



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'AMBITO DEL TRASPORTO AEREO: IL CASO RYANAIR C. LASTMINUTE

Il contributo prende in esame la sentenza della Corte di Cassazione del 12 novembre 2019, n. 29237, avente ad oggetto la valutazione circa l'idoneità della condotta di Ryanair, finalizzata a vendere in esclusiva i propri biglietti aerei, a costituire un «abuso di posizione dominante» nei confronti delle cd. «online travel agencies» (OTA, e nel caso di specie Lastminute). La sentenza in esame offre altresì l'opportunità di analizzare diverse questioni attinenti al diritto industriale.

di **Vincenzo Iaia**

IUS/04 - DIRITTO COMMERCIALE

Estratto dal n. 9/2020 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Mercoledì 16 Settembre 2020



Abstract ENG

This article focuses on the judgement of the Italian Supreme Court n. 29237/2019, regarding the dispute between Ryanair and Lastminute. It refers specifically to the assessment of the «abuse of dominant position», coming from Ryanair's choice of selling its tickets exclusively by its selected channels. Also, this judgement offers the opportunity to analyze different issues on Antitrust Law and Intellectual Property Law.

Sommario: 1. Tutela della proprietà intellettuale e della concorrenza: il caso Ryanair c. Lastminute; 2. Lo screen scraping e la protezione giuridica delle banche (di) dati; 3. L'uso del marchio altrui tra regime ordinario e derogatorio; 4. Concorrenza sleale screditante, pubblicità ingannevole ed exceptio veritatis; 5. L'accertamento delle posizioni di dominio e predominio di Ryanair nel mercato dei voli: questione pratica e premesse teoriche; 5.1. Cenni minimi sull'abuso di posizione dominante dall'origine europea alla disciplina italiana; 5.2. Determinazione del mercato rilevante in astratto e in concreto: l'opportunità del city-pair method nel mercato dei voli; 5.3. Profili di compatibilità dell'airport-pair method; 5.4. L'argomento delle essential facilities; 6. Calcolo della quota di mercato nel settore aereo e potere escludente sui mercati turistici "a valle": decisioni a confronto; 6.1. Il favor per le OTA nel giudizio di primo grado; 6.2. Il diverso orientamento del giudice d'appello; 6.3. Il buon esercizio della nomofilachia nel giudizio per Cassazione; 7. Spunti critici e riflessioni conclusive.

1. Tutela della proprietà intellettuale e della concorrenza: il caso Ryanair c. Lastminute

La lite plurigiurisdizionale^[1] sorta tra la nota compagnia aerea Ryanair Ltd. (di seguito Ryanair) e le agenzie di viaggi online (nel gergo online travel agency, o anche OTA), che nella vicenda italiana vede come protagonista LMnext CH S.A. (cessionaria del ramo d'azienda relativo ai servizi turistici online della meglio conosciuta agenzia Lastminute.com S.r.l., di seguito Lastminute), presenta almeno quattro questioni di interesse per il diritto industriale, di cui due di esse in materia di proprietà intellettuale, con specifico riferimento alla tutela giuridica delle banche dati e al diritto di uso del marchio da parte di terzi, e altre due in materia di concorrenza, relativamente alla sussistenza di atti di concorrenza sleale denigratoria e alla valutazione circa l'esistenza di una posizione dominante nel mercato dei trasporti aerei, che abbia un'influenza nel mercato dei servizi turistici "a valle". Si tratta di una questione di centrale importanza, considerato che l'eventuale esito positivo colorerebbe di illiceità condotte che, altrimenti, rientrerebbero nel legittimo esercizio della libertà di iniziativa economica privata, consacrata, come ben noto, dal primo comma dell'art. 41 della Costituzione.

La controversia italiana sorge nel 2010, a seguito dell'azione stand-alone di Lastminute (posto che all'epoca dei fatti non risultava un intervento dell'AGCM sulla questione, né al momento vi sono tracce di un possibile public enforcement) contro la decisione di Ryanair di limitare la vendita dei propri biglietti aerei esclusivamente tramite il proprio sito internet ed il proprio call center, impedendo così a qualsiasi altra piattaforma online di continuare a svolgere quell'attività di intermediazione nella vendita dei pacchetti turistici^[2] – fino ad allora regolarmente offerta – nei quali erano inclusi i biglietti di trasporto aereo della compagnia low cost.

Giova dar conto che Ryanair non propone soltanto servizi di trasporto aereo, ma è notoriamente solita affiancarne all'offerta la contestuale promozione di servizi collaterali analoghi a quelli tipicamente offerti dalle agenzie turistiche. A titolo meramente esemplificativo, si pensi al noleggio auto o alle prestazioni alberghiere e ristorative presso hotel e ristoranti convenzionati, nonché ai cd. pacchetti “volo + hotel”.

Si tratta di servizi potenzialmente utili al cliente-viaggiatore, una volta che questi sia giunto nel luogo di destinazione, grazie ai quali la compagnia aerea riesce a conseguire ulteriori ricavi (anche denominati ancillary revenues), ricevendo una percentuale degli utili realizzati dai partners commerciali.

Considerata la posizione di monopolio e di predominio detenuta da Ryanair su numerose tratte, la decisione assunta dalla compagnia irlandese ha comportato l'automatica esclusione – totale o parziale, a seconda rispettivamente della posizione di monopolio o predominio ricoperta da Ryanair nelle singole tratte – delle agenzie di viaggio online dalla possibilità di offrire i loro servizi nelle destinazioni in cui tale vettore rappresentava di fatto l'unica o la maggioritaria compagnia aerea ad operare.

Per ripristinare l'offerta di pacchetti turistici anche in tali destinazioni, Lastminute ha citato in giudizio Ryanair innanzi alla sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale di Milano, affinché la suddetta decisione fosse qualificata come "abuso di posizione dominante", ai sensi dell'art. 3 della l. 247/1990, e, per gli effetti, condannarla al risarcimento del danno patito.

In aggiunta, Lastminute chiedeva di qualificare come "atto di concorrenza sleale", ai sensi dell'art. 2598, nn. 2 e 3, c.c., il comunicato rivolto ai consumatori, con cui Ryanair accusava le online travel agencies, tra cui Lastminute, di duplicare o triplicare il prezzo dei biglietti aerei, nonché di porre in essere altri atti illeciti a danno della compagnia aerea, arrivando a rifiutare l'imbarco dei passeggeri che avessero acquistato il biglietto dalle OTA.

Dall'altro lato, Ryanair si costituiva in giudizio, chiedendo in via riconvenzionale che l'attività di screen scraping, posta in essere da Lastminute per accedere ai prezzi dei biglietti della compagnia aerea, fosse qualificata come violazione della banca dati di Ryanair, e invocando la tutela prevista secondo il diritto d'autore italiano, ai sensi dell'art. 102-bis, comma 3, della l. 633/1941, nonché la tutela europea sui generis delle banche dati, di cui all'art. 7 della Direttiva 96/9/CE.

Inoltre, l'aerolinea chiedeva l'accertamento dell'utilizzo abusivo del proprio marchio, ex artt. 20 e 21 del d.lgs. 30/2005, considerato che esso appariva, senza che fosse stata concessa alcuna autorizzazione, nelle offerte provenienti dalle agenzie di viaggio online laddove veniva indicato il vettore responsabile del trasporto per una data destinazione.

I delicati interessi giuridici ed economici in gioco hanno portato il caso in oggetto all'attenzione anche della Suprema Corte di Cassazione^[3].

Per una più ampia ricognizione delle questioni problematiche legate alla controversia in esame appare opportuno dar conto – seppur sinteticamente – anche delle risultanze dei giudizi di merito di prima e seconda istanza, lasciando per ultima l'analisi di maggiore complessità interpretativa inerente l'abuso di posizione dominante.

2. Lo screen scraping e la protezione giuridica delle banche (di) dati

La prima questione meritevole di disamina riguarda l'idoneità della condotta di Lastminute a violare il diritto autorale sulla banca dati di Ryanair ai sensi dell'art. 102-bis, comma 3, della l. 633/1941, nonché del diritto sui generis di matrice europea, di cui all'art. 7 della direttiva 96/9/CE, relativa alla tutela giuridica delle banche dati.

Nello specifico, Lastminute era accusata di estrarre illegittimamente dal sito internet "www.ryanair.com" mediante l'attività di screen scraping tutte le informazioni relative alle tratte della compagnia aerea per confezionare dei pacchetti turistici da proporre ai propri clienti nei quali essa sarebbe stata il vettore operante con riferimento a quell'offerta.

Giova premettere che per banca dati si intende una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo^[4]. Ad essa è ascrivibile una duplice protezione:

la tutela autorale prevista dal diritto nazionale negli artt. 102-bis e ss. della l. 633/1941^[5],

attribuibile qualora l'organizzazione dei dati abbia quel tradizionale gradiente creativo – richiesto per tutte le opere artistiche – che dimostri che l'organizzazione dei dati raccolti sia il frutto di una creazione dell'intelletto; la discussa tutela europea sui generis^[6], di cui all'art. 7 della direttiva 96/9/CE, che non necessita dell'apporto di creatività richiesto invece per la protezione nazionale, in quanto essa è stata concepita nell'ottica di premiare i costitutori di dataset per i quali sia stato richiesto un rilevante investimento di tempo, lavoro e mezzi finanziari^[7]. Ne consegue che la trasformazione metaforica dall'anatroccolo di un insieme di informazioni grezze al cigno della raccolta di dati protetta giuridicamente si inverte per la tutela autorale per mezzo dell'originalità caratterizzante la rappresentazione dei dati raccolti, mentre per la tutela sui generis per la mera iniezione di ingenti somme di denaro.

Uno dei comuni denominatori tra le due forme di tutela summenzionate è la previsione di una tutela quindicennale^[8] contro gli usi non autorizzati da parte di terzi, tra i quali si inserisce la moderna attività di screen scraping, che presenta profili analoghi alla tradizionale attività di estrazione.

Invero, lo screen scraping – tradotto letteralmente “raschiamento dei video” – consiste in una tecnica informatica di estrazione di dati da un sito web per mezzo di software che consentono la divulgazione dei dati estratti da parte di soggetti diversi dal legittimato. La nozione italiana di estrazione^[9] ha pedissequamente ricalcato quella fornita dal legislatore europeo^[10], essendo intesa come “quell'attività di trasferimento temporaneo o permanente della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca dati su un altro supporto”.

Sulla nozione in parola è intervenuta altresì la Corte di Giustizia dell'Unione Europea stabilendo che essa debba essere intesa secondo un significato ampio, riferendosi a qualsiasi operazione non autorizzata di appropriazione di tutto il contenuto di una banca dati o di una parte di esso, ove la natura e la forma della modalità operativa utilizzata non rilevano al riguardo, ricomprendendovi quindi anche l'attività di screen scraping^[11].

Ciò premesso, il Tribunale di Milano^[12] ha rigettato la domanda di Ryanair, non ritenendo sussistente alcuna violazione del diritto autorale sulla banca dati della compagnia aerea, considerata inidonea a beneficiare della protezione giuridica accordata dalla normativa italiana, posto che la scelta e l'organizzazione dei dati fosse dettata esclusivamente da esigenze di carattere tecnico e funzionale, mancando quel *quid pluris* creativo, condizione imprescindibile per l'accesso all'invocata tutela^[13]. Si è anche esclusa la tutela europea sui generis, posto che lo sforzo finanziario che Ryanair affermava di aver sostenuto troverebbe smentita nella pratica di concedere in licenza ai terzi la banca dati in questione per la simbolica somma di € 100,00.

La Corte di Appello di Milano^[14] ha condiviso le statuizioni del Tribunale di prima istanza rigettando i motivi di appello aventi ad oggetto la tutela della banca dati di Ryanair, confermando la funzione eminentemente pratica ed operativa della medesima ritenendo che “L’organizzazione e sistematizzazione di detti dati si ispira a finalità gestionali e necessariamente funzionali ed esula dalle caratteristiche di detto sito un apprezzabile gradiente di apporto intellettuale creativo [...]” e che la tutela europea sui generis si sarebbe potuta riconoscere solo qualora il prezzo della licenza fosse stato di gran lunga superiore alla somma di € 100,00.

Ad una analoga conclusione è giunta anche la Corte di Cassazione ritenendo che i Giudici di primo e secondo grado abbiano offerto una corretta applicazione ed interpretazione delle disposizioni italiane ed europee a tutela delle banche dati, aggiungendo che il Regolamento (UE) n. 1008/2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nell’Unione, prescrive l’accesso indiscriminato alle tariffe di trasporto aereo di passeggeri e merci e che pertanto Ryanair non sarebbe stata comunque legittimata a rivendicare i diritti autoriali su tali informazioni^[15].

È pacifico che le raccolte di dati abbiano acquisito nel tempo una rilevanza economica tale da poter esser annoverate tra gli assets aziendali^[16], essendo idonee ad accrescere il vantaggio competitivo di un’impresa sulle altre^[17], ma è chiaro che nel caso di specie, quand’anche si voglia attribuire un valore economico più o meno consistente ai dati riguardanti i voli della compagnia aerea, risulta prevalente l’esigenza informativa del pubblico il quale può essere effettivamente in grado di valutare in modo ponderato le offerte di servizi turistici a condizione che gli stessi intermediari abbiano a disposizione tutte le informazioni riguardanti le possibili alternative da proporre ai viaggiatori.

3. L’uso del marchio altrui tra regime ordinario e derogatorio

Il secondo motivo di lite verte sulla sussistenza di un giusto motivo di utilizzazione del marchio altrui, richiedendo una valutazione di proporzionalità tra esigenze d’informazione dei consumatori e tutela del marchio in sé considerato, sulla base del congiunto esame degli artt. 20 e 21 del d.lgs. 30/2005.

In particolare, Ryanair lamentava la violazione del proprio marchio comunitario denominativo “Ryanair”, sostenendo che Lastminute, nelle proprie offerte turistiche in cui mostrava il marchio in parola, avrebbe tratto un vantaggio ingiustificato derivante dalla rinomanza acquisita dallo stesso, in tal modo appropriandosi indebitamente dei molteplici sforzi e investimenti sostenuti dalla compagnia irlandese.

A tal proposito, conviene rammentare che la regola generale in materia di uso del marchio registrato prevede che il suo titolare abbia il diritto di vietare a terzi di usare il proprio marchio per prodotti e servizi uguali o simili a quelli per i quali esso è registrato, ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 30/2005. Tuttavia, alla regola standard fa da pendant la disciplina eccezionale contenuta nel successivo art. 21 del c.p.i.^[18], che trova giustificazione nell'esigenza di tutelare altri interessi^[19] potenzialmente in conflitto con il menzionato ius excludendi e, a determinate condizioni, idonei a permettere ai terzi di fare legittimamente uso del marchio altrui. Per fronteggiare il rischio di strumentalizzazioni della norma in esame – in questo senso capaci di circoscrivere eccessivamente la portata del diritto di esclusiva – lo stesso articolo prevede altresì un controlimite, rappresentato dalla prescrizione che l'uso in deroga non contrasti con i principi di correttezza professionale^[20]. Ne consegue che le ipotesi individuate dalla norma eccezionale, temperate e allo stesso tempo legittimate dai canoni della correttezza professionale, fungono da spartiacque tra l'uso giusto ed ingiusto che un terzo possa fare di un marchio altrui.

Tra le diverse fattispecie eccezionali, quella pertinente al caso di specie riguarda l'uso del marchio per finalità descrittive, ovvero l'utilizzo del segno distintivo per identificare che il prodotto o il servizio di un'altra impresa è solo un ingrediente o una componente o una parte di una combinazione del diverso prodotto offerto^[21] ^[22].

In tale prospettiva, il Tribunale meneghino non ha accolto la doglianza di Ryanair, ritenendo che l'uso del marchio da parte di Lastminute, indipendentemente dalla sua rinomanza, abbia una funzione meramente descrittiva, essendo utilizzato soltanto per segnalare il vettore delle offerte promosse, sussumendo tale condotta proprio nel regime derogatorio di cui all'art. 21 del d.lgs. 30/2005.

Ugualmente, la Corte di Appello milanese ha confermato le statuizioni di primo grado, affermando che l'uso del marchio "Ryanair" da parte dell'agenzia di viaggio online debba considerarsi lecito, in considerazione del legittimo uso per finalità descrittive, ex art. 21, d.lgs. 30/2005. È stato inoltre precisato che l'indicazione del vettore costituisce in realtà un atto dovuto e necessario affinché i viaggiatori siano messi a conoscenza della compagnia aerea operante per l'offerta proposta.

Anche in tal caso, la Corte di legittimità ha convalidato gli orientamenti dei precedenti gradi di giudizio con riguardo all'interpretazione degli artt. 20 e 21 del d.lgs. 30/2005. Invero, l'uso eccezionale del marchio in forma descrittiva è giustificato dall'esigenza di informare i potenziali consumatori circa la specie e le caratteristiche della prestazione offerta, posto che nei giudizi di merito non è stata offerta dimostrazione circa la difformità della condotta di Lastminute dai parametri della correttezza professionale^[23].

Tale orientamento giurisprudenziale è conforme a quanto sostenuto in dottrina con riferimento al limitato ambito di applicazione della privativa, circoscritto alla funzione distintiva di prodotti o servizi, escludendosi che essa possa trovare cittadinanza anche per finalità diverse – come quella descrittiva – anche se egualmente pregiudizievoli dal punto di vista della notorietà e della capacità distintiva del marchio^[24]. Beninteso, risulta ormai pacifico^[25] come l'art. 21, d.lgs. 30/2005, sancisca la generale legittimità di ogni uso in funzione descrittiva con il solo limite dell'ingiustificato agganciamento.

Da ultimo, l'affermata rinomanza del marchio comunitario “Ryanair”, per invocare la sua protezione extra moenia, non risulta conferente al caso di specie. Se verosimilmente possa riconoscersi la più estesa gittata – in termini di privativa – derivante dalla rinomanza acquisita nel tempo dal marchio della compagnia aerea^[26], potendo così estendersi anche su mercati diversi rispetto al core business di Ryanair (con le dovute riserve che essa non detenga una posizione ragguardevole anche nei mercati a valle, come si vedrà nel prosieguo), comunque non sono emersi elementi in favore dell'attivazione del controlimite della correttezza professionale^[27].

4. Concorrenza sleale screditante, pubblicità ingannevole ed exceptio veritatis

La terza causa di origine della disputa de qua attiene alla valutazione circa l'idoneità del comunicato di Ryanair rivolto alle online travel agencies, tra cui Lastminute, ad integrare un atto di concorrenza sleale screditante ex art. 2958, n. 2, c.c., o comunque un atto in violazione dei principi di correttezza professionale ai sensi del disposto di cui al n. 3 del medesimo articolo, oltre che un atto di pubblicità ingannevole ai sensi dell'art. 2, lett. b) del d.lgs. 145/2007.

In concreto, deve esaminarsi il comunicato stampa diffuso dal direttore vendite e marketing di Ryanair per l'Italia, Alessia Viviani, in data 24.01.2008, con il quale si affermava che “gli agenti di viaggio online sistematicamente addebitano commissioni esorbitanti e raddoppiano i prezzi; forniscono termini e condizioni scorrette ed ingannevoli; non informano i passeggeri sui cambiamenti dei voli e negano loro la possibilità di prenotare i bagagli online [...]”. In più, nel comunicato veniva accusata specificamente Lastminute di essere un agente di viaggio “senza scrupoli” che addebita commissioni esorbitanti fra l'80% e il 120%, tra cui un asserito incremento dell'83% sulla tratta Ciampino – Orio Al Serio. In aggiunta al comunicato, veniva contestato anche il rifiuto della compagnia aerea di imbarcare i passeggeri che avessero acquistato i biglietti dalle OTA, giustificandosi innanzi alla Direzione dei Trasporti per la Commissione di Bruxelles – in sede di indagine sulla legittimità di tale pratica – definendo le compagnie di viaggi online quali veri e propri “siti di bagarinaggio”. Nei giudizi di merito ed in quello di legittimità Ryanair eccepiva l'assoluta verità delle proprie affermazioni e la correttezza

delle condotte assunte nei confronti delle OTA.

Contrariamente, Lastminute deduceva la falsità delle dichiarazioni screditanti provenienti dalla compagnia aerea, offrendo dimostrazione che la maggiorazione normalmente praticata da Lastminute sul prezzo dei biglietti Ryanair fosse stata del 30% e pertanto richiedeva il risarcimento del danno derivante dal comunicato e dalle altre pratiche ostili subite.

Giova premettere brevemente che in materia di concorrenza sleale screditante, di cui all'art. 2598, n. 2, c.c., l'interesse principalmente tutelato è la reputazione di un'impresa contro la diffusione di notizie squalificanti da parte dei suoi competitors. La dottrina è divisa sulla necessità che le notizie screditanti diffuse siano affette da falsità affinché la loro diffusione possa integrare un atto di concorrenza sleale, oppure invece esso possa sussistere anche quando vengano divulgate informazioni vere, ma comunque lesive della reputazione di un'altra impresa^[28]. La giurisprudenza – sia di legittimità^[29] che di merito^[30] –, invece, è ferma nel riconoscere il diritto di critica nei confronti di un'altra impresa soltanto a condizione che le informazioni divulgate siano contestualmente veritiere, contenute e rispondenti ad un interesse pubblico^[31]. Ne consegue che l'elemento della verità non appare da solo sufficiente a legittimare la divulgazione di notizie denigratorie riguardanti i concorrenti, posto che le informazioni veritiere pubblicate in modo tendenzioso e scorretto sarebbero parimenti illecite rispetto a quelle false^[32].

Ciò premesso, nel caso in oggetto il Tribunale di Milano ha correttamente qualificato le dichiarazioni di Ryanair come gravemente denigratorie della reputazione commerciale di Lastminute non solo perché esse non corrispondevano al vero con riguardo alla misura della maggiorazione del prezzo, ma in particolare in considerazione che tra soggetti economicamente concorrenti l'esercizio del diritto di critica va interpretato nel senso più restrittivo e severo possibile, non essendo consentito ad un imprenditore diffondere notizie false su un concorrente idonee a comprometterne l'immagine. Pertanto, il giudice di prime cure ha accolto la domanda di risarcimento del danno avanzata da Lastminute, quantificandolo nella somma di € 100.000, includendovi anche il risarcimento del pregiudizio derivante dall'abuso di posizione dominante (per la cui disamina si rinvia ai par. 5 e 6), oltre alla sanzione accessoria della pubblicazione della sentenza di condanna sul giornale "Il Sole 24 Ore".

La censura è stata confermata nel secondo grado di giudizio, non solo perché sono stati violati i limiti della verità e della continenza, ma anche perché le difficoltà registrate dai passeggeri che avevano acquistato i biglietti della compagnia aerea attraverso le OTA erano in larga parte dovute al rifiuto della società irlandese di collaborare con le medesime, al fine di garantirsi la vendita in esclusiva dei propri biglietti.

La Corte di Cassazione, oltre ad affermare l'inammissibilità del motivo di ricorso in quanto richiederebbe un accertamento di merito che esula dalla possibilità di esame del giudice di legittimità, precisa che la divulgazione di notizie e apprezzamenti falsi nei confronti dell'impresa concorrente è screditante ex se e perciò ricade nell'ambito applicativo di cui al n. 2 dell'art. 2598, c.c., senza ritenere necessario far ricorso alla più ampia ipotesi prevista dal n. 3 dello stesso articolo.

Orbene, è di solare evidenza il carattere squalificante e mendacio delle dichiarazioni della compagnia aerea, ritenendosi più che legittima la pretesa di Lastminute di ottenere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2598, n. 2, c.c.

Non appare pertinente, invece, la richiesta di applicazione innanzi all'organo giurisdizionale della disciplina in materia di pubblicità ingannevole, di cui ai d.lgs. 145/2007 e 206/2005, considerato che essa rientra nelle attribuzioni esclusive dell'Autorità antitrust. Cionondimeno, non si esclude che la condotta di Ryanair possa essere idonea altresì ad essere oggetto di sanzione amministrativa per la decettività del comunicato diffuso^[33], ma detta sanzione non può essere irrogata dal giudice ordinario.

Invero, secondo quanto disposto dall'art. 27 del d.lgs. 206/2005, che regola il raccordo tra la tutela ordinaria e quella amministrativa nell'ottica di prevenire eventuali ipotesi di overlapping tra di esse^[34], l'AGCM è investita del potere di irrogare sanzioni amministrative nei casi in cui vengano accertate condotte idonee ad integrare atti di pubblicità ingannevole^[35] mentre il giudice ordinario è deputato all'applicazione della disciplina in materia di concorrenza sleale, di cui all'art. 2598, c.c., ivi inclusa quindi la concorrenza sleale screditante.

5. La valutazione di dominanza di Ryanair nel mercato dei voli

La quarta questione oggetto di analisi assume centrale importanza in materia antitrust alla luce della controversa definizione del mercato rilevante nel settore dei trasporti aerei ai fini dell'accertamento dell'abuso di posizione dominante nei mercati verticalmente integrati, ai sensi dell'art. 3 della l. 287/1990.

Più specificamente, occorre determinare se Ryanair detenga una posizione dominante nel mercato dei voli al fine di valutare se la decisione di riservare la vendita dei propri biglietti esclusivamente tramite il proprio sito internet ed il proprio call center costituisca un abuso di tale posizione nel mercato a valle dei servizi turistici.

In via preliminare, occorre innanzitutto determinare la quota di mercato detenuta dalla

compagnia aerea, essendo sorto un contrasto su come essa debba essere calcolata. A tal proposito, Ryanair sosteneva di non essere titolare di alcuna posizione di dominio in quanto essa si limitava a detenere una quota di mercato pari al 10%, calcolata rispetto alla totalità del mercato dei voli nel territorio europeo, includendovi anche le quote detenute dalle compagnie di bandiera (e pertanto presumendo che tali compagnie possano effettivamente reputarsi competitors della compagnia low cost). Contrariamente, Lastminute sosteneva che nel mercato dei trasporti aerei fosse necessario ridurre drasticamente l'apertura del compasso, applicando il cd. city-pair method, ovvero il criterio secondo il quale ciascuna tratta sia idonea a costituire un mercato rilevante a sé stante, con la conseguenza che nelle tratte in cui Ryanair era l'unica o la maggioritaria compagnia operante essa sarebbe titolare di una quota di mercato pari rispettivamente al 100% o comunque di una percentuale tale da dimostrare la posizione di dominio.

Beninteso, la determinazione della quota di mercato, basata sulla corretta perimetrazione del mercato rilevante, è il presupposto logico necessario per stabilire l'esistenza di una posizione dominante e conseguentemente determinare se la scelta dei propri canali di vendita, normalmente rientrando nel libero esercizio dell'attività di impresa, sia in realtà una condotta abusiva escludente nel mercato a valle dei servizi turistici alla luce della posizione di dominanza detenuta da Ryanair nel mercato "a monte".

A beneficio di una più agile lettura delle differenti decisioni adottate dai Giudici di merito e della risoluzione del conflitto prospettata dalla Corte di legittimità, giova offrire una ricognizione sintetica del quadro regolatorio in materia di abuso di posizione dominante.

5.1. Cenni minimi sull'abuso di posizione dominante dall'origine europea alla disciplina italiana

Vale la pena di ricordare che il germe della regolazione antitrust italiana è stato innestato ben prima dell'inizio dei lavori preparatori della l. 287/1990, essendo invece riconducibile al periodo in cui l'Italia, come Stato membro della allora Comunità Economica Europea, si è interfacciata con le disposizioni a presidio della concorrenza riguardanti le intese e gli abusi di posizione dominante, di cui agli artt. 85 e 86 (successivamente artt. 81, 82) del TCE, con la limitata applicazione ai casi nei quali tali fenomeni potenzialmente anticoncorrenziali fossero idonei a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri^[36].

Orbene, il trattamento giuridico degli abusi di posizione dominante è rimasto pressoché analogo nella sua successiva formulazione sancita all'art. 102 del TfUE, con l'obiettivo di sanzionare quelle pratiche di per sé legittime le quali, allorquando vengano adottate dalla o dalle imprese in posizione di dominanza, siano idonee ad arrecare un danno ai consumatori e/o ai concorrenti che sarebbe invece neutralizzato in presenza di un mercato

concorrenziale.

Conformemente, la ratio della disciplina “di recepimento” italiana in materia, di cui all’art. 3 della l. 287/1990, reprimente l’abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all’interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante – indipendentemente dal pregiudizio al commercio agli Stati membri – non è quello di impedire la conquista di una posizione dominante (obiettivo che permea invece la disciplina delle concentrazioni rispetto all’ottenimento della menzionata posizione per processi di crescita esterna) per meriti propri, bensì quello di impedire che le posizioni raggiunte sul mercato si prestino a strumentalizzazioni a danno delle nuove imprese che cerchino di accedervi (cd. abusi escludenti) o a pregiudizi dei consumatori in termini di rincaro dei prezzi o di azzeramento/rallentamento dell’innovazione (cd. abusi di sfruttamento).

In altre parole, la stella polare per le Autorità antitrust è la repressione delle condotte di colui o di coloro che detengono una posizione di controllo del mercato che siano idonee ad alterare i meccanismi concorrenziali in misura superiore rispetto a quanto avverrebbe in uno scenario in cui fossero operanti anche altri competitors.

La deterrenza dei comportamenti anticoncorrenziali non è soltanto assicurata dal public enforcement, alla luce di ulteriori strumenti rimediali di natura privatistica da poter invocare innanzi al giudice ordinario in termini di nullità dei contratti e risarcimenti dei danni in favore di coloro che abbiano subito dei pregiudizi dagli atti distorsivi della concorrenza, che possono sintetizzarsi nel cd. private enforcement^[37].

In quest’ultima prospettiva, condividendo quanto enunciato dalla giurisprudenza di legittimità, la valutazione da parte dell’organo giurisdizionale in ordine all’idoneità della condotta di una o più imprese dominanti ad ostacolare la concorrenza – al fine di pronunciarsi sulla nullità del contratto o sul risarcimento del danno – deve andare alla ricerca della concorrenza “virtuale”, ovvero della situazione concorrenziale che sarebbe stata esistente qualora la posizione dominante non fosse stata esercitata nel modo in cui si pretende abusivo, dovendo tenere in considerazione il mercato di riferimento, determinato in relazione alla sostituibilità dei prodotti e servizi in questione (mercato di prodotto) e alla sua estensione territoriale (mercato geografico), potendo così stabilire gli effetti pro o anticoncorrenziali derivanti dalla condotta oggetto di scrutinio^[38].

Più precisamente, l’incrocio tra i due mercati in parola consente di determinare il perimetro entro il quale deve essere calcolata la quota di mercato, la quale, insieme ad altri indici, attesta l’esistenza o meno in concreto di una posizione di dominio, supplendo all’astratta – e forse un po’ tautologica – nozione storica di posizione dominante fornita

dalla CGUE secondo cui essa corrisponderebbe ad “una posizione economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e dei suoi consumatori”^[39] e che non risulta di particolare aiuto al vaglio pratico degli effetti sulla concorrenza dei comportamenti adottati da un’impresa dominante, essendo piuttosto prioritaria la valutazione della razionalità economica e dei guadagni di efficienza che tali condotte producono sul mercato, sui concorrenti e sui consumatori^[40].

5.2. Determinazione del mercato rilevante in astratto e in concreto: l’opportunità del city-pair method nel mercato dei voli

Il fine di determinare la posizione dominante di una o più imprese è richiesta quindi una duplice verifica:

in primis, occorre perimetrare il mercato rilevante dal punto di vista merceologico e territoriale; in secundis, bisogna calcolare la quota percentuale detenuta nel mercato di riferimento e valutarla insieme ad altri indicatori^[41]. Con riguardo alla prima operazione, propedeutica alla seconda, è necessario delineare correttamente il mercato del prodotto e il mercato geografico sulla base dell’interscambiabilità oggettiva e soggettiva.

Dal lato oggettivo, l’ampiezza del settore merceologico del bene o servizio oggetto di indagine dipende dal grado di fungibilità del medesimo con altri beni o servizi che la domanda considera sostitutivi in base essenzialmente a tre parametri: le abitudini e tendenze dei consumatori, le caratteristiche specifiche del prodotto/servizio ed il suo prezzo^[42]. Dal lato soggettivo, occorre indagare sulle preferenze dei consumatori, tenendo conto che non può escludersi a priori che prodotti teoricamente fungibili da un punto di vista oggettivo siano equivalenti agli occhi dei consumatori per ragioni puramente soggettive, legate al loro gusto personale, creando così la nascita di un mercato a sé stante^[43].

In merito al mercato geografico, da un punto di vista oggettivo, occorre individuare le zone principali in cui l’impresa offre i propri beni e servizi, dando atto che i progressi tecnologici che hanno portato alla nascita e allo sviluppo dell’e-commerce consentirebbero verosimilmente di operare in qualsiasi luogo raggiungibile da un corriere, estendendo potenzialmente il mercato geografico di riferimento al mondo intero. Dal lato soggettivo, per stabilire se due imprese collocate in aree diverse siano fonti alternative di approvvigionamento, occorre valutare se e a quali condizioni i consumatori siano disposti a rifornirsi dall’impresa potenzialmente concorrente operante in un’altra zona, in relazione all’ulteriore indice della distanza territoriale che le separa^[44].

Una volta tracciati i contorni del mercato rilevante a seguito della non facile combinazione del mercato merceologico e geografico, così come determinati in relazione alle peculiari caratteristiche oggettive e soggettive, è possibile procedere al calcolo in percentuale della quota di mercato detenuta dall'impresa oggetto di accertamento, che normalmente viene individuata rispetto al fatturato totale di riferimento. In linea generale, una percentuale superiore al 50% rivela l'esistenza di una posizione di dominanza, mentre al di sotto di tale percentuale è necessario vagliare ulteriori indici quali, a titolo esemplificativo, le barriere all'ingresso, la capacità finanziaria, la capillarità della rete di distribuzione, la detenzione di privative industriali, il numero di competitors e le quote da essi detenute^[45].

Ciò premesso, occorre precisare che ciascun settore imprenditoriale può presentare delle specificità che possono determinare l'ampliamento o la restrizione dei confini del mercato rilevante, nella prospettiva di porre l'attenzione agli effetti concreti che determinati comportamenti possono dispiegare nei confronti dei clienti e dei concorrenti.

A tal proposito, nel particolare business dei trasporti aerei si è sviluppato un orientamento dell'Autorità antitrust europea^[46] ed italiana^[47], condiviso a livello giurisprudenziale^[48], inteso a scindere innanzitutto il mercato rilevante delle compagnie low cost da quello delle compagnie di bandiera e, all'interno di tali mercati separati, circoscrivere il perimetro non solo in relazione alle singole tratte in cui i vettori aerei fossero operanti, alla luce del metodo delle cd. coppie di origine/destinazione (O&D o all'anglosassone city-pair method)^[49], per il quale ciascuna tratta sarebbe idonea a costituire un mercato rilevante ex se, ma segmentandolo ulteriormente in relazione alla domanda per la medesima tratta, distinguendo tra viaggiatori time sensitive e viaggiatori price sensitive. Ne consegue che, secondo questa ragionevole ricostruzione, la singola tratta, oltre a costituire un mercato a sé stante, possa avere due mercati rilevanti e separati, l'uno composto dai viaggiatori che hanno bisogno di raggiungere una data destinazione indipendentemente dal costo del biglietto (i cd. clienti business o time sensitive), l'altro rappresentativo dei viaggiatori che acquistano il biglietto per una certa meta solamente se esso sia accessibile ad un prezzo contenuto (clienti leisure o price sensitive).

Cercando di ricondurre questa speciale metodologia di calcolo della market share – elaborata per il peculiare settore del mercato dei trasporti – nelle fila del summenzionato procedimento di determinazione della quota di mercato si potrebbe sostenere che il mercato di prodotto possa identificarsi nella tratta che collega due città e il mercato geografico sia composto dalle rispettive aree di origine e destinazione nelle quali il viaggiatore sarebbe disposto a muoversi qualora volesse percorrere una data tratta (la cd. catchment area)^[50]. Bisogna precisare che nella determinazione delle aree geografiche che compongono il rispettivo mercato non si annoverano soltanto gli aeroporti limitrofi, ma

anche le stazioni e i porti, a condizione che i trasporti ferroviari e marittimi che collegano le due città identificanti il mercato del prodotto siano parimenti efficienti.

5.3. Profili di compatibilità dell'airport-pair method

In alternativa al city-pair method, si dà conto dell'esistenza di studi d'oltreoceano^[51] secondo i quali il calcolo del mercato rilevante nel settore dei trasporti aerei possa svolgersi secondo il cd. airport-pair method^[52]. Alla luce di tale criterio, vi sarebbe un'ulteriore circoscrizione del mercato di riferimento in virtù del quale nella tratta che collega due città vi sarebbero tanti mercati rilevanti e separati quanti sono gli aeroporti che collegano la città di origine a quella di destinazione.

Orbene, è di solare evidenza che questo metodo possa trovare cittadinanza solo in quelle città che abbiano più di un aeroporto^[53]. Dalla sua applicazione ne consegue che invece di considerare le città come punti di partenza e di destinazione raggiungibili attraverso qualsiasi aeroporto limitrofo, ciascuna coppia di aeroporti sarebbe idonea a costituire un mercato a sé stante, escludendo così che una tratta che collega la stessa città di partenza e di arrivo mediante aeroporti diversi possa considerarsi una soluzione alternativa per i viaggiatori.

Esemplificando, una tratta che collega Roma a Marrakech presenterebbe due mercati rilevanti separati qualora vi siano dei voli in partenza sia dall'aeroporto di Fiumicino che da quello di Ciampino. Pertanto, il mercato del prodotto sarebbe individuabile nella tratta che collega le due città, mentre vi sarebbero dei mercati geografici separati coincidenti con i diversi aeroporti che consentono il trasporto tra le due città identificanti il mercato del prodotto, escludendo che diversi aeroporti situati in zone prossime alla città di partenza e/o di destinazione siano tra loro in competizione, in quanto per le più svariate ragioni soggettive i viaggiatori manterrebbero la preferenza per un dato aeroporto per percorrere una specifica tratta.

Nella prospettiva antitrust, l'ulteriore restrizione del mercato rilevante comporterebbe l'acquisizione di una posizione di monopolio in capo a quelle compagnie aeree che collegano in esclusiva due aeroporti, considerando così irrilevanti dal punto di vista concorrenziale eventuali voli che collegano le medesime città proposti da altre compagnie aeree operanti in aeroporti diversi^[54].

Essendo pacifica la necessità di determinare il mercato rilevante secondo le preferenze effettive dei consumatori sarebbe opportuno restringere maggiormente il mercato di riferimento alla luce dell'airport-pair method solo ed esclusivamente se possa essere individuabile una categoria di clienti da definirsi come distance sensitive, ovvero dei

viaggiatori che vogliono o preferiscono raggiungere una data destinazione attraverso una determinata coppia di aeroporti, verosimilmente quelli più vicini alle città di partenza e di destinazione, che potrebbero risultare per certi versi affini ai clienti time sensitive. Concretamente, i viaggiatori distance sensitive sono coloro i quali non risultano influenzati – o lo risultano in misura minima – dal variare delle condizioni dei voli in partenza o in arrivo dall'aeroporto più vicino o più facilmente raggiungibile dalla città.

In sintesi, nell'intento di perimetrare esattamente la quota di mercato detenuta da una compagnia aerea nel mercato dei voli appare opportuno applicare in linea generale il city-pair method, ritenendo invece necessaria l'ulteriore circoscrizione del mercato rilevante in fasce orarie e di prezzo qualora le indagini di mercato rivelino l'esistenza di clienti price sensitive e time sensitive, o diversamente la sua segmentazione per geografia aeroportuale secondo l'airport-pair method allorquando vi siano clienti distance sensitive, che non risultano appunto indifferenti nella scelta tra due aeroporti limitrofi della stessa città^[55].

5.4. L'argomento delle essential facilities

Tra gli studi storici del diritto della concorrenza, soprattutto con riguardo agli abusi di posizione dominante escludenti, è tema ricorrente quello della cd. essential facility doctrine, teoria invocata anche da Lastminute nel giudizio in esame e che dunque merita di essere sinteticamente illustrata.

Innanzitutto, è necessario premettere che imprese afferenti a mercati diversi possono essere in realtà strettamente collegate per ragioni di carattere economico, geografico o tecnico che permettano di attribuire di fatto ad una esse l'unica chiave di accesso ad uno o più mercati verticalmente integrati, definiti anche come mercati a valle. Il rischio di pregiudizio ai meccanismi virtuosi della concorrenza è massimo quando detta chiave sia custodita da un'impresa in posizione dominante nel mercato a monte.

Deve intendersi quindi per essential facility quell'infrastruttura indispensabile ai concorrenti per operare nel mercato a valle integrato verticalmente, il cui diniego d'accesso, o a condizioni inique o discriminatorie, comporterebbe o faciliterebbe l'ingiustificata esclusione dei competitors sul mercato derivato^[56]. In passato si consideravano essential facilities principalmente quelle infrastrutture create attraverso investimenti pubblici e gestite da imprese in monopolio legale, come le reti ferroviarie, energetiche e delle telecomunicazioni, la cui liberalizzazione ha portato i new entrants a invocare tale teoria per esercitare un'attività imprenditoriale nei mercati derivati^[57]. Occorre evidenziare che anche l'essential facility doctrine ha conosciuto gli effetti dell'evoluzione digitale, essendo stata più volte richiamata per l'accesso a software^[58], Big

Data^[59], banche dati o comunque a raccolte di informazioni grezze^[60] di esclusiva titolarità in capo ad alcuni incumbents, in quanto questi nuovi beni rappresentano oggi fattori di produzione determinanti per operare efficacemente nei mercati da essi dipendenti.

Da un punto di vista teorico, l'infrastruttura essenziale si caratterizza per le seguenti condizioni:

l'accesso all'infrastruttura è l'esclusivo canale di accesso per esercitare un'attività imprenditoriale nel mercato a valle^[61]; non è possibile duplicare l'infrastruttura per ragioni economiche e/o giuridiche; il rifiuto ingiustificato di accedere all'infrastruttura a condizioni eque e non discriminatorie consente al suo titolare di riservarsi il monopolio o il predominio sul mercato derivato, escludendo qualsiasi tipo di concorrenza^[62]. Da un punto di vista pratico, invece, in alcuni casi i contorni e i confini di tale teoria possono apparire decisamente sfocati, soprattutto con riferimento all'individuazione di quali infrastrutture siano replicabili e quali meno, dovendo individuare per ciascun mercato una soglia economica e/o giuridica al di sopra della quale si possa escludere la replicabilità.

In proposito, secondo quanto affermato dalla Commissione europea^[63], occorre cautela nell'identificazione delle infrastrutture rispetto alle quali è legittimo imporre la fornitura ai terzi, considerato che detta imposizione rappresenta un'eccezione alla regola generale che garantisce la libera scelta dei propri partners commerciali.

Se è vero che da un lato la preclusione all'infrastruttura essenziale potrebbe ostacolare l'ingresso di nuove imprese, dall'altro la consapevolezza per gli incumbents di non essere liberi nella scelta dei propri contraenti e di essere obbligati a fornire beni o servizi contro la loro volontà può far sì che essi non investano, o investano meno, in un dato mercato, posto che i concorrenti potrebbero essere tentati di sfruttare opportunisticamente gli investimenti delle imprese dominanti, attuando il cd. free-riding, anziché investire loro stesse. È pacifico che nessuna di queste conseguenze sarebbe sostenibile a lungo termine sia nell'interesse del mercato che in quello dei consumatori.

Il difficile contemperamento dei due interessi si è anche manifestato nel contenzioso tra Lastminute e Ryanair, con riferimento all'idoneità di ricondurre nella categoria degli abusi escludenti nel mercato a valle dei servizi turistici la decisione di Ryanair di riservare esclusivamente ai propri canali di vendita la possibilità di acquisto dei propri biglietti aerei. Si è già dato conto che il diritto alla scelta dei rivenditori autorizzati a distribuire i propri prodotti e/o servizi rientra nella libertà di iniziativa economica privata di ogni impresa, tuttavia la ricaduta pratica di tale decisione sulla concorrenza, consistente nell'esclusione di fatto delle online travel agencies dal potere efficacemente operare nelle destinazioni esclusivamente o maggiormente servite da Ryanair, richiede un ponderato

bilanciamento degli interessi in gioco.

6. Calcolo della quota di mercato nel settore aereo e potere escludente sui mercati turistici “a valle”: decisioni a confronto

Una volta appurato che non sia necessaria la doppia posizione di dominanza nel mercato a monte e in quello a valle, essendo sufficiente che un'impresa detenga il controllo sul mercato a monte – eventualmente rafforzato dalla disponibilità di un'essential facility – affinché possa configurarsi una condotta escludente nel mercato derivato^[64], occorre stabilire quale criterio di calcolo sia più adeguato per determinare la quota di mercato che Ryanair detiene nel settore dei trasporti aerei.

Qualora venisse utilizzato il criterio proposto dalla compagnia irlandese, basato sulla prospettiva di un mercato rilevante di dimensione geografica europea in cui sarebbero operanti tutte le compagnie aeree, siano esse low cost o di bandiera, non sarebbe contestabile alcuna posizione dominante nei confronti di Ryanair in quanto essa si limiterebbe a detenere una quota di mercato del 10%, percentuale pacificamente inidonea a testimoniare l'esistenza di un controllo del mercato aereo e conseguentemente anche del mercato verticalmente integrato dei servizi turistici.

Se invece venisse applicato il city-pair method – posto che nel caso in esame non si discute in ordine alla natura di viaggiatori time, price o distance sensitive tali per i quali potrebbe apparire opportuno l'impiego dell'airport-pair method – proposto da Lastminute, ne deriverebbe l'indiscussa posizione dominante di Ryanair nelle 49 tratte intracomunitarie rispetto alle quali essa opera come monopolista (e quindi deterrebbe una quota di mercato pari al 100%) e nelle altre 19 in cui risulta la compagnia maggioritaria (avendo una quota di mercato superiore al 50%). In tal caso, occorrerebbe determinare se la vendita dei propri biglietti aerei in esclusiva tramite il proprio sito internet ed il proprio call center costituisca un diniego ingiustificato di una essential facility, idoneo pertanto ad integrare un abuso di posizione dominante escludente ai sensi dell'art. 102 TfUE e dell'art. 3 della l. 247/1990^[65].

Sebbene possa sembrare quasi immediata la soluzione più adeguata al caso di specie, si registra in realtà un netto contrasto tra le decisioni di primo e secondo grado.

6.1. Il favor per le OTA nel giudizio di primo grado

Secondo il giudice di prime cure^[66], contrariamente a quanto sostenuto da Ryanair, occorrerebbe innanzitutto operare una segmentazione del mercato tra compagnie low cost

e compagnie di bandiera, posto che alcuni consumatori orientano le proprie scelte di viaggio esclusivamente sulla base del prezzo del biglietto aereo e che pertanto altre tratte più costose – per quanto possano essere allettanti sotto il profilo storico, culturale o artistico – non si pongono in rapporto di fungibilità soggettiva rispetto a quelle decisamente più economiche.

Inoltre, quand'anche si voglia escludere la posizione dominante della compagnia irlandese nel mercato principale dei voli, il Tribunale di Milano ha ritenuto comunque necessario verificare se la condotta di Ryanair sia idonea a produrre degli effetti distorsivi della concorrenza nel mercato secondario a valle dei servizi turistici. In linea con la giurisprudenza europea sui rapporti tra imprese poste sulla filiera produttiva in relazione verticale^[67], ciò che rileva è il potere esercitabile nei confronti di imprese a valle, che si trovano di fatto in una posizione di dipendenza rispetto all'impresa operante nel mercato a monte.

Nel caso de quo, sebbene Ryanair abbia rivendicato la libertà di scegliere i propri canali di vendita, tale scelta implicherebbe di fatto l'esclusione tout court di altri operatori economici dalla possibilità di intermediare la vendita dei biglietti di trasporto aereo con la conseguente esclusione dal poter svolgere un'attività di intermediazione dei servizi turistici per le destinazioni coperte esclusivamente o maggiormente da quelle tratte.

Si è quindi affermato, in modo che si ritiene condivisibile, che la strategia commerciale di Ryanair debba essere considerata come abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TfUE, essendo idonea a soddisfare le condizioni cumulative comunemente postulate per l'applicazione della dottrina delle essential facilities, in quanto:

il rifiuto si riferisce ad un prodotto o servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva sul mercato a valle; è probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle; è probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori. Pertanto, secondo la ricostruzione prospettata dal Tribunale di Milano, il rifiuto di fornire la possibilità di intermediazione nei servizi di trasporto aereo riserverebbe alla sola Ryanair l'intero mercato derivato dei servizi collaterali con riguardo all'organizzazione di un viaggio per il quale si utilizzano voli della compagnia in questione, con la conseguente esclusione di qualsiasi forma di concorrenza nello stesso. In tale prospettiva, proprio in quanto la libertà di iniziativa economica privata incontra il limite dell'utilità sociale, composta anche nella tutela della concorrenza – e in via riflessa dell'interesse dei consumatori –, non può trovare tutela la pretesa della nota compagnia low cost di non consentire l'intermediazione professionale dei propri servizi di vettore aereo.

Ne deriva che il giudizio di primo grado si sia pacificamente concluso in senso favorevole a Lastminute – e più ampiamente a tutte le agenzie di viaggio online –, avendo acclarato la violazione dell'art. 102 TfUE da parte di Ryanair.

6.2. Il diverso orientamento del giudice d'appello

Al contrario, la Corte di Appello di Milano^[68], valorizzando la libertà di iniziativa economica privata nella sua declinazione del diritto di ogni impresa a scegliere liberamente i propri interlocutori commerciali in base al primo comma dell'art. 41 Cost., si è affidata ciecamente alla dichiarazione di Ryanair di non intermediare nel mercato dei servizi turistici, ritenendo altresì che quest'ultima non gestisca un'infrastruttura non replicabile di trasporto aereo in quanto sulle 49 tratte di monopolio di fatto e sulle altre 19 di predominio indiscusso non vi sarebbe alcun impedimento di carattere legale o contrattuale che ostacoli l'ingresso di altre compagnie aeree.

Il giudice di seconda istanza – con una motivazione che appare in realtà contraddittoria – ha riconosciuto che ai fini della determinazione del mercato rilevante nel settore imprenditoriale dei voli debba applicarsi il criterio O&D, ormai consolidatosi da tempo nella giurisprudenza europea e correttamente seguito dai giudici italiani, oltre che dall'AGCM. Tuttavia, dopo aver ammesso l'adeguatezza per il caso in esame del city-pair method ha poi mancato nella sua concreta attuazione, basando la propria decisione sulla percentuale del mercato complessivo dei voli intracomunitari (composto da operatori low cost e compagnie di bandiera) detenuta da Ryanair, pari al 10%, ritenendo quindi impossibile affermare l'esistenza di una posizione dominante sulla base dell'esigua quota di mercato.

Né è stato riconosciuto un rapporto di concorrenza nel mercato a valle dei servizi turistici, argomentando discutibilmente che “Non si capisce come l'appellante possa essere ritenuta responsabile del fatto che i visitatori del suo sito, per il fatto della presenza di pubblicità di servizi turistici attraverso specifici link, siano incoraggiati a comprare servizi turistici offerti da siti collegati a quello di Ryanair. Non si capisce come detta attività promozionale possa essere considerata restrittiva della concorrenza nel mercato a valle dei servizi turistici”. Pur avendo qualificato l'insieme dei dati detenuti da Ryanair come essential facility, il giudice meneghino non ha poi effettivamente attribuito il carattere anticoncorrenziale agli effetti espliciti dalla preclusione ingiustificata al loro accesso.

Sulla base di tali assunti, risultanti da un'indagine alquanto miope, la Corte di Appello milanese ha dichiarato che la decisione di Ryanair di riservare ai propri canali dedicati la vendita in esclusiva dei suoi servizi di trasporto aereo non costituisca abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TfUE, spostando l'ago della bilancia decisamente in

favore dell'esercizio della libertà imprenditoriale.

6.3. Il buon esercizio della nomofilachia nel giudizio per Cassazione

A correggere l'equilibrio tra libertà di iniziativa economica privata e tutela della concorrenza è intervenuta la Suprema Corte di Cassazione censurando la decisione di secondo grado per errata interpretazione dell'art. 102 TfUE e dell'art. 3 della l. 287/1990.

In particolare, l'errore interpretativo riguarderebbe la corretta sussunzione al caso concreto delle fattispecie abusive individuate alla lett. b) di entrambi gli articoli che qualificano come pratica illegittima dell'impresa in posizione dominante la limitazione della produzione, dell'accesso al mercato e dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori.

Tuttavia, prima di provvedere alla valutazione in ordine all'integrazione di un abuso escludente o di sfruttamento, appare necessario rispettare il prius logico consistente nella comprensione delle dinamiche competitive delle imprese coinvolte attraverso la determinazione del mercato rilevante e, sulla base di esso, della quota di mercato detenuta dall'impresa la cui condotta viene denunciata^[69].

In proposito, la Corte di legittimità ha evidenziato che non vi sia una regola generale per la perimetrazione di qualsiasi mercato, dovendo invece svolgere un'analisi caso per caso affinché si possano riempire correttamente i concetti giuridici indeterminati di mercato rilevante e di abuso di posizione dominante. Orbene, nel peculiare mercato dei trasporti aerei si è sviluppato a livello europeo un metodo di mappatura del mercato rilevante ben accolto nel contesto giuridico italiano^[70] in virtù del quale ogni collegamento tra coppie di città debba considerarsi mercato rilevante autonomo, con l'ulteriore segmentazione di esso qualora la clientela sia anche distinguibile in relazione ai fattori del tempo e del prezzo (individuati come clienti business e leisure)^[71].

Sul piano probatorio, ne consegue che Lastminute non era gravata dall'onere di provare la frammentazione del mercato europeo dei voli considerata l'assenza di una pronuncia dell'AGCM che lo affermasse, in conformità all'orientamento della giurisprudenza di legittimità^[72] secondo il quale in mancanza di un public enforcement ad opera dell'Autorità antitrust (rispetto al quale seguirebbero innanzi al giudice ordinario le cd. azioni follow-on), il giudice non deve applicare meccanicamente il classico principio dell'onere della prova secondo cui onus probandi incumbit ei qui dicit, bensì deve tener conto dell'asimmetria esistente tra le parti nell'accesso alla stessa, sicché sarà sufficiente ritenere che l'attore alleghi dei plausibili indici dimostrativi della condotta anticoncorrenziale, spettando poi al giudice il compito di ricostruire secondo i propri

poteri d'indagine la valutazione della condotta oggetto di scrutinio.

Come correttamente affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in esame, l'errore sul presupposto logico della perimetrazione del mercato rilevante in cui opera Ryanair ha inficiato tutto il ragionamento successivo, a partire dall'accertamento circa l'esistenza di una posizione dominante, a quello relativo all'abuso di tale posizione per il diniego ingiustificato di una essential facility, per arrivare infine agli effetti espliciti nel mercato a valle dei servizi turistici.

Qualora infatti vi fosse stata una corretta applicazione dell'art. 102 TfUE e dell'art. 3 della l. 287/1990, così come comunemente interpretati a livello sia nazionale che europeo, si sarebbe fatto uso del city-pair method e da esso si sarebbe accertata la posizione di dominanza di Ryanair nelle 49 tratte in monopolio e nelle altre 19 in predominio, con il conseguente riconoscimento degli effetti preclusivi anticoncorrenziali nei confronti delle OTA a seguito del diniego di accesso all'essential facility gestita in esclusiva dalla compagnia low cost.

L'errata ricostruzione della Corte meneghina è comprovata anche dall'asserita assenza di un collegamento tra il mercato in cui opera Ryanair e quello in cui operano le online travel agencies, svincolandosi totalmente dall'evoluzione della giurisprudenza europea^[73] che ha ben chiarito che vi possa essere un abuso escludente dell'impresa dominante nel mercato a monte che dispieghi gli effetti nel diverso mercato collegato, sebbene non sia anch'esso soggetto al suo dominio. La condotta escludente ha infatti l'obiettivo di rafforzare la propria posizione dominante e conquistarne un'altra nel mercato derivato, cercando di affievolirne la concorrenza con mezzi diversi dai propri meriti.

Per tali ragioni la Corte di Cassazione ha fondatamente accolto il ricorso presentato da Lastminute e ha cassato la sentenza impugnata con rinvio alla Corte di Appello di Milano in diversa composizione.

7. Spunti critici e riflessioni conclusive

La definizione della controversia tra Ryanair e Lastminute ha chiarito alcuni dei temi che interessano il diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza, rinforzando equilibri giurisprudenziali e dottrinali già in parte consolidati e bilanciandone altri non ancora pienamente stabilizzati, nel pieno esercizio della funzione nomofilattica a garanzia della certezza del diritto.

Si è infatti confermata l'impossibilità di offrire la protezione giuridica prevista in materia

di banche dati, sia in base alla tutela autorale nazionale ai sensi dell'art. 102-bis della l. 633/1941, che secondo la più ampia tutela sui generis di matrice europea, di cui all'art. 7 della Direttiva 96/9/CE, alla raccolta d'informazioni riguardanti i voli gestiti da Ryanair, vista l'assenza di un qualsivoglia gradiente di originalità nella loro organizzazione e considerata la mancata dimostrazione di avervi destinato risorse finanziarie e lavorative in misura rilevante, nonché alla luce della necessità di rispettare l'obbligo di disclosure imposto dall'ENAC (Ente nazionale per l'aviazione civile) per consentirne la comparabilità con i voli delle altre compagnie aeree.

In secondo luogo, viene rinsaldato l'equilibrio tra l'uso esclusivo del marchio in favore dell'impresa registrante e l'utilizzo in deroga da parte di terzi per finalità descrittive in applicazione degli artt. 20 e 21 del d.lgs. 30/2005. La ratio giustificatrice della legittimità dell'uso non autorizzato del marchio Ryanair da parte di Lastminute consiste nella doverosità per le imprese che propongono servizi turistici – siano essi offerti singolarmente o nella forma aggregata di “pacchetti all inclusive” – di indicare il vettore responsabile del trasporto per una data destinazione, così da permettere al consumatore di ponderare consapevolmente le proprie scelte di acquisto.

In terzo luogo, la manifesta infondatezza dell'*exceptio veritatis* proposta da Ryanair in difesa dall'accusa di aver commesso degli atti di concorrenza sleale screditante ai sensi dell'art. 2598, n. 2, c.c., per aver diffuso delle notizie particolarmente denigranti verso le OTA, tra cui Lastminute, ha condotto la Corte di Cassazione a ritenere che i Giudici di primo e secondo grado abbiano legittimamente condannato l'aerolinea, facendo corretta applicazione di quanto normativamente previsto in questa materia, senza ritenere necessaria l'invocazione della più ampia tutela prevista dall'art. 2598, n. 3, c.c. Non appare invece pertinente l'ulteriore richiesta innanzi al giudice ordinario di sanzionare Ryanair per aver integrato degli atti di pubblicità ingannevole, posto che è compito esclusivo dell'Autorità antitrust irrogare le sanzioni amministrative previste da tale disciplina, la quale potrà pronunciarsi in tal senso qualora lo riterrà opportuno.

Da ultimo, il bilanciamento di maggior rilievo operato nella sentenza in commento è quello tra libertà di iniziativa economica privata, di cui al primo comma dell'art. 41 Cost. e tutela della concorrenza, il cui fondamento è ormai pacifico possa essere ascritto al secondo comma del medesimo articolo^[74]. I diversi passaggi logici seguiti dalla Corte di legittimità hanno inizio con il faticoso riempimento dell'indeterminata nozione di mercato rilevante, nella sua peculiare conformazione assunta con riferimento al mercato dei trasporti aerei, propedeutica per l'accertamento della posizione dominante di Ryanair in detto mercato, al fine di valutare gli effetti anticoncorrenziali di una condotta che sarebbe normalmente legittima e che diventa abusiva proprio per la detenzione di una posizione di dominio nel mercato a monte rispetto a quello dei servizi turistici a valle, nel quale si sono dispiegati gli effetti preclusivi.

Non si è affatto lontani dai postulati riguardanti l'abuso del diritto nei quali echeggia che disporre di un potere attribuito dalla legge non è sempre condizione del suo legittimo esercizio.

Fissando la corretta interpretazione che deve permeare l'applicazione dell'art. 102 TfUE e dell'art. 3 della l. 287/1990, la Corte di Cassazione ha dimostrato che il "peccato originario" commesso dalla Corte di Appello di Milano nella determinazione del mercato rilevante dei voli ha travolto tutte le successive valutazioni, portando ad una decisione contraria ai paradigmi interpretativi che caratterizzano ormai da lungo tempo la nozione di mercato rilevante e il conseguente accertamento della posizione di dominio nel peculiare settore dei trasporti aerei. Invero, il city-pair method risulta essere un criterio ormai consolidato, sia a livello europeo che a livello nazionale, per la valutazione degli effetti concorrenziali delle condotte delle imprese che operano nel mercato dei trasporti. Per di più, questo metodo di calcolo è stato ulteriormente affinato nell'intento di guardare alle dinamiche effettive di mercato, con particolare attenzione alle preferenze dei consumatori, distinguendo ulteriormente all'occasione i mercati rilevanti in sotto-mercati popolati da clienti price, time e/o distance sensitive.

Di analoga gravità è stata l'esclusione a priori di un possibile collegamento tra il mercato aereo e quello dei servizi turistici, considerata la loro integrazione verticale apertamente dimostrata dall'esistenza di un'infrastruttura essenziale detenuta in esclusiva dall'operatore sul mercato a monte che potrebbe essere ben incline a neutralizzare la concorrenza nel mercato a valle. Come ben insegna la giurisprudenza europea del caso TetraPark^[75], per ritenere integrato l'abuso di posizione dominante escludente in un mercato derivato non è necessaria la doppia dominanza nei due mercati verticalmente integrati, essendo sufficiente che l'impresa detentrica di una posizione di controllo nel mercato a monte la strumentalizzi per ridurre ulteriormente il grado di concorrenza attuale e potenziale nel mercato a valle non controllato, nell'intento di restare l'unico operatore per meriti diversi dalle proprie virtù produttive e innovative.

È indiscutibile che la scelta dei canali di vendita di un'impresa rientri nel pieno esercizio della libertà di iniziativa economica privata, tuttavia allorquando detti canali costituiscano un'infrastruttura essenziale detenuta in esclusiva da un'impresa in posizione di dominio o predominio consegue che la sua preclusione ad altre imprese ne integra una condotta abusiva escludente, in quanto idonea ad ostacolare in concreto altri operatori dall'accesso al mercato da essa dipendente.

Sebbene Ryanair affermasse a gran voce la bontà delle proprie strategie commerciali a beneficio dei consumatori alla luce dei prezzi straordinariamente bassi delle proprie

offerte, guardando all'altro lato della medaglia, ovvero agli effetti prodotti dalle osannate strategie di business sul mercato dei servizi turistici a valle, ci si accorge immediatamente che esse siano molto meno commendevoli rispetto a quanto appaiono a prima vista. Effettivamente, la decisione di Ryanair, lungi dall'essere completamente virtuosa, apre un vaso di Pandora di effetti anticoncorrenziali sia sul mercato a monte dei trasporti aerei che sul mercato a valle dei servizi turistici accessori in quanto:

sulle tratte gestite dall'aerolinea in monopolio ne derivava di fatto l'impossibilità per le online travel agencies di fornire ai consumatori i dati relativi ai voli dell'unico vettore operante; per le tratte in predominio veniva preclusa la possibilità di comparazione dei prezzi e delle condizioni di volo offerte da tutte le compagnie aeree, come prescritto dall'ENAC; sul mercato dei servizi turistici aggiuntivi rispetto ai quali Ryanair percepiva i cd. ancillary revenues derivanti dagli acquisti dei suoi viaggiatori in favore dei molteplici partners commerciali, ne conseguiva l'impossibilità fattuale per le OTA di proporre offerte concorrenti, riducendo di riflesso la possibilità di scelta dei consumatori. Pertanto, la momentanea convenienza delle offerte di viaggio proposte da Ryanair in favore dei consumatori non può giustificare il rischio di un successivo fallimento di mercato conseguente all'annientamento della concorrenza esistente e potenziale degli operatori turistici, che di riflesso andrebbe nel lungo termine anche a scapito dei consumatori considerando che il monopolista non sarebbe più incentivato a trasferire i propri vantaggi (quello che gli economisti chiamerebbero surplus) ai consumatori^[76].

Per tali ragioni, non si può fare a meno di condividere pienamente la cassazione della sentenza di secondo grado con rinvio alla Corte di Appello di Milano, la quale sarà tenuta ad applicare il city-pair method per accertare la posizione di dominanza di Ryanair nel mercato dei voli e valutare i danni subiti da Lastminute a seguito della sua condotta escludente, ritenendosi ragionevole presumere che la loro quantificazione sarà ben maggiore rispetto a quella riconosciuta nel giudizio di primo grado^[77].

Questa decisione è di significativo rilievo per il diritto della concorrenza italiano in quanto arricchisce la scarsa rassegna dei casi di private antitrust enforcement in materia di abusi di posizione dominante (ancor più rara essendo stata sollecitata da un'azione stand-alone^[78]), essendo idonea a levarsi a punto di riferimento per la giurisprudenza di merito che, come si è avuto modo di dimostrare, non è ancora uniformemente aggiornata sugli sviluppi interpretativi in questa materia. A rinforzarne ulteriormente l'osservanza si potrebbe sperare in un parallelo procedimento di public enforcement condotto dall'AGCM che valuti nella prospettiva antitrust e consumeristica gli effetti espliciti dalle strategie commerciali di Ryanair, integrando in misura complementare le avvedute risultanze già raggiunte in sede giurisdizionale.

LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'AMBITO DEL TRASPORTO AEREO: IL CASO RYANAIR
C. LASTMINUTE

Note e riferimenti bibliografici

[1] Si dà conto che oltre alla vicenda italiana sono stati celebrati altri processi in diverse giurisdizioni europee che vedono contrapposta Ryanair alle agenzie di viaggio online operanti negli altri Paesi dell'UE su questioni giuridiche molti simili a quelle emerse nella vicenda italiana, tra cui:

la controversia spagnola tra Atrapalo SI e Ryanair, risolta dall'Audencia Provincial di Barcellona con sent. n. 11 del 21 gennaio 2009; la lite francese tra Opodo Limited e Ryanair, definita dalla Cour d'appel di Parigi con sent. n. 1011168 del 23 marzo 2012; la causa tedesca tra PR Aviation BV e Ryanair, oggetto anche di rinvio pregiudiziale innanzi alla CGUE, causa C-30/14, decisa il 15 gennaio 2015. [2] Il crescente ruolo economico e sociale assunto negli ultimi anni dagli intermediari di beni e servizi online (i cd. cybermediares) ha sollevato intricate questioni dal punto di vista concorrenziale oggetto di particolare studio dalle Authorities competenti e dalla dottrina. Per un interessante approfondimento sui recenti sviluppi antitrust che vedono protagoniste le online travel agencies si rinvia a Colangelo M., Zeno-Zencovich V., La intermediazione on-line e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (II)*, I, 2015, 43 ss. Si veda inoltre la successiva rielaborazione in lingua inglese, Idem, Online platforms, competition rules and consumer protection in travel industry, in *Journal of European Consumer and Market Law*, II, 2016, 75 ss.

[3] Cass. civ., sez. I, sent. n. 29237 del 12 novembre 2019.

[4] Direttiva 96/9/CE, art. 1, par. 2.

[5] Sull'(in)opportunità di tutelare le banche dati secondo le regole del diritto di autore si veda Ghidini G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, 3° Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2015, 283-285.

[6] Per un maggiore approfondimento sulla prospettiva sovranazionale della tutela si rinvia a Falce V., L' "insostenibile leggerezza" delle regole sulle banche dati nell'unione dell'innovazione, in *Riv. dir. ind.*, IV, 2018, 377 ss.; Idem, La disciplina comunitaria sulle banche dati. Un bilancio a dieci anni dall'adozione, in *Riv. dir. ind.*, VI, 2006, 227 ss. Contro la protezione sui generis dei meri investimenti senza alcun gradiente di creatività si veda Di Cataldo V., Banche dati e diritto sui generis: la fattispecie costitutiva, in *AIDA*, IV, 1997, 20 ss.

[7] In tal senso depono il Considerando 39 della Direttiva secondo cui: "[...] oltre alla tutela del diritto d'autore per la scelta o la disposizione originale del contenuto di una banca di dati, la presente direttiva intende salvaguardare i costitutori di banche di dati dall'indebita appropriazione dei risultati dell'investimento finanziario e professionale effettuato per ottenere e raccogliere il contenuto proteggendo la totalità o parti sostanziali della banca di dati da taluni atti commessi dall'utente o da un concorrente". Sull'interpretazione giurisprudenziale delle condizioni richieste affinché le banche dati possano godere della tutela europea sui generis si vedano i commenti alla sentenza del 2 novembre 2004 della CGUE, causa C-203/02, in *Manavello C.*, Prima decisione della Corte di Giustizia sulle banche di dati, in *Il diritto industriale*, IV, 2005, 420 ss.; Viti V., *Diritto sui generis al guado*, in *Diritto dell'internet*, V, 2005, 451 ss.

[8] Riconosciuta nel diritto italiano dall'art. 102-bis, comma 6, della L. 633/1941 e in quello europeo dall'art. 10 della Direttiva 96/9/CE, prevedendo quest'ultima la facoltà di estendere la protezione per una durata superiore a 15 anni in presenza di modifiche, aggiornamenti o integrazioni alla raccolta di dati tali da richiedere nuovi investimenti sostanziali, a differenza della disciplina italiana che nulla dispone sulla proroga della durata.

[9] L. 633/1941, art. 102-bis, comma 1, lett. b).

[10] Direttiva 96/9/CE, art. 7, par. 2, lett. a).

[11] CGUE, causa C-304/07, sent. del 9 ottobre 2008, secondo cui "Occorre inoltre sottolineare che l'utilizzo, all'art. 7, par. 2, lett. a), della direttiva 96/9, dell'espressione «con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma» dimostra che il legislatore comunitario ha inteso attribuire alla nozione di estrazione un significato ampio".

[12] Trib. Milano, sez. imprese, sent. n. 7708 del 4 giugno 2013.

[13] Di analogo avviso è la già richiamata decisione della Audencia Provincial di Barcellona nella causa tra l'agenzia

di viaggi online spagnola Atrapalo SI e Ryanair Ltd. che, con sent. n. 11 del 21 gennaio 2009, ha rigettato le domande della compagnia irlandese ritenendo che:

Ryanair non può discriminare l'utilizzo da parte di terzi delle informazioni sui voli presenti sul proprio sito considerato che esse risultano accessibili a chiunque; non è stato dimostrato il pregiudizio che le OTA, e nello specifico la società Atrapalo SI, sono in grado di arrecare attraverso la consultazione dei sistemi informativi di Ryanair; l'attività di Atrapalo SI non può considerarsi lesiva degli interessi dei consumatori, essendo al contrario per loro favorevole, aumentando la concorrenza nel settore di vendita dei servizi turistici e consentendo così ai potenziali clienti di avere una chiara comparazione delle offerte e dei prezzi; le banche dati utilizzate da Ryanair non possono considerarsi tutelabili sia in base alla direttiva 96/9/CE che secondo la normativa spagnola in materia di diritto d'autore in quanto carenti del requisito di originalità, sulla scorta della giurisprudenza della CGUE nella vicenda *Footbal Dataco Ltd. e altri*, causa C-604-10. Per una più dettagliata ricostruzione del case study spagnolo si rinvia a Berto L., *Screen scraping e banche dati: il caso Ryanair contro Atrapalo*, in *Ius in itinere*, 2019. In parziale continuità rispetto a tale orientamento giurisprudenziale, giova dar conto della successiva giurisprudenza europea nella controversia tra Ryanair Ltd. e PR Aviation BV, causa C-30/2014, in cui la CGUE, con sentenza del 15 gennaio 2015, sebbene abbia riconosciuto sia l'inapplicabilità della tutela europea sui generis delle banche dati, sia l'impossibilità di godere della diversa tutela accordata dal diritto d'autore tedesco, ha ritenuto che il detentore della banca dati sia comunque legittimato a determinare in via contrattuale le condizioni di uso dei suoi dati impedendo eventuali condotte difformi che possono verificarsi anche per mezzo dell'attività di screen scraping.

[14] App. Milano, sent. n. 3585 del 12 ottobre 2015.

[15] In una prospettiva ancor più favorevole alla disclosure di determinate informazioni si segnala la sentenza della CGUE del 29 aprile 2004, causa C-418/01, che si è espressa nel senso di porre l'obbligo di rendere note certe informazioni quand'anche siano coperte dalla tutela autorale qualora siano indispensabili per competere nel mercato a valle (assumendo il carattere di essential facilities immateriali, v. par. 5.4), così condannando la società Microsoft a divulgare ai concorrenti nel mercato dei sistemi operativi per work group servers informazioni tecniche sui codici di interfaccia al fine di poter sviluppare prodotti che garantiscano la piena interoperabilità con il sistema operativo per PC Windows.

[16] Per un inquadramento generale sia consentito rinviare a Falce V., Ghidini G., Olivieri G., *Informazione e Big Data tra Innovazione e Concorrenza*, Giuffrè Editore, Milano, 2018;

[17] Si pensi alla decisione del Bundeskartellamt (l'autorità antitrust tedesca) del 6 febbraio 2019 di vietare alla società Facebook Inc. la fusione e rielaborazione dei suoi dati con quelli detenuti dall'acquisita società Whatapp Inc. senza l'espresso consenso dei suoi utenti invocando l'abuso di sfruttamento della sua posizione dominante ai sensi dell'art. 19, GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ovvero la legge antitrust tedesca). Restando invece nei confini italiani, assume rilievo la decisione dell'AGCM dell'11 maggio 2017 con la quale è stata comminata a WhatsApp Inc. una sanzione di € 3.000.000,00 per pratica commerciale scorretta e aggressiva, ex artt. 20, 24, 25 del d.lgs. 206/2005, per aver indotto i suoi clienti ad accettare integralmente le nuove Terms & Conditions – in particolare la condivisione dei propri dati con Facebook – facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'app di messaggistica istantanea. Per un'efficace comparazione delle due decisioni si veda Botta M., Wiedemann K., *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy, The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, in *The Antitrust Bulletin*, 64:3, 2019, 428-446.

[18] Sull'interpretazione restrittiva della disciplina eccezionale prevista dall'art. 21 del d.lgs. 30/2005 si veda Abriani N., *I segni distintivi*, in Abriani N., Cottino G., Ricolfi M., *Trattato di diritto commerciale*, Vol. II, Cedam, Padova, 2001, 81 ss.

[19] Si pensi, a titolo esemplificativo, al diritto al nome nell'ipotesi di marchio patronimico, così come indicato con riferimento alla prima fattispecie eccezionale, di cui alla lett. a) del citato articolo (ex multis Cass. civ., Sez. I, sent. n. 3806 del 25 febbraio 2015; Cass. civ., sez. I, sent. n. 10826 del 25 maggio 2016; Cass. civ., sez. I, sent. n. 6382 del 13 marzo 2017) o al diritto del consumatore di essere a conoscenza della provenienza di un prodotto alimentare quand'anche tale luogo sia il medesimo che contraddistingue una DOP o IGP, sulla base di quanto previsto nella seconda ipotesi eccezionale, presente alla lett. b) della medesima disposizione (Cass. civ., sez. I, sent. n. 27194 del 23 ottobre 2019). In dottrina, rispetto alle due fattispecie eccezionali si vedano rispettivamente Bocchini R., *Brevi riflessioni sulla tutela recessiva del diritto al nome rispetto alla tutela del patronimico*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, IV, 179 ss.; Libertini M., *L'informazione sull'origine dei prodotti nella disciplina comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, VI, 289 ss.

[20] Tra le conseguenze che possono derivare dall'uso eccezionale del marchio altrui si vuole evitare, in particolare, che da esso possa prodursi un effetto confusorio dei consumatori in merito alla provenienza di un bene o di un servizio. Sul punto si veda Aghina G., *La utilizzazione atipica del marchio altrui*, Giuffrè Editore, Milano, 1971, 16 ss.

[21] In tal senso, App. Milano, sent. del 24 maggio 1996, in GADI 97, 198.

[22] Emblematica è anche l'espressione utilizzata da Remo Franceschelli con riferimento all'ipotesi di chi fa uso del marchio altrui per finalità descrittive, definendola come "indicazione di riferimento", Franceschelli R., *Sui marchi d'impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, 363.

[23] Tale soluzione si salda ad un filone giurisprudenziale ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, ex multis Cass. civ., sez. I, sent. n. 1820 del 18 febbraio 2000; Cass. civ., sez. I, sent. n. 17734 del 30 luglio 2009; Cass. civ., sez. I, sent. n. 6021 del 14 marzo 2014.

[24] Così, Olivieri G., *Contenuto e limiti dell'esclusiva*, in Marasà G., Masi P., Olivieri G., Spada P., Spolidoro M. S., Stella Richter M., *Commento tematico della legge marchi*, Giappichelli, Torino, 1998, 43 ss.

[25] Ubertazzi L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Edizione VII, Cedam, Padova, 2019, 321.

[26] Per un'estesa illustrazione dei profili controversi legati alle specificità tipiche dei marchi rinomati ed in particolare sulla determinazione del perimetro di applicazione della tutela extra moenia si veda Ghidini G., op. cit., 2016, 364-383; Ghidini G., Cavani G., *Presupposti e portata della tutela dei marchi "dotati di rinomanza"*, in Riv. dir. ind., 2017, II, 69 ss.

[27] Sulla distinzione tra uso legittimo e illegittimo del marchio in relazione a che esso si attui da parte di un'impresa non concorrente oppure da un'impresa concorrente si rinvia a Biglia L., *Uso atipico del marchio altrui e rapporto di concorrenza*, in Riv. dir. ind., 2006, IV, 195 ss.

[28] Per un'inquadramento generale delle diverse teorie relative al rapporto tra concorrenza sleale screditante e verità denigratoria si rinvia a Libertini M., Genovese A., *Disciplina della concorrenza*, in Gabrielli E., *Commentario del codice civile*, Vol. 5 (Artt. 2575-2642 c.c.), Utet, Milano, 2014, 548 ss.

[29] Sulla valorizzazione dei principi di verità e continenza si veda Cass. civ., sez. I, sent. n. 22042 del 31 ottobre 2016, secondo cui "La diffusione di informazioni che arrecano discredito e pregiudizio all'azienda dell'impresa concorrente rientra nel legittimo esercizio del diritto di critica e non costituisce atto di concorrenza sleale per denigrazione allorché tali informazioni siano veritiere e non costituiscano l'occasione per formulare vere e proprie offese ed invettive nei confronti del concorrente".

[30] In termini sostanzialmente simili si è espressa anche la giurisprudenza di merito che annovera tra i presupposti del diritto di esprimere un'opinione critica e denigratoria i requisiti della verità (anche putativa) del fatto presupposto e la sua rappresentazione in forma civile. In tal senso, Trib. Vicenza, sent. n. 2664 del 18 settembre 2017, commentata da Dolmetta A. A., *Exceptio veritatis e informazione al mercato. Un caso bancario*, in Banca, borsa, tit. cred., II, 2017, 210 ss.

[31] Vale la pena di ricordare, per completezza di ricostruzione, uno storico orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale la verità non è sufficiente a legittimare il diritto di critica qualora la divulgazione venga effettuata in modo subdolo o con forme tendenziose ed arbitrarie, ex multis Cass. civ., sez. I, sent. n. 2692 del 29 maggio 1979; Cass. sez. I, sent. n. 2020 del 2 aprile 1982; Cass. civ., sez. I, sent. n. 2518 del 27 giugno 1975.

[32] Cass. civ. sez. I, sent. n. 6865 del 20 marzo 2009, annotata da Mastrotrilli A., *Divulgazione di notizie vere e concorrenza sleale – Il commento*, in Danno e responsabilità, VIII, 2009, 860 ss.

[33] Si riconosce l'esistenza di affermazioni mendaci tutte le volte in cui l'operatore pubblicitario non abbia fornito la prova, oppure lo abbia fatto in modo insufficiente, della veridicità delle dichiarazioni contenute nella comunicazione pubblicitaria (tanto per non allontanarsi dal mercato delle compagnie aeree si pensi al provvedimento n. 18193, P15874, in Boll. 12/2008, "Offerta di Pasqua Easyjet"). Sulla pubblicità ingannevole si veda Gambino A. M., Stazi A., *Pubblicità ingannevole e comparativa (2007 e primo semestre 2008)*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2008, 233 ss., nonché i precedenti scritti in materia provenienti dai medesimi Autori e

presenti nella citata rivista.

[34] Il confine tra le due forme di tutela menzionate era già stato designato prima dell'emanazione del codice del consumo sulla base di quanto disposto dall'art 7 del d.lgs. 74/1992 che riservava all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (da poco istituita) le attribuzioni in materia di pubblicità ingannevole, facendo salva la giurisdizione del giudice ordinario per gli atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 c.c. Sul rapporto tra le due forme di tutela ante d.lgs. 206/2005 si veda Costa A., Note in tema di pubblicità ingannevole, comparativa e concorrenza sleale, in *Diritto e Fiscalità dell'assicurazione*, IV, 2000, 1174 ss.

[35] Per un'interessante rassegna dei principali interventi dell'AGCM in materia di pratiche commerciali ingannevoli si rinvia a Zorzi N., Il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sulle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive a danno dei consumatori, in *Contratto e Impresa*, III, 2010, 671 ss.

[36] Per ulteriori approfondimenti storici della disciplina antitrust, nonché per una dettagliata illustrazione della regolazione antitrust in materia di abuso di posizione dominante si rinvia a Ghezzi F., Olivieri G., *Diritto antitrust*, II Edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2019.

[37] Sull'applicazione del diritto antitrust tra public e private enforcement, *Ibidem*, 285-344. Alcuni dei passaggi salienti aventi ad oggetto l'interpretazione giurisprudenziale evolutiva in materia di private antitrust enforcement sono evidenziati in Colangelo M., Le evoluzioni del private enforcement: dal Courage al Libro Bianco, in *Europa e diritto privato*, III, 2008, 655 ss.

[38] Per l'esattezza la Corte di Cassazione ha affermato che rispetto alla definizione del mercato rilevante ai fini dell'accertamento di una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 3, l. 287/1990, "costituisce operazione preliminare e imprescindibile ed assume rilievo centrale per gli illeciti di abuso come per le concentrazioni [...] la verifica della posizione che le imprese detengano sul mercato, [...] ma è evidente che per compiere tale operazione investigativa è necessario prima definire l'ambito del mercato sul quale la posizione va verificata, dal momento che più vasto è il mercato cui ci si rapporta, minore è il grado di dominanza che l'impresa può rivestire sullo stesso, mentre, al contrario, più ristretto è il mercato rilevante maggiore può essere la quota rivestita sullo stesso dall'impresa considerata. Ai fini della delimitazione del mercato rilevante occorre prendere in considerazione l'estensione geografica in cui l'operazione denunciata si colloca o sortisce effetti (mercato geografico) e l'ambito del prodotto o servizio che la medesima operazione investe (mercato del prodotto)", Cass. civ., sez. I, sent. n. 3638 del 13 febbraio 2009. Conforme anche Cass. civ., sez. I, sent. n. 6368 del 17 maggio 2000.

[39] Nozione fornita dalla CGUE per risolvere la controversia riguardante la United Brands Company S.p.A. nella sentenza del 14 febbraio 1978, causa C-27/76.

[40] Sull'abuso di posizione dominante si veda anche Falce V., Abusi di posizione dominante (2006 e I semestre 2007), in *Concorrenza e Mercato*, I, 2007, 15 ss.

[41] Secondo il TAR Lazio, sent. n. 5869 del 21 giugno 2012, Sky Italia/Auditel, la verifica della sussistenza della dominanza di un'impresa deve essere condotta alla stregua di un'analisi di tipo storico fattuale nell'ambito della quale la consistenza della quota di mercato detenuta è il principale indice di dominanza, cui si affianca una valutazione prospettica e dinamica circa la sua possibile evoluzione, nell'ambito della quale assumono rilievo gli ulteriori indici quali, a titolo esemplificativo, le barriere all'ingresso al mercato, la replicabilità dell'attività dell'operatore dominante e la reputazione da esso vantata.

[42] Tali criteri sono stati ribaditi in Cass. civ., sez. I, sent. n. 11564 del 4 giugno 2015, conformemente a quanto già stabilito dalla Commissione UE, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, C 372 del 9 dicembre 1997. Inoltre, alla luce di quanto recentemente stabilito dalla CGUE nel caso Hoffmann-La Roche, causa C-197-16, sentenza del 23 gennaio 2018, il mercato di riferimento potrebbe essere suscettibile di ampliamento annoverando anche beni e servizi afferenti a settori merceologici diversi da quello preso in considerazione qualora possano essere utilizzati per le medesime finalità del bene o servizio oggetto di scrutinio.

[43] Ciò è confermato da quanto stabilito nel par. 15 della Comunicazione della Commissione UE del 1997 sulla determinazione del mercato rilevante che pone l'enfasi sulle preferenze personali del consumatore, disponendo espressamente che "L'analisi della sostituibilità sul versante della domanda implica la determinazione della gamma di prodotti che vengono considerati come intercambiabili dal consumatore".

[44] Secondo quanto previsto dal par. 29 della citata Comunicazione della Commissione UE del 1997, per la

determinazione del mercato geografico rilevante dal punto di vista soggettivo occorre svolgere “l'analisi delle caratteristiche della domanda (importanza delle preferenze nazionali o locali, abitudini d'acquisto correnti dei consumatori, differenziazione e marche dei prodotti, altri fattori) per determinare se le imprese site in aree diverse costituiscano realmente una fonte alternativa di approvvigionamento per i consumatori. La prova teorica si fonda anche qui sugli effetti di sostituzione che si manifestano in caso di variazione dei prezzi relativi e l'interrogativo al quale si deve rispondere è sempre lo stesso: se i clienti delle parti decidessero di rivolgersi per gli acquisti ad imprese site in un'altra zona, a breve termine e con costi trascurabili”.

[45] Per una più completa disamina della nozione di mercato rilevante si rinvia a Ghezzi, Olivieri, Diritto antitrust, cit., 54-72.

[46] Tra i diversi provvedimenti è emblematico quello adottato dalla Commissione Europea, nella decisione del 27 febbraio 2013, caso COMP M.6663 III, nel quale ha ritenuto di applicare il city-pair method per valutare gli effetti concorrenziali sul mercato dei voli derivanti dall'eventuale greenlight alla fusione tra Ryanair e Air Lingus, rigettando la richiesta argomentando che l'operazione avrebbe dato luogo ad una situazione di sostanziale monopolio su ben 6 rotte europee sulle quali le due compagnie sono attualmente concorrenti. L'autorizzazione avrebbe pregiudicato la concorrenza ed in particolare i consumatori per le 6 tratte menzionate, mediante una prevedibile riduzione della libertà contrattuale ed un aumento dei prezzi.

[47] AGCM, provvedimento n. 23008/C9812B, Monitoraggio post concentrazione/Compagnia aerea italiana/Alitalia – Linee aeree Italiane – Air One, secondo il quale l'Autorità, oltre a ritenere applicabile il city-pair method, ha ulteriormente precisato che è opportuno distinguere la clientela a seconda che sia più sensibile al prezzo del biglietto aereo oppure all'orario di arrivo nell'aeroporto di destinazione e alla sua vicinanza la città (la cd. catchement area).

[48] In proposito, oltre alla sentenza in commento, si veda TAR Lazio, sez. I, sent. n. 1615 del 25 febbraio 2008, che nell'escludere il rapporto concorrenziale tra Ryanair e Alitalia ha stabilito che: “Non sarebbe corretto un confronto tra le tariffe promozionali più economiche di R. e le tariffe ordinarie business di A., destinate ad un target differente. Non sussisterebbe identità di servizio fra voli con diversità di aeroporti di partenza e di arrivo. Non sarebbero state indicate le tariffe A. più economiche disponibili, ma il confronto verterebbe tra tariffe promozionali dell'unica classe di cui dispone R. e tariffe ordinarie di business class di A. rivolte ad un target di pubblico non price sensitive ma time sensitive”.

[49] La distinzione tra il mercato rilevante delle compagnie low-cost e quello delle compagnie di bandiera, nonché l'applicabilità del criterio origin/destination erano a conoscenza dell'AGCM già alla fine del secondo millennio nel provvedimento n. 6793/I276B del 13 gennaio 1999, per la valutazione in ordine agli effetti sulla concorrenza derivanti dall'intesa (nello specifico si trattava di accordi di code sharing/block space) tra Alitalia e Meridiana.

[50] La presente interpretazione circa la determinazione del mercato geografico di riferimento nel settore dei trasporti aerei è in linea con la giurisprudenza storica della CGUE, causa 66/86, sent. dell'11 aprile 1989, secondo cui “Per stabilire se un'impresa di navigazione aerea impegnata in trasporti di linea detenga una posizione dominante sul mercato, occorre innanzitutto delimitare il mercato dei servizi di trasporto di cui trattasi. Al riguardo, la trattazione avvenuta dinanzi alla Corte ha messo in luce due tesi: una prima, secondo cui il settore dei voli di linea costituirebbe un mercato separato, e una seconda, secondo cui dovrebbero essere tenute presenti le possibilità alternative di trasporto, come il trasporto charter, su ferrovia o su strada nonché i voli di linea su altre eventuali rotte sostitutive”. L'ulteriore conferma della bontà di tale criterio è data dal suo utilizzo ad opera della Commissione UE per valutare gli effetti sulla concorrenza derivanti dalla fusione tra la British Airways e l'Iberia Líneas Aéreas de España nel provvedimento Comp. M.5747 del 14 luglio 2010. Ad abundantiam, si veda l'utilizzo del criterio origin/destination per autorizzare la fusione tra US Airways e American Airlines nel provvedimento della Commissione UE Comp. M6607 del 5 agosto 2013.

[51] Cfr. Gayle P., An empirical analysis of the competitive effects of the delta/continental/northwest code-share alliance, in *Journal of Law and Economics*, 51, 2008, 743-766; Peters C., Evaluating the performance of merger simulation: Evidence from the U.S. airline industry, in *Journal of Law and Economics*, 49, 2006, 627-649.

[52] Per un'interessante comparazione dei due diversi criteri di calcolo in ordine alla definizione del mercato rilevante nel settore aereo, con specifico riguardo a quale di essi possa essere il più adeguato nelle aree metropolitane si rinvia a Brueckner J. K., Lee D., Singer E., City-Pairs Versus Airport-Pairs: A Market-Definition Methodology for the Airline Industry, in *Review of Industrial Organization*, 44, 2014, 1-25.

[53] L'applicabilità di tale criterio è stata introdotta anche in Italia con riguardo alla sostituibilità dei collegamenti operati dall'aeroporto di Milano Linate rispetto a quelli dell'aeroporto di Milano Malpensa, sulla quale l'AGCM, nel provvedimento n. 12185 del 10 luglio 2003 (Alitalia/Volare), si è pronunciata negativamente.

[54] L'ulteriore restrizione del mercato rilevante rischierebbe di ostacolare anche le operazioni di concentrazione tra compagnie aeree operanti nei medesimi aeroporti in quanto ciò implicherebbe molto più facilmente il risultato vietato dalla disciplina in esame, ovvero l'ottenimento di una posizione di dominio da crescita esterna. In proposito, il Department of Justice (DOJ) d'oltreoceano ha potuto dare il semaforo verde (a determinate condizioni) all'operazione di concentrazione tra la Continental Airlines e l'United Airlines perché secondo il city-pair method essa non avrebbe comportato l'ottenimento di una posizione di dominio nelle tratte che collegavano New York e San Francisco, allorché tale autorizzazione non sarebbe stata possibile in virtù dell'airport-pair method che, limitando il mercato rilevante esclusivamente alle tratte tra l'aeroporto Newark Liberty International e l'aeroporto internazionale di San Francisco, avrebbe attribuito all'impresa risultante dalla fusione una quota di mercato pari al 95%. Per ulteriori studi si rinvia a Fleming S., *Airline Mergers: Issues Raised by the Proposed Merger of United and Continental Airlines*, in GAO-10-778T, 2010.

[55] I parametri che governano la valutazione circa l'esistenza di un rapporto concorrenziale tra due aeroporti limitrofi sono, oltre al livello di prossimità con la città, anche il grado di intensità dei collegamenti pubblici con l'aeroporto, l'ampiezza o meno delle destinazioni coperte e ulteriori indici elaborati in Brueckner, Lee, Singer, *City-Pairs Versus Airport-Pairs*, op. cit.

[56] Per maggiori approfondimenti si veda Ghezzi, Olivieri, *Diritto antitrust*, cit., 189-192, 216-218.

[57] G. Colangelo, *Le public utilities tra regolazione e concorrenza*, in *Enti pubblici*, 2001, 451 ss.

[58] Si è ritenuto infatti che anche opere tutelate dal diritto d'autore come i software – non replicabili se non con le rispettive licenze –, se di esclusiva titolarità di un'impresa dominante, possano costituire un'infrastruttura essenziale per l'accesso al mercato a valle della produzione di hardware e software strettamente compatibili con il software madre. A tal riguardo, la sentenza già richiamata della CGUE del 29 aprile 2004, causa C-418/01, è paradigmatica in quanto con essa si ha la condanna di Microsoft a divulgare ai concorrenti operanti nel mercato derivato dei sistemi operativi per work group servers le informazioni tecniche sui codici di interfaccia al fine di poter sviluppare prodotti che garantiscano la piena interoperabilità con il sistema operativo per PC Windows, facendo prevalere in questo caso eccezionale la protezione della concorrenza rispetto allo ius excludendi alios connaturato ai diritti di proprietà intellettuale. Per ulteriori studi sul delicato equilibrio tra antitrust e opere dell'ingegno si rinvia a Ricolfi M., *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind. IV-V*, 2001, 149 ss.

[59] Sulla riconduzione dei Big Data nelle nuove essential facilities cfr. Maggiolino M., *I big data e il diritto antitrust*, Egea, Milano, 2018; Bagnoli V., *The big data relevant market*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, 73 ss.; Zeno-Zencovich V., *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, in *Concorrenza e Mercato*, I, 2016, 29 ss.

[60] Nella sentenza della CGUE del 6 aprile 1995, cause riunite c-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann e Independent Television Publications c. Commissione*, si è ritenuto che alcune emittenti televisive in posizione dominante detengano un'infrastruttura indispensabile non replicabile, rappresentata dalle informazioni grezze riguardanti il canale, il giorno, l'ora e il titolo dei programmi da loro prodotti, per operare sul mercato derivato delle riviste settimanali televisive, considerando quindi il diniego di accesso a tali informazioni incompatibile con la nascita e lo sviluppo della concorrenza effettiva nel mercato a valle. Sulle essential facilities nel settore televisivo si veda anche Preta A., *Televisione e mercati rilevanti ai fini antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2012, 727 ss.

[61] Più specificamente, secondo quanto stabilito dalla Grande Sezione del Tribunale UE, causa T-201/04, l'accesso esclusivo al mercato integrato verticalmente non si ha soltanto quando il diniego all'infrastruttura esclude automaticamente l'ingresso dei concorrenti dalla possibilità di accedervi, posto che un fattore di produzione è considerato indispensabile allorché non esista un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle possano contare in modo da contrastare – almeno a lungo termine – le conseguenze negative del rifiuto e pertanto occorre valutare se i potenziali competitors siano in grado di duplicare in maniera effettiva ed efficiente una fonte alternativa di fornitura che attribuisca loro una pressione concorrenziale sull'incumbent.

[62] Alla luce di quanto previsto dalla Comunicazione C-45/7 della Commissione UE del 24 febbraio 2009 riguardante gli Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, par. 85: "La probabilità di eliminazione di una concorrenza effettiva è generalmente tanto più elevata quanto maggiore è la quota di mercato

dell'impresa dominante nel mercato a valle, quanto minori sono le pressioni in termini di capacità sull'impresa dominante rispetto ai concorrenti nel mercato a valle, quanto maggiore è la sostituibilità tra la produzione dell'impresa dominante e quella dei suoi concorrenti nel mercato a valle, quanto maggiore è la percentuale di concorrenti interessati nel mercato a valle e quanto più probabile è che la domanda che potrebbe essere soddisfatta dai concorrenti oggetto di preclusione venga deviata a vantaggio dell'impresa dominante”.

[63] *Ibidem*, par. 75 ss.

[64] In proposito, la CGUE, con sent. del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, ha stabilito che un'impresa che detiene una posizione quasi monopolistica su taluni mercati e una posizione preminente su mercati distinti, ma strettamente collegati, si trova in una situazione equiparabile alla detenzione di una posizione dominante sul complesso dei mercati in esame.

[65] Invero, la libertà di iniziativa economica privata delle imprese in posizione dominante risulta maggiormente compressa rispetto a quella delle altre imprese, alla luce dello speciale regime di responsabilità di matrice ordoliberal che fa loro capo nell'obiettivo primario di proteggere il mercato e i consumatori cercando di neutralizzare o quantomeno limitare i vantaggi ricavabili da una posizione di controllo del mercato per il tramite di una serie di presidi volti a garantire che l'impresa dominante si comporti come se operasse in un mercato concorrenziale. Tale principio è stato ribadito dal Consiglio di Stato, con la sent. del 13 settembre 2012, n. 4873, secondo cui “[...] l'impresa in posizione dominante è tenuta a comportamenti diversi da quelli normalmente consentiti agli operatori del mercato e all'osservanza di un grado di diligenza e precauzione maggiore nell'esplicazione della propria attività nel mercato, onde non compromettere ulteriormente con la propria condotta il confronto concorrenziale residuo, già pregiudicato dal significativo potere di mercato di cui essa è detentrica”.

[66] Trib. Milano, sez. imprese, sent. n. 7708 del 4 giugno 2013.

[67] Sentenza della CGUE del 6 aprile 1995, cause C-241/91 e C-242/91, v. nota 56.

[68] App. Milano, sent. n. 3585 del 12 ottobre 2015.

[69] In tal senso, la Suprema Corte di legittimità richiama la sentenza del Consiglio di Stato, sez. 6, n. 1673 e 2837 del 2014.

[70] In proposito, viene invocata la decisione dell'AGCM, nel provvedimento C-11608 del 6 giugno 2012, relativo all'istruttoria avviata sull'acquisizione delle attività di WindJet S.p.A. da parte di Alitalia-Compagnia Aerea Italia S.p.A., in cui si afferma la necessità di applicare il city-pair method in quanto “Questo approccio alla definizione del mercato rilevante presenta una dimensione geografica intrinseca propria dei servizi di trasporto, per i quali diventa irrilevante tracciare una linea di demarcazione fra dimensione geografica e del prodotto”.

[71] Aggiungerei anche in relazione alla distanza e ad altri fattori ai quali i viaggiatori risultino sensibili qualora nella stessa città di origine o di destinazione siano presenti più aeroporti, essendo in tal caso opportuno applicare l'airport-pair method, di cui al par. 5.3.

[72] Cass. civ., sez. I, sent. n. 11564 del 4 giugno 2015.

[73] CGUE, sent. del 14 novembre 1996, causa C-333/94 P; CGUE, sent. dell'11 febbraio 2011, causa C-52/09; CGUE, sent. del 19 aprile 2018, causa C-525/16.

[74] La composizione dei molteplici interessi che entrano in gioco nelle dinamiche di mercato si sintetizza nei principi espressi dalla Costituzione italiana all'art. 41, laddove la libertà di iniziativa economica privata di cui al primo comma (in una delle sue pacifiche declinazioni quale quella della libertà di scegliere i propri contraenti), possa essere compressa qualora confligga con valori sovraordinati, tra i quali l'utilità sociale consacrata al secondo comma, la quale si pone in rapporto di fine a mezzo rispetto alla concorrenza. Cfr. Olivieri G., *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di Giorgio Oppo*, in Riv. dir. civ., IV, 2012, 10509 ss.

[75] CGUE, causa C-333/94 P, sent. del 14 novembre 1996.

[76] Sulla necessità di intendere la tutela del consumatore come stella polare nell'attuazione delle politiche antitrust in base all'assunto che l'autonomia del singolo sarebbe una straordinaria fonte di efficienza cfr. Grillo M., *Un'ambiguità irrisolta: la libertà come fonte di efficienza o l'efficienza come vincolo alla libertà?*, in Politiche antitrust, 2017, 165 ss. richiamato in Libertini M., *Sulla nozione di libertà economica*, in Contratto e Impresa, IV,

2019, 1255 ss.

[77] In proposito, il TAR Lazio, con sent. n. 3029 del 29 marzo 2012, ha rilevato come le sanzioni “debbano avere il necessario e sufficiente carattere dissuasivo allo scopo, da un lato, di sanzionare le imprese responsabili dell’infrazione (scopo dissuasivo specifico) e, dall’altro, di dissuadere altre imprese dall’assumere o dal continuare comportamenti illeciti (scopo dissuasivo generale)”. Se il giudice di rinvio dovesse valorizzare lo scopo dissuasivo generale sarebbe molto probabile un risarcimento del danno superiore a € 100.000.

[78] Visto e considerato che circa l’80% delle iniziative giudiziali innanzi al giudice ordinario in materia antitrust sono costituite da azioni follow-on, ovvero controversie instaurate successivamente all’accertamento dell’illecito concorrenziale da parte dell’AGCM; in tal senso Ghezzi, Olivieri, Diritto antitrust, cit., 298.

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5750>