

Margherita Colangelo, Vincenzo Zeno-Zencovich

**LA INTERMEDIAZIONE ON-LINE E
LA DISCIPLINA DELLA
CONCORRENZA: I SERVIZI DI
VIAGGIO, SOGGIORNO E
SVAGO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MARGHERITA COLANGELO
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

LA INTERMEDIAZIONE ON-LINE E LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA: I SERVIZI DI VIAGGIO, SOGGIORNO E SVAGO

SOMMARIO: 1. Tipologia di servizi e modelli di business. — 2. Il modello di mercato delle piattaforme on-line. — 3. Gli aspetti concorrenziali e la individuazione del mercato rilevante. — 4. I contratti dell'intermediario. Le ipotesi di abuso. — 4.1. La recente casistica sulle OTA: il caso inglese. — 4.2. Altri procedimenti antitrust: Germania, Italia, Francia, Stati Uniti. — 5. Il "mercato delle informazioni". — 6. La tutela dell'utente-consumatore nei rapporti di intermediazione. — 7. L'ingannevolezza della comunicazione commerciale. — 8. Conclusioni.

1. TIPOLOGIA DI SERVIZI E MODELLI DI BUSINESS.

Il fenomeno dell'intermediazione on-line ha visto negli ultimi decenni, di pari passo con lo sviluppo e l'espansione di Internet, una crescita esponenziale: se, infatti, in alcuni settori si è assistito a processi di *disintermediation*, che hanno ridotto o eliminato i passaggi intermedi della catena dell'offerta, in maniera opposta, invece, in molti comparti si è assistito all'affermazione di un riconosciuto ruolo economico e sociale rilevante dei cd. *cybermediaries*¹. Ne costituisce prova empirica il proliferare di diverse tipologie di intermediari, che rendono difficile l'individuazione di

* Il presente lavoro è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato, trattandosi di scritto di cui è co-autore uno dei condirettori, a un esperto valutatore non facente parte del Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista, secondo le prassi correnti nella comunità dei giuristi.

Il lavoro è frutto di riflessione comune. Nella stesura del testo i paragrafi da 1 a 4 sono di Margherita Colangelo. I restanti di Vincenzo Zeno-Zencovich.

¹ L'affermazione del modello dell'intermediazione nel commercio elettronico è

stata oggetto di vasto studio da parte della letteratura economica. In estrema sintesi, alcuni studiosi, sulla base della considerazione degli incentivi per produttori e consumatori ad escludere gli intermediari dalla catena del valore in ragione dei costi significativi che essi implicano, hanno ipotizzato lo scenario della cd. *disintermediation* in parallelo con l'utilizzo avanzato delle tecnologie e l'evoluzione dei *marketplaces* elettronici [in tema, si segnalano T.W. MALONE - J. YATES - R.I. BENJAMIN, *Electronic Markets and Electronic Hierarchies*, 30(6) *Commu-*

una definizione generale della categoria: ne fanno parte, ad esempio, *internet access e service providers* (ISP); *data processing e web hosting providers*, inclusi registratori di domini; motori di ricerca e portali; intermediari di commercio elettronico; sistemi di pagamento on-line; piattaforme di reti partecipative². Si tratta, dunque, di una categoria molto ampia ed eterogenea, all'interno della quale le singole tipologie non sono sempre ben definite, soprattutto se si considera che gli intermediari operanti in internet possono svolgere contestualmente più ruoli, talvolta in potenziale competizione tra loro (come intermediari, utilizzatori finali e *content/service providers*).

Tra le funzioni svolte dagli intermediari on-line si possono annoverare: i) la fornitura dell'infrastruttura; ii) la raccolta e l'organizzazione di informazioni sparse; iii) l'agevolazione della comunicazione e degli scambi di informazioni; iv) l'aggregazione di domanda e offerta; v) la facilitazione dei processi di mercato; vi) la garanzia di affidabilità; vii) la considerazione delle necessità di compratori e venditori³. In particolare, gli intermediari operanti nel commercio elettronico — che tipicamente mettono in contatto compratori e fornitori, consentendone le transazioni — stabiliscono anche una serie di servizi connessi quali garanzie di qualità, attività di monitoraggio e controllo, e così via.

Il successo dell'intermediazione on-line è particolarmente evidente nel settore dei servizi di viaggio e svago in generale. Esempio paradigmatico è costituito senz'altro dalle on-line *travel agencies* (OTA), figure che da tempo si sono affermate a discapito degli operatori fisici (cd. *brick-and-mortar shops*) e che offrono tipi-

nication of the ACM 484 (1987); Id., *The Logic of Electronic Market*, 67(3) *Harvard Business Review* 166 (1989); R. BENJAMIN - R. WIGAND, *Electronic Commerce: Effects on Electronic Markets*, 1(3) *Journal of Computer-Mediated Communication* (1995); Id., *Electronic Markets and Virtual Value Chains on the Information Superhighway*, 36(2) *Sloan Management Review* 62 (1995); G. SHAFFER - F. ZETTELMEYER, *The Internet as a Medium for Marketing Communications: Channel Conflict over the Provision of Information*, Working paper (1999)]. In contrasto con la teoria della disintermediazione, altri autori, anche sulla base di rilevazioni empiriche, hanno previsto un ruolo centrale degli intermediari nell'e-commerce e la creazione di mercati completamente nuovi per i *cybermediaries* [si vedano, ad esempio, M.B. SARKAR - B. BUTLER - C. STEINFELD, *Intermediaries and cybermediaries: A continuing role for mediating players in the electronic marketplace*, 1(3) *Journal of Computer-Mediated Communication* 1 (1995); H. BHARGAVA -

V. CHOUDHARY - R. KRISHNAN, *Pricing and product design: Intermediary strategies in an electronic market*, 5(1) *International Journal on Electronic Commerce* 37 (2000); A.M. CHIRCU - R.J. KAUFFMAN, *Reintermediation Strategies in Business-to-Business Electronic Commerce*, 4(4) *International Journal on Electronic Commerce* 7 (2000)]. Per una sintesi su tali teorie, si rinvia a A. ELBERSE - P. BARWISE - K. HAMMOND, *The impact of the internet on horizontal and vertical competition: Market efficiency and value chain reconfiguration*, in M.R. BAYE (a c. di), *The Economics of the Internet and E-commerce*, in *Advances in Applied Microeconomics*, Oxford 2002, Volume 11, 1, 17-21. Ai fini della presente trattazione, l'utilizzo della terminologia di *cybermediaries*, *e-mediaries* e simili con riferimento agli intermediari on-line va intesa come sostanzialmente equivalente.

² OECD, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, Report, 2010, 9 ss.

³ Id., 15.

camente servizi di prenotazione alberghiera, aerea e talvolta servizi connessi (ad es., noleggio auto)⁴. Tali intermediari hanno sviluppato diversi modelli di business, seguendo, come nella maggioranza dei casi di commercio elettronico, una logica *consumer-focused*⁵.

Il modello di riferimento principale è quello dell'*agency*, che replica il tradizionale modello dell'agenzia di viaggio in base al quale l'intermediario agisce tra l'operatore a monte fornitore di servizi di viaggio e i viaggiatori ricavando profitto dalla commissione di vendita: è questo il modello adottato, ad esempio, da Booking.com (operante esclusivamente nel settore alberghiero) e prevede che i clienti paghino direttamente l'albergatore, il quale corrisponde all'intermediario una commissione.

L'*agency model* è particolarmente diffuso nelle piattaforme on-line: in tale modello, i fornitori — anziché i rivenditori — fissano i prezzi di rivendita finali e il profitto delle vendite è diviso tra fornitori e rivenditori in base a percentuali predeterminate, in contrasto con il *wholesale model*, ove i fornitori determinano i prezzi all'ingrosso, che sono poi ricaricati dai rivenditori al dettaglio⁶. Un modello alternativo all'*agency* è quello cd. *merchant*, in base al quale l'operatore a monte vende una quantità di servizi (stanze d'albergo, noleggi auto, ecc.) ad un prezzo concordato, tipicamente al di sotto del prezzo normale, all'intermediario, il quale determina il prezzo pagato dal cliente ricaricando le tariffe negoziate (cd. *net rates*) in modo da coprire i propri costi e profitti e elabora la transazione. Tale sistema è stato utilizzato da Expedia, che fornisce diversi servizi — quali hotel, voli, noleggi auto e pacchetti turistici — che però risulta aver recentemente aderito al modello di *agency* almeno per una parte di essi⁷. Accanto a tali modelli principali esistono, poi, numerose

⁴ Alcuni dati significativi sulla crescita delle OTA sono contenuti nel Report redatto per la Commissione europea (DG Move) da STEER DAVIES GLEAVE, *Mid-term evaluation of Regulation 80/2009 on a code of conduct for computerised reservation systems and repealing Council Regulation 2299/89*, 2012, 28-30.

⁵ P. BUCCIROSSI, *Background note*, in OECD, *Vertical Restraints for On-line Sales*, Policy Roundtable, 2013, 9, 18: l'A. spiega che molte imprese operanti in Internet hanno adattato le proprie strategie commerciali in modo da poter rispondere in maniera diretta alla domanda dei consumatori.

⁶ L'*agency model* è utilizzato, ad esempio, da Amazon, Apple, eBay. In tema, si veda J.P. JOHNSON, *The Agency Model*

and MFN Clauses, 2014, disponibile on-line all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=2217849> (ultimo accesso: 30.12.2014).

⁷ È quanto rappresentato da Federalberghi nella segnalazione all'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM): si veda il provvedimento di avvio istruttoria n. 24907 del 7 maggio 2014, reperibile alla pagina http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4242-i779avvio-istr.html. (su cui v. *infra* al par. 7). In un precedente provvedimento contro Expedia (n. PS680 del 7 marzo 2011, conclusosi con una sanzione per pratiche commerciali scorrette, reperibile alla pagina http://www.agcm.it/componenti/joomdoc/doc_download/2697-ps680pdf.html), l'AGCM ha chiarito il modello di business dell'azienda, che si avvale infatti di due

varianti elaborate dagli intermediari al fine di definire il proprio profilo sul mercato⁸.

In generale, si può affermare che le principali OTA di base svolgono tutte attività di intermediazione nell'offerta di servizi turistici finali (volo, alloggio in hotel e altri servizi accessori), consistente essenzialmente nella promozione ed illustrazione sul proprio sito di varie offerte turistiche presenti sul mercato. In particolare, il servizio consente ai consumatori di avere accesso, su un'unica piattaforma, ad un'ampia gamma di offerte e spesso di poter porre in comparazione i servizi offerti dai fornitori a monte (ossia, da esercenti di alberghi, vettori aerei, *tour operator*). Le OTA, inoltre, gestiscono, per conto del cliente, la procedura relativa alla prenotazione e all'acquisto dei servizi, nonché il sistema che consente il pagamento on-line: esse operano, dunque, similmente alle agenzie tradizionali, gestendo anche le comu-

modelli, prodotti *merchant* e prodotti *agency*: nel primo caso, essa offre i prodotti ai consumatori avvalendosi dell'attività di un altro soggetto giuridico, denominato Travelscape, che contratta con i fornitori; nel secondo caso, svolge direttamente, senza l'apporto di Travelscape, la funzione di intermediazione tra i consumatori e i fornitori. Nel provvedimento in oggetto si legge che nelle prenotazioni alberghiere, in caso di collegamento con il sistema di prenotazione GDS, con cui Expedia stipula dei contratti, le informazioni vengono estrapolate dal sistema ed il prezzo viene addebitato direttamente a favore dell'albergo, che paga una commissione a Travelscape al momento del *check out*. In altri casi, il contratto con i fornitori viene sottoscritto da Travelscape ed il prezzo viene corrisposto direttamente dai clienti alla stessa società al momento dell'acquisto. Nella maggior parte delle sistemazioni intermedie l'addebito sulla carta viene effettuato direttamente a favore del gruppo Expedia.

⁸ Sui modelli di business operanti nel settore delle OTA, si segnalano R.S. TOH - P. RAVEN - F. DEKAY, *Selling Rooms: Hotels vs. Third-Party Websites*, 52 *Cornell Hospitality Quarterly* 181 (2011); R. DANIELE - A.J. FREW, *From Intermediaries to Market-makers - An Analysis of the Evolution of E-mediaries*, in A.J. FREW (a c. di), *Proceedings of the Information and Communication Technologies in Tourism 2004*, Vienna, 2004. È il caso di notare come, accanto ai modelli *agency* e *merchant*, vi siano una serie di varianti. Si pensi alla variante del "*distressed inventory*", avente ad oggetto unicamente le quantità in liquidazione, disponibili generalmente solo a partire da 15 giorni prima della partenza (esempio tipico:

lastminute.com). Ancora, il modello "*demand collection*" utilizza la condivisione di informazioni e il potere comunicativo di internet per creare una nuova modalità di fissazione del prezzo per prodotti e servizi cercando un punto di incontro tra gli interessi dei compratori e dei venditori. Tale sistema consente ai compratori di indicare il prezzo che sono disposti a pagare per un determinato prodotto/servizio all'interno di un *range* di sostituibilità predefinito. L'attività dell'intermediario consiste nell'accedere al database o avvisare il fornitore dell'offerta del cliente (il sito americano *priceline.com* è stato il pioniere di questo modello). Va inoltre considerato che molti intermediari utilizzano anche il sistema del "*comparison shopping*", con cui l'intermediario offre al cliente la possibilità di paragonare le tariffe di compagnie aeree, hotel, e così via, provenienti da altri intermediari o direttamente dai fornitori on-line. Un caso particolare è quello di *Tripadvisor*, di proprietà di Expedia, che si caratterizza per essere un sito di viaggi che pubblica recensioni degli utenti riguardo ad hotel, ristoranti e attrazioni turistiche in generale. Il modello di business di tale sito è molteplice: 1) gli introiti maggiori derivano dal *click-based advertising*, ossia dai clic degli utenti sul "Mostra prezzi", che connette il sito generalmente ai siti delle OTA; 2) una parte dei ricavi deriva poi dal *display-based advertising*, ossia la pubblicità mirata (tramite *banner*, ad esempio); 3) un'ulteriore fetta di ricavi deriva dalle sottoscrizioni, quali i profili a pagamento, e da altri strumenti, quali gli accordi con altri operatori (ad es., con Interhome, fornitore *leader* di case e appartamenti per le vacanze in Europa).

nicazioni con i clienti, comprese le informazioni riguardanti l'esito della prenotazione effettuata on-line. Sempre al pari delle agenzie tradizionali, le OTA utilizzano i principali sistemi informatici (*Global Distribution Systems*, GDS), quali BSP, Amadeus e Worldspan/Travelport⁹: ciò avviene principalmente nel caso della prenotazione aerea, ove i GDS operano da interfaccia di prenotazione fra le agenzie di viaggio e le compagnie aeree di linea e *low cost*. L'intermediario procede ad effettuare la prenotazione per conto del cliente che effettua la propria scelta sulla base delle informazioni rielaborate dalla piattaforma, prenotazione che deve essere confermata dalla linea aerea: a seconda del vettore, il biglietto viene emesso direttamente dalla compagnia aerea (ciò vale, in genere, per le compagnie *low cost*) ovvero dall'intermediario per conto del vettore. Nel caso delle prenotazioni alberghiere, in base al modello dominante, a seguito di ciascuna prenotazione si instaura un rapporto diretto unicamente fra struttura alberghiera e cliente, il quale versa direttamente all'hotel il corrispettivo per il servizio prenotato, mentre, in forza del rapporto contrattuale in essere fra albergo e OTA, quest'ultima matura il diritto a ricevere una commissione per ogni soggiorno prenotato¹⁰.

Ne risulta che le OTA, da una parte, consentono ai consumatori di accedere ad un ampio numero di operatori, con la possibilità di comparare le condizioni degli stessi nonché di fruire di ulteriori servizi accessori; dall'altra, offrono agli operatori visibilità e opportunità di contatto con un'ampia platea di consumatori. Tale duplice funzione accomuna diverse piattaforme on-line¹¹, il cui valore, come vedremo, risiede principalmente nell'agevolare l'interazione tra agenti economici quali il fornitore a monte e l'utente finale¹².

Nella molteplicità di esempi di intermediari on-line, meritano una menzione le applicazioni ideate in materia di trasporto auto,

⁹ I GDS derivano dai *Computer Reservations Systems* (CRS), ossia i sistemi telematici di prenotazione sviluppati originariamente dai vettori aerei (i quali hanno ad oggi in gran parte dismesso la propria partecipazione), contenenti informazioni su voli, tariffe e disponibilità di posti, utilizzati dalle agenzie di viaggio per effettuare prenotazioni e talvolta rilasciare biglietti e carte d'imbarco. I GDS non si limitano al settore aereo, includendo anche informazioni relative ad alberghi, noleggio auto, treni e simili.

¹⁰ Così l'AGCM nel provvedimento di avvio istruttoria contro Booking ed Expedia (citato retro nota 7, par. 16).

¹¹ Si pensi alle piattaforme on-line

operanti nel settore della ristorazione (ad es. OpenTable, MyTable), le quali agevolano l'incontro tra ristoratori e clienti, fornendo ai primi un *software* per le prenotazioni e la gestione dei tavoli e ai secondi un sito ove cercare informazioni sui ristoranti, sulla loro disponibilità e sui giudizi ricevuti. Tali piattaforme prevedono generalmente una commissione su ogni prenotazione proveniente dal loro sito. È importante notare che tali piattaforme non incidono però sul prezzo finale corrisposto dal consumatore.

¹² Cruciale è dunque la credibilità e la reputazione dell'intermediario. Non a caso molte piattaforme hanno adottato *feedback mechanisms*, ormai largamente diffusi in internet, per costruire ed incrementare la propria affidabilità.

le quali hanno di fatto creato un mercato vero e proprio, talvolta in una situazione di difficile convivenza con le realtà già esistenti e le relative regolamentazioni. È questo il caso di Uber, applicazione che offre informazioni e strumenti per ottenere servizi di trasporto conto terzi da autisti o autotrasportatori. Il modello di business adottato da Uber prevede la rilevazione automatica tramite GPS dell'autista più vicino all'utente registrato e il pagamento del servizio tramite carta di credito all'azienda, che trattiene una commissione sul corrispettivo previsto per il conducente e basato su tariffe rese pubbliche sul suo sito internet. Uber dichiara di operare come mero intermediario tra utente e fornitore di servizi di trasporto (da cui dipende interamente la suddetta fornitura) e, in quanto tale, di non partecipare attivamente al contratto tra utente e fornitore. Il prezzo varia in base al servizio offerto, dipendendo la tariffa dalla distanza percorsa o dal tempo trascorso e dalle fasce di qualità del servizio (dalle auto utilitarie a quelle di lusso).

Il modello base si rivolge tipicamente a soggetti imprenditoriali esercenti servizio di noleggio con conducente (NCC), ma esistono anche tipologie diverse. Tra queste, si segnala il servizio che consente di ottenere passaggi da privati (UberPop), assimilabile al modello del *car sharing*: esso si differenzia da altre *app*, quali BlaBlaCar, che offre un sistema di *cd. social travel*, ove l'obiettivo del guidatore è la condivisione dei costi di viaggio, mentre l'intermediario trattiene una commissione per il servizio. Entrambi i modelli adottati da Uber pongono diversi problemi per quanto riguarda il loro inquadramento all'interno del settore in cui si inseriscono, tradizionalmente oggetto di un alto grado di regolamentazione pubblica (dal titolo abilitativo all'esercizio dell'attività fino alla determinazione della tariffa finale), al punto da sollevare — sia in Europa sia negli Stati Uniti — le proteste di società di NCC e taxi e creare una situazione di forte incertezza giuridica¹³.

¹³ Nel contesto italiano, ad esempio, si discute se l'operatività dell'*app* richieda delle modifiche alla disciplina esistente rappresentata dalla legge quadro per il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea (legge 15 gennaio 1992 e successive modificazioni), che prevede una serie di requisiti e condizioni allo svolgimento del servizio di noleggio con conducente. Oltre al meccanismo di determinazione delle tariffe, tra le norme al centro della contestazione vi è quella in base alla quale le prenotazioni di trasporto per il

servizio di noleggio con conducente devono essere effettuate presso le rispettive rimesse (art. 11, co. 4 della suddetta legge), mentre Uber si avvale prevalentemente di autisti già in movimento. Mentre alcune corti hanno vietato l'attività di Uber (ad esempio, in Belgio e in Germania, salva, in quest'ultimo caso, la revoca del provvedimento dopo poche settimane per motivi procedurali), in Inghilterra l'azienda comunale londinese dei trasporti, Transport for London, ha ritenuto legittima l'attività di Uber (si attende la decisione della High Court of

2. IL MODELLO DI MERCATO DELLE PIATTAFORME ON-LINE.

Le piattaforme on-line sono generalmente indicate, assieme ai media — dove le imprese vendono contenuti e spazi pubblicitari — e alle carte di credito — dove le imprese vendono l'uso di una carta e quello di un terminale POS ai negozi —, come esempio tipico di mercato a due o più versanti (*two-sided* o *multi-sided market*)¹⁴. La letteratura economica ha prestato notevole attenzione a tale genere di modello di mercato, di cui però, ad oggi, ancora manca una definizione compiuta e condivisa¹⁵. Invero, sono stati individuati alcuni aspetti generalmente riconosciuti come tipici di tali mercati, ossia esemplificativamente: l'esistenza di diversi gruppi di utilizzatori interdipendenti tra loro; la presenza di esternalità indirette tra i gruppi; la non neutralità della struttura di prezzo¹⁶.

Il modello del *two-sided market* si caratterizza per avere due gruppi di utilizzatori, distinti ma interdipendenti, che procurano l'un l'altro benefici di rete e in cui un'impresa opera come una piattaforma: in sintesi, quest'ultima vende due prodotti differenti ai due gruppi di agenti, dipendendo la domanda di un gruppo dalla domanda dell'altro e, possibilmente, viceversa¹⁷. L'interdipendenza tra i diversi gruppi di utilizzatori crea *indirect network effects*, per i quali il valore della piattaforma per un gruppo aumenta con il numero di utilizzatori sull'altro versante¹⁸: la

Justice in tema). A livello europeo, il commissario europeo Neelie Kroes ha supportato le ragioni della *app*, invitando i regolatori nazionali a consentire l'operatività delle innovazioni digitali quali Uber.

¹⁴ La terminologia di *two-sided* e *multi-sided markets* trova origine nella letteratura economica, preferendo alcuni autori l'utilizzo dell'una piuttosto che dell'altra. La terminologia di *two-sided markets* appare nel lavoro seminale di J.C. ROCHET - J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, 1(4) *Journal of the European Economic Association* 990 (2003). Altri autori, come D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, 20(2) *Yale Journal on Regulation* 325 (2003), preferiscono parlare di mercati con *two-sided platforms*. In questa sede interessa notare che i principi elaborati per i mercati a due versanti valgono anche per quelli *multi-sided*.

¹⁵ Numerosissimi sono i contributi della dottrina economica in materia. In questa sede, basti citare i lavori di: ROCHET - TIROLE, *cit.*; B. CAILLAUD - B. JULLIEN, *Competing cybermediaries*, 45(4-6) *European Economic Review* 797 (2001); Id., *Chicken and Egg: Competition among Intermedia-*

tion Service Providers, 34 *RAND Journal of Economics* 309 (2003); EVANS, *cit.*; G. PARKER - M. VAN ALSTYNE, *Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design*, 51(10) *Management Science* 1494 (2005); M. ARMSTRONG, *Competition in Two-Sided Markets*, 37(3) *RAND Journal of Economics* 688 (2006). Si rimanda, per la ricognizione effettuata e i rinvii in esso contenuti, a D.S. EVANS - R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, in R. BLAIR - D. SOKOL (a c. di), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, Oxford University Press (in corso di pubblicazione), e University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623, disponibile online al sito <http://ssrn.com/abstract=2185373>, p. 2 (ultimo accesso: 30.12.2014).

¹⁶ OECD, *Two-Sided Markets*, Policy Roundtable, 2009, 28 ss.

¹⁷ D.S. EVANS, *Some Empirical Aspects of Multi-Sided Platforms*, 2(3) *Review of Network Economics* 1 (2003); D.S. EVANS - R. SCHMALENSEE, *Catalyst Code: The Strategies Behind the World's Most Dynamic Companies*, Cambridge, 2007.

¹⁸ Ciò vale in caso di effetti di rete indiretti positivi. Nel caso di effetti negativi,

piattaforma, che tipicamente riduce i costi di transazione agevolando l'incontro tra domanda e offerta, opera come intermediario che internalizza le esternalità create da un gruppo per l'altro¹⁹. Tali effetti di rete indiretti, tipici dell'attività di intermediazione on-line, creano il classico "*chicken-and-egg*" problem per gli intermediari²⁰, i quali devono adottare particolari strategie di prezzo e prodotto per bilanciare i propri interessi con quelli dei due versanti²¹: è facile, infatti, comprendere come ogni gruppo di utilizzatori richieda diverse funzionalità alla comune piattaforma, sicché essa sostiene diversi costi nel servire entrambi i gruppi.

Due sono i tipi di esternalità indirette identificate dalla dottrina economica: *usage externalities* (per cui il beneficio per gli agenti è connesso all'utilizzo della piattaforma) e *membership externalities* (che si realizzano con l'appartenenza alla piattaforma, ossia quando il beneficio ricevuto dagli agenti su un versante aumenta con il numero di agenti presenti sull'altro versante)²². La strut-

il valore ottenuto da un gruppo di utilizzatori diminuisce con il numero o la domanda dell'altro gruppo. Sul punto, si vedano gli esempi addotti da L. FILISTRUCCHI - D. GERARDIN - E. VAN DAMME, *Identifying Two-Sided Markets*, 36(1) *World Competition* 33 (2013). Si vedano anche CAILLAUD - JULLIEN, *Competing cybermediaries*, cit., 798, i quali evidenziano che l'attività di intermediazione per natura è fonte di esternalità di rete.

¹⁹ Nella definizione di EVANS-SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, cit., p. 7, la *multi-sided platform* opera come *economic catalyst*: gli Autori evidenziano il valore generato dalla piattaforma nel risolvere un *coordination - and transaction cost - problem* tra i gruppi di utilizzatori. Sul punto, si vedano J.C. ROCHET - J. TIROLE, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 37(3) *RAND Journal of Economics* 645 (2006). Gli Autori spiegano che, concettualmente, la teoria dei *two-sided markets* è collegata alle teorie sulle esternalità di rete e del *multi-product pricing*, derivando dalle prime la nozione dell'esistenza di esternalità non internalizzate tra gli utilizzatori finali e dalle seconde l'idea che le strutture di prezzo possono essere distorte più dai livelli di prezzo che dal potere di mercato. Il punto di partenza della teoria dei *two-sided markets* è che un utilizzatore finale non internalizza il valore del suo uso della piattaforma sull'altro utilizzatore.

²⁰ CAILLAUD - JULIEN, *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*, cit., 309-310: "While in

the traditional brick and mortar economy, intermediaries often buy and resell goods, the development of the new technologies of information and communication have brought informational intermediation to the forefront of the "new economy". Informational intermediation consists of services such as search, certification, advertising, price discovery, as opposed to storage, exposition or delivery. In these activities, users have larger expected gains, the larger the number of users on the other side of the market, a property referred to as indirect network externalities. (...) Indirect network externalities give rise to a "chicken & egg" problem: to attract buyers, an intermediary should have a large base of registered sellers, but these will be willing to register only if they expect many buyers to show up."

²¹ Focalizzandosi sulla struttura di prezzo, ossia il modo in cui i prezzi sono distribuiti tra i due versanti, Rochet e Tirole hanno individuato come condizione per l'esistenza di un mercato a due versanti la circostanza che la piattaforma possa influenzare il volume delle transazioni addebitando un maggior prezzo ad un versante e riducendo il prezzo pagato dall'altro versante in egual misura: "*the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board*" [J.C. ROCHET - J. TIROLE, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, 37(3) *RAND Journal of Economics* 645 (2006)].

²² Sul punto, si vedano ROCHET - TIROLE, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, cit.; EVANS-SCHMALENSEE, *The Antitrust*

tura di prezzo è decisiva nel processo di internalizzazione delle esternalità da parte della piattaforma. La principale sfida per una piattaforma è quella di raggiungere un certo numero di agenti su entrambi i versanti per assicurarsi una *critical mass* per gestire gli *indirect network effects*²³. Le caratteristiche sopra elencate della *two-sided platform* possono condurre all'adozione di una *divide and conquer strategy*²⁴ e portare il prezzo ottimizzante a differire sostanzialmente dal costo marginale, ossia alla fissazione di un prezzo inferiore al costo marginale, o pari a zero, su uno dei due mercati — tipicamente quello del gruppo che genera il livello più elevato di *indirect network effects* — e a compensare le relative perdite applicandone uno superiore sull'altro versante²⁵.

Senza soffermarci ulteriormente sui diversi modelli elaborati dalla letteratura economica, e applicando i principi generali finora delineati alle piattaforme che forniscono servizi di viaggio e svago oggetto del presente lavoro, è agevole individuare le condizioni per l'identificazione di un mercato a più versanti²⁶. In primo luogo, tramite le piattaforme in questione si realizza l'interazione tra due distinti gruppi di agenti, ossia consumatori e fornitori a monte (quali albergatori, ristoratori, ecc.). L'esternalità di utilizzo si realizza in quanto consumatori e fornitori a monte traggono beneficio quando la piattaforma è utilizzata per fare una prenotazione, mentre quella di appartenenza deriva dalla circostanza che il valore del sistema per i consumatori è

Analysis of Multi-Sided Platform Businesses, cit., p. 8.

²³ EVANS - SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, cit., 9. Gli Autori, inoltre, spiegano che, dipendendo le dinamiche competitive delle piattaforme *multi-sided* dal numero di piattaforme che gli agenti individuali utilizzano su ogni versante, dalle differenze nel numero di piattaforme usate sui due versanti e dalla capacità di un agente di un versante di determinare la scelta della piattaforma per l'altro versante, assume particolare rilevanza la condotta del cd. *multi-homing*, ossia l'utilizzo da parte di un agente di più piattaforme in un determinato settore (pp. 15-16). L'importanza di assicurarsi un elevato numero di utenti ha portato le piattaforme a sviluppare varie strategie per attirare l'attenzione dei consumatori: in tema, basti il rinvio a D.S. EVANS, *Attention Rivalry Among Platforms*, 9(2) *Journal of Competition Law & Economics* 313 (2013).

²⁴ B. JULIEN, *Competition in Multi-Sided Networks: Divide-and-Conquer*, 3(4) *American Economic Journal: Microeconomics* 35 (2011); Id., *Two-Sided B to B Platforms*, in M. PEITZ - J. WALDFOGEL (a c. di),

Oxford Handbook of the Digital Economy, Oxford, 2012.

²⁵ Nel modello di Rochet e Tirole vengono, inoltre, identificati come ulteriori fattori determinanti del *pricing* della piattaforma la presenza di alcune tipologie di consumatori, specificamente di *marquee buyers* — i quali hanno un elevato valore per gli appartenenti all'altro versante e, attirando un maggior numero di operatori delle altre categorie, rappresentano un *target* molto ambito dalla piattaforma — e *captive buyers* — intesi quali i soggetti legati all'impresa *two-sided* da fidelizzazione o altri vincoli quali contratti a lungo termine o investimenti *sunk-cost*, e che per tali ragioni difficilmente decidono di cambiare piattaforma: la strategia di prezzo ottimizzante per la piattaforma sarà quella di applicare prezzi molto bassi alla prima tipologia di clientela e più elevati alla seconda (ROCHET - TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, cit., 1007). Sul punto, si veda EVANS, *Some Empirical Aspects of Multi-sided Platform Industries*, cit., 197-198.

²⁶ EVANS - SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, cit., 4-6, utilizzano come esempio tipico il caso di OpenTable.

direttamente proporzionale alla varietà di fornitori a cui esso dà accesso. Per quanto riguarda la struttura di prezzo, ai fornitori a monte può essere richiesto il pagamento sia di una *membership fee*, per abilitarne la presenza sulla piattaforma, sia di una *usage fee* al momento della prenotazione, a fronte di un costo nullo o molto basso per i consumatori.

3. GLI ASPETTI CONCORRENZIALI E LA INDIVIDUAZIONE DEL MERCATO RILEVANTE.

L'analisi delle implicazioni concorrenziali dell'attività di intermediazione on-line presuppone la trattazione di due ordini di questioni preliminari, attinenti all'applicazione dei parametri antitrust tradizionali al commercio elettronico, in generale, e al modello delle piattaforme *two-sided*, in particolare.

Per quanto concerne il primo punto, occorre innanzitutto rilevare come se, da un lato, sia stato escluso che il commercio elettronico dia vita a nuove fattispecie sconosciute al diritto della concorrenza tradizionale, dall'altro lato, vi sono delle peculiarità rilevanti che richiedono attenzione. In generale, sono stati individuati in letteratura alcuni principali effetti del commercio elettronico sulla concorrenza²⁷: i) la riduzione dei costi di ricerca, connessa alla vasta disponibilità di informazioni in rete²⁸; ii) l'alterazione dei costi di distribuzione, connessa al cambiamento dei rapporti tra produttore e consumatore e alla diffusione dei fenomeni di intermediazione e disintermediazione; iii) l'allargamento del raggio geografico delle transazioni; iv) l'emergere di nuove forme di asimmetria informativa, tipiche del commercio on-line e inesistenti nel modello *brick-and-mortar*²⁹. La presenza, poi, di piattaforme *multi-sided* aggiunge ulteriori elementi

²⁷ Una disamina in materia è compiuta da E. LIEBER - C. SYVERSON, *Online vs. Offline Competition*, in M. PEITZ - J. WALDOFEL (a c. di), *Oxford Handbook of the Digital Economy*, Oxford, 2012. Si veda anche la sintesi operata da BUCCIROSSI, *cit.*, 17 ss. In generale, sul tema si veda OECD, *Competition Issues in Electronic Commerce*, Policy Roundtable, 2000.

²⁸ In particolare, l'uso di siti quali motori di ricerca e *shopbots* risulta ridurre i *search costs* per i consumatori, ma non eliminarli del tutto, come dimostrato dalla permanenza di una significativa *price dispersion* tra le offerte dei vari rivenditori. Sul punto, anche per i riferimenti dottrinali, si rinvia a LIEBER - SYVERSON, *cit.*; BUCCIROSSI, *cit.*, 18. Si vedano, inoltre, C. CAMBINI - N. MECCHERI - V. SILVESTRI, *Competition, efficiency and market structure in*

online digital markets. An overview and policy implications, *European Review of Industrial Economics and Policy* 2 (2011), disponibile all'indirizzo <http://revel.unice.fr/eriep/index.html?id=3212&format=print> (ultimo accesso: 30.12.2014).

²⁹ Ad esempio, tipicamente nelle compravendite effettuate in un negozio fisico il consumatore è in grado di visionare il prodotto prima di acquistarlo. Per risolvere le inefficienze legate a tali asimmetrie informative e al cd. *lemon problem* [dal celebre lavoro di G. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84(3) *Quarterly Journal of Economics* 488 (1970)], molti venditori on-line hanno sviluppato degli strumenti *ad hoc* finalizzati a segnalare l'impegno a fornire prodotti di qualità (ad esempio, condizioni di cancellazione o di restituzione favo-

di complessità, se si considera che la maggior parte del lavoro degli economisti in materia antitrust è stata tipicamente rivolta alle imprese *single-sided* e la sua applicazione ai mercati a più versanti richiede, secondo gli studiosi, necessari aggiustamenti al fine di evitare conclusioni fuorvianti. L'emergere dei canali on-line in un dato mercato può portare cambiamenti fondamentali nell'economia interessata, influenzando i profitti sia per il mercato in generale sia per le singole imprese e, di conseguenza, le loro strategie concorrenziali ³⁰.

La prima questione che le autorità sono chiamate a risolvere è quella della definizione del mercato rilevante. Ciò significa stabilire, innanzitutto, se il commercio elettronico crei un nuovo mercato separato dal tradizionale *brick-and-mortar retailing* o sia invece in competizione con esso. Tale valutazione dipenderà da diversi fattori, quali, ad esempio, le caratteristiche dei prodotti venduti on-line rispetto a quelli disponibili off-line e l'eventuale fissazione di prezzi diversi sui due canali. In assenza di criteri generali predefiniti che stabiliscano se Internet costituisca un mercato rilevante o sia parte del tradizionale mercato fisico, rappresentando un semplice nuovo canale di vendita, le autorità non potranno che procedere caso per caso. Senza dubbio, dal punto di vista geografico, i mercati digitali hanno una dimensione più ampia e sono sempre meno confinati alle dimensioni locali, non avendo importanza il luogo della transazione ³¹.

La definizione del mercato in presenza di piattaforme *two-sided* pone una serie di ulteriori interrogativi, ancora controversi in dottrina, tra cui fondamentale appare la questione se vi sia un unico o più mercati da prendere in considerazione. Recentemente alcuni autori hanno individuato come cruciale per la definizione del mercato rilevante la distinzione tra *two-sided transaction* e *two-sided non transaction markets*, a seconda che essi siano caratterizzati dall'esistenza di una transazione tra i due versanti del mercato e, dunque, della applicabilità di una cd. *two-part tariff* (ossia la possibilità — ricorrente solo per i *two-sided transaction markets* — che la piattaforma imponga un prezzo sia per l'appartenenza alla stessa sia per l'uso): secondo tale dottrina, nel primo caso (ad esempio, le carte di credito) sarebbe necessario definire solo un mercato, mentre nel secondo (ad esempio, i media) dovrebbero essere definiti due mercati collegati tra loro ³². Tale approccio consentirebbe di considerare un'im-

revoli): il metodo più efficace, comunque, appare essere il *reputation building*. Sul punto, BUCCIROSSI, *cit.*, 20-21.

³⁰ LIEBER - SYVERSON, *cit.*, 28.

³¹ Sia consentito accennare che, a fronte dell'allargamento dei confini nei mer-

cati digitali, tuttavia la dottrina hanno dimostrato che la distanza geografica ancora conta: in tema, anche per i riferimenti ivi contenuti, si rinvia a BUCCIROSSI, *cit.*, 18-19.

³² L. FILISTRUCCI - D. GERADIN - E. VAN DAMME - P. AFFELDT, *Market definition in*

presa, nel caso di un unico mercato, su entrambi i versanti o nessuno; nel caso di due mercati collegati, invece, la piattaforma verrebbe considerata su uno solo dei versanti ³³.

La prassi derivante dalla casistica esistente risulta, invero, non sempre in linea con le raccomandazioni degli economisti: risulta assente un approccio univoco, sicché una tendenza consolidata non si è ancora affermata. Così, le autorità comunitarie, nei casi riguardanti l'intermediazione pubblicitaria on-line (caso *Google/DoubleClick* ³⁴), il mercato della distribuzione di servizi elettronici di viaggi tramite GDS (caso *Travelport/Worldspan* ³⁵) e quello delle transazioni interbancarie tramite carta di credito e bancomat (casi *Mastercard* ³⁶ e *Visa Europe* ³⁷), hanno adottato di volta in volta approcci differenti.

Il caso *Travelport/Worldspan* è di particolare interesse per la presente trattazione, in quanto concerne un'operazione di concentrazione nel mercato della distribuzione di servizi elettronici di viaggi tramite GDS: in dettaglio, si tratta dell'acquisizione da parte di Travelport, società che gestisce il sistema Galileo e una serie di agenzie di viaggi on-line e siti web (tra cui ebookers, Orbitz, Cheaptickets, Octopus Travel, HotelClub e RatesToGo), della società Worldspan, operante nella fornitura di servizi GDS ad agenzie di viaggi on-line — e, più recentemente, anche tradizionali (principalmente nel settore *leisure*) — e di servizi informatici alle compagnie aeree (ad es., sistemi interni di prenotazione e servizi tecnologici per le operazioni di volo). In tale occasione, la Commissione, ritenendo la concentrazione compatibile con il mercato comune, ha riconosciuto espressamente il carattere *two-sided* del mercato della distribuzione di servizi elettronici di viaggi tramite GDS, con due categorie distinte di clienti: i fornitori di GDS operano come intermediari, permettendo, da un lato, ai fornitori di servizi di viaggio a monte (ossia compagnie aeree, alberghi e società di autonoleggio) di distribuire il contenuto dei loro viaggi alle agenzie di viaggi e ai clienti finali

two-sided markets: Theory and practice, 10(2) *Journal of Competition Law and Economics* 293 (2014).

³³ *Id.*, 301.

³⁴ Caso COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*. Nella valutazione di tale operazione di concentrazione, la Commissione ha identificato un unico mercato per i servizi di intermediazione. Diffusamente, sul punto, FILISTRUCCHI - GERADIN - VAN DAMME - AFFELDT, *cit.*, 307-309: gli Autori, pur sottolineando che l'analisi del mercato dei servizi di intermediazione sarebbe corretta in base alla qualifica di *two-sided transaction market* (e, allo stesso tempo, considerando, tuttavia, che non si rinviene alcuna spiegazione

in merito alla definizione di un unico mercato per tali servizi), criticano la decisione in questione con riferimento al mercato della pubblicità on-line, di cui la Commissione avrebbe ignorato la natura di *two-sided non transaction market*.

³⁵ Caso COMP/M.4523, *Travelport/Worldspan*.

³⁶ Casi COMP/34.579, *MasterCard*, COMP/36.518, *EuroCommerce*, COMP/38.580, *Commercial Cards*, 2009, e Corte giust., sentenza 11 settembre 2014, causa C-382/12 P, *MasterCard, Inc. e altri contro Commissione* (non ancora pubblicata).

³⁷ Caso COMP/39.398, *Visa MIF*, 2010.

e, dall'altro lato, alle agenzie di viaggi a valle di accedere al contenuto dei viaggi e di prenotarli per i clienti finali. In tale decisione, la Commissione ha definito un unico mercato rilevante del prodotto, risultando in linea con la teoria economica del *two-sided transaction market* ³⁸. Diversamente, nel mercato delle carte di credito, mentre nelle prime decisioni in materia le autorità di concorrenza sia statunitensi sia europee hanno definito un solo mercato rilevante del prodotto, nei casi europei più recenti sono stati definiti più di un mercato ³⁹.

Al di là delle varie incertezze nell'applicazione della teoria dei *two-sided markets*, è comunque generalmente condiviso che le caratteristiche di tali mercati necessitino di una specifica attenzione. In particolare, i collegamenti tra i diversi gruppi di consumatori e i servizi offerti a ciascun gruppo devono essere necessariamente considerati al fine della definizione del mercato rilevante e della valutazione del potere di mercato ⁴⁰. Gli economisti avvertono che una corretta analisi dei mercati a più versanti presuppone, infatti, l'inclusione di tutti i gruppi serviti dalla piattaforma: in quest'ottica, ad esempio, la fissazione dei prezzi o le operazioni di concentrazione devono essere valutate nella prospettiva del *consumer welfare* complessivo ⁴¹. Lo stesso vale per le barriere all'entrata legate alla necessità di costruire una solida reputazione e all'esistenza di alti *sunk costs* connessi alla creazione di un venditore on-line di successo, le quali determinano esternalità di rete, che a loro volta favoriscono l'acquisizione di potere di mercato ⁴². Non a caso, la tendenza verso il "*winner takes all*" è frequente nei mercati digitali, ove la concorrenza

³⁸ Appare utile menzionare che, per quanto riguarda il mercato geografico, la Commissione ha indicato che esso a monte abbraccia tutto lo Spazio Economico Europeo (SEE) (perché le condizioni di concorrenza nel SEE e negli USA sono sostanzialmente diverse), mentre a valle ha dimensioni nazionali (poiché le quote di mercato dei fornitori di GDS variano in maniera significativa da uno Stato membro all'altro).

³⁹ Per una trattazione approfondita, si rinvia a FILISTRUCCHI - GERADIN - VAN DAMME - AFFELDT, *cit.*, 311 ss.

⁴⁰ D. S. EVANS - M. NOEL, *Defining Antitrust Markets When Firms Operate Two-Sided Platforms*, 2005 *Colum. Bus. L. Rev.* 667 (2005); EVANS - SCHMALENSSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, *cit.*, 17 ss.

⁴¹ EVANS - SCHMALENSSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, *cit.*, 35; gli Autori avvertono che le corti o le autorità competenti potrebbero valu-

tare erroneamente una pratica come sfavorevole ai consumatori non prendendo in considerazione uno o più versanti di una piattaforma, così come, a causa delle esternalità di rete, un aumento della concentrazione — e di conseguenza del potere di mercato — può portare ad un aumento del *welfare* complessivo.

⁴² BUCCIROSSI, *cit.*, 21. Sulle *entry barriers* tipiche del commercio elettronico, CAMBINI - MECCHERI - SILVESTRI, *cit.*, par. 7, elencano le seguenti: la presenza di elevati *switching costs* e effetti di *lock-in*; l'importanza del riconoscimento del marchio e della fiducia nel venditore; la presenza di esternalità di rete che possono aumentare le dimensioni della rete dei rivenditori on-line e portare al *market tipping*. In tema, si veda anche OFFICE OF FAIR TRADING (OFT), *E-Commerce and Its Implications for Competition Policy*, Discussion paper 1, 2000. Per un'analisi degli effetti concorrenziali connessi agli *indirect network effects*, si vedano EVANS - SCHMALENSSEE, *The Antitrust*

assume spesso il carattere della ciclicità, tendendo le piattaforme di successo ad acquisire un significativo, ma spesso transitorio, potere di mercato a fronte di nuove funzionalità e sviluppi del processo innovativo⁴³. Ne consegue, ancora, che l'applicazione ai *two-sided markets* dei metodi di valutazione esistenti, quali lo *small but significant and non-transitory increase in price test* (SNIPP test), richiede necessari adattamenti⁴⁴.

4. I CONTRATTI DELL'INTERMEDIARIO. LE IPOTESI DI ABUSO.

Come anticipato, si ritiene generalmente che il commercio elettronico e i mercati *two-sided* non abbiano portato finora all'individuazione di condotte anticompetitive diverse da quelle esistenti nella *retailing* tradizionale⁴⁵.

In questo quadro, una menzione particolare merita una pratica molto diffusa nell'industria on-line, connessa alle clausole contrattuali tra fornitore a monte e piattaforma elettronica in base alle quali il primo si impegna a praticare su quella determinata piattaforma un prezzo non superiore a quello praticato su altre, *new entrants* inclusi. Si tratta di una tipologia di accordi che non è ancora stata oggetto di uno studio compiuto nella letteratura giuridica ed economica, ma che postula una crescente attenzione alla luce della più recente casistica antitrust, a partire dalla vicenda degli *e-books*⁴⁶. Nei pochi contributi esistenti in materia sono state proposte diverse denominazioni per tali accordi: *Acros-*

Analysis of Multi-Sided Platform Businesses, cit., 18-19.

⁴³ OECD, *The Digital Economy*, Hearings, 2012, pp. 5-6. Determinante è l'elemento dell'innovazione: se, da un lato, non è chiaro quale struttura di mercato possa incoraggiare lo sviluppo tecnologico, dall'altro, in molti mercati digitali la partecipazione degli utenti al processo innovativo può facilitare la creazione di una dominanza "virtuosa", ove le imprese *leader* mantengono la propria posizione sviluppando prodotti destinati ad incontrare le richieste dei consumatori.

⁴⁴ In questo senso, si segnalano, anche per i riferimenti ivi contenuti, FILISTRUCCHI - GERADIN - VAN DAMME - AFFELDT, cit., 329 ss. Si segnala, inoltre, OFT, cit.: sul punto in questione, l'OFT ha confermato lo SSNIP test come il metodo più efficace nella valutazione del mercato rilevante, pur considerando molto complessa la sua implementazione per la presenza di *price dispersion* e *price discrimination*, oltre alla rilevanza di elementi non legati ai prezzi.

⁴⁵ Per una ricognizione delle pratiche anticompetitive ricorrenti nel commercio

elettronico e nei mercati a due versanti, si rinvia a CAMBINI - MECCHERI - SILVESTRI, cit., par. 7; OECD, *Competition Issues in Electronic Commerce*, cit.; EVANS - SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, cit., pp. 28 ss.

⁴⁶ La riflessione della letteratura in materia prende lo spunto iniziale proprio dai casi *e-books* [*United States v. Apple Inc.*, et al., 12 Civ. 2826 (DLC); Commissione Europea, 12 dicembre 2012, caso COMP/39.847 - *E-books*] e il modello di *agency* adottato da Apple nei rapporti con gli editori interessati. Tra i pochi contributi in materia, si segnalano: A. FLETCHER - M. HVID, *Retail Price MFNs: Are they RPM 'at its worst'?*, (2014) CCP Working Paper 14-5; JOHNSON, cit.; A. BOIK - K.S. CORTS, *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*, 2013, disponibile on-line all'indirizzo http://economics.yale.edu/sites/default/files/corts_17-oct-2013.pdf (ultimo accesso: 30.12.2014); Ø. FOROS - H.J. KIND - G. SHAFFER, *Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple's Agency Model Soften Competition?*, 2013, disponibile on-line all'indirizzo

s-Platforms Parity Agreements (APPAs)⁴⁷, *Retail Price MFN*⁴⁸, *platform MFN agreements*⁴⁹. Essi vengono, infatti, inquadrati all'interno della categoria della *Most Favored Nation Clause* (MFN), tipicamente inclusa in contratti a lungo termine B2B, la quale prevede che il fornitore si impegni ad applicare all'intermediario le migliori condizioni di prezzo rispetto a qualsiasi altro operatore.

In generale, tra le clausole MFN si annovera la tipologia della *best/low price guarantee* (LPG), che può assumere la forma di *price-matching*, con cui un operatore promette alla clientela di pareggiare il prezzo praticato da un concorrente tramite un rimborso della differenza di prezzo, o *price-beating*, con cui il rivenditore può offrirsi di battere il prezzo praticato dai concorrenti di una determinata somma: con tali clausole viene, dunque, conferito all'acquirente un diritto a far valere immediatamente l'eventuale mancato rispetto dell'impegno previsto. La valutazione concorrenziale delle suddette clausole è molto controversa⁵⁰. Per un verso, infatti, a prima vista esse appaiono come una garanzia di concorrenza e prezzi bassi: d'altra parte, tra gli effetti pro-competitivi delle clausole MFN possono essere rinvenute la trasparenza dei prezzi, la riduzione dei costi di transazione — e più precisamente dei costi di negoziazione e di ricerca

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2317715 (ultimo accesso: 30.12.2014).

⁴⁷ L'acronimo in questione è stato proposto da LEAR nel Report redatto per l'OFT, *Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*, 2012, disponibile all'indirizzo: http://www.learlab.com/pdf/oft1438_1347291420.pdf (ultimo accesso: 30.12.2014). Lo studio concerne i *Price Relationship Agreements* (PRAs), ossia quelle *pricing policies* ove il prezzo pagato ad un venditore per un bene o servizio è direttamente connesso ad un altro prezzo applicato allo stesso prodotto o ad un prodotto concorrente simile. Gli APPAs sono inseriti nella categoria dei cd. *Third-Party PRAs*, che si caratterizzano per il fatto che il compratore finale non è parte del PRA.

⁴⁸ FLETCHER - HVIID, *cit.*

⁴⁹ BOIK - CORTS, *cit.*

⁵⁰ La letteratura economica non è unanime sugli effetti delle clausole in oggetto. In questa sede, basti citare alcuni dei principali contributi in materia: D.S. CLARK, *Price-Fixing Without Collusion: An Antitrust Analysis of Facilitating Practices After Ethyl Corp.*, Wis. L. Rev. 387 (1983) (secondo cui, nei mercati concentrati, le *meet-or-release clauses* o, in genere, le *most-favored-nation clauses*, che includono

il *price matching*, favoriscono la collusione penalizzando gli sconti); I. AYRES, *How Cartels Punish: A Structural Theory of Self-Enforcing Collusion*, 87 Colum. L. Rev. 295 (1987) (che, ricordando le condizioni necessarie per la collusione, ossia, che le imprese devono essere in grado di raggiungere un accordo, riconoscere le violazioni e punire le imprese che deviano, osserva che le *price-matching policies* favoriscono le ultime due condizioni); M.T.L. SARGENT, *Economics Upside-Down: Low-Price Guarantees as Mechanisms for Facilitating Tacit Collusion*, 141 U. Pa. L. Rev. 2055 (1993) (che sostiene la forte anticompetitività del *price beating*); A.S. EDLIN, *Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to the Challenge?*, 111 Harv. L. Rev. 528 (1997) (il quale ritiene che elemento centrale di tali clausole è la possibilità di operare una *price discrimination* tra consumatori informati e non informati, evidenziando che un'offerta di *price matching* largamente pubblicizzata ha effetti diretti anticompetitivi sugli incentivi di *pricing*, sia del *price matcher* sia dei suoi concorrenti); M. HVIID - G. SHAFFER, *Hassle Costs: The Achilles' Heel of Price-Matching Guarantees*, 8 J. Econ. & Mgmt. Strategy 489 (1999) (i quali ritengono che la letteratura economica dominante abbia sottovalutato o ignorato nella valutazione della an-

del prodotto⁵¹ — e la garanzia della *brand reputation*⁵². Per altro verso, secondo la teoria economica dominante, esse sono funzionali all'acquisizione o al rafforzamento di un *monopoly pricing*, in quanto idonee ad impedire alle imprese rivali di far leva sulla riduzione dei prezzi per conquistare quote di mercato⁵³.

La principale differenza tra il *Retail Price MFN* e le clausole MFN standard risiede nella circostanza che, mentre con queste ultime le parti regolano il prezzo per la transazione intercorrente tra di esse, con il primo le parti concordano un prezzo che riguarda una transazione che uno di loro (l'intermediario) concluderà con un soggetto estraneo all'accordo (l'utente finale). Inoltre, la peculiarità delle clausole *Retail Price MFN* è nella previsione che il prezzo finale sia fissato dal fornitore a monte, anziché dal rivenditore — come, invece, avviene nel modello standard dell'attività di rivendita *wholesale model* —, rimanendo il primo vincolato a non offrire prezzi inferiori tramite qualsiasi altro rivenditore: tale circostanza implica, secondo alcuni autori, l'esistenza di una forma di *resale price maintenance* (RPM)⁵⁴,

ticompetitività delle *price-matching guarantees* l'incidenza degli *hassle costs*, che sono in grado di ridurre notevolmente l'effettività delle suddette clausole e la fissazione di prezzi alti). Si segnala, inoltre, l'analisi empirica sulle LPG condotta da M. ARBATSKAYA - M. HVIID - G. SHAFFER, *On the Incidence and Variety of Low-Price Guarantee*, 47 *J. L. & Econ.* 307 (2004).

⁵¹ J.B. BAKER - J.A. CHEVALIER, *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Clauses*, 27 *Antitrust ABA* 20 (2013): "The efficiency rationales fall into three major categories: MFNs that mitigate "hold up" problems, MFNs that counteract incentives to delay in contracting, and MFNs that reduce transaction costs." Rispetto ai costi di transazione, gli Autori specificano, però, che, a fronte della loro riduzione, le clausole MFN creano un'altra tipologia di costi, ossia quelli di monitorare il rispetto dell'accordo. Sugli effetti pro-competitivi delle clausole MFN, si segnalano, recentemente, M.L. WEINER - C.G. FALLS, *Counseling on MFNs After E-Books*, 28 *Antitrust ABA* 68 (2014).

⁵² Per un'analisi degli effetti sulla concorrenza delle clausole MFN nei *two-sided markets*, si vedano M. SAMUELSON - N. PIANKOV - B. ELLMAN, *Assessing the Economic Effects of Most-Favored-Nation Clauses*, ABA Section of Antitrust Law, Spring Meeting 2012, i quali (a p. 3) sottolineano come la *brand reputation* costituisca un aspetto cruciale per il valore di una piattaforma.

⁵³ In breve, in base alle argomentazioni a favore della anticompetitività delle clausole LPG, esse appaiono particolarmente pericolose nell'ottica della creazione di cartelli, segnatamente con riferimento all'incentivo per le imprese a cooperare. Dinanzi ad un'impresa che applichi tale *policy*, le altre, al fine di evitare l'erosione della propria quota di mercato, avranno spesso come unica soluzione quella di offrire anch'esse una LPG: se esse decidessero di ridurre i prezzi per riconquistare i consumatori persi, agevolerebbero l'impresa che offre la suddetta clausola, in quanto la riduzione dei prezzi aumenterebbe il differenziale tra il prezzo fissato dall'impresa che utilizza la LPG e quello praticato dalle altre imprese, consentendo ai consumatori, che usufruissero della stessa, di spuntare un prezzo ancora più basso; se, invece, decidessero di imitare la condotta dell'impresa che applica la LPG, esse potrebbero praticare un prezzo più alto — pari a quello praticato da quest'ultima — ed offrire anch'esse una clausola LPG. In tal caso, non essendoci alcuna differenza di prezzo tra le imprese, la LPG finirebbe con l'attribuire ai consumatori un rimborso pari a zero e a garantire alle imprese profitti maggiori.

⁵⁴ FLETCHER - HVIID, *cit.*, 4, 13 ss. Gli Autori, distinguendo l'effetto — esplicito — verticale (per cui un'impresa *upstream* fissa i prezzi di rivendita finali) e l'effetto orizzontale — più implicito ma generalmente ricorrente nella casistica — (per cui l'im-

sebbene sia stato evidenziato che gli accordi in esame differiscano da esso perché non prevedono la fissazione di un determinato prezzo, essendo il fornitore a monte libero nella scelta del prezzo praticare⁵⁵. Ulteriore elemento distintivo delle clausole *Retail Price MFN* rispetto alla fattispecie standard è rappresentato dal fatto che la *best price promise* non è semplicemente prevista unilateralmente dal rivenditore, ma è anche contenuta nell'accordo espresso con il fornitore a monte⁵⁶.

Gli accordi in esame presuppongono l'esistenza di diverse piattaforme accessibili dagli agenti sul mercato e, per definizione, la possibilità per i fornitori a monte di entrare in rapporti con più piattaforme (*multi-homing*)⁵⁷. Pur essendo accordi verticali, i principali effetti anticompetitivi si realizzano sul piano orizzontale e sono ravvisabili, essenzialmente, nella *foreclosure* dell'entrata nel mercato di nuovi rivenditori, nella riduzione della competizione e nella facilitazione della collusione tra di essi, già favorita di per sé dalla pronta disponibilità di informazioni e dalla trasparenza dei prezzi tipiche di Internet⁵⁸. Più in dettaglio, ne consegue un aumento dell'incentivo per le piattaforme ad innalzare le *fees* richieste ai fornitori a monte (e, dunque, il prezzo pagato dagli utenti finali)⁵⁹. Il rivenditore, infatti, non avrà nulla da temere aumentando la *fee* richiesta, in quanto il fornitore è vincolato dalla clausola *Retail Price MFN* a non fissare per esso prezzi finali più alti rispetto agli altri rivenditori e, di conseguenza, anche le altre piattaforme concorrenti avranno minori incentivi a ridurre le proprie *fees*⁶⁰. Inoltre, se le piattaforme dovessero accordarsi sul livello delle *fees* da praticare, il vantaggio di deviare dall'accordo collusivo riducendo la commissione sarebbe notevolmente ridotto dall'esistenza dei *parity agree-*

presa a monte fissa gli stessi prezzi di rivendita per tutti i rivenditori) del RPM, ritengono che quest'ultimo sia molto simile al *Retail Price MFN*: su tali basi, gli AA. sostengono che le clausole *Retail Price MFN* costituiscano il lato "peggiore" del RPM. Sul punto, si veda anche OECD, *Vertical Restraints for On-line Sales*, cit., 7: "the harm that arises from retail price MFN can go beyond the harm that arises from traditional RPM. This is because the on-line retailer is controlling the minimum price that is being set in the market and it can manipulate that price by increasing its commission."

⁵⁵ BUCCIROSSI, cit., 23.

⁵⁶ FLETCHER - HVID, cit., 7.

⁵⁷ OFT, *Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*, cit., p. 95.

⁵⁸ FLETCHER - HVID, cit., 31-32: gli

Autori, in base alla già citata similitudine con gli effetti orizzontali del RPM, suggeriscono che le ipotesi di *Retail Price MFN* debbano essere valutate allo stesso modo a livello di *policy* antitrust. Sugli effetti anticompetitivi orizzontali delle restrizioni verticali e delle clausole MFN, si veda J.B. BAKER, *Vertical restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of "Most-Favored-Customer" Clauses*, 64 *Antitrust L. J.* 517 (1996).

⁵⁹ FLETCHER - HVID, cit., p. 9 ss.; BOIK - CORTS, cit., p. 2: gli Autori avvertono che valutare gli effetti delle suddette clausole è un'operazione, in realtà, alquanto complessa.

⁶⁰ FLETCHER - HVID, cit., 11; si vedano anche BOIK - CORTS, cit., 8, che parlano di due effetti principali connessi, ossia un "squeezing the seller effect" e un "softening competition effect".

ments, perché tale riduzione verrebbe comunque riversata sugli utenti delle altre piattaforme: in particolare, se il fornitore ha sottoscritto tali tipi di accordi con diversi rivenditori, l'effetto combinato sarà quello di ottenere prezzi identici sulle diverse piattaforme.

Diverse spiegazioni sono state fornite in merito alla ricorrenza delle clausole *Retail Price MFN* nell'ambiente digitale. Le piattaforme di successo hanno sovente un forte potere contrattuale rispetto agli operatori a monte, in quanto forniscono accesso ad un numero determinante di consumatori, spesso fidelizzati alla piattaforma stessa più che ad un fornitore: tale posizione consentirebbe alle piattaforme di porre le clausole *Retail Price MFN* come condizione imprescindibile del servizio. Inoltre, nel contesto on-line risulta senz'altro più semplice monitorare il rispetto delle clausole e rilevare eventuali deviazioni⁶¹. D'altra parte, la giustificazione economica delle clausole *Retail Price MFN* può essere ravvisata nella protezione dell'investimento sostenuto dall'intermediario nel costruire una piattaforma affidabile, in particolare nel caso in cui essa preveda anche servizi accessori, e nella riduzione dell'eventualità di *free-riding* su servizi specifici⁶².

Dal punto di vista della *policy* antitrust, ci sono vari nodi critici da sciogliere. In primo luogo, la detenzione di un significativo potere di mercato a valle da parte della piattaforma, per cui essa si trovi nella posizione di imporre le clausole in esame, sembra essere l'unica spiegazione che spingerebbe un fornitore ad accettarle, a meno che quest'ultimo non tragga beneficio in qualche modo da tali accordi (ad esempio, ottenendo un qualche forma di *reverse payment* dalla piattaforma o assicurandosi una riduzione della concorrenza sul mercato a valle, laddove operi anch'esso a quel livello). Inoltre, problematica appare la valutazione che le autorità devono compiere rispetto al *Retail Price MFN*, in particolare se quest'ultimo sia assimilabile, dal punto di vista del trattamento antitrust, al RPM⁶³: ciò comporta importanti conseguenze, se si considera il dibattito in atto in particolare in

⁶¹ FLETCHER - HVID, *cit.*, p. 8. A tali motivazioni, gli Autori aggiungono che, in potenziale contrasto con la prima indicata nel testo, in alcuni mercati on-line ci si possono attendere *search e switching costs* bassi, uniti a una limitata fedeltà ad una specifica piattaforma: in questi casi, è più probabile osservare una forte concorrenza *price-based* tra piattaforme piuttosto che tra rivenditori fisici. Inoltre gli Autori evidenziano che le clausole *Retail Price MFN* possono essere utilizzate — con caratteristiche equivalenti, dal punto di vista economico, a quelle che riguardano piattaforme — anche nel mondo off-line.

⁶² BUCCIROSSI, *cit.*, 23. OFT, *Can "Fair" Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*, *cit.*, pp.103 ss.: ad esempio, se una piattaforma offre servizi di prevendita di alto livello, potrebbe risultare efficiente impedire ai compratori di compiere *free-riding* su tali servizi e poi comprare su un'altra piattaforma *low-services low-prices*.

⁶³ L. ATLEE - Y. BOTTEMAN, *Resale Price Maintenance and Most-Favored Nation Clauses: The Future Does Not Look Bright*, *CPI Antitrust Chronicle*, Novembre 2013 (1), p. 2.

Europa, ove la fissazione del prezzo minimo continua ad essere sanzionata *per se*, a differenza di quanto avviene negli Stati Uniti in seguito alla pronuncia *Leegin* ⁶⁴.

Un ulteriore quesito concerne la natura dell'attività degli intermediari on-line, ossia se, ai fini antitrust, essi siano da considerarsi *genuine agents* o rivenditori indipendenti. I contratti di agenzia commerciale godono, infatti, di un trattamento di favore da parte del diritto della concorrenza. Negli Stati Uniti, il *price fixing* ricorrente negli accordi di agenzia commerciale è tradizionalmente (e, dunque, anche prima di *Leegin*) immune dal vaglio antitrust ⁶⁵. Allo stesso modo, nel contesto europeo gli accordi di agenzia ricevono un trattamento particolare rispetto alle regole standard previste per le restrizioni verticali. Come chiarito dagli Orientamenti sulle restrizioni verticali, fattore determinante nella qualificazione di un accordo di agenzia in senso stretto è il rischio finanziario o commerciale assunto dall'agente ⁶⁶: perché sussista un accordo di agenzia commerciale, è necessario che l'agente non sostenga alcun rischio (o sostenga rischi non significativi) in relazione ai contratti conclusi e/o negoziati per conto del preponente, in relazione ad investimenti specifici del mercato per quel settore di attività e in relazione ad altre attività che il preponente

⁶⁴ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁶⁵ Basti il riferimento alle sentenze seminali della Corte Suprema *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons*, 220 U.S. 373, 404-406 (1911) e *United States v. General Electric*, 272 U.S. 476 (1926). Per una trattazione dettagliata, si rinvia a I. LIANOS, *Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints and the Limits of Article 81(1) EC: Between Hierarchies and Networks*, 3(3) *Journal of Competition Law and Economics* 625 (2007), il quale sottolinea come la base teorica per l'esistenza di tale eccezione (*consignment exception*) non è chiara e nota che il trattamento di favore verso gli accordi di agenzia è rimasto invariato negli anni, nonostante l'evoluzione verso un approccio economico riguardo alle restrizioni verticali.

⁶⁶ Da ultimo, Commissione europea, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in GUUE C 130/1, 19.05.2010. Si vedano i par. 12 e ss. degli Orientamenti. Nel contesto europeo, tale approccio è risalente, essendo stato affermato dalla Commissione nel 1962 (Comunicazione relativa ai contratti di rappresentanza esclusiva stipulati con rappresentanti di commercio, GU n. 139 del 24.12.1962, p. 2921) e confermato dalla Corte di Giustizia (sentenza 24 ottobre 1995, causa C-266/93, *Bundeskartellamt c.*

Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH, in *Racc.*, 1995, p. I-3477). Più recentemente, la Corte di Giustizia ha chiarito che, per determinare l'applicabilità o meno dell'art. 101 TFUE, si deve esaminare la ripartizione dei rischi finanziari e commerciali tra il fornitore e il distributore: l'elemento determinante per stabilire se il distributore sia un operatore economico indipendente si trova nella convenzione conclusa con il committente e, in particolare, nelle clausole tacite o espresse di tale convenzione relative all'assunzione dei rischi finanziari e commerciali legati alla vendita di merci a terzi (sentenza 14 dicembre 2006, causa C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (CEEES) c. Compañía Española de Petróleos SA*, in *Racc.*, p. I-11987, par. 46; sentenza 11 settembre 2008, causa C-279/06, *CEPSA Estaciones de Servicio SA c. LV Tobar e Hijos SL*, in *Racc.* 2008, I-06681, par. 36). Inoltre, la Corte ha sottolineato che l'art. 101 TFEU deve ritenersi applicabile qualora il distributore assuma, in proporzione non trascurabile, uno o più rischi finanziari e commerciali connessi alla vendita dei prodotti a terzi e qualora il contratto a monte contenga clausole atte a violare il gioco della concorrenza, come quella relativa alla fissazione del prezzo di vendita al pubblico (si vedano, in tal senso, sentenza CEEES, par. 61; sentenza CEPSA, par. 40).

richieda di svolgere nel medesimo mercato del prodotto ⁶⁷. In presenza di tali condizioni, l'agente opera come un organo ausiliario, le cui funzioni di vendita o di acquisto fanno parte delle attività del preponente, il quale determina la strategia commerciale e ne assume i relativi rischi commerciali e finanziari: ne discende che tali accordi sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 101(1) TFUE. Diversamente, l'agente viene considerato un'impresa indipendente e l'accordo tra agente e preponente è sottoposto alle norme antitrust come qualsiasi altro accordo verticale. Tale valutazione viene condotta caso per caso, non essendo rilevante la qualificazione data all'accordo delle parti contraenti o dalla normativa nazionale ⁶⁸.

È stato evidenziato come le piattaforme on-line sostengano investimenti specifici che precluderebbero l'esistenza di un rapporto di *genuine agency*; inoltre, come risulta dalla casistica che a breve esamineremo, il *Retail Price MFN* viene spesso richiesto dalla piattaforma e pare irragionevole ritenere che un agente possa decidere un elemento essenziale della *pricing policy* del fornitore principale ⁶⁹. Come è evidente, la questione non è puramente accademica ed accomuna una serie di casi riguardanti piattaforme elettroniche e l'uso delle clausole MFN ⁷⁰.

La casistica più recente vede in primo piano il settore dei viaggi, in particolare con riferimento alle OTA e al mercato delle prenotazioni alberghiere on-line. È, però, doveroso segnalare come

⁶⁷ Cfr. parr. 13-15 degli Orientamenti, che chiariscono anche che i rischi connessi all'attività di prestazione di servizi agenzia in via generale, come il rischio che il reddito di un agente sia legato ai risultati della sua attività di agente, o gli investimenti generali in locali o personale, non sono rilevanti ai fini della valutazione circa l'applicabilità dell'art. 101 TFUE.

⁶⁸ In diversi casi, la Commissione ha ritenuto non esistenti le condizioni dell'accordo di agenzia, ove invece le parti dichiaravano il contrario: ad es., Corte giust., sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 e a., *Suiker Unie c. Commissione*, in *Racc.*, 1975, 1663; *Bundeskartellamt c. Volkswagen AG e VAG Leasing GmbH*, cit. Sulla giustificazione teorica del particolare trattamento riservato ai rapporti di agenzia commerciale, si rinvia a LIANOS, cit. È il caso di notare come la questione sia stata affrontata in passato in relazione alla figura dell'agenzia di viaggio, nella sua tradizionale versione *brick-and-mortar*, dalla Corte di Giustizia, la quale ha statuito che essa debba essere considerata "un intermediario indipendente che svolge un'attività di presta-

zione di servizi autonoma". Inoltre, la Corte ha ritenuto che la circostanza che l'intermediario venda viaggi organizzati da diversi operatori a monte (nel caso di specie, *tour-operators*), che a loro volta vendono ad un numero elevato di agenzie, impedirebbe all'agenzia di viaggio di essere considerata un organo ausiliario facente parte di una delle imprese a monte (Corte giust., sentenza 1 ottobre 1987, causa C-311/85, *ASBL Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, in *Racc.*, 1987, p. 03801, par. 20). Più recentemente, tale criterio della molteplicità di preponenti è stato però espressamente escluso dagli Orientamenti, cit., par. 13.

⁶⁹ BUCCIROSSI, cit., 30.

⁷⁰ In tema, si segnalano M. BENNET, *Online Platforms: Retailers, Genuine Agents or None of the Above?*, *Competition Policy International*, 2013, disponibile all'indirizzo: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/EuropeJune.pdf> (ultimo accesso: 30.12.2014); I. KOKKORIS, *Expedia and Booking.com: Agent or Distributor?*, *Competition Policy International*, 2012.

interessanti spunti di riflessione ai fini della presente indagine derivino dall'esempio dei sistemi telematici di prenotazione citati in precedenza, sviluppatisi nel mercato distributivo dei biglietti aerei ⁷¹. Invero, i CRS costituiscono un tipico esempio di mercato *two-sided*, rappresentando un primo modello di intermediazione, sia pure "tecnica", tra le compagnie aeree e le agenzie di viaggio, basata sulla corresponsione di una *booking fee* da parte delle prime per ogni prenotazione effettuata e di una *subscription fee* dalle seconde. L'utilizzo dei CRS continua ad essere lo strumento dominante per le agenzie di viaggio, consentendo i sistemi di avere accesso a centinaia di inventari dei vettori e rendendo possibile la prenotazione di itinerari complessi comprendenti diverse compagnie ⁷².

Sia consentito ricordare come, originariamente, la circostanza che si trattasse di sistemi controllati dai vettori e l'acquisizione di potere di mercato da parte dei sistemi stessi abbiano spinto i regolatori ad adottare una regolamentazione specifica in materia, sia negli Stati Uniti sia in Europa (ove, peraltro, permane in una versione riformata) ⁷³. In estrema sintesi, a destare preoccupazione sono stati l'innalzamento delle *fees* richieste alle compagnie e l'elevato rischio di comportamenti abusivi — tipicamente sotto forma di negato accesso ai sistemi, o discriminazioni in termini di

⁷¹ Diverse similitudini possono essere rintracciate tra l'attuale mercato distributivo di viaggi e quello concernente i biglietti aerei. In entrambi, l'on-line *booking* svolge un ruolo cruciale e, non a caso, i CRS hanno rivolto la propria attenzione alle OTA fin dalla loro nascita e alcune di esse sono possedute da società titolari dei sistemi stessi.

⁷² La natura del rapporto tra agenti di viaggio e CRS è controversa. I dati mostrano che la maggior parte delle agenzie di viaggio tende ad utilizzare un solo CRS: le compagnie aeree ritengono che gli agenti di viaggio siano bloccati nei rapporti con i CRS, mentre i fornitori dei sistemi sostengono che vi è un numero significativo di grandi agenzie che usano più di un CRS. Sul punto, si veda STEER DAVIES GLEAVE, *cit.*, 36.

⁷³ I CRS sono stati sviluppati originariamente negli Stati Uniti a partire negli anni '70. L'acquisizione di potere di mercato da parte dei CRS è legata essenzialmente all'esistenza delle seguenti condizioni in quel momento storico: le agenzie di viaggio incidevano sulla maggior parte dei profitti di un vettore, quasi tutte le transazioni fatte tramite gli agenti implicavano l'uso di un CRS e molte agenzie sottoscrivevano un solo CRS. Di conseguenza, ogni CRS controllava un gruppo distinto di agenzie di

viaggio e le compagnie aeree, per poter raggiungere un ampio numero di consumatori serviti dalle diverse agenzie, erano di fatto costrette a prendere parte a tutti i CRS: in altre parole, i CRS non risultavano sostituibili tra loro dal punto di vista dei vettori e ciò ha comportato un abbassamento della competizione tra i sistemi. Negli Stati Uniti, a seguito del crescente sviluppo di canali distributivi alternativi e della dismissione dei sistemi da parte delle compagnie aeree, la materia è stata deregolamentata dal 2004. In Europa, il primo Codice di comportamento per i CRS, adottato dal Consiglio il 24 luglio 1989, è stato modificato dal Regolamento (CEE) n. 3089/93 del Consiglio del 29 ottobre, in *GU* n. L 278 del 11.11.1993, e più recentemente sostituito dal Regolamento (CE) n. 80/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, relativo a un codice di comportamento in materia di sistemi telematici di prenotazione e che abroga il regolamento (CEE) n. 2299/89 del Consiglio, in *GU* L 35 del 4.2.2009, p. 47. La *ratio* del permanere di una regolamentazione in materia è la ritenuta necessità di una legislazione volta ad impedire abusi di concorrenza e a garantire la fornitura di informazioni neutrali ai consumatori. Per un'analisi dettagliata delle implicazioni *antitrust* dei CRS e dell'ap-

fornitura, di visualizzazione di dati, o condizioni inique imposte ai partecipanti o agli abbonati ⁷⁴.

A testimonianza del difficile equilibrio tra gli interessi in gioco in contesti quali quello in esame, le soluzioni regolatorie adottate, in particolare l'applicazione degli obblighi di non discriminazione e dei requisiti di *mandatory participation* in capo ai vettori associati ⁷⁵, hanno, tuttavia, registrato risvolti negativi sulla concorrenza in materia di prezzi e non hanno di fatto abbassato il livello delle *fees*, restringendo, invece, la libertà da parte delle compagnie aeree e dei venditori di sistemi di negoziare i canoni di prenotazione e il quadro delle tariffe fornito mediante i CRS, portando progressivamente i vettori a preferire canali distributivi alternativi di vendita dei biglietti (quali, ad esempio, i propri siti Internet) ⁷⁶. Muovendo l'attenzione dal piano regolatorio alla prassi contrattuale tra sistemi e compagnie aeree, è, infine, interessante notare come largamente diffusa sia la conclusione dei cd. *full content agreements* — che costituiscono il principale strumento attualmente utilizzato dai GDS per mantenere una posizione rilevante nella filiera turistica —, in base ai quali i vettori si impegnano a fornire l'inventario completo delle proprie tariffe al sistema in cambio di canoni di prenotazione inferiori: generalmente tali accordi, a meno che non sia convenuto diversamente, contengono clausole MFN laddove prevedano che l'inventario fornito al sistema contraente sia lo stesso disponibile per gli altri sistemi e che il vettore non possa riservare né per il proprio canale distributivo né per altri tariffe speciali o inferiori ⁷⁷.

proccio europeo e statunitense al tema, si veda il Report per la Commissione europea redatto da THE BRATTLE GROUP - NORTON ROSE, *Study to Assess the Potential Impact of Proposed Amendments to Council Regulation 2299/89 with Regard to Computerized Reservation Systems*, 2003.

⁷⁴ In tema si veda THE BRATTLE GROUP - NORTON ROSE, *cit.*, 2-3: le principali condotte illecite riguardavano la priorità accordata ai vettori associati nella visualizzazione sul *display* (*display bias*), il pronto aggiornamento e la maggiore affidabilità dei dati concernenti i suddetti vettori (*architectural* o *functionality bias*), l'applicazione di *booking fees* discriminatorie a carico dei vettori concorrenti, oltre all'adozione di comportamenti strategici escludenti da parte dei vettori associati (ad esempio, il vettore associato poteva rifiutare benefici o premi alle agenzie di viaggio che sottoscrivessero altri CRS).

⁷⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 3a inserito dal Reg. (CEE) n. 3089/93.

⁷⁶ In tal senso, COMMISSIONE EUROPEA, Documento di lavoro dei servizi della Commissione - *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un codice di comportamento in materia di sistemi telematici di prenotazione* [COM(2007) 709 final].

⁷⁷ In dettaglio, sul tema, si veda il Report di STEER DAVIES GLEAVE, *cit.*, 38-39. In passato le forme di MFN rinvenibili nei contratti sui CRS erano state oggetto di attenzione soprattutto da parte dei regolatori statunitensi. In tema, si veda US DEPARTMENT OF JUSTICE (DoJ), *Reply Comments of the Department of Justice, Department of Transportation Notice of Proposed Rulemaking on Computer Reservation System Regulations* (9 giugno 2003). In particolare, costituiscono un esempio di MFN le *parity clauses* in base alle quali veniva imposto ai vettori non proprietari del sistema di prendere parte al CRS prescelto ad un livello pari a quello detenuto in altri CRS. Il regolatore statunitense è intervenuto sia su tali

4.1. *La recente casistica sulle OTA: il caso inglese.*

Nella casistica sopra menzionata, capostipite è l'istruttoria antitrust iniziata nel settembre 2010 dall'Office of Fair Trading (OFT) britannico, con successivo rilascio nel 2012 di uno *Statement of objections*, contro Booking.com, Expedia e Intercontinental Hotel Group (IHG), avente ad oggetto accordi separati tra le due OTA e IHG diretti a limitare la possibilità per altri agenti di praticare sconti sulle prenotazioni delle camere d'albergo (*room-only*)⁷⁸: tali infrazioni vengono considerate dall'OFT anticompetitive, in quanto capaci di limitare la concorrenza sui prezzi tra le OTA ed aumentare le barriere all'entrata per quegli operatori che volessero acquisire mercato offrendo sconti ai consumatori⁷⁹. Il procedimento è stato aperto su segnalazione di un'altra piccola OTA (Skoosh), la quale lamenta l'impossibilità di offrire stanze d'albergo scontate sul proprio sito abbassando la propria commissione a causa della *rate parity*, che spinge gli hotel a chiedere alla piattaforma di praticare gli stessi prezzi previsti dalle altre, pena la cancellazione dal sito⁸⁰. L'OFT ha chiuso il caso nel gennaio 2014 con l'accettazione degli impegni proposti dalle parti, validi per due anni: essi prevedono la libertà per le OTA e gli hotel in rapporti commerciali con le imprese proponenti di offrire e pubblicizzare sconti per i clienti con qualifica di *closed group members* che abbiano fatto almeno una precedente prenotazione a prezzo pieno con l'OTA in questione⁸¹. Recentemente, però, in seguito al ricorso di Skyscanner, sito di *price-comparison*

clausole, vietandone l'utilizzo nel 1997, sia imponendo ai vettori proprietari di un CRS la partecipazione obbligatoria allo stesso livello nei CRS concorrenti (*mandatory participation rule*). Altri tipi di clausole MFN nei contratti tra CRS e compagnie aeree individuate dal Department of Transportation (DoT) riguardano l'accesso "favorito" alle tariffe (*fare MFN*) e il trattamento non discriminatorio per l'abbonato al CRS (*subscriber MFN*). In tema ed in merito alla discussa efficacia delle misure regolatorie adottate per limitare il potere di mercato dei CRS (in particolare della *mandatory participation rule*) negli Stati Uniti ed in Europa, si veda anche il Report di THE BRATTLE GROUP - NORTON ROSE, *cit.*

⁷⁸ Con tale denominazione si intende la prenotazione di sistemazioni alberghiere offerte su base *stand-alone*, senza cioè altri servizi di viaggio quali voli o noleggi auto. L'OFT dichiara che Expedia e Booking sono due delle principali OTA nel Regno Unito, ognuna operante sulla base di un

diverso *business model* (cfr. par. 1), così come IHG è la più grande catena alberghiera internazionale in base al numero di stanze.

⁷⁹ I dettagli del procedimento condotto dall'OFT sono disponibili all'indirizzo <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/closure/online-booking/> (ultimo accesso: 30 dicembre 2014).

⁸⁰ Ciò è quanto riportato dalla lettera del Direttore di Skoosh, Dorian Harrys, disponibile all'indirizzo <http://dorian.skoosh.com/open-letter-to-william-baer-arnold-porter-llp/> (ultimo accesso: 30 dicembre 2014). Nella lettera si legge che Skoosh ha proposto la stessa doglianza, ma senza successo, negli Stati Uniti davanti al Department of Justice (DoJ), il quale ha rigettato la richiesta.

⁸¹ Inoltre, è richiesto che le OTA e gli hotel interessanti si assicurino di non essere parte di un rapporto di *rate parity* che riguardi i *closed group members*.

(detto anche *meta-search*)⁸², avente ad oggetto proprio gli impegni accettati e i loro asseriti effetti anticompetitivi, il provvedimento in esame è stato annullato dal Competition Appeal Tribunal (CAT) e rinviato alla nuova Competition and Markets Authority (CMA), che ha preso il posto dell'autorità precedente⁸³. Ai fini della presente trattazione, è interessante notare che l'OFT, pur avendo identificato la presenza di clausole di *rate parity*, non si è pronunciata sulla loro compatibilità con l'art. 101 TFUE, considerando solo la capacità di tali clausole di rafforzare l'effetto anticompetitivo derivante dalle restrizioni agli sconti previste dall'accordo principale⁸⁴. Né l'OFT ha risolto la questione della qualificazione delle OTA quali agenti o distributori: su quest'ultimo punto, sebbene Booking — per ovvi motivi — si sia dichiarato agente, il fatto che l'OFT abbia dichiarato l'anticompetitività delle condotte sotto scrutinio ne farebbe dedurre l'esclusione per le OTA della qualifica di agenti.

4.2. Altri procedimenti antitrust: Germania, Italia, Francia, Stati Uniti.

Nel frattempo, in Europa altre autorità nazionali hanno avviato procedimenti nel settore delle OTA. Nel dicembre 2013, il Bundeskartellamt tedesco ha vietato al portale HRS l'applicazione delle clausole MFN, ordinando alla società di cancellarla dai propri termini generali di contratto a partire da marzo 2014 per gli hotel in Germania, ed ha inoltre dichiarato l'apertura di istruttorie su Booking e Expedia⁸⁵. Ancora, nel maggio 2014 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha avviato un'istruttoria contro Booking e Expedia, le quali, grazie

⁸² I motori *meta-search* consentono la ricerca dei voli ma non la prenotazione: per acquistare un biglietto, l'utilizzatore ha a disposizione un *link* che lo connette al sito del vettore e di una OTA.

⁸³ *Skyscanner Ltd v CMA*, [2014] CAT 16. Il ricorso di Skyscanner si basa su tre punti, ossia: la inadeguata considerazione da parte dell'OFT delle osservazioni fatte dal sito stesso in merito all'effetto degli impegni accettati sul settore del *meta-search* o sulla concorrenza *inter-brand*; la mancata considerazione dei potenziali effetti anticompetitivi dei suddetti impegni; la natura *ultra vires* della decisione in questione, in quanto impone a terzi condizioni di allineamento agli impegni. Il CAT ha accolto i primi due motivi, mentre ha respinto il motivo in base al quale l'OFT avrebbe agito *ultra vires* imponendo condizioni su terze parti.

⁸⁴ Nella decisione del CAT si legge che

l'OFT non ha riconosciuto alle *rate parity provisions* un effetto anticompetitivo distinto, non considerandole di per sé illegittime (parr. 15 e 148).

⁸⁵ Nel comunicato stampa reso pubblico dal Bundeskartellamt [disponibile all'indirizzo http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2013/20_12_2013_HRS.html (ultimo accesso: 30 dicembre 2014)] è riportata una dichiarazione del Presidente Andreas Mundt: "Only at first view do most favoured customer clauses used by online booking portals seem to benefit consumers. Ultimately the clauses prevent the offer of lower hotel prices elsewhere. Most favoured customer clauses thus restrict competition between existing online portals. Moreover, they make the market entry of new platforms considerably more difficult because they prevent new platforms from offering hotel rooms at lower prices."

al significativo potere di mercato detenuto, richiederebbero alle strutture alberghiere commissioni minime eccessivamente onerose — e comunque mai inferiori al 15% — e impedirebbero agli alberghi di praticare direttamente prezzi più bassi di quelli offerti sulle piattaforme di prenotazione citate, ostacolando altresì l'ingresso di nuovi operatori nel mercato dei servizi di prenotazione alberghiera on-line ⁸⁶. Si noti che, in questo caso, l'investigazione è stata iniziata su segnalazione di Federalberghi, l'organizzazione rappresentativa degli albergatori.

Oggetto di doglianza è l'applicazione delle *Best Price Guarantees* con cui Booking ed Expedia assicurano al consumatore di pareggiare qualsiasi miglior offerta eventualmente trovata on-line, imponendo alle strutture alberghiere di applicare la minore tariffa riscontrata rispetto a quella di prenotazione e di provvedere eventualmente al rimborso della differenza laddove il pagamento sia stato già effettuato: il monitoraggio sul rispetto delle clausole contrattuali sarebbe demandato ai siti di comparazione delle diverse offerte di prezzo disponibili on-line (c.d. siti aggregatori), quali Trivago e Kayak, rispettivamente di proprietà di Expedia e Booking. L'attenzione dell'AGCM si concentra, in particolare, sulle clausole MFN di parità tariffaria e di disponibilità, inserite nelle condizioni generali di contratto ed imposte alle strutture alberghiere che vogliano apparire sulle piattaforme in oggetto, vincolandole a non offrire tariffe e condizioni migliori per le proprie strutture tramite le OTA concorrenti e, in generale, tramite qualsiasi altro canale, sia on-line sia off-line ⁸⁷. Il rispetto delle clausole MFN viene incentivato dalle OTA tramite la previsione di penali e sanzioni a carico delle strutture ricettive in termini di *ranking*, di visibilità e di vendita delle camere. Le clausole di miglior prezzo garantito impongono, poi, alle strutture alberghiere di rimborsare il cliente finale della differenza di

⁸⁶ AGCM, *cit.*

⁸⁷ Nella delibera di avvio dell'istruttoria, l'AGCM fa riferimento, ad esempio, alle condizioni generali di contratto di Booking, in particolare alla clausola 2.2.2, in cui si legge: "Parità tariffaria significa offrire sia uguali o migliori tariffe per la stessa Struttura Ricettiva, per la stessa tipologia di camera, per le stesse date, per la stessa tipologia di letti e per lo stesso numero di ospiti, sia uguali o migliori limitazioni e condizioni (riguardanti la prima colazione, i cambi di prenotazione e le cancellazioni) rispetto a quelle proposte dai siti web e dalle applicazioni delle Strutture Ricettive, dai *call-center* (compreso il sistema di prenotazione dei clienti), direttamente dalla Struttura Ricettiva, da ogni altro concorrente di

Booking.com (compresi qualunque tipo di agenzia di prenotazione o di intermediario che offra servizi di prenotazione *online* o *offline*) e/o da terzi (*online* o *offline*) che siano partner commerciali della Struttura Ricettiva o che con essa abbiano a che fare. Parità di disponibilità significa che le Strutture Ricettive dovranno fornire a Booking.com la propria disponibilità (per esempio di camere prenotabili tramite le Piattaforme) che dovrà essere almeno tanto vantaggiosa quanto quella offerta a qualunque altro concorrente di Booking.com (compresi qualunque tipo di agenzia di prenotazione o di intermediario che offra servizi di prenotazione *online* o *offline*) e/o a terzi (*online* o *offline*) che siano partner commerciali della Struttura Ricettiva o che con essa abbiano a che fare."

prezzo tra la tariffa prenotata sui loro portali e il miglior prezzo eventualmente individuato presso un altro operatore e debitamente documentato.

La delibera di avvio dell'istruttoria da parte dell'AGCM, pur contenendo un'analisi preliminare, è interessante per diversi aspetti rispetto alle tematiche finora affrontate. In primo luogo, per quanto riguarda la definizione del mercato rilevante, l'Autorità ritiene il mercato dei servizi di prenotazione alberghiera on-line come distinto da quello dei punti vendita fisici tradizionali e di rilevanza quantomeno nazionale⁸⁸. Per quanto riguarda la tipologia di violazione, si parla di restrizioni verticali idonee a limitare significativamente la concorrenza sul prezzo e sulle condizioni di offerta sia tra diverse piattaforme sia tra diversi canali di vendita (OTA, siti web degli hotel, agenzie). L'AGCM condivide l'opinione sull'anticompetitività delle clausole MFN in merito alla loro idoneità ad attenuare la concorrenza tra piattaforme in termini di disincentivo a ridurre le commissioni e di sbarramento all'ingresso di nuove piattaforme. Da tali clausole consegue che “il prezzo e le condizioni di ciascuna specifica offerta effettuata ai consumatori tramite Booking ed Expedia diverranno il prezzo minimo e le migliori condizioni ai quali sarà possibile ottenere la medesima offerta”⁸⁹: il loro utilizzo da parte delle due principali piattaforme presenti sul mercato sarebbe idoneo a determinare “una maggiore rigidità verso il basso sia per le commissioni richieste alle strutture ricettive che per i prezzi dei servizi alberghieri, in danno, in ultima analisi, dei consumatori finali”.

Similmente a quanto avvenuto nel contesto inglese, recentemente Booking ha assunto degli impegni davanti all'AGCM, rinunciando alla clausola “MFN ampia” rispetto ai canali indiretti e mantenendo invece una “MFN ristretta” rispetto ai canali diretti: in altre parole, la *parity clause* verrebbe applicata esclusivamente ai prezzi praticati nelle transazioni effettuate direttamente dagli hotel — e non a quelli offerti da altri canali distributivi —, esclusi gli sconti offerti dagli albergatori agli appartenenti ad un “gruppo ristretto di utenti” (secondo la formula di *Closed User Groups* del caso inglese)⁹⁰. Gli stessi impegni sono stati proposti da Booking nel procedimento gemello avviato in Francia dall'Autorité de la concurrence nel novembre del 2014 su impulso dell'associazione degli albergatori⁹¹. In entrambi i casi le autorità hanno avviato i test di mercato e il termine per le

⁸⁸ Per i dettagli, si vedano i parr. 15 e 17 della delibera.

⁸⁹ Cfr. par. 23.

⁹⁰ AGCM, provvedimento di pubblicazione degli impegni dell'11 dicembre 2014.

⁹¹ Per i dettagli, si veda il comunicato dell'Autorité de la concurrence del 15 dicembre 2014 e il documento relativo agli impegni (Saisines n° 13/0045F e 13/0071F). Si noti che in Francia nel 2013 la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales

eventuali osservazioni sugli impegni proposti è fissato per la fine di gennaio 2015 ⁹².

Tutt'altro approccio è, invece, adottato negli Stati Uniti, ove le clausole MFN sono generalmente considerate dalla giurisprudenza antitrust pro-competitive ⁹³. In particolare, nel febbraio 2014 la District Court del Northern District of Texas, Dallas Division, ha pronunciato la sentenza nel caso *In re Online Travel Company (OTC) Hotel Booking Antitrust Litigation* ⁹⁴, riguardante la *class action* promossa dai consumatori contro le principali catene alberghiere e OTA statunitensi per una presunta “*industry-wide conspiracy*”, iniziata a partire dal 2003 e volta ad adottare in modo uniforme accordi RPM contenenti clausole MFN (in particolare la *rate parity*) al fine di eliminare la competizione sui prezzi tra i siti di prenotazione alberghiera.

Più in dettaglio, i convenuti nella causa in oggetto possono essere suddivisi in diversi gruppi: il primo gruppo include dodici catene alberghiere definite come collettivamente dominanti negli Stati Uniti; il secondo gruppo è composto da nove OTA (tra cui Expedia, Orbitz, Priceline e Travelocity) che coprono la quasi totalità delle prenotazioni fatte tramite OTA nel 2011; il terzo gruppo, infine, comprende la sola EyeforTravel, una società di notizie sull'industria dei viaggi che avrebbe facilitato la collusione tramite le sue conferenze annuali. Essi sono accusati di aver cospirato per eliminare la concorrenza *intra-brand*, ossia la competizione tra i canali di distribuzione on-line di ciascun hotel, inclusi i loro siti e quelli detenuti dalle OTA ⁹⁵. La collusione sarebbe supportata da almeno due accordi: il primo, di tipo orizzontale, intercorrerebbe tra le OTA al fine di non competere tra di loro; il secondo, di tipo verticale, vedrebbe gli hotel sottoscrivere con le OTA accordi di tipo RPM contenenti clausole di *Best Available Rate* e MFN, volti ad impedire alle OTA di offrire sconti al di sotto della tariffa pubblicizzata dai siti degli hotel e ad assicurare alle stesse la migliore tariffa on-line. Con-

(CEPC) aveva già rilasciato un'opinione sulle *parity clauses* definendole anticompetitive.

⁹² Analoga situazione si ritrova anche in Svezia. In tema, si veda il comunicato stampa IP/14/2661 diffuso dalla Commissione europea lo stesso 15 dicembre 2014.

⁹³ Si veda, ad esempio, *Blue Cross & Blue Shield United of Wisconsin v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1415 (7th Cir. 1995): “‘Most favored nations’ clauses are standard devices by which buyers try to bargain for low prices, by getting the seller to agree to treat them as favorably as any of their other customers. ... [T]hat is the sort of conduct that the antitrust laws seek to encourage.”

⁹⁴ *In re Online Travel Company (OTC) Hotel Booking Antitrust Litigation*, Case No. 3:12-cv-3515-B (N.D. Tex., Feb. 18, 2014).

⁹⁵ La Corte precisa che gli attori hanno chiarito che il loro ricorso non riguarda una collusione orizzontale tra gli hotel al fine di restringere la concorrenza *inter-brand* sui prezzi delle camere d'albergo. Si ricorda che la Corte Suprema ha chiarito che “*the antitrust laws are designed primarily to protect interbrand competition, from which lower prices can later result*” [*Leegin, cit.*, che cita *State Oil Co. v. Kahn*, 522 U.S. 3, 15 (1997)].

sequenza di tale “RPM scheme” è l’offerta da parte delle OTA di *Best price guarantees* praticamente identiche, essendo esse consapevoli che solo un unico prezzo sarà disponibile anche tra concorrenti.

La Corte respinge il ricorso, concentrandosi su due punti allegati dagli attori, ossia l’esistenza di un accordo o della collusione ai fini antitrust e l’ingannevolezza delle clausole *Best Available Rate*. Per quanto riguarda il primo, gli attori non hanno addotto prove che soddisfino le condizioni fissate in *Twombly*⁹⁶ perché possa essere considerato esistente un accordo collusivo, non bastando il mero parallelismo delle condotte⁹⁷. A giudizio della Corte, il comportamento parallelo in oggetto è puramente il risultato dello sforzo di ciascun convenuto di proteggere i propri interessi commerciali adottando razionalmente accordi di distribuzione verticali simili: d’altra parte, la sottoscrizione dell’accordo RPM è razionale in quanto consente agli hotel di soddisfare la propria volontà di controllare i prezzi delle proprie stanze vendute on-line, così come le OTA hanno interesse a sottoscrivere le due condizioni dell’accordo per assicurarsi che nessun altro abbia il diritto a cui hanno dovuto rinunciare, ossia quello di concedere sconti⁹⁸. Per quanto riguarda il secondo punto, la Corte respinge anche l’argomentazione consumeristica sulla asserita ingannevolezza delle clausole di miglior prezzo garantito, basata sull’assenza di un prezzo differente sul mercato, convenendo con la difesa secondo cui la pubblicizzazione del miglior prezzo corrisponde a verità e risparmia ai consumatori la ricerca di un prezzo più basso su altri portali.

A nulla è valsa la modifica apportata al proprio ricorso dagli attori in seguito alla suddetta decisione della Corte e in base alla

⁹⁶ *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007).

⁹⁷ La Corte nota anche che la quota di mercato detenuta dalle OTA indica meramente che ci potrebbe essere una collusione, ma non forma quel tipo di circostanze tali da indicare la presenza di un gruppo potente che impone il proprio potere di mercato verticale per indurre un accordo orizzontale tra concorrenti. Tra l’altro, la Corte nota che le OTA hanno costruito il proprio potere di mercato nel 2011, mentre gli attori sostengono l’esistenza della collusione dal 2003.

⁹⁸ Inoltre la Corte contesta l’argomento degli attori secondo cui sarebbe nell’interesse degli hotel concorrere con le OTA per poter offrire il miglior prezzo sui propri siti piuttosto che sottoscrivere un accordo impegnandosi a non praticare prezzi migliori delle OTA: “this conclusive assertion is undermined both by common

economic experience and facts in the Complaint itself. First, the freerider theory of economics may explain why Hotel Defendants agree not to undercut OTAs on price. As applied to this case, the free-riding theory posits that the hotel will suffer a loss if the OTA fails to invest in “genuinely useful” services (e.g., a more powerful price-comparison search engine), because of the OTA’s consumers will use the OTA’s service to find a suitable hotel room, only to then go to another website (i.e., the entity taking a free-ride off the OTA’s services, such as the hotel) and purchase the room at a discount value, cutting the OTA out of the deal. Second, the Complaint itself offers an alternative factor: each Hotel Defendant would prefer to compromise with each OTA Defendant and provide each OTA with the assurance of an MFN clause, rather than risk the competitive disadvantage of not reaching an agreement”.

quale essi hanno escluso gli hotel dal novero dei convenuti, rivolgendo le proprie pretese unicamente contro le OTA, che avrebbero, a loro parere, costituito un cartello sui prezzi precedentemente alla formazione degli accordi RPM, che ne costituirebbero un mero strumento attuativo. In conclusione, ai fini della presente trattazione è sufficiente notare come la Corte non riscontri, in realtà, un sostanziale stravolgimento del ricorso precedente, ritenendo le argomentazioni addotte dagli attori ancora una volta vaghe e non esaustivamente indicative di un coordinamento anticompetitivo ⁹⁹.

Tornando al contesto europeo, restano le incertezze sulla corretta qualificazione antitrust dei soggetti e delle condotte protagoniste dei casi esaminati nel settore dell'on-line *booking*. Sebbene, in attesa della chiusura delle istruttorie in corso in Europa, non sia ancora disponibile una visione chiara dell'inquadramento delle condotte in questione da parte delle autorità, si può notare come al centro dell'attenzione antitrust vi sia senza dubbio il ruolo delle OTA, il cui potere di mercato viene enfatizzato senza però che sia identificata una situazione di dominanza (individuale o collettiva). Si è visto come le condotte in esame vengano ricondotte nell'alveo delle intese verticali, e, in particolare, nella fissazione del prezzo minimo. Sia pur non considerando che, come notato in precedenza, l'equiparazione tra l'uso di clausole *Retail MFN* e *minimum RPM* non appare scevra da dubbi, la costruzione della fattispecie dell'intesa pone alcune questioni dirimenti. Se, infatti, nel procedimento inglese sono perseguiti sia alcune OTA sia una catena alberghiera quali parti di un accordo, in quello italiano l'indagine antitrust parte proprio dalla denuncia degli albergatori contro le suddette clausole: non si può fare a meno di notare che, se gli albergatori sono parte di un'intesa, essi devono essere considerati al pari di complici delle OTA; diversamente, si tratterebbe di condotte unilaterali di queste ultime ad esse esclusivamente ascrivibili, la cui censurabilità presuppone la

⁹⁹ Order denying 137 Motion to Amend/Correct, 27 ottobre 2014. Un elemento determinante nelle argomentazioni degli attori è costituito dalla tempistica dell'asserita repentina interruzione della competizione tra le agenzie, dagli stessi indicata come suggestiva di una collusione. Si veda a p. 8 dell'Order: "the 'rate parity' agreements," also known as resale price maintenance ("RPM") agreements, "followed the cessation of price competition between the OTA Defendants as a necessary means of stamping out the OTA's last remaining source of price competition: their hotel room suppliers." (...) Likewise, Plaintiffs

note allegations "that the Defendant OTAs were dominant retailers by 2002 capable of imposing unreasonable vertical restraints." (...). From this, Plaintiffs argue that "the 'rate parity' agreements are not the 'nub' of [the Second Consolidated Amended Complaint] but rather a necessary tool to effectuate the underlying agreement not to compete between Defendant OTAs." È interessante notare che la Corte, in merito allo stralcio degli hotel quali convenuti, afferma che "[a]t best, this amendment eliminates an inherent contradiction in the [Consolidated Amended Complaint]'s theory — hotels are no longer simultaneously victims and willing participants in the scheme".

dimostrazione dell'esistenza di una posizione dominante. Seguendo la via dell'intesa, la configurazione di un accordo richiederebbe la comune volontà degli operatori economici di porre in essere una determinata strategia e il soggetto che è parte di esso non può chiedere il risarcimento del danno (salva la sentenza *Courage*¹⁰⁰). Appare, dunque, evidente il rischio di forzature alla nozione di accordo, i cui confini sono già stati spesso soggetti ad un ampliamento artificiale — respinto dalla Corte di giustizia in *Adalat*¹⁰¹ e *Volkswagen*¹⁰² — per consentire l'applicazione della disciplina delle intese e sanzionare condotte in mancanza della prova della posizione dominante.

Né tali dubbi sono stati pienamente dissipati dalla Commissione europea, che, consultata sui casi inglese e tedesco, ha affermato, tramite il Direttore Generale per la Concorrenza Italianer¹⁰³, la possibilità di ritenere le OTA quali rivenditori — e, dunque, assoggettabili alle regole antitrust sul RPM¹⁰⁴ —, oltre ad evidenziare che i due principali elementi di novità sono lo spostamento del potere a favore del rivenditore e la combinazione del RPM con le clausole MFN, di cui si condivide la valutazione anticompetitiva¹⁰⁵. Sia consentito in proposito rilevare che, se tale impostazione dovesse essere convalidata, applicando il divieto *per se* del *minimum* RPM alla recente casistica, ne risulterebbe una conferma della divergenza di *policy* rispetto agli Stati Uniti. Del resto, da tempo la teoria economica ha dimostrato l'esistenza di effetti pro-competitivi della fissazione del prezzo minimo¹⁰⁶, impostazione recepita dalla giurisprudenza statunitense nel discusso e già citato caso *Leegin*¹⁰⁷, che suggerirebbe un

¹⁰⁰ Corte giust., sentenza 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, in *Racc.*, 2001, I-06297.

¹⁰¹ Corte giust., sentenza 6 gennaio 2004, cause riunite C-2/01 P e C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV e Commissione c. Bayer AG*, in *Racc.*, 2004, I-00023.

¹⁰² Corte giust., sentenza 13 luglio 2006, causa C-74/04 P, *Commissione c. Volkswagen AG*, in *Racc.*, 2006, I-06585.

¹⁰³ A. ITALIANER (Director-General for Competition, Commissione europea), *Competition Policy in the Digital Age*, discorso tenuto al 47th Innsbruck Symposium, "Real sector economy and the internet — digital interconnection as an issue for competition policy", disponibile on-line all'indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_01_en.pdf (ultimo accesso: 30.12.2014).

¹⁰⁴ ITALIANER, *cit.*, 9: "The online booking platforms generally describe themsel-

ves as agents. But they make significant investments in advertising, software and customer support. This means that, for the purpose of antitrust rules on resale price maintenance, they may be considered as resellers".

¹⁰⁵ *Id.*, 10: "Namely, that the combined use of resale price maintenance and the price parity clause: — may eliminate intra-brand price competition (for the same room); — may reduce the incentive for online travel agents to compete on commission; — and may create barriers for new online travel agents to enter".

¹⁰⁶ In tema, basti il riferimento a: A.C.M. CHEN - K.N. HYLTON, *Procompetitive Theories of Vertical Control*, 50 *Hastings L. J.* 573 (1999); B. KLEIN - K.M. MURPHY, *Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms*, 31 *J. L. & Econ.* 265 (1988).

¹⁰⁷ Come noto, la Corte Suprema statunitense prima con la pronuncia *State Oil*, poi con *Leegin*, ha compiuto una *overruling*

ripensamento della presunzione di illegalità di tale fattispecie, mentre perdura la resistenza della Commissione europea ad adottare un approccio più flessibile ¹⁰⁸.

5. IL “MERCATO DELLE INFORMAZIONI”.

Una delle principali caratteristiche degli intermediari on-line è rappresentato dal patrimonio informativo che essi creano ed accumulano. Se questo è vero con riguardo a ciascuna impresa (la quale in generale conosce i propri fornitori ed i propri clienti) in questo caso gli elementi che cambiano sostanzialmente la natura ed il valore delle informazioni così raccolte sono diversi:

a) In primo luogo l'intermediario, proprio per la posizione mediana, raccoglie informazioni su entrambi i soggetti che entrano in contatto, tramite la piattaforma, fra di loro.

b) Queste informazioni sono, in generale, piuttosto dettagliate: provenienza, preferenze, capacità di spesa, fedeltà, tasso di occupancy (per alberghi e linee aeree). Per chiunque sia esperto di ricerche di mercato è facile comprendere che si tratta di informazioni di enorme valore.

c) La natura transnazionale delle piattaforme fa sì che le informazioni possano pervenire da ogni dove, e non con riguardo ad una sola area geografica.

d) Le informazioni non riguardano un solo esercizio ma tutto un settore; e data la significativa concentrazione del mercato degli intermediari, i dati raccolti appaiono statisticamente significativi. In altri termini ciascun grande operatore non ha bisogno dei dati degli altri per avere un quadro abbastanza fedele della situazione.

Va evidenziato che l'intermediario, sostanzialmente, non deve pagare per acquisire queste informazioni, perché la raccolta è parte essenziale del servizio che fornisce. Talvolta, sono gli stessi utenti (si pensi alla valutazione *ex post* sulla struttura alberghiera espressa dai clienti di Booking) a fornire un valore aggiunto impagabile in quanto tali giudizi non potrebbero essere raccolti in altro modo. Tali giudizi diventano poi una forma di ulteriore

ripudiando il divieto *per se* per il prezzo massimo ed il prezzo minimo. Si noti che la contrapposizione tra le argomentazioni a favore e contro gli effetti competitivi del RPM è stata espressa anche in seno alla Corte Suprema nel suddetto caso *Leegin*, ove quattro *justices*, tra cui Justice Breyer, hanno dissentito dalla decisione finale. Per un commento sugli effetti della decisione *Leegin*, si segnala N.J. HARRIS, *Leegin's Effect on Price: An Empirical Analysis*, 9 J. of L., Econ. & Pol'y 251 (2013).

¹⁰⁸

Il divieto della fissazione del

prezzo minimo di rivendita è stato ribadito nel Regolamento (UE) N. 330/2010 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, in *GUUE* L 102/1, 23.4.2010 (si veda l'art. 4). L'eventualità di un cambio di rotta da parte dell'Unione Europea è ritenuta implausibile da alcuni autori: si vedano, in tal senso e per i riferimenti ivi contenuti, A. JONES - B. SUFRIN, *EU Competition Law*, Oxford 2014, 797-801.

attrattiva del servizio creando quella community su cui si basa il successo di molte piattaforme on-line.

Le informazioni così raccolte hanno un enorme valore sia per l'intermediario che per le imprese del settore ¹⁰⁹. Per il primo, egli è in grado di cogliere in largo anticipo andamenti del mercato, nuove tendenze, rami secchi e dunque fare nuove convenzioni, rivedere quelle esistenti, suggerire nuove formule o abbinamenti. Ma ancora maggiore valore queste informazioni hanno per le seconde: si tratti di entrare in un mercato, riposizionarsi, accrescere la propria competitività esse consentono di avere indicazioni concrete e affidabili. Se certamente l'intermediario è legato all'essere convenzionato da un vincolo di riservatezza, nulla, però, gli impedisce di fornire — ovviamente a pagamento — a terzi i dati in forma aggregata e anonima. Peraltro, data la forte connessione che vi è tra servizi di viaggio, soggiorno, intrattenimento è realistico pensare che un'impresa operante in uno solo di questi tre settori possa essere interessata a conoscere i dati relativi ad uno finitimo.

Il diritto antitrust si è solitamente occupato delle questioni relative a monopoli informativi nelle vicende relative alla liberalizzazione di servizi pubblici in origine affidati ad una singola impresa (si pensi ai dati di traffico detenuti dal gestore di una rete unica di telecomunicazioni, all'elenco abbonati ¹¹⁰; ma anche a quelli detenuti dal gestore di una infrastruttura di trasporto come un aeroporto, o una rete ferroviaria ¹¹¹). Qui invece l'accumulo di informazioni avviene da parte di un soggetto che opera in regime di concorrenza; e mentre per quanto riguarda il potere di mercato lo si può calcolare con una certa facilità con riguardo al numero di clienti o al fatturato, per il "potere di mercato informativo" non paiono evidenti dei misuratori oggettivi. Mentre non appaiono — allo stato — realistiche forme di collusione attraverso scambio di informazioni (come avviene nei mercati del credito e delle assicurazioni ¹¹²), più verosimile è che possano esservi — sussistendone i requisiti essenziali — forme di abuso, in particolare sotto forma di discriminazione (anche di prezzo) nell'accesso

¹⁰⁹ Per una ampia analisi economica che evidenzia la "tentazione" monopolistica del detentore delle informazioni v. A. GAUDEUL, B. JULLEN, *E-commerce, two-sided markets and info-mediation*, reperibile alla pagina <http://idei.fr/doc/wp/2005/ecommerce.pdf>.

¹¹⁰ Si veda il considerando 32 della Direttiva 62/1995 (c.d. Direttiva 'full competition' nel settore delle telecomunicazioni).

¹¹¹ V. la decisione della CGUE

22.11.2012 nel caso C-136/11 (*Westbahn Management c. OBB-Infrastruktur*).

¹¹² In questi settori spesso l'informazione costituisce l'elemento sul quale si calcola il valore o il rischio. Se ne sono occupati ovviamente e principalmente gli economisti: v. A. R. ADMATI, P. PFLEIDERER, *A Monopolistic Market for Information*, in 39 *J. Economic Theory* 400 (1986); F. ALLEN, *The Market for Information and the Origin of Financial Intermediation*, in 1 *J. Financial Intermediation* 3 (1990).

alle informazioni o della imposizione di contratti (o clausole) “leganti”.

Il precedente più vicino potrebbe essere quello dei sistemi di prenotazione computerizzata (“Computer Reservation Systems” o CRS) nel settore del trasporto aereo che hanno formato oggetto di copioso intervento normativo comunitario e del quale si sono già analizzati (*retro* par. 4) i profili salienti dal punto di vista antitrust. In questa sede non è inutile richiamare quanto previsto dal Regolamento 80/2009 in materia di patrimonio informativo dei CRS — i quali ormai si sono affrancati da legami con le compagnie aeree e dunque operano quali intermediari indipendenti. L’art. 7 prevede infatti una particolare disciplina per i dati relativi alla commercializzazione, alle prenotazioni e alle vendite di biglietti sia aerei che ferroviari. Tali dati, infatti, possono essere messi a disposizione dai CRS a condizione che siano forniti con pari tempestività e su base non discriminatoria a tutti i vettori aderenti, compresi i vettori associati. Ovviamente i dati devono essere forniti anonimizzando tutti i dati personali degli utenti e non possono essere utilizzati per influenzare indebitamente le scelte dell’agenzia di viaggio ¹¹³.

Viene da chiedersi se e in che misura — in una prospettiva regolamentare — alcune di queste disposizioni possano applicarsi agli intermediari di servizi di viaggio e soggiorno, in particolare per quanto attiene al principio di non discriminazione e di non manipolazione delle scelte degli utenti finali. Vi è, dunque ed inoltre, un evidente profilo di tutela del consumatore da comunicazioni commerciali occulte che oltre a distorcere le preferenze hanno effetti negativi sulla concorrenza fra fornitori di servizi.

Allargando l’orizzonte viene da chiedersi se nella società dell’informazione, le informazioni in sé non costituiscano un mercato a sé stante in quanto ‘materia prima’ essenziale per lo svolgimento di una attività d’impresa ¹¹⁴. Un bene scarsamente sostituibile e dunque a sé stante, la cui natura immateriale rende tuttavia difficile la formalizzazione in termini economici ¹¹⁵. L’ovvio, e principale, punto di riferimento sono i motori di ricerca i quali, grazie alle informazioni raccolte sugli utenti dei loro servizi sono in grado di fornire sia indagini di mercato che comunicazioni commerciali ‘personalizzate’. Da questo punto di vista si potrebbe cercare di distinguere fra i tradizionali servizi di pubblicità

¹¹³ V. M. PEETERS, *The New EC Regulation on Computer Reservation Systems*, in 34 *Air and Space Law* 227 (2009) (a p. 244).

¹¹⁴ Questa analisi è invece condotta nei lavori preparatori e nel testo della Direttiva 2003/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 novembre 2003, re-

lativa al riutilizzo dell’informazione del settore pubblico.

¹¹⁵ Nel caso *Magill* (C-241/91, *Radio Telefis Eireann c. Commissione*) le informazioni relative alla programmazione televisiva sono state considerate come una “essential facility”.

commerciale (il giornale, la televisione offrono uno spazio fisico/temporale indirizzato alla propria clientela di cui si dispone di qualche elemento presuntivo in ordine al numero e della loro collocazione sociale) e quelli che vengono forniti on-line rispetto ai quali vi è una misurazione molto accurata dei numeri, e una accentuata profilazione socio-economica. In quest'ultimo caso le informazioni già raccolte e che via via vengono generate ed acquisite costituiscono l'essenziale fattore della produzione (mentre nei servizi tradizionali, è lo spazio o il tempo).

Nel caso della intermediazione dei servizi di viaggio, soggiorno, intrattenimento il mercato appare più ristretto, anche se non può escludersi che si faccia uso di informazioni di carattere più generale acquisite dai motori di ricerca. Occorrerebbe anche comprendere in quale percentuale pesa sul fatturato la prestazione di servizi di informazione: prevedibilmente minore in quelli che ricevono una commissione per la intermediazione, maggiore per quelli che vivono di comunicazione commerciale.

Sul mercato delle informazioni operano peraltro una molteplicità di soggetti, i quali acquisiscono, o possono acquisire, dati sugli utenti, sulle loro scelte, sulle 'pagine' visitate attraverso i c.d. cookies. Prescindendo in questa sede dalle non poche preoccupazioni relative al trattamento non autorizzato di dati personali, e ipotizzando che tutto avvenga in forma aggregata e non individuabile, occorrerebbe verificare, in concreto, in che misura i dati vengono raccolti, elaborati, utilizzati e ceduti; e da chi verso chi; qual è il giro di affari.

6. LA TUTELA DELL'UTENTE-CONSUMATORE NEI RAPPORTI DI INTERMEDIAZIONE.

Costituisce dato acquisito alla riflessione accademica, come alla prassi regolamentare, che la tutela del consumatore costituisce parte integrante degli elementi di regolamentazione del mercato, sia perché vengono imposti significativi oneri ed obblighi alle imprese, in ordine alle modalità di produzione e di prestazione, e al rapporto giuridico che viene ad instaurarsi con i consumatori. Sia perché tutta la disciplina della concorrenza vede come soggetto paradigmatico sul quale rapportare la eventuale ammissibilità di intese, concentrazioni o pratiche commerciali il consumatore e i vantaggi o i detrimenti — anche solo potenziali — che potrebbe subire.

Nei rapporti di intermediazione on-line il soggetto che, tramite la piattaforma, entra in contatto con il prestatore del servizio è solitamente un consumatore. Tuttavia si possono dare numerosi casi in cui non lo è (si pensi all'azienda che prenota un volo o un albergo per un proprio dipendente).

La questione che qui si pone non è se e quali siano i diritti e gli obblighi che sorgono in capo al prestatore finale del servizio e al

fruitore del medesimo (albergo/ospite; aerolinea/passeggero; ristorante/cliente ecc.), ma se l'intermediario sia tenuto al rispetto della complessa disciplina in materia.

La risposta non è immediata, e richiede una analisi — almeno sommaria — della natura giuridica del rapporto che viene ad instaurarsi fra l'intermediario e il consumatore/utente. Occorre ovviamente fare delle distinzioni, tenendo conto di quanto illustrato nel par. 1.

Queste alcune delle ipotesi:

a) L'intermediario offre sul mercato dei servizi che gli sono stati indicati (nella quantità, nel prezzo, nelle modalità di fruizione) dal fornitore. Egli mette in contatto — attraverso una piattaforma di prenotazione/acquisto — le due parti, ricevendo una commissione dalla impresa. La sua prestazione, dunque, a favore del consumatore è del tutto gratuita.

b) L'intermediario offre gli stessi servizi comunicando al consumatore che dovrà pagare una commissione per il servizio prestato

c) L'intermediario si limita a veicolare informazioni commerciali relative ad un prestatore, di cui fornisce gli estremi, ma senza fornire alcuno strumento tecnologico per la conclusione di un contratto.

Solo in quest'ultima ipotesi, e fatte salve le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole ¹¹⁶ o di responsabilità colpevole per l'inesattezza dell'informazione, si deve, ragionevolmente sostenere la estraneità dell'intermediario per l'eventuale inadempimento del prestatore ¹¹⁷.

Negli altri due casi ci si deve porre la questione della qualificazione del rapporto:

a) In alcune condizioni generali di contratto fra l'intermediario e il prestatore di servizi il primo si qualifica come "intermediario di viaggio" ai sensi della convenzione internazionale sul contratto di viaggio (CCV) del 1970 che l'Italia ha ratificato con la L. 27.12.1977, n. 1084 (è il caso delle c.g.c. di E-dreams).

Ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, per "intermediario di viaggio" si intende: « *qualunque persona che abitualmente assume l'impegno definito al paragrafo 3, sia a titolo di attività principale o meno, sia a titolo professionale o meno* ».

¹¹⁶ Su cui vedi *infra* al par.7 un recentissimo provvedimento dell'AGCM.

¹¹⁷ Ma anche qui c'è da domandarsi quando ci si trova di fronte ad un (mero) contratto di pubblicità: nelle condizioni generali di contratto di Booking.com si scrive: "Attraverso questo sito web noi (Booking.com B.V. e i partner affiliati (di distribu-

zione)) forniamo una piattaforma online che consente a tutti i tipi di strutture ricettive temporanee (per esempio, hotel, motel, ostelli e bed and breakfast, chiamati "strutture ricettive") di pubblicizzare le proprie camere per la prenotazione e ai visitatori del sito di effettuare le prenotazioni".

E l'impegno di cui al n. 3 è così definito: « *Contratto di intermediario di viaggio: qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a procurare ad un'altra, per mezzo di un prezzo, sia un contratto di organizzazione di viaggio, sia uno o dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio o un soggiorno qualsiasi. Non sono considerati come contratti di intermediario di viaggio le operazioni "interline" o altre operazioni simili fra vettori* ».

I problemi che si pongono sono numerosi, a cominciare da quelli di sistema. La CCV, infatti, è una convenzione che ha trovato pochissime adesioni (circa una decina), e fra i paesi europei solo di Belgio, Italia e San Marino. I restanti sono paesi africani o latino-americani di scarso rilievo. Si tratta dunque di un testo assai poco idoneo a regolare fenomeni transnazionali, e comunque pan-europei, come quello del turismo ¹¹⁸.

In secondo luogo la forza precettiva della convenzione è stata fortemente minata dall'art. 3 del D.Lgs. 23.5.2011, n. 79 che approva il c.d. "Codice del turismo", il quale fra le abrogazioni prevede « *La legge 27 dicembre 1977, n. 1084, che ha reso esecutiva la Convenzione internazionale sul contratto di viaggio (CCV) del 23 aprile 1970, è abrogata a decorrere dal momento in cui diviene efficace la denuncia dello Stato italiano della Convenzione internazionale sul contratto di viaggio del 23 aprile 1970, in conformità a quanto disposto dall'articolo 37 della medesima* ».

Dal sito del Governo belga, depositario degli strumenti di ratifica, non risulta presentata la denuncia italiana dalla quale decorrerebbe l'anno prima della produzione dei suoi effetti, e dunque formalmente si tratta di disposizione vigente, ma destinata a scomparire.

Ma, al di là di questi rilievi, vi sono altri elementi da considerare. Il primo, è se la normale operazione che un soggetto compie attraverso una delle piattaforme più utilizzate possa configurarsi come "contratto di intermediario di viaggio" e se tali piattaforme siano "intermediari di viaggio".

A tal riguardo si deve osservare che tanto la CCV che il codice del turismo hanno in mente un certo soggetto, solitamente piccola impresa, dove fisicamente operano alcune persone in contatto

¹¹⁸ È interessante notare che nella versione 2013 dell'*Anteproyecto del Código Mercantil* spagnolo era previsto un capo interamente dedicato ai contratti di viaggio e turismo, che includeva un articolo (454.9)

il quale sostanzialmente riprendeva le disposizioni della CCV. Tuttavia nella versione definitiva del 2014 l'intero capo è stato soppresso.

diretto con il pubblico. Nel nostro ordinamento si tratta, oltretutto, di una attività regolamentata a livello sia nazionale che regionale. È ovvio che nessuno dei soggetti intermediari on-line ricada in quella tipologia, e comunque la Direttiva 31/00 sul commercio elettronico fa divieto di preve autorizzazioni. Con il risultato che la piccola agenzia di viaggi sotto casa sarebbe soggetta ad una penetrante regolamentazione amministrativa, i colossi on-line, no.

Ma è soprattutto dal lato oggettivo che sorgono i dubbi: dobbiamo ritenere che i vari Booking, Expedia, E-dreams “si impegna[no] a procurare a [un soggetto], per mezzo di un prezzo, sia un contratto di organizzazione di viaggio, sia dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio o un soggiorno qualsiasi”?

Nel caso di E-dreams si è visto che tale soggetto qualifica così la propria prestazione ¹¹⁹, ma negli altri casi una tale qualifica manca del tutto, ammesso che sia sufficiente a qualificare, unilateralmente, il contratto. Ove ciò fosse riconosciuto, a guardare la

¹¹⁹ Nella decisione nel caso PS1442 (analizzato *infra* al par.7) l'AGCM ha così (ai §§ 102 ss) qualificato il rapporto posto in essere da eDreams:

« 102. Nel caso in esame viene in considerazione l'attività di intermediazione svolta dalle agenzie di viaggio on line la quale trova una prima regolamentazione nella Convenzione internazionale del 23 aprile 1970, resa esecutiva in Italia con legge 27 dicembre 1977, n. 1084, relativa al contratto di viaggio, contenente, in sostanza, una scarna disciplina sui legami intercorrenti tra l'organizzatore, l'intermediario e il fruitore del servizio turistico.

103. Tuttavia, la giurisprudenza ha svolto un'opera di chiarimento circa gli obblighi gravanti sull'intermediario, ovvero l'agente di viaggio (denominato “venditore” nella disciplina sui pacchetti turistici), rispetto a quelli gravanti sull'organizzatore. In particolare, premesso che il rapporto con l'intermediario viene ricondotto alla figura del contratto di mandato fra il viaggiatore (mandante) e l'intermediario o (mandatario), si è evidenziato che i doveri di diligenza media dell'intermediario devono essere valutati con maggiore rigore avuto riguardo all'attività svolta e all'esigenza di protezione dei diritti e degli interessi dei viaggiatori, secondo quanto prescritto dallo stesso art. 3 della citata Convenzione.

104. In tale prospettiva, la giurisprudenza ha chiarito gli ambiti di responsabilità delle agenzie di viaggio precisando che il soggetto che svolge tale specifico ruolo, di per sé, non è responsabile per gli inadempimenti dei soggetti fornitori di servizi turistici. Tuttavia l'agente di viaggio può essere considerato responsabile in caso di colpa nell'esecuzione del mandato e, in particolare, per colpa in eligendo nella scelta dell'organizzatore del pacchetto o del terzo fornitore del singolo servizio turistico, nonché per colpa in vigilando rispetto all'operato del fornitore. Va, infatti, tenuto conto che grava sull'agenzia un obbligo di informazione e consulenza in merito a tutte le circostanze strumentali ed accessorie che permettono il pieno godimento del viaggio. Sotto tale profilo, l'agente di viaggio dovrà pertanto essere considerato responsabile per gli eventuali errori commessi nella prenotazione dei biglietti di trasporto, delle camere di hotel etc., nonché, più in generale, per la violazione dell'obbligo di agire secondo diligenza nello svolgimento della propria attività di intermediazione, secondo l'orientamento accolto anche dall'Autorità.

105. I principi sopra richiamati trovano evidentemente applicazione anche nei confronti delle agenzie di viaggio on line, attesa la natura dell'attività di intermediazione da esse svolta. Di conseguenza, le agenzie di

giurisprudenza, le possibilità di azione del cliente appaiono modeste¹²⁰.

b) Il rapporto che intercorre fra il fornitore del servizio di viaggio, alloggio o ristoro e l'intermediario è configurabile come un mandato, disciplinato nell'ordinamento italiano dagli artt. 1703 ss. c.c.¹²¹. Si coglie una anomalia rispetto al modello storico del mandato, in quanto nei casi in esame il mandatario nella maggior parte dei casi è una impresa di dimensioni enormemente più grandi di quella del mandante, in grado di imporre le proprie condizioni contrattuali. Il punto cruciale, tuttavia, non appare essere questo. Dalla presentazione delle offerte sui siti degli intermediari non è chiaro se si tratti di mandato con rappresentanza (ed in tal caso gli effetti si producono, *ex art.* 1704 c.c. fra fornitore dei servizi e cliente, escludendo l'intermediario), oppure di mandato senza rappresentanza¹²². In tale ipotesi è altrettanto

viaggio on line, così come quelle tradizionali, devono ritenersi responsabili anche delle attività strumentali al corretto godimento della vacanza, tra cui rientra l'obbligo di vigilanza sull'attività svolta dai fornitori, anche con riferimento alle modalità di promozione delle offerte, nonché di informare i consumatori circa eventuali cambiamenti ed errori verificatisi all'atto della prenotazione.

106. Inoltre, in considerazione della particolare modalità di contatto, in tale settore assumono rilievo i principi dettati in materia di commercio elettronico dal Decreto Legislativo 9 aprile 2003, n. 70141 circa l'obbligo di completezza informativa fin da primo contatto con il consumatore e, segnatamente, quelli previsti dagli articoli 7, 8 del Decreto, riguardanti, rispettivamente, le "informazioni generali obbligatorie", gli "obblighi di informazione relativi alle comunicazioni commerciali" ».

¹²⁰ V. Cass. 19.1.2010, n.696 « In tema di contratto di viaggio turistico, l'intermediario assume nei confronti del viaggiatore sia la responsabilità tipica del mandatario che quella di cui alla Convenzione di Bruxelles del 23 aprile 1970, resa esecutiva in Italia dalla l. 27 dicembre 1977 n. 1084 (applicabile nella specie *ratione temporis*). In forza del primo tipo di responsabilità, l'intermediario è tenuto ad eseguire le operazioni richieste dal viaggiatore con la diligenza di cui all'art. 1710 c.c. e ha doveri di attenzione e oculatezza anche nella scelta dell'organizzatore del viaggio e dei prestatori dei servizi turistici ma non è responsabile degli inadempimenti dell'organizzatore o della non rispondenza dei servizi effettivamente offerti a quelli promessi e pubblicizzati, a meno che il viaggiatore o il turista

non dimostri che l'intermediario, tenuto conto della natura degli inadempimenti lamentati, conosceva o avrebbe dovuto conoscere, facendo uso della diligenza tipica dell'attività esercitata, l'inaffidabilità dei soggetti cui si sia rivolto o la non rispondenza alla realtà delle prestazioni promesse e pubblicizzate ». Nella giurisprudenza di merito v. Giud.pace Bari 4.4.2008 (in *Giurisprudenzabarese.it*) « l'intermediario che procura un servizio separato di viaggio risponde esclusivamente nei casi d'inosservanza del proprio dovere di diligenza nello svolgimento dell'incarico, purché il viaggiatore dimostri che la violazione sia avvenuta con l'intenzione di provocare il danno o "in modo implicante una mancanza deliberata di considerazione delle conseguenze pregiudizievoli che possono derivare da tale comportamento oppure una ignoranza inescusabile di tali conseguenze" ».

¹²¹ A conferma della perdurante difficoltà di comunicazione fra economisti e giuristi a questi ultimi — specie se continentali — non è proprio chiaro perché, nelle discussioni sulle implicazioni antitrust, si pongano in alternativa il mandato (qualificato come 'agency') e il contratto di distribuzione (vedi *retro* al par. 3) considerato che quest'ultimo necessariamente include la prima figura. Semmai la questione dovrebbe prescindere del tutto dal *nomen iuris* dato al rapporto giuridico intercorrente fra intermediario e fornitore dei servizi per verificare *de facto* — come è normale nelle indagini antitrust — l'eventuale dipendenza di un soggetto economico da un altro.

¹²² Questa vorrebbe essere essere l'ipotesi prospettata dalle condizioni generali di contratto di Booking.com. Ma a parte la circostanza che esse appaiono in palese con-

incerto se l'intermediario stia agendo per conto del fornitore di servizi, ma in nome proprio acquisendo, quindi, ai sensi dell'art. 1705 c.c. "i diritti e gli obblighi derivanti dagli atti compiuti con i terzi" e questo "anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato". Tuttavia va osservato che ove si applicasse tale previsione i clienti non avrebbero "alcun rapporto con il mandante": il che è per verso scarsamente aderente alla realtà (il cliente ha un contratto di alloggio con l'albergo o di trasporto con il vettore); per altro verso finisce per creare una notevole incertezza in ordine al soggetto effettivamente obbligato. Per ovviare a questa situazione in cui l'intermediario è privo di obblighi verso il cliente, ovvero non è chiaro se ne abbia, si potrebbe costruire il rapporto come un mandato 'bifronte': esemplificativamente l'albergo dà mandato all'intermediario di reperire un cliente; il cliente dà mandato all'intermediario di reperire una stanza di albergo¹²³. Sicuramente questa ipotesi bilaterale trova fondamento quando il cliente paga, di tasca propria (cioè, in aggiunta al prezzo del servizio di viaggio/soggiorno) una commissione all'intermediario. Pagamento che altrimenti non avrebbe causa giuridica/economica. Ma anche quando manchi un corrispettivo

trasto con tutta la disciplina consumeristica e comunque ipotizzano, in contrasto con il codice civile, una automatica accettazione delle stesse da parte dell'utente [*"Accedendo al nostro sito web, visitandolo, utilizzando e/o utilizzando una qualsiasi delle applicazioni disponibili attraverso una qualsiasi piattaforma (di seguito definiti come "sito web"), e/o effettuando una prenotazione, dichiaro di aver letto, compreso e accettato i termini e le condizioni di seguito riportati (inclusa l'Informativa sulla privacy)"*]) viene da chiedersi quale sia il valore giuridico di affermazioni quali *"Non siamo in grado di verificare e garantire l'accuratezza, la completezza e la correttezza delle informazioni, né possiamo essere ritenuti responsabili per qualsiasi errore"*.

¹²³ L'ipotesi è prospettata da Cass. 8 ottobre 2009, n. 21388, applicando la CCV: « Nel caso del contratto di organizzazione di viaggio concluso dal viaggiatore, tramite un intermediario, sulla base di un programma predisposto da un organizzatore, vengono in campo tre distinti rapporti.

Un primo rapporto di mandato, tra organizzatore di viaggi e intermediario, in base al quale il secondo colui oca sul mercato i servizi offerti dal primo; un secondo rapporto di mandato, tra viaggiatore ed intermediario, in base al quale questi raccoglie le prenotazioni dei viaggiatori; un terzo rapporto, tra organizzatore di viaggi e viaggiatore,

che deriva dal contratto concluso tra queste parti, attraverso l'intermediario. Dispone l'art. 17 della convenzione che qualunque contratto stipulato dall'intermediario di viaggi con un organizzatore di viaggi o con persone che gli forniscono dei servizi separati, è considerato come se fosse stato concluso dal viaggiatore. Se ne trae che il contratto di organizzazione di viaggio concluso da un intermediario per il viaggiatore è considerato dalla legge come costitutivo di un rapporto diretto tra viaggiatore e organizzatore di viaggi. Per questo aspetto, il mandato che intercorre tra viaggiatore ed intermediario di viaggi, che operi concretamente come tale, facendo constare tale sua qualità nei documenti di viaggio (art. 18, comma 1 e art. 19, comma 2), produce gli effetti propri di un contratto concluso da mandatario munito di poteri di rappresentanza. Ciò non toglie che il viaggiatore sia tenuto a somministrare all'intermediario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato (art. 1719 cod. civ.), e perciò i fondi che, secondo il contratto di viaggio, il viaggiatore è tenuto a versare all'organizzatore, in anticipo rispetto all'inizio della esecuzione del contratto da parte dello stesso organizzatore. Questi fondi, d'altro canto, sono incassati, dall'intermediario come mandatario dell'organizzatore e lo stesso è tenuto a trasferirglieli secondo le condizioni previste dal contratto di mandato che lega queste due parti. E su questi fondi che il

monetario si potrebbe configurare la remunerazione nella fornitura di tutti i dati personali del cliente, dati che abbiamo visto avere — una volta aggregati — un grandissimo valore. In ogni caso, una volta costruito un rapporto di mandato fra cliente e intermediario occorre riempirlo di contenuti giuridici: ai fini che qui interessano (e, cioè, molto praticamente, se l'intermediario risponda dell'inadempimento dell'operatore di viaggio/soggiorno) l'art. 1715 c.c. non sembra offrire molto spazio ad eventuali pretese del cliente: « *In mancanza di patto contrario, il mandatario che agisce in proprio nome non risponde verso il mandante dell'adempimento delle obbligazioni assunte dalle persone con le quali ha contrattato, tranne il caso che l'insolvenza di queste gli fosse o dovesse essergli nota all'atto della conclusione del contratto* »¹²⁴.

c) L'intermediario è un mediatore, il cui compito è quello di mettere in contatto le parti del rapporto. Dal punto di vista pratico, fermo restando l'incarico che sicuramente l'intermediario ha ricevuto dal prestatore di servizi, la costruzione meglio si attaglia alla fattualità tipica dei rapporti su internet (l'utente entra sul sito, sceglie, prenota, acquista senza porsi grandi problemi in ordine al rapporto che viene a crearsi). Qui, a favore del consumatore potrebbe soccorrere quella giurisprudenza — in espansione¹²⁵ — che pone in capo al mediatore una serie di obblighi, nascenti dal principio di buona fede, in ordine alla

viaggiatore subirà l'addebito degli indennizzi dovuti all'organizzatore, secondo le clausole del contratto di viaggio, nel caso che il viaggiatore receda dal contratto (art. 9 della convenzione). La natura di mandato con rappresentanza, che nei sensi già visti è propria dell'incarico dato dal viaggiatore al proprio agente di viaggi, non è incompatibile — ed anzi ciò trova riscontro nell'art. 1719 cod. civ. — con l'assunzione da parte dell'agente ed in confronto dell'organizzatore di obblighi propri, per il pagamento del corrispettivo come delle penali previste in caso di annullamento, quando l'incarico per la conclusione del contratto di viaggio sia conferito dal viaggiatore ed accettato dall'agente senza che il viaggiatore anticipi all'agente i fondi; in particolare, quando la prenotazione sia accettata dall'agente a ridosso della data a partire dalla quale il viaggio dovrà avere inizio. (Cass., 28 novembre 2002, n. 16868).

Lo specifico rapporto di mandato fra il tour operator e l'agente di viaggio si evidenzia nel momento in cui il primo riceve dal viaggiatore il prezzo del pacchetto facendogli sottoscrivere il contratto di viaggio: l'agente infatti, in tale momento, da una parte assume le relative somme nel suo patrimo-

nio e dall'altra parte le incassa come mandatario dell'organizzatore del viaggio, dal quale riceve le provvigioni, atteso che l'unico soggetto abilitato alla conclusione del contratto di viaggio con il consumatore è lo stesso organizzatore. Non può dunque ritenersi che il relativo pagamento sia stato effettuato da parte dei viaggiatori che hanno versato il relativo importo all'agenzia ma che l'agenzia doveva versare tali somme al tour operator, a conclusione del contratto di viaggio. In altri termini, l'obbligo di versare le somme riguardava da un lato l'organizzatore di viaggi che aveva venduto il pacchetto; dall'altra l'agenzia di viaggi ».

¹²⁴ Peraltro la giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana in materia di art. 1715 c.c. è praticamente inesistente e non sembra offrire spunti a sostegno di una pretesa del cliente nei confronti del mandatario.

¹²⁵ V. Cass. 8.5.2012, n. 6926 ("Il mediatore immobiliare è responsabile nei confronti del cliente se, conoscendo o potendo conoscere con l'ordinaria diligenza l'esistenza di vizi che diminuiscono il valore della cosa venduta, non ne informi l'acquirente; tale responsabilità si affianca a quella

validità dell'affare proposto, e rendendolo responsabile per l'omissione di verifiche che su di lui vengono fatte gravare.

d) Siamo di fronte ad un contratto atipico, che presenta alcuni elementi di natura codicistica ma che la dimensione planetaria e pervasiva della rete, unita alla forza economica degli intermediari suggerisce di regolare in maniera speciale. Gli elementi caratteristici sono la fortissima identità del soggetto e dunque la sua individuazione come l'interlocutore per la fruizione di taluni servizi, senza peraltro che egli chiarisca il suo ruolo di mero interpositore; la creazione di un legittimo affidamento in capo all'utente, con la conseguente condivisione del rischio da parte dell'intermediario¹²⁶; la necessità della prestazione che fornisce, non altrimenti reperibile sul mercato; la preminenza rispetto non solo al consumatore ma anche a gran parte dei soggetti imprenditoriali intermediati; la articolazione digitale del rapporto, in genere su una 'maschera' predisposta dall'intermediario, caratterizzata da un elevato (e indispensabile) automatismo. La base giuridica della responsabilità dovrebbe fondarsi negli artt. 12-15 della Direttiva sul commercio elettronico (n.31/2000) che pur pensati per un contesto extracontrattuale possono essere agevolmente trasposti in capo al soggetto intermediario che sicuramente rielabora le informazioni fornite dal fornitore del servizio e non si limita ad una mera attività di trasporto, accesso o memorizzazione¹²⁷. Una lettura aderente alla realtà e all'evoluzione del commercio elettronico porta infatti a ritenere che le esclusioni di responsabilità, ben precisate nei considerando¹²⁸ e nell'articolo non siano applicabili all'intermediario on-line. Ir-

del venditore e può essere fatta valere dall'acquirente sia chiedendo al mediatore il risarcimento del danno, sia rifiutando il pagamento della provvigione"); e similmente Cass. 16.7.2010 n. 16623.

¹²⁶ Come indice della tendenza ad estendere la responsabilità contrattuale a soggetti che appaiono essere gestori di un servizio si può citare l'art. 423-4 dell'*Anteproyecto del Código Mercantil* spagnolo, inserito nel capo dedicato alla "contrattazione automatica", dove si prevede che il proprietario ed il gestore dello spazio nel quale è collocato un apparecchio di distribuzione automatica sono solidalmente responsabili con il proprietario della macchina e con chi attraverso essa fornisce i prodotti o servizi per l'adempimento degli obblighi scaturenti dal contratto per automatico.

¹²⁷ Sul punto si veda quanto statuito dall'AGCM nel caso TripAdvisor (analizzato *infra* al par. 7), secondo cui (§ 106) "la presunta qualifica di hosting provider che il professionista si attribuisce per escludere la

propria responsabilità in merito alle condotte contestate e per valorizzare la volontarietà dei controlli effettuati appare inconfidente. Il professionista non si limita alla memorizzazione di informazioni, ma a causa del modello di business sviluppato svolge anche e soprattutto un'attività di classificazione e sistematizzazione delle informazioni".

¹²⁸ Si vedano i Considerando 42 ("Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni tra-

rilevante appare la circostanza che, in molti casi, l'utente non versa un corrispettivo all'intermediario, sia perché si tratta di una caratteristica delle operazioni economiche "su due versanti", sia perché il *tantundem* è rappresentato dalla comunicazione all'intermediario di una serie di dati personali i quali hanno per l'impresa un elevato valore economico.

Non ci si può tuttavia nascondere che la creazione di figure contrattuali atipiche, solitamente da parte della giurisprudenza, presenta indubbi elementi di incertezza — e dunque di inefficienza — che un settore quale quello della intermediazione on-line difficilmente può sostenere. E, comunque, una soluzione nazionale, nel mondo di internet, nasce con un respiro provinciale ¹²⁹.

e) In ogni caso è opportuno segnalare, per completezza del quadro giuridico, che proprio con riferimento ad alcuni dei tipici servizi che si sono analizzati in questo lavoro la disciplina consumeristica prevede alcune significative eccezioni.

In particolare la Direttiva 83/11 sui diritti dei consumatori, che aggiorna la precedente Direttiva 7/97 sui contratti a distanza, espressamente esclude (art. 3, comma 3, lett. *k*) la sua applicazione ai "servizi di trasporto passeggeri", fatte salve le disposizioni in materia di informazione precontrattuale (art. 8), di oneri per il pagamento (artt. 19 e 22).

E la Corte di Giustizia nel caso *Easy Car* (C-336/03) ¹³⁰ ha

smesse o memorizzate), e 43 ("Un prestatore può beneficiare delle deroghe previste per il semplice trasporto ("mere conduit") e per la memorizzazione temporanea detta "caching" se non è in alcun modo coinvolto nell'informazione trasmessa. A tal fine è, tra l'altro, necessario che egli non modifichi l'informazione che trasmette. Tale requisito non pregiudica le manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione in quanto esse non alterano l'integrità dell'informazione contenuta nella trasmissione").

¹²⁹ Si v. le numerose proposte contenute in uno studio commissionato dal Parlamento Europeo nel 2009 "Study on online hotel reservation systems" (IP/A/IMCO/FWC/2006-058/LOT 4/C1/SC8) fra cui:

"a) Community law could ensure that all websites which offer online bookings prominently and conspicuously display a statement specifying whether this is a hotel website which acts directly for the hotel; or an agent's website which is authorised to take bookings for hotels; or an agent's website which acts on behalf of the customer, not the hotel. The statement would also clarify the resulting contractual situation between the parties involved.

b) Community law could provide, where a website acts only as agent for a hotel, that the website should in all its content (including the content of websites it provides hyperlinks to) ensure that:

i) The role of the agent and the role of the hotel is clearly separate and distinguishable; ii) The contract of accommodation with the hotel is clearly and unambiguously distinguished from the website's terms of use; iii) The agent should be prohibited from including in its website terms of use matters which properly belong to the contract between the hotel and the consumer; iv) When a website wishes to convey information about the performance of the contract of accommodation it must do so in a way which clearly indicates the authority for the statement comes or is derived from the hotel and not the agent.

c) Community law could ensure that a non-contracting consumer who acquires in a legally permitted manner an entitlement to stay in a hotel can exercise the same rights as a contracting consumer regarding the performance of the accommodation contract."

¹³⁰ V. i commenti di A. PALMIERI in *Foro it.* 2005, IV, 243; di E. FALLETTI in

stabilito che anche il noleggio di autoveicoli rientra fra i contratti esclusi dalla applicazione della Direttiva sui contratti a distanza.

Ora, è pur vero che guardando al fenomeno atomisticamente si potrebbe sostenere che l'attività svolta dall'intermediario è diversa da quella del soggetto prestatore del servizio intermediato. Ma se si segue un approccio olistico, tendente a rendere responsabile l'intermediario per ciò che offre, tale distinzione appare poco funzionale, e dunque sull'intermediario si riflettono, in positivo e in negativo, le discipline specifiche dei vari servizi. In tal senso si è espressa chiaramente la Corte di Giustizia nel caso *ebookers*, dove ha ritenuto che gli obblighi di informazione gravanti sulla compagnia aerea ai sensi dell'art. 23 del Regolamento 1008/08 si applichino anche all'intermediario che vende on-line biglietti aerei¹³¹.

7. L'INGANNEVOLEZZA DELLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE.

Il rilievo che può essere assunto dalla comunicazione che l'intermediario utilizza nei confronti dei propri utenti è emerso chiaramente in diversi procedimenti — e provvedimenti — avviati ed irrogati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti di vari intermediari quali Expedia, eDreams, TripAdvisor ed altri per la diffusione di informazioni ingannevoli¹³².

Nel caso Expedia¹³³ veniva contestato al noto sito la diffusione di notizie quantomeno ingannevoli sulla disponibilità di voli e alberghi; la omissione di indicazioni chiare in ordine al prelievo che al momento della prenotazione viene effettuato sulla carta di credito del cliente; ed infine la mancata indicazione del soggetto italiano cui il consumatore potesse rivolgersi in caso di reclami.

L'intermediario provvedeva, sia pure *obtorto collo*, ad adeguarsi alle prescrizioni dell'AGCM, la quale irrogava delle sanzioni pecuniarie simboliche.

Dir.internet 2005,134; di E. HALL in 2007 *Yearbook of Consumer Law* 381.

¹³¹ V. al par. 17 la Decisione *ebookers.com Deutschland c. Bundesverband der Verbraucherzentralen* nella causa C-112/11: "Sarebbe in contrasto con l'obiettivo di tutela del cliente che si avvale dei servizi aerei, perseguito dall'articolo 23, paragrafo 1, ultima frase, del regolamento n. 1008/2008, subordinare detta tutela alla circostanza che il servizio complementare opzionale in rapporto con il volo stesso e il supplemento di prezzo relativo a tale servizio siano proposti, nel contesto del processo di prenotazione di tale volo, dal vettore aereo oppure da una parte diversa da tale vettore, giuridicamente ed economicamente

indipendente da quest'ultimo. Infatti, qualora fosse possibile subordinare tale tutela alla qualità del prestatore di detto servizio complementare, concedendola soltanto allorché il servizio è fornito da un vettore aereo, detta tutela sarebbe facilmente eludibile e, quindi, l'obiettivo in parola certamente compromesso".

¹³² AGCM PS9345 del 22.12.2014 reperibile alla pagina http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/4619-ps9345scorrsanz-omi.html.

¹³³ AGCM PS680 del 7 marzo 2011 citata *retro* nt. 7. Decisione sostanzialmente analoga è stata assunta nel caso, deciso lo stesso giorno, Opodo PS 513 (reperibile alla pagina http://www.agcm.it/component/joomdoc/doc_download/2696-ps513pdf.html).

Nel caso eDreams¹³⁴ — nato da una segnalazione anche della compagnia aerea low-cost Ryanair — l'AGCM ha analizzato nel dettaglio il modello di offerta dell'intermediario, il quale si è difeso sostenendo di svolgere una attività simile a quella dell'agenzia di viaggi. In particolare ha evidenziato la ingannevolezza della offerta on-line, nella quale il prezzo ometteva di indicare la commissione spettante all'intermediario che compariva solo al fine del procedimento di prenotazione. Inoltre veniva contestato, in quanto sostanzialmente predatorio, il meccanismo di pagamento e le prassi di addebito/accredito nonché quelle di storno delle somme indebitamente versate. Ad aggravare la condotta dell'impresa la sua predisposizione di un servizio di assistenza telefonica a costi esorbitanti. La sanzione è stata di € 135.000.

Quel che è importante segnalare fin dall'inizio è che il procedimento è stato avviato dietro segnalazione non solo di una associazione di consumatori, ma anche della Federazione delle Associazioni Italiane Alberghi e Turismo (Federalberghi) e cioè di quei soggetti che si trovano sull'altro versante del mercato¹³⁵.

L'aspetto che ha formato oggetto sia delle segnalazioni che della indagine è quello delle false recensioni degli esercizi commerciali (sia positive che negative) non adeguatamente contrastate ed, anzi, co-onestate da affermazioni assertive di TripAdvisor in ordine alla genuinità dei giudizi e del conseguente rating.

L'indagine svolta dall'AGCM evidenzia, in primo luogo, quel che si poteva immaginare e cioè che fra esercizi commerciali e intermediario vi è un (non palesato) rapporto pubblicitario che influisce sulla quantità e qualità delle informazioni fornite all'utente, il che di per sé dovrebbe ritenersi decettivo.

Ma soprattutto è lo stesso TripAdvisor a dichiarare di non poter effettuare controlli sulla veridicità delle recensioni, pur presentando il proprio sistema come attendibile e fidefacente. A mo' di esempio l'AGCM segnala come per tutta l'Europa — un mercato di centinaia di migliaia di esercizi e centinaia di milioni di utenti — TripAdvisor abbia solo cinque dipendenti addetti alle verifiche, di cui uno solo con conoscenza dell'italiano¹³⁶.

Si è poi verificata in concreto la facilità attraverso cui chiunque possa registrarsi sotto falso nome per 'postare' le proprie recensioni. È interessante, anche in considerazione delle problematiche connesse al parametro del 'consumatore medio', la puntuale risposta dell'AGCM: "Contrariamente a quanto affermato dal

¹³⁴ AGCM PS1442 del 7.3.2011 <http://www.agcm.it/component/joomdoc/download/2695-ps1442pdf.html>.

¹³⁵ Il corposo rapporto di Federalberghi contenente numerose indicazioni concrete sulla ingannevolezza di molte notizie riportate da TripAdvisor si trova alla

pagina http://www.ilsole24ore.com/pdf/2010/01/12/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/Oggetti_Correlati/Documenti/Impresa%20e%20Territori/2014/12/tripadvisor.pdf.

¹³⁶ PS9345 § 95.

professionista, che ritiene che i consumatori siano implicitamente consapevoli del fenomeno delle false recensioni e sufficientemente esperti per riconoscerle, va osservato che la diffusione della pratica commerciale a mezzo internet rafforza il carattere decettivo delle informazioni diffuse dal professionista, in quanto le stesse sono suscettibili di investire una vastissima platea di consumatori, non tutti necessariamente a conoscenza del fenomeno delle false recensioni e, quindi, non tutti in grado di orientare consapevolmente le proprie scelte di consumo dinanzi ad un quadro informativo alterato.

Del resto, l'assertività delle comunicazioni commerciali del professionista rende impossibile una diversa decodifica del messaggio da parte dei consumatori. Gli stessi dinanzi agli slogan in esame, alcuni dei quali presenti già sulla homepage del sito internet, quindi in occasione del primo contatto che si instaura tra i consumatori e TripAdvisor, non possono che ritenere attendibili le recensioni pubblicate sul database”¹³⁷.

La conclusione è stata la irrogazione di una sanzione di € 500.000.

Ancorché la decisione sia mutilata da una serie infinita di *omissis* richiesti da TripAdvisor sulla base di una fin troppo espansiva interpretazione del segreto d'impresa, è facile comprendere il ‘modello di business’ dell'intermediario in questo settore, che, assieme alle altre procedure sui sistemi di prenotazione alberghiera analizzati retro, presenta aspetti di assoluta novità rispetto al passato.

8. CONCLUSIONI.

Il tema degli intermediari on-line è destinato ad assumere crescente rilievo giuridico con il crescere del loro ruolo economico, e non solo nel settore del trasporto, del turismo e dell'intrattenimento.

Si tratta di campi ancora non adeguatamente studiati, in primo luogo nelle loro dinamiche economiche e dei rapporti che si vengono a creare nei c.d. mercati a due versanti. Quelle che sarebbero considerazioni abbastanza collaudate nelle tradizionali relazioni fra imprese poste in relazioni verticali o orizzontali, non sembrano, *tout court*, applicabili in questi nuovi mercati. In particolare appaiono di incerto esito (nell'interesse dei consumatori) interventi regolatori o antitrust sulle politiche di prezzo, mentre più piane appaiono le risposte con riguardo a clausole “leganti”. Che non si tratti ancora di mercati maturi (la cui dimensione geografica è peraltro tutta da valutare) è confermato

¹³⁷ PS9345 §§ 102, 103.

dalla apparente assenza di barriere all'accesso, se non per gli elevati investimenti pubblicitari.

Ancora maggiore incertezza si registra con riguardo ad una tematica tutta giuridica, anzi civilistica, cioè quella della natura giuridica dei rapporti che vengono crearsi fra fornitori dei servizi e intermediario e fra quest'ultimo ed il fruitore dei primi. Quel che colpisce è che a fronte di una intensa regolamentazione comunitaria soprattutto nel settore dei viaggi e del turismo, attraverso l'approntamento di una molteplicità di obblighi e di procedure che assicurano al passeggero/turista una tutela molto forte ed estesa, il rapporto con gli intermediari si collochi in un quadro di grandissima incertezza, accentuata dalle inevitabili differenziazioni nazionali, scarsamente utili in un campo per sua natura transnazionale.

Questi pagine vogliono limitarsi a dissodare un terreno che sicuramente potrà dare vita ad ulteriori e più feconde riflessioni.

Abstract

The article analyses the growing role of on-line intermediaries in travel, accommodation and leisure services and the concerns that have arisen under competition law. In particular the clauses which tie service providers (hotels, restaurants, airlines etc.) to the intermediaries are discussed in the light of several cases brought in front of national competition authorities for alleged violation of Article 101 TFEU.

The article then examines the uncertain legal relationship between intermediaries and the final client in order to establish if consumer protection laws should and could be extended to such intermediaries and if they may be considered liable for unfair commercial practices.