartels?* (2016), disponibile all'indirizzo web: https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/algorithmic-price-fixing-under-eu-competition-law-how-to-crack-robot-cartels/ (ultima consultazione 15 settembre 2022).

progettazione di un algoritmo per agire razionalmente possa essere qualificata come un reato antitrust[49].

L'analisi dei dati aumenta sicuramente il numero di mercati soggetti a tacita collusione, poiché facilita il monitoraggio e la reazione ai comportamenti dei concorrenti, ma d'altra parte essa modifica anche la natura dei comportamenti delle imprese che portano all'esito collusivo. Nel momento in cui decide di progettare il proprio algoritmo di determinazione dei prezzi al fine di massimizzare i profitti (monitorando continuamente e reagendo dinamicamente ai comportamenti dei concorrenti), essendo cosciente, allo stesso tempo, che le informazioni sulle proprie strategie sono rese disponibili online per i consumatori e i concorrenti (e, di conseguenza, i loro algoritmi), la società sta di fatto contribuendo a creare le condizioni in cui può verificarsi una collusione tacita.

E d'altronde è innegabile che le imprese, seppure non abbiano progettato il loro algoritmo per violare l'articolo 101 TFUE, siano perfettamente consapevoli che l'algoritmo produca di fatto ed inevitabilmente una collusione tacita per il modo stesso in cui è progettato per operare[50]. E tale ragionevole consapevolezza da parte delle imprese che possano verificarsi danni anticoncorrenziali è un fattore chiave per affrontare la questione dell'imputabilità dei comportamenti derivanti degli algoritmi.

Da un lato, tale consapevolezza sembra idonea a ridurre la persuasività del ragionamento relativo alla (asserita) interruzione del nesso di causalità tra i comportamenti delle imprese e gli effetti anticoncorrenziali. In questa prospettiva, va considerato che i tentativi delle imprese di sottrarsi alla loro responsabilità da illecito antitrust sulla base dell'argomento relativo al nesso di causalità (o alla sua mancanza) sono respinti il più delle volte dalla Corte di giustizia della UE: un esempio particolarmente evidente in tal senso è rappresentato dalla causa *Kone*, in cui la Corte ha confermato che i partecipanti al cartello possono essere ritenuti responsabili anche delle perdite derivanti dai maggiori prezzi praticati ai clienti da imprese che non fanno parte dell'accordo illecito,

---

[49] SICILIANI, *Tackling Algorithmic-Facilitated Tacit Collusion in a Proportionate Way*, in 10 *JECLAP* 31–35 (2019).

[50] BALLARD e NAIK, *Algorithms, Artificial Intelligence, and Joint Conduct*.

perché questi ultimi non possono che aumentare i propri prezzi quando adeguano intelligentemente i propri comportamenti a quelli dei concorrenti[51].

D'altra parte, il fatto che le imprese progettino consapevolmente i propri algoritmi affinché questi, nelle loro decisioni, tengano conto delle informazioni provenienti dai loro concorrenti e delle scelte da questi operate, e viceversa, appare particolarmente rilevante ai fini di una corretta valutazione della liceità di tali comportamenti in riferimento alle norme antitrust. La prevedibilità dell'esito anticoncorrenziale che, in determinate circostanze, può derivare dalla decisione di progettare un algoritmo per massimizzare i profitti implica probabilmente che la collusione algoritmica assomigli a una pratica concordata, più che a un caso di semplice tacita collusione.

Come spiegato nel Capitolo I, il termine "pratica concordata" è concepito per cogliere forme di collusione più libere rispetto a veri e propri accordi. Secondo la Corte di giustizia, una pratica concordata comprende ogni forma di coordinamento tra concorrenti che, indipendentemente dal concorso di volontà tra loro, ha l'effetto di alterare le condizioni del mercato sostituendo la concorrenza con la cooperazione[52]. Una pratica concordata è quindi un concetto molto diverso da quello di accordo, nella misura in cui l'elaborazione di un piano effettivo è irrilevante[53].

La motivazione di fondo è quella per cui un'impresa non deve mai essere libera di collaborare «*in un modo qualsiasi coi suoi concorrenti per stabilire di comune accordo la linea d'azione relativa ad un aumento di prezzi, e per garantirne l'attuazione, eliminando in anticipo qualsiasi incertezza circa il reciproco comportamento in merito agli elementi essenziali dell'azione stessa*»[54]. Si può dunque concludere che la sentenza citata, come già evidenziato nel primo Capitolo, suggerisce verosimilmente che la nozione può (e dovrebbe) essere interpretata in modo estensivo e flessibile.

---

[51] In particolare, la Corte di giustizia ha stabilito che: «*la piena effettività dell'articolo 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione se il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del pregiudizio subito fosse subordinato dalla normativa nazionale, in termini categorici e a prescindere dalle specifiche circostanze della specie, alla sussistenza di un nesso di causalità diretta, escludendo tale diritto nel caso in cui il soggetto interessato abbia intrattenuto rapporti contrattuali non con un membro dell'intesa, bensì con un'impresa ad essa non aderente, la cui politica in materia di prezzi sia tuttavia conseguenza dell'intesa che ha contribuito a falsare i meccanismi di formazione dei prezzi operanti in mercati retti da regime di concorrenza*» (Cfr. Corte giust. UE, sez. quinta, Causa C-557/12, *Kone AG e altri contro ÖBB-Infrastruktur AG*, sentenza del 5 giugno 2014, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0557&from=IT (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 33).

[52] Cfr. Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*.

[53] DABBAH, *EC and UK Competition Law: Commentary, Cases and Materials.*

[54] Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, § 118.

In tal senso, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, anche «*una modalità passiva di partecipazione all'infrazione*»[55] può ritenersi indicativa di collusione e, come tale, idonea a violare l'articolo 101 TFUE; ad esempio, «i*l fatto di approvare tacitamente un'iniziativa illecita, […], ha l'effetto di incoraggiare la continuazione dell'infrazione e pregiudica la sua scoperta*»[56] in violazione dell'articolo 101 TFUE.

In mercati altamente trasparenti, l'uso di algoritmi di prezzo (progettati per massimizzare i profitti monitorando e reagendo dinamicamente ai comportamenti dei concorrenti, che probabilmente seguiranno la stessa strategia di prezzo) potrebbe, pertanto, essere qualificato come un comportamento che rientra nella nozione di modalità passive di partecipazione ad una violazione dell'articolo 101 TFUE[57].

Ne consegue che le regole di concorrenza, sebbene non impediscano alle imprese di adeguarsi ai comportamenti dei concorrenti[58], precludono rigorosamente qualsiasi contatto indiretto tra concorrenti i cui effetti possano essere tanto quello di influenzare i loro comportamenti sul mercato, quanto quello divulgare reciprocamente informazioni sui loro comportamenti futuri[59].

Secondo la Corte di giustizia, un'impresa può essere considerata parte di una pratica concordata semplicemente perché ha ricevuto informazioni sulle attività commerciali dei suoi concorrenti[60].

Anche a prescindere dal suo ruolo di elemento costitutivo della nozione di pratiche concordate, vale la pena di notare che lo scambio privato di informazioni tra concorrenti è stato di per sé severamente vietato sin dall'elaborazione del diritto comunitario della concorrenza[61]. La recente giurisprudenza della Corte di giustizia conferma, infatti, che gli scambi privati di informazioni

---

[55] Cause riunite C-189/02 P ecc*., Dansk Rørindustri ed altri contro Commissione delle Comunità europee*, § 143.

[56] Corte giust. UE, sez. seconda, Causa C-194/14 P, *AC-Treuhand AG contro Commissione europea*, sentenza del 2 ottobre 2015, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170304&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2262508 (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 31.

[57] Cfr. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mercato conc. reg*. 2019, 163.

[58] Cfr. Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, § 174.

[59] Infatti, uno degli scopi principali di una pratica concordata è quello di «*influire sul rispettivo comportamento sul mercato e di manifestare il comportamento che ciascun produttore si proponeva di tenere esso stesso sul mercato*» . (Cfr. Causa T-7/89, *Hercules Chemicals NV-SA contro Commissione delle Comunità europee*, § 259).

[60] Cfr. Cause riunite T-25/95 ecc., *Cimenteries CBR e altri contro Commissione delle Comunità europee*, § 1852.

[61] Cfr., ad esempio, Comunicazione della Commissione del 29 Luglio 1968 relativa ad accordi, decisioni e pratiche concordate concernenti la cooperazione tra imprese, in *G.U.C.E.* C 75/3 del 29 luglio 1968.

sensibili tra concorrenti devono essere qualificati e sanzionati come un'intesa ai sensi dell'articolo 101 TFUE[62].

Le Autorità nazionali garanti della concorrenza generalmente seguono lo stesso approccio[63] e, sebbene la giurisprudenza sia più ambigua sul punto[64], anche le Autorità europee seguono un criterio piuttosto rigoroso per quanto riguarda lo scambio pubblico di informazioni (cioè la divulgazione di informazioni al pubblico in generale, inclusi concorrenti e clienti)[65], come confermato dal caso *Container Shipping*[66]. La motivazione di fondo è, ancora una volta, quella che gli scambi pubblici di informazioni possono avere l'effetto di ridurre il livello di incertezza sui comportamenti di prezzo attuali e futuri degli operatori di mercato, diminuendo così il loro incentivo a competere tra loro.

Tenendo presente quanto sopra, si dovrebbe considerare che quando un'impresa ordina al suo algoritmo di autoapprendimento di monitorare le condizioni di mercato (cioè i prezzi dei concorrenti) al fine di fissare e aggiornare dinamicamente i prezzi, chiede sostanzialmente al suo algoritmo di tracciare le informazioni divulgate pubblicamente online dai suoi concorrenti, così da ridurre l'incertezza dell'impresa sui comportamenti attuali e futuri delle altre. Poiché è probabile che molte, se non quasi tutte, le imprese utilizzino programmi *software* automatici simili allo scopo di adeguare i propri prezzi a quelli dei loro concorrenti, sembra ragionevole concludere che gli algoritmi intrattengono effettivamente una qualche forma di contatto - se non proprio di comunicazione - tra di loro, che si traduce nella sostituzione dell'incertezza con la conoscenza reciproca[67].

---

[62] La recente giurisprudenza della Corte di giustizia ha confermato che gli scambi privati di informazioni tra concorrenti possono essere qualificati e sanzionati come un cartello (cfr., ad esempio, Causa C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe, anciennement Dole Germany OHG contro Commissione europea)*.

[63] Cfr. Provvedimento dell'Agenzia Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 30 Settembre 2004 n. 13622, I575 *Ras-Genrali/Iama Consulting*, disponibile all'indirizzo web: https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/968347A2F8524714C1256F320033AFB5/$File/p13622.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[64] Cfr., ad esempio, Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, §§ 100-101e Cause riunite C-89/85ecc., A. *Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee (Pasta per carta), §* 64.

[65] Sebbene solo «*gli scambi di natura privata tra concorrenti in merito alle rispettive intenzioni individualizzate relative ai prezzi o alle quantità previsti per il futuro sono di norma considerati cartelli - e sottoposti all'imposizione di ammende in quanto tali – poiché la loro finalità tipica è quella di fissare prezzi o quantità*», vale la pena notare che anche gli scambi pubblici di informazioni «*costituiscono restrizioni della concorrenza per oggetto» se «finalizzati a restringere la concorrenza sul mercato*» (cfr. Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 10*1, §§ 72-74).

[66] Cfr. Decisione della Commissione *Container Shipping*, 4215.

[67] Cfr. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*.

Richiamando quanto in proposito già evidenziato nel primo Capitolo, affinché gli scambi pubblici di informazioni rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 TFUE, non è necessario che le informazioni siano scambiate direttamente tra concorrenti, né è necessario che i concorrenti comunichino tra loro; quello che conta è solo che le informazioni siano messe a disposizione del pubblico, in modo che i concorrenti possano avervi accesso.

Quindi, in conclusione, si può affermare che la collusione algoritmica possa essere sanzionabile ai sensi all'articolo 101 TFUE perché essa rientra nel tradizionale concetto di pratica concordata o, quanto meno, perché le attività di monitoraggio degli algoritmi rappresentano un meccanismo di scambio (pubblico o privato) di informazioni tra concorrenti.

In tal senso, si sostiene anche che l'utilizzo di algoritmi di tariffazione possa ritenersi effettivamente idoneo a costituire una sorta di presunzione, confutabile, dell'esistenza di una pratica concordata[68]. In altri termini, nel caso in cui algoritmi di determinazione dei prezzi programmati per massimizzare i profitti dovessero risultare di portata collusiva, il divieto sancito dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE dovrebbe ritenersi applicabile senza che la Commissione o le Autorità nazionali garanti della concorrenza debbano provare l'intenzione dell'impresa in tal senso. Spetterà poi alle imprese indagate provare che, nella fattispecie, non si è verificata una pratica concordata o che i miglioramenti di efficienza apportati dagli algoritmi (che, come sopra ricordato, svolgono molti compiti meglio dell'uomo) giustificano il loro utilizzo ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

4. La necessità che la pratica concordata derivante da un algoritmo di prezzo comporti una lesione della concorrenza

Anche se l'utilizzo strategico di algoritmi di fissazione dei prezzi da parte dei concorrenti dell'*e-commerce* può dar luogo ad una pratica concordata tra questi, la violazione dell'articolo 101 TFUE sussiste solo se viene anche dimostrato che tali comportamenti hanno per oggetto o per effetto di prevenire, restringere o falsare la concorrenza[69].

Se le Autorità garanti della concorrenza adottano un approccio conservativo, considerato che la giurisprudenza impone di interpretare la categoria di condotta illecita "per oggetto" in modo

---

[68] *Ibid*., 168.

[69] Nella misura in cui potrebbero esserci effetti favorevoli alla concorrenza associati anche all'uso di strumenti di determinazione del prezzo algoritmici, questi dovranno ovviamente essere bilanciati, all'interno dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE (come spiegato da Trib. primo grado CE, sez. quinta, Causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd contro Commissione delle Comunità europee,* sentenza del 23 ottobre 2003, in *Racc*. II- 4653 - II-4740 (2003), § 107), contro il danno alla concorrenza su cui si fonda l'eventuale violazione dell'art. 101 TFUE.

restrittivo[70], è probabile che qualsiasi pratica concordata fondata sull'uso di algoritmi debba essere analizzata all'interno della categoria "per effetto"[71]. Ciò richiederebbe alle Autorità garanti di confrontare gli effetti economici prodotti dalla presunta pratica concordata con la situazione in cui si sarebbe trovato il mercato rilevante se le imprese indagate non si fossero impegnate in tale condotta[72]; percorso sommamente difficile perché implicante il ricorso a congetture e ipotesi tutt'altro che oggettive.

La discussione di seguito esplorerà come un'Autorità garante potrebbe elaborare una teoria sostanziale del danno derivante dalla lesione della concorrenza attraverso l'uso di algoritmi.

L'accertamento della violazione dell'articolo 101 TFUE richiederà necessariamente che la pratica concordata sia lesiva delle "condizioni normali" di concorrenza[73], facendo emergere la questione se l'uso prevalente di prezzi determinati da algoritmi nei mercati del commercio elettronico debba essere tollerata come una caratteristica predefinita del panorama competitivo di tali mercati.

Da un lato, i mercati potrebbero funzionare in modo più efficiente, se gli algoritmi di determinazione dei prezzi consentissero agli operatori del mercato di adeguare rapidamente i propri prezzi in risposta a condizioni dinamiche di esso; dall'altro, l'uso strategico degli algoritmi nei mercati digitali amplifica il "problema dell'oligopolio"[74], laddove la presenza di una struttura di mercato in cui sono presenti pochi operatori fa sì che che, attraverso l'interdipendenza e la reciproca autoconsapevolezza, l'oligopolio possa tradursi in un quasi-monopolio di prezzi[75].

L'interdipendenza oligopolistica tra concorrenti che si traduce in un parallelismo dei prezzi si verifica nei mercati *offline* in circostanze di mercato molto specifiche; si tratta in genere di mercati con barriere all'ingresso relativamente elevate, prodotti abbastanza omogenei, condizioni di mercato trasparenti e un numero relativamente ridotto di operatori con quote di mercato abbastanza concentrate che, in sintesi, producono condizioni di mercato stabili e non competitive in cui i prezzi vengono determinati dalla *price-leadership* di un operatore.

---

[70] Cfr. Corte giust. UE, sez. terza, Causa C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB) contro Commissione europea*, sentenza dell'11 settembre 2014, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0067&from=it; (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 58.

[71] Anche se si deve riconoscere che esistono sia giurisprudenza che commenti a sostegno dell'opinione secondo cui l'adozione di "pratiche facilitanti" anticoncorrenziali può essere contestata ai sensi del diritto europeo della concorrenza in quanto violazioni accessorie dell'art. 101 TFUE (cfr. GRILLO, *Collusion and facilitating practices*).

[72] Cfr. Trib. primo grado CE, sez. quarta, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 2 maggio 2006, in *Racc*. II-1231 - II-1268 (2006), § 68.

[73] Cfr. Nota 29.

[74] Cfr. R. POSNER, *Oligopoly and the antitrust laws: a suggested approach*, in 21 *Stan. L. Rev*. 1562-1606 (1968).

[75] Cfr. WHISH e BAILEY, *Competition law[10]*.

Al riguardo, la Commissione ha applicato numerose volte l'articolo 101, comma 1, TFUE a quei comportamenti che davano luogo a scambio di informazioni strategiche tra concorrenti tali da facilitare il tacito coordinamento tra loro, quando le parti coinvolte erano già in concorrenza tra loro e in condizioni di mercato oligopolistiche preesistenti[76].

Sebbene i mercati dell'*e-commerce* non mostrino proprio tutte queste caratteristiche oligopolistiche, l'utilizzo strategico degli algoritmi di determinazione dei prezzi provoca un tale grado di trasparenza e reattività del mercato da tradursi in un comportamento di prezzo parallelo sovra-concorrenziale. L'uso di tali algoritmi rende i mercati digitali inclini all'instaurazione di cartelli, in quanto le imprese possono interagire con maggiore frequenza, consentendo loro di monitorare le reciproche azioni (dato che è aumentata la trasparenza del mercato), di rilevare deviazioni e reagire rapidamente contro i comportamenti delle parti infedeli[77].

L'uso aggregato di algoritmi di determinazione dei prezzi si potrebbe, quindi, caratterizzare come condotta di mercato che altera negativamente la struttura del mercato stesso, in modi che rendono più favorevole la convergenza dei prezzi; e ciò, oltretutto, risulta coerente con l'approccio utilizzato dalla Commissione nel valutare i probabili effetti di uno scambio di informazioni al momento di determinare se esso avrà un impatto negativo apprezzabile sulla concorrenza: afferma, infatti, la Commissione che «*lo scambio di informazioni può facilitare un esito collusivo aumentando la trasparenza nel mercato, riducendone la complessità, attenuandone l'instabilità o compensandone l'asimmetria. In tale contesto, l'esito concorrenziale di uno scambio di informazioni dipende non solo dalle caratteristiche iniziali del mercato nel quale ha luogo (come concentrazione, trasparenza, stabilità, complessità ecc.), ma anche dal modo in cui il tipo delle informazioni scambiate può modificare tali caratteristiche*»[78].

---

[76] Cfr. Decisione della Commissione del 17 febbraio 1992 relativa ad un procedimento di applicazione dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/31.370 e 31.446 - *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*), in *G.U.C.E.* L 68/19 del 13 marzo 1992, §§ 36 ss., in cui si sanciva che lo scambio di informazioni impedisse «*la concorrenza occulta in un mercato ad alta concentrazione*». La decisione è stata successivamente confermata in appello da Trib. primo grado CE, sez. seconda, Causa T-34/92 *Fiatagri UK Ltd e New Holland Ford Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 27 ottobre 1994, in *Racc*. II-905 - II-955 (1994), § 91, che ha stabilito che «*uno scambio di informazioni precise e a cadenze ravvicinate, ..., in un mercato oligopolistico fortemente concentrato, ... e ove la concorrenza è, di conseguenza, già fortemente attenuata e lo scambio di informazioni facilitato, possa alterare sensibilmente la concorrenza in essere fra gli operatori economici. In tale ipotesi, infatti, la messa a disposizione regolare e frequente delle informazioni concernenti il funzionamento del mercato ha l'effetto di rivelare periodicamente, a tutti i concorrenti, le posizioni sul mercato e le strategie dei vari concorrenti*».

[77] Cfr. OECD, *Algorithms and collusion: competition policy in the digital age*, § 4.2.1

[78] *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101*, § 77.

5. Il ricorso all'articolo 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 per combattere l'uso degli algoritmi di prezzo

Considerate le indubbie difficoltà interpretative e probatorie per l'applicazione alla fattispecie del concetto di pratica concordata (e, conseguentemente, dell'articolo 101 TFUE) ed a prescindere dalla stessa formale qualificazione come pratica concordata, l'utilizzo degli algoritmi per la determinazione dei prezzi può portare, comunque, all'applicazione del regole antitrust europee, anche senza un formale accertamento dell'esistenza di un'effettiva violazione.

L'articolo 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003[79] consente, in proposito, l'adozione delle c.d. decisioni di impegno, se i rimedi proposti dalle imprese risolvono le preoccupazioni della Commissione circa la possibile violazione delle regole concorrenziali in una determinata situazione[80]. Tra l'altro, l'articolo 12 della Direttiva (UE) n. 1/2019[81] ha recentemente stabilito che le decisioni di impegno possono essere assunte anche a livello nazionale dalle rispettive Autorità garanti della concorrenza[82].

---

[79] Così recita:

1. «Qualora 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, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato.
2. La Commissione, su domanda o d'ufficio, può riaprire il procedimento:
   a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione;
   b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure
   c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti».

[80] Si può osservare che appare una certa incoerenza nell'affermare che, da un lato, la collusione algoritmica debba essere trattata come una violazione di per sé dell'art. 101 TFUE (se non altro come forma di scambio di informazioni tra concorrenti) e, dall'altro, suggerendo di affrontarli attraverso lo strumento dell'impegno. Tuttavia, sebbene si possa essere in disaccordo con questa scelta politica della Commissione che potrebbe ridurre l'effetto deterrente del diritto europeo della concorrenza, la pratica mostra che le c.d. decisioni di impegno sono state effettivamente utilizzate in relazione a pratiche che, se dimostrate, avrebbero rappresentato gravi violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE (cfr. JONES e SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*[7]).

[81] Così recita:

1. «Gli Stati membri provvedono affinché, nei procedimenti istruttori avviati al fine di adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione dell'articolo 101 o 102 TFUE, le autorità nazionali garanti della concorrenza possano, previa consultazione formale o informale degli operatori del mercato, rendere obbligatori mediante decisione gli impegni proposti dalle imprese o associazioni di imprese, qualora tali impegni rispondano alle preoccupazioni espresse dalle autorità nazionali garanti della competenza. Tale decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento dell'autorità garante della concorrenza non è più giustificato.
2. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali garanti della concorrenza abbiano poteri efficaci per monitorare l'attuazione degli impegni di cui al paragrafo 1.
3. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità nazionali garanti della concorrenza possano riaprire il procedimento istruttorio se intervengono modifiche determinanti rispetto a uno degli elementi su cui era fondata una decisione di cui al paragrafo 1, se un'impresa o un'associazione di imprese agisce in contrasto con i propri impegni o se la decisione di cui al paragrafo 1 era basata su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti fornite dalle parti».

[82] Cfr. Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

In tema di impegni non esistono regole procedurali chiare o limiti specifici per il loro utilizzo e la Commissione gode di un ampio margine di discrezionalità in relazione alla scelta, alla struttura e alla proporzionalità di tale rimedio[83]. In teoria, la proposta dell'assunzione di particolari impegni dovrebbe provenire dalle stesse imprese alle quali la Commissione abbia già inviato una "comunicazione degli addebiti" o, più spesso, una valutazione preliminare del caso. Sebbene la valutazione preliminare debba indicare i motivi per cui la Commissione ritiene che le pratiche oggetto di indagine potrebbero violare il diritto della concorrenza, motivando così le proprie preoccupazioni, il documento non accerta la sussistenza di una violazione.

La prassi giurisprudenziale evidenzia che la Commissione molto spesso contatta informalmente le imprese coinvolte, segnalando i propri rilievi e l'interesse a ricevere proposte di impegno per porvi rimedio[84]. Sebbene gli impegni non possano essere predisposti dalla Commissione e imposti alle imprese se queste non li propongono[85], in pratica viene dato corso e spazio ad una trattativa, tra Commissione e imprese, per quanto concerne il contenuto degli impegni, prima del momento in cui essi siano formalmente "offerti" dalle imprese alla Commissione[86].

Infatti, l'analisi della prassi della Commissione suggerisce che la valutazione preliminare è spesso emessa solo quando (e se) l'effettiva adozione di una decisione di impegno non solo è prevista, ma anche ritenuta probabile come risultato della negoziazione già svolta tra Commissione e imprese coinvolte nel procedimento[87].

Oltre al ruolo rafforzato delle imprese in questa procedura[88], ciò che rileva è il fatto che la trattativa tra la Commissione e le imprese non riguarda tanto il comportamento passato di queste ultime, ma piuttosto l'individuazione dei possibili rimedi che devono essere escogitati e concordati

---

[83] Si veda Corte giust. UE, Grande Sezione, Causa C-441/07 P, *Commissione europea contro Alrosa Company Ltd.*, sentenza del 29 giugno 2010, in *Racc*. I-5949 - I-6054 (2010) e Trib. UE, sez. ottava, Causa T-76/14, *Morningstar, Inc. contro Commissione europea*, sentenza del 15 settembre 2016, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014TJ0076&from=IT (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[84] Cfr. A. GAUTIER e N. PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy: The Commitments Procedure Under Uncertainty*, in 45 *Eur. J. Law Econ*. 195–224 (2018).

[85] Al contrario, la Commissione ha il diritto e non l'obbligo di accettare impegni.

[86] Cfr. DUNNE, *Commitment Decisions in EU Competition Law*, in 10 *J. Compet. Law Econ*. 399, *ivi* 403 (2014).

[87] *Ibid*., 405.

[88] La giurisprudenza conferma che «*il meccanismo introdotto dall'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 permette all'impresa interessata di partecipare pienamente al procedimento, proponendo le soluzioni che le sembrano più appropriate per rispondere alle preoccupazioni della Commissione ed evitare che la Commissione constati formalmente un'infrazione agli articoli 101 TFUE o 102 TFUE*». (Cfr. Trib. UE, sez. terza, Causa T-342/11, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) e Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio contro Commissione europea*, sentenza del 6 febbraio 2014, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147462&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2284253 (ultima consultazione 15 settembre 2022), § 55).

al fine di risolvere la preoccupazione della Commissione[89]. Ai sensi dell'articolo 13 del Regolamento (CE) n. 1/2003[90], la Commissione, se accetta gli impegni proposti dalle imprese, non può più pronunciarsi in merito alla violazione o meno degli articoli 101 o 102 TFUE.

Utilizzando tale metodo, la Commissione[91], da un lato, non ha alcun incentivo a investire risorse per dimostrare che la pratica indagata possa effettivamente costituire una violazione della normativa antitrust; dall'altro, le parti coinvolte non hanno interesse a contestare la fondatezza degli argomenti giuridici avanzata dalla Commissione nella valutazione preliminare, purché riescano a far accettare alla Commissione di definire il procedimento con l'accettazione di impegni che non incidano in misura sostanziale sulla loro attività imprenditoriale.

Ne consegue che le decisioni di impegno rimangono sostanzialmente escluse dal sindacato giurisdizionale[92], perché nessuna delle parti ha ovviamente interesse a chiedere l'annullamento di una decisione concordata. Inoltre, dal punto di vista delle imprese, il fatto che le decisioni di impegno non accertino formalmente la sussistenza di illeciti antitrust comporta, da un lato, che non vengono comminate sanzioni pubbliche e, dall'altro, che vi è una minore probabilità che parti lese possano intentare successive azioni legali[93].

---

[89] Infatti, una delle principali differenze tra la decisione presa ai sensi dell'art. 7 (Constatazione ed eliminazione delle infrazioni) e quella ai sensi dell'art. 9 (Impegni) è che il fulcro della discussione nelle decisioni di constatazione ed eliminazione dell'art. 7 è la prova della violazione (passata), mentre nelle decisioni di impegno il fulcro della discussione è l'adeguatezza del rimedio per soddisfare, in futuro, le preoccupazioni della Commissione (cfr. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in context and the Future of Commitment Decisions*, in 38 *Fordham Int'l L.J.* 701, *ivi* 762-763 (2015)).

[90] Così recita:

1. «Quando le autorità garanti della concorrenza di due o più Stati membri hanno ricevuto una denuncia o agiscono d'ufficio ai sensi dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato riguardo al medesimo accordo, alla medesima decisione di un'associazione o alla medesima pratica, il fatto che un'autorità garante della concorrenza stia esaminando il caso costituisce, per le altre autorità, un motivo sufficiente per sospendere il procedimento o per respingere la denuncia. La Commissione può analogamente respingere una denuncia qualora questa sia all'esame dell'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro.
2. Qualora un'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro o la Commissione abbiano ricevuto una denuncia contro un accordo, una decisione di un'associazione o una pratica già trattata da un'altra autorità garante della concorrenza, tale denuncia può essere respinta».

[91] Secondo la giurisprudenza, «*la Commissione non è obbligata a dimostrare esaurientemente che ricorrono le condizioni degli articoli 101 TFUE o 102 TFUE e può quindi apportare una soluzione più rapida ai problemi che essa ha individuato*» (Cfr. *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) e Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio contro Commissione europea,* § 55).

[92] Cfr. SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and Risks of a New Instrument of Competition Law Enforcement Within a Federal Enforcement Regime*, in e-*Competitions Bulletin, Special Issue on Commitment Decisions*, 2 agosto 2012, disponibile all'indirizzo web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101630 (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[93] Cfr. RICHTER, *The Settlement Procedure in the Context of the Enforcement Tools of European Competition Law – a Comparison and Impact Analysis*, in 33 *ECLR* 537, ivi 540 (2012). Sono comunque consentite azioni successive (si veda Corte giust. UE, sez. terza, Causa C-547/16, G*asorba SL e a. contro Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, sentenza del 23 novembre 2017, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197046&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2290519; ultima consultazione 15 settembre 2022).

Per questi motivi, la diffusione dell'utilizzo delle decisioni di impegno viene vista come elemento negativo per il corretto sviluppo del diritto comunitario della concorrenza, essendo ritenute idonee (col fatto di ridurre considerevolmente il numero dei possibili precedenti giurisdizionali) a compromettere la certezza del diritto ed a pregiudicare l'evoluzione della dottrina giuridica antitrust, nonché a consentire la trasformazione dal tradizionale sistema accusatorio di contestazione della violazione e applicazione giurisdizionale della sanzione sulla base degli arcsticoli 101 e 102 TFUE a un regime di regolamentazione della concorrenza[94].

Altri commentatori ritengono, invece, che il ricorso alle decisioni di impegno, di cui all'articolo 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003, essendo uno strumento a carattere esecutivo e non diretto a fornire un quadro normativo certo alle imprese, si rileva particolarmente utile per affrontare le problematiche poste da mercati nuovi, tecnologici e in rapida evoluzione[95].

Da un lato, infatti, riducendo la durata del procedimento, rendono più probabile che la decisione di impegno venga assunta prima che il nuovo mercato o la nuova tecnologia siano già sorpassati e mutati e il danno originario alla concorrenza rimanga impunito. Dall'altro, gli impegni possono essere modificati e, in ogni caso, decadono dopo un certo lasso di tempo, consentendo in tal modo alla Commissione non solo di ricalibrare il proprio intervento sul mercato, ma anche di riaprire procedimenti formali in caso di "cambiamento sostanziale" delle condizioni di mercato, ai sensi del comma 2 dell'articolo 9 citato[96]. In effetti, la casistica dimostra che la Commissione è particolarmente disposta ad accettare impegni in fattispecie riguardanti nuovi mercati e nuove tecnologie (qual'è, per l'appunto, l'utilizzo di algoritmi di determinazione dei prezzi), come risulta

---

[94] Pertanto, il sistema di applicazione del diritto europeo è passato da un regime di valutazione ex post delle violazioni del diritto della concorrenza sotto la (debole) supervisione dei tribunali a un approccio normativo in base al quale la Commissione è maggiormente interessata alla progettazione di rimedi che miglioreranno la situazione concorrenziale di un mercato che alla caratterizzazione di una violazione del diritto della concorrenza e dalla sua eliminazione (cfr. JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice*).

[95] Cfr. DE SMIJTER e SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, in *The EU Law of Competition* a cura di Faull e Nikpay, 98 ss.

[96] GERARD, *Negotiated Remedies in the Modernization Era: The Limits of Effectiveness* in *European Competition Law Annual 2013. Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law,* a cura di Lowe, Marquis e Monti, 139 ss.

tra l'altro nei casi di *Apple*[97]*, IBM*[98]*, Samsung*[99], *Credit default swap*[100] *e Amazon*[101] e come la Commissione ha fortemente cercato di fare nel caso *Google Shopping*[102].

In conclusione, dall'analisi sopra svolta, si può dedurre che la Commissione ha ampiamente utilizzato la possibilità di far rispettare le regole comunitarie di concorrenza anche senza accertare alcuna effettiva violazione; ciò attraverso l'utilizzo di decisioni di impegno, in particolare per affrontare le problematiche legali emergenti in tema di nuovi mercati, facendo sì che la Commissione in tal modo abbia assunto un ruolo simile a quello di un'Autorità di regolamentazione piuttosto che a quello di un'Autorità garante della concorrenza.

Tale *modus operandi* è stato reso possibile perché, ai sensi dell'articolo 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003, il timore dell'esistenza di una possibile violazione è sufficiente affinché la Commissione possa emettere una valutazione preliminare ed adottare una decisione vincolante.

---

97 Decisione della Commissione del 25 luglio 2013 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso COMP/39.847 — *E-BOOKS*, 4750.

98 Decisione della Commissione del 13 dicembre 2011 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso COMP/39.692 — *IBM servizi di manutenzione*, 9245, in *G.U.U.E.* C 18/6 del 21 gennaio 2012.

99 Cfr. Decisione della Commissione del 29 aprile 2014 relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso AT.39939 — *Samsung*, 2891 def, disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39939/39939_1501_5.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022).

100 Decisione della Commissione del 20 luglio 2016 destinata a The International Swaps and Derivatives Association, Inc. relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso AT.39745 — *CDS Information Market*, 4583, in *G.U.U.E.* C 378/7 del 14 ottobre 2016.

101 Decisione della Commissione del 4 maggio 2017 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso AT.40153 — *Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate*, 2876, in *G.U.U.E.* C 264/7 dell'11 agosto 2017.

102 Decisione della Commissione del 27 giugno 2017 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, 4444, in *G.U.U.E.* C 9/11 del 12 gennaio 2018.

ANCORA SUGLI ALGORITMI DI PREZZO: I CASI *TROD*/*GBE*, *ETURAS* E *CONSUMER ELECTRONICS*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il caso *Trod Ltd/GB Eye Ltd* – 2.1. I fatti – 2.2. Le indagini e il procedimento – 2.3. La decisione della *Competition and Markets Authority* – 3. Il caso *Eturas* – 3.1. I fatti – 3.2. L'iter processuale lituano e il rinvio alla Corte di giustizia della UE – 3.3. La decisione della Corte di giustizia della UE – 4. I casi *Consumer Electronics* (*Asus*, *Pioneer*, *Denon & Marantz, Philips*) – 4.1. I fatti e l'avvio del procedimento – 4.2. La collaborazione delle imprese e la "proposta di transazione" – 4.3. La decisione della Commissione – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Negli ultimi anni le Autorità antitrust hanno prestato molta attenzione all'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi nel timore che essi possano facilitare la collusione, ovvero ai casi in cui le imprese, al fine di mantenere un livello comune e profittevole dei prezzi, concordano o tacitamente accettano di servirsi di determinati algoritmi per monitorare e adeguare i loro prezzi o, addirittura, quando le aziende utilizzano tali algoritmi proprio al fine di colludere[1].

Come analizzato nel capitolo precedente, l'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi può facilitare tanto la collusione orizzontale quanto quella verticale, ad esempio semplificando il rilevamento e la risposta alle deviazioni, riducendo le possibilità di errori e deviazioni accidentali e riducendo la c.d. "*agency slack*"[2].

Il primo importante caso sugli algoritmi di determinazione dei prezzi giunto a livello giudiziario è stato quello *Poster Cartel*[3] deciso dall'*US District Court of Northern California* nel 2015.

Nella fattispecie, David Topkins, direttore di una società di vendita di poster online, è stato ritenuto responsabile di condotta anticoncorrenziale orizzontale costituita dalla fissazione coordinata dei prezzi con altri commercianti sulla piattaforma *Amazon*. Avendo concordato con altre

[1] CMA - Competition & Markets Authority, *Pricing Algorithms, §* 5.4.

[2] *Ibid*., §§ 5.6 ss. Per "*agency slack*" si intende la situazione in cui, sebbene i dirigenti delle società abbiano dato luogo ad un accordo collusivo, i venditori e altri dipendenti non dirigenti possono avere interesse ad indebolire il cartello, ad esempio preferendo guadagni immediati piuttosto che i vantaggi a lungo termine prodotti dal mantenimento del cartello oppure spinti dalla concorrenza all'interno dell'azienda per promozioni o premi salariali legati alle vendite, per cui possono scegliere di sottoquotare il prezzo collusivo.
L'uso di prezzi algoritmici riduce la possibilità che l'"*agency slack*" porti alla rottura del cartello. Questo perché le persone all'interno di un'organizzazione hanno meno possibilità di prendere decisioni sui prezzi che potrebbero andare contro l'accordo collusivo.

[3] United States Department of Justice, Caso n. CR 15-00201 WHO, *United States v. David Topkins*, patteggiamento del 30 aprile 2015, disponibile all'indirizzo web: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins> (ultima consultazione 15 settembre 2022).

imprese concorrenti i livelli dei prezzi da praticare e l'uso di un *software* specifico per gestire la determinazione comune dei prezzi, il signor Topkins aveva progettato un codice per l'algoritmo che impostava automaticamente i prezzi dei poster tenendo conto delle intese raggiunte con gli altri commercianti.

Successivamente, nel 2016, lo stesso tribunale statunitense ha ritenuto *Trod Limited* e il suo direttore, Daniel Aston, responsabili di un'infrazione simile[4], innescando nel Regno Unito l'analogo procedimento *Trod Ltd/GB Eye Ltd*[5], nell'ambito del quale *GB Eye Ltd* ha presentato alla *UK Competition and Markets Authority* domanda per un programma di clemenza, riconoscendo di aver concordato con *Trod Ltd* i suoi prezzi nel Regno Unito. Entrambe le società stavano utilizzando l'algoritmo di *repricing* disponibile su *Amazon*, che può essere tarato attraverso varie impostazioni che ogni utilizzatore può scegliere; tra queste vi è, ad esempio, la possibilità di ridurre automaticamente con un determinato sconto il prezzo praticato a seconda dell'andamento dei prezzi dei beni concorrenti.

A livello dell'Unione europea, la questione degli algoritmi di determinazione dei prezzi è stata esaminata per la prima volta dalla Corte di giustizia dell'UE nella causa *Eturas*[6], ove il gestore della piattaforma E-TURAS, un sistema di prenotazione di viaggi online, aveva inviato messaggi mail a tutte le agenzie utilizzatrici del sistema, annunciando che avrebbe impostato, e poi effettivamente impostando, restrizioni tecniche al suo algoritmo di determinazione dei prezzi nel senso di limitare gli sconti praticabili al massimo al 3%.

Nel 2018, la Commissione UE si è occupata di alcuni casi, analoghi, in cui sono stati utilizzati programmi ed algoritmi per facilitare la fissazione ed il controllo verticale dei prezzi, ed in particolare il loro mantenimento al livello imposto dal produttore. Pertanto, *Asus*[7], *Denon &*

---

[4] United States Department of Justice, Caso n. CR 15-0419 WHO, *United States v. Daniel William Aston and Trod Limited*, patteggiamento dell'11 agosto 2016, disponibile all'indirizzo web: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-daniel-william-aston-and-trod-limited> (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[5] CMA, Caso n. 50223, *Trod Limited (in administration)/ GB eye Limited*, decisione del 12 agosto 2016, disponibile all'indirizzo web: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf> (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[6] Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*.

[7] Decisione della Commissione del 24 luglio 2018 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, Caso AT.40465 — *Asus (restrizioni verticali)*, 4773 final, in *G.U.U.E.* C 338/13 del 21 settembre 2018.

Marantz[8], *Philips*[9] e *Pioneer*[10] sono stati multati per aver mantenuto il prezzo di rivendita, attraverso l'uso di siti web di confronto dei prezzi (che a loro volta si basano su algoritmi) e di uno speciale programma che li aiutava a tracciare i prezzi praticati dai rivenditori online, a rilevare la deviazione ed a mantenere un certo livello dei prezzi al dettaglio.

Esamineremo ora questi casi più dettagliatamente, evidenziandone poi alcuni aspetti rilevanti per lo sviluppo del diritto in materia di articolo 101 TFUE; ci occuperemo del caso *Trod Ltd*/*GBE Ltd* (e non direttamente del caso "pilota" Topkins, peraltro del tutto analogo quanto ai fatti contestati) perché svoltosi nel Regno Unito quando il paese faceva ancora parte della Comunità Europea e, quindi, trattato conformemente alle regole antitrust della CEE.

2. Il caso *Trod Ltd/GB Eye Ltd*

2.1. I fatti

GB Eye Limited (nel prosieguo *GBE*) è una società del Regno Unito produttrice e venditrice, a livello internazionale, di articoli e prodotti vari di sport ed intrattenimento, tra i quali i poster e le relative cornici sono l'articolo principale. *GBE* vendeva i suoi prodotti sia come grossista, sia come rivenditore diretto online; e ciò tanto direttamente ai consumatori finali attraverso il proprio sito web, quanto attraverso piattaforme di terzi, quale *Amazon*.

Trod Limited (nel prosieguo *Trod*) è, anch'essa, una società del Regno Unito che vende, anche internazionalmente, sia all'ingrosso che al dettaglio, giocattoli ed altri prodotti, compresi poster e relative cornici di sport e intrattenimento. *Trod* era un'acquirente all'ingrosso dei prodotti di *GBE*, talché, visto che *GBE* vendeva anche direttamente i propri prodotti, era pure una diretta concorrente.

GBE riceveva vari reclami da alcuni dei commercianti che acquistavano i suoi prodotti, ed in particolare da *Trod*, per il fatto di avere notevolmente aumentato la propria quota di mercato,

---

[8] Decisione della Commissione del 24 luglio 2018 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, Caso AT.40469 — *Denon & Marantz (restrizioni verticali)*, 4774 def, disponibile all'indirizzo web https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[9] Decisione della Commissione del 24 luglio 2018 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, Caso AT.40181 — *Philips (restrizioni verticali)*, 4797 def, disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf (ultima consultazione 15 settembre 2022).

[10] Decisione della Commissione del 24 luglio 2018 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso AT.40182 — *Pioneer (restrizioni verticali)*, 4790 def, in *G.U.U.E.* C 338/19 del 21 settembre 2018.

soprattutto su *Amazon Marketplace*, attraverso l'adozione di prezzi aggressivi e sottoquotati, e ciò in evidente pregiudizio e contrasto di interessi con i suoi clienti/rivenditori.

Intervenivano allora contatti tra *GBE* e *Trod*, al fine di trovare un'intesa sul *modus operandi*; in effetti, le due società decidevano di alzare i prezzi e di mantenerli allo stesso livello, monitorando i comportamenti dei concorrenti ed eventualmente adeguandosi a questi ove più bassi dei propri.

Dopo un breve periodo di tentativi di attuare manualmente l'accordo, le due imprese decidevano di utilizzare un *software* automatizzato di *repricing*, configurato in modo tale da dare attuazione alla loro intesa. Il *software* utilizzato consentiva automaticamente e giornalmente di variare i prezzi, pur mantenendoli identici tra di loro nel 99% dei casi[11].

2.2. Le indagini e il procedimento

L'Autorità garante della Concorrenza del Regno Unito aveva, quindi, aperto un'indagine in merito, ritenendo che vi fossero fondati motivi per sospettare che le parti avessero posto in essere un'attività di cartello, vietata dalla legge sulla concorrenza.

Anche grazie alla collaborazione delle imprese indagate, ed in particolare di *GBE* che aveva proposto una domanda di trattamento favorevole nel procedimento, l'Autorità aveva reperito prove dirette (mail, testimonianze, riscontri oggettivi, ecc.) dei fatti sopra descritti.

2.3. La decisione della *Competition and Markets Authority*

Individuati, anche ai fini della determinazione dell'entità delle sanzioni, i mercati rilevanti in quelli delle vendite, su *Amazon* nell'ambito del territorio del Regno Unito, di manifesti sportivi e d'intrattenimento e di cornici, l'Autorità riteneva che le due imprese avevano violato la normativa sulla concorrenza per aver partecipato ad un accordo e/o ad una pratica concordata in base ai quali, in assenza di un venditore su *Amazon* che praticasse prezzi più convenienti, esse non si sarebbero sottoquotati i rispettivi prezzi a vicenda.

Osservava, in diritto, che i concetti di "accordo" e di "pratica concordata" si riferiscono a forme di collusione aventi la stessa natura, che si distinguono tra loro soltanto per l'intensità e per le forme in cui si manifestano. In particolare affermava che: (i) il concetto di pratica concordata deve essere inteso alla luce del principio che ogni operatore economico deve determinare autonomamente la politica che intende adottare sul mercato, compresa la scelta dei soggetti e delle imprese a cui

[11] Caso n. CR 15-0419 WHO, *Trod Limited (in administration)/ GB eye Limited*, § 3.72.

propone o vende[12]; (ii) una pratica concordata è «*una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza*»[13]; (iii) la Corte di giustizia ha aggiunto che «*per natura, la pratica concordata non presenta tutte le caratteristiche di un accordo; la sua esistenza si può desumere dal coordinamento che si concreta nella condotta dei partecipanti*»[14]; (iv) il coordinamento (vietato dall'obbligo di indipendenza) comprende qualsiasi contatto diretto o indiretto tra imprese che abbia per oggetto o per effetto di influenzare i comportamenti sul mercato di un concorrente effettivo o potenziale[15] creando così condizioni di concorrenza non corrispondenti alle normali condizioni del mercato in questione[16]; (v) ne consegue che *«la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione fra le imprese, un comportamento sul mercato successivo alla concertazione stessa e un nesso causale fra questi due elementi*»[17]. Tuttavia, ciò non significa necessariamente che la condotta debba produrre l'effetto concreto di restringere, impedire o falsare la concorrenza[18].

Ricordava, altresì, il fatto che la Corte di giustizia avesse ritenuto che «*sebbene le nozioni di accordo e di pratica concordata presentino elementi costitutivi parzialmente diversi, esse non sono reciprocamente incompatibili*», per cui non è necessario, per accertare una violazione, qualificare un comportamento come esclusivamente accordo o come pratica concordata[19].

Alla luce di tali principi di diritto e sulla base delle prove raccolte, concludeva ritenendo le due imprese responsabili di avere dato luogo, se non addirittura ad un accordo, quantomeno ad una pratica concordata che aveva lo scopo di impedire, restringere o falsare la concorrenza, avendo eliminato o grandemente limitato i vantaggi per i consumatori derivanti dalla libera concorrenza sui prezzi in un importante canale di vendita.

---

[12] Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, § 173.

[13] V. nota 20, Capitolo I.

[14] *Ibid*.

[15] Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee, §* 174.

[16] Corte giust. CE, Causa 172/80, *Gerhard Züchner contro Bayerische Vereinsbank AG*, sentenza del 14 luglio 1981, in *Racc*. 2021-2034 (1981), § 14.

[17] Causa C-49/92 P, *Commissione delle Comunità europee contro Anic Partecipazioni SpA*, § 118.

[18] *Ibid*., § 124.

[19] *Ibid*., §§ 131-132.

Conseguentemente irrogava alle imprese una sanzione pecuniaria, nella determinazione della quale, oltre ai criteri dell'entità del fatturato, del mercato rilevante, della gravità dell'infrazione, veniva tenuto conto quale attenuante della cooperazione prestata dalla imprese nell'attività di indagine e di ricerca delle prove.

3. Il caso *Eturas*

3.1. I fatti

Nel 2012 il Consiglio della concorrenza della Repubblica di Lituania (in prosieguo, il Consiglio della concorrenza) multava 30 agenti di viaggio/*tour operator* per l'importo di oltre 1.500.000 Euro per aver posto in essere una pratica concordata anticoncorrenziale nel mercato della vendita di pacchetti turistici nell'ambito dell'intero territorio lituano.

Il Consiglio della concorrenza sosteneva che le agenzie interessate avevano coordinato i loro comportamenti, fissando un tetto massimo di sconto fino al 3% per i pacchetti turistici venduti via Internet, attraverso l'utilizzazione comune di un sistema di ricerca e prenotazione online chiamato E-TURAS, predisposto e gestito dall'impresa *UAB "Eturas"* (anch'essa agenzia di viaggio), in violazione dell'articolo 5 della legge nazionale sulla concorrenza e dell'articolo 101 TFUE.

Il sistema E-TURAS è una piattaforma informatica completamente automatizzata per la ricerca e la prenotazione di pacchetti turistici online ed era disponibile per tutti gli operatori di mercato, attraverso l'acquisto della relativa licenza, e specificamente progettato per i *tour operator*/agenzie di viaggio che vendono online.

Essendo questa piattaforma disponibile per tutti gli operatori di mercato che desideravano utilizzarla, costoro erano ovviamente a conoscenza del fatto che altri loro concorrenti (pur potendo anche non sapere direttamente quali) utilizzavano o potevano utilizzare il sistema nelle stesse condizioni.

L'indagine dell'Autorità lituana, partita a seguito della segnalazione che una delle 30 agenzie aveva effettuato in cambio dell'immunità dalle conseguenze sanzionatorie dell'istaurando procedimento, in conformità del regime di clemenza previsto dal Consiglio, aveva rivelato che l'amministratore del sistema gestito da *UAB "Eturas"* aveva, dapprima, inviato ai suoi clienti un questionario elettronico chiedendo l'entità dello sconto che volevano inserire nel sistema e, successivamente, inviato loro, mediante messaggio di posta elettronica, la seguente comunicazione: «*Tenuto conto delle dichiarazioni, dei suggerimenti e degli auspici delle agenzie di viaggio per quanto riguarda l'applicazione di un tasso di sconto per le prenotazioni di viaggi attraverso*

Internet, introduciamo la possibilità di accordare sconti via Internet, che oscillano, a scelta, tra lo 0% e il 3%. Tale "tetto" del tasso di sconto aiuterà a preservare l'importo della commissione e a normalizzare le condizioni della concorrenza. Attenzione! Per le agenzie di viaggio che offrono sconti con un tasso superiore al 3%, [quest'ultimo] sarà automaticamente ridotto al 3% a partire dalle ore 14. Qualora abbiate diffuso informazioni sul tasso di sconto vi suggeriamo di modificarle di conseguenza»[20].

La piattaforma veniva, poi, effettivamente programmata in modo tale che potesse consentire soltanto lo sconto massimo del 3%.

Da quel momento le agenzie utilizzatrici del sistema non hanno più potuto fissare, a propria discrezione, uno sconto diverso e l'indagine ha dimostrato che esse avevano effettivamente applicato lo sconto massimo previsto e che nessuna si era opposta a tale comportamento.

3.2. L'iter processuale lituano e il rinvio alla Corte di giustizia della UE

Il Consiglio della concorrenza, sebbene non avesse trovato la prova concreta della ricezione o della effettiva lettura del messaggio incriminato da parte delle agenzie, riteneva che questi fossero comunque responsabili per violazione dell'articolo 101 TFUE.

Le agenzie sanzionate impugnavano la decisione dinanzi alle Autorità giudiziarie lituane sostenendo di non aver posto in essere una pratica concordata ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE poiché non potevano essere ritenute responsabili delle azioni unilaterali di *Eturas*. Alcune di esse sostenevano inoltre: (i) di non aver ricevuto o non aver letto il messaggio mail incriminato, in quanto l'utilizzo della piattaforma E-TURAS rappresentava una parte minima del loro fatturato, per cui non vi avevano prestato attenzione; (ii) di aver continuato ad utilizzare il sistema di informazione anche dopo l'introduzione tecnica del tetto agli sconti, dal momento che non esisteva altro sistema di informazione e che sarebbe stato troppo costoso svilupparne uno in proprio; (iii) che, in linea di principio, gli sconti non erano limitati, poiché le agenzie di viaggio considerate continuavano ad avere la possibilità di accordare ai propri clienti sconti individuali di fedeltà supplementari.

Il giudice di primo grado lituano riteneva sussistente la violazione contestata, pur riducendo l'entità della sanzione imposta.

Tanto le agenzie, quanto il Consiglio impugnavano tale decisione davanti al giudice di secondo grado lituano, il quale, nutrendo dubbi riguardo all'esistenza di sufficienti criteri idonei a

[20] Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, § 10.

dimostrare, nella fattispecie, la partecipazione delle agenzie di viaggio interessate ad una pratica concordata di natura orizzontale e interrogandosi, quindi, circa l'interpretazione da dare all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e, in particolare, alla ripartizione dell'onere della prova ai fini dell'applicazione di tale disposizione, rinviava la questione alla Corte di Giustizia della UE affinché la dirimesse.

Il giudice del rinvio evidenziava che, nella fattispecie, il principale elemento di prova per fondare la condanna era costituito unicamente da una presunzione, in base alla quale le agenzie di viaggio avrebbero letto o dovuto leggere il messaggio e avrebbero, quindi, dovuto comprendere tutte le implicazioni contenute nella decisione di limitare il tasso degli sconti offerti. In tal senso, la Corte lituana osservava che nel diritto della concorrenza si applica la presunzione di innocenza e dubitava, quindi, che le agenzie di viaggio potessero essere ritenute responsabile solo sulla base delle presunzioni suddette, tanto più che alcune avevano negato di essere a conoscenza del messaggio e altre avevano venduto il loro primo viaggio solo dopo che le modifiche tecniche erano intervenute o, addirittura, non ne avevano venduti alcuni per mezzo del sistema di prenotazione E-TURAS.

Per altro verso, ammetteva che le agenzie di viaggio utilizzatrici della piattaforma sapevano o avrebbero dovuto sapere che anche i loro concorrenti utilizzavano tale sistema, cosicché avrebbero dovuto dar prova tanto di circospezione quanto di diligenza e, pertanto, non si sarebbero potute astenere dal leggere i messaggi che ricevevano (tra l'altro, alcune delle agenzie lo avevano ammesso).

Pertanto la Corte suprema amministrativa della Lituania sospendeva il procedimento, sottoponendo alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

1. «*Se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui gli operatori economici partecipano ad un sistema elettronico comune di informazione del tipo descritto nella presente causa e il Consiglio per la concorrenza ha dimostrato che erano stati introdotti in tale sistema un avviso di sistema riguardante le limitazioni degli sconti e una limitazione tecnica all'inserimento dei tassi degli sconti, si può presumere che tali operatori economici fossero a conoscenza, o avrebbero dovuto essere a conoscenza, dell'avviso di sistema introdotto nel sistema elettronico di informazioni e che, non opponendosi all'applicazione di tali limitazioni di sconto, abbiano espresso la loro tacita approvazione alla limitazione dello sconto sul prezzo e, per tale ragione, possano essere ritenuti*

responsabili dell'attuazione di pratiche concordate ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

2. *In caso di risposta negativa alla prima questione, quali elementi debbano essere presi in considerazione nel determinare se gli operatori economici che partecipano ad un sistema elettronico comune di informazione, in circostanze quali quelle del procedimento principale, abbiano attuato pratiche concordate ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE*»[21].

3.3. La decisione della Corte di giustizia della UE

Per quanto riguarda la prima questione, ricordato che la violazione dell'articolo 101 TFUE può essere integrata anche da un mero comportamento passivo[22], la Corte di giustizia evidenzia che la risposta non va cercata nell'ambito della nozione di "pratica concordata", ma in quello delle norme che disciplinano la valutazione delle prove e il loro grado di intensità[23]. Poiché le norme in materia di prove processuali non sono disciplinate dal diritto dell'Unione europea, in ragione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, la questione deve essere, quindi, risolta applicando il diritto nazionale (in questo caso lituano)[24]. Ribadisce peraltro che, ovviamente, le norme (in materia probatoria) degli Stati membri devono essere conformi al principio di effettività, in base al quale le norme nazionali che disciplinano la valutazione delle prove e del loro grado di intensità non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'attuazione delle regole di concorrenza europee.

In tal senso, considerato che nella maggior parte dei casi l'esistenza di una pratica concordata non può che essere desunta da una serie di coincidenze e indizi che, nel loro insieme e in assenza di altre spiegazioni plausibili, può costituire prova della violazione, afferma che tale violazione può essere provata «*non solo mediante prove dirette, ma anche attraverso indizi, purché questi ultimi siano oggettivi e concordanti*»[25].

---

[21] Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, § 25.

[22] Cfr. Causa T-99/04, *AC-Treuhand AG contro Commissione europea*, § 31 e la giurisprudenza citata.

[23] Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, § 34.

[24] La Corte di giustizia rinvia alle sue precedenti sentenze in Corte giust. UE, Grande Sezione, Causa C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) VZW*, sentenza del dicembre 2010, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83436&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14165676; EU:C:2010:739 (ultima consultazione 16 settembre 2022) e Corte giust. UE, sez. sesta, Causa C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV contro Sportland Oy*, sentenza del 15 ottobre 2015, disponibile all'indirizzo web https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0310&from=IT (ultima consultazione 16 settembre 2022).

[25] Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, § 34.

Da tali premesse, la Corte precisa che, qualora la Corte lituana dubiti che le agenzie siano venute o debbano essere venute a conoscenza del contenuto del messaggio, allora deve applicare la presunzione di innocenza; in pratica, in applicazione della presunzione di innocenza, dal mero invio del messaggio non è possibile dedurre che un soggetto sia stato a conoscenza (o avrebbe dovuto essere a conoscenza) del contenuto di esso, ma la Corte afferma altresì che ciò non impedisce «*che il giudice del rinvio consideri che l'invio del messaggio controverso nel procedimento principale possa, alla luce di altri indizi oggettivi e concordanti, dare fondamento alla presunzione che le agenzie di viaggio di cui al procedimento principale erano a conoscenza del suo contenuto a partire dalla data dell'invio del suddetto messaggio, sempre che tali agenzie mantengano la possibilità di confutarla*»[26]. Ed in tale ultimo senso, la Corte di giustizia precisa altresì che non si può richiedere ai convenuti di fornire prove eccessive o irrealistiche per dimostrare che non siano stati a conoscenza del contenuto del messaggio, essendo sufficiente, ad esempio, che dimostrino di non aver ricevuto il messaggio o di non aver consultato la sezione in questione o di non averlo fatto se non dopo diverso tempo dall'invio.

Per quanto riguarda, invece, la seconda questione, la Corte di giustizia richiama la sua precedente giurisprudenza[27], secondo cui la nozione di pratica concordata implica, oltre alla concertazione tra imprese, successivi comportamenti sul mercato e un rapporto di causalità tra i due elementi[28].

Pertanto, con riguardo al caso di specie, le prove raccolte sono idonee a giustificare l'accertamento di una pratica concordata tra le parti a conoscenza del contenuto del messaggio, che potrebbero ritenersi responsabili di aver tacitamente acconsentito alla realizzazione di un comportamento comune anticoncorrenziale, solo in presenza di (*i*) una effettiva e conseguente condotta sul mercato e (*ii*) un nesso causale tra la concertazione e tale condotta. In altri termini, a seconda della valutazione delle prove che esprimerà il giudice del rinvio, si può presumere che un'agenzia di viaggi abbia partecipato a tale concertazione se si depone per il fatto che essa sia stata a conoscenza del contenuto del messaggio; laddove non sia possibile provare direttamente che le agenzie siano state state a conoscenza del messaggio, la responsabilità non può essere affermata

---

[26] *Ibid*., § 40.

[27] Con particolare riguardo a Causa C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe, anciennement Dole Germany OHG contro Commissione europea* e giurisprudenza ivi citata.

[28] Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, § 42.

deducendola dal mero inserimento del limite di sconto nella piattaforma, ma soltanto ove sussistano ulteriori indizi oggettivi e coerenti di aver tacitamente assentito all'azione anticoncorrenziale[29].

Quanto, infine, alla possibilità che uno dei destinatari del messaggio possa dissociarsi pubblicamente dalla condotta illecita e, quindi, evitare le contestazioni, la Corte ha attribuito rilevanza alla circostanza che, non potendo sapere chi fossero gli effettivi destinatari del messaggio, l'agenzia che avesse voluto dissociarsi non era tenuta ad inviare la propria dichiarazione a tutti i concorrenti, ma soltanto all'amministratore del sistema[30].

4. I casi *Consumer Electronics* (*Asus*, *Pioneer*, *Denon & Marantz*, *Philips*)

4.1. I fatti e l'avvio del procedimento

Nel 2017, a seguito di alcune precedenti indagini ed ispezioni, la Commissione europea avviava procedimenti per l'adozione di decisioni ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, del regolamento n. 773/2004[31] per la ritenuta condotta anticoncorrenziale, nel mercato al dettaglio online dell'elettronica di consumo, posta essere in essere da alcune grandi imprese produttrici di apparecchi elettronici (*Asus*, *Denon & Marantz*, *Philips* e *Pioneer*).

In tal senso rivolgeva una richiesta di informazioni ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003[32] alle imprese, comunicando loro le problematiche riscontrate.

Nei quattro casi, distinti ma sostanzialmente analoghi, le imprese indagate si erano impegnate in pratiche tendenti al mantenimento del prezzo di rivendita (*resale price maintenance*, nel prosieguo RPM), attraverso l'uso di algoritmi e programmi interni.

In tutti i casi, l'RPM faceva parte della strategia aziendale complessiva con procedure sistematiche impiegate per la sua applicazione (ad esempio, i dipendenti avevano il compito di contattare i rivenditori che avevano praticato prezzi inferiori rispetto a quelli di rivendita consigliati). Nella maggior parte dei casi, le imprese indagate non avevano dovuto applicare misure

---

[29] *Ibid*., § 45.

[30] *Ibid*., § 47.

[31] L'art., al § 1, così recita:

1. «La Commissione può decidere di avviare il procedimento per l'adozione di una decisione ai sensi del capitolo III del regolamento (CE) n. 1/2003 in qualsiasi momento, ma non dopo la data in cui ha espresso la valutazione preliminare di cui all'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento o ha emesso la comunicazione degli addebiti né dopo la data della pubblicazione della comunicazione di cui all'articolo 27, paragrafo 4, dello stesso».

[32] L'art., al § 2, così recita:

2. «Nell'inviare una semplice domanda di informazioni ad un'impresa o associazione di imprese, la Commissione indica le basi giuridiche e lo scopo della domanda, precisa le informazioni richieste e stabilisce il termine entro il quale le informazioni devono essere fornite nonché le sanzioni previste dall'articolo 23 nel caso in cui siano fornite informazioni inesatte o fuorvianti».

ritorsive, in quanto i rivenditori si erano conformati spontaneamente e rapidamente ai *desiderita* dei produttori, aumentando i prezzi o interrompendo le promozioni. Per di più, erano spesso gli stessi rivenditori a segnalare alle imprese produttrici i "colleghi" che non si uniformavano ai prezzi consigliati. Tuttavia, nel caso in cui un rivenditore sembrava riluttante ad adeguarsi, veniva minacciato di interruzione delle forniture e di altre misure, quali, ad esempio, quella di revocargli la qualifica di "rivenditore autorizzato" o di riconoscergli sconti sui prezzi di fornitura solo a condizione del rispetto dei prezzi di vendita consigliati: i partner commerciali "leali" hanno ricevuto sconti maggiori, mentre l'inosservanza ha comportato la perdita di tali vantaggi.

Le imprese indagate monitoravano i prezzi con l'aiuto di siti *web* di confronto di essi e, nel caso di *Pioneer*, attraverso un sistema di tracciamento interno; ciò consentiva alle imprese oggetto dell'inchiesta di rivolgersi a tutti i dettaglianti, indipendentemente dal loro paese di origine.

Rispetto agli altri, *Pioneer* aveva anche imposto restrizioni al commercio parallelo, cercando di impedire che i rivenditori esportassero al di fuori del loro paese; ciò utilizzando un sistema di tracciabilità in grado di identificare i prodotti di ciascun rivenditore e rintracciarli in qualsiasi punto vendita e revocando i vantaggi del prezzo all'ingrosso ai rivenditori (inserendoli in una "*blacklist*") che esportavano prodotti a un prezzo inferiore.

4.2. La collaborazione delle imprese e la "proposta di transazione"

Le case produttrici si sono difese sostenendo che l'impiego sistematico e rigoroso di RPM nel mercato online era reso necessario dal timore di una "erosione dei prezzi", derivante dall'esperienza che nel mercato online i rivenditori seguono da vicino i prezzi l'uno dell'altro (è, cioè, probabile che, se un rivenditore abbassa il prezzo, gli altri lo seguano)[33]. In ogni caso, però, presentavano offerte formali di cooperazione in vista dell'adozione di una decisione ai sensi degli articoli 7 e 23 del Regolamento (CE) 1/2003[34].

---

[33] *Ibid*., § 137.

[34] L'art. così recita:

1. «Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata.
2. Possono presentare una denuncia ai sensi del paragrafo 1 le persone fisiche o giuridiche che abbiano legittimo interesse e gli Stati membri».

Le richieste di transazione contenevano: (*i*) il riconoscimento in termini chiari ed inequivocabili della loro responsabilità per l'infrazione contestata per quanto riguarda l'oggetto, i fatti principali e la loro qualificazione giuridica; (*ii*) l'indicazione dell'importo massimo della sanzione da irrogare, che avrebbero accettato nel contesto di una procedura di cooperazione; (*iii*) il riconoscimento di essere state sufficientemente informate delle contestazioni della Commissione e di esser stata data loro sufficiente opportunità di esprimere il loro parere in merito; (*iv*) la conferma che le imprese non avrebbero richiesto un ulteriore accesso al fascicolo né di essere nuovamente sentite in un'audizione, a patto che la comunicazione degli addebiti e la decisione della Commissione rispecchiassero i termini della proposta di transazione[35].

Nel 2018 la Commissione adottava una comunicazione degli addebiti, cui le imprese rispondevano ribadendo la volontà di seguire la procedura di collaborazione e confermando che essa rifletteva il contenuto della richiesta di transazione.

4.3. La decisione della Commissione

Nelle decisioni, la Commissione, dopo aver riepilogato i fatti e le fonti di prove, ha evidenziato che il comportamento tenuto dalle imprese costituiva una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, in quanto configurabile come pratica concordata (in questo caso di carattere verticale) tra le imprese e i rivenditori nei vari paesi del SEE, con l'intento di limitare la concorrenza sui prezzi di rivendita e il commercio parallelo[36].

La Commissione ha, inoltre, ritenuto che si trattasse di una violazione unica e continuata perché, seppure posta in essere attraverso una molteplicità di atti e condotte, essa si inseriva in un identico piano complessivo diretto ad ottenere un aumento o ad evitare una diminuzione dei prezzi di rivendita dei prodotti all'interno del mercato[37].

Quanto alla limitazione della concorrenza, la Commissione ha affermato come il coordinamento di imprese diretto ad incidere sul mantenimento dei prezzi di rivendita sia una pratica che, già per sua natura e senza necessità di valutarne e provarne gli effetti, ha per oggetto quello di limitare la concorrenza e la libertà di iniziativa dei rivenditori. In tal senso, l'uso di programmi algoritmici per

---

[35] Cfr., ad esempio, Decisione della Commissione *Pioneer (restrizioni verticali)*, 4790 def, § 17.

[36] Cfr. *ibid*., §§ 141-144.

[37] Cfr. *ibid*., §§ 145-149.

il monitoraggio e l'adeguamento dei prezzi moltiplica e facilita l'azione illecita delle imprese indagate[38].

La Commissione ha concluso la propria disamina dei casi affermando che il comportamento aveva evidente effetto sugli scambi tra gli Stati membri, dato che le varie attività erano state poste in essere in numerosi Stati del SEE, e che non era applicabile l'esenzione di cui all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE (prevista per le intese verticali), dal momento che non ne soddisfaceva le condizioni richieste, sia perché aveva per oggetto quello di limitare la capacità dei rivenditori di determinare in maniera libera ed indipendente il prezzo di vendita ed i territori nei quali poter operare, sia perché non vi erano indicazioni che il comportamento «*was indispensable to alleviate the repercussions of free-riding between online and offline sales channels*»[39].

La Commissione, pertanto, ha chiesto alle imprese di porre fine alle infrazioni (se non già fatto) e di astenersi da qualsiasi misura che abbia lo stesso od un simile oggetto o effetto; ha inoltre applicato le sanzioni pecuniarie in linea con le riduzioni previste dalle proposte di transazione presentate dalle imprese (50% per Pioneer e 40% per le altre tre società[40]). In tal senso, ha motivato l'accettazione delle riduzioni in ragione della collaborazione prestata dalle imprese al di là del loro obbligo legale, (*i*) avendo fornito ulteriori elementi di prova che si sono aggiunti a quelli di cui la Commissione era già in possesso, rafforzando significativamente la capacità della stessa di provare l'infrazione; (*ii*) avendo preso atto e riconosciuto la violazione dell'articolo 101 TFUE in relazione alle condotte contestate; (*iii*) avendo rinunciato a determinati diritti procedurali, con conseguente snellimento ed efficacia dell'*iter* amministrativo[41].

5. Considerazioni conclusive

Il caso *Topkins* è stato il primo procedimento giudiziario sul mercato online in cui è stata contestata la creazione di un cartello per la fissazione dei prezzi attraverso l'utilizzo di algoritmi.

Sebbene David Topkins abbia deciso di patteggiare, dichiarandosi così colpevole e pagando una multa di 20.000 dollari (per cui non vi è stata una formale sentenza), l'Assistente procuratore generale Bill Baer, della divisione antitrust del Dipartimento di giustizia, ha affermato che «w*e will*

[38] Cfr. *ibid*., §§ 150-155.

[39] «*Che il comportamento fosse indispensabile per alleviare le ripercussioni del free-riding tra i canali di vendita online e offline*». (Cfr. Decisione della Commissione *Pioneer (restrizioni verticali)*, 4790 def, § 165).

[40] Cfr. Decisione della Commissione *Asus (restrizioni verticali)*, 4773 def, § 143; Decisione della Commissione *Denon & Marantz (restrizioni verticali)*, 4774 def, § 130; Decisione della Commissione *Philips (restrizioni verticali)*, 4797 def, § 97; Decisione della Commissione *Pioneer (restrizioni verticali)*, 4790 def, § 190.

[41] Cfr., ad esempio, Decisione della Commissione *Pioneer (restrizioni verticali)*, 4790 def, § 191.

*not tolerate anticompetitive conduct, whether it occurs in a smoke-filled room or over the Internet using complex pricing algorithms. American consumers have the right to a free and fair marketplace online, as well as in brick and mortar businesse*s»[42].

Il Commissario europeo per la concorrenza, Margrethe Vestager, ha preso una posizione simile, affermando che «*companies can't escape responsibility for collusion by hiding behind a computer program*»[43].

Le leggi sulla concorrenza vietano agli operatori del mercato di impegnarsi in cartelli, ossia in intese orizzontali tra operatori del mercato per restringere la concorrenza, senza che ciò sia compensato con la contestuale introduzione di benefici per il pubblico dei consumatori.

Questo divieto si basa sull'idea che la concorrenza generalmente aumenta il benessere e che, affinché la concorrenza esista, i concorrenti devono prendere decisioni indipendenti. Di conseguenza, gli accordi di fissazione dei prezzi tra concorrenti sono considerati dannosi ed illegittimi e possono portare all'irrogazione di pesanti sanzioni in tutte le giurisdizioni mondiali, eccetto i casi in cui l'intesa non aumenti il benessere dei consumatori.

Fino a poco tempo fa, la formazione di un cartello richiedeva la volontà, l'impegno e l'intervento dell'uomo; con l'avvento degli algoritmi e dell'economia digitale, tuttavia, sta diventando tecnologicamente possibile per i programmi informatici coordinare autonomamente i prezzi e le altre condizioni commerciali.

In effetti, gli algoritmi possono rendere il coordinamento dei prezzi molto più semplice e veloce che mai, almeno in alcune condizioni di mercato. La loro velocità e raffinatezza possono aiutare a determinare un prezzo sovra-concorrenziale in maniera tale da reagire pressoché istantaneamente alle mutevoli condizioni del mercato, avvantaggiando tutti i concorrenti che beneficiano così di prezzi simili e sovraquotati; la velocità con cui possono rilevare e rispondere alle deviazioni da un equilibrio coordinato di prezzi sovra-concorrenziali, riduce gli incentivi dei concorrenti a offrire prezzi più bassi, facilitando in tal modo la stabilità dei prezzi a livelli più profittevoli.

Nascono quindi le seguenti domande: quando l'uso di algoritmi di determinazione dei prezzi costituisce un cartello illegale? Possono essere ritenuti responsabili coloro che utilizzano algoritmi,

---

[42] «*Non tollereremo comportamenti anticoncorrenziali, indipendentemente dal fatto che si verifichino in separata sede o su Internet utilizzando complessi algoritmi di prezzo. I consumatori americani hanno diritto ad un mercato online libero ed equo, così come nelle attività fisiche*». (Cfr. United States Department of Justice, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution* (2015)., disponibile all'indirizzo web: <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplac> (ultima consultazione 16 settembre 2022))**.**

[43] «*Le aziende non possono sottrarsi alla responsabilità per collusione nascondendosi dietro un programma per computer*», (Cfr. VESTAGER, *Algorithms and competition*).

nonché coloro che li progettano? Le conseguenze che derivano dalla risposta a queste due domande potrebbero essere di grande rilievo: infatti, se il diritto della concorrenza viene applicato in maniera troppo restrittiva, il coordinamento facilitato dagli algoritmi potrebbe non essere punibile, con conseguente pregiudizio della concorrenza nel mercato ed aumento dei prezzi; se, al contrario, viene applicato in modo troppo ampio, potrebbero vedersi puniti anche casi in cui gli algoritmi possono apportare vantaggi significativi.

Per provare la presenza di un cartello illecito è necessario dimostrare la sussistenza di un comportamento, anche meramente passivo, espressamente o tacitamente concordato tra almeno due imprese, volto a limitare la rispettiva libertà di iniziativa economica ed a coordinarne le scelte.

Alcuni scenari che coinvolgono algoritmi di determinazione dei prezzi rientrano facilmente nella definizione: e cosi uno semplice prevede l'uso di algoritmi per implementare o monitorare un accordo e/o una pratica concordata a cui imprese concorrenti hanno preventivamente dato luogo, come è avvenuto nel caso *Topkins* e nell'analogo caso *Trod Ltd/GB Eye Ltd*, descritto al precedente paragrafo 2, in cui gli algoritmi sono stati usati solo per implementare l'intesa raggiunta tra le imprese.

I casi *Topkins* e *Trod Ltd/GB Eye Ltd* potrebbero, peraltro, rappresentare solo la punta dell'iceberg per un nuovo campo di attività antitrust; in particolare, la raccolta di massa dei dati, l'elaborazione algoritmica e l'impostazione automatizzata dei prezzi avranno applicazioni oltre *Amazon Marketplace*.

In effetti, una serie di nuovi modelli di business dinamici, in particolare nella cosiddetta "economia della condivisione", implicano l'uso di queste tecnologie per abbinare acquirenti e venditori in sistemi interni guidati da algoritmi che, in una certa misura, sostituiscono l'attività umana. Aziende come Uber, Airbnb e similari organizzano reti di transazioni, gestite totalmente per mezzo di algoritmi, estese alla fornitura di servizi e non più soltanto alla vendita di prodotti, tanto da aver già dato adito a sospetti di condotte anticoncorrenziali[44].

---

[44] Così, alla nota 23, nelle sue conclusioni per Corte giust. UE, Grande Sezione, Causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi contro Uber Systems Spain SL*, sentenza del 20 dicembre 2017, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=AD7B42ED2615B82E9AB1615E2A01729A?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12226 (ultima consultazione 17 settembre 2022), non direttamente riguardante temi non di nostro interesse, si è espresso l'Avvocato Generale Szpunar: «*Ad esempio, l'utilizzo da parte di concorrenti del medesimo algoritmo per calcolare il prezzo non è di per sé illegale, ma potrebbe suscitare preoccupazioni rispetto alla hub-and-spoke conspiracy con l'aumentare del potere della piattaforma*». (Cfr. BEKISZ, *When Does Algorithmic Pricing Result In an Intra-Platform Anticompetitive Agreement or Concerted Practice? The Case of Uber In the Framework of EU Competition Law*, in 12 *JECLAP* 217–235 (2021)).

Così, uno scenario più complesso si verifica quando imprese concorrenti utilizzano autonomamente e indipendentemente algoritmi di prezzo, progettati per massimizzare i loro profitti.

Se l'algoritmo non crea vantaggi compensativi per i consumatori, il suo impiego potrebbe costituire un cartello illegale[45]. In questi casi gli algoritmi sono progettati in modo del tutto indipendente dai concorrenti, ma includono parametri e opzioni che reagiscono automaticamente alle decisioni di altri concorrenti in maniera tale che, anche senza un'intesa o un contatto diretto per decidere di procedere in tal senso, viene di fatto rafforzato o mantenuto un risultato coordinato congiunto; addirittura, potrà anche avvenire che gli algoritmi non vengano deliberatamente progettati in modo da facilitare il coordinamento, ma venga loro assegnato un obiettivo generale di "massimizzazione dei profitti"[46].

In questi casi sarà ovviamente più difficile per le Autorità garanti e la Commissione stabilire se l'uso degli algoritmi possa configurare una collusione tra imprese, ma ciò dipende dalle problematiche di carattere probatorio che tali situazioni comportano, piuttosto che dall'inquadramento giuridico nell'ambito del diritto della concorrenza vigente.

Infatti, come ampiamente evidenziato nel capitolo II, non vi è dubbio che la collusione ottenuta attraverso l'uso di algoritmi possa dar luogo ad una violazione dell'art. 101 TFUE, perché essa rientra nel tradizionale concetto di pratica concordata o, quanto meno, perché le attività di monitoraggio degli algoritmi rappresentano un meccanismo di scambio (pubblico o privato) di informazioni tra concorrenti. Il commissario europeo per la concorrenza ha affermato che «*legal entities must be held accountable for the consequences of the algorithms they choose to use*»[47] e così si è espressa anche la Corte di giustizia nella sentenza *Eturas*.

Proprio in tale pronuncia si trattano le problematiche di carattere probatorio cui abbiamo accennato, laddove la Corte, tenuto conto della difficoltà di offrire una prova diretta della

---

[45] Tale scenario è stato recentemente analizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del Lussemburgo. Lì, numerosi tassisti hanno utilizzato congiuntamente una piattaforma di prenotazione che utilizzava un algoritmo per determinare i prezzi dei taxi per tutti i conducenti partecipanti. L'algoritmo imposta il prezzo in base a criteri predeterminati come la durata del viaggio, l'ora di servizio, la congestione del traffico e così via. Il prezzo non era trattabile. Questo accordo è risultato costituire un accordo per fissare i prezzi. È stato comunque esentato in quanto le efficienze generate (compresa la riduzione dei tempi di attesa e la riduzione dei prezzi per alcuni consumatori) erano maggiori del danno causato dal coordinamento e che queste efficienze non potevano essere raggiunte con mezzi meno restrittivi. Molto dipende, tuttavia, dai fatti specifici di un dato caso, inclusa la formula del prezzo utilizzata dall'algoritmo e dalle efficienze che crea (cfr. Conseil de la Concurrence, *Décision n. 2018-FO-01 du 7 juin 2018 concernant une procédure au fond mettant en cause - Webtaxi S.à r.l.*; disponibile all'indirizzo web: https://concurrence.public.lu/dam-assets/fr/decisions/ententes/2018/decision-n-2018-fo-01-du-7-juin-2018-version-non-confidentielle.pdf (ultima consultazione 17 settembre 2022).

[46] Cfr. EZRACHI e STUCKE, *Artificial Intelligence & Collusion*.

[47] «*Le persone giuridiche devono essere ritenute responsabili delle conseguenze causate dagli algoritmi che scelgono di utilizzare*» (cfr. VESTAGER, *Algorithms and competition*).

partecipazione, che abbiamo visto può essere anche passiva o tacita, purché consapevole, ad una pratica concordata, proprio per le peculiari caratteristiche di evasività che la connotano, opera un bilanciamento ed un contemperamento tra l'applicazione della presunzione di innocenza (principio generale e basilare della carta dei diritti UE) e quella del principio di efficacia ed equivalenza del diritto europeo rispetto a quello degli stati membri.

E così, se, in applicazione della presunzione di innocenza, non può desumersi, dal semplice invio di un messaggio o dall'inserimento di un limite di sconto (come potrebbe essere di un altro elemento economico omogeneo) in una piattaforma, la loro effettiva conoscenza da parte del destinatario/utilizzatore e quindi, accertarsi *sic et simpliciter* la sua partecipazione anche tacita ad un'attività collusiva, d'altra parte, in applicazione del principio di efficacia, può però essere ritenuta sufficiente per la prova la presenza di ulteriori indizi oggettivi, precisi e concordanti, purché ne sia consentita la confutazione da parte del convenuto stesso.

Sotto altro aspetto, le società che condividono importanti funzioni informatiche con i concorrenti dovranno d'ora innanzi monitorare con molta attenzione le operazioni svolte sulla piattaforma, anche in assenza di esplicito scambio di informazioni, e valutare conseguentemente l'opportuna reazione all'inserimento di potenziali limitazioni o vincoli anticoncorrenziali, manifestando cioè espressamente la propria contrarietà ed inosservanza per evitare possibili accuse, anche se è ritenuto sufficiente farlo nei soli confronti del gestore qualora non si conoscano gli altri partecipanti.

Da ultimo va segnalato che la Commissione ha inteso direttamente occuparsi di utilizzo degli algoritmi di determinazione dei prezzi anche in riferimento ad ipotesi di condotte anticoncorrenziali verticali, come si è visto nei casi *Consumer Electronics*.

Su tali fattispecie vi è una giurisprudenza ormai consolidata e risalente che classifica gli RPM e le restrizioni alle vendite transfrontaliere come gravi violazioni del diritto dell'UE in materia di concorrenza[48], talché la Commissione aveva lasciato alle Autorità nazionali garanti di occuparsi di tali casi; il fatto che abbia nuovamente ritenuto di occuparsene direttamente deriva, probabilmente, da averli considerati un'interessante opportunità per prendere posizione sul ruolo, in tale contesto, dei *software* e degli algoritmi di monitoraggio e determinazione dei prezzi, fenomeno nuovo ed in

[48] Cfr., ad esempio, Corte giust. CE, Causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH contro Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, sentenza del 28 gennaio 1986, in *Racc*. 353- 389 (1986), § 25 e Corte giust. CE, Causa 243/83, *SA Binon & Cie contro SA Agence et messageries de la presse*, sentenza del 3 luglio 1985, in *Racc*. 2015- 2048 (1986), § 44. Cfr. anche Decisione della Commissione del 16 Luglio 2003 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, Caso COMP/37.975 - *PO Yamaha*, disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37975/37975_91_5.pdf (ultima consultazione 17 settembre 2022) e Decisione della Commissione, del 21 dicembre 2000 relativa ad un procedimento in forza dell'articolo 81 del trattato CE, Caso AT.35918 — *JCB*, in *G.U.C.E*. L 69/1 del 12 marzo 2002.

grande ascesa che evidentemente necessitava di una pronuncia più autorevole e di impatto generale al fine di scoraggiare le imprese al loro utilizzo per il controllo e l'imposizione dei prezzi nei confronti dei propri rivenditori.

In tale quadro occorre segnalare come la Commissione si stia sempre più orientando ad adottare, nel trattare e perseguire ipotesi di condotte anticoncorrenziali, il procedimento che porta alle c.d. decisioni di impegno, mostrando di preferire una definizione anticipata e concordata con le imprese oggetto di indagine piuttosto che il concreto e diretto accertamento della violazione. Ciò sia per una più rapida e tempestiva, quanto ad efficacia, definizione del contenzioso, sia per le oggettive difficoltà probatorie che si potrebbero incontrare per le ragioni ampiamente indicate.

Tale atteggiamento, peraltro, impedendo il ricorso alla verifica giurisdizionale, diminuisce la possibilità che si sviluppi ed affini la costruzione e l'interpretazione del diritto europeo in tema di concorrenza relativamente alle condotte di cui ci siamo occupati, le quali, in realtà, stante la loro progressiva diffusione (e rapidità di mutamento) unitamente al grado di incertezza dei confini, meriterebbero forse un definizione giuridica e normativa più specifica.

BIBLIOGRAFIA

Libri

BARGELLI, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo il recepimento della direttiva 2005/29/Ce nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007) - Volume 145*, Giappichelli, Torino, 2008;

BLACK, *Conceptual Foundations of Antitrust*, CUP, Cambridge, 2009;

BOURGEOIS e WAELBROECK, *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*, Bruylant, Bruxelles, 2012;

BOUTERSE, *Competition and Integration: What Goals Count? EEC Competition Law and Goals of Industrial, Monetary, and Cultural Policy* (tesi di dottorato), Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1994;

CORMEN, LEISERSON, RIVEST e STEIN, *Introduction to Algorithms*[2], The MIT Press, Cambridge, 2001;

D'OSTUNI e BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli, Torino, 2021;

DABBAH, *EC and UK competition law: commentary, cases and materials*, CUP, Cambridge, 2004;

DE LA MANO, NAZZINI e ZENGER, *Article 102*, in *The EU Law of Competition*[3] a cura di Faull e Nikpay, OUP, Oxford, 2014, 329 ss.;

DE SMIJTER e SINCLAIR, *The Enforcement System under Regulation 1/2003*, in *The EU Law of Competition* a cura di Faull e Nikpay, OUP, Oxford, 2014, 98 ss.;

EHLERMANN e ATANASIU, *European Competition Law Annual 2005. The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Bloomsbury Publishing, Londra, 2007;

EZRACHI e STUCKE, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, Harvard University Press, Cambridge, 2016;

FATTORI e TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*[3], Il Mulino, Bologna, 2019;

FONTAINE e DE LY, *La redazione dei contratti internazionali, A partire dall'analisi delle clausole*, testo italiano a cura di Renzo Maria Morresi, Giuffrè, Milano, 2008;

FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea. Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015;

FRIGESSI DI RATTALMA, *Nuove sfide in tema di concorrenza e aiuti di stato nell'Unione Europea. Problemi sostanziali e equo processo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013;

FRIGNANI e WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*[4], UTET, Torino, 1996;

FURSE, *Competition Law of the EC and UK*[6], OUP, Oxford, 2008;

GALLO, *Public services and EU competition law. The social market economy in action*, Giappichelli, Torino, 2021;

GASSLER, *Information Exchange Between Competitors in EU Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2021;

GERADIN, LAYNE-FARRAR e PETIT, *EU Competition Law and Economics*, OUP, Oxford, 2012;

GERARD, *Negotiated Remedies in the Modernization Era: The Limits of Effectiveness*, in *European Competition Law Annual 2013. Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law*, a cura di Lowe, Marquis e Monti, Hart Publishing Ltd, Oxford, 2016, 139 ss.;

GERARD, GOODMAN, RIZZA, SCHULZ, SIRAGUSA e SORINAS, *EU Competition Law 3. Cartels and horizontal agreements*, Claeys & Casteels, Leuven, 2007;

GHEZZI e OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2013;

HONORE e FABRE, *European Union – Algorithmic pricing under Article 101 TFEU*, in JEFFS, *GCR insight: E-commerce competition enforcement guide*[2], Law Business Research Ltd, Londra, 2019, 41 ss.;

JONES, SUFRIN e DUNNE, *EU Competition Law. Text, cases and materials*[7], OUP, Oxford, 2019;

KAMEOKA, *Competition Law and Policy in Japan and the EU*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014;

KINGSTON, *Greening EU Competition Law and Policy*, CUP, Cambridge, 2012;

KOMNINOS, *EC Private Antitrust Enforcement Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing Office, Oxford, 2008;

LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014;

LORENZ, *An Introduction to EU Competition Law*, CUP, Cambridge, 2013;

MÄGER, *Europäisches Kartellrecht*[2], Nomos, Baden-Baden, 2011;

MINSKY, *Computation. Finite and Infinite Machines*, Prentice-Hall, Hoboken, 1967;

MONTI, *EC Competition Law*, CUP, Cambridge, 2007;

NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objective and Principles of Article 102*, OUP, Oxford, 2011;

ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, OUP, Oxford, 2008;

PACE, *European Competition Law. The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2011;

PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo; norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Giuffrè, Milano, 2005;

PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, UTET, Torino, 2007;

PETIT, *The oligopoly problem in EU competition law*, in *Handbook on European Competition Law* a cura di Lianos e Geradin, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, 259 ss.;

ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Bloomsbury Publishing Plc, Londra, 2010;

TESAURO, *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013;

TOSATO e BELLODI, *EU Competition Law 1. Procedure, Antitrust - Merger - State Aid* [2], Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015;

TOSATO e BELLODI, *Codice del nuovo diritto europeo della concorrenza norme di procedura*, Giuffrè, Milano, 2005;

TOSATO e BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza aspetti procedurali*, Giuffrè, Milano, 2004;

TOWNLEY, *Article 81 EC and Public Policy*, Bloomsbury Publishing, Londra, 2009;

VOGELAAR, SCHUERMAN e RUSSO F., *The European Competition Rules. Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, Europa Law Publishing, Zutphen, 2004;

WHISH e BAILEY, *Competition Law*[10], OUP, Oxford, 2021;

WIJCKMANS e TUYTSCHAEVER, *Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law*, OUP, Oxford, 2015;

WIJCKMANS, TUYTSCHAEVER e VANDERELST, *Vertical Agreements in EC Competition Law*, OUP, Oxford, 2006;

ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limitations and Opportunities in International Law*, CUP, Cambridge, 2006.

Articoli accademici

ALBORS-LLORENS, *Collective Dominance: A Mechanism for the Control of Oligopolistic Markets?*, in 59 *CLJ* 253-257 (2000);

ALBORS-LLORENS, *Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors*, in 51 *Antitrust Bull.* 837-876 (2006);

ANDREU-PEREZ e altri, *Big data for health*, in 19 *IEEE J Biomed Health Inform* 1193-1208 (2015);

BALLARD e NAIK, *Algorithms, Artificial Intelligence, and Joint Conduct*, in *CPI Antitrust Chronicle* (2017), disponibile all'indirizzo web: https://www.sheppardmullin.com/media/article/1649_CPI%20-%20Ballard-Naik.pdf;

BEKISZ, *When Does Algorithmic Pricing Result In an Intra-Platform Anticompetitive Agreement or Concerted Practice? The Case of Uber In the Framework of EU Competition Law*, in 12 *JECLAP 217–235* (2021);

BENEKE e MACKENRODT, *Artificial Intelligence and Collusion*, in 50 *IIC* 109-134 (2019);

CAIAZZO, *Pratiche concordate: concertazione e parallelismo cosciente. Limiti e confini di una categoria logico-giuridica molto speciale*, in *Foro amm*., 2006, 3179;

CALVANO, CALZOLARI, DENICOLÒ e PASTORELLO, A*rtificial Intelligence, Algorithmic Pricing, and Collusion*, in 110 *Am. Econ. Rev*. 3267-3297 (2020);

CALZOLARI, *The Misleading Consequences of Comparing Algorithmic and Tacit Collusion: Tackling Algorithmic Concerted Practices Under Art. 101 TFEU*, in 6 *EP* 1193-1228 (2021);

CAMESASCA e GRELIER, *'Close Your Eyes'? Navigating the Tortuous Waters of Conscious Parallelism and Signalling in the European Union*, in 7 *JECLAP* 599–607 (2016);

CASTELLANOS PFEIFFER, *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, in III *M&CLR* 53-89 (2019);

CUCU, *"Agreements", "Decisions" and "Concerted Practices": Key Concepts in the Analysis of Anticompetitive Agreements*, in 20 *LESIJ* 24-39 (2019);

COLANGELO e MAGGIOLINO, *Big Data as Misleading Facilities* (2018), disponibile all'indirizzo web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2978465;

DE BRANDT e PROBST, *Proving Concentration in the Text of Online Platforms: A Comment on the Eturas Case*, in 1 *Eur. Competition & Reg. L. Rev*. 74-79 (2017);

DE MAURO, GRECO e GRIMALDI, *What is Big Data? A Consensual Definition and a Review of Key Research Topics*, in 1644 *AIP Conference Proceedings* 97-104 (2015);

DUNNE, *Commitment Decisions in Eu Competition Law*, in 10 *J. Compet. Law Econ*. 399–444 (2014);

EASTERBROOK e FISCHEL, *Voting in Corporate Law*, in 26 *J.L.& ECON*. 395-427 (1983);
EZRACHI e STUCKE, *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures*, articolo redatto in occasione della Tavola rotonda "Algoritmi e Collusione" dell'OECD (21-23 giugno 2017), disponibile all'indirizzo web: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)25/en/pdf;

EZRACHI e STUCKE, *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition* (2015), in 5 *Ill. L Rev.* 1775-1810 (2017);

GAL, *Illegal Pricing Algorithms*, in 62 *CACM* 1-3 (2018);

GAUTIER e PETIT, *Optimal Enforcement of Competition Policy: The Commitments Procedure Under Uncertainty*, in 45 *Eur. J. Law Econ*. 195–224 (2018);

GHEZZI e MAGGIOLINO, *Le (21-23 giungno pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte*, in *Riv. soc.*, 2015, 1238;

GHEZZI e MAGGIOLINO, *Bridging EU Concerted Practices with U.S. Concerted Actions*, in 10 J. *Comp. L. & Econ*. 647-690 (2014);

GHEZZI e MAGGIOLINO*, EU Concerted Practices & US Concerted Actions: Beyond William H. Page's Proposal* (2013), disponibile all'indirizzo web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2302535;

GRILLO, *Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis*, in 14 *Eur. J. Law Econ*. 151–169 (2002);

GRUNES e STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, in *UT Research Paper 269* (2015);

GULATI, *How Much Is No Longer A Simple Question – Pricing Algorithms and Antitrust Laws* (2018), disponibile all'indirizzo web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682486;

HARRINGTON, *Developing competition law for collusion by autonomous price-setting agents*, in 14 *J. Compet. Law Econ*. 331–363 (2018);

HEINEMANN e GEBICKA, *Can Computers Form Cartels? About the Need for European Institutions to Revise the Concertation Doctrine in the Information Age*, in 7 *JECLAP* 431-441 (2016);

HILL, *What an Algorithm Is*, in 29 *Philos Technol* 35-59 (2016);

HOBSON e VALLAT, *The CMA Secures First Director Disqualification for Breach of Competition Law*, in 21 *URL* 159-162 (2016);

JENNY, *Worst Decision of the EU Court of Justice: The Alrosa Judgment in Context and the Future of Commitment Decisions*, in 38 *Fordham Int'l L.J*. 701-770 (2015);

JERAM, *Vertical Restraints in an Online World*, in 4 *Focus on Competition* 68-77 (2019);
JONES, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?*, in 6 *ECLR* 273-279 (1993);

KORAH, *Concerted Practices*, in 36 *MLR* 220-226 /1973);

LEE, *The Landscape of Pricing and Algorithmic Pricing*, in 6 *SEAS Economics Working Paper* 1-29 (2020);

MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mercato conc. reg*. 2019, 163;

MCAFEE e BRYNJOLFSSON, *Big Data: The Management Revolution*, in 90 *HBR* 60-68 (2012);

MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in 100 *MLR* 1323-1375 (2016);

MEHRA, *US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms?*, in 7 *JECLAP* 470-474 (2016);

ODUDU, *The Wider Concerns of Competition Law*, in 30 *Oxf. J. Leg. Stud.* 599-613 (2010);

ONG, *The Applicability of Art. 101 TFEU to Horizontal Algorithmic Pricing Practices: Two Conceptual Frontiers*, in 52 *IIC* 189-211 (2021);

PICHT e FREUND, *Competition (Law) in the Era of Algorithms*, in 10-18 *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Series* 1-18 (2018);

POPESCU, *Repricing Algorithms in E-Commerce*, in 75 *INSEAD Working Paper Series* (2015), https://www.researchgate.net/publication/305228648_Repricing_Algorithms_in_E-Commerce;

POSNER R., *Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*, in 21 *Stan. L. Rev*. 1562-1606 (1968);

RICHTER, *The Settlement Procedure in the Context of the Enforcement Tools of European Competition Law – a Comparison and Impact Analysis*, in 33 *ECLR* 537-542 (2012);

RUDI, *Consumer Electronics Case: The Butterfly Effect on RPM? (AT.40465 Asus, AT.40182 Pioneer, AT.40469 Denon & Marantz, AT.4018 Philips)*, in 3 *Eur. Competition & Reg. L. Rev.* 420-424 (2019);

RUSU, *Eturas: Of Concerted Practices, Tacit Approval, and the Presumption of Innocence*, in 7 *JECLAP* 396-368 (2016);

SAHUGUET e WALCKIERS, *A Theory of Hub-and-spoke Collusion*, in 53 *IJIO* 353-370 (2017);

SANZ, *Tacit Collusion Under Competition Law: Pricing Algorithms*, in *CKS* 272-276 (2021);

SCHWALBE, *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*, in 14 J. *Comp. L. & Econ*. 568-607 (2019);

SCHWEITZER, *Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and Risks of a New Instrument of Competition Law Enforcement within a Federal Enforcement Regime*, in *e-*

Competitions Bulletin, Special Issue on Commitment Decisions, 2 agosto 2012, disponibile all'indirizzo web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101630;

SIAKKA e CARLONI, *'Eturas' UAB and Others v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba. Case C-74/14, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 21 January 2016*, in 16 *E-Commer Law Rep.* 14 (2016);

SICILIANI, *Tackling Algorithmic-Facilitated Tacit Collusion in a Proportionate Way*, in 10 *JECLAP* 31–35 (2019);

TARGAŃSKI, *Antitrust Liability in the Context of Online Platforms. Case Comment to the Preliminary Ruling of the Court of Justice of 21 January 2016 'Eturas' UAB v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (Case C-74/14)*, in 9 *YARS* 293-298 (2016);

TAMKE, *Big Data and Competition Law*, in 4 *ZWeR* 358-385 (2017);

VAN CAYSEELE, *Hub-and-spoke Collusion: Some Nagging Questions Raised by Economists*, in 5 *JECLAP* 164–168 (2014);

VILLANI, *The E-turas case: when concerted practices meet technology* (2016), disponibile all'indirizzo web: http://rivista.eurojus.it/the-e-turas-case-when-concerted-practices-meet-technology/;

WOLF, *Algorithm-Based Pricing in Online Retailing As Concerted Practice Covering the 'Predictable Agent' With Article 101 (1) TFEU* (2015), disponibile all'indirizzo web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536959;

ZAMPA e CARLI, *Information Exchanges, Concerted Practices by Object and Financial/Commodity Trading*, in 1 *CLPD* 73-81 (2015).

Sitografia

Commissione delle Comunità europee, *Comunicazione n. 97 /C 372/03, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=IT;

Commissione delle Comunità europee, Comunicazione n. 2004/C 101/03, *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&from=IT;

Commissione delle Comunità europee, Comunicazione n. 2004/C 101/05, *Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del trattato CE*, in G.U.U.E. C 101/65 del 27 aprile 2004 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(04)&from=IT);

Commissione delle Comunità europee, *Comunicazione n. 2004/C 101/07*, *Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(06)&from=IT;

Commissione europea, Comunicazione n. 2011/C 11/01, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=it;

Commissione europea, COM/2014/0442 final, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: Verso una florida economia basata sui dati*, COM (2014) 442 (definitiva), (2 luglio 2014), disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0442&from=it;

Commissione europea, *Commission Staff Working Document Accompanying the document: Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, SWD(2017) 154 (definitiva) (10 maggio 2017), disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf;

CMA - Competition & Markets Authority, *Pricing algorithms. Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing* (CMA94) (8 ottobre 2018), disponibile all'indirizzo web: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf;

GRAEF, A*lgorithmic Price Fixing Under EU Competition Law: How to Crack Robot Cartels* (2016), disponibile all'indirizzo web: https://www.law.kuleuven.be/citip/blog/algorithmic-price-fixing-under-eu-competition-law-how-to-crack-robot-cartels/;

ICN - International Competition Network*, Competition Enforcement and Consumer Welfare. Setting the Agenda*, documento relativo all'incontro annuale dell'ICN all'Aja dal 17 al 20 maggio 2011, disponibile all'indirizzo web https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_CWelfare2011.pdf;

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development, *Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age*, disponibile all'indirizzo web: https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm;

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development, *Algorithms and Collusion - Note by the United States* (2017), disponibile all'indirizzo web: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)41/en/pdf;

SOMIN, *Surge pricing and political ignorance [Updated with some additional points on "fairness"-based motivations for opposing surge pricing]* (2014), disponibile all'indirizzo web https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/12/31/surge-pricing-and-political-ignorance/;

SOLON, *How A Book About Flies Came To Be Priced $24 Million On Amazon* (2011), disponibile all'indirizzo web https://www.wired.com/2011/04/amazon-flies-24-million/;

STATISTA RESEARCH DEPARTMENT, *Volume of data/information created, captured, copied, and consumed worldwide from 2010 to 2020, with forecasts from 2021 to 2025* (2022), disponibile all'indirizzo web https://www.statista.com/statistics/871513/worldwide-data-created/;

United States Department of Justice, *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution* (2015), https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace;

VESTAGER, *Algorithms and competition*, discorso tenuto il 16 marzo 2017 davanti al Bundeskartellamt in occasione della 18° conferenza sulla concorrenza a Berlino, disponibile in lingua inglese all'indirizzo web: https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221650/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en.

Giurisprudenza

Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Ras-Generali/Iama Consulting*, Provvedimento n. 13622 del 30 settembre 2004, disponibile all'indirizzo web: https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/968347A2F8524714C1256F320033AFB5/$File/p13622.pdf;

Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Costa Container Lines/Sintermar-Terminal Darsena Toscana*, provvedimento n. 19462 del 29 gennaio 2009, in *Boll*. n. 4/2009;

Commissione delle Comunità europee, Caso IV/26.918*, Industria europea dello zucchero*, decisione n. 73/109/CEE del 2 gennaio 1973, in *G.U.C.E.* L 140/17 del 26 maggio 1973;

Commissione delle Comunità europee, Caso IV/29.595, *Apparecchi Pioneer Hi-Fi*, decisione n. 80/256/CEE del 14 dicembre 1979 in *G.U.C.E.* L 60/21 del 5 marzo 1980;

Commissione delle Comunità europee, Caso IV/30350 - *Zinc Producer Group*, decisione n. 84/405/ CEE del 6 agosto 1984, in *G.U.C.E.* L 220/27 del 17 agosto 1984;

Commissione delle Comunità europee, Caso IV / 29.725 - *Pasta per carta*, decisione n. 85 / 202 / CEE del 19 dicembre 1984, in *G.U.C.E.* L 85 / 1 del 26 marzo 1985;

Commissione delle Comunità europee, Caso IV/ 31.149 - *Polipropilene*, decisione n. 86 / 398 /CEE del 23 aprile 1986, in *G.U.C.E.* L 230 /1 del 18 agosto 1986;

Commissione delle Comunità europee, Caso IV/31370 e 31.446 - *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, decisione n. 92/ 157/CEE del 17 febbraio 1992, in *G.U.C.E.* L 68/19 del 13 marzo 1992;

Commissione delle Comunità europee, Caso IV/37.614/F3 *PO/Interbrew e Alken-Maes*, decisione n. (2003/569/CE) del 5 dicembre 2001, in *G.U.U.E.* L 200/1 del 7 agosto 2003;

Commissione delle Comunità europee, Caso COMP.F.1/35.918 - *JCB*, decisione n. 2002/190/CE del 21 dicembre 2000, in *G.U.C.E.* L 69/1 del 12 marzo 2002;

Commissione delle Comunità europee, Caso COMP/37.975 *PO/Yamaha*, decisione del 16 luglio 2003, disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/ 37975/37975_91_5.pdf;

Commissione europea, Caso COMP/39.188 - *Banane*, decisione n. (2009/C 189/06) del 15 ottobre 2008, in *G.U.U.E.* C 189/12 del 12 agosto 2009;

Commissione europea, Caso COMP/39.692 - *IBM servizi di manutenzione,* decisione n. 2012/C 18/06 del 13 dicembre 2011, in *G.U.U.E.* C 18/6 del 21 gennaio 2012;

Commissione europea, Caso COMP/39.847/E-*BOOKS*, decisione n. 2013/C 378/14 del 25 luglio 2013, in *G.U.U.E.* C 378/25 del 24 dicembre 2013;

Commissione europea, Caso AT.39939 - *Samsung - Enforcement of UMTS standard essential patents*, decsione n. C(2014) 2891 (definitiva) del 29 aprile 2014, disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39939/39939_1501_5.pdf;

Commissione europea, Caso AT.39850 - *Container Shipping*, decisione n. 2016/C 327/04 del 7 luglio 2016, in *G.U.U.E.* C 327/4 del 6 settembre 2016;

Commissione europea, Caso AT.39745 - *CDS Information Market*, decisione n. 2016/C 378/05 del 20 luglio 2016, in *G.U.U.E.* C 378/7 del 14 ottobre 2016;

Commission europea, Caso AT.40153 - *Clausole MFN per gli e-book e questioni correlate*, decisione n. 2017/C 264/06 del 4 maggio 2017, in *G.U.U.E.* C 264/7 dell'11 agosto 2017;

Commissione europea, Caso AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, decisione n. 2018/C 9/08) del 27 giugno 2017, in *G.U.U.E.* C 9/11 del 12 gennaio 2018;

Commissione europea, Caso AT.40469 - *Denon & Marantz (restrizioni verticali)*, decisione n. C (2018)4774 (definitiva) del 24 luglio 2018, disponibile all'indirizzo web https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40469/40469_329_3.pdf;

Commissione europea, Caso AT.40181 *Philips*, decisione n. C(2018) 4797 (definitiva) del 24 luglio 2018, disponibile all'indirizzo web: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40181/40181_417_3.pdf;

Commissione europea, Caso AT.40465 - *Asus (restrizioni verticali)*, decisione n. 2018/C 338/08 del 24 luglio 2018, in *G.U.U.E.* C 338/13 del 21 settembre 2018;

Commissione europea, Caso AT.40182 - *Pioneer (restrizioni verticali)*, decisione n. 2018/C 338/11 del 24 luglio 2018, in *G.U.U.E.* C 338/19 del 21 settembre 2018;

CMA - Competition & Markets Authority, Caso n. 50223, *Trod Limited (in administration)/ GB eye Limited*, decisione del 12 agosto 2016, disponibile all'indirizzo web: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57ee7c2740f0b606dc000018/case-50223-final-non-confidential-infringement-decision.pdf;

Conseil de la Concurrence, *Décision n. 2018-FO-01 du 7 juin 2018 concernant une procédure au fond mettant en cause - Webtaxi S.à r.l.*, disponibile all'indirizzo web: https://concurrence.public.lu/dam-assets/fr/decisions/ententes/2018/decision-n-2018-fo-01-du-7-juin-2018-version-non-confidentielle.pdf;

Corte di giustizia delle Comunità europee, Causa C-41/69, ACF *Chemiefarma NV contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 15 luglio 1970, in *Racc*. 661-706 (1970);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 14 luglio 1972, in *Racc.* 619-667 (1972);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Causa 48-72, *SA Brasserie de Haecht contro Wilkin-Janssen*, sentenza del 6 febbraio 1973, in *Racc*. 77-89 (1973);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 16 dicembre 1975, in *Racc*. 1663-2048 (1975);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Causa 172/80, *Gerhard Züchner contro Bayerische Vereinsbank AG*, sentenza del 14 luglio 1981, in *Racc*. 2021-2034 (1981);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Cause riunite da 100 a 103/80, *SA Musique Diffusion française e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 7 giugno 1983, in *Racc*. 1825- 1914 (1983);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Causa 86/82, *Hasselblad (GB) Limited contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 21 febbraio 1984, in *Racc*. 883- 912 (1984);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Quarta Sezione, Cause 29 e 30/83, *Compagnie royale asturienne des mines SA e Rheinzink GmbH contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 28 marzo 1984, in *Racc*. 1679- 1707 (1984);

Corte di giustizia dell'Unione europea, Causa 243/83, *SA Binon & Cie contro SA Agence et messageries de la presse*, sentenza del 3 luglio 1985, in *Racc*. 2015- 2048 (1986);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Causa 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH contro Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, sentenza del 28 gennaio 1986, in *Racc*. 353- 389 (1986);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Sesta Sezione, Cause riunite 142 e 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd e R. J. Reynolds Industries Inc. contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 17 novembre 1987, in *Racc.* 4487-4566 (1987);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Sesta Sezione, Causa C-41/90*, Klaus Höfner e Fritz Elser contro Macrotron GmbH*, sentenza del 23 aprile 1991, in *Racc.* 1-2010-I-2022 (1991);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Quinta Sezione, Cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 31 marzo 1993, in *Racc*. I-1307-I-1632 (1993);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese e Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC) contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 31 marzo 1998, in *Racc*. I-1375 - I -1530 (1998);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Quinta Sezione, Causa C-7/95 P, J*ohn Deere Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 28 maggio 1998, in Racc. I-3111-I-3174 (1998);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Sesta Sezione, Causa C-49/92 P, *Commissione delle Comunità europee contro Anic Partecipazioni SpA*, sentenza dell'8 luglio 1999, in *Racc*. I-4125 - I-4233 (1999);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Sesta Sezione, Causa C-199/92 P, *Hüls AG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza dell'8 luglio 1999, in *Racc*. I- 4287- I-4397 (1999);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Quinta Sezione, Causa C-291/98 P, *Sarrió SA contro Commissione delle Comunità europee*, ordinanza del 9 marzo 2000, in *Racc*. I-1213 - I-1220 (2000);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Causa C-309/99, J. *C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, con l'intervento di: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, sentenza del 19 febbraio 2002, in *Racc*. I-1577-I-1697 (2002);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Quinta Sezione, Cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C- 213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P., *Aalborg Portland A/S (C-204/00 P), Irish Cement Ltd (C-205/00 P), Ciments français SA (C-211/00 P), Italcementi - Fabbriche Riunite Cemento SpA (C-213/00 P), Buzzi Unicem SpA (C-217/00 P) e Cementir - Cementerie del Tirreno SpA (C-219/00 P) contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 7 gennaio 2004, in *Racc*. I-00123 - I-540 (2004);

Corte di giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, Cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P), Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri (C-202/02 P), KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P), LR af 1998 A/S (C-206/02 P), Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P), LR af*

1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P) e ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) contro Commissione delle Comunità europee, sentenza del 28 giugno 2005, in *Racc*. I-5425 - I-5636 (2005);

Corte di giustizia dell'Unione europea, Terza Sezione, Causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV contro Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, sentenza del 4 giugno 2009, in *Racc.* I-4562-I-4584 (2009);

Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, Causa C-441/07 P, *Commissione europea contro Alrosa Company Ltd*, sentenza del 29 giugno 2010, in *Racc*. I-5949 - I-6054 (2010);

Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, Causa C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) VZW*, sentenza del dicembre 2010, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83436&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14165676;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Quinta Sezione, Causa C-557/12, *Kone AG e altri contro ÖBB-Infrastruktur AG*, sentenza del 5 giugno 2014, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CJ0557&from=IT;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Terza Sezione, Causa C-67/13P, *Groupement des cartes bancaires (CB) contro Commissione europea*, sentenza dell'11 settembre 2014, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0067&from=it;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, Causa C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe, anciennement Dole Germany OHG contro Commissione europea*, sentenza del 19 marzo 2015, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=163028&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=739700;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Seconda Sezione, Causa C-194/14 P, *AC-Treuhand AG contro Commissione europea*, sentenza del 2 ottobre 2015, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=170304&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2262508;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sesta Sezione, Causa C-310/14, *Nike European Operations Netherlands BV contro Sportland Oy*, sentenza del 15 ottobre 2015, disponibile all'indirizzo web https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0310&from=IT;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Quinta Sezione, Causa C-74/14, *"Eturas" UAB e altri contro Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, sentenza del 21 gennaio 2016, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014CJ0074;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Quarta Sezione, Causa C-542/14, *SIA «VM Remonts» e SIA «Ausma grupa» contro Konkurences padome e Konkurences padome contro SIA «Pārtikas kompānija»*, sentenza del 21 luglio 2016, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181950&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=84883;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, Causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi contro Uber Systems Spain SL*, sentenza del 20 dicembre 2017, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=AD7B42ED2615B82E9AB1615E2A01729A?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12226;

Corte di giustizia dell'Unione europea, Terza Sezione, Causa C-547/16, *Gasorba SL e a. contro Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA*, sentenza del 23 novembre 2017, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=197046&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2290519;

Corte Suprema di cassazione, Sezione I civile, sentenza n.18231 del 12 agosto 2009;

Corte Suprema di cassazione, Sezione I civile, sentenza n.15470 del 22 giugno 2017, in *Ricerche giuridiche*, 2017, 350, con nota di MANSOLDO, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a. Business judgment rule e limiti all'insindacabilità delle scelte di gestione*;

Tribunale dell'Unione europea, Causa T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía, SAU contro Commissione europea*, sentenza del 25 ottobre 2011, in *Racc*. II-7583 - II -7696 (2011);

Tribunale dell'Unione europea, Ottava Sezione, Causa T-587/08, *Fresh Del Monte Produce, Inc. contro Commissione europea*, sentenza del 14 marzo 2013, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX:62008TJ0587;

Tribunale dell'Unione europea, Ottava Sezione, Causa T-588/08, *Dole Food Company, Inc. e Dole Germany OHG contro Commissione europea*, sentenza del 14 marzo 2013, disponibile all'indirizzo web:https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=D56EF6354A587ED17B73DCADD33A1935?text=&docid=134981&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=78972;

Tribunale dell'Unione europea, Sesta Sezione, Causa T-442/08, *International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) contro Commissione europea*, sentenza del 12 aprile 2013, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=136261&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=72148;

Tribunale dell'Unione europea, Terza Sezione, Causa T-342/11, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) e Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio contro Commissione europea*, sentenza del 6 febbraio 2014, disponibile all'indirizzo web: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=147462&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2284253;

Tribunale dell'Unione europea, Ottava Sezione, Causa T-76/14, *Morningstar, Inc. contro Commissione europea*, sentenza del 15 settembre 2016, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014TJ0076&from=IT;

Tribunale dell'Unione europea, Settima Sezione, Causa T-758/14 RENV, *Infineon Technologies AG contro Commissione europea,* sentenza dell'8 luglio 2020, disponibile all'indirizzo web: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62014TJ0758(01);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Prima Sezione, Causa T-7/89, *Hercules Chemicals NV-SA contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 17 dicembre 1991, in *Racc*. II-1711 - II-1832 (1991);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Prima Sezione, Cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 10 marzo 1992, in *Racc*. II-1403 - II-1554 (1992);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Seconda Sezione, Causa T-43/92, *Dunlop Slazenger International Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 7 luglio 1994, in *Racc*. II-441 - II-518 (1994);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Seconda Sezione, Causa T-34/92, *Fiatagri UK Ltd e New Holland Ford Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 27 ottobre 1994, in *Racc*. II-905 - II-955 (1994);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Quarta Sezione ampliata, Cause riunite T-25/95, T-26/95, T-30/95, T-31/95, T-32/95, T-34/95, T-35/95, T-36/95, T-37/95, T-38/95, T-39/95, T-42/95, T-43/95, T-44/95, T-45/95, T-46/95, T-48/95, T-50/95, T-51/95, T-52/95, T-53/95, T-54/95, T-55/95, T-56/95, T-57/95, T-58/95, T-59/95, T-60/95, T-61/95, T-62/95, T-63/95, T-64/95, T-65/95, T-68/95,

T-69/95, T-70/95, T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, *Cimenteries CBR e altri contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 15 marzo 2000, in *Racc*. II-491-II 1682 (2000);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Sezione Quinta ampliata, Causa T-41/96, *Bayer AG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 26 ottobre 2000, in *Racc.* II-3387-II-3451 (2000);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Quarta Sezione, Cause riunite T-202/98, T-204/98 e T-207/98, *Tate & Lyle plc, British Sugar plc e Napier Brown & Co. Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 12 luglio 2001, in *Racc*. II-2035 - II-2091 (2001);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Quinta sezione, Causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 23 ottobre 2003, in *Racc*. II-4653 - II-4740 (2003);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Quarta Sezione, Causa T-328/03, *O2 (Germany) GmbH & Co. OHG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 2 maggio 2006, in Racc. II-1231 - II-1268 (2006);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Terza Sezione, Causa T-464/04, *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, associazione internazionale) contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 13 luglio 2006, in *Racc*. II-2289 - II – 2490 (2006);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Terza Sezione ampliata, Causa T-99/04, *AC-Treuhand AG contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza dell'8 luglio 2008, in *Racc*. II-1501 - II – 1584 (2008);

Tribunale di primo grado delle Comunità europee, Terza Sezione, Causa T-53/03, *BPB plc contro Commissione delle Comunità europee*, sentenza dell'8 luglio 2008, in *Racc*. II-1333 - II -1500 (2008);

UK Competition Appeal Tribunal, Caso n. 1188/1/1/11*, (1) Tesco Stores Ltd (2) Tesco Holdings Ltd (3) Tesco Plc v Office of Fair Trading*, sentenza del 20 dicembre 2012, disponibile all'indirizzo web: https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/1188_Tesco_Judgment_CAT_31_201212.pdf;

United States Department of Justice, Caso n. CR 15-00201 WHO, *United States v. David Topkins*, patteggiamento del 30 aprile 2015, disponibile all'indirizzo web: https://www.justice.gov/atr/case/us-v-david-topkins;

United States Department of Justice, Caso n. CR 15-0419 WHO, *United States v. Daniel William Aston and Trod Limited*, patteggiamento dell'11 agosto 2016, disponibile all'indirizzo web: https://www.justice.gov/atr/case/us-v-daniel-william-aston-and-trod-limited.