

## Le conseguenze inintenzionali del divieto di rate parity

Di Giacomo Lev Mannheim

### Introduzione

Nell'ottobre 2015 è stato approvato dalla Camera dei Deputati il disegno di legge annuale della concorrenza, che è passato così all'esame del Senato. All'interno del testo presentato a Palazzo Madama è stato inserito un emendamento che sancisce la nullità delle clausole di "rate parity". Tali clausole, spesso contenute nei contratti standard delle cosiddette *online travel agencies* (OTA: ad esempio Booking o Expedia), stabiliscono che, per poter usufruire dei loro servizi, gli albergatori non possano praticare prezzi inferiori a quelli da loro offerti sui rispettivi siti internet. Il profitto tratto dalle OTA per i loro servizi deriva esclusivamente dalle commissioni pagate dagli alberghi quando un cliente prenota sulla piattaforma della OTA stessa: pertanto, le clausole di *rate parity* hanno lo scopo di evitare che i clienti possano utilizzare le OTA come "vetrine pubblicitarie", per poi prenotare a un prezzo più basso sul sito dell'albergo. In altre parole, tali clausole sono una risposta "di mercato" al rischio di *free riding* che, altrimenti, distruggerebbe lo stesso *business model* delle OTA.

Negli ultimi anni, diverse associazioni di categoria del settore alberghiero hanno promosso una campagna a livello internazionale, volta a ottenere la rimozione delle clausole di *rate parity* dai contratti con le OTA da parte delle autorità antitrust dei rispettivi paesi. Tale campagna ha interessato anche l'Italia, dove, nel 2014, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha avviato un procedimento d'indagine sulle ragioni e sui profili antitrust di tali clausole e del loro eventuale divieto, su cui ci si soffermerà nel prosieguo.<sup>1</sup>

Il nuovo tentativo di determinare per legge la nullità delle clausole di *rate parity* da parte del Parlamento è peraltro a maggior ragione significativo laddove tale provvedimento – così esplicitamente limitativo della libertà contrattuale – entri a far parte della legge annuale per la concorrenza, che, al contrario, dovrebbe proprio (tentare di) rimuovere gli ostacoli alla libera contrattazione. Nel caso specifico, peraltro, la limitazione della libertà contrattuale si prefigge di tutelare la concorrenza non dal lato della domanda – i clienti finali per cui, con ogni probabilità, ciò che conta è ottenere il prezzo più basso – ma da quello dell'offerta, cioè degli albergatori, ritenendo in tal modo che vi sia un sicuro effetto di vantaggio tariffario

### KEY FINDINGS

- Il divieto generalizzato di *rate parity* rischia di compromettere innovazione e concorrenzialità nel settore delle OTA;
- Molte autorità antitrust europee hanno già lungamente affrontato il problema, pervenendo a soluzioni diverse da quella ipotizzata dal Parlamento italiano;
- Una norma simile potrebbe risultare in conflitto con il diritto comunitario.

1 Per una più diffusa analisi della vicenda si rimanda, sul punto, a E.E. Piano, *Booking ed Expedia. Un caso da manuale del paradosso dell'Antitrust*, IBL Focus n. 243, 23 agosto 2014.

Giacomo Lev Mannheim è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.

per i clienti.<sup>2</sup>

Nel presente *paper*, pertanto, oltre a ricapitolare quanto appena menzionato, ci si propone di sollevare alcune ulteriori questioni di ordine economico e giuridico, le quali – evidenziando il rischio che un intervento coercitivo e generalizzato sulla libertà contrattuale finisca per ridurre la concorrenzialità e la dinamicità di quello stesso settore di cui la si vorrebbe promuovere – dovrebbero rendere più cauto il Parlamento. Come si vedrà, infatti, il provvedimento in discussione al Senato renderebbe vano un approfondito lavoro di analisi effettuato dalla Commissione europea e dalla maggioranza delle autorità antitrust europee, che ha portato ad altra conclusione, e finirebbe per scongiurare ogni potenziale innovazione nel settore, finendo per colpire non solo le aziende aventi potere di mercato, ma anche tutte le altre. Da ultimo, la norma pone alcuni dubbi di legittimità giuridica con il diritto euro-unitario e di coerenza politica nel rapporto con le istituzioni europee. Giova ricordare, da quest'ultimo punto di vista, che solo pochi mesi fa, il Governo italiano ha richiesto alla Commissione un maggior margine di flessibilità nella manovra annuale di bilancio, così da poter adottare le necessarie “riforme strutturali” grazie al deficit concesso. Chissà se a Bruxelles sarebbero ancora d'accordo, sapendo che quella che può essere considerata una delle “riforme strutturali” potrebbe persino porsi in contrasto con il diritto comunitario.

### Dalla parte di Golia

L'innovazione tecnologica, e in particolare internet, hanno drasticamente ridotto i costi di ricerca, siano essi relativi a una ricetta, un biglietto aereo o una prenotazione alberghiera. Un'operazione che 30 anni fa avrebbe richiesto l'acquisto di una o più guide specializzate, la consultazione di giornali o semplicemente di svariate persone (il famoso passa parola), con costi economici significativi (tempo e denaro), oggi si fa con pochi clic. Peraltro, la qualità e l'aggiornamento delle informazioni non sono neanche lontanamente comparabili alla disponibilità e frequenza delle vetrine online. Inoltre, il meccanismo, sempre più diffuso, di feedback verificati e “customizzati” permette al cliente di fare una scelta più consapevole; al venditore di abbattere drasticamente i costi di apprendimento, permettendo anche ai buoni prodotti di distinguersi.

Nel mondo dei servizi alberghieri, le OTA favoriscono il *matching* utente-albergatore, abbattendo drasticamente i costi di transazione, con mutuo beneficio: per il cliente una soluzione più soddisfacente, con risparmi in termini di denaro e tempo speso per la ricerca – ad esempio non è più necessario recarsi presso le agenzie di viaggio, acquistare guide o giornali, e in ogni caso, l'insieme di informazioni reperibili su internet sarà sempre diversi ordini di grandezza superiore, più organizzata e semplificata, rispetto alla ricerca “tradizionale”; per il venditore, minori costi per la commercializzazione (una piattaforma online che gestisca prenotazioni e pagamenti sicuri, oltre alla disponibilità di informazioni sulla propria offerta in molte lingue diverse senza dover sostenere l'onere della traduzione) e la distribuzione del proprio prodotto e un ampliamento del bacino di potenziali clienti a un costo (le commissioni) contenuto rispetto agli ingenti investimenti in pubblicità e marketing altrimenti necessari. Inoltre, il sistema di feedback e la terzietà dell'OTA instillano la fiducia, il componente fondamentale di qualsiasi transazione.

A fronte di questi benefici, corrispondono dei costi sostenuti dalle OTA: investimenti in

infrastrutture elettroniche, personale per il customer service e per gestire i rapporti con gli alberghi, e ingenti investimenti pubblicitari su TV o su internet. Costi che dovrebbero altrimenti essere affrontati dal singolo albergatore che li traslerebbe sull'utente finale, con un'incidenza che dipende dalle dimensioni dell'albergatore; ovviamente questi costi sono sottoposti a forti economie di scala: l'incidenza sul fatturato totale di una catena alberghiera di un sito internet non è comparabile con quello dei piccoli e medi alberghi, o dei b&b, che spesso infatti hanno delle semplici pagine con le indicazioni dei servizi. D'altra parte la catena alberghiera può anche affrontare le spese per campagne pubblicitarie, per stringere accordi con tour operator o convenzioni con aziende che il piccolo albergo non può affrontare.

Le politiche commerciali delle OTA tipicamente non prevedono un costo diretto a carico dell'utente, che già oggi, come dimostra uno studio del Laboratorio per il turismo digitale,<sup>3</sup> utilizza nella quasi totalità dei casi internet per acquisire informazioni, ma solo residualmente per prenotare i servizi alberghieri, con un rapporto tra beneficiari e utilizzatori finali di quasi 4 a 1. Ne deriva che le OTA devono recuperare i costi di un servizio goduto dalla stragrande maggioranza degli utenti tramite gli albergatori, ai quali richiedono una commissione, il cui valore medio è, per Booking, del 16.7% del prezzo della camera.<sup>4</sup> Expedia non ha divulgato la commissione media richiesta, ma ha più volte dichiarato – senza essere smentita – che le commissioni continuano a scendere, a fronte del contestuale miglioramento del servizio.

L'obiezione degli estensori della norma "anti-OTA" è che tale extra costo scoraggia gli utenti e che l'eliminazione dalla *rate parity* farebbe risparmiare sia l'utente sia l'albergatore, permettendo a questi di pattuire un prezzo più basso, con risparmio per l'utente e maggiore guadagno per l'albergatore. Sfortunatamente, il ragionamento ignora che senza l'intermediazione dell'OTA, quella stessa transazione non sarebbe probabilmente esistita, e che non esistono pasti gratis. Infatti, il mantenimento della struttura (e dei benefici) delle OTA senza pagarne il costo, una logica nota come *free riding*, si poggia su un assunto irrimediabilmente sbagliato, ossia che non vi sarà alcuna reazione da parte delle OTA: il ragionamento, proseguendo, assumerebbe che, senza dover intaccare gli investimenti, le OTA dovranno accettare la riduzione dei loro margini (già dimensionati su un rapporto beneficiari e utilizzatori finali dei servizi contenuto) e tutto funzionerà come sempre. In assenza del servizio offerto dalle OTA, per molti alberghi sarebbe semplicemente impossibile sostituirsi ad esse. Le OTA investono buona parte del proprio fatturato nel miglioramento dei servizi: sono questi investimenti a permettere quel miglioramento dell'offerta per la clientela che è riconosciuto quasi unanimemente.<sup>5</sup>

Verosimilmente, quindi, gli investimenti delle agenzie già sul mercato dovranno essere ridotti, mentre l'ingresso di nuovi concorrenti potrà essere scoraggiato, favorendo, paradossalmente, gli incumbent. In altre parole, a fronte di un beneficio, nel breve periodo, per le

3 Piano strategico per la digitalizzazione del turismo italiano, TDLab, ottobre 2014.

4 Secondo quanto dichiarato lo scorso 9 settembre durante l'audizione di Booking.com alla Commissione Trasporti della Camera dei Deputati nell'ambito dell'esame della proposta di legge Quintarelli per la tutela della concorrenza in internet e della libertà d'accesso degli utenti: <https://www.youtube.com/watch?v=ntChPferKA8>.

5 Si consideri, ad esempio, che Expedia investe in marketing per gli alberghi circa il 50% del proprio fatturato.

grandi catene alberghiere, che vedrebbero sancito un paradossale “diritto al *free riding*” sulle OTA e che possono permettersi di far fronte almeno in parte ai costi di siti e sistemi di gestione, ne farebbero le spese sia le strutture minori, che rappresentano più dell'80% del mercato italiano, che il paese nel suo complesso: in un mercato, quale è quello turistico, con una fetta di clienti fidelizzabili contenuta (i turisti che ritornano nello stesso posto), perdere l'investimento delle OTA nei servizi offerti a un paese vuol dire perdere una parte considerevole del turismo internazionale.

In ultima analisi, le clausole di *rate parity* sono intimamente connesse alla scelta, da parte delle OTA, di guadagnare solo attraverso le effettive transazioni. Il fatto che tutto il resto dei servizi informativi che le OTA mettono a disposizione e promuovono non venga remunerato (con benefici, come si è visto, per albergatori e utenti finali) è cioè l'altra faccia della medaglia dell'esistenza delle clausole di *rate parity*. In assenza di queste ultime, le informazioni oggi messe gratuitamente a disposizione dalle OTA verrebbero con ogni probabilità sotto-prodotte, perché mancherebbe l'incentivo a farlo. Non è azzardato ipotizzare perfino che, se la *rate parity* fosse vietata da prima che esistessero le OTA, queste ultime non sarebbero venute alla luce.

### Diritto civile o diritto antitrust?

A suscitare qualche perplessità in merito al divieto di *rate parity* imposto dall'emendamento in discussione al Senato contribuiscono alcune ragioni di ordine più specificamente giuridico. Un primo rilievo, in questo senso, riguarda la coerenza tra la *ratio* che dovrebbe informare il provvedimento e gli effetti sull'ordinamento che questo produrrebbe. Nello specifico, ciò che ci si chiede è se l'intento dell'emendamento sia intervenire su un profilo di diritto della concorrenza o, invece, di diritto civile.<sup>6</sup>

A rendere insostenibile la situazione, dal punto di vista delle strutture alberghiere, vi sarebbe in sostanza l'eccessiva forza contrattuale delle due aziende che, al momento, “monopolizzano” il settore: Booking ed Expedia. Il problema, tuttavia, è che l'emendamento in discussione al Senato non colpisce direttamente e selettivamente tali aziende in forza della loro posizione di mercato (come già fa la procedura Antitrust in corso), ma, al contrario, limita la libertà contrattuale di *qualunque* OTA, a prescindere dalla quota di mercato da essa detenuta. L'emendamento, infatti, nel rendere nullo “ogni” patto con cui venga stabilita la *rate parity* incide non sulla posizione di mercato di Booking e di Expedia, bensì sulla totalità delle OTA e soprattutto di quelle potenziali che, non potendo esercitare tale facoltà contrattuale (in assenza del potere contrattuale che caratterizza oggi Booking ed Expedia), rischierebbero paradossalmente di vedersi pregiudicato il proprio ingresso nel mercato, così di fatto solidificando la posizione degli *incumbent*.

In altre parole, incidendo su un profilo di diritto civile, anziché di diritto della concorrenza, l'emendamento rischia di ottenere un effetto boomerang, pregiudicando proprio ciò che, nelle intenzioni, si prefigge di migliorare: la concorrenza nel mercato delle OTA.<sup>7</sup> Se, infatti,

6 Diversi elementi sembrano far propendere per la prima ipotesi: l'obiettivo della norma – nelle parole della stessa Federalberghi e di esponenti del Governo – dovrebbe essere quello di ridurre il potere contrattuale di alcune OTA presenti sul mercato, le quali abuserebbero del proprio potere di mercato per imporre le clausole di *rate parity* agli albergatori. In gioco vi sarebbe, pertanto, la compatibilità di tali clausole con il diritto della concorrenza, italiano ed europeo.

7 Il mercato delle OTA, peraltro, è in rapidissima evoluzione. Negli ultimi dodici mesi, ad esempio, han-

Booking o Expedia potrebbero stare utilizzando la *rate parity* per consolidare la propria posizione di mercato e il proprio potere contrattuale, non si potrebbe certo dire lo stesso di nuovi *player* che, magari prevedendo commissioni inferiori o servizi aggiuntivi agli albergatori, potrebbero utilizzare la *rate parity* proprio per aumentare la concorrenzialità del settore, generando benefici anche e soprattutto per i clienti finali. L'intervento "a gamba tesa" previsto dalla norma, peraltro, rischierebbe di estendere il suo campo di applicazione a ogni forma di intermediazione, incluse quelle realizzate tramite modalità *offline* e comprendendo, pertanto le agenzie di viaggio, le quali potrebbero così dover anch'esse rinunciare a qualsivoglia guadagno sulla propria attività di intermediazione alberghiera.<sup>8</sup> Il paradosso, quindi, è che l'emendamento in questione estende un vincolo finalizzato a impedire l'abuso di posizione dominante da parte dei grandi operatori non solo a quegli operatori che non abusano della propria posizione dominante, ma addirittura a quelli che non si trovano in posizione dominante e che pertanto non dispongono di alcuna leva di forza contrattuale nei confronti degli alberghi.

A ben vedere, una soluzione che tenesse conto della quota di mercato delle aziende considerate, così come della posizione dei potenziali concorrenti, era stata proposta proprio dalla stessa Autorità antitrust. Nel 2014, come già accennato, quest'ultima ha dato seguito a una segnalazione di Federalberghi, avviando un'indagine sulla possibile violazione della normativa antitrust europea da parte di Booking ed Expedia. Poiché la vicenda era oggetto di simili azioni anche in Francia e in Svezia, le autorità antitrust italiana, francese e svedese hanno un'istruttoria comune, in coordinamento con la Commissione europea. Al termine del procedimento d'indagine, l'Autorità italiana – così come quella francese e quella svedese – ha concluso che le clausole MFN (cioè quelle che impongono la *rate parity*) potrebbero, in effetti, integrare restrizioni verticali ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, e pertanto limitare la concorrenza sul prezzo e sulle condizioni di offerta tra piattaforme e tra canali di vendita.<sup>9</sup>

In seguito alla criticità sollevate dall'Agcm, Booking si è impegnato<sup>10</sup> a modificare la clausola in modo da renderla applicabile esclusivamente ai prezzi pubblicamente offerti dagli hotel attraverso i propri canali di vendita diretta online. D'altro canto, Booking si è impegnato a rinunciare alla *rate parity* per quanto riguarda:

- le tariffe praticate da altre OTA (in questo modo incoraggiando l'ingresso sul mercato di nuovi operatori);
- le tariffe praticate dagli alberghi su canali di vendita offline (prenotazioni di persona, per via telefonica, tramite grossisti, agenzie di viaggio, tour operator, etc.);
- le tariffe praticate per i propri "clienti fidelizzati", anche se la prenotazione relativa

---

no fatto il proprio ingresso nel mercato i servizi di comparazione di TripAdvisor (Instant Booking) e Google (Hotel and Flight Finder).

8 Cfr. Agcm, Audizione del Presidente Prof. Giovanni Pitruzzella di fronte alla Commissione Industria, Commercio, Turismo del Senato della Repubblica, nell'ambito dell'istruttoria legislativa sul disegno di legge n. 2085 recante "Legge annuale per il mercato e la concorrenza", 28 ottobre 2015, [https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/003/174/2015\\_10\\_28\\_-\\_Antitrust.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/003/174/2015_10_28_-_Antitrust.pdf).

9 Autorità garante della concorrenza e del mercato, delibera 21 aprile 2015.

10 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Delibera del 21 aprile 2015, [http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc\\_download/4809-i779chiusura.html](http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4809-i779chiusura.html).

dovesse avvenire online (purché essa avvenga tramite una parte del sito dell'albergo appositamente dedicata a questo tipo di clientela).

Le Autorità italiana, francese e svedese hanno ritenuto che gli impegni presentati da Booking fossero sufficienti a consentire agli hotel di differenziare il prezzo fra i diversi canali di vendita e a consentire lo sviluppo di un'effettiva concorrenza fra OTA, e perciò hanno reso vincolanti tali impegni, chiudendo il procedimento nei confronti di Booking. Expedia si è volontariamente adeguata ai medesimi impegni qualche mese più tardi,<sup>11</sup> con una decisione resa operativa per l'intero territorio europeo.

Dal punto di vista del contenuto, il compromesso raggiunto durante il procedimento delle Autorità antitrust italiana, francese e svedese in collaborazione con la Commissione Europea nei confronti di Booking ed Expedia appare del tutto idoneo a regolare il mercato delle OTA, tutelando contemporaneamente queste ultime, gli albergatori e i consumatori.<sup>12</sup>

Da una parte, infatti, l'esclusione della *rate parity* da tutte le modalità di prenotazione offline (e da tutte quelle online, ad eccezione del sito dell'albergo interessato) garantisce agli albergatori la massima flessibilità nel meccanismo competitivo di individuazione e raggiungimento della domanda tramite i canali tradizionali di prenotazione; dall'altra, tale soluzione tutela le OTA che, viceversa, finirebbero per dover esercitare un ruolo di mera vetrina pubblicitaria, senza nessuna possibilità di esercitare una funzione che – come dimostra il successo riscosso tra albergatori e clienti finali – è invero decisiva per il settore. Una circostanza, quest'ultima, che rischierebbe di penalizzare le strutture ricettive medio/piccole (cioè la stragrande maggioranza dell'offerta ricettiva italiana), impossibilitate a condurre gli investimenti necessari a fornire un servizio simile a quello offerto dalle OTA, e i nuovi operatori che decidessero di entrare nel mercato delle OTA stesse in concorrenza a quelle attualmente presenti.<sup>13</sup>

È utile ricordare, infine, che nulla vieterebbe all'Agcm di intervenire nuovamente sulla vicenda, qualora riscontrasse che le condizioni concorrenziali venutesi a creare in conseguenza della limitazione dell'applicazione delle clausole di *rate parity* ai soli siti web degli alberghi non fossero sufficienti a garantire il rispetto della normativa antitrust. In tal caso, l'Autorità potrebbe ovviamente erogare sanzioni (alle aziende specificatamente detentrici di potere di mercato) o richiedere l'accettazione di impegni ancora più stringenti, con quella flessibilità che, al contrario, non può offrire un intervento normativo, il quale al contrario inciderebbe non sulla posizione di mercato di Booking ed Expedia – cioè sotto un profilo di diritto della concorrenza – ma *erga omnes*, intaccando la libertà contrattuale – da un punto

11 Comunicato del 1 luglio 2015, <http://www.expediainc.com/news-release/?aid=123242&fid=99?fid=99&yy=2015>.

12 Cfr. il comunicato di avvio del procedimento ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-2661\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2661_en.htm)) e diverse fonti relative alla sua conclusione (<http://www.reuters.com/article/2015/04/21/booking-france-idUSL5N0X12H220150421>; <http://www.mindlabhotel.com/revenue-management/aggiornamenti-sulla-parity-rate/>). Moltissime altre autorità europee – come quella greca, danese, inglese, irlandese e polacca – sono state coinvolte nell'indagine delle tre citate, chiudendo i casi aperti rispettivamente e adeguandosi così a quanto stabilito dalla Commissione e destinato, con ogni probabilità, a costituire l'architettura della futura regolamentazione europea in materia.

13 Il compromesso raggiunto al termine dell'indagine condotta dalle autorità antitrust, inoltre, è stato sviluppato sulla base di un rigoroso *impact assessment*, svolto tramite analisi antitrust ma anche economiche relativamente agli effetti previsti dagli impegni.

di vista di diritto civile – e bloccando l'ingresso di nuovi operatori nel mercato delle OTA.

La ratio dei due interventi è quindi profondamente diversa: da un lato c'è un intervento di *enforcement* puntuale delle norme sulla concorrenza contro soggetti che sono accusati di violarle; dall'altro c'è una generalizzazione del rimedio anche a quanti non compiono alcun atto illecito. Tra le due cose c'è la stessa differenza tra un'ordinanza restrittiva emessa contro alcuni ex mariti che perseguitano le ex mogli, e una norma che impedisca a tutti gli uomini di invitare a cena tutte le donne. A questo proposito, peraltro, deve rilevarsi la già menzionata audizione del Presidente dell'Autorità, Giovanni Pitruzzella, di fronte alla Commissione "Industria, Commercio, Turismo" del Senato.<sup>14</sup> In tale documento, l'Agcm ribadisce, secondo quanto già evidenziato in altre occasioni, che il provvedimento in esame al Senato sembra prescindere da qualunque valutazione relativa alle posizioni e alle quote di mercato e che, come si è visto, esso rischierebbe di compromettere anche la possibilità di adottare clausole di parità tariffaria in capo alle agenzie di viaggi e ai tour operator che esercitano le proprie attività esclusivamente *offline*. Infine, segnalando come siano attualmente al vaglio della Commissione europea alcune denunce volte a segnalare l'incompatibilità con la disciplina europea della concorrenza della Loi Macron, adottata in Francia lo scorso maggio con contenuti analoghi a quelli previsti dall'attuale norma in esame al Senato, l'Agcm sottolinea l'eventualità che tale norma risulti contraria ad alcune previsioni dell'ordinamento europeo, come si approfondirà nel prossimo paragrafo del presente *paper*.

Qualora non abbia nel frattempo mutato il proprio orientamento, sarebbe pertanto auspicabile che l'Autorità antitrust intervenisse per sollecitare la modifica della norma in Senato. Si ricordi, in tal senso, che l'articolo 21 della legge 287/1990, istitutiva dell'Autorità, ha pieno potere di segnalazione al Parlamento e al Governo; sarebbe pertanto lecito e opportuno che tale potere venga utilizzato per intervenire su una questione su cui l'Agcm stessa si era espressa, in senso divergente da quanto previsto dal Parlamento, solo pochi mesi fa.

### Profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione europea

Il divieto assoluto di *rate parity* determina l'emersione di alcune criticità anche in relazione alla sua compatibilità con il diritto euro-unitario. Non a caso, l'European Technology and Travel Services Association (ET TSA), che rappresenta gli interessi di diversi soggetti operanti nel settore turistico nell'Unione Europea, ha presentato alcune obiezioni di fronte alla Commissione europea nei confronti della "Loi Macron", un provvedimento normativo adottato dal Parlamento francese pochi mesi fa, contenente una clausola in tutto e per tutto assimilabile al divieto di *rate parity* in discussione al Senato.<sup>15</sup>

Allo stesso modo, il divieto di *rate parity* sancito dall'emendamento in discussione al Senato rischia di risultare in conflitto con il diritto euro-unitario per almeno tre ordini di ragioni. Innanzitutto, a norma della direttiva UE 98/34, gli Stati membri sono obbligati a notificare alla Commissione l'esistenza di qualunque progetto di regolamentazione tecnica in materia digitale prima della sua adozione. Per quanto concerne i servizi, la direttiva vige per qualsiasi servizio prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale

14 V. nota 10.

15 Secondo l'ET TSA, la Loi Macron comporterebbe una seria minaccia al mercato unico, in quanto disciplinerebbe il settore delle OTA a livello nazionale, creando così discriminazioni e violazioni della libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, basate sulla segmentazione del mercato fra i diversi Paesi europei.

di un destinatario di servizi. Categoria in cui, pertanto, il divieto di *rate parity* sembra ricompreso.

Lo Stato notificante non può adottare la regolamentazione in questione per un periodo di tre mesi a partire dalla notifica, periodo durante il quale la Commissione (ed eventualmente altri Stati membri interessati) potranno esaminare il testo della misura e fornire una risposta sulla sua compatibilità con il diritto euro-unitario. Qualora rilevi che il progetto notificato possa creare ostacoli alla libera circolazione delle merci o alla libera prestazione di servizi, oppure al diritto secondario dell'UE, la Commissione può fornire un parere circostanziato, prorogando il periodo di valutazione di ulteriori tre mesi (o di un altro mese, per i servizi). Qualora il progetto riguardi una materia che è in corso di armonizzazione a livello euro-unitario, la Commissione può anche bloccare il progetto per un periodo che va dai 12 ai 18 mesi. Ci si chiede, in conclusione, se il Governo italiano ha già segnalato la misura alla Commissione europea e come, in questo caso, ciò sia compatibile con i tempi di adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza.

In secondo luogo, le restrizioni imposte dal divieto di *rate parity*, prevedendo una restrizione alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione, rischiano di risultare in conflitto con l'articolo 56 del TFUE. Quest'ultimo, infatti, stabilisce l'eliminazione di qualunque discriminazione verso i fornitori di servizi di qualunque Stato membro, ma anche – più in generale – ogni restrizione volta a limitare le attività di un fornitore di servizi all'interno dei confini europei (quindi in assenza di una specifica discriminazione basata sulla nazionalità del cittadino o dell'impresa coinvolta). In sostanza, tale articolo altro non è che la logica conseguenza dell'esistenza del mercato unico: l'esistenza di "regole" diverse deve essere motivata e circostanziata. Per "restrizione", peraltro, deve intendersi qualunque limite posto alla natura, allo scopo e al contenuto di un servizio, compresa ogni sostanziale imposizione al *business model* di operatori economici di Stati membri diversi.<sup>16</sup> Del resto, è arduo ipotizzare la creazione di un vero Digital Single Market in presenza di discipline diverse sull'economia digitale da parte di ogni Stato membro. Giacché l'unica fonte d'introiti delle OTA è proprio la prenotazione delle camere sul proprio portale (null'altro è dovuto dagli hotel per i servizi offerti), è del tutto verosimile che il divieto di *rate parity* costituisca una violazione dell'articolo 56 del TFUE.

Infine, la previsione del divieto di *rate parity* presenta profili di dubbia compatibilità con il Regolamento 1/2003. Dal punto di vista della normativa antitrust, infatti – come del resto si è già detto in precedenza – l'ipotesi che esista un'intesa verticale tra imprese a monte dei contratti tra OTA e albergatori – i quali sarebbero pertanto vittima di cosiddetti "accordi verticali" – si regge sul presupposto che tali imprese detengano almeno una quota di mercato pari almeno al 30%, cosa che, come si è visto, in Italia vale solo per Booking.<sup>17</sup>

---

16 Si veda, per un esempio molto simile a quello di specie – e riguardante il nostro Paese – la decisione della Corte di giustizia dell'UE C-518/06 (Commission v Italy – Re Motor Insurance), con cui la Corte ha stabilito l'illegittimità di alcuni vincoli posti dalla legislazione italiana all'esercizio di attività assicurativa, in quanto essi costringevano alcuni operatori stranieri a modificare consistentemente il proprio modello di business, violando così quanto previsto dall'articolo 56 del TFUE.

17 Non a caso, ad esempio, nel gennaio di quest'anno, il Tribunale Regionale di Dusseldorf, in Germania, ha ritenuto che le clausole di *rate parity* contenute nei contratti stipulati dalla OTA leader del mercato tedesco – HRS – restringessero la concorrenza, proprio in quanto la quota di mercato di HRS eccedeva il 30%. Per un'impresa la cui quota sia inferiore a questa soglia, pertanto, non esistono basi legali per configurare la violazione degli articoli 101 (che regola le intese verticali limitative della

Le clausole di *rate parity* stipulate nei contratti con qualunque OTA che non sia Booking, in questo senso, non potrebbero in alcun modo essere considerate in violazione di tali norme. Una previsione di legge che impedisca generalmente – e non soltanto verso i presunti oligopolisti del mercato in questione – tali clausole, pertanto, restringe senza ragione alcuna la libertà contrattuale di tutte le altre OTA, quelle già presenti sul mercato e – vale la pena sottolinearlo ancora una volta – soprattutto quelle potenziali. Ciò è manifestamente contrario all'articolo 3 del Regolamento 1/2003, secondo cui “dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza”. In generale, si ribadisce pertanto come l'attribuzione del divieto *erga omnes* di specifiche clausole contrattuali non tenga conto di alcun dato in ordine all'effettivo potere di mercato degli attori colpiti dalla norma né alla quota di mercato da essi detenuta.

## Conclusioni

Come si è estensivamente considerato nei paragrafi precedenti, diverse ragioni di ordine economico e giuridico contribuiscono a sollevare qualche dubbio sull'opportunità di sanzionare la nullità *tout court* delle clausole di *rate parity*. Una volta concordato che l'obiettivo della norma sia quello di impedire comportamenti anti-concorrenziali e abusi da parte dei soggetti che detengono quote rilevanti del mercato delle OTA, del resto, si potrebbero valutare alcune alternative che risultassero meno invadenti, ma non per questo meno incisive di quella proposta dall'emendamento in discussione al Senato.

Una prima eventualità, in questo senso, potrebbe essere quella di allinearsi a quanto previsto qualche mese fa dall'Agcm in collaborazione con le autorità antitrust di Francia e Svezia, con il benestare della Commissione europea e di numerose altre autorità antitrust europee, come si è visto in precedenza. Ciò, come già sottolineato, permetterebbe di incidere efficacemente sugli effetti anti-concorrenziali che un abuso della *rate parity* da parte delle OTA con potere di mercato potrebbe determinare, garantendo al contempo la libertà degli alberghi di usufruire di diversi canali e prezzi diversi, la tutela delle OTA e dei loro investimenti dal fenomeno del free-riding e, nondimeno, un'ampia gamma di opzioni di viaggio ai clienti finali.

Una seconda opzione potrebbe essere costituita dalla delega al Governo per l'emanazione di un provvedimento di più ampio respiro, al termine di una consultazione con l'Agcm e la Commissione europea, secondo quanto si è visto in tema di obbligo di notifica previa circa l'approvazione di qualunque provvedimento di regolamentazione tecnica. Ciò, infatti, consentirebbe contemporaneamente l'adozione del Ddl Concorrenza e una più ampia riflessione sulla norma relativa al *rate parity*.<sup>18</sup>

---

concorrenza) e 102 (che invece disciplina l'abuso di posizione dominante) del TFUE. È opportuno sottolineare che, in ogni caso, la sentenza del Tribunale di Dusseldorf è stata appellata, in quanto, a giudizio di HRS, non si sarebbe individuata la dimensione idonea del mercato di riferimento e la sentenza non considererebbe l'efficienza generata da posizioni superiori al 30% del mercato stesso. Dal primo punto di vista, come si è già segnalato, l'ingresso dei servizi di TripAdvisor e Google potrebbe presto far scendere anche drammaticamente la quota detenuta dagli attuali *incumbent*.

18 Una soluzione, quest'ultima, che al di là di ogni formalismo determinerebbe – peraltro in linea con la prima – l'adozione di misure condivise a livello europeo, come del resto caldeggiato dal Ministro dei Beni culturali, Dario Franceschini, in occasione dell'approvazione del decreto Art Bonus, nel maggio

Nell'adozzare l'ultima legge di Stabilità, il nostro premier ha più volte ribadito di aver richiesto alla Commissione europea di poter effettuare anche quest'anno una manovra espansiva, sfruttando il deficit per adottare contemporaneamente le riforme strutturali necessarie a una crescita ancora più sostenuta della nostra economia. Sarebbe interessante, in questo senso, conoscere la reazione della Commissione di fronte al fatto che una di queste "riforme strutturali" contiene misure che – fronteggiando con quanto condiviso dalla Commissione stessa solo pochi mesi fa – ostacolano l'armonizzazione della regolamentazione del settore a livello europeo e rischiano addirittura di risultare in contrasto con lo stesso ordinamento europeo.



### Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

### Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

### I Briefing Paper

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito [www.brunoleoni.it](http://www.brunoleoni.it).