

**CORTE DI GIUSTIZIA UE  
II SEZIONE**
**19 SETTEMBRE 2024**
**CAUSA C-264/23**
**PRESIDENTE:** PRECHAL

**RELATORE:** WAHL

**AVV. GENERALE:** COLLINS

**PARTI:** BOOKING.COM

**Rinvio pregiudiziale • Concorrenza • Art. 101 TFUE • Accordi fra imprese • Contratti conclusi tra una piattaforma di prenotazione online e gli albergatori • Clausole di parità tariffaria • Restrizione accessoria • Esenzione per categoria • Accordi verticali • Regolamento (UE) n. 330/2010 • Definizione del mercato rilevante.**

*L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, non esulano dall'applicazione di tale disposizione*

*per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi.*

*L'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, [TFUE] a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, deve essere interpretato nel senso che in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera online funge da intermediario nelle transazioni concluse tra strutture alberghiere e consumatori, la definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione delle soglie delle quote di mercato stabilite in tale disposizione richiede un esame concreto della sostituibilità, dal punto di vista dell'offerta e della domanda, tra i servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita.*

**L**a domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 101 TFUE e del regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, [TFUE] a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (GU 2010, L 102, pag. 1).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, Booking.com BV e Booking.com (Deutschland) GmbH (in prosieguo, congiuntamente: « Booking.com ») e, dall'altro, la 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altre 62 strutture alberghiere situate in Germania, in merito alla validità, alla luce dell'articolo 101 TFUE, delle clausole di parità della tariffa utilizzate da Booking.com nei contratti stipulati con tali esercizi.

**Contesto normativo**  
(*Omissis*)

**Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

11. Booking.com BV, una società di diritto olandese con sede in Amsterdam (Paesi Bassi), è stata fondata nel 1996 e offre un servizio mondiale di intermediazione per la prenotazione di alloggi mediante la sua piattaforma online booking.com. Essa è coadiuvata nelle sue attività da società figlie stabilite in altri Stati membri, in particolare, in Germania, dalla Booking.com (Deutschland).

12. Booking.com non è né fornitore né acquirente di prestazioni alberghiere. Essa non determina neppure gli alloggi né i prezzi corrispondenti proposti sulla sua piattaforma, dato che tali elementi sono definiti dalle strutture alberghiere. Così, Booking.com si limita a mettere in contatto, sulla sua piattaforma, strutture e viaggiatori.

13. I servizi offerti dalla piattaforma gestita da Booking.com sono gratuiti per i viaggiatori. Le strutture ricettive pagano una commissione a Booking.com nel caso in cui un cliente effettui una prenotazione mediante tale piattaforma e non la annulli. Indipendentemente da detta piattaforma, tali strutture possono utilizzare canali di vendita alternativi.

14. Il momento del suo ingresso sul mercato tedesco nel 2006, Booking.com, al pari di altre piattaforme di prenotazione alberghiera, note anche come « Online Travel Agency (OTA ») (agenzia di viaggi online) inseriva nelle condizioni generali degli accordi conclusi con i prestatori di servizi alberghieri una clausola cosiddetta di « parità ampia ». In forza di dette clausola, tali prestatori non erano autorizzati ad offrire, sui propri canali di vendita o su canali di vendita gestiti da terzi, ivi compresi gli OTA concorrenti, stanze ad un prezzo inferiore a quello offerto sul sito di Booking.com.

15. Con una decisione del 20 dicembre 2013, il Bundeskartellamt (Autorità federale garante della concorrenza, Germania) ha concluso, in sostanza, che la clausola di parità ampia utilizzata dalla Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH (in prosieguo: la « HRS »), una delle OTA attive sul mercato tedesco, era in contrasto con il divieto di intese vigente nel diritto dell'Unione e nel diritto tedesco, e ha ingiunto la cessazione del suo utilizzo.

16. Nel corso del 2013 tale autorità ha altresì avviato un'indagine relativa alla clausola di parità ampia utilizzata da Booking.com, che era analoga a quella che era stata utilizzata dalla HRS.

17. Con una sentenza del 9 gennaio 2015, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania) ha respinto il ricorso proposto dalla HRS avverso la decisione di detta autorità del 20 dicembre 2013. Tale sentenza, che non è stata impugnata, è passata in giudicato.

18. A partire dal 1° luglio 2015 Booking.com si è impegnata, di concerto con le autorità francesi, italiane e svedesi garanti della concorrenza, a rimuovere la clausola di parità ampia dalle sue condizioni generali di contratto e a sostituirla con una cosiddetta clausola detta « di parità ristretta », in base alla quale il divieto posto ai fornitori di servizi alberghieri di offrire le loro camere a prezzi migliori di quelli offerti su Booking.com si applica solo alle offerte fatte attraverso i propri canali di vendita.

19. [Come rettificato con ordinanza del 30 gennaio 2025] Con una

decisione del 22 dicembre 2015, adottata dopo aver consultato la Commissione ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, del regolamento n. 1/2003, l'Autorità federale garante della concorrenza ha ritenuto che anche tale clausola di parità ristretta fosse contraria al divieto di intese ai sensi del diritto dell'Unione e del diritto tedesco, e ha ingiunto a Booking.com di cessarne l'utilizzo. Tale autorità ha ritenuto, in sostanza, che siffatte clausole limitassero la concorrenza sia sul mercato della fornitura di servizi alberghieri sia sul mercato della fornitura di servizi di intermediazione online da parte delle piattaforme ai prestatori di servizi alberghieri. Detta autorità ha inoltre considerato che, a causa della quota significativa detenuta da Booking.com nel mercato rilevante, tali clausole non potessero essere esentate ai sensi del regolamento n. 330/2010, e che non fossero soddisfatte nemmeno le condizioni per l'applicazione di un'esenzione individuale ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

20. Con una sentenza del 4 giugno 2019, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) ha accolto, in parte, il ricorso proposto dalla Booking.com avverso detta decisione del 22 dicembre 2015. Tale giudice ha ritenuto, in particolare, che la clausola di parità ristretta limitasse ben la concorrenza, ma potesse, tuttavia, in quanto restrizione accessoria, essere considerata necessaria per consentire a Booking.com di percepire un'equa remunerazione per la sua prestazione di servizi. Sarebbe quindi sleale da parte delle strutture alberghiere iscriversi alla piattaforma di prenotazione di Booking.com, ma incitare poi i clienti a prenotare direttamente presso di loro offrendo migliori tariffe sul proprio sito. Secondo il Tribunale, la possibilità per le strutture alberghiere di trasferire le prenotazioni verso i propri sistemi di prenotazione costituisce una giustificazione sufficiente perché Booking.com impedisca contrattualmente a tali strutture di svolgere attività di « parasitismo » (*free riding*). Pertanto, tale clausola non poteva, secondo il medesimo giudice, essere considerata in contrasto con il divieto di intese previsto dal diritto nazionale e all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

21. Nel corso del 2020 l'Hotelverband Deutschland e. V., un'associazione che rappresenta più di 2 600 hotel, ha intentato un'azione di risarcimento danni contro Booking.com dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land, Berlino, Germania), chiedendo un risarcimento per il danno che i membri dell'associazione sostengono di aver subito a causa delle clausole di parità della tariffa.

22. Con una decisione del 18 maggio 2021, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania), investito di un'impugnazione proposta dall'Autorità federale garante della concorrenza, ha annullato la decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) del 4 giugno 2019. Esso ha statuito che la clausola di parità ristretta limitava sensibilmente la concorrenza sul mercato delle piattaforme di prenotazione alberghiera online nonché su quello dei servizi alberghieri. Una siffatta clausola non poteva essere qualificata come « restrizione accessoria », poiché non era dimostrato che, in sua assenza, la redditività di Booking.com sarebbe stata compromessa. Tale

clausola non potrebbe neppure beneficiare di un'esenzione ai sensi del regolamento n. 330/2010 o di qualsiasi altra esenzione dal divieto di intese vigente nel diritto dell'Unione e nel diritto tedesco.

23. Il 23 ottobre 2020 Booking.com ha adito il Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam, Paesi Bassi), giudice del rinvio nella presente causa, con una domanda diretta a far dichiarare, da un lato, che le clausole di parità da esso utilizzate non violavano l'articolo 101 TFUE e, dall'altro, che i convenuti nel procedimento principale non avevano subito alcun danno a causa di tali clausole. Tali convenuti, in via riconvenzionale, hanno chiesto a detto giudice, da un lato, di dichiarare che Booking.com aveva violato l'articolo 101 TFUE e, dall'altro, di condannare quest'ultima al risarcimento dei danni per violazione dell'articolo 101 TFUE.

24. Secondo il giudice del rinvio, che si è dichiarato competente a trattare la causa con una sentenza interlocutoria del 26 ottobre 2022, la questione da chiarire in primo luogo è se le clausole di parità della tariffa, tanto ampie quanto ristrette, che sono inserite nei contratti conclusi tra le OTA e i prestatori di servizi alberghieri, debbano, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, essere qualificate come « restrizioni accessorie ».

25. Il giudice del rinvio constata che la Corte non si è ancora pronunciata per chiarire se siffatte clausole, in forza delle quali una piattaforma di prenotazione online impedisce ai prestatori di servizi alberghieri affiliati a tale piattaforma di praticare prezzi inferiori — a seconda dei casi su tutti i canali di vendita o su taluni altri canali di vendita — a quelli proposti su tale piattaforma, possano, in quanto restrizioni accessorie, essere sottratte all'ambito di applicazione del divieto di intese di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Orbene, tale questione darebbe luogo ad analisi divergenti, il che potrebbe condurre all'adozione di decisioni contraddittorie.

26. A tal riguardo, detto giudice si chiede se Booking.com non debba potersi tutelare dai rischi di parassitismo. Risulterebbe in particolare dalla giurisprudenza addotta dalle ricorrenti nel procedimento principale che non è necessario dimostrare che la violazione di una limitazione contrattuale metta a repentaglio la sopravvivenza dell'impresa, ma che è sufficiente che questa sia « compromessa ». Si dovrebbe altresì rilevare che, nel frattempo, sia la clausola di parità ristretta sia la clausola di parità ampia sono state vietate per legge in Belgio, in Francia, in Italia e in Austria e che il procedimento attualmente pendente dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land, Berlino) verte sulla stessa questione di quella di cui trattasi nel presente procedimento.

27. In secondo luogo, nell'ipotesi in cui si dovesse considerare che le clausole di parità controverse non possono essere qualificate come « restrizione accessoria », il giudice del rinvio ritiene che occorrerebbe allora

chiarire se tali clausole possano essere esentate. Ai fini dell'applicazione del regolamento n. 330/2010, sarebbe necessario sapere come definire il mercato dei prodotti rilevante. Nel caso di specie, il giudice del rinvio ritiene che la maniera di definire il mercato rilevante, che riveste un carattere « multilaterale », manchi di chiarezza.

28. In tali circostanze, il Rechtbank Amsterdam (Tribunale di Amsterdam) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Se le clausole di parità, ampie e ristrette, nel contesto dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, debbano essere considerate una restrizione accessoria.

2) Come debba essere definito il mercato rilevante in sede di applicazione del regolamento [n. 330/2010] allorché le transazioni sono effettuate tramite l'intermediazione di una [OTA] dove strutture ricettive possono offrire camere e entrare in contatto con viaggiatori che possono prenotare una camera mediante la piattaforma ».

**Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale**  
(*Omissis*)

**Sulle questioni pregiudiziali**

**Sulla prima questione**

50. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi.

51. Secondo una costante giurisprudenza, se un'operazione o una determinata attività non ricade nell'ambito di applicazione del principio di divieto sancito dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, per la sua neutralità o per il suo effetto positivo sul piano della concorrenza, neppure una restrizione dell'autonomia commerciale di uno o più partecipanti a tale operazione o a tale attività ricade nel citato principio di divieto qualora detta restrizione sia oggettivamente necessaria per l'attuazione di tale operazione o attività e proporzionata agli obiettivi dell'una o dell'altra (v., in tal senso, sentenze dell'11 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 89; del 23 gennaio 2018, F. Hoffmann-La Roche e a., C-179/16, EU:C:2018:25, punto 69, e del 26 ottobre 2023, EDP - Energias de Portugal e a., C-331/21, EU:C:2023:812, punto 88).

52. Così, qualora non sia possibile dissociare una siffatta restrizione dall'operazione o dall'attività principale senza compromettere l'esistenza e gli obiettivi di tale operazione o attività, occorre esaminare la compa-

tibilità con l'articolo 101 TFUE della restrizione in parola congiuntamente con la compatibilità dell'operazione o dell'attività principale cui essa è accessoria, e ciò sebbene, considerata isolatamente, tale restrizione possa rientrare, a prima vista, nel principio di divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (v., in tal senso, sentenze dell'11 settembre 2014, *MasterCard e a./Commissione*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 90; del 23 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, C-179/16, EU:C:2018:25, punto 70, nonché del 26 ottobre 2023, *EDP - Energias de Portugal e a.*, C-331/21, EU:C:2023:812, punto 89).

53. Affinché una restrizione possa essere qualificata come « accessoria » occorre, in primo luogo, verificare se la realizzazione dell'operazione principale sprovvista di tale carattere anticoncorrenziale risulterebbe impossibile in mancanza della restrizione in discussione. La circostanza che la citata operazione sia semplicemente resa più difficilmente realizzabile, o meno redditizia, in assenza della restrizione di cui trattasi non può essere considerata di natura tale da conferire a detta restrizione il carattere « oggettivamente necessario » richiesto per poter essere qualificata come accessoria. Un'interpretazione del genere, infatti, equivarrebbe ad estendere tale nozione a restrizioni che non sono strettamente indispensabili per la realizzazione dell'operazione principale. Siffatto risultato pregiudicherebbe l'effetto utile del divieto sancito dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE (v., in tal senso, sentenze dell'11 settembre 2014, *MasterCard e a./Commissione*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 91; del 23 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, C-179/16, EU:C:2018:25, punto 71, nonché del 26 ottobre 2023, *EDP - Energias de Portugal e a.*, C-331/21, EU:C:2023:812, punto 90).

54. In secondo luogo, occorre, se del caso, esaminare la proporzionalità della restrizione in discussione rispetto agli obiettivi soggiacenti all'operazione in questione. Così, per smentire il carattere accessorio di una restrizione, la Commissione e le autorità nazionali garanti della concorrenza possono verificare se esistano soluzioni alternative realistiche, meno restrittive della concorrenza rispetto alla restrizione di cui trattasi. Tali soluzioni alternative non sono limitate alla situazione che si verificherebbe in assenza della restrizione in questione, ma possono anche estendersi ad altre ipotesi controfattuali basate, segnatamente, su situazioni realistiche che potrebbero verificarsi in assenza di tale restrizione (v., in tal senso, sentenza dell'11 settembre 2014, *MasterCard e a./Commissione*, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punti da 107 a 111).

55. Bisogna precisare che occorre distinguere tra la nozione di « restrizioni accessorie » quale esaminata nell'ambito dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e l'esenzione fondata sull'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. A differenza di quest'ultima, la condizione relativa alla necessità oggettiva, per qualificare, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, una restrizione come « accessoria », non implica una ponderazione degli effetti proconcorrenziali e anticoncorrenziali di un accordo. Infatti, tale ponderazione può essere operata unicamente nel contesto dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE (v., in tal senso, sentenza

dell'11 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 93).

56. Nel caso di specie, spetta in linea di principio al solo giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi di fatto che gli sono sottoposti, stabilire se ricorrano le condizioni che consentono di ravvisare l'esistenza di una restrizione accessoria. In particolare, quando viene investito di un'azione che rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva, come definito nell'articolo 1, paragrafo 2, della stessa, esso può prendere in considerazione, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, della direttiva 2014/104, le decisioni definitive prese da un'autorità nazionale garante della concorrenza o da un giudice del ricorso.

57. La Corte rimane tuttavia autorizzata a fornire al giudice del rinvio indicazioni al fine di orientarlo nel suo esame del carattere oggettivamente necessario di una restrizione rispetto all'operazione principale.

58. Infatti, un esame del genere presenta, diversamente da quello richiesto nell'ambito della ponderazione degli effetti proconcorrenziali e anticoncorrenziali di un accordo ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE, un carattere relativamente generico e astratto che non richiede una valutazione puramente fattuale.

59. In primo luogo, risulta che l'operazione principale oggetto del caso di specie, ossia la fornitura di servizi di prenotazione alberghiera online da parte di piattaforme come Booking.com, ha prodotto un effetto neutrale, se non addirittura positivo, sulla concorrenza. Tali servizi inducono significativi incrementi di efficienza, consentendo, da un lato, ai consumatori di accedere ad un'ampia gamma di offerte di alloggio e di confrontare tali offerte in modo semplice e rapido secondo diversi criteri e, dall'altro, ai prestatori di servizi alberghieri di acquisire una maggiore visibilità nonché di aumentare, in tal modo, il numero di potenziali clienti.

60. In secondo luogo, non è dimostrato, per contro, che le clausole di parità della tariffa, da una parte, siano oggettivamente necessarie per la realizzazione di tale operazione principale e, dall'altra, siano proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito da quest'ultima.

61. A tal riguardo, per quanto riguarda le clausole di parità ampia, che vietano agli albergatori controparte contrattuale che figurano sulla piattaforma di prenotazione di offrire, sui propri canali di vendita o su canali di vendita gestiti da terzi, camere ad un prezzo inferiore a quello proposto su detta piattaforma, esse non appaiono oggettivamente necessarie per l'operazione principale consistente nella prestazione di servizi di prenotazione alberghiera online, né proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito da tale operazione.

62. Infatti, non esiste alcun nesso intrinseco tra la continuazione dell'attività principale della piattaforma di prenotazione alberghiera e

l'imposizione di siffatte clausole, che producono con ogni evidenza effetti restrittivi significativi. Tali clausole, oltre al fatto di essere idonee a ridurre la concorrenza tra le diverse piattaforme di prenotazione alberghiera, comportano rischi di espulsione delle piccole piattaforme e delle nuove piattaforme entrate sul mercato.

63. Lo stesso vale, nelle circostanze del procedimento principale, per le clausole di parità ristretta, che vietano soltanto ai prestatori di servizi alberghieri partner di offrire al pubblico tramite i propri canali online pernottamenti a una tariffa inferiore a quella offerta sulla piattaforma di prenotazione alberghiera. Per quanto queste ultime clausole generino, *prima facie*, un effetto restrittivo della concorrenza inferiore, e mirino a scongiurare il rischio di parassitismo evocato, in particolare, da Booking.com nel procedimento principale, non risulta che esse siano oggettivamente necessarie per garantire la redditività economica della piattaforma di prenotazione alberghiera.

64. È vero che, nell'ambito del procedimento principale, è stato sostenuto che le clausole di parità mirano ad impedire, da un lato, ai prestatori di servizi alberghieri di utilizzare in modo sleale e senza corrispettivo i servizi e la visibilità offerta dalla piattaforma di prenotazione alberghiera e, dall'altro, che gli investimenti realizzati nell'elaborazione delle funzioni di ricerca e di comparazione di tale piattaforma non possano essere ammortizzati.

65. Tuttavia, come risulta dalla giurisprudenza ricordata al punto 55 della presente sentenza, l'applicazione della nozione di « restrizione accessoria », che determina se una restrizione può esulare dal divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, non deve portare a un amalgama tra, da un lato, le condizioni stabilite dalla giurisprudenza affinché una restrizione sia qualificata come « accessoria » ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE e, dall'altro, il criterio di indispensabilità richiesto dall'articolo 101, paragrafo 3, TFUE affinché una restrizione vietata possa godere di un'esenzione.

66. Dalla giurisprudenza citata ai punti da 51 a 55 della presente sentenza si evince infatti che, quando si esamina il carattere oggettivamente necessario di una restrizione in relazione all'operazione principale, non si tratta di analizzare se, tenuto conto della situazione della concorrenza sul mercato rilevante, tale restrizione sia necessaria per garantire il successo commerciale dell'operazione principale, bensì di determinare se, nel contesto particolare di tale operazione, la restrizione in questione sia indispensabile per la realizzazione di detta operazione.

67. In effetti, la Corte è ricorsa alla qualificazione di restrizione « accessoria », che esula dal divieto enunciato all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, solo in ipotesi in cui la realizzazione dell'operazione principale sarebbe stata necessariamente compromessa in assenza di una siffatta restrizione. Pertanto, solo le restrizioni che erano intrinsecamente neces-

sarie affinché l'operazione principale potesse in ogni caso essere realizzata hanno potuto essere qualificate come « restrizioni accessorie ».

68. Ciò è accaduto nella causa sfociata nella sentenza dell'11 luglio 1985, *Remia e a./Commissione* (42/84, EU:C:1985:327, punti 19 e 20), in cui la Corte ha ritenuto che una clausola di non concorrenza fosse oggettivamente necessaria per la realizzazione di una cessione di imprese, nei limiti in cui, in assenza di tale clausola, e se il venditore e l'acquirente rimangono in concorrenza dopo la cessione, è evidente che l'accordo di cessione d'impresa non potrebbe essere realizzato. Infatti si è considerato che il venditore, che conosce particolarmente bene in tutti i suoi dettagli l'impresa ceduta, conserva la possibilità di attirare di nuovo a sé la sua vecchia clientela immediatamente dopo la cessione, e di impedire in tal modo la sopravvivenza dell'impresa ceduta.

69. Lo stesso è accaduto per quanto riguarda alcune restrizioni oggetto della causa che ha originato la sentenza del 28 gennaio 1986, *Pronuptia de Paris* (161/84, EU:C:1986:41). In tale sentenza, la Corte ha dichiarato che le clausole dei contratti di franchising che sono indispensabili per il funzionamento del sistema di franchising non costituivano restrizioni della concorrenza. Ciò valeva per le clausole che impedivano che i concorrenti si giovassero del patrimonio di cognizioni e di tecniche fornito dal concedente. Del pari, talune clausole disciplinavano il controllo necessario per preservare l'identità e la reputazione della rete dei concessionari, contraddistinta dall'insegna del concedente (punti 16 e 17 di detta sentenza).

70. La Corte ha altresì dichiarato, nella sentenza del 19 aprile 1988, *Erauw-Jacquery* (27/87, EU:C:1988:183, punto 11), che una clausola, contenuta in una convenzione relativa alla riproduzione e alla vendita di sementi nella quale una delle parti è titolare o mandatario del titolare di determinati diritti di costituzione vegetale, la quale vietava al licenziatario di vendere e d'esportare sementi di base, era compatibile con l'articolo 85, paragrafo 1, del trattato CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE) qualora fosse stata necessaria per consentire al costituente di selezionare i negozianti preparatori licenziatari.

71. La Corte ha inoltre considerato, nelle sentenze del 15 dicembre 1994, *DLG* (C-250/92, EU:C:1994:413, punto 45) e del 12 dicembre 1995, *Oude Luttikhuis e a.* (C-399/93, EU:C:1995:434, punto 20), che alcune restrizioni imposte ai membri di una cooperativa di acquisto o di una società cooperativa agricola, come quelle che vietavano loro di aderire ad altre forme di partecipazione in cooperative organizzate in concorrenza diretta con esse, o quelle che prevedevano un regime di indennità di uscita, non rientravano nel divieto ora previsto dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, poiché, in particolare, le disposizioni statutarie in questione erano limitate a quanto necessario per assicurare il buon funzionamento della cooperativa in questione e per sostenere il suo potere contrattuale nei confronti dei produttori.

72. Nel caso di specie, la circostanza che l'assenza delle clausole di parità della tariffa imposte dalla piattaforma di prenotazione alberghiera possa eventualmente produrre conseguenze negative sulla redditività dei servizi offerti da tale piattaforma non implica, di per sé, che tali clausole debbano essere considerate oggettivamente necessarie. Una siffatta circostanza, se accertata, sembra riferirsi al modello commerciale seguito dalla piattaforma di prenotazione online, che ha, in particolare, optato per una limitazione del livello delle commissioni dovute dai prestatori di servizi alberghieri affiliati al fine di aumentare il volume delle offerte presentate su tale piattaforma e di rafforzare gli effetti di rete indiretti che ciò genera.

73. Inoltre, il fatto, supponendolo vero, che le clausole di parità della tariffa tendono a contrastare eventuali fenomeni di parassitismo e sono indispensabili per garantire incrementi di efficienza o per assicurare il successo commerciale dell'operazione principale non consente di qualificarle come « restrizioni accessorie », nell'accezione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Tale circostanza può essere presa in considerazione solo nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

74. Sebbene sia di natura relativamente astratta, l'esame del carattere oggettivamente necessario di una restrizione in relazione all'operazione principale può, in particolare, basarsi su un'analisi controfattuale che consenta di esaminare come i servizi di intermediazione online avrebbero operato in assenza della clausola di parità (v., in tal senso, sentenza dell'11 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione, C-382/12 P, EU:C:2014:2201, punto 164). Orbene, dagli elementi del fascicolo di cui dispone la Corte risulta che, sebbene le clausole di parità, tanto ampia quanto ristretta, siano state vietate in diversi Stati membri, la fornitura dei servizi da parte di Booking.com non è stata compromessa.

75. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, non esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi.

#### **Sulla seconda questione**

76. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, in che maniera occorra, ai fini dell'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 330/2010, definire il mercato di prodotti rilevante in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera funge da intermediario in transazioni concluse tra prestatori di servizi alberghieri e consumatori.

77. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 330/2010, l'esenzione di cui all'articolo 2 dello stesso si applica a condizione che la

quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante sul quale vende i beni o servizi oggetto del contratto e che la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante sul quale acquista i beni o servizi oggetto del contratto.

78. La soglia della quota di mercato prevista da tale disposizione mira, come confermato dal considerando 5 di tale regolamento, a limitare il beneficio dell'esenzione per categoria prevista da detto regolamento agli accordi verticali per i quali si può presupporre con sufficiente certezza la conformità alle condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE. Come enunciato dal considerando 9 del medesimo regolamento, al di sopra della soglia della quota di mercato del 30% non è possibile presumere che gli accordi verticali che ricadono nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE implicino generalmente vantaggi oggettivi di natura ed ampiezza tali da compensare gli svantaggi che tali accordi producono sulla concorrenza.

79. A questo proposito, il giudice del rinvio parte dal presupposto che le restrizioni della concorrenza causate dalle clausole di parità della tariffa in questione si collocano nel contesto degli « accordi verticali » che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 330/2010, sono definiti come gli « accordi o le pratiche concordate conclusi tra due o più imprese, operanti ciascuna, ai fini dell'accordo o della pratica concordata, ad un livello differente della catena di produzione o di distribuzione, e che si riferiscono alle condizioni in base alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi ».

80. La Corte è quindi invitata soltanto a fornire lumi sugli elementi interpretativi di cui occorre tener conto ai fini della definizione del mercato rilevante quando si tratti, come nel procedimento principale, di servizi di intermediazione online, fermo restando che una siffatta definizione, che richiede di prendere in considerazione le condizioni della concorrenza nonché la struttura della domanda e dell'offerta sul mercato interessato, dipende in larga misura da un esame fattuale approfondito al quale può procedere solo il giudice del rinvio. Ciò vale a maggior ragione in quanto quest'ultimo ha fornito alla Corte solo pochi elementi e, pertanto, la Corte non è in grado di procedere ad una definizione rigorosa del mercato dei prodotti di cui trattasi.

81. Come enunciato sia al punto 2 della comunicazione del 1997 della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU 1997, C 372, pag. 5), sia al punto 6 della comunicazione rivista del 2024 della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (GU 2024, C 1645, pag. 1), la definizione del mercato consente di individuare e definire l'ambito nel quale le imprese interessate sono in concorrenza.

82. Per quanto riguarda il mercato di prodotti, l'unico rilevante

nell'ambito della presente questione, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la nozione di « mercato rilevante » implica che vi possa essere concorrenza effettiva tra i prodotti o servizi che ne fanno parte, il che presuppone un sufficiente grado di intercambiabilità per lo stesso uso tra tutti i prodotti o servizi che fanno parte dello stesso mercato. L'intercambiabilità o la sostituibilità non si valuta unicamente in relazione alle caratteristiche oggettive dei prodotti e dei servizi di cui trattasi. Si devono prendere in considerazione anche le condizioni della concorrenza, nonché la struttura della domanda e dell'offerta nel mercato [sentenze del 23 gennaio 2018, *F. Hoffmann-La Roche e a.*, C-179/16, EU:C:2018:25, punto 51 e giurisprudenza ivi citata, e del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, punto 129].

83. Nel caso di specie, il giudice del rinvio vuole sapere se, come deciso nei procedimenti tedeschi, il mercato di prodotti rilevante ai fini dell'applicazione della soglia della quota di mercato stabilita dal regolamento n. 330/2010 fosse il « mercato delle piattaforme alberghiere », definito come il mercato in cui le piattaforme alberghiere online offrono servizi di intermediazione ai prestatori di servizi alberghieri, o se il mercato rilevante sia più ampio di quello dei portali di prenotazione alberghiera.

84. A questo proposito, come indicato al punto 95 della comunicazione rivista citata al punto 81 della presente sentenza, in presenza di piattaforme multilaterali [« multi-sided »], è possibile definire un mercato rilevante del prodotto per i prodotti offerti da una piattaforma nel suo complesso, in maniera tale da comprendere tutti i gruppi (o più gruppi) di utenti, oppure ancora mercati rilevanti del prodotto separati (benché correlati) per i prodotti offerti su ciascun lato della piattaforma. A seconda delle circostanze del caso, può essere più appropriato definire mercati separati quando esistono differenze significative nelle possibilità di sostituzione sui diversi lati della piattaforma. Per stabilire se esistono tali differenze, si possono prendere in considerazione fattori quali l'eventualità che le imprese che offrono prodotti sostituibili a ciascun gruppo di utenti siano diverse, il grado di differenziazione dei prodotti su ciascun lato (o la percezione che ne ha ciascun gruppo di utenti), i fattori comportamentali quali le decisioni di « homing » di ciascun gruppo di utenti e la natura della piattaforma.

85. Per determinare la quota di mercato detenuta da Booking.com come fornitore di servizi di intermediazione online ai prestatori di servizi alberghieri ai fini dell'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 330/2010, è quindi necessario esaminare se altri tipi di servizi di intermediazione e altri canali di vendita siano sostituibili ai servizi di intermediazione dal punto di vista della domanda, da un lato, da parte dei prestatori di servizi alberghieri, di tali servizi di intermediazione e, dall'altro, da parte dei clienti finali.

86. Il giudice del rinvio, al fine di determinare il mercato rilevante, deve quindi verificare se esista concretamente una sostituibilità tra i

servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita, indipendentemente dal fatto che tali canali presentino caratteristiche diverse e non offrano le stesse funzionalità di ricerca e di comparazione delle offerte di servizi alberghieri.

87. In tale prospettiva, il giudice del rinvio deve tener conto di tutti gli elementi che gli sono stati presentati.

88. Nel caso di specie, occorre rilevare che, nell'ambito dei procedimenti avviati in Germania, che sono all'origine della presente causa, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia), nella sua decisione del 18 maggio 2021, ha confermato le valutazioni effettuate tanto dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf) quanto dall'Autorità federale garante della concorrenza ai fini della definizione del mercato rilevante. Esso ha quindi confermato la conclusione che il mercato di prodotti rilevante ai fini dell'applicazione della soglia della quota di mercato del regolamento n. 330/2010 era il mercato delle piattaforme alberghiere, definito come il mercato in cui le piattaforme alberghiere online offrono servizi di intermediazione ai prestatori di servizi alberghieri.

89. Se le valutazioni dell'Autorità federale garante della concorrenza nonché del giudice del ricorso in Germania in merito alla definizione del mercato di prodotti rilevante ai fini del regolamento n. 330/2010 non si riferiscono in senso stretto a decisioni definitive che constataano una violazione del diritto della concorrenza che, in conformità all'articolo 9, paragrafo 2, della direttiva 2014/104, possono essere presentate dinanzi ai giudici nazionali almeno a titolo di prova *prima facie* di una violazione, resta il fatto che tali valutazioni, quando si riferiscono allo stesso mercato geografico, costituiscono elementi contestuali particolarmente rilevanti.

90. Spetta tuttavia al giudice del rinvio stabilire se una siffatta definizione del mercato, che tiene conto delle caratteristiche particolari dei « servizi oggetto del contratto » offerti dagli OTA sia dal punto di vista dei prestatori di servizi alberghieri sia dal punto di vista dei clienti finali, risulti viziata da un qualsivoglia errore di analisi o si fondi su constatazioni erranee.

91. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda questione che l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 330/2010 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera online funge da intermediario nelle transazioni concluse tra strutture alberghiere e consumatori, la definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione delle soglie delle quote di mercato stabilite in tale disposizione richiede un esame concreto della sostituibilità, dal punto di vista dell'offerta e della domanda, tra i servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita.

**Sulle spese**

92. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

**P.Q.M., — La Corte (Seconda Sezione) dichiara:**

1) L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che:

le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, non esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi.

2) L'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, [TFUE] a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, deve essere interpretato nel senso che:

in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera online funge da intermediario nelle transazioni concluse tra strutture alberghiere e consumatori, la definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione delle soglie delle quote di mercato stabilite in tale disposizione richiede un esame concreto della sostituibilità, dal punto di vista dell'offerta e della domanda, tra i servizi di intermediazione online e gli altri canali di vendita.

**LE CLAUSOLE DI PARITÀ DI  
PREZZO E I SERVIZI DI  
INTERMEDIAZIONE DELLE  
ONLINE TRAVEL AGENCIES.  
LA CORTE DI GIUSTIZIA IN  
TEMA DI RESTRIZIONI  
ACCESSORIE E DI  
DEFINIZIONE DEL MERCATO  
RILEVANTE**

**1. LE PARITY CLAUSES NEI CONTRATTI P2B.**

Nel mercato europeo dei servizi di viaggio, si assiste ormai da diversi anni alla progressiva affermazione delle c.d. *online travel agencies* (OTA), gli intermediari del commercio elettronico che permettono l'incontro tra consumatori e *travel service providers* (TSP). In particolare, gli albergatori <sup>1</sup>.

Tipicamente, i servizi di intermediazione offerti dalle OTA comprendono tanto la promozione e la presentazione al pubblico ampio e indistinto di consumatori dei ser-

vizi turistici proposti dai TSP, quanto la gestione delle procedure di prenotazione e di pagamento funzionali all'acquisto <sup>2</sup>. Entrambi i versanti di questo mercato beneficiano della partecipazione alla piattaforma quale spazio virtuale di interazione, in grado di favorire, dal lato della domanda, l'accesso a una varietà di offerte tra loro immediatamente confrontabili quanto a prezzi e caratteristiche, e, dal lato dell'offerta, la visibilità dei propri servizi, comprensibilmente decisiva per estendere la platea dei potenziali acquirenti <sup>3</sup>. Ne deriva un significativo impulso alla concorrenza *inter-brand* tra tutti gli alberghi presenti in una stessa area che si avvalgono dell'intermediazione digitale <sup>4</sup>.

Il modello di *business* più diffuso nel contesto delle relazioni P2B (*Platform-to-Business*) tra le piattaforme e gli albergatori è quello di *agency*, in virtù del quale il fornitore (un albergatore) fissa il prezzo di rivendita finale dei servizi che offre e, per ogni singola vendita, corrisponde al rivenditore (un intermediario) una percentuale predeterminata

<sup>1</sup> In Commissione europea, *Market Study on the Distribution of Hotel Accommodation in the EU - COMP/2020/OP/002. Final Report*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, Lussemburgo, 2022, pp. 9 ss., spec. p. 10, si riporta per il periodo compreso tra il 2013 e il 2019 una crescita, in Europa, del 10,7% delle prenotazioni alberghiere avvenute tramite intermediari digitali, a fronte di una riduzione del 12,1% di quelle "dirette". Cfr. l'analisi effettuata da Oxford Economics, *The Economic Impact of Online Travel Agencies in Europe. Final Report - 2019-2021*, 2022.

<sup>2</sup> M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago*, in questa Rivista, 1, 2015, 43 ss.

<sup>3</sup> Ulteriori elementi di vantaggio per gli utenti delle OTA sono illustrati ancora

da Commissione europea, *Market Study on the Distribution of Hotel Accommodation in the EU*, cit., pp. 16 ss. Per una più ampia ricostruzione delle caratteristiche alla base del funzionamento delle piattaforme digitali, e che ne determinano sostanzialmente il successo, M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza*, cit., pp. 49 ss.; O. LOBEL, *The Law of the Platform*, in *Minn. L. Rev.*, 101(1), 2016, 106 ss.; G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 3, 2016, 425 ss.; e sia anche consentito il rinvio a F. RUGGERI, *Poteri privati e mercati digitali. Modalità di esercizio e strumenti di controllo*, Roma, 2023, 31 ss.

<sup>4</sup> G. COLANGELO, *Le price parity clauses tra analisi economica e cattura regolatoria*, in *ODC*, 3, 2023, 720.

del profitto conseguito<sup>5</sup>. La principale alternativa è rappresentata dal c.d. *merchant model*, che prevede invece l'acquisto da parte di un intermediario di una certa quantità di servizi di un fornitore, come nel caso delle stanze di un albergo, a un prezzo concordato solitamente inferiore a quello che gli sarebbe altrimenti richiesto, allo scopo di rivenderli direttamente ai consumatori solo dopo avervi applicato un *mark up*<sup>6</sup>.

Quando è il fornitore a determinare i prezzi di vendita di prodotti o servizi, e più in generale le condizioni del contratto con l'utente finale, non è inconsueto che il contratto P2B che ne regola il rapporto con l'intermediario contenga una c.d. clausola di parità o *parity clause*<sup>7</sup>.

Si tratta di un tipo di clausole riconducibili alla più ampia e nota categoria delle *Most Favoured Nation (MFN) clauses*, in forza delle quali una parte si obbliga ad applicare all'altra condizioni migliori, più favorevoli, o almeno parimenti vantaggiose, rispetto a quelle accordate a un qualsiasi altro soggetto. Nei mercati tradizionali, c.d. *brick and mortar* (letteralmente 'mattoni e malta', in quanto propri degli operatori fisici), trovano spazio all'interno di contratti che abbiano come parti, da un lato, un fornitore e, dall'altro, un compratore. In questo modo, quest'ultimo beneficia del trattamento del *best customer*, che gli garantisce di non dover pagare un prezzo superiore a quello richiesto dal medesimo fornitore agli altri suoi clienti<sup>8</sup>.

Con l'emersione di una specifica casistica antitrust, sia nel contesto statunitense<sup>9</sup> che in quello europeo<sup>10</sup>, concernente gli *e-books*, si è presto riconosciuto l'adattamento di queste clausole anche alla dimensionedigi-

<sup>5</sup> Per l'approccio economico si vedano J.P. JOHNSON, *The Agency Model and MFN Clauses*, in *Rev. Econ. Stud.*, 84(3), 2017, 1151 ss.; Y. TAN, C. YU, Y. LIU, Q. ZHENG, *Agency Models in Online Platforms: A Review of Recent Developments and Future Prospects*, in *Eur. J. Oper. Res.*, 319(3), 2024, 679 ss.

<sup>6</sup> M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza*, cit., p. 45.

<sup>7</sup> A questa tipologia di accordi, che solamente in tempi recenti sono divenuti oggetto dello studio della dottrina economica e giuridica, ci si riferisce per il contesto delle relazioni P2B anche con le locuzioni *Across-Platforms Parity Agreements* (APPAs), per cui cfr. Lear - Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, *Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*, Report per l'*Office of Fair Trading* del Regno Unito, 2012, disponibile online; *Retail Price MFN, Platform MFNs o Platform Parities*, per cui cfr. A. FLETCHER, M. HVID, *Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM "at its Worst"?*, in *Antitrust Law J.*, 81(1), 2016, 65 ss.; *Platform MFN Agreements o Platform Parity Agreements*, per cui cfr. A.

BOIK, K.S. CORTS, *The Effects of Platform Most-Favored-Nation Clauses on Competition and Entry*, in *J. Law Econ.*, 59(1), 2016, 105 ss.

<sup>8</sup> Cfr. S.C. SALOP, F.S. MORTON, *Developing an Administrable MFN Enforcement Policy*, in *Antitrust*, 27(2), 2013, 15 ss.; J.B. BAKER, J.A. CHEVALIER, *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*, ivi, 20 ss.

<sup>9</sup> Il riferimento è alle decisioni *United States v. Apple, Inc.*, 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013) e *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015). Per dei commenti approfonditi si vedano A. GIANNACCARI, *Apple, Amazon e gli e-books. Una storia illecita, pro-competitiva*, in *Merc. conc. reg.*, 1, 2016, 79 ss.; S. VEZZOSO, *Internet Competition and E-Books: Challenging the Competition Policy Acquis?*, in G. SURLYTE (a cura di), *Competition on the Internet*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, 23, Berlino-Heidelberg, 2025, 25 ss.; per un'analisi economica, Ø. FOROS, H.J. KIND, G. SHAFFER, *Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple's Agency Model Soften Competition?*, SNF Working Paper No 06/14, 2014, disponibile online; G.

tale<sup>11</sup>. Le quali, in effetti, per le caratteristiche che ivi assumono, debbono essere poste su un piano distinto da quello delle clausole MFN tradizionali. Innanzitutto, per la circostanza che queste incidono esclusivamente sul rapporto negoziale in essere tra le stesse parti che le prevedono, mentre le *parity clauses* si riferiscono al contratto che una parte (il fornitore) concluderà con un terzo (l'utente finale), che è e resta, tuttavia, estraneo a quell'accordo<sup>12</sup>.

Tali clausole si inseriscono infatti in contesti di scambio in cui i prezzi finali sono determinati dagli utenti commerciali (i fornitori-*business users* dei rapporti P2B), in ciò incidendo peraltro sulla loro autonomia contrattuale nelle relazioni con i consumatori. Oltretutto, la loro applicazione presuppone che, almeno in astratto, sia sul versante della domanda che su quello dell'offerta, tutti gli attori del mercato possano rivolgersi e accedere contestualmente a diverse piattaforme digitali fornitrici degli stessi servizi (c.d. *multi-homing*).

La previsione di una *parity clause*, ma non anche di un generico accordo MFN, rileva inoltre nella quantificazione delle commissioni richieste dai fornitori di servizi di intermediazione: pur di fronte alla concorrenza tra più piattaforme, che di regola dovrebbe portare all'abbassamento delle rispettive *fees* per attrarre venditori, la clausola di parità contenuta in un contratto P2B risulta in realtà idonea, se non proprio un incentivo, ad aumentarne il prezzo<sup>13</sup>. L'aumento delle *fees* spinge i venditori a chiedere a loro volta prezzi più alti ai consumatori, e non solo a quelli che utilizzano la piattaforma che ha alzato le commissioni; le altre piattaforme hanno quindi meno incentivi a proporre delle commissioni più basse, e sono piuttosto portate a uniformarsi alla deci-

GAUDIN, A. WHITE, *On the Antitrust Economics of the Electronic Books Industry*, DICE Discussion Paper No 147, 2014, disponibile online.

<sup>10</sup> Commissione europea, caso COMP/AT.39847 - *E-Books*, 12 dicembre 2012 e 25 luglio 2013; caso AT.40153 - *E-book MFNs and related matters (Amazon)*, 4 maggio 2017. Di questo stesso periodo si segnala, invero, anche il "Report on e-Books Agreements from Amazon Services International, Inc.", pubblicato dalla Japan Fair Trade Commission il 15 agosto 2017 anche in una versione in lingua inglese, i cui rilievi rispetto al corretto funzionamento del mercato in caso di imposizione di *parity clauses* agli editori riguardano i rischi per la concorrenza sia tra questi ultimi — che non riuscirebbero né ad abbassare i prezzi né a migliorare i propri servizi sugli *e-books* rispetto ad altri prodotti — che tra le piattaforme di distribuzione dei libri elettronici, in particolare ostacolando l'ingresso di nuovi operatori.

<sup>11</sup> In particolare, M. COLANGELO, *Competition Law and Most Favoured Nation Clauses in Online Markets*, in K. MATTHIS, A. TOR (a cura di), *New Developments in Competition Law and Economics*, Economic

Analysis of Law in European Legal Scholarship, 7, Cham, 2019, 295 ss.; P. MANZINI, *Le restrizioni verticali della concorrenza al tempo di internet*, in *Riv. comm. int.*, 2, 2018, 307 ss. Si vedano inoltre gli approfondimenti di P. AKMAN, *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, in *JCL&E*, 12(4), 2016, 781 ss.; e A. EZRACHI, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, in *Eur. Compet. J.*, 11(2-3), 2015, 488 ss.; I. VANDENBORRE, M.J. FRESE, *The Role of Market Transparency in Assessing MFN Clauses*, in *World Comp.*, 38(3), 2015, 333 ss.; F.E. GONZÁLEZ-DÍAZ, M. BENNETT, *The Law and Economics of Most-Favoured-Nation Clauses*, in *CLPD*, 1(3), 26 ss.

<sup>12</sup> Nel report del Lear - Laboratorio di economia, antitrust, regolamentazione, *Can 'Fair' Prices Be Unfair?*, cit., 1 ss., venivano considerate entrambe espressione dell'ulteriore categoria dei *Price Relationship Agreements* (PRAs), che si riferisce a tutte le ipotesi in cui il prezzo richiesto alle imprese o ai consumatori per un prodotto o un servizio dipenda, a vario titolo, da un altro prezzo.

<sup>13</sup> A. BOIK, K.S. CORTS, *The Effects of Platform Most-Favored-Nation Clauses on Competition and Entry*, cit., 108-109.

sione della prima <sup>14</sup>. Volendo comprendere la logica di tale conclusione si può osservare che l'impossibilità di differenziare i prezzi tra diverse piattaforme, e dunque di ridurli là dove le commissioni restano inferiori, non permette al venditore vincolato da una *parity clause* di porre in essere una strategia di bilanciamento dei prezzi. Si consideri il seguente esempio: se la piattaforma A aumenta la *fee* per la fornitura dei propri servizi di intermediazione, per neutralizzare tale incremento il venditore che usufruisce di questi servizi sarà spinto a modificare il prezzo di un certo prodotto portandolo da  $x$  a  $x+I$ ; ciò comporta che sulle piattaforme B e C il prezzo di quello stesso prodotto non possa restare pari a  $x$  o essere ridotto a  $x-I$ , perché risulterebbe più vantaggioso di quello proposto sulla piattaforma A che ha previsto la clausola di parità. Così, anche in assenza di un accordo collusivo tra le varie piattaforme per l'equiparazione delle *fees*, i prezzi per gli utenti finali sulle diverse piattaforme tenderanno a combaciare. A questo ragionamento si aggiunga infine la considerazione che l'eventuale rinuncia a mantenere un rapporto con un intermediario digitale (tanto forte sul mercato da essere) in grado di imporre questo genere di clausole ai propri contraenti non sembra costituire una strada concretamente percorribile dagli utenti commerciali, per i quali prevale il ragionevole interesse a non perdere i benefici che solo la presenza su certe piattaforme può garantire.

Quanto alla portata delle clausole di parità, se ne riconoscono di due tipi: ampie (*wide parity clauses*) e ristrette (*narrow parity clauses*). Con le prime, l'utente commerciale è obbligato a garantire all'intermediario che le ha imposte nell'ambito di un contratto P2B un trattamento, e specie un prezzo, migliore rispetto a quello applicato a qualsiasi altro canale di vendita. In forza delle seconde, invece, il vincolo contrattuale limita soltanto la vendita diretta da parte del fornitore stesso — sostanzialmente quella che avviene sul proprio sito internet — e non si estende anche ad altri intermediari.

In entrambe le ipotesi, ma soprattutto nella prima, le *parity clauses* sollevano delle questioni di tutela della concorrenza, in quanto idonee a costituire delle barriere all'entrata per nuovi rivenditori-intermediari, a consentire l'acquisizione o il rafforzamento di posizioni monopolistiche e a facilitare l'adozione di comportamenti collusivi tra le piattaforme <sup>15</sup>. Pur trattandosi di clausole che si riferiscono a rapporti verticali P2B, dunque, i rischi più rilevanti si registrano sul piano orizzontale <sup>16</sup>. Con quelle ampie, in particolare, laddove siano inserite nell'ambito di una relazione in cui si applica l'*agency model*, si producono effetti paragonabili a quelli dell'imposizione dei prezzi di rivendita (*Resale Price Maintenance*, RPM), vietati, di regola, dal diritto della concorrenza dell'Unione europea <sup>17</sup>. Il che si traduce, in sostanza, in una tendenza all'uniformità dei prezzi e delle condizioni, con il conseguente aumento

<sup>14</sup> OCSE, *Implications of E-Commerce for Competition Policy*, 2018, 29.

<sup>15</sup> G. COLANGELO, *Le price parity clauses tra analisi economica e cattura regolatoria*, cit., 717-718, spec. nota 4.

<sup>16</sup> M. COLANGELO, *The Controversial Assessment of Parity Clauses: From the Boo-*

*king.com Case to the Digital Markets Act*, in corso di pubblicazione su *ECLR*, consultato in anteprima per cortesia dell'Autrice.

<sup>17</sup> Diversamente, negli Stati Uniti la fissazione del prezzo minimo non è più sanzionata *per se* dopo la nota decisione della Corte Suprema in *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877

dei prezzi ai consumatori<sup>18</sup>. D'altra parte, alla loro applicazione si riconoscono anche una serie di effetti pro-concorrenziali, efficienze e giustificazioni economiche: dalla riduzione dei costi di transazione e di negoziazione alla maggiore trasparenza dei prezzi, dalla protezione dal *free riding* degli utenti finali e degli utenti commerciali alla garanzia della *brand reputation* degli intermediari<sup>19</sup>.

Questa ambivalenza emerge in modo piuttosto evidente proprio nel mercato delle prenotazioni alberghiere tramite OTA, specialmente in Europa. Da ultimo, se ne dà conto in una recente decisione della Corte di giustizia (C-264/23)<sup>20</sup>, che, innanzitutto, fornisce un'utile ricostruzione dell'intricato itinerario di interventi giurisdizionali e amministrativi in materia, che ha per protagonista la società di diritto nederlandese Booking.com.

## 2. GLI SVILUPPI DELLA SAGA BOOKING.COM.

Booking.com svolge un'attività di intermediazione digitale che mette in contatto viaggiatori e strutture alberghiere. Il modello che adotta nel rapporto con queste ultime è quello di *agency*, per cui non partecipa alla definizione del prezzo di ciò che queste strutture offrono, ma richiede loro

(2007), in *Justia*, con cui si ammette che una restrizione verticale si possa tradurre in un accrescimento del *consumer welfare*, attraverso l'aumento dei servizi e delle offerte per gli utenti finali, della concorrenza *inter-brand* e dell'efficienza. Per un commento, A. GIANNACCARI, *Il caso Leegin*, in *Merc. conc. reg.*, 2, 2007, 339 ss. Nell'Unione europea, sul punto, cfr. peraltro il nuovo *Vertical Block Exemption Regulation* (VBER), ovvero il Regolamento (UE) 2022/720 della Commissione del 10 maggio 2022 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate; nonché le relative linee guida di cui alla Comunicazione della Commissione (2022/C 248/01) "Orientamenti sulle restrizioni verticali", del 30 giugno 2022. Difatti, ai sensi dell'art. 4, lett. a, di questo regolamento, la fissazione dei prezzi di rivendita continua a costituire — come già nel primo VBER (*infra*, nota 26) — una c.d. restrizione fondamentale, ma la posizione della Commissione è quella di non trascurare, bensì valorizzare, gli incrementi di efficienza che è eventualmente in grado di produrre. Tra questi, a titolo soltanto esemplificativo, il punto 197 degli Orientamenti citati illustra i seguenti scenari: il lancio di un nuovo prodotto, l'organizzazione di una campagna promozionale di breve termine, la finalità di attrarre nuova clientela o la fornitura di servizi aggiuntivi pre-vendita. In argomento si rinvia in particolare alle analisi svolte da C. GARILLI, *La*

*disciplina antitrust delle intese verticali: un primo commento al nuovo regolamento di esenzione per categoria (VBER)*, in *NLCC*, 1, 2024, 102 ss.; e P. MANZINI, *Le restrizioni verticali della concorrenza nel nuovo VBER*, in *Riv. comm. int.*, 3, 2022, 563 ss.

<sup>18</sup> M. COLANGELO, *The Controversial Assessment of Parity Clauses*, cit.

<sup>19</sup> M. COLANGELO, V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza*, cit., 57-58. In effetti, come puntualizza M. COLANGELO, *The Controversial Assessment of Parity Clauses*, cit., in relazione al profilo del rischio di *free riding*, la funzione primaria delle clausole di parità consiste nella protezione degli investimenti che l'intermediario ha sostenuto per la creazione dell'infrastruttura-piattaforma. In mancanza di adeguate misure a propria tutela, la rilevanza del *multi-homing* e i bassi costi c.d. di *switching*, sia per gli utenti commerciali che per i consumatori, minerebbero in modo significativo la possibilità di recuperare tali investimenti, nonché di effettuarne di ulteriori per il miglioramento del servizio.

<sup>20</sup> CGUE, sentenza del 19 settembre 2024, causa C-264/23, *Booking.com BV e altro c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri*, ECLI:EU:C:2024:764. Già in *Foro. it.*, n. 10, IV, 2024, pp. 460 ss., con nota di R. Pardolesi. Per un primo commento v. H. GORNALL, M. WANTENNAAR, *Price Parity Clauses in Two-Sided Markets: Case C-264/23 Booking.com*, in *JECLAP*, 2024, disponibile online.

il pagamento di una commissione per ciascuna prenotazione effettuata e addebitata, anche solo in parte<sup>21</sup>. Per i viaggiatori, invece, il servizio è gratuito.

La sentenza della Corte di giustizia in discorso ricorda come già al momento del suo ingresso sul mercato tedesco, nel 2006, Booking.com avesse previsto nei propri contratti P2B, uniformandosi così ad altre OTA già ivi attive, una clausola di parità ampia. Di essa, in un provvedimento rivolto alla OTA 'Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH' (HRS), il Bundeskartellamt, l'Autorità federale garante della concorrenza, dichiarava per la prima volta nel 2013 la contrarietà al divieto di intese sancito sia dal diritto dell'Unione europea che da quello interno. E ordinava dunque di interromperne l'utilizzo<sup>22</sup>. Con tale clausola, HRS, considerato un portale *leader* del settore in Germania, imponeva infatti agli albergatori di garantirgli la tariffa migliore, la maggiore disponibilità di camere e le condizioni di prenotazione e cancellazione più favorevoli. Di tali condizioni il Bundeskartellamt rinveniva peraltro la programmazione di un ulteriore inasprimento, estendendone l'applicazione anche alle prenotazioni effettuate direttamente alle *reception* degli hotel. Pena, di fatto piuttosto frequente, il blocco di questi alberghi dai servizi di prenotazione tramite la propria piattaforma. Contro la decisione dell'Autorità veniva presentato ricorso da parte della società interessata, respinto, però, dall'Oberlandesgericht Düsseldorf, con sentenza del 9 gennaio 2015, poi passata in giudicato<sup>23</sup>.

A seguire, Booking.com, nei cui confronti il Bundeskartellamt aveva invero avviato, già nel 2013, un'indagine per l'inserimento nei propri contratti di una clausola analoga a quella utilizzata da HRS<sup>24</sup>, si impegnava a sostituirla, a partire dal 1° luglio 2015, con una di parità ristretta. La scelta veniva presa di concerto con le Autorità garanti della concorrenza di Francia, Italia e Svezia, e sotto il coordinamento della Commissione<sup>25</sup>. Ma non trovava anche il favore di quella tedesca, che con una decisione del 22 dicembre 2015 (caso B9-121/13) confermava anzi la posizione precedentemente assunta con riferimento alla clausola di parità ampia, riconoscendo anche nella forma *narrow* della clausola in questione un effetto restrittivo della concorrenza, sia sul mercato a monte che su quello a valle. Nel caso di specie aggiungeva poi che la quota del mercato rilevante detenuta da Booking.com fosse tale da non consentire alle *parity clause* in genere da essa eventualmente imposte di godere né dell'esen-

<sup>21</sup> Per i dettagli: <https://partner.booking.com/it/aiuto/commissioni-fatture-e-tasse/commissioni/com-e-funziona-la-nostra-commissione>.

<sup>22</sup> Bundeskartellamt, caso B9-66/10, decisione del 20 dicembre 2013.

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf, sentenza del 9 gennaio 2015 - VI - Kart 1/14 (V).

<sup>24</sup> Il Bundeskartellamt ne ha dato annuncio nel comunicato stampa del 20 dicembre 2013 "Online hotel portal HRS's 'best price' clause violates competition law - Proceedings also initiated against other hotel portals", disponibile *online*.

<sup>25</sup> Rispettivamente, Autorité de la con-

currence, 21 aprile 2015, decisione n. 15-D-06; AGCM, caso 1779 - *Mercato dei servizi turistici-prenotazioni alberghiere on line*, provvedimento del 21 aprile 2015, n. 25422; Konkurrentsverket, caso n. 596/2013, *Booking.com*, decisione del 15 aprile 2015 e caso n. 595/2015, *Expedia*, decisione del 10 maggio 2015. Sul punto, M. COLANCILO, *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*, in *JECLAP*, 8(1), 2017, 9. In senso critico, N. LATRONICO, *Il caso Booking: prove generali di cooperazione tra le autorità nazionali di concorrenza*, in *Eurojus*, 3, 2015, disponibile *online*.

zione individuale ex art. 101, par. 3, TFUE, né di quella di cui al regolamento UE n. 330 del 2010 — il primo VBER<sup>26</sup>.

Diversamente da quanto deciso per HRS, in tale occasione il ricorso presentato da quest'altra OTA veniva in parte accolto dall'Oberlandesgericht Düsseldorf, con sentenza del 4 giugno 2019<sup>27</sup>. Il giudice del Land riconosceva infatti alla clausola di parità una funzione di 'restrizione accessoria'<sup>28</sup>, o anche 'ancillare', sì capace di limitare la concorrenza, ma al contempo potenzialmente necessaria a consentire che Booking.com, e in generale la parte del contratto che ne beneficiava, non rinunciasse a percepire un'equa remunerazione per la prestazione dei propri servizi. Ciò in quanto la dinamica delle prenotazioni alberghiere porta con sé un elevato rischio di *free riding*: i TSP potrebbero sfruttare gli intermediari per il *match* con i consumatori, salvo poi condurli, con l'offerta di condizioni più vantaggiose, a concludere il contratto sul proprio sito o addirittura *offline*, riuscendo così a sottrarsi al pagamento delle commissioni dovute alle piattaforme<sup>29</sup>. Il Bundeskartellamt impugnava questa decisione, la quale veniva annullata con sentenza del 18 maggio 2021 del Bundesgerichtshof, la Corte federale di giustizia, che, condivise le conclusioni dell'Autorità, si pronunciava in senso contrario alla qualificazione della *narrow parity clause* come restrizione accessoria vista la mancata dimostrazione che, in sua assenza, la redditività della OTA sarebbe stata compromessa<sup>30</sup>.

È in questo scenario che si inserisce la richiesta avanzata da Booking.com al Rechtbank Amsterdam, giudice del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, adito il 23 ottobre 2020 per accertare che le clausole di parità di prezzo inserite in tutti i suoi contratti con gli albergatori non costituissero una violazione dell'art. 101, par. 1, TFUE<sup>31</sup>. Nell'ambito di questo procedimento, sessantadue alberghi tedeschi agivano in via riconvenzionale pretendendo il risarcimento del danno da illecito antitrust.

<sup>26</sup> Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf, sentenza del 4 giugno 2019 - Kart 2/16 (V).

<sup>28</sup> Cfr. *infra*, par. 3.

<sup>29</sup> Nello scenario illustrato e temuto dalle OTA, quindi, il consumatore utilizza la piattaforma come un mero strumento di ricerca. Questo fenomeno, chiaramente più ampio del settore dei servizi di viaggio, prende il nome di *showrooming* quando l'acquisto a margine della ricerca è effettuato sul sito del fornitore di un prodotto o di un servizio (in argomento, e a sostegno di una piena libertà di adottare clausole di parità *wide* così da garantire gli investimenti nella fornitura dei servizi di intermediazione *online*, C. WANG, J. WRIGHT, *Platform Investments: Showrooming and Price Parity*

*Clauses*, in *J. Ind. Econ.*, 71(2), 2023, 533 ss.); nonché di *webrooming* se questo avviene, invece, direttamente presso la sua sede fisica, quale un negozio o un albergo. Si parla in tale ultimo senso di *ROPO* (*Research Online, Purchase Offline*) effect.

<sup>30</sup> BGH, sentenza del 18 maggio 2021, KVR 54/20. Sulla decisione, v. il commento di F.E. BENEKE AVILA, *The German Federal Supreme Court's Judgment in Booking.com as a Case Study of the Limitations of Competition Law*, in *IIC*, 53(9), 2022, 1374 ss. Per un'analisi approfondita del contesto, cfr. BUNDESKARTELLAMT, *The effects of narrow price parity clauses on online sales - Investigation results from the Bundeskartellamt's Booking proceeding*, Series of papers on "Competition and Consumer Protection in the Digital Economy", agosto 2020, disponibile *online*.

<sup>31</sup> V. Rechtbank Amsterdam, caso C/13/697614 / HA ZA 21-186, sentenze del 26 ottobre 2022 e del 22 febbraio 2023.

Come riportato dall'Avvocato Generale Collins nelle conclusioni del 6 giugno 2024 alla causa C-264/23<sup>32</sup>, al Tribunale olandese veniva chiesto di chiarire se le *parity clauses* potessero essere considerate restrizioni accessorie, nonché, in caso di risposta negativa, se si potesse applicare il reg. 330/2010.

Quanto al primo profilo, Booking.com sostiene che siano restrizioni accessorie sia le clausole ampie che quelle ristrette, costituendo entrambe uno strumento a disposizione delle piattaforme per scongiurare il rischio di parassitismo da parte degli albergatori, che potrebbero facilmente usufruire dei loro servizi ma non corrispondere alcuna *fee*. Tale ricostruzione è tuttavia respinta da questi ultimi, secondo cui l'eliminazione, nel 2016, delle *parity clauses* contenute nei contratti con la OTA non ha inciso in modo particolarmente negativo sulle sue attività di intermediazione. Per superare l'incertezza circa la possibilità che queste clausole, di qualunque ampiezza, possano essere sottratte, in quanto restrizioni accessorie, all'ambito di applicazione del divieto di intese ex art. 101, par. 1, TFUE, occorre stabilire se l'esercizio del *free riding* debba poter mettere in discussione la sopravvivenza stessa dell'impresa o se sia sufficiente che ne riesca a compromettere, genericamente, la redditività.

Sul punto, il giudice olandese osserva come diversi legislatori nazionali dell'Unione europea abbiano deciso di vietare del tutto le clausole di parità<sup>33</sup>, superando così ogni possibile ambiguità; nonché che, dove tale divieto non sussiste, per esempio in Germania, si possano sostenere ancora orientamenti tra loro di senso opposto. A ciò è inoltre doveroso aggiungere che se già l'art. 10 del regolamento UE n. 1150 del 2019, il c.d. regolamento P2B<sup>34</sup>, ne aveva tenuto opportunamente conto, vincolandone la previsione da parte di qualsiasi fornitore di servizi di intermediazione online al rispetto di criteri di trasparenza<sup>35</sup>, da ultimo, il regolamento UE n. 1925 del 2022, noto come Digital Markets Act (DMA)<sup>36</sup>, all'art. 5, par. 3, impone ai *gatekeeper* un divieto assoluto<sup>37</sup>, prevenendo anche apposite sanzioni per la sua violazione.

<sup>32</sup> V. spec. parr. 12-13.

<sup>33</sup> Per i riferimenti normativi: in Belgio, gli artt. 5 e 6 della *Loi relative à la liberté tarifaire des exploitants d'hébergements touristiques dans les contrats conclus avec les opérateurs de plateformes de réservation en ligne*, del 30 luglio 2018; in Francia l'art. 133 della *Loi n. 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, c.d. Loi Macron, del 6 agosto 2015; in Italia l'art. 1, comma 166, della Legge annuale per il mercato e la concorrenza n. 124, del 4 agosto 2017; in Austria, il punto 32 dell'Allegato all'UWG, la Legge federale contro la concorrenza sleale del 1984, aggiunto con la sua modifica del 30 novembre 2016; e in Portogallo l'art. 2 del Decreto-Lei n. 108, del 7 dicembre 2021.

<sup>34</sup> Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

<sup>35</sup> L'art. 10 regolamento P2B, rubricato "Limitazioni all'offerta di condizioni diverse mediante altri mezzi", prevede al par. 1 che, se previste, i fornitori dei servizi di intermediazione online devono altresì inserire nei loro termini e condizioni le ragioni — di ordine economico, commerciale o giuridico — delle limitazioni e renderle facilmente accessibili al pubblico. In ciò, implicitamente, se ne accetta pertanto l'uso, come evidenziato da M. COLANGELO, *Traditional and Platform MFN Clauses under Antitrust Law: Insights from Recent Practice*, in *Antitrust Chronicle*, settembre 2019, 9.

<sup>36</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

<sup>37</sup> Si deve in ogni caso evidenziare e tenere presente che nella proposta del DMA (Proposta di Regolamento del Parlamento

Rispetto invece all'applicazione residuale del reg. 330/2010, il Rechtbank Amsterdam rileva la necessità di definire il mercato rilevante del prodotto come da disciplina euro-unitaria della concorrenza. Secondo Booking.com si tratta del mercato bilaterale della distribuzione e della prenotazione di servizi ricettivi alberghieri, i cui canali *online* e *offline* sono tra loro sostituibili per i clienti e per gli alberghi, e apparterrebbero dunque al medesimo mercato rilevante. Di diverso avviso gli albergatori, per cui il mercato del prodotto su cui operano le OTA va distinto da quello *offline* di vendita diretta, nella misura in cui la caratteristica principale ed esclusiva del primo è l'offerta di servizi di ricerca, confronto e prenotazione.

Quest'ultima tesi non persuade del tutto il Tribunale, secondo cui l'individuazione di mercati distinti sembra stridere con la lamentata limitazione della concorrenza tra le OTA e i canali di vendita propri degli alberghi mediante le clausole di parità. In questo senso viene quindi ricordata la posizione già assunta in passato dalla Commissione, la quale, pur considerando approcci e sensibilità di diverso tipo, sosteneva che il mercato del prodotto riferito alla distribuzione *online* di biglietti aerei dovesse ricomprendere tanto la vendita tramite OTA quanto quella diretta a mezzo del sito internet della singola compagnia aerea<sup>38</sup>. Che sia proprio questo aspetto a permettere di sostenere le ragioni di Booking.com non pare soluzione pienamente centrata. Tuttavia, è pur vero che l'indagine di mercato su cui poggia la citata decisione della Commissione non manca di fare il necessario riferimento alla propensione alla sostituibilità *online-offline* del prodotto da parte degli utenti finali<sup>39</sup>. Ad ogni modo, si riscontra come anche la maniera di definire il mercato rilevante resti incerta.

europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020) 842 final, del 15 dicembre 2020) la Commissione europea aveva previsto all'art. 5, lett. b, l'obbligo dei *gatekeeper* di consentire «agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione online del gatekeeper». Si tratta di un indizio che appare del tutto coerente con quello espresso dalla stessa Commissione negli «Orientamenti sulle restrizioni verticali» del 2022. Se la citata disposizione non fosse stata interessata dall'intervento del Parlamento europeo nel corso dell'iter legislativo, quindi, il divieto di *parity clauses* imposto ai *gatekeeper* ai sensi del DMA si sarebbe perciò limitato alle clausole ampie, non impedendo la previsione di quelle ristrette. La scelta definitiva del legislatore europeo trova una spiegazione nei *considerando* 39 e 40 del DMA, ove viene specificato che «limitare la capacità degli utenti commerciali [...] di offrire prodotti o servizi a utenti finali a condizioni più favorevoli,

anche a livello di prezzo, tramite altri servizi di intermediazione oppure attraverso canali di vendita diretta online» nel primo caso limita «la contendibilità tra piattaforme, il che a sua volta limita la scelta da parte degli utenti finali di servizi di intermediazione online alternativi»; nel secondo limita «in modo sleale la libertà degli utenti commerciali di utilizzare altri canali». Agli utenti commerciali dovrebbe pertanto essere lasciata piena libertà «di promuovere e scegliere il canale di distribuzione che ritengono più adeguato allo scopo di interagire con qualsiasi utente finale che hanno già acquisito attraverso i servizi di piattaforma di base forniti dal gatekeeper o tramite altri canali». In argomento, cfr. M. PETZ, *The Prohibition of Price Parity Clauses and the Digital Markets Act*, in *TechReg Chronicle*, gennaio 2022; T. PANTAZI, *The Scope and the Limits of the Parity Clause Prohibition in the Digital Markets Act*, in *Eur. Compet. J.*, 2025, 1 ss.

<sup>38</sup> Decisione della Commissione europea, del 30 maggio 2011, C(2011) 3913 final, relativa al caso n. COMP/M.6163 - Axa/Permira/Opodo/Go Voyages/Edreams.

<sup>39</sup> Ivi, p. 5.

Per poter rispondere a tali interrogativi, il Rechtbank Amsterdam ha dunque ritenuto di doversi rivolgere alla Corte di giustizia.

### 3. SULLE CLAUSOLE DI PARITÀ COME IPOTESI DI RESTRIZIONE ACCESSORIA.

Per l'analisi della prima domanda pregiudiziale, « il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che le clausole di parità, sia ampia che ristretta, inserite negli accordi conclusi tra le piattaforme di prenotazione alberghiera online e i prestatori di servizi alberghieri, esulano dall'applicazione di tale disposizione per il fatto che sarebbero accessorie a detti accordi »<sup>40</sup>.

In termini più semplici, ci si chiede se le clausole di parità siano di per se stesse incompatibili con il mercato interno, e quindi vietate in quanto accordi che impediscono, restringono o falsano la concorrenza, ovvero se, pur incidendo sull'autonomia negoziale della parte di un accordo, non siano vietate perché oggettivamente necessarie e proporzionate — e per ciò accessorie — a un'operazione o un'attività che a sua volta non ricade, per la sua neutralità o per il suo effetto positivo sul piano della concorrenza, nella portata del divieto<sup>41</sup>. In tale secondo scenario, quindi, l'applicazione del divieto ex art. 101, par. 1, TFUE si potrebbe estendere all'operazione o all'attività accessoria soltanto laddove fosse già quella principale a esservi in contrasto.

Nel caso in esame, tale elemento non è in discussione: nel contesto delle relazioni P2B tra le OTA e i TSP, l'operazione principale, che consta della fornitura di servizi di prenotazione alberghiera *online*, non è ritenuta in contrasto con il corretto funzionamento del mercato, ma anzi efficiente, a vantaggio di consumatori e albergatori. Ci si limita quindi alla verifica circa la sussistenza dei due caratteri dell'accessorietà.

Innanzitutto, la necessità deve risultare in modo oggettivo e va valutata in considerazione della capacità di compiere, in assenza della restrizione, l'operazione principale. Quando questa — purché di per sé sprovvista del carattere anticoncorrenziale — è impossibile, e non soltanto « più difficilmente realizzabile, o meno redditizia »<sup>42</sup>, allora può dirsi che la relativa restrizione sia accessoria. È pertanto dal suo figurare indispensabile che si giustifica la possibilità di pregiudicare l'effetto utile del

<sup>40</sup> CGUE, *Booking.com BV e altro c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri*, cit., punto 50.

<sup>41</sup> In questi termini già CGUE, sentenze dell'11 settembre 2014, causa C-382/12, *MasterCard Inc. e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2014:2201, spec. punti 89-90 e giurisprudenza ivi citata; del 23 gennaio 2018, causa C-179/16, *F. Hoffmann-La Roche Ltd e altri c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, ECLI:EU:C:2018:25, spec. punti 69-70; del 26 ottobre 2023, causa C-331/21, *EDP - Energias de Portugal SA e altri c. Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2023:812, spec. punti 88-89.

<sup>42</sup> CGUE, *Booking.com BV e altro c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri*, cit., punto 53. Sul punto, C.I. NAGY, *The Doctrine of Ancillary Restrictions as a Delimitation Tool and an Absorption Principle: Twin Notions but not Identical Twins*, in *JECLAP*, 15(5), 2024, 303-304, evidenzia, da un lato, che l'oggettività caratterizzante l'impostazione europea della disciplina delle restrizioni accessorie non è sempre garantita con coerenza dalla Corte di giustizia; nonché, dall'altro, come il diritto antitrust statunitense richieda invece un più ampio 'test di ragionevolezza', in virtù del quale il carattere dell'accessorietà trova fondamento nell'individuazione di una ragione-

divieto previsto dal Trattato. Perché ciò avvenga in via definitiva, occorre tuttavia un ulteriore passaggio: si deve esaminare se la restrizione sia proporzionata agli obiettivi dell'operazione principale. Pertanto, il carattere ancillare non deve essere smentito dall'individuazione di restrizioni alternative, specie se meno restrittive della concorrenza rispetto a quella di cui si discute nell'ambito di un caso concreto<sup>43</sup>. Quest'ultima deve cioè risultare, nell'eventuale ventaglio di opzioni a disposizione delle parti, la più adeguata. Nell'ambito della valutazione di proporzionalità occorre infine ricordare che essa non passa dalla ponderazione propriamente fattuale degli effetti pro e anticoncorrenziali di un accordo, come accade invece per l'esenzione di cui all'art. 101, par. 3, TFUE<sup>44</sup>, presentando piuttosto « un carattere relativamente generico e astratto », sebbene riferito comunque al particolare contesto dell'operazione complessiva<sup>45</sup>.

Tenendo conto di tali criteri, non resta che guardare alle clausole di parità e comprendere se e in che misura esse siano indispensabili e proporzionate rispetto alla realizzazione e al perseguimento delle finalità di un'attività quale la fornitura di servizi di prenotazione alberghiera online.

Sul punto, la Corte di giustizia si esprime invero in senso negativo sia per le clausole *wide* che per quelle *narrow*: in loro assenza, l'intermediazione è di per sé tutt'altro che impossibile. Delle prime si rimarca piuttosto l'idoneità a ridurre la concorrenza tra le OTA, al punto da poter escludere dal mercato le piattaforme più piccole e impedire l'ingresso di *new entrants*. Quanto alle seconde, se pure meno intensamente restrittive della concorrenza e, al contempo, strettamente rivolte a circoscrivere i rischi del *free riding*, non vi riconosce un'utilità tale da poter salvaguardare una redditività economica altrimenti irrimediabilmente compromessa. Per riuscire a sostenere il contrario, peraltro, si ritiene che sarebbe stato imprescindibile la produzione di un'analisi controfattuale in

vole connessione tra una restrizione e una legittima operazione principale.

<sup>43</sup> Rispetto alla condotta di Booking.com, le osservazioni del governo greco al caso C-264/23 in discorso sottolineano al punto 13 che la piattaforma potrebbe conseguire risultati simili a quelli garantiti dalle *parity clauses* abbassando le proprie commissioni, nonché adottando il modello pubblicitario c.d. *pay per click*, per cui gli inserzionisti pagano per ogni *click* effettuato dagli utenti sugli annunci pubblicati, o imponendo una tassa di inserimento per l'offerta dei servizi alberghieri sul *marketplace*.

<sup>44</sup> In questa sede, infatti, è la stessa parte di cui, ai sensi dell'art. 101, par. 1, TFUE, sia stata già dimostrata la condotta anticoncorrenziale a dover dare la prova che i profili di efficienza sussistenti siano tali da permettere l'attivazione dell'esenzione individuale. In ciò si può notare come il funzionamento della norma di diritto europeo si differenzi dalla *rule of reason* statunitense, la cui applicazione, diretta a evi-

tare un'applicazione eccessivamente stringente della Sez. 1 dello Sherman Act, prevede che all'attore spetti una prova *prima facie* degli effetti anti-competitivi, laddove al convenuto si richiede di dimostrare in maniera rigorosa quelli a vantaggio della concorrenza. In argomento si veda H. HOVENKAMP, *The Rule of Reason*, in *Fla. Law Rev.*, 70(1), 2018, 81 ss. Dallo studio di C.I. NACY, *The Doctrine of Ancillary Restrictions as a Delimitation Tool and an Absorption Principle*, cit., 302, si rileva che poiché l'analisi di proporzionalità non è fondata sul bilanciamento tra gli effetti a favore e contro la concorrenza, l'accessorietà viene sostanzialmente valutata in forza di un esame « legal in nature and based on common sense », che si limita a chiarire se la restrizione vada o meno oltre il necessario. In questo senso, i due caratteri dell'accessorietà paiono tanto strettamente connessi da risultare uno solo.

<sup>45</sup> CGUE, *Booking.com BV e altro c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri*, cit., punto 58.

grado di dimostrare in che modo l'intermediario avrebbe svolto la propria attività senza poter contare sulle clausole di parità.

Per quanto concerne dunque l'applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE, la Corte afferma che le clausole di parità, di qualunque ampiezza, non esulano dal divieto ivi previsto poiché non sono in alcun caso definibili quali accessorie ai contratti P2B di fornitura di servizi di prenotazione alberghiera *online*.

#### 4. SULLA DEFINIZIONE DEL MERCATO RILEVANTE DEL PRODOTTO.

La seconda questione sollevata dal giudice del rinvio è invece diretta a chiarire « in che maniera occorra, ai fini dell'applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 330/2010, definire il mercato di prodotti rilevante in una situazione in cui una piattaforma di prenotazione alberghiera funge da intermediario in transazioni concluse tra prestatori di servizi alberghieri e consumatori »<sup>46</sup>.

L'art. 3 appena citato, infatti, prevede al primo paragrafo che l'esenzione relativa agli accordi verticali<sup>47</sup> ex art. 2 dello stesso regolamento, che si riferisce al divieto di cui all'art. 101, par. 1, TFUE, può trovare applicazione soltanto laddove « la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante sul quale vende i beni o servizi oggetto del contratto e la quota di mercato detenuta dall'acquirente non superi il 30% del mercato rilevante sul quale acquista i beni o servizi oggetto del contratto ».

Per comprendere il significato di questa indicazione è utile guardare ai *considerando 5 ss.* del reg. 330/2010, grazie ai quali si intuisce come la fissazione della soglia del 30% abbia la funzione di determinare una presunzione di « sufficiente certezza » circa la conformità di un accordo verticale alle condizioni di cui all'art. 101, par. 3, TFUE, tant'è che vi si fa riferimento in termini di « *safe harbour* ». In tal senso, gli accordi al di sotto della soglia si possono presumere volti a incrementare l'efficienza economica nell'ambito di una certa catena di produzione o distribuzione, in quanto tali anche idonei a bilanciare gli eventuali effetti anticoncorrenziali; mentre per quelli oltre la soglia non sarebbe possibile presumere vantaggi di questa natura e ampiezza, né, però, la loro incapacità di soddisfare le condizioni del suddetto par. 3 e, di riflesso, la necessaria riconduzione di tali accordi al divieto del primo paragrafo della norma del Trattato.

In sostanza, ciò significa che, laddove non si possa ricorrere al meccanismo presuntivo, deve fornirsi dimostrazione dei supposti effetti positivi. Questi aspetti sono tuttavia rimessi al giudice *a quo*. La Corte di giustizia si limita pertanto a indicare i criteri di definizione di un mercato rilevante, che, come è noto, « costituisce uno strumento [impiegato dalla Commissione] per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro », e in particolare « le pressioni concorren-

<sup>46</sup> *Ivi*, punto 76.

<sup>47</sup> L'art. 1, par. 1, lett. a, del reg. 330/2010 definisce gli « accordi verticali » come gli accordi o le pratiche concordate che due o più imprese, ciascuna operante a un li-

vello differente della catena di produzione o di distribuzione, concludono e che si riferiscono alle condizioni di acquisto, vendita o rivendita di beni o servizi.

ziali » alle quali le imprese interessate sono soggette quando offrono determinati prodotti in una certa zona<sup>48</sup>. La relativa analisi è infatti funzionale a verificare, sia nella dimensione merceologica che in quella geografica, la sostituibilità della domanda e dell'offerta.

Questo momento dell'indagine è centrale perché è soltanto previa definizione del mercato rilevante che può essere applicata quella soglia della quota di mercato da cui dipende l'attivazione dell'esenzione per categoria.

Nel caso di specie, il giudice del rinvio ha la necessità di comprendere in che modo sia il caso di procedere in questo delicato passaggio, al fine di chiarire se il mercato di prodotti rilevante si limiti qui alle piattaforme alberghiere digitali che offrono servizi di intermediazione e prenotazione agli albergatori<sup>49</sup>, o se sia invece più ampio<sup>50</sup>.

Allo scopo, sovviene la ricordata comunicazione C/2024/1645, che al punto 95 precisa come nei mercati in cui sia presente una piattaforma *multi-sided*<sup>51</sup>, quale è d'altronde Booking.com, si possa procedere all'individuazione o di un unico mercato rilevante del prodotto che comprende tutti i gruppi di utenti oppure di più mercati distinti, benché correlati, per

<sup>48</sup> Così già la Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03), del 9 dicembre 1997, punto 2; e poi ancora la Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645), del 22 febbraio 2024, punto 6.

<sup>49</sup> Questa, per esempio, la posizione espressa dal governo greco (osservazioni, punto 21) e da quello tedesco (osservazioni, punto 43). In relazione a un caso non avente direttamente ad oggetto delle clausole di parità di prezzo, pur riproducendo effetti ad esse assimilabili, nello stesso senso si è posta anche l'AGCM nel provvedimento n. 31126, del 12 marzo 2024, relativo al caso A558 - Booking/Programmi offerti alle strutture ricettive italiane e concorrenza tra le OTA. In questa sede, spec. ai punti nn. 38-41, l'Autorità italiana sostiene che le caratteristiche delle OTA siano tali da dover escludere dal mercato rilevante del prodotto sia i siti web delle singole strutture alberghiere che i *metasearch online* come, per esempio, Trivago che non propongono funzioni di prenotazione diretta e di gestione del pagamento, nonché, addirittura, i servizi di intermediazione e prenotazione *online* di pernottamenti presso delle strutture ricettive extra-alberghiere, quali sono quelli offerti da Airbnb. Soltanto i servizi delle OTA, afferma, « offrono al consumatore la possibilità di cercare e comparare le offerte di più strutture secondo svariati criteri di ricerca, di finalizzare le prenotazioni attraverso il pagamento *online* e di ricevere

conferma immediata, il tutto utilizzando un'unica piattaforma ». Per alcune prime considerazioni sul procedimento, che si è poi concluso con il provvedimento n. 31412, del 19 dicembre 2024, di accettazione degli impegni proposti da Booking.com, si veda M. COLANGELO, *The Controversial Assessment of Parity Clauses*, cit.

<sup>50</sup> Al punto 66 delle proprie osservazioni, Booking.com illustra che il mercato rilevante del prodotto deve includere tutti i canali di vendita *offline* e *online*. Tra questi ultimi, sia le altre OTA che i siti web dei singoli alberghi.

<sup>51</sup> Il riferimento è a tutti quei mercati in cui interagiscono tra loro almeno due gruppi di utenti, al tempo stesso distinti ma interdipendenti, e caratterizzati dalla produzione di *network effects*. In argomento, in particolare, J.C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *J. Eur. Econ. Assoc.*, 1(4), 2003, 990 ss.; D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, in *Yale J. Regul.*, 20(2), 2003, 325 ss.; B. CAILLAUD, B. JULLIEN, *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, in *RAND J. Econ.*, 34(2), 2003, 309. Questo concetto economico è entrato a far parte del linguaggio normativo con la riforma del 2017 della Sezione 18(3a) del GWB, la legge tedesca in materia di concorrenza; mentre nell'analisi antitrust relativa al mercato della distribuzione di servizi elettronici di viaggi tramite i *Global Distribution Systems*, si ritrova già nell'ambito del caso COMP/M.4523 - *Travelport/Worldspan*, 21 agosto 2007, quando la Commissione europea ha individuato un unico mercato rilevante del

i diversi prodotti offerti sui diversi lati della piattaforma. La definizione di mercati separati è ritenuta appropriata in particolare laddove, sui lati opposti della piattaforma, emergano delle differenze significative rispetto all'intercambiabilità dei prodotti, derivanti, per esempio, dall'eventualità che diverse imprese offrano prodotti sostituibili a ciascun gruppo di utenti; dal grado di differenziazione dei prodotti su ciascun lato; da fattori comportamentali; dalla natura della piattaforma; o dagli effetti di rete indiretti <sup>52</sup>.

Quanto a Booking.com, dalla considerazione di tali parametri discende che si debba esaminare se i servizi di intermediazione digitale che propone siano sostituibili in concreto da altri tipi di servizi di intermediazione o da altri canali di vendita, sebbene abbiano caratteristiche diverse e non offrano le medesime funzionalità di ricerca e comparazione delle offerte. La verifica di sostituibilità, rimessa al giudice del rinvio, dovrà tenere conto della domanda sia dei prestatori di servizi alberghieri che dei clienti finali, nonché delle peculiarità dell'attività di intermediazione, oggetto del contratto con ogni OTA, che ne permette l'interazione. Ma non solo, potendosi altresì riferire — come previsto dall'art. 9, par. 2, della direttiva UE n. 104 del 2014 <sup>53</sup> — a tutte le valutazioni che siano riscontrabili all'interno di una decisione definitiva di un'Autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice che, in un diverso Stato membro, abbia già accertato una violazione del diritto antitrust <sup>54</sup>. Nel caso di specie, di fronte al giudice nederlandese, possono rilevare in particolare quelle del Bundeskartellamt e dell'Oberlandesgericht Düsseldorf, le quali, pur quando non dovessero servire a fare prova *prima facie* della violazione, poiché « si riferiscono allo stesso mercato geografico, costituiscono elementi contestuali particolarmente rilevanti » <sup>55</sup>.

## 5. I SERVIZI DI INTERMEDIAZIONE ONLINE ALLA PROVA DEL NUOVO VBER E DEL DMA.

L'applicazione dei criteri di definizione del mercato rilevante del prodotto è così rimessa al Tribunale di Amsterdam. In ciò, pare in ogni

prodotto nell'intermediazione tra i fornitori di servizi di viaggio, quali compagnie aeree, alberghi e società di autonoleggio, e le agenzie di viaggio.

<sup>52</sup> CGUE, *Booking.com BV e altro c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri*, cit., punto 84.

<sup>53</sup> Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

<sup>54</sup> Cfr. G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. MANZINI (a cura di),

*Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, 70 ss. Come sottolineato da V. MELI, *Introduzione al d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, di attuazione della dir. 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust*, in *NLCC*, 1, 2018, 137-138, in Italia il legislatore ha adottato l'opzione minima, evitando di prevedere effetti vincolanti più estesi. In modo simile, rileva E. OLMEDO-PERAITA, *The Evidential Effect of Commitment Decisions in Damage Claims. What Is the Assumptive Value of a Pledge?*, in *CMLR*, 56(4), 2019, 982-983, spec. nota 9, anche la scelta dei legislatori nazionali di Spagna, Francia, Germania e Portogallo.

<sup>55</sup> CGUE, *Booking.com BV e altro c. 25hours Hotel Company Berlin GmbH e altri*, cit., punto 89.

caso difficile che il giudice del rinvio possa giungere a esiti diversi dalle decisioni, di cui si è fatto cenno, delle Autorità di Germania e Italia <sup>56</sup>. La sentenza della Corte di giustizia stimola in ogni caso alcune considerazioni di prospettiva alla luce del quadro regolatorio attualmente in vigore nell'Unione.

Con il reg. 720/2022, non applicabile *ratione temporis* al caso di specie, il legislatore europeo ha adottato un atteggiamento che, rispetto alle clausole di parità di prezzo, è stato definito morbido <sup>57</sup> e timido <sup>58</sup>.

L'esenzione per categoria non si applica in effetti soltanto agli obblighi che impediscono agli acquirenti dei servizi di intermediazione *online* di offrire, vendere o rivendere beni o servizi agli utenti finali a condizioni più favorevoli — specie in relazione al prezzo — attraverso analoghi servizi concorrenti <sup>59</sup>. Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi di 'restrizione esclusa' ex art. 5, par. 1, del regolamento, ivi prevista alla lett. *d*, in quanto tale da distinguere dalle restrizioni più gravi, quelle c.d. fondamentali di cui al precedente art. 4 <sup>60</sup>, sebbene si pongano, al contempo, pure al di fuori dal *safe harbour*. Il risvolto di questa collocazione intermedia è piuttosto significativo, poiché comporta che, nell'ambito di un'intesa che contiene una restrizione esclusa, l'esclusione non si possa estendere alle altre previsioni del contratto da cui la stessa restrizione può essere separata <sup>61</sup>.

Se, per esempio, un acquirente di servizi di intermediazione *online* è vincolato da una clausola di parità di prezzo ampia che può però essere distinta dal resto dell'intesa, l'esclusione dell'esenzione interessa la sola restrizione. Alla parte di accordo che rimane in piedi, invece, è assicurato il beneficio dell'esenzione per categoria disciplinata dal VBER.

A ciò si aggiunga un ulteriore elemento: anche rispetto alle restrizioni escluse, la disposizione del regolatore sovranazionale non è particolarmente rigorosa. Di quelle elencate nel primo paragrafo dell'art. 5 del nuovo VBER, è infatti vero che non si può presumere che soddisfino le condizioni di cui all'art. 101, par. 3, TFUE; d'altra parte, però, non può

<sup>56</sup> Da ultimo, nel citato provvedimento n. 31412, del 19 dicembre 2024, l'ACCM ha individuato il mercato rilevante « in quello dei servizi *online* di intermediazione e prenotazione di pernottamenti offerti dalle OTA alle strutture ricettive alberghiere e paralberghiere (c.d. *hotel OTA*) ».

<sup>57</sup> R. PARDOLESI, *Clausola di parità delle tariffe nei contratti conclusi tra piattaforma di prenotazione online e strutture alberghiere*, nota a Corte giust. 19 settembre 2024, causa C-264/23, cit., 474.

<sup>58</sup> P. MANZINI, *Le restrizioni verticali della concorrenza nel nuovo VBER*, cit., 592.

<sup>59</sup> Comunicazione della Commissione (2022/C 248/01), cit., par. 253. Al par. 360 si precisa ulteriormente che questo tipo di obbligo è infatti in grado di limitare e indebolire la concorrenza sia facilitando la colusione tra i fornitori di servizi di intermediazione *online* che precludendo l'ingresso o l'espansione di nuovi o piccoli fornitori di

servizi di intermediazione *online*. Nell'ambito di questo discorso, a questi obblighi ci si riferisce in termini di clausole di parità ampia.

<sup>60</sup> Nel Regno Unito, invece, l'art. 8, par. 2, lett. *f*, del Vertical Agreements Block Exemption inserisce le clausole ampie proprio tra le *hardcore restrictions*. Sul punto, G. COLANGELO, *Le price parity clauses tra analisi economica e cattura regolatoria*, cit., 719, segnala la sentenza del Competition Appeal Tribunal dell'8 agosto 2022, [2022] CAT 36, relativa al caso n. 1380/1/12/21 - BGL (Holdings) Limited & Others v Competition and Markets Authority, per cui le *w(ide)MFNs* « non dovrebbero essere presuntivamente valutate come restrizioni per oggetto ai sensi del diritto antitrust, bensì analizzate alla luce di adeguate evidenze quantitative che ne dimostrino gli effetti anti-competitivi nel caso di specie ».

<sup>61</sup> C. GARILLI, *La disciplina antitrust delle intese verticali*, cit., 111.

nemmeno farsi il contrario, sicché alla parte coinvolta è consentito dimostrare di trovarsi nella condizione necessaria a far ricondurre la propria condotta nel perimetro dell'esenzione individuale <sup>62</sup>.

La ragione di questa scelta trova una spiegazione al par. 372 dei ricordati Orientamenti del 2022 della Commissione, ove si afferma che « [n]ella maggior parte dei casi l'utilizzo di obblighi di parità nella vendita al dettaglio da parte dei fornitori di servizi di intermediazione *online* è giustificato dalla necessità di affrontare un problema di sfruttamento senza contropartita ». Si tratta, pertanto, del noto rischio di *free riding*, ritenuto in grado di disincentivare questi fornitori dagli investimenti rivolti allo sviluppo dei propri servizi. In sede di valutazione individuale, quindi, occorrerà dare conto « del fatto che gli investimenti effettuati dal fornitore di servizi di intermediazione online generino benefici oggettivi, vale a dire se essi comportano un valore aggiunto agli utenti finali, del fatto che i rischi di fenomeni di sfruttamento senza contropartita siano reali e considerevoli e del fatto che il tipo e la portata particolari dell'obbligo di parità siano indispensabili per conseguire i benefici oggettivi » <sup>63</sup>. A tal fine, è in sostanza essenziale che vi sia un nesso di causalità diretto tra il ricorso a un obbligo di parità e il beneficio invocato, che verrebbe altrimenti sacrificato <sup>64</sup>.

Diversamente, le altre forme di clausole di parità <sup>65</sup>, tra le quali interessa ricordare la previsione di quelle ristrette, beneficiano, di regola, dell'esenzione.

Quella che a prima vista può apparire una scelta indulgente, che riconosce in tali clausole una minore idoneità alla limitazione della concorrenza, a favore delle piattaforme, viene tuttavia in parte smentita da altre disposizioni sia del regolamento che dei relativi Orientamenti.

Innanzitutto, questa esenzione trova infatti applicazione soltanto nella misura in cui le quote di mercato detenute dalle parti di un'intesa rientrino nella soglia del 30%. Oltre questa soglia, si torna a dover effettuare la valutazione individuale *ex art.* 101, par. 3, TFUE, che si svolge secondo lo stesso schema appena rievocato con riferimento alle clausole di parità ampia. Nondimeno, la Commissione ritiene che quelle ristrette siano maggiormente idonee a rispettare i criteri necessari al riconoscimento dell'esenzione individuale, sostenendo che gli effetti restrittivi che producono siano in genere poco gravi, specie nel bilanciamento con l'eventuale mancato pagamento delle commissioni sulle vendite, e tendenzialmente superabili dai vantaggi in termini di efficienza <sup>66</sup>.

<sup>62</sup> P. MANZINI, *Le restrizioni verticali della concorrenza nel nuovo VBER*, cit., 559.

<sup>63</sup> Comunicazione della Commissione (2022/C 248/01), cit., par. 373.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Comunicazione della Commissione (2022/C 248/01), cit., par. 254, specifica in modo netto che « [t]utti gli altri tipi di obblighi di parità possono beneficiare dell'esenzione ». A titolo esemplificativo, oltre agli obblighi di parità ristretta nella vendita al dettaglio relativi ai canali di vendita diretta

— cui si fa riferimento nel corpo del testo —, gli Orientamenti indicano anche « gli obblighi di parità relativi alle condizioni alle quali i beni o servizi sono offerti a imprese diverse da utenti finali » e « gli obblighi di parità relativi alle condizioni alle quali produttori, grossisti o dettaglianti acquistano beni o servizi come fattori produttivi (obblighi del « cliente più favorito ») ».

<sup>66</sup> Comunicazione della Commissione (2022/C 248/01), cit., par. 374.

In secondo luogo, un'esenzione non è per sempre. È, anzi, suscettibile di revoca. L'art. 6, par. 1, del nuovo VBER ne prevede l'applicazione, ad opera della Commissione<sup>67</sup>, nei confronti dell'accordo verticale produttivo di effetti incompatibili con le condizioni previste dal terzo paragrafo dell'art. 101 TFUE. Per esempio, rispetto alla fornitura di servizi di intermediazione *online*, nel caso in cui il relativo mercato rilevante sia fortemente concentrato e la concorrenza tra i fornitori venga limitata dalla sussistenza di una molteplicità di accordi tra loro analoghi, complessivamente idonei a ostacolare le attività di offerta, vendita o rivendita di beni o servizi agli utenti finali, a condizioni più favorevoli, sui canali di vendita diretta degli utenti commerciali. Ancora, il beneficio dell'esenzione è revocabile laddove le clausole di parità ristretta non producano vantaggi misurabili in termini di efficienza, come quando il rischio di *free riding* è ridotto o tali vincoli non risultano indispensabili per conseguire gli incrementi di efficienza auspicati, se non millantati. In particolare, però, se un'intesa contiene questo tipo di obblighi, il par. 374 degli Orientamenti del 2022 indica uno specifico scenario di fronte al quale « la revoca è probabile », ovvero nel caso in cui essi siano « applicati dai tre maggiori fornitori di servizi di intermediazione online nel mercato rilevante e tali fornitori [detengano] una quota di mercato combinata superiore al 50% ». Il che, circoscrivendo questa considerazione al solo settore dei servizi di viaggio, ove l'applicazione del DMA ha portato alla designazione di Booking Holdings come *gatekeeper* per il servizio Booking.com<sup>68</sup>, sembra invero un'ipotesi tutt'altro che impossibile da avverarsi e idonea a coinvolgere anche fornitori ben più deboli del colosso statunitense. Da ultimo, lo stesso par. 374 aggiunge, in senso ulteriormente restrittivo, che l'esenzione per categoria del nuovo VBER può essere altresì revocata rispetto agli obblighi di parità ristretta contenuti in accordi verticali conclusi con i fornitori aventi una quota di mercato superiore al 5%, lasciando ritenere che lo spazio rimesso alla loro ammissibilità sia, in definitiva, davvero residuale.

In prospettiva, dunque, nel contesto regolatorio europeo dei mercati digitali, e specie alla luce del nuovo VBER e del DMA, l'eventualità che l'imposizione di una clausola di parità di prezzo, sia nella versione *wide* che in quella *narrow*, non sia considerata ostativa al corretto funzionamento della concorrenza pare sempre più improbabile. Difatti, anche laddove ciò non fosse impedito direttamente dalla disciplina uniforme, si è avvertito come nella dimensione nazionale non emerga una particolare propensione a valorizzare e far prevalere i pur diffusamente riconosciuti profili pro-concorrenziali di questo tipo di obblighi. Né da parte di quei legislatori che hanno optato per un divieto assoluto, né da parte delle Autorità antitrust e della giurisprudenza, specie in considerazione della circolazione delle rispettive decisioni prospettata dall'art. 9 della dir. 104/2014.

<sup>67</sup> Cfr. art. 29 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

<sup>68</sup> Commission decision of 13.5.2024 (C(2024) 3176 final) designating Booking Hol-

dings Inc. as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector. DMA.100019 Booking - Online intermediation services.

Resta e rileva, dunque, una mancanza di uniformità che, all'interno del mercato unico, sarebbe sempre auspicabile. Questa conclusione non trova peraltro giustificazione in un generale affidamento all'analisi economica e alla valutazione caso per caso degli effetti di ogni tipo di clausola di parità <sup>69</sup>, costituendo piuttosto il risultato di un coordinamento sì apparente, parziale e incerto, ma al contempo rivolto, inevitabilmente, alla tutela del mercato. Ebbene, non si può non osservare come i citati divieti imposti per legge in diversi Stati membri, per un verso, siano oggetto di discussione quanto alla loro idoneità a perseguire gli obiettivi di politica consumeristica <sup>70</sup>; per l'altro, risalgano a una fase iniziale, e ormai superata, dello sviluppo e dell'affermazione dell'economia delle piattaforme <sup>71</sup>, cui, prima del significativo intervento del regolatore europeo del mercato unico digitale, in particolare tra il 2019 (regolamento P2B) e il 2022 (VBER e DMA), la strada dell'iniziativa individuale, pur riproponendo essenzialmente lo schema comune della nullità delle clausole vessatorie <sup>72</sup>, poteva apparire sufficiente ed efficace.

Trascorsi dieci anni dai primi provvedimenti del legislatore francese e del giudice tedesco <sup>73</sup>, e in considerazione della progressiva acquisizione di centralità e di poteri in questa materia da parte della Commissione, in particolare nei confronti dei *gatekeeper*, la regolamentazione uniforme pare di per sé adeguata e proporzionata a ridimensionare le prove di forza degli intermediari di servizi *online*, specie nel settore turistico-alberghiero, non riscontrandosi un rischio di *under-enforcement*. A favore di un più elevato grado di coerenza e certezza all'interno del mercato unico, dunque, una soluzione pare rinvenibile in un passo indietro da parte dei legislatori nazionali, nella misura in cui, in generale, le rispettive corti e Autorità della concorrenza dispongono ormai dei parametri e degli strumenti necessari a inquadrare e amministrare il fenomeno — requisiti di trasparenza, mancate esenzioni, divieti assoluti. D'altra parte, dall'esperienza tedesca si ricava come un intervento normativo *ad hoc* sia, dopotutto, superfluo. Da parte sua, il legislatore europeo potrebbe addirittura impedirne l'efficacia, eliminando il secondo paragrafo dell'art. 10 regolamento P2B, secondo cui tale norma non pregiudica eventuali divieti

<sup>69</sup> G. COLANGELO, *Le price parity clauses tra analisi economica e cattura regolatoria*, cit., 724-725, secondo il quale ci si trova di fronte a « un evidente cortocircuito logico » e, pur non condividendo questa soluzione, sarebbe più coerente sostenere che tutte le clausole di parità di prezzo producano, sempre e in quanto tali, effetti anticoncorrenziali superiori ai potenziali benefici e che debbano, dunque, essere vietate per tutti gli operatori e in tutti i settori economici.

<sup>70</sup> Cfr. P. MA, A. MANTOVANI, C. REGCIANI, A. BROOCKS, N. DUCH-BROWN, *The Price Effects of Banning Price Parity Clauses in the EU: Evidence from International Hotel Groups*, TSE Working Papers n. 1371, 2022, il cui studio empirico conclude che i divieti non hanno prodotto, nei canali *online*, effetti concreti a protezione e nell'interesse

dei consumatori. Nello studio successivamente condotto dai medesimi AA.VV., *The Price Effects of Prohibiting Price Parity Clauses: Evidence from International Hotel Groups*, Department of Economics discussion paper series n. 1043, 2024, si conferma questo risultato, tuttavia vengono altresì rilevate la variazione dei prezzi delle camere vendute *offline*, che si abbassano, e il trasferimento della quota di vendite, dai canali *online* alla prenotazione diretta.

<sup>71</sup> In argomento, C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMACALSKA, F. ZOHL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *EuCML*, 1, 2016, 3 ss.; O. LOBEL, *The Law of the Platform*, cit., 87 ss.; G. RESTA, *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 231 ss.

<sup>72</sup> Cfr. *supra*, nota 33.

<sup>73</sup> Cfr. *supra*, nota 23.

o limitazioni delle clausole di parità derivanti dal diritto degli Stati membri e a cui sono soggetti i fornitori di servizi di intermediazione *online*. Oppure, tendendo a una soluzione che pare di compromesso, da coordinare con la disciplina del nuovo VBER, far propria la nullità (in sostanza, di protezione) che Francia, Austria, Italia, Belgio e Portogallo hanno introdotto per il contesto specifico delle relazioni tra le imprese del turismo e le OTA, estendendone la portata a tutte le ipotesi di impiego di clausole di parità nei rapporti *Platform-to-Business* in violazione dei requisiti di trasparenza di cui all'art. 10 regolamento P2B.

FEDERICO RUGGERI