

Diritto e politica dei trasporti

Rivista semestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza e documentazione

Fascicolo 1/2024

ISSN 2612-5056

LUISS



La Rivista è pubblicata dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" della Luiss G. Carli, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Air Transport Observatory "Antonio Catricalà" at Luiss G. Carli, and it is registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi "G. Marconi" di Roma e Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

La rivista è promossa dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli, anno 7, n. 12 (I-2024)

ISSN 2612-5056

Luiss University Press

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT) Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista online e open-access, classificata dall'Anvur tra le riviste di classe A nell'area disciplinare 12 (Scienze giuridiche), indicizzata da DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an online, open-access, Anvur class A Journal, subject area 12 (Law). It is indexed in DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Ente Nazionale Aviazione Civile e Luiss University Press

Pubblicato nel mese di ottobre 2024

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file ".doc" alla direzione della Rivista (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) o alla Segreteria editoriale (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell'Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese e uno in lingua italiana, che non deve superare le 1.000 battute ciascuno (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l'autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall'Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

- a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
- b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista, salvo espresso consenso del Direttore o del Comitato di direzione;
- c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la Rivista;
- d) che l'Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge o nei casi previsti dal Codice etico adottato dalla Rivista;
- e) che l'Autore rispetta tutte le altre indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista.

Il Direttore o il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli "estratti" con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell'apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in ".doc" format to the Journal's Executive Editors (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) or to the Editorial Staff (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author's personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) an abstract in Italian language and an abstract in English of not more than 1.000 characters each (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:

- a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
- b) that the manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another Journal, except for express consent by the Editor-in-Chief or the Executive Editors;
- c) that the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
- d) that the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions or in the cases laid down in the Code of Ethics adopted by the Journal.
- e) that the Author abides by all other provisions of the Journal's Code of Ethics.

The Editor-in-Chief and the Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted. All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)

Comitato scientifico e tecnico /Scientific and Technical Board

Presidente

Prof. Aristide Police (Luiss "G. Carli" - Roma)

Componenti

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)
 Prof. Marco Calabrò (Università della Campania "Luigi Vanvitelli")
 †Prof. Antonio Catricalà (Università "Link Campus University" - Roma)
 Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università "G. Marconi" - Roma)
 Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
 Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE - York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation - ECU, Perth, Australia)
 Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
 Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
 Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
 Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" - Roma)
 Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
 Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
 Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
 Prof. Mario Libertini (Università "Sapienza" - Roma)
 Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Sergio Marchisio (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
 Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
 Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)
 Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)
 Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")

Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)
 Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università degli studi di Milano)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre)
 Prof. Mario Sebastiani (Università "Tor Vergata" - Roma)
 Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)
 Prof. Franco Gaetano Scoca (Università "Sapienza" - Roma)
 Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università degli studi di Teramo)
 Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Prof.ssa Flaminia Aperio Bella
 Avv. Patrizia Beraldi
 Prof.ssa Yolanda Bustos Moreno
 Avv. Luigi De Propris
 Avv. Marco Di Giugno
 Dott. Federico Di Palma
 Avv. Fabrizio Doddi
 Avv. Francesco Ferrara
 Dott. Simone Francario
 Avv. Raissa Frascella
 Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè
 Prof.ssa Annarita Iacopino
 Prof.ssa Maria Assunta Icolari
 Avv. Emanuela Lanzi
 Dott. Antonio Mitrotti
 Avv. Andrea Nardi
 Dott. Simone Paoli
 Avv. Anton Giulio Pietrosanti
 Prof. Marco Ragusa
 Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
 Dott.ssa Ersilia Sanginario
 Avv. Francesco Scalia
 Prof.ssa Martina Sinisi
 Dott.ssa Veronica Sordi
 Avv. Giovanni Terrano
 Avv. Francesco Tomasicchio
 Dott.ssa Sabrina Tranquilli

L'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe nel trasporto aereo di passeggeri e il loro impatto gli equilibri di mercato. I nuovi poteri (e i relativi limiti) dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e prospettive *de iure condendo**

Vincenzo Palo

Dottorando di ricerca in scienze giuridiche e politiche – Università degli Studi di Roma “G. Marconi”

Abstract

The use of algorithms in setting passenger air transport fares and its impact on the market balances. The new powers (and its relative limits) of the Italian Antitrust Authority and de iure condendo perspectives.

The s.c. decree “Asset” No. 104, approved on the 10th of August 2023, introduces new investigative and sanctioning powers that the Italian Antitrust Authority (AGCM) can use to check and control the distortive phenomena concerning passenger air transport fares caused by the wide use of dynamic pricing algorithms in the relevant market. This decree has been analyzed by the Council of State (Consiglio di Stato) in an opinion issued in January 2024, through which the administrative judges have offered a wide interpretation of the recent rules, opening to new scenarios for the AGCM role in the Antitrust sector. This essay aims to explain the background of this legal intervention, the impact of the expansive interpretation provided by the Consiglio di Stato and the possible issues that could arise following to the entry into force of the new provisions in the Antitrust sector.

Il d.l. “Asset” n. 104, approvato il 10 agosto 2023, introduce nuovi poteri investigativi e sanzionatori che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) può utilizzare per controllare e governare i fenomeni distortivi, relativi alla fissazione delle tariffe per il trasporto aereo, cagionati dall'uso ampio di algoritmi dinamici di prezzo nel mercato rilevante. Questo provvedimento è stato analizzato dal Consiglio di Stato in un parere emesso a gennaio 2024, attraverso il quale i Giudici amministrativi hanno offerto un'interpretazione ampia delle norme contenute nel decreto, aprendo

* Sottoposto a referaggio.

a scenari inediti per il ruolo dell'AGCM nel settore antitrust. Questo saggio si propone lo scopo di analizzare il retroterra storico di questo nuovo intervento normativo, l'impatto dell'ampia interpretazione dello stesso fornita dal Consiglio di Stato e le possibili criticità che possono emergere a seguito dell'entrata in vigore di queste nuove norme nel settore antitrust.

Parole chiave: trasporto aereo, fenomeni collusivi di matrice algoritmica, Consiglio di Stato, AGCM, principio di legalità

Sommario – 1. Introduzione – 2. L'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe e il loro impatto sugli equilibri di mercato – 3. L'insufficienza degli strumenti forniti all'AGCM dalla legge n. 287 del 1990 – 4. I nuovi poteri investigativi e decisorivi dell'AGCM a fronte di fenomeni collusivi di matrice algoritmica. L'art. 1, commi 5 e 6, del d.l. n. 104 del 2023 e l'interpretazione resa dal Consiglio di Stato con il parere n. 61 del 29 gennaio 2024 – 5. Frizioni con il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative dei nuovi poteri decisorivi riconosciuti all'AGCM.

1. Introduzione

Il D.L. c.d. "Asset" n. 104 del 2023, convertito con legge n. 136 del 9 ottobre 2023 reca, al suo interno, "Disposizioni urgenti a tutela degli utenti, in materia di attività economiche e finanziarie e investimenti strategici". Il provvedimento, così come evidenziato anche dalla Prima Sezione del Consiglio di Stato nell'esaminando parere n. 61 del 29 gennaio 2024¹, costituisce un decreto "Omnibus". Con tale locuzione si sogliono indicare quei provvedimenti normativi che contengono una congerie di disposizioni profondamente eterogenee tra di loro, la cui scaturigine va rinvenuta nelle più cogenti e urgenti necessità normative del momento². Tra le tante novità, il decreto prevede, all'art. 1, "Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali". Più nello specifico, attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) nuovi poteri di intervento rispetto ai fenomeni di fissazione dinamica delle tariffe da parte delle compagnie aeree, quando questi influenzino negativamente il comportamento economico dell'utente, con particolare riferimento alle rotte nazionali di collegamento con le isole, in determinati periodi di picco di domanda o in concomitanza di uno stato di emergenza nazionale. Questo intervento normativo, agli occhi dei *conditores*, appariva come una risposta necessaria e solerte rispetto all'ennesimo episodio critico di aumento dei prezzi dei voli aerei, da e verso la Sardegna e la Sicilia,

1. Consiglio di Stato, sez. I, parere del 29 gennaio 2024 n. 61.

2. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 215 del 2023, ha evidenziato le criticità che una siffatta tipologia di decreti presenta. In particolare, la Corte afferma che le singole disposizioni dei decreti Omnibus, laddove non siano omogenee rispetto al contenuto complessivo e alle linee programmatiche dei provvedimenti in cui sono inserite, li pongono irrimediabilmente in contrasto con l'art. 77, secondo comma, Cost.

registratosi durante i mesi estivi del 2023³. Nello specifico, in quella occasione, i diversi vettori aerei che gestivano le rotte prima menzionate, applicavano in maniera omogenea notevoli rincari delle loro tariffe, sulla scorta dei suggerimenti forniti dagli algoritmi di *pricing* dinamico a loro disposizione. In origine, il decreto introduceva addirittura un severo tetto massimo ai prezzi definibili con le modalità suddette. Invero, l'art. 1, comma 1, del d.l. statuiva che: *“La fissazione dinamica delle tariffe da parte delle compagnie aeree, modulata in relazione al tempo della prenotazione, è vietata se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) è applicata su rotte nazionali di collegamento con le isole; b) avviene durante un periodo di picco di domanda legata alla stagionalità o in concomitanza di uno stato di emergenza nazionale; c) conduce ad un prezzo di vendita del biglietto o dei servizi accessori del 200 per cento superiore alla tariffa media del volo.”* In seguito alle vibranti proteste delle compagnie e alle perplessità espresse anche in sede comunitaria, la norma appena citata è stata espunta in sede di conversione. Le condizioni che essa enumerava sono state derubricate a circostanze, di cui l'AGCM può tener conto, ai fini dell'avvio di un procedimento teleologicamente orientato a riscontrare fenomeni distorsivi della concorrenza o costituenti abuso di posizione dominante alla stregua degli articoli 2 e 3 della legge n. 287 del 1990. In compenso, però, il Governo ha deciso di rafforzare gli strumenti dell'AGCM in materia, attraverso l'introduzione di nuovi poteri ispettivi e sanzionatori. In particolare l'articolo 1 del provvedimento, nella sua nuova versione, ai commi 5 e 6, recita così: *“Se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. A tal fine, sui mercati del trasporto aereo di passeggeri, l'Autorità può considerare, tra l'altro, i seguenti elementi: a) la struttura del mercato; b) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; c) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; d) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; e) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; f) l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori. In tal caso, l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva. L'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-quater e 2-septies, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.*

3. Articolo “Caro-voli, ecco cosa prevede il piano del Governo”, in *Il Sole 24 Ore*, 5 agosto 2023, <https://www.ilsole24ore.com/art/carovoli-ecco-cosa-prevede-piano-governo-AFfyxRT>.

6. *In caso di inottemperanza alle misure di cui al comma 5, si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-bis e 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In esito all'indagine conoscitiva, l'Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati.*"

Le norme appena citate, lette *ex abrupto*, hanno un impatto notevole sull'interprete consapevole, che ben può comprendere come siffatti strumenti possano consentire all'AGCM margini di intervento prima inesplorati in materia di lotta ai fenomeni distorsivi della concorrenza. Per giunta l'AGCM, con delibera del 14 novembre 2023, in immediata applicazione della novella legislativa in esame, ha avviato un'indagine conoscitiva sugli algoritmi adoperati nel settore aereo per la fissazione delle tariffe relative ai servizi di trasporto passeggeri in ambito nazionale, da e per la Sicilia e la Sardegna⁴. Si rende necessaria, pertanto, un'analisi organica sia dell'intervento normativo, sia del fenomeno che quest'ultimo intende arginare, partendo dal tema dell'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe.

2. L'uso degli algoritmi nella fissazione delle tariffe e il loro impatto sugli equilibri di mercato

Al giorno d'oggi, nei vari settori merceologici, le aziende fanno largo uso di algoritmi al fine di stabilire le tariffe da praticare al pubblico⁵. Questi, anche in combinazione con l'impiego delle sviluppande intelligenze artificiali⁶, consentono alle aziende di sviluppare strategie di marketing e commerciali estremamente efficienti. In aggiunta, i meccanismi di machine learning di cui gli algoritmi sono muniti consentono alle aziende di aggiornare le suddette strategie continuamente, per adattarsi in tempo reale ai mutamenti delle condizioni endogene ed esogene del mercato. Come è noto, ciascun competitor all'interno di un mercato del prodotto rilevante⁷, per fissare le tariffe da praticare al pubblico rispetto a un dato bene o servizio omogeneo, ma anche per modulare altri aspetti della sua attività, come la quantità di output offerta, deve approntare delle mosse

4. AGCM, delibera del 14 novembre 2023: avvio, ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990 n. 287, di un'indagine conoscitiva sugli algoritmi in uso nel settore aereo per la determinazione dei prezzi dei servizi di trasporto passeggeri in ambito nazionale da e per la Sicilia e la Sardegna. Il testo del provvedimento è pubblicato sul Bollettino 44/2023 del 20/11/2023, url <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC56%20avvio%20proc.pdf>.

5. L. AMMANNATI, A. CANEPA, G. GRECO, U. MINNECI, *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, p. 15 ss.; E. PROSPERETTI, *Algoritmi dei Big Data: temi regolamentari, responsabilità, concorrenza*, parte di V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2017, p. 305.

6. Sul tema, G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning*, Milano, 2021, p. 27 ss.

7. L'AGCM individua il mercato del prodotto rilevante in considerazione della domanda di un prodotto sostitutivo. Però può anche analizzare l'offerta di tale prodotto al fine di stabilire le condizioni della concorrenza, in modo che le imprese riescano a riconvertire la produzione attraverso l'offerta di beni e servizi sostitutivi rispetto a quelli posti sul mercato dagli operatori collusi. Sul punto, E. FAZIO, *Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla data-driven economy in Dir. econ.*, 2020, n. 103, p. 653-678.

e delle contromosse. Il singolo attore economico, in un contesto nel quale gli strumenti di analisi e organizzazione aziendale sono prettamente analogici, così come accadeva qualche decennio fa, ha esigenza di impiegare tempo e notevoli risorse per fare ricerche di mercato, osservare e prevedere le strategie dei concorrenti. All'esito di questo processo, l'impresa perviene all'elaborazione della strategia di mercato sulla scorta della quale stabilire il livello dei prezzi e la quantità di output, che consentano all'azienda di massimizzare i profitti. La massimizzazione dei profitti si raggiunge allorché si riesca a fissare un prezzo che superi il costo marginale e che, al contempo, tenuto conto delle altre condizioni, non renda l'impresa meno competitiva rispetto agli altri competitors. Tale equilibrio è l'esito di quella che viene definita interazione strategica⁸. Codesta locuzione viene adoperata dagli studiosi di economia per definire quella strategia di un'azienda che, nel suo dipanarsi, è condizionata dal comportamento delle sue antagoniste. Il mercato in cui ciò accade è quello di natura oligopolistica. Le poche imprese che vi operano si osservano a vicenda e, nei loro comportamenti, si influenzano reciprocamente, cercando di ipotizzare le reazioni dei concorrenti alle proprie decisioni. Per esemplificare, è d'uopo assumere come esempio proprio il mercato delle compagnie aeree. Si ponga il caso in cui una di queste ultime decida di innalzare i prezzi. Affinché tale strategia possa essere efficace ai fini dell'incremento del profitto, l'azienda avrà la necessità di prevedere la reazione dei rivali. Analogamente, i concorrenti dovranno valutare come reagire, mantenendo fermi i propri prezzi o aumentandoli. In passato, quando erano disponibili solo strumenti analogici o comunque tecnologici non particolarmente avanzati, le aziende si trovavano dinanzi a un bivio. Da un lato, esse potevano decidere di adottare strategie commerciali indipendenti da elaborare, come si è accennato pocanzi, attraverso un lungo e dispendioso lavoro di indagini di mercato, studio dei comportamenti altrui e previsione delle possibili contromosse alle proprie iniziative. Tutto ciò poteva condurre all'elaborazione di strategie commerciali che, sicuramente, non rappresentavano l'*optimum* in un'ottica di massimizzazione dei profitti, poiché scontavano i limiti degli strumenti disponibili. In aggiunta, anche laddove, attraverso un meticoloso e vigile monitoraggio dei competitors, si addiveniva faticosamente a un equilibrio collusivo attraverso una spontanea uniformazione dei prezzi, quest'ultimo poteva agevolmente venire meno al mutare degli elementi endogeni o esogeni impattanti sulle condizioni di mercato, che spingevano uno o più attori a modificare i prezzi praticati. Sul versante opposto, le aziende di un dato settore, per pervenire al raggiungimento di equilibri più soddisfacenti e duraturi, avevano come unica alternativa quella di addivenire alla negoziazione di un'intesa restrittiva della concorrenza. Come è noto, però, la disciplina antitrust comunitaria e nazionale vietava (e vieta) tali intese⁹. La normativa comunitaria sugli accordi restrittivi della concorrenza

8. In relazione alle interazioni strategiche gli economisti si sono avvalsi di un settore della teoria economica, la c.d. teoria dei giochi, dove le imprese assumono la figura dei giocatori, i quali devono prendere delle decisioni e ciascuno mira a realizzare un fine diverso. Per un'ampia analisi V. P. A. SAMUELSON, W. D. NORDHAUS, C. A. BOLLINO, *Economia*, Milano, 2023, p. 181-192.

9. Sul tema, P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Torino, 2023, p. 39 ss.; C. TONOLA, *Le intese restrittive della concorrenza: definizione normativa, elementi costitutivi e regime probatori*, in *NJus*, 30 marzo 2023.

si rinviene nell'art. 101 del TFUE, mentre quella nazionale nell'art. 2 della legge n. 287/1990. Il comma 1 dell'art. 2 recita: “sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari”. Il comma 2 dell'art. 2, invece, vieta “le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”. La disposizione enumera alcune fattispecie tipiche di intesa, ossia gli accordi,¹⁰ le pratiche concordate¹¹ e le deliberazioni di associazioni, consorzi o organismi similari,¹² i quali, tuttavia, non ne esauriscono la casistica. Invero, la nozione di intesa si applica ad ogni forma di cooperazione o coordinamento tra imprese, ergo, a qualsiasi forma di concorso di volontà tra le parti che colludono, sia essa esplicitamente o implicitamente desumibile dal loro comportamento. Questo assunto è condiviso anche dalla giurisprudenza, la quale sostiene che “il termine intesa, nella sua ampiezza e onnicomprensività... attesta la volontà di riferirsi a qualsiasi tipo di collaborazione o di coordinamento posto in essere dalle imprese, quali che siano il mezzo impiegato e la veste formale assunta”. In aggiunta, occorre “distinguere tra le forme di collusione che ricadono nei divieti antitrust e i semplici comportamenti paralleli privi di elementi di concertazione”.¹³ Pertanto, è necessario ravvisare l'esistenza di un concorso di volontà tra le parti per qualificare l'accordo come intesa. La giurisprudenza ha puntualizzato che si è in presenza di “intesa” anche ove via sia il solo concorso di volontà, senza che sia necessario che allo stesso venga dato poi concretamente seguito.¹⁴ Siffatti

10. Per accordo si intende un incontro di più volontà, con cui si possono esprimere anche soltanto delle linee guida in relazione ai comportamenti sul mercato. Per alcune definizioni di accordo si veda: G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti*, Milano, 2010. Per la differenza tra intesa e contratto vedi anche E. GABRIELLI, A. CATRICALÀ, *I contratti nella concorrenza*, Milano, 2011.

11. Su un diverso versante, per pratica concordata si intende uno scambio di informazioni determinanti e utili ad individuare la condotta opportuna da seguire sul mercato, per il tramite di contatti diretti o indiretti tra imprese. Sul tema si veda P. TRIMARCHI, *Il problema giuridico delle pratiche concordate fra oligopolisti*, in *Riv. soc.*, n. 1, 1969; M. LIBERTINI, *Le intese restrittive della concorrenza (194)*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007; F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Le pratiche concordate nel diritto antitrust europeo, ossia: quando giochi a carte, tienile coperte*, in *Riv. soc.*, n. 6, 2013, p. 1238 ss.

12. La decisione di associazione di imprese si estrinseca in un atto all'apparenza unilaterale, con lo scopo di guidare le azioni sul mercato delle imprese che ne fanno parte. cfr. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.

13. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 12 gennaio 2001 n. 1189, nel caso Assicurazione del Comune di Milano; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 23 giugno 2006 n. 4017, Imballaggi metallici; TAR Lazio, sez. I, sentenza 18 giugno 2012 n. 5559, Gara d'appalto finalizzata all'acquisto delle apparecchiature per la risonanza magnetica; TAR Lazio, sez. I, sentenza 3 ottobre 2006 n. 9878; TAR Lazio, sez. I, sentenza 27 febbraio 2007 n. 1730.

14. Il Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 7 marzo 2008 n. 1009, nel caso *Fornitura di prodotti antisettici e disinfettanti*, afferma la responsabilità delle imprese nel caso in cui si ravvisi “un incontro di volontà in senso anticoncorrenziale, ossia una comune intenzione delle parti in merito ad un dato comportamento da assumere nel mercato, poco importa [...] che quel comportamento sia stato, o no, effettivamente posto in essere sul mercato”. La realizzazione delle condotte illecitamente concertate con l'intesa potrà impattare sulla gravità della sanzione, anche

accordi, data l'ampiezza del dato normativo dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, nonché l'ancora più elastica interpretazione conferitagli dalla giurisprudenza, erano e sono facilmente intercettabili e sanzionabili anche qualora vengano confezionati col riserbo più assoluto o con modalità insidiose ed elusive. Per esemplificare, si pensi ad aumenti di prezzi annunciati al pubblico mediante canali di comunicazione ordinari quali i media, le piattaforme di acquisto o altri mezzi comunicativi, i quali sono stati pacificamente classificati come inviti impliciti a colludere¹⁵: *ex multis*, si tenga a mente il caso Alitalia, che ebbe all'epoca grande risonanza. Nel caso di specie, la compagnia aerea di bandiera italiana annunciò che, di lì a qualche mese, avrebbe praticato un aumento di prezzi sui voli nazionali, giustificandolo con il rincaro del carburante. Altre compagnie aeree si allinearono sullo stesso prezzo. Nonostante non siano emerse prove che le compagnie coinvolte avessero avuto dei contatti, l'AGCM ha ritenuto che l'annuncio di un futuro aumento dei prezzi equivallesse ad uno scambio indiretto di informazioni con le altre imprese, permettendo a queste ultime di controllarsi reciprocamente e di coordinarsi sulle strategie tariffarie da implementare, cagionando una limitazione della concorrenza sanzionabile ex art. 2 della legge n. 287/1990¹⁶. Il TAR del Lazio confermò la decisione dell'Autorità antitrust¹⁷.

Alla luce di quanto evidenziato, si può ben comprendere quanto lo sviluppo e l'ampio utilizzo degli algoritmi rappresenti, ad oggi, uno strumento estremamente efficiente per le aziende: esse se ne servono, in generale, nell'elaborazione delle strategie commerciali e, in particolare, nella fissazione dei prezzi da praticare al pubblico. L'utilizzo degli algoritmi, soprattutto di quelli *self learning* e di tipo *parallel*, consente agli attori economici di superare i due principali ostacoli che abbiamo poc'anzi evidenziato nella implementazione di strategie collusive: la caducità dell'equilibrio collusivo eventualmente raggiunto, nonché i vincoli normativi presenti nell'ordinamento. Quanto al primo ostacolo, si pensi all'utilizzo di algoritmi di *pricing* automatici, c.d. *self learning*. I *self-learning algorithms* sono algoritmi, fondati sul meccanismo del *machine learning*, che in ambito economico vengono programmati allo scopo di restituire, all'esito del loro processo di calcolo, il prezzo che massimizza i profitti per l'azienda¹⁸. Questi strumenti dispongono della capacità di raccogliere ed elaborare enormi quantità di dati che provengono dal mercato, primi fra tutti le preferenze dei consumatori¹⁹. Inoltre, disponendo di potenti capacità di previsione e di apprendimento automatico

in ragione del grado di responsabilità, come sostenuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sentenza 15 ottobre 2002 n. C-237/99 P, C-244/99 P, C-245/99, P. ed al., *Limburgse Vinyl Maatschappij*.

15. L. AMMANNATI, A. CANEPA, G. GRECO, U. MINNECI, *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolazione dei mercati in trasformazione*, Torino, 2021, p. 15 ss.; Commissione Europea, decisione 7 luglio 2016 caso n. AT.39850, *Container Shipping*.

16. AGCM, provvedimento 1° agosto 2002 n. 11038, *Compagnie aeree - Fuel Surcharge*.

17. TAR Lazio, sez. I, sentenza 14 settembre 2007 n. 8951.

18. G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning*, Milano, 2021, p. 27 ss.

19. Per un approfondimento sul tema: V. FALCE, *Così l'intelligenza artificiale rende più complessa la tutela della concorrenza*, 18 novembre 2023, consultabile alla pagina web www.iaic.it; A. VALERIANI, *Algoritmi di prezzo: strategia collusiva nell'era digitale*, 16 giugno 2018, consultabile alla pagina web www.iusinitinere.it; Parlamento Europeo, *Intelligenza artificiale: contrastare i rischi per i consumatori*, url <https://www.europarl.europa.eu/topics/it/ar->

tanto delle proprie azioni reiterate nel tempo, quanto di quelle dei concorrenti, tali algoritmi sono in grado di assumere autonomamente decisioni protese al raggiungimento del prezzo di cartello e della collusione, sostituendosi all'uomo. Queste complesse sequenze contengono una sorta di "scatola nera" ove confluiscono i dati, *inputs*, che l'algoritmo elabora, fornendo l'*output* collusivo²⁰. Nella gran parte dei casi, questi algoritmi sono anche di tipo *parallel*: sono *parallel* quegli algoritmi in grado di monitorare i comportamenti degli altri competitors e di elaborare, senza la necessità di coordinamenti o collegamenti di sorta, adeguate strategie di reazione. Invero, attraverso questi algoritmi, è possibile adottare una strategia c.d. di "tit-for-tat", ossia una "strategia di ritorsione equivalente", consistente nel fronteggiare i comportamenti dei rivali "restituendo" loro la medesima condotta. Sovente, nell'elaborare il settaggio della macchina, alla strategia "tit-for-tat" viene associata una strategia "follow the leader": si programma l'algoritmo in modo tale che esso vada ad imitare il prezzo fissato dall'impresa c.d. *leader del mercato*, tenendo sempre in debito conto i comportamenti dei concorrenti. L'impresa leader, a sua volta, di solito, programma il proprio algoritmo di guisa che lo stesso, al rialzo dei prezzi dei concorrenti, aumenti il proprio prezzo al di sopra di quello concorrenziale. Pertanto, se il maggior numero di imprese adotterà i *parallel algorithms* per raggiungere velocemente il prezzo fissato dall'impresa leader, il mercato si attesterà su un livello tariffario tale da determinare un equilibrio collusivo. Il vantaggio che questi algoritmi procurano, pertanto, è duplice. Innanzitutto, se in un mercato, come si è accennato, vengono adoperati su larga scala, è possibile mantenere in quello stesso mercato, più a lungo, efficienti equilibri collusivi. Ciò perché, data la capacità di tali algoritmi di elaborare strategie e indicazioni continuamente aggiornate, al mutare delle condizioni che influenzano il mercato e dei comportamenti altrui, viene radicalmente ridotto il rischio di improvvidi comportamenti divergenti che possano scatenare una guerra dei prezzi, alterando così gli equilibri raggiunti. In secondo luogo, alla stregua di quanto è già stato evidenziato in precedenza, per identificare un'intesa restrittiva della concorrenza sanzionabile alla stregua degli artt. 101 TFUE e 2 legge n. 287/1990, è necessario ravvisare il concorso di volontà. Ma se le diverse aziende concorrenti, all'interno del mercato, adoperano algoritmi che funzionano in parallelo, senza che vi sia alcuna condivisione o scambio di informazioni, non può ravvisarsi alcun concorso di volontà. Infatti, tali algoritmi, come spiegato *supra*, una volta settati e avviati al funzionamento, sono in grado di autoalimentarsi di dati, di elaborarli e di fornire, sempre in totale autonomia, indicazioni collusive utili per le strategie di *price fixing*. Se tali condotte vengono adottate dalle aziende senza alcun tipo di concertazione ulteriore, non è possibile ravvisare alcun comportamento indiziante collusivo, neppure nella forma di scambi indiretti od occulti di informazioni strategiche. La disciplina antitrust sulle intese anticoncorrenziali,

title /20200206STO72030/intelligenza-artificiale-contrastare-i-rischi-per-i-consumatori; A. PERRINI, *Se l'algoritmo "spia" le nostre emozioni e ci spinge a comprare*, su www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/pubblicita-online-se-lalgoritmo-spia-le-emozioni-e-ci-spinge-a-comprare-limpatto-privacy/.

20. Per un approfondimento vedi P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 2019, p. 163-184; C. VELJANOVSKI, *Pricing Algorithms as Collusive Devices*, in *SSRN Papers*, 2020, url https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3644360.

ribadiamo, può sanzionare solamente il raggiungimento di equilibri collusivi derivanti da un concorso di volontà, e non anche quelli raggiunti mediante strategie perfettamente indipendenti l'una dall'altra²¹.

3. L'insufficienza degli strumenti forniti all'AGCM dalla legge n. 287 del 1990

Alla luce delle riflessioni appena svolte, risulta perspicuo che l'attuale assetto della normativa interna e anche comunitaria in materia anticoncorrenziale, nonché i poteri di cui è munita l'AGCM sul tema, non rappresentano più un argine sufficiente agli stratagemmi collusivi, che le aziende possono reificare attraverso l'uso degli algoritmi e dell'IA. Tale sopravvenuta inadeguatezza si estrinseca sotto un duplice profilo.

In primo luogo, la nozione di intesa restrittiva della concorrenza, per come è stata confezionata dai *conditores* e per come è stata sottoposta ad ermeneusi dalla giurisprudenza²², non è in grado di comprendere, nemmeno attraverso una lettura estensiva, le ipotesi di cartelli realizzati mediante l'utilizzo in parallelo, ad opera dei diversi *competitors*, di algoritmi autoapprendenti e non coordinati. Si ribadisce in merito che i meri comportamenti paralleli, quantunque comprendano l'utilizzo di strumenti così insidiosi quali gli algoritmi di *pricing* dinamico, non possono rientrare nel perimetro applicativo del divieto imposto dagli artt. 2 della legge n. 287 del 1990 e 101 del TFUE. Pertanto, l'AGCM, di fronte a questo tipo di fenomeni distorsivi, non può esercitare i poteri che la legge n. 287 del 1990 le attribuisce con le norme contenute nel capo II del titolo II.

In secondo luogo, per l'Autorità risulta particolarmente difficoltoso intercettare e investigare a fondo i fenomeni di alterazione del corretto assetto del mercato che le aziende, attraverso l'uso degli algoritmi di *pricing* dinamico, sono in grado di cagionare. Data la complessità del funzionamento di tali strumenti, nonché l'estrema imperscrutabilità del loro funzionamento e dei fattori che influenzano i loro meccanismi di calcolo, l'Autorità Antitrust risulta sprovvista delle risorse, umane e tecnologiche, per svolgere un controllo sufficientemente capillare ed efficace.

Se sotto quest'ultimo profilo, come è stato suggerito da più parti, potrebbe essere utile un'implementazione mirata dell'organico²³ e delle dotazioni tecnologiche dell'Antitrust²⁴, per porre rimedio

21. Sul tema della prova della presenza di un concorso di volontà, esplicitamente o implicitamente raggiunto vedi, c. TONOLA, *Il regime della prova in materia di intese anticoncorrenziali*, in *NJus*, 25 luglio 2023; in giurisprudenza, si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 16 luglio 2021 n. 5374; Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2018 n. 3197; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 maggio 2018 n. 3197; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 4 settembre 2015 n. 4123; Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 16 dicembre 1975, C-114/73, *SuikerUnie*.

22. Per l'esatta perimetrazione della nozione di intesa restrittiva della concorrenza, si rinvia alla diffusa trattazione contenuta *supra* nel paragrafo n. 2.

23. Cfr. l'Indagine conoscitiva sui Big Data promossa, congiuntamente, dall'AGCM, dall'AGCOM e dal Garante della Privacy, 2020, nella quale si è sottolineata "la necessità che le autorità di controllo siano messe in condizione di dotarsi di adeguati profili professionali (i cc.dd. data scientist) per garantire l'adempimento dei propri compiti istituzionali".

24. Il Commissario alla concorrenza della Commissione Europea, Margrethe Vestager, ha espresso il proposito di

al primo aspetto critico evidenziato è necessario elaborare nuove soluzioni normative che vadano a disciplinare ed arginare i fenomeni di cui stiamo discorrendo.

4. I nuovi poteri investigativi e decisorivi dell'AGCM a fronte di fenomeni collusivi di matrice algoritmica. L'art. 1, commi 5 e 6, del d.l. n. 104 del 2023 e l'interpretazione resa dal Consiglio di Stato con il parere n. 61 del 29 gennaio 2024

Tornando all'argomento da cui il presente contributo ha preso le mosse, il legislatore italiano, consapevole dei limiti che la legislazione vigente presentava, e della scarsità di armi che l'Autorità Antitrust poteva adoperare contro i perniciosi fenomeni distorsivi, causati dai meccanismi di *dynamic pricing*, ha deciso coraggiosamente di introdurre inediti poteri investigativi e decisorivi, di cui l'AGCM può servirsi. Sulla scorta di questa necessità non più eludibile, che si è manifestata in maniera particolarmente pressante, nell'estate del 2023, in occasione dell'anomalo rincaro dei prezzi delle rotte aeree da e per le Isole, il Governo ha approvato il D.L. c.d. "Asset" n. 104 del 2023, convertito con legge n. 136 del 9 ottobre 2023. Questo decreto, all'art. 1, rubricato "*Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali*", ha introdotto degli strumenti di controllo e limitazione dei nuovi fenomeni distorsivi della concorrenza di matrice algoritmica assolutamente inediti, nonché particolarmente penetranti. Andando ad analizzare il testo della disposizione, i commi 5 e 6 dell'art. 1 recitano così: "*Se in esito a un'indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato riscontra problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori, essa può imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza. A tal fine, sui mercati del trasporto aereo di passeggeri, l'Autorità può considerare, tra l'altro, i seguenti elementi: a) la struttura del mercato; b) le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi; c) i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti; d) le dinamiche concorrenziali e di prezzo connesse alla stagionalità della domanda; e) le esigenze di territori difficilmente raggiungibili tramite mezzi di trasporto diversi dall'aereo; f) l'esigenza di tutela di classi particolarmente vulnerabili di consumatori. Nel corso dell'indagine conoscitiva, le imprese interessate possono presentare impegni tali da far venir meno i problemi concorrenziali e il conseguente pregiudizio per i consumatori.*"

utilizzare degli algoritmi per controllare i mercati allo scopo di scoprire collusioni realizzate attraverso tale tecnologia. Rif. dichiarazioni riportate nell'articolo: <https://www.reuters.com/article/us-eu-antitrust-algorithm/eu-considers-using-algorithms-to-detect-anti-competitive-acts-idUSKBN115198>.

In tal caso, l'Autorità, valutata l'idoneità degli impegni e previa consultazione del mercato, può renderli obbligatori per le imprese con il provvedimento che chiude l'indagine conoscitiva. L'Autorità esercita i poteri di indagine di cui all'articolo 14, commi da 2 a 2-quater e 2-septies, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. Si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

6. In caso di inottemperanza alle misure di cui al comma 5, si applicano le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-bis e 2-bis, della legge 10 ottobre 1990, n. 287. In esito all'indagine conoscitiva, l'Autorità può altresì raccomandare le iniziative legislative o regolamentari opportune, al fine di migliorare il funzionamento dei mercati interessati."

La norma, in poche righe, cerca di eliminare i principali limiti che imbrigliavano la legislazione anticoncorrenziale vigente. *In primis*, la norma riconosce la possibilità per l'Autorità di intervenire qualora, nell'ambito di una indagine conoscitiva condotta ai sensi dell'articolo 12, commi 2 e ss., della legge 10 ottobre 1990 n. 287, ravvisi la presenza di "problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori". L'espressione usata, appositamente molto ampia, è volta a intercettare tutti i fenomeni di alterazione del normale equilibrio dei prezzi che dovrebbero raggiungersi sul mercato, ingenerati dall'impiego su larga scala di algoritmi. Invero, tra i fattori che, testualmente, l'Autorità può valutare, rientrano proprio "le modalità di definizione dei prezzi, anche attraverso l'utilizzo di sistemi di gestione dei ricavi e algoritmi" e "i rischi per il processo concorrenziale e per i consumatori derivanti dall'utilizzo di algoritmi fondati sull'intelligenza artificiale o sulla profilazione degli utenti". A fronte di questi scenari, la disposizione consente all'AGCM di "imporre alle imprese interessate, nel rispetto dei principi dell'ordinamento dell'Unione europea e previa consultazione del mercato, ogni misura strutturale o comportamentale necessaria e proporzionata, al fine di eliminare le distorsioni della concorrenza". Già su questo punto, è interessante interrogarsi su che cosa il legislatore intenda per "misura strutturale e comportamentale necessaria". Si può ipotizzare che i conditores intendano riferirsi a veri e propri divieti di utilizzo degli algoritmi, oppure a limiti nell'utilizzo degli stessi, ovvero ancora a provvedimenti autoritativi di limitazione delle tariffe praticabili in determinate contingenze. Tra gli strumenti che, senza equivoci, la norma rende disponibili, vi è la possibilità per l'AGCM di valutare e accogliere l'adozione di impegni, elaborati dalle stesse aziende sottoposte ad indagine, che siano idonei a far venire meno i fenomeni distortivi oggetto dell'istruttoria. In aggiunta, il comma 5 consente l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 14, commi 5 e 6, della legge 10 ottobre 1990 n. 287, per l'ipotesi in cui i soggetti attenzionati dovessero ostacolare o impedire il corretto svolgimento delle indagini, anche attraverso atteggiamenti renitenti e non collaborativi. Il vero spartiacque col passato, però, è segnato dal comma 6 dell'art. 1. Infatti, il *dictum* normativo prevede che, qualora i soggetti sottoposti a indagine si rendessero inottemperanti alle misure adottate a norma dell'art. 5 possono vedersi irrogare, da parte dell'AGCM, le sanzioni e le penalità di mora di cui all'articolo 15, commi 1-bis e 2-bis, della legge 10 ottobre 1990 n. 287. Pertanto, la norma consente, sostanzialmente, anche in assenza di condotte classificabili come intese anticoncorrenziali, ma munite di rilevanza eziologica rispetto

a “*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato*”, l’applicazione delle severe sanzioni di cui ai commi 1-bis e 2-bis dell’art. 15.

Ora, se questi nuovi e significativi poteri, sia ispettivi che sanzionatori, fossero limitati alla specifica contingenza del caro voli, la loro portata rimarrebbe significativa e inedita, ma tutto sommato avrebbero un impatto contenuto. D’altronde, rimanendo fedeli a un’interpretazione che aderisce pedissequamente al dato letterale e alle intenzioni del legislatore, si può sostenere che i *conditores* abbiano voluto limitarsi a dettare nuove regole nello specifico ambito dei prezzi praticati dai vettori aerei. Ciò si desume sia dalla rubrica dell’art. 1, che parla di “*Disposizioni per la trasparenza dei prezzi praticati sui voli nazionali*”, sia dalle restanti norme contenute nella disposizione, tutte puntualmente destinate a operare in questo specifico settore di mercato. Una siffatta interpretazione, inoltre, risulta corroborata dal Focus elaborato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, il quale sottolinea come i nuovi strumenti introdotti dall’art.1 intendono conferire “*all’Autorità garante della concorrenza e del mercato poteri di intervento in relazione alla fissazione dinamica delle tariffe da parte delle compagnie aeree*”²⁵.

L’AGCM, in maniera lungimirante, avvedendosi delle enormi potenzialità che queste norme servavano, ha deciso di richiedere al Consiglio di Stato un parere²⁶ volto a chiarire quale fosse l’esatto perimetro applicativo delle stesse. L’istanza è stata presentata in uno con una dettagliata indicazione degli argomenti (di matrice letterale, teleologica, sistematica e comparativa) che indirizzerebbero, nella prospettazione dell’Autorità, verso un’ermeneusi delle norme volta ad un’applicazione estensiva e trasversale delle medesime, non limitata al settore del trasporto aereo. Il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, pur riconoscendo che “*il testo della disposizione – acquisito alla luce dello specifico contesto di riferimento – sembrerebbe, prima facie, militare per la limitazione dei poteri di cui ai commi 5 e 6 all’ambito oggettivo del trasporto aereo*”²⁷ e che un simile orientamento interpretativo appare “*legittimato dalla interrogazione della “intenzione del legislatore”, quale emergente dai lavori preparatori*”²⁸, abbraccia la lettura estensiva propugnata dall’Autorità Antitrust. Innanzitutto, la Corte afferma che alla luce del “*significato proprio delle parole*” adoperate dal legislatore (criterio di interpretazione da impiegare prioritariamente ex art. 12 delle Preleggi)²⁹, il dato testuale appare affetto da ambiguità. Da un lato,

25. Focus della Presidenza del Consiglio dei Ministri sul D.L. n. 104 del 2023, consultabile online, url <https://www.programmagoverno.gov.it/media/ctzp0jia/focus-dl-104.pdf>.

26. Sul ruolo del Consiglio di Stato come organo consultivo delle varie Istituzioni, si legga P.A. PALUMBO, *Consiglio di Stato advisory board delle Istituzioni del Paese su questioni di massima*, in *Norme e Tributi Sole 24 Ore*, 2022; S. CASSESE, *L’attività consultiva del consiglio di stato in materia di norme*, in *La Revue administrative*, 52e Année, No. 8, 1999, p. 50-55; F. PATRONI GRIFFI, *L’art. 100 della Costituzione, commi 1 e 3*, in *La magistratura*, 10 gennaio 2022, consultabile alla pagina web <https://lamagistratura.it/commentario/lart-100-della-costituzione-commi-1-e-3-2/>; in giurisprudenza, vedasi Consiglio di Stato, sez. II, sentenza 25 luglio 2008 n. 5172; Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 2 agosto 2016 n. 1767; Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 18 ottobre 2017 n. 2162.

27. Consiglio di Stato, sez. I, parere 29 gennaio 2024 n. 61.

28. Consiglio di Stato, sez. I, parere 29 gennaio 2024 n. 61.

29. Per un approfondimento sul tema dell’interpretazione delle norme giuridiche, si rinvia a A. TORRENTE, P. SCHLE-

sottolineano i giudici, la rubrica della norma (che di per sé, come è noto, *non facit legem*) parla, di misure dirette a disciplinare i prezzi dei voli nazionali; inoltre, i primi quattro commi dell'art.1 sono specificamente volti a disciplinare il settore del trasporto aereo. Dall'altro lato, però, il comma 5 contiene, più in generale, disposizioni tese a porre rimedio a “*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato*”. La cangianza dell'oggetto della normativa in esame non consente, pertanto, secondo il Consiglio di Stato, di far assurgere, in questo caso, come stella polare dell'esegesi, il dato letterale. A questo punto, secondo una consolidata lettura dell'art. 12 delle Preleggi³⁰ l'interprete dovrebbe essere guidato, nella sua opera, dal criterio dell'intenzione del legislatore, la quale, tuttavia, nel caso che ci occupa, risulta parimenti equivoca. Sul punto, evidenziano i giudici, nonostante le disposizioni siano contenute in un provvedimento di urgenza che, come emerge anche dagli atti ufficiali, mirava a offrire un pronto rimedio alle criticità scaturite dai repentini aumenti dei prezzi per le rotte aeree insulari,³¹ esse presentano un'intrinseca potenzialità disciplinare non circoscrivibile entro un ambito così ristretto. Infatti, le norme esaminande sono volte a porre un argine ai fenomeni di fissazione dinamica delle tariffe, quando questi influenzino negativamente il comportamento economico dell'utente. Tali fenomeni, si osserva, occorrono in molti settori merceologici, anche diversi da quello dei trasporti aerei, producendo distorsioni significative che risultano pregiudizievoli per ampie fasce di consumatori. Tanto considerato, una lettura restrittiva della disciplina di cui si discorre avrebbe, *in primis*, dato luogo a un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli operatori commerciali degli altri settori che adoperano le medesime pratiche; in aggiunta, essa avrebbe ingiustificatamente privato i consumatori, con riguardo alle scelte di acquisto da loro operate in altri ambiti merceologici, caratterizzati dalle medesime dinamiche, di un innovativo ed efficace presidio di tutela, tradendo così la *ratio* sottesa a tali strumenti. Si evidenzia, inoltre, che, attraverso un'analisi comparativistica, è possibile riscontrare che, tutte le volte in cui i legislatori di altri Paesi europei hanno ampliato i poteri delle loro Autorità antitrust, lo hanno fatto senza limitarne il perimetro applicativo a determinati settori del mercato (ad esempio, il *Bundeskartellamt* tedesco, con l'emendamento apportato il 6 luglio 2023 alla Sezione 32e del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ha visto rafforzati, senza limitazioni, i propri poteri di indagine settoriale; la *Competition Market Authority* britannica, sin dal 2002, è dotata di poteri di avvio di indagini nei mercati a rischio di *adverse effect on competition*).

Tanto premesso, i giudici di Palazzo Spada, superando ogni restrizione di matrice settoriale o merceologica, accolgono la lettura estensiva delle norme di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 1 del D.L.

SINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2023, p. 43 ss.; D. MINUSSI, M. PALADINI, A. RENDA, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2023, p. 1551; F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale Maior di diritto civile*, Napoli, 2023, p. 53 ss.

30. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 13 dicembre 2012 n. 6392; Id., sez. V, sentenza 7 ottobre 2013 n. 4920; Id., sez. IV, sentenza 11 febbraio 2016 n. 606; Corte di Cassazione civile, sez. lav., sentenza 11 febbraio 2014 n. 3036; Id., sez. III, 20 marzo 2014 n. 6514.

31. Focus della Presidenza del Consiglio dei Ministri sul D.L. n. 104 del 2023, consultabile online, url <https://www.programmagoverno.gov.it/media/ctzp0jia/focus-dl-104.pdf>.

n. 104 del 2023, suggellando una significativa svolta per il ruolo che l'AGCM può giocare, attraverso inediti poteri ispettivi e coercitivi, nell'ambito del controllo dei fenomeni collusivi di matrice algoritmica.

5. Frizioni con il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative dei nuovi poteri decisori riconosciuti all'AGCM

Sebbene, in un'ottica di tutela dei consumatori, i nuovi poteri investigativi e decisori conferiti all'AGCM rappresentano un importante avanzamento nel campo della tutela degli equilibri concorrenziali a fronte dei sempre più frequenti scenari di collusione algoritmica, non può ignorarsi la frizione che gli stessi creano con il principio di legalità. Come è noto, le sanzioni amministrative che vengono irrogate dalle Authorities, compresa quella di cui all'art. 15 della l. n. 287 del 1990, di competenza dell'AGCM, hanno natura sostanzialmente penale³². Invero, le stesse presentano i caratteri che la Corte EDU ha enucleato ai fini della individuazione della natura sostanzialmente penalistica di una sanzione, vale a dire la finalità essenzialmente punitiva-afflittiva e la severità del *malum* infliggibile³³. Ciò comporta, innanzitutto, la necessità di garantire la c.d. *procedural fairness*, ovvero una disciplina del procedimento sanzionatorio che garantisca il pieno esercizio dei diritti di difesa e del contraddittorio³⁴. In aggiunta, trattandosi di sanzioni amministrative sostanzialmente penali, ad esse si applica il principio di legalità e i suoi corollari ex art. 25 Cost.³⁵ Tale principio è stato recepito, anche a livello di legislazione primaria, nell'art. 1 della l. n. 689 del 1981 che disciplina le sanzioni amministrative. Il corollario che, ai fini del tema della presente trattazione, viene primariamente in rilievo, è quello di tassatività-determinatezza. Tale principio impone al legislatore, nell'atto di enucleare la sanzione, di descrivere la fattispecie punita adoperando termini chiari e precisi. Nel caso dei commi 5 e 6 dell'art. 1 del Decreto "Asset", le sanzioni di cui all'art. 15, commi 1-bis e 2-bis, l. n. 287 del 1990 vengono comminate a fronte di una fattispecie complessa. Essa comprende, *ab origine*, la creazione da parte del soggetto investigato di un fenomeno distorsivo della concorrenza di matrice algoritmica e, in aggiunta, l'inosservanza delle misure, meno severe, adottate dall'AGCM per porvi rimedio, a norma del comma 5 dell'art.1. In sostanza, le medesime sanzioni irrogabili per le intese anticoncorrenziali vengono rese adottabili a fronte di una fattispecie che, allo stato attuale, per la sua complessità, risulta difficilmente condensabile

32. Sul punto, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 2 febbraio 2023 n. 1159.

33. Vedi Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Plenaria, sentenza 8 giugno 1976 m. 5100/71, *Engel and others v. the Netherlands*; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, id., sentenza 21 febbraio 1984 n. 8544/79, *Ozturk v. Germany*.

34. A tal riguardo, vedi F. CARINGELLA, *Il sindacato del giudice amministrativo e le garanzie difensive nel procedimento antitrust*, relazione al XIII convegno Antitrust, Treviso, 24 maggio 2018.

35. Cfr. Corte costituzionale, sentenza 4 giugno 2010 n. 196; Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 2014 n. 104. La Corte precisa, nell'ultima sentenza citata, che "dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto".

in un precetto sufficientemente chiaro e preciso. Tale difficoltà si può riscontrare, chiaramente, nel dettato normativo dell'articolo 1 del decreto "Asset", che parla di non meglio precisati "*problemi concorrenziali che ostacolano o distorcono il corretto funzionamento del mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori*". Di fronte a una locuzione così ampia e non meglio circostanziata, si può quantomeno dubitare della compatibilità della stessa rispetto al principio della tassatività-determinatezza. È vero che nel prosieguo della norma la stessa indica una serie di criteri, abbastanza precisi, che l'Autorità "*può considerare*" nella selezione delle fattispecie da sanzionare, tra cui il riscontro dell'utilizzo di algoritmi di *pricing* dinamico; una siffatta appendice, tuttavia, non sembra compensare il deficit di tassatività che affligge la disposizione. Si auspica, pertanto, che il legislatore, con maggiore coraggio, circostanzi in maniera più precisa le condotte che intende censurare, sia in un'ottica di garanzia dei destinatari³⁶ che devono poter calcolare, *ex ante*, i "costi" giuridici delle proprie azioni, sia allo scopo di rafforzare la funzione general-preventiva dei precetti sanzionatori in esame³⁷.

36. Giova a tal uopo ricordare che la Corte costituzionale, nella storica sentenza del 24 marzo 1988, n. 364, afferma che i "principi di tassatività e d'irretroattività [...] evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la "possibilità" di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione".

37. La funzione, svolta dalla norma sanzionatoria (formalmente o sostanzialmente) penale, di orientamento delle condotte dei consociati presuppone, da un punto di vista logico, la preventiva conoscenza della stessa da parte dei consociati. Una tale conoscenza postula, a sua volta, precetti formulati in maniera chiara e intellegibile. Sul punto, C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Monaco di Baviera, 2003, p. 103; B. SCHÜNEMANN, *Nulla Poena Sine Lege? Rechtstheoretische Und Verfassungsrechtliche Implikationen Der Rechtsgewinnung Im Strafrecht*, Berlino, 1978, p. 11 ss.