

Booking ed Expedia

Un caso da manuale del paradosso dell'Antitrust

Di Ennio Emanuele Piano

Il mercato delle OTA

Negli ultimi anni, il mercato del turismo è stato rivoluzionato dalle *Online Travel Agencies* (OTA), piattaforme digitali che permettono di consultare un catalogo contenente centinaia di migliaia tra alberghi, b&b, villaggi turistici e simili,¹ di comparare tra loro le diverse offerte, di consultare le recensioni dei clienti precedenti e di prenotare la camera, il tutto dallo schermo di un computer e perfino da quello di uno smartphone.

Le prenotazioni online di strutture italiane ammonterebbero ormai a oltre il 35% del totale – rispetto al 14% delle prenotazioni dirette e al 7,7% tramite agenzia.² Il mercato delle prenotazioni online appare oggi dominato da due piattaforme internazionali, Booking ed Expedia. La prima, con sede in Olanda ma di proprietà del gruppo americano Priceline, è in questo momento l'azienda leader, sia per quanto riguarda il mercato europeo, con una quota del 47% delle prenotazioni online, sia per quanto riguarda quello italiano, con una quota di quasi il 73%. Expedia, di proprietà di Microsoft, segue con il 21% delle prenotazioni sul mercato europeo e il 17,7% su quello italiano.³

Booking ed Expedia sono state recentemente oggetto dell'attenzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in seguito alle segnalazioni di Federalberghi, AICA (Associazione Italiana Confindustria Alberghi) e Guardia di finanza. Il caso italiano si inserisce nella più ampia campagna internazionale lanciata negli ultimi anni dalle associazioni di settore contro le agenzie di prenotazione online, affinché le autorità antitrust dei rispettivi paesi adottassero delle misure punitive nei loro confronti. La campagna ha, in effetti, ottenuto qualche successo: tra il 2011 e il 2013, le autorità antitrust di Francia, Gran Bretagna e Germania hanno preso posizione contro le maggiori OTA, costringendole a pagare multe per centinaia di migliaia di euro e vietando loro alcune pratiche commerciali ritenute incompatibili con un mercato concorrenziale.

Le pressioni delle Associazioni di Categoria hanno spinto il governo Renzi a ipotizzare un intervento legislativo che invalidasse le clausole denunciate dagli albergatori prima ancora della delibera dell'Autorità. Una bozza del "decreto cultura" circolata lo scorso maggio prevedeva, infatti, per le strutture alber-

1 A. Gerli, "Prenotare un hotel su internet: i siti padroni del mercato", Panorama.it, <http://economia.panorama.it/tech-social/prenotare-hotel-internet-siti-dominano-mercato>

2 G. Bottero, "Turismo online, vincoli troppo stretti dai due siti leader", *La Stampa*, 20 maggio 2014, p. 18.

3 A. Gerli, "Prenotare un hotel", cit.

Ennio Emanuele Piano è studente di Storia Moderna e Contemporanea all'Università "La Sapienza" di Roma e coordinatore locale di European Students for Liberty.

ghiere con sede legale in Italia, la possibilità di applicare sul proprio sito web la tariffa più conveniente per il cliente, e l'annullamento di “[o]gni eventuale diversa pattuizione stipulata dalle strutture con intermediari” (art. 9, co. 5).⁴ Il tentativo del governo non si è però concretizzato, come dimostra il fatto che il Decreto-Legge, nella forma pubblicata in Gazzetta Ufficiale,⁵ non fa più alcun riferimento alla questione.

Oltre al livello delle commissioni richieste per vedere comparire la propria struttura, che si attestano tra il 15 e il 30% dell'importo della prenotazione e sono ritenute “troppo” alte dagli albergatori, altre rimostranze sono elencate in un *Position Paper* diffuso dal HOTREC (l'associazione europea che raccoglie gli operatori del settore alberghiero e della ristorazione), e recentemente ripubblicato da Federalberghi in concomitanza con il ricorso all'Antitrust. Sotto il titolo di *Fair Practices in Online-Distribution* sono denunciate, tra le altre cose, la pretesa che le strutture alberghiere mettano a disposizione dei clienti delle OTA tutte le stanze disponibili; la competizione tra strutture per le prime posizioni dei cataloghi consultabili sui siti web; l'anonimato delle recensioni, e persino l'utilizzo di simboli a forma di stella nelle recensioni (poiché potrebbero essere confuse con le stelle di classificazione ufficiale). Tra le richieste alle autorità antitrust compaiono invece l'imposizione di un tetto massimo alle commissioni e i diritti di editing e replica nei confronti delle recensioni negative pubblicate dai clienti sulle piattaforme online.

Il provvedimento dell'AGCM

Lo scorso 21 maggio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha deliberato l'avvio di un'istruttoria nei confronti di Booking ed Expedia che accerti l'eventuale violazione da parte di queste società dell'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tale articolo, che costituisce la base delle politiche antitrust dell'Unione, vieta qualsiasi pratica che possa “falsare il gioco della concorrenza”, e in particolare la formazione di cartelli e l'imposizione dei cosiddetti vincoli verticali.⁶ Nella prima parte del provvedimento, l'AGCM⁷ riassume le accuse da parte dei segnalanti, le quali riguardano in particolare due vincoli contrattuali che tanto Booking che Expedia imporrebbero alle strutture alberghiere per poter usufruire dei propri servizi. Il primo dei vincoli contestati è la clausola cosiddetta *Most Favoured Nation* (MFN), che prevede che il fornitore (in questo caso, la struttura alberghiera o extra-alberghiera⁸) garantisca al concessionario (in questo caso l'OTA) il miglior trattamento eventualmente accordato a concessionari terzi.

Il secondo dei vincoli sotto accusa riguarda la politica del miglior prezzo garantito: le OTA come Booking ed Expedia hanno fondato il loro business sulla garanzia che, per ogni struttura che compaia sul proprio catalogo online, il prezzo di prenotazione sarà sempre il più basso che si possa trovare sul web.⁹ Nell'eventualità in cui un cliente do-

4 Consultato all'indirizzo http://www.tafter.it/wp-content/uploads/2014/05/Decreto_Turismo_Cultura_DL_MIBACT-15-maggio-2014.pdf

5 Decreto-Legge 31 Maggio 2014, n. 83, “Disposizioni Urgenti per la Tutela del Patrimonio Culturale, lo Sviluppo della Cultura e il Rilancio del Turismo”, consultato all'indirizzo <http://www.governo.it/backoffice/allegati/75767-9458.pdf>

6 TFUE, Articolo 101.

7 AGCM, Bollettino n. 21 del 24 Maggio 2014, p. 11.

8 Per extra-alberghiere si intendono strutture come b&b, affittacamere, residence, agriturismi, ostelli della gioventù eccetera.

9 I particolari della clausola del “miglior prezzo garantito” sono consultabili per Booking all'indiriz-

vesse trovare un prezzo più basso per un'offerta del tutto identica a quella pubblicizzata su Booking o Expedia, egli avrebbe diritto a uno sconto almeno pari alla differenza di prezzo riscontrata. Nel caso in cui il pagamento fosse già avvenuto, inoltre, la struttura ospitante sarebbe tenuta a rimborsare in prima persona la differenza.

In generale, le due agenzie starebbero abusando della propria posizione dominante e del conseguente “significativo potere di mercato”, imponendo alle strutture alberghiere ed extra-alberghiere “commissioni minime eccessivamente onerose” e condizioni contrattuali sfavorevoli, impedendo loro di praticare prezzi inferiori su piattaforme alternative. “Ostacolando [...] l'ingresso di nuovi operatori nel mercato dei servizi di prenotazione alberghiera *online*”,¹⁰ le due OTA si troverebbero dunque in palese violazione della normativa antitrust europea e nazionale.

Il provvedimento dell'AGCM riporta il testo della clausola 2.2.2 dei contratti di Booking, la quale vincola le Strutture Ricettive a offrire “sia uguali o migliori tariffe per la stessa Struttura Ricettiva per la stessa tipologia di camera, per le stesse date, per la stessa tipologia di letti e per lo stesso numero di ospiti, sia uguali o migliori limitazioni e condizioni” rispetto a quelle offerte da qualsiasi canale di prenotazione, tanto online che offline.

Sono perciò comprese piattaforme online come la pagina web della struttura e quelle delle OTA rivali, ma anche *call-center* (riferibili direttamente all'albergo o a terzi) e le classiche agenzie di viaggio.¹¹ Una clausola dal contenuto simile (la C.2.b), pur mancando in essa un esplicito riferimento ai canali offline, è contenuta nei contratti di Expedia.¹²

Il provvedimento fa inoltre riferimento alle clausole riguardanti il rimborso delle eventuali differenze di prezzo riscontrate dai clienti. Anche in questo caso, i due contratti appaiono simili nel contenuto: entrambi prevedono che, nel caso in cui una segnalazione di violazione della *Parity Rate* risulti legittima, la struttura ricettiva sarà tenuta a rimborsare il cliente in questione.¹³ In caso di violazione delle clausole contrattuali, le due OTA prevedono che l'hotel inadempiente subisca una penalizzazione “in termini di *ranking*, ossia il riposizionamento della struttura sul sito web di ricerca e prenotazione”.¹⁴ In pratica, le strutture scoperte a violare la MFN vengono retrocesse alle ultime pagine dei “risultati” delle ricerche operate dai clienti della piattaforma online, con conseguente perdita di visibilità.

Secondo l'Autorità, inoltre, le due OTA sarebbero in grado di monitorare il rispetto delle clausole contrattuali attraverso piattaforme come *Kayak* e *Trivago*, rispettivamente di proprietà di Booking.com ed Expedia.¹⁵

In sintesi, i rilievi dell'Autorità possono essere riassunti come segue. Booking ed Expedia ricoprono, almeno per quanto riguarda il contesto italiano, una posizione domi-

zo http://www.Booking/general.it.html?sid=841c2b4da95c6544ca11bd918cefc35a;dcid=1;tmpl=doc/rate_guarantee e per Expedia all'indirizzo <http://www.expedia.it/daily/price-guarantee/default.aspx>.

10 Ibidem.

11 *Ivi*, pp. 11-12.

12 *Ivi*, p. 12.

13 Clausola 2.5.6 delle Condizioni Generali di Contratto di Booking, cit. dal provvedimento dell'Autorità, p. 13.

14 *Ivi*, p. 12.

15 *Ivi*, p. 15.

nante nel mercato delle prenotazioni alberghiere. Tale posizione è dovuta alla “poco sviluppata” digitalizzazione da parte delle strutture alberghiere ed extra-alberghiere italiane e alla crescente importanza dei canali online a svantaggio di canali più tradizionali, come le prenotazioni dirette o in agenzia. La posizione dominante potrebbe permettere alle due OTA, secondo il primo sommario orientamento dell’Autorità, di abusare del proprio potere di mercato a scapito di albergatori e consumatori. Ai primi sono infatti imposte commissioni eccessivamente onerose e restrizioni alla propria indipendenza nel rapporto con i clienti che ne ridurrebbero l’efficienza.

L’utilizzo delle clausole sopra esposte potrebbe determinare una maggiore rigidità dei prezzi verso il basso, ostacolando quindi un abbassamento concorrenziale dei costi. Tale rigidità sarebbe l’effetto diretto dell’applicazione delle clausole MFN, che, da un lato, limitano la possibilità da parte delle strutture alberghiere di abbassare concorrenzialmente i prezzi, e dall’altro, disincentivano le piattaforme a ridurre i costi di commissione poiché “ciò non potrebbe tradursi in prezzi inferiori esclusivamente su tale piattaforma”.¹⁶ In altre parole, se anche Expedia dovesse decidere unilateralmente di abbassare le commissioni domandate agli albergatori, ciò non potrebbe tradursi in una riduzione del prezzo offerto al consumatore. L’albergatore non potrebbe infatti decidere di abbassare il prezzo esclusivamente sul catalogo di Expedia, in quanto sottoposto alla clausola MFN con Booking. Egli si troverebbe di fronte alla scelta se abbassare il prezzo su entrambe le piattaforme, abbassare soltanto quello pubblicizzato su Expedia, o non applicare alcuno sconto. Nel primo caso, egli correrebbe il rischio di dover praticare un servizio sotto costo. Nel secondo caso andrebbe incontro alle penalizzazioni previste dall’accordo con Booking. Nel terzo caso, che l’Autorità sembra ritenere il più probabile, il prezzo rimarrebbe lo stesso, senza alcun vantaggio per i consumatori.

A contribuire alla “rigidità verso il basso” dei prezzi e delle commissioni, vi sarebbe, da parte delle due agenzie, un utilizzo della MFN strategicamente teso ad ostacolare l’ingresso di nuove OTA nel mercato: “un nuovo operatore” – sostiene l’Autorità – “per poter esercitare un efficace vincolo competitivo, dovrebbe riuscire ad attrarre simultaneamente un sufficiente numero di strutture non affiliate con le Parti e i consumatori.”¹⁷ Ma secondo la logica precedentemente adottata, esso si vede negato lo strumento competitivo della riduzione delle commissioni, e ha perciò poche possibilità di farsi spazio nel mercato. Il risultato, ancora una volta, è meno concorrenza per Booking ed Expedia, a danno del consumatore finale.

Le valutazioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato si concludono con una netta presa di posizione a sfavore delle due *Online Travel Agencies* in merito alle clausole MFN e alle “altre disposizioni e condotte [...] tese ad assicurarne l’effettivo rispetto”.¹⁸ Secondo il parere dell’Autorità, esse sono suscettibili d’integrare una violazione dell’articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea. Di conseguenza, l’AGCM ha deliberato l’avvio di un’istruttoria nei confronti di Booking ed Expedia, per accertare, entro il luglio del 2015, la sussistenza delle violazioni contestate.

I paradossi dell’Antitrust

Dal testo del provvedimento emerge come sia opinione dell’Autorità antitrust che le clausole “imposte” dalle due multinazionali del turismo online costituiscano un’indebita menomazione del processo di libera concorrenza del mercato, e dunque attentino

¹⁶ *Ivi*, p. 15.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ivi*, p. 16.

– direttamente e indirettamente – al benessere degli albergatori e dei clienti. Senza le clausole sotto accusa, è l'implicita conclusione dell'AGCM, i primi sarebbero liberi di fare concorrenza alle grandi OTA applicando prezzi inferiori sui propri siti online, mentre i secondi raccoglierebbero i frutti della ripristinata concorrenza approfittando della riduzione delle tariffe.

Quello di Booking ed Expedia sembra essere l'ennesimo caso di ciò che il giudice americano Robert Bork ha chiamato, quasi quarant'anni fa, "il paradosso dell'antitrust".¹⁹ Questo consisterebbe nel fatto che la legislazione antitrust persegue due fini tra loro incompatibili: la difesa delle piccole imprese dalla competizione – selvaggia, scorretta, predatoria – di imprese più efficienti, e la massimizzazione del benessere del consumatore.

Fino alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, la dottrina antitrust era dominata da un approccio che vedeva nel mercato concorrenziale uno strumento utile ma imperfetto. Lo scopo delle autorità antitrust, secondo questa interpretazione, era perciò quello di correggere il mercato ogniqualvolta si dovessero manifestare distorsioni del meccanismo concorrenziale. Tuttavia, come notò il premio Nobel per l'economia Ronald Coase, spesso e volentieri l'antitrust finiva per denunciare come monopolistiche, e perciò dannose, tutte quelle pratiche che non era in grado di comprendere.²⁰

In particolare, come scrisse Robert Bork nel suo *The Antitrust Paradox* a proposito della pionieristica legislazione statunitense, la giurisprudenza americana stava deviando dalle intenzioni originarie della legge antitrust – lo Sherman Act – poiché quella legge era stata pensata per difendere gli interessi dei consumatori, e non, come si andava prospettando, quelli dei piccoli imprenditori.²¹ Di conseguenza, quelle corti i cui giudizi si erano allontanati da questo precetto lo avevano fatto illegittimamente, tradendo il testo stesso che avrebbero dovuto applicare. Allo stesso modo, il giurista americano sosteneva che, secondo la tradizione di *common law*, una normativa deve poter avere un esito prevedibile e non soggetto all'arbitrio del giudicante, e l'unico criterio in grado di garantire questa prevedibilità era appunto la massimizzazione del benessere dei consumatori.²²

Infine, Bork sosteneva che le corti dovessero adottare un nuovo strumento che le guidasse nel giudicare quali condotte siano realmente colpevoli di danneggiare i consumatori. Fino a quel momento, i casi di antitrust venivano decisi in base ad un paradigma economico poco sofisticato e contraddittorio, i cui pilastri erano la teoria del fallimento del mercato unita ad una visione dell'interventismo economico come effi-

19 R. H. Bork *The Antitrust Paradox*, New York, Free Press, 1978.

20 R. H. Coase, "Industrial Organization: A Proposal for Research", in V.R. Fuchs (a cura di), *Policy Issues and Research Opportunities in Industrial Organization*, New York: National Bureau of Economic Research, 1972, pp. 59-73.

21 Vedi anche R.H. Bork e W.S. Boeman Jr., "The Crisis in Antitrust", pp. 363-364. Cfr. B.Y. Orbach, "The Antitrust Consumer Welfare Paradox", *Journal of Competition Law and Economics*, 7:1, 2010, p. 142.

22 R. H. Bork, *The Antitrust Paradox*, pp. 84, 89. L'uso del concetto di benessere dei consumatori è stato recentemente criticato per la sua ambiguità. Al suo posto è stata proposta la meno fuorviante "surplus dei consumatori": cfr. B.Y. Orbach, "The Antitrust Consumer Welfare Paradox", pp. 135-136 e 164.

ciente e benevolo²³ e un'interpretazione semplicistica della concorrenza.²⁴ Il cosiddetto “struttura-condotta-performance” prevedeva tre passaggi. Per prima cosa era necessario guardare alla “struttura del mercato” (quante sono le aziende concorrenti? una? poche? molte?); il secondo passaggio consisteva nell'accertarsi che la condotta delle aziende rispecchiasse fedelmente il modello della concorrenza perfetta, ovvero che il prezzo del prodotto corrispondesse al suo costo marginale; per finire, nessuna azienda doveva realizzare “extraprofitti”, il più chiaro segnale di un mercato non concorrenziale secondo tale modello.²⁵ Insomma, la filosofia dominante era quella secondo la quale le imprese dovevano competere tra loro, ma nessuna era autorizzata a vincere.²⁶

Il volume di Bork ebbe un'immediata, dirompente influenza sull'applicazione della legislazione antitrust.²⁷ Con le sue tesi, Bork si poneva in netta opposizione rispetto alla dottrina antitrust dominante su tre questioni fondamentali: l'interpretazione dello Sherman Act,²⁸ lo scopo dell'antitrust e, infine, il metodo più appropriato per la valutazione dei casi di presunta violazione di tale normativa.

La “Scuola di Chicago dell'Antitrust”²⁹ si distingueva dall'interpretazione tradizionale nel sostenere la necessità dell'introduzione di strumenti economici più sofisticati. Utilizzando la teoria dei prezzi sviluppata proprio a Chicago a partire dagli anni '40, autori come Director, Brozen, Bork, Stigler, Coase, Demsetz, Posner ed Easterbrook dimostrano come molte delle pratiche etichettate come monopolistiche e anti-competitive potevano in realtà essere giustificate da criteri di efficienza, risultando in una più intensa concorrenza e perciò in un aumento del benessere dei consumatori finali. Le attenzioni della legislazione antitrust, di conseguenza, dovevano essere dedicate esclusivamente a quei casi di cartelli e monopoli che si traducevano in una riduzione della produzione e in un aumento dei prezzi.³⁰ Alle radici della nuova interpretazione stava un atteggiamento profondamente scettico nei confronti di due idee: dell'adeguatezza di un sistema in cui potessero essere i giudici, e non il mercato, a selezionare le pratiche commerciali più efficienti; e la possibilità che un'impresa ottenesse un sostanziale e persistente potere di mercato senza soddisfare i desideri dei consumatori.³¹

23 R. A. Posner, “Theories of Economic Regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5:2, 1974, p. 2.

24 F. H. Easterbrook, “Workable Antitrust Policy”, *Michigan Law Review*, p. 1697.

25 *Ivi*, p. 1696.

26 Y. Brozen, “Competition, Efficiency, and Antitrust”, *University of Chicago Graduate School of Business Selected Papers*, n. 32, 1969, p. 4.

27 G.. L. Priest, “The Abiding Influence of *The Antitrust Paradox*: An Essay in Honor of Robert H. Bork”, p. 458.

28 Lo Sherman Antitrust Act, approvato nel 1890, fu la prima legge federale statunitense in materia di regolamentazione della concorrenza. Sulla storia dello Sherman Act, si veda G. Stigler, “Origin of the Sherman Act”, *Journal of Legal Studies*, 14:1, 1985, pp. 1-12; cfr. D.J. Boudreaux e T.J. DiLorenzo, “The Protectionist Roots of Antitrust”, *The Review of Austrian Economics*, 6:2, 1993, pp. 81-96.

29 R. A. Posner, “The Chicago School of Antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review*, 127:4, 1979, pp. 925-947.

30 *Ivi*, p. 928.

31 F. H. Easterbrook, “Workable Antitrust Policy” , p. 1698., e dello stesso autore, “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review*, 63:1, pp. 3-6, 9, 15. Vedi anche R. A. Posner, “The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality”, *University of Chicago Law Review*, 56, 1981, pp. 6-26.

Un'ancora più radicale, ma – come sembra dimostrare il caso italiano – meno apprezzata, critica alla dottrina antitrust riguarda l'idea stessa di concorrenza. Molte pagine sono state scritte sull'inadeguatezza del presupposto teorico della “concorrenza perfetta”.³² La prima è, infatti, semplicemente inadeguata quando si tratta di descrivere il processo del mercato così come si manifesta nella realtà: un continuo meccanismo in cui le imprese sperimentano nuovi modi per accontentare le richieste dei consumatori, contendendosi tra loro “fette di mercato”. Quelle che ci riescono prosperano, o almeno sopravvivono; le altre scompaiono, spesso sostituite da nuove imprese. La concorrenza non è una condizione statica, ma un processo evolutivo che tende all'equilibrio senza mai raggiungerlo definitivamente.³³ La presuntuosa volontà di comparare un modello di infinite imprese che vendono prodotti omogenei e possiedono una conoscenza perfetta dei desideri dei consumatori con i mercati reali appare, sotto questa luce, in tutta la sua inadeguatezza. Le imprese operano in un contesto di incertezza, di informazione dispersa e limitata, di consumatori dai gusti e dalle preferenze instabili e spesso poco chiari.

Una regolazione che non tenga conto di tutti questi fattori rischia di frenare le tendenze innovative del mercato, sopprimendo pratiche che appaiono anticoncorrenziali al regolatore, ma che in realtà potrebbero favorire la concorrenza e il benessere dei consumatori.³⁴ La verità è che spesso non solo le autorità, ma nemmeno le imprese stesse conoscono con precisione gli effetti di tutte le pratiche commerciali che adottano.³⁵ Nel dubbio, il pregiudizio dovrebbe essere a loro favore: se la pratica dovesse dimostrarsi dannosa per i consumatori, le imprese concorrenti avranno tutto l'interesse a trovare il modo per servire i consumatori più efficacemente. Al contrario, se una pratica conveniente fosse vietata, il benessere dei consumatori ne risulterebbe irrimediabilmente compromesso, come anche l'esperienza storica sembra suggerire.³⁶

Conclusioni

La digressione sulla genesi e le ragioni della dottrina antitrust può servire per meglio comprendere l'intervento dell'AGCM nel caso Booking-Expedia. Per prima cosa, come abbiamo notato precedentemente, sembra che l'Autorità sia caduta trappola del “paradosso dell'antitrust”. Inoltre, come vedremo, la decisione di aprire un'istruttoria contro le due multinazionali del turismo online si basa su argomenti economici che mostrano una certa somiglianza con l'interpretazione della “vecchia scuola” dell'antitrust. Tra questi, quello cui l'AGCM ha dato maggior rilevanza nel suo provvedimento è la natura anticoncorrenziale delle clausole MFN “imposte” agli albergatori italiani. L'anticoncorrenzialità della clausola si esprimerebbe su tre livelli diversi: 1) impedendo la concorrenza tariffaria tra OT e 2) tra strutture alberghiere; 3) ostacolando l'ingresso di nuove OTA nel mercato.

³² Vedi per tutti Mingardi (a cura di), *Antitrust: mito e realtà dei monopoli*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004.

³³ R. H. Bork, “The Crisis in Antitrust”, *Columbia Law Review*, 65:3, 1965, p. 375. F. A. Hayek, “The Meaning of Competition”, in *Individualism and Economic Order*, Chicago, The University of Chicago Press, 1948, pp. 92-106.

³⁴ R. A. Posner, “Antitrust in the New Economy”, p. 5.

³⁵ F. H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, pp. 5-6.

³⁶ Vedi G. J. Stigler, “The Economic Effects of Anti-Trust Laws”, in K. R. Leube e T. G. Moore (a cura di), *The Essence of Stigler*, p. 195; e R. W. Crandall e C. Winston, “Does Antitrust Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence”, in *Journal of Economic Perspectives*, 17:4, 2003, pp. 3-26.

Secondo l'AGCM, le clausole MFN appaiono costituire intese verticali,³⁷ e come tali elementi distorsivi del meccanismo concorrenziale. Tale opinione non sembra tenere conto del fatto che nessuna delle migliaia di strutture, alberghiere e extra-alberghiere, che hanno firmato il contratto con le due agenzie online è stata costretta ad accettarne la clausole. Per di più questo giudizio tradisce anche l'aderenza dell'Autorità alla già citata interpretazione semplicistica della concorrenza, per cui ogni accordo tra imprese operanti nello stesso mercato le allontana dal modello di "concorrenza perfetta" ed è perciò illegittimo. Nei mercati reali, competizione, collaborazione, limitazioni o, meglio, autolimitazioni e vincoli, sempre consensuali, convivono tra loro.³⁸ Allo stesso modo, l'evidenza empirica suggerisce che le restrizioni verticali "se imposte da privati beneficiano i consumatori, o almeno non li danneggiano."³⁹

Il caso qui in esame non è un chiaro esempio: lo sviluppo di intermediari on line come Booking e Expedia, consentito presumibilmente anche dalle clausole contrattuali sotto accusa, è stato non casualmente coevo all'apertura del turismo a una fascia di popolazione molto più ampia che mai, grazie sia alle condizioni tariffarie che ai servizi aggiuntivi, primi tra tutti quelli informativi, che hanno reso più semplice programmare un viaggio, di qualsiasi natura.

Inoltre e più specificamente, è stato dimostrato che la MFN può, date certe condizioni, essere giustificata da ragioni di efficienza economica.⁴⁰ Essa può avere l'effetto di mitigare problemi di *hold-up*, disincentivare temporeggiamenti nel mezzo di contrattazioni, ridurre i costi di transazione, e infine ostacolare i comportamenti opportunistici tra contraenti.⁴¹ Il caso che abbiamo analizzato sembra essere caratterizzato perlomeno dagli ultimi due fattori. Booking ed Expedia si trovano a trattare (se teniamo conto solo del contesto italiano) con decine di migliaia di strutture dalle caratteristiche ed esigenze più svariate. Contrattare i particolari di ogni singolo contratto, stipulare clausole, tariffe e commissioni *ad hoc* per ciascun albergo, villaggio turistico, b&b e fittacamere comporterebbe probabilmente costi di transazione insormontabili.

Vi è poi la questione del rischio di comportamenti opportunistici. Come riconosciuto dall'Autorità, Booking ed Expedia, grazie ai milioni di utenti che queste sono in grado di raggiungere in ogni parte del mondo, costituiscono un importante canale di vendita, "soprattutto per le strutture medio-piccole ed indipendenti".⁴² La visibilità offerta dalle due piattaforme ha però un costo – quel 15% di commissione cui abbiamo fatto riferimento – che gli albergatori preferirebbero evitare. In assenza della MFN, il cliente potrebbe scoprire una struttura sulla piattaforma di un'OTA ma decidere di effettuare la prenotazione attraverso il sito proprietario della struttura. O ancora, gli albergatori potrebbero incoraggiare i clienti che avessero prenotato sul sito della OTA a cancellare la prenotazione online e offrire uno sconto rispetto al prezzo pubblicizzato in caso

37 P. Rey e T. Vergé, "Economics of Vertical Constraints", in P. Buccirossi (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, Boston, MIT Press, 2008, pp. 353-390.

38 F. H. Easterbrook, "The Limits of Antitrust", p. 3. Vedi anche, O. E. Williamson, "Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach", *University of Pennsylvania Law Review*, 127:4, 1979, p. 955.

39 F. Lafontaine e M. Slade, "Exclusive Contracts and Vertical Restraints", in P. Buccirossi (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, p. 408.

40 J. B. Baker e J. A. Chevalier, "The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions", in *Antitrust Magazine*, 27:2, 2013, pp. 20-26.

41 *Ivi*, pp. 21-22.

42 AGCM, Bollettino n. 21 del 26 maggio 2014, p.14.

di nuova prenotazione attraverso un canale alternativo. Se per ipotesi questo sconto fosse del 10%, le strutture tratterrebbero il rimanente 5% che sarebbe altrimenti finito nelle casse della OTA, senza la quale però difficilmente il cliente sarebbe venuto a sapere dell'esistenza della struttura in questione.

Inoltre, va sottolineato che Booking ed Expedia non penalizzano le strutture inadempienti con l'esclusione dal catalogo online, ma semplicemente accordano migliori posizioni a quelle che rispettano il contratto. In altre parole, favoriscono quegli alberghi che garantiscono all'agenzia online entrate maggiori. Vietare a un'impresa di discriminare tra metodi commerciali più o meno redditizi appare un'ingiustificata intromissione da parte dell'Autorità Antitrust.

Appurato che, come abbiamo appena argomentato, la clausola MFN è giustificabile dal punto di vista dell'efficienza economica, rimane da vedere se, e in che misura, essa costituisca effettivamente un ostacolo alla concorrenza, come ipotizzato dall'AGCM.

Come abbiamo visto, secondo l'Autorità questa clausola disincentiverebbe la concorrenza tariffaria tra OTA, poiché una commissione più bassa per gli alberghi non si tradurrebbe in prezzi più bassi al consumatore e dunque in un aumento delle prenotazioni. In poche parole, lo sconto sulle commissioni non verrebbe compensato da un aumento del numero delle stesse, con una perdita netta per l'agenzia online. Tuttavia esistono altri modi in cui le OTA possono reciprocamente farsi concorrenza. Un'agenzia potrebbe decidere di praticare commissioni più basse – anche se queste non si traducevano in prezzi inferiori – in modo da attirare un maggior numero di strutture, con maggiore scelta per il consumatore. Alternativamente, un'OTA potrebbe decidere di specializzarsi in un determinato settore turistico, o in un'area geografica; o distinguersi con un sito web particolarmente accattivante o un'app particolarmente intuitiva e semplice da usare. Le vie della concorrenza sono infinite.

Lo stesso discorso può essere applicato alla concorrenza tra strutture. Il semplice fatto che queste, per via della MFN, non possano praticare su canali alternativi prezzi inferiori a quelli pubblicizzati sulle OTA, non significa che queste ultime abbiano ridotto la competizione tra albergatori. Al contrario, grazie a siti web come Booking ed Expedia, oggi più che mai un albergatore si trova a dover competere con centinaia di migliaia di alberghi in ogni parte del pianeta: grande catena, piccolo albergo indipendente e b&b vengono confrontati sulla stessa pagina web da clienti alla ricerca dell'offerta migliore.

Il terzo ed ultimo argomento dell'AGCM riguarda la possibilità che la MFN costituisca una "barriera all'ingresso" che impedisce appunto a nuove agenzie di contendere fette di mercato alle due OTA principali:

“un nuovo operatore per poter esercitare un efficace vincolo competitivo, dovrebbe riuscire ad attrarre simultaneamente un sufficiente numero di strutture non affiliate con le Parti e i consumatori.”⁴³

La validità di tale affermazione è quantomeno dubbia. Un nuovo operatore potrebbe per esempio decidere di non far pagare alcuna commissione in modo da attirare un gran numero di alberghi e basare il proprio business sugli introiti pubblicitari. Quanto, invece, a realtà economiche più grandi e consolidate come Google e Yahoo, o grandi marchi editoriali avrebbero difficoltà a lanciare la propria OTA. Non è un caso che l'ambigua nozione di "barriera all'ingresso" fosse un caposaldo della dottrina antitrust "pre-Chicago". Secondo questa interpretazione, perché vi sia concorrenza perfetta, le imprese devono potere liberamente entrare e uscire da ciascun mercato a costo zero.

⁴³ *Ibidem*.

Anche in questo caso, la realtà appare molto lontana dalla teoria.⁴⁴ Eppure ogni anno innumerevoli nuove imprese entrano nel mercato, mentre innumerevoli imprese lo lasciano; e questo perché nel mercato le uniche barriere all'ingresso sono quelle imposte dai regolatori.⁴⁵

Alla luce di quanto abbiamo argomentato, il provvedimento dell'AGCM appare dominato da una comprensione fondamentalmente semplicistica e persino erronea del funzionamento della concorrenza. La speranza è che con l'istruttoria l'Autorità rimedi all'errore, giungendo finalmente a riconoscere quei limiti dell'antitrust che in dottrina sono stati già avanzati quasi mezzo secolo fa, e, allo stesso tempo, a distinguere la tutela dell'interesse dei consumatori da quello specifico di una categoria di operatori economici.

44 H. Demsetz, "Barriers to Entry", *American Economic Review*, 72:1, 1982, pp. 47-49.

45 Vedi Y. Brozen, "Competition, Efficiency, and Antitrust", p. 7; e D. T. Armentano, *Antitrust. The Case for Repeal*, pp. 51-55.

IBL Focus

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.