

Civile Sent. Sez. 1 Num. 29238 Anno 2019

Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO

Relatore: TRICOMI LAURA

Data pubblicazione: 12/11/2019

### SENTENZA

sul ricorso 9278/2016 proposto da:

Viaggiare S.r.l., in persona legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza di Campitelli n.3, presso lo studio dell'avvocato Colella Domenico, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Consonni Marco, giusta procura a margine del ricorso;

-ricorrente -

R.G.N. 9278/2016 + R.G.N. 9764/2016  
Cons. est. Laura Tricomi

1

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

2290  
2018

contro

Ryanair Ltd., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Cuboni n.12, presso lo studio dell'avvocato Gangemi Andrea, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Castioni Matteo, Gambuto Simone, Marinelli Marino, Piron Francesco, giusta procura speciale per Notaio Vincent Shannon di Swords – County Dublin (Irlanda) dell'8.3.2016;

-controricorrente -

sul ricorso 9764/2016 proposto da:

Ryanair Ltd., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via Cuboni n.12, presso lo studio dell'avvocato Gangemi Andrea, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati Castioni Matteo, Gambuto Simone, Marinelli Marino, Piron Francesco, giusta procura speciale per Notaio Vincent Shannon di Swords – County Dublin (Irlanda) dell'8.3.2016;

-ricorrente -

contro

Viaggiare S.r.l., in persona legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Piazza di Campitelli n.3, presso lo studio dell'avvocato Colella Domenico, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Consonni Marco, giusta procura a margine del controricorso;

-controricorrente -

avverso la sentenza n. 3900/2015 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 12/10/2015;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/12/2018 dal cons. TRICOMI LAURA;  
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale DE RENZIS LUISA che ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale; rigetto dell'incidentale;  
udito, per la ricorrente principale, l'Avvocato Marco Giuseppe Consonni che ha chiesto l'accoglimento del ricorso principale; il rigetto dell'incidentale;  
udito, per la Ryanair, l'Avvocato Matteo Castioni che ha chiesto il rigetto del ricorso principale; l'accoglimento dell'incidentale.

#### **FATTI DI CAUSA**

1. Con atto di citazione notificato il 12/8/2010 Viaggiare SRL, agenzia di viaggi on line, chiamava in giudizio la compagnia aerea Ryanair Ltd per sentire accertare che la convenuta conduceva, mediante il proprio sito, abusiva attività di agenzia di viaggi, e darle l'ordine di cessazione dell'attività. Inoltre l'attrice chiedeva accertarsi che la convenuta aveva posto in essere atti di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 2 e 3 cod.civ. che integravano anche pratiche commerciali scorrette ex art. 20 d.lgs. n. 145/07, nonché illecito diffamatorio. Viaggiare SRL chiedeva altresì di dichiarare che la sua attività di impresa non integrava alcun illecito, né contrattuale, né extracontrattuale nei confronti della convenuta: in particolare che nessun rapporto contrattuale era sorto con Ryanair in relazione all'utilizzo del sito e che la pretesa di Ryanair di escludere qualsiasi

intermediario professionale dalle informazioni sui voli e dalle relative attività commerciali era a sua volta illecita. In subordine, qualora si fosse dovuto ritenere intervenuto in rapporto contrattuale, veniva chiesto di accertare la liceità della condotta di Viaggiare SRL, che non violava alcun diritto di proprietà intellettuale della convenuta. In ogni caso, l'attrice chiedeva accertare l'abuso da parte di Ryanair della propria posizione dominante sul mercato di vendita dei biglietti aerei e dei servizi di viaggio e turismo sia a livello comunitario che nazionale, con ogni conseguente statuizione in merito. Il tutto con condanna della convenuta al risarcimento del danno.

Narrava l'attrice che la controversia -che a livello europeo opponeva Ryanair alle principali OTA (*online travel agencies*)- trovava origine nella decisione assunta dal 2007 dalla convenuta di escludere ogni intermediario nei rapporti con la propria clientela, al fine di concentrare tutto il traffico internet delle persone interessate ai voli Ryanair sul sito della stessa, che era diventato il portale dei suoi affari commerciali, in cui venivano offerti altri servizi - quali prenotazioni alberghiere, noleggio auto, ecc, da parte di altri operatori, *partners* commerciali di Ryanair che percepiva per ciò cospicui ricavi ancillari - in concorrenza con quelli delle agenzie di viaggi. Il tutto era stato accompagnato da una massiccia campagna stampa ai danni delle OTA, tra cui Viaggiare SRL, accusate di molteplici illeciti ai danni di Ryanair e dei suoi diritti di proprietà intellettuale ed industriale, culminata nel rifiuto di imbarco dei passeggeri presentatisi con biglietti elettronici ottenuti mediante utilizzo dei siti delle OTA.

Si costituiva Ryanair, rivendicando la piena legittimità della scelta di consentire l'acquisto dei biglietti esclusivamente attraverso il

proprio sito ed il proprio *call center*, che aveva consentito, grazie agli introiti pubblicitari ed ai rapporti commerciali con i suddetti *partners*, di offrire tariffe particolarmente competitive, senza pagare commissioni agli intermediari, spesso superiori allo stesso prezzo del biglietto.

A salvaguardia di tale scelta, la convenuta aveva predisposto alcune Condizioni Generali d'Uso del sito (CGU) che, tra l'altro, ne vietavano l'utilizzo per scopi meramente commerciali ed un contratto di licenza, a prezzo meramente simbolico, che consentiva di accedere al *database* della compagnia, per verificare orario dei voli, prezzi dei biglietti e loro disponibilità, sul presupposto che il licenziatario non le usasse per vendere i biglietti alla sua clientela.

La convenuta lamentava che la condotta di Viaggiare SRL, come quella delle altre OTA rappresentava un grave attacco alla sua libertà di determinare in autonomia i propri canali di vendita, mediante una illecita attività di *screen scraping*, ossia raccolta di informazioni dal suo sito mediante sistemi informatici non autorizzati, che doveva ritenersi lesiva dei diritti di privativa industriale della convenuta, sui *database* e sui marchi, e dannosa per l'operatività del sistema.

Ryanair contestava altresì di rivestire una posizione dominante nel mercato dei voli - dovendo farsi riferimento non solo a quelli *low-cost*, ma anche a quelli delle compagnie "ordinarie"- e comunque di averne abusato, considerato anche che la sua condotta non aveva determinato alcun rincaro delle tariffe per i viaggiatori ed anzi causato effetti ampiamente vantaggiosi. A maggior ragione, la convenuta contestava di rivestire una posizione dominante nel mercato delle offerte di viaggio. Contestate infine le pretese risarcitorie, Ryanair svolgeva in via riconvenzionale domanda di

accertamento di violazione delle sue banche dati, nonché dei diritti di marchio, indebitamente utilizzati e comunque di illeciti concorrenziali ex art. 2598 cod.civ.

Il Tribunale accoglieva parzialmente le domande proposte da Viaggiare SRL e, segnatamente:

- dichiarava il carattere concorrenzialmente illecito delle condotte di Ryanair, attuate mediante diffusione al pubblico di notizie false e screditanti ed inibiva ogni ulteriore condotta di tal specie;

- accertava che la pretesa di Ryanair di non consentire intermediazione alcuna della vendita dei propri servizi aerei costituiva abuso di posizione dominante sul mercato "a valle" dei servizi di agenzia viaggi e turismo;

- condannava Ryanair Ltd al risarcimento dei danni.

Il Tribunale rigettava integralmente le domande riconvenzionali proposte dalla convenuta Ryanair.

2. Ryanair proponeva impugnazione a cui resisteva Viaggiare SRL.

La Corte di appello di Milano, con la sentenza in epigrafe indicata, ha accolto l'appello di Ryanair in relazione al solo quinto motivo ed ha dichiarato che la decisione di Ryanair di riservare a se stessa la vendita dei biglietti relativi ai suoi voli non costituiva abuso di posizione dominante nel mercato a valle delle agenzie di viaggi e turismo, ai sensi dell'art.102 TFUE, rigettando l'appello nel resto, con conferma delle altre statuizioni di primo grado e con compensazione integrale delle spese di giudizio per i due gradi.

3. Ryanair LTD (*di seguito* Ryanair) propone ricorso per cassazione articolato in sei mezzi nei confronti di Viaggiare SRL, avverso detta sentenza.

Anche Viaggiare SRL (*di seguito Viaggiare*) propone ricorso per cassazione con tre mezzi nei confronti di Ryanair.

Entrambe le parti ricorrenti hanno rispettivamente replicato con controricorso e depositato memoria ex art.372 cod.proc.civ.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1.1. Viene esaminato con priorità il ricorso proposto da Viaggiare, che affronta il primo aspetto del problema dibattuto e cioè quello dell'esistenza dell'abuso di una posizione dominante da parte di Ryanair, mediante la riserva a se' medesima della vendita dei suoi servizi aerei.

1.2.1. Con il primo motivo, articolato in più profili, si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) e dell'art.3 della legge 10 ottobre 1990 n.287, come interpretato in base ai principi dell'ordinamento della Comunità europea in materia di disciplina della concorrenza (art.1, comma 4, legge n.287/1990), nella parte in cui la sentenza di appello ha ritenuto che «la decisione di Ryanair di riservare a sé stessa la vendita dei suoi servizi aerei non costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 del TFUE», nonché la contraddittorietà della motivazione.

Secondo la ricorrente, la condotta di Ryanair è censurabile, tra l'altro ma non solo, ai sensi dell'art.102 cit. lett. b), in quanto ha, chiaramente, per effetto quello di escludere (o quantomeno limitare) la concorrenza delle OTA (nel caso di specie Viaggiare) nel mercato dei servizi di agenzia turistica, sul quale Ryanair manifestamente opera, come rilevato nel giudizio di primo grado e confermato in appello, in diretta concorrenza con la stessa Viaggiare (fol.28 del ricorso).

A parere della ricorrente la condotta di Ryanair ha un effetto escludente la concorrenza in relazione a due servizi compresi nel mercato dei servizi di agenzia turistica: 1) la vendita dei biglietti aerei per le tratte in cui il vettore aereo è monopolista o dominante; 2) l'intermediazione nella vendita dei servizi turistici aggiuntivi collegati a tutti i voli del vettore (compresi quelli in cui non è dominante).

Con specifico riferimento al secondo punto, la ricorrente sostiene che il vettore, non consentendo l'intermediazione nella vendita dei biglietti aerei, impedisce di fatto alle OTA di concorrere con l'aerolinea e con i suoi partner commerciali sia nella intermediazione dei biglietti, sia nell'intermediazione dei servizi turistici aggiuntivi per tali voli, assicurandosi in tal modo la totalità dei "ricavi ancillari", derivanti dalla vendita dei servizi aggiuntivi rispetto al trasporto aereo.

Il motivo è articolato in più profili.

1.2.2. Il primo profilo concerne l'errata individuazione, da parte della Corte di appello, dei criteri per la determinazione della posizione dominante di Ryanair nel mercato dei voli aerei, laddove ha affermato che nel caso di specie lo "spezzettamento" del mercato dei voli aerei «in numerosi fasci di rotte aeree ugualmente idonee a raggiungere un punto di destinazione da un punto di origine» non sarebbe stato necessario.

A parere della ricorrente, l'analisi della posizione detenuta dal Vettore, in rapporto ai criteri che presiedono all'individuazione della posizione dominante nel mercato del trasporto aereo andava effettuata in relazione alle singole tratte - c.d. approccio O&D (origine e destinazione) -, costituendo ciascuna un "mercato rilevante". A sostegno ricorda che il criterio O&D è stato adottato dalla Commissione Europea per valutare l'ammissibilità di operazioni di

fusione tra vettori aerei in relazione al mantenimento di un sufficiente livello di concorrenza all'esito delle stesse operazioni (fol. 30/32 del ricorso) e argomenta che nessun giudice appartenente ad un Paese dell'UE può discostarsi dai criteri di individuazione di un "mercato rilevante" indicati dalla Commissione Europea.

1.2.3. Il secondo profilo concerne l'errata individuazione da parte della Corte di appello del criterio determinante ai fini dell'accertamento della posizione dominante di Ryanair e l'errata analisi del ragionamento seguito sul punto dal Tribunale, criticato senza valide ragioni.

A parere della ricorrente il Tribunale aveva ravvisato la posizione dominante di Ryanair nel settore aereo sulla non contestata circostanza che detto Vettore deteneva una posizione di monopolio su 49 tratte ed un predominio (numero di voli superiore al 50% di quelli effettuati) su altre 19 tratte, e non già in relazione alla quota del mercato complessivo dei voli aerei intracomunitari detenuta da detto Vettore nella misura del 10% - come erroneamente ritenuto dalla Corte di appello -.

Il dato della quota del mercato complessivo - a dire della ricorrente - era stata presa in considerazione perché - seppure in sé insufficiente a qualificare una posizione dominante - era idonea ad amplificare il potere di mercato esercitato da Ryanair grazie alla posizione di dominanza pacificamente detenuta su numerose tratte e ed alla notoria politica dei prezzi straordinariamente bassi e scarsamente sostituibili sul versante della domanda ed a rafforzarne l'offensiva anticoncorrenziale (fol.34/35).

1.2.4. Il terzo profilo concerne l'errata ricostruzione da parte della Corte di appello del rapporto tra mercato dei servizi aerei e mercato

dei servizi di agenzia sotto il profilo dell'analisi degli effetti anticoncorrenziali che la politica escludente di Ryanair determina nel mercato "a valle", alla luce della posizione dominante dalla stessa detenuta nel mercato "a monte", in relazione ai quali ha escluso la ricorrenza di una politica anticoncorrenziale.

Segnatamente, la ricorrente sostiene che la decisione di Ryanair, in posizione dominante nel mercato dai trasporti aerei "a monte", di negare alle OTA il diritto di accedere ai dati dei suoi voli o, comunque il diritto di mediare la vendita dei biglietti, esplica effetti anticoncorrenziali nel mercato "a valle" dei servizi di agenzia escludendo o limitando pesantemente l'attività delle OTA: a) escludendola totalmente sulle 49 tratte in monopolio; b) rendendola inefficace o poco appetibile in rapporto alle altre 19 tratte in posizione di predominio (fol. 38/39 del ricorso). All'uopo evidenzia che tale condotta le rende oggettivamente impossibile: 1) per quanto riguarda i biglietti aerei, per le tratte in monopolio, fornire ai consumatori sia i dati relativi ai voli che i corrispondenti biglietti dell'unico Vettore e, per le tratte in predominio, anche fornire ai consumatori i dati per effettuare una adeguata comparazione dei prezzi e delle condizioni di volo offerte dai diversi vettori, come prescritto dall'ENAC; 2) per quanto attiene ai servizi aggiuntivi ai voli (trasporti per e da gli aeroporti, assicurazioni di viaggio, etc.) ed alternativi rispetto a quelli offerti sul sito di Ryanair dai suoi partner commerciali (che corrispondono a Ryanair i "ricavi ancillari" per questi servizi) l'impossibilità di concorrere nell'offerta, sia sulle tratte in monopolio, che in quelle in predominio, che su tutte le altre.

La ricorrente ritiene che correttamente in primo grado la condotta di Ryanair era stata inquadrata nella categoria generale dell'abuso nei

confronti di imprese che si trovano (operando nel c.d. mercato a valle) in posizione di dipendenza economica verso una data società (attiva sul mercato "a monte") in particolar alla luce del fatto che la *partnership* con quest'ultima si rivela obbligatoria ai fini dello svolgimento delle attività istituzionali delle imprese dipendenti (fol. 39 del ricorso).

Secondo la ricorrente, Ryanair tenta di assicurarsi il monopolio del mercato dell'intermediazione dei servizi turistici relativi alle tratte assicurate da lei stessa, ed offerte in esclusiva sul suo sito, a cura di *partners* selezionati, escludendone forzatamente le OTA (fol.41).

1.2.5. Il quarto profilo concerne l'errata configurazione da parte della Corte di appello del concetto di "*essential facility*" e l'errata e contraddittoria applicazione del medesimo ai dati di volo di Ryanair.

Sotto un primo aspetto, a parere della ricorrente, la Corte di appello ha errato nel riconoscere il carattere di *essential facility* - cioè di risorsa essenziale la cui preclusione alle imprese in posizione di dipendenza economica costituirebbe, da parte del Vettore, abuso di posizione dominante - solo in rapporto ai dati dei voli di Ryanair afferenti alle 49 rotte in posizione di monopolio.

Sotto un secondo aspetto, la Corte di appello ha altresì errato nel ritenere che la politica di esclusione del Vettore avrebbe potuto agevolmente essere superata mediante la sottoscrizione della c.d. "licenza", offerta dietro il pagamento della modica somma di euro 100,00=.

Quanto al primo aspetto la ricorrente prospetta una contraddittorietà della motivazione, laddove pur riconoscendo il carattere di *essential facility* dei dati, non riconosce gli effetti anticoncorrenziale conseguenti alla preclusione all'uso di essi.

Quanto al secondo aspetto fa rilevare che la licenza in questione autorizza la consultazione dei dati, ma non consente la vendita dei biglietti, riservata al Vettore.

Infine ricorda che il danno ai consumatori derivante dalla violazione delle regole della concorrenza si configura anche indirettamente per il fatto che sia stato compromesso un effettivo regime concorrenziale.

1.3. Con il secondo motivo la questione della posizione di monopolio di Ryanair su 49 tratte aeree e di predominio su altre 19, così come quella della individuazione del "mercato rilevante" - da riferirsi a parere della ricorrente ad ogni singola tratta alla stregua dell' "approccio O&D", come già esposto nell'ambito del primo motivo - è proposta lamentando la mancata analisi di tali circostanze e della suddivisione del mercato dei servizi aerei in fasci di rotte "punto d'origine - punto di destinazione", di cui in sentenza si era pur dato atto.

1.4. Il primi due motivi possono essere trattati congiuntamente perché intimamente connessi e vanno accolti.

1.5. La Corte di appello nell'apprestarsi ad affrontare il tema dell'abuso di posizione dominante - riconosciuto in primo grado in capo a Ryanair - ha affermato innanzi tutto che il Tribunale avrebbe ravvisato tale abuso in relazione al mercato "a valle" dei servizi di agenzia di viaggi e turismo, e non in relazione al mercato "a monte" dei voli aerei, trascrivendo all'uopo la prima decisione (foll. 13/20 della sent. imp.).

Quindi, nell'affrontare il tema della definizione del mercato rilevante, pur dando atto che secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, per il settore del trasporto aereo, questo avrebbe dovuto

essere individuato mediante lo spezzettamento del mercato dei voli aerei in numerosi fasci di rotte aeree ugualmente idonee a raggiungere un punto di destinazione da un punto di origine, ha ritenuto di non accedere a tale tipo di operazione osservando che non era stata richiesta da alcuna delle parti, non era tema di causa e non era contenuta nella decisione appellata, che aveva valutato l'abuso di posizione dominante non sul mercato dei voli, ma sul mercato a valle dei servizi di agenzia turistica.

Quindi ha escluso che potesse ravvisarsi una posizione dominante nel mercato del trasporto aereo da parte di Ryanair, in quanto detentrica della sola quota del 10% dei voli europei dalla stessa occupata.

Quanto alla gestione da parte di Ryanair di una *essenzial facility*, costituita dai suoi voli, ha ritenuto che tale affermazione potesse essere fondata solo per le 49 tratte gestite da Ryanair in situazione di monopolio di fatto, riconosciuto dalla stessa società, per le quali questa si trovava a gestire un'infrastruttura essenziale (il trasporto aereo) allo svolgimento a valle dei servizi di agenzia per quel che concerneva la vendita dei biglietti di volo relativi a quelle tratte, circostanza che, comunque, non sembra essere stata considerata decisiva, non avendo la Corte d'appello ravvisato preliminarmente una posizione dominante in capo a Ryanair.

Infatti, la Corte territoriale, anche sulla scorta di alcune considerazioni, tra cui la possibilità per le agenzie di viaggio di accedere al *database* dei voli mediante il pagamento di un prezzo simbolico, ha concluso affermando che «la pretesa di Ryanair di riservare a sé la vendita dei suoi biglietti di volo non costituisce abuso di posizione dominante ex art.102 TFUE» (fol. 24 della sent. imp.)

1.6.1. Questa decisione è errata.

1.6.2. Osserva la Corte che la disciplina antitrust è focalizzata su tre tipologie di condotte che riducono o impediscono la concorrenza effettiva sul mercato e cioè le concentrazioni, le intese e l'abuso di posizione dominante, che interessa il presente giudizio.

1.6.3. In proposito giova ricordare che l'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (ex articolo 82 del TCE) stabilisce, al primo comma, il principio secondo il quale *«È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.»* senza tuttavia fornire una definizione né di "posizione dominante", né di "abuso", ma facendolo seguire da un elenco, che non appare tassativo od esaustivo, di pratiche già qualificate come "abusive", tra le quali colloca le condotte escludenti che consistono *«...b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; ...»*

Anche l'art.3 (Abuso di posizione dominante) della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), nel vietare l'abuso di posizione dominante all'interno del mercato nazionale, non ne fornisce una definizione, ma esemplifica una serie di condotte "abusive" tra le quali colloca quelle escludenti che consistono nell' *«... b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori; ...»*.

Orbene, ai fini dell'applicazione di questa fattispecie di illecito, come delle altre, va innanzi tutto apprezzato il potere di mercato

detenuto dalle imprese coinvolte e l'identificazione degli effetti economici dei comportamenti posti in essere dalle stesse.

1.6.4. Questa analisi prende il nome di "definizione del mercato rilevante" e consiste – come sottolineato anche dalla dottrina – in un articolato processo di acquisizione delle informazioni utili a comprendere come si svolgono le dinamiche competitive della imprese coinvolte, preordinato a valutare, quindi, la sussistenza di una posizione dominante rispetto alla quale, infine, considerare la eventuale illiceità delle condotte denunciate.

1.6.5. Proprio ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza la Commissione Europea ha precisato che *«la definizione del mercato consente, tra l'altro, di calcolare quote di mercato che forniscano informazioni significative sul potere di mercato, e quindi utili ai fini di stabilire se esista o si prospetti una posizione dominante...»* in relazione alla quale va valutata poi la ricorrenza dell'abuso (v. Comunicazione della Commissione Europea sulla "definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza" 97/C 372/ 03, p.2, in Gazz. Uff. delle Comunità europee C-372 del 9.12.1997), di guisa che va confermato che l'abuso di posizione dominante presuppone, per essere correttamente vagliato, innanzi tutto la necessaria e preliminare individuazione del "mercato rilevante" (Cass. n. 3638 del 13/02/2009; Cass. n. 14394 del 10/08/2012; Cass. n.11564 del 04/06/2015).

In proposito, come si evince dalla cit. Comunicazione, la "definizione del mercato rilevante" rappresenta uno strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro, di guisa che *«Il mercato va definito sia sotto il*

*profilo del prodotto che sotto il profilo geografico per individuare i concorrenti effettivi delle imprese interessate che sono in grado di condizionare il comportamento di queste ultime e di impedire loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali. È da questa prospettiva che la definizione del mercato consente, tra l'altro, di calcolare quote di mercato che forniscano informazioni significative sul potere di mercato, e quindi utili ai fini di stabilire se esista o si prospetti una posizione dominante ovvero ai fini dell'applicazione dell'articolo 85 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea.» (p.2).*

Merita di essere sottolineato come la Commissione abbia rimarcato sia la peculiarità del concetto di "mercato rilevante" rispetto alle nozioni di "mercato" impiegate in altri contesti, - peculiarità che la Corte d'appello non ha colto -, sia la decisività di tale definizione nella valutazione del caso concreto.

Secondo le indicazioni della Commissione europea, formulate tenendo conto dei parametri stimati essenziali dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, il mercato rilevante nell'ambito del quale va valutato un determinato problema di concorrenza va definito in base alla combinazione del mercato del prodotto (p.7) e del mercato geografico (p.8) rilevanti.

1.6.6. Invero la Commissione ha affermato che *«l'esistenza di una posizione dominante va sempre determinata con riferimento ad un mercato rilevante.»* (p.11), rendendo palese che la definizione del mercato rilevante costituisce il *pruis* ineludibile sia per l'accertamento di una posizione dominante, sia per la valutazione dell'abuso di tale posizione, dopo avere chiarito che *« ... si intende per posizione dominante quella che consente ad una impresa o ad un gruppo di*

*imprese di determinare la propria condotta in modo sensibilmente indipendente dai suoi concorrenti, dai suoi clienti e, in ultima analisi, dai consumatori finali dei suoi prodotti o servizi. Normalmente si ha una posizione dominante quando un'impresa o un gruppo di imprese controllano una larga quota dell'offerta su un determinato mercato e gli altri fattori analizzati in sede di valutazione del caso (quali gli ostacoli all'entrata, la capacità di reazione dei consumatori ecc.) inducono anch'essi a concludere in questo senso.» (p.10).*

I "Principi basilari per la definizione del mercato" contenuti nella cit. Comunicazione, indicano ciò che deve essere analizzato per accertarne in fatto l'esistenza - segnatamente, le pressioni concorrenziali, la sostituibilità del prodotto sul versante della domanda, la sostituibilità sul versante dell'offerta, la concorrenza potenziale- unitamente ad una serie di elementi utili per procedere in pratica - e cioè la dimensione del prodotto o servizio, la dimensione geografica, l'integrazione dei mercati nella Comunità europea, per la cui acquisizione ricorrono ampi poteri di indagine anche officiosi.

1.6.7. Orbene, questi principi dell'ordinamento dell'Unione europea informano l'interpretazione delle norme nazionali in materia di concorrenza (v. legge n. 287 del 1990, art. 1, comma 4), e sono stati applicati anche dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha da tempo rilevato che nella fattispecie di "abuso di posizione dominante" la perimetrazione del "mercato rilevante" rappresenta un *prius* logico e pratico, un presupposto essenziale dell'illecito in relazione al quale la condotta considerata può assumere i tratti dell'"abuso di posizione dominante" (v. Cons. di Stato, sez. 6, n. 1673 e 2837 del 2014).

Invero, la nozione di mercato rilevante, sotto il profilo merceologico e geografico, implica l'analisi della sostituibilità sul versante della domanda (ed eventualmente dell'offerta), in presenza di beni e servizi "intercambiabili o sostituibili dal consumatore", in ragione delle loro caratteristiche, dei loro prezzi, delle abitudini e tendenze dei consumatori, con riferimento ad una determinata area geografica che è quella nella quale "le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse" (cfr. anche Cass. n. 3638 del 13/2/2009).

Ne consegue che la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto che, per la molteplicità degli elementi da valutare, va effettuata caso per caso. A detto accertamento segue l'applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di "mercato rilevante", come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, che è sindacabile in sede di legittimità per violazione di norme di legge (art. 360, primo comma, n.3, cod.proc.civ.) nei limiti in cui la censura abbia ad oggetto l'operazione di "contestualizzazione" delle norme, all'esito di una valutazione giuridica complessa che adatta al caso specifico concetti giuridici indeterminati, quale il "mercato rilevante" e "l'abuso di posizione dominante" (Cass. n.11564 del 04/06/2015; v., sul fronte della giurisprudenza amministrativa, Cons. di Stato, sez. 6, n. 1192/2012, n. 5171/2011).

1.6.8. Va altresì aggiunto, quanto alla definizione dei mercati rilevanti con riferimento al settore del trasporto aereo passeggeri - che interessa il presente caso -, che si riscontrano consolidati

precedenti nazionali e comunitari secondo i quali costituisce un distinto mercato rilevante ogni collegamento tra coppie di città o di aeroporti, in applicazione del *city-pair method*, o metodo delle coppie di origine-destinazione ("O&D"): ciò in quanto tali coppie rappresentano l'origine e la destinazione dello spostamento, e, in quanto tali, non sono sostituibili dal punto di vista della domanda, pur con la precisazione che l'accoppiamento di origine-destinazione, che interessa i rispettivi bacini di utenza (*catchment area*), è da valutarsi caso per caso, con l'effetto che ognuno dei mercati così definiti può non coincidere necessariamente con i soli collegamenti tra i due aeroporti agli estremi della rotta, potendo comprendere anche i voli tra aeroporti i cui rispettivi bacini di utenza si sovrappongono in misura significativa con i bacini di utenza di aeroporti limitrofi. In ragione di ciò – secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) - «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.» (Adunanza del 6 giugno 2012, pronuncia in merito ad un'operazione consistente nella prospettata acquisizione delle attività di WindJet da parte di Alitalia-CAI), tanto che si rende necessario considerare, tra l'altro, sia la sostituibilità tra voli diretti e voli indiretti che con altri mezzi di trasporto, sia la distinguibilità della clientela sulla base della diversa importanza attribuita dalle diverse categorie di consumatori (*business - leisure*) ai fattori del tempo e del prezzo (v. anche (AGCM, n. 23496, Monitoraggio post concentrazione/Compagnia aerea italiana/Alitalia - Linee aeree Italiane - Air One, in Boll., n. 15/2012).

1.6.9. Va, infine, considerato che, ai fini dell'applicazione delle norme in tema di abuso di posizione dominante, può risultare determinante prendere in considerazione anche i mercati collegati, come la Corte di Giustizia ha già avuto modo di affermare.

Prendendo in esame anche i comportamenti che – come quello in esame – possono essere determinati su mercati diversi dai mercati soggetti a dominio, e che producono effetti o su questi ultimi, o sugli stessi mercati non soggetti a dominio (v., in tal senso, sentenza Tetra Pak/Commissione, cit., punto 25) la Corte di Giustizia ha precisato che quando i mercati sono distinti, ma collegati, talune circostanze particolari possono giustificare l'applicazione dell'art. 102 TFUE ad un comportamento accertato sul mercato collegato, non soggetto a dominio, e produttivo di effetti su questo stesso mercato (v., in tal senso, sentenza 3 ottobre 1985, 311/84, CBEM, Racc. pag. 3261, punto 26, e Tetra Pak/Commissione, cit., punto 27).

In particolare è stato puntualizzato che *«Siffatte circostanze possono sussistere allorché i comportamenti di un'impresa verticalmente integrata in posizione dominante su un mercato a monte consistono nel tentare di escludere concorrenti almeno altrettanto efficienti sul mercato a valle, segnatamente mediante la compressione dei margini di cui essi dispongono. Tali comportamenti sono infatti idonei, in particolare a causa degli stretti nessi che legano i due mercati rilevanti, a produrre l'effetto di affievolire la concorrenza sul mercato a valle.»*, rimarcando che *«in tale situazione, in assenza di qualsiasi altra giustificazione economica obiettiva, tali comportamenti possono essere spiegati soltanto con l'intenzione dell'impresa dominante di impedire lo sviluppo della concorrenza sul mercato a valle e di rafforzare la propria posizione, o anche di*

*conquistare una posizione dominante su quest'ultimo con mezzi diversi dai propri meriti.»* (Corte di Giustizia, sentenza del 17/2/2011 in causa C-52/09, Konkurrensverket contro TeliaSonera Sverige AB, p. 85/88; cfr. in tema di abuso di posizione dominante in riferimento a comportamenti destinati a riverberarsi sul mercato a valle, Corte di Giustizia del 19/4/2018 in causa C-525/16 MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA contro Autoridade da Concorrência).

1.6.10. Tanto premesso va osservato che proprio tale contestualizzazione, nella fattispecie concreta, è stata operata dai giudici di merito con lacune argomentative e affermazioni contraddittorie che si traducono in una falsa applicazione delle norme indicate.

In particolare la Corte d'appello sostanzialmente non ha proceduto a definire il mercato rilevante, operazione preliminare, necessaria ed ineludibile, da effettuare alla stregua dei principi prima enunciati attraverso l'analisi merceologica e geografica, alla luce delle peculiarità del caso concreto: ciò, quanto al mercato del trasporto aereo, sulla errata ed irrilevante considerazione che tale operazione, non era stata richiesta dalle parti e che «non era nemmeno essenziale all'impostazione seguita dal Tribunale, che ha affermato l'abuso di posizione dominante non sul mercato dei voli in se stesso, ma in quello a valle dei servizi di agenzia di viaggi e turismo», ritenendo erroneamente che i primi giudici avessero «definito il mercato rilevante come mercato U.E. dei servizi di agenzia viaggi e turismo, con un'operazione che si può condividere» - mentre la definizione del mercato rilevante in primo grado aveva riguardato proprio i voli aerei - per poi desumere che su questo mercato la quota del 10% dei voli europei occupata da Ryanair non costituiva posizione

dominante (fol. 23 della sent. imp.), conclusioni sulle quali mostra peraltro notevole incertezza laddove, nel prosieguo, afferma in sostanziale contraddizione che « ... sussistono rilevanti dubbi sia sull'individuazione del mercato rilevante, sia sull'affermazione di posizione dominate in capo a Ryanair, sia sulla circostanza che quest'ultima commetta abuso di posizione dominate con la sua pretesa di riservarsi la vendita dei biglietti dei suoi voli» (fol.24 della sent. imp.).

In tal modo la Corte territoriale non ha fatto corretta applicazione dei principi in tema di definizione del mercato rilevante, giacchè, inopinatamente, ha meccanicamente sovrapposto tale concetto con quello del mercato economico/commerciale delle parti in causa, prescindendo dallo specifico procedimento di acquisizione delle informazioni rilevanti ed erroneamente attribuendo tale conclusione al Tribunale; dall'altro ha mancato di riconoscere il collegamento indiscusso tra i due mercati "a monte" e "a valle" e di valutare le interferenze economiche rilevanti sul piano della concorrenza, considerando l'accesso ai servizi turistici accessori offerto da Ryanair, mediante la possibilità di instradamento dal suo portale, a *partners* commerciali dalla stessa selezionati da cui percepire ricavi ancillari.

Invero l'accertamento in merito alla definizione del mercato rilevante sarebbe dovuto partire dal prodotto rilevante, e cioè dalla fornitura del servizio di trasporto aereo previo acquisto del biglietto, di guisa che rimane sostanzialmente immotivata la scelta di non seguire il criterio O&D, prima ricordato, sia pure adattandolo agli elementi specifici del caso concreto.

Inoltre, lungi dal contrapporre il mercato del trasporto aereo e quello delle agenzie di viaggio, la Corte avrebbe dovuto valutare il

collegamento tra i due mercati per procedere alla "definizione di mercato rilevante": ciò la Corte di appello non ha fatto, come sostanzialmente ha riconosciuto, di guisa che ne risulta inficiata la pronuncia che esclude *tout court* la posizione dominante in capo a Ryanair sulla scorta della valutazione della sola quota generale di mercato dei voli aerei europei al di fuori di confronti e collegamenti attraverso i quali possa considerarsi, nel caso concreto, la sostituibilità del servizio, e, conseguentemente anche il carattere abusivo dei comportamenti del vettore.

Infatti, se è vero che la nozione di mercato geograficamente rilevante non significa che vi siano tanti mercati di riferimento quante sono le operazioni economiche avvenute, è anche vero che con essa deve intendersi "il più piccolo contesto (insieme di prodotti ed area geografica)" nel cui ambito sono possibili restrizioni consistenti nella concorrenza, tenuto conto delle esistenti possibilità di sostituzione (v. Cons. di Stato, sez. 6, n. 2199/2002; Cass. n.11564 del 2015).

Inoltre, la sentenza impugnata, è errata anche laddove ha affermato che era onere di Viaggiare provare la frammentazione a livello europeo del mercato dei voli (fol. 23 della sent. imp.). In tal modo, la Corte di merito, senza svolgere un'attività istruttoria, ha fatto meccanica applicazione del principio generale dell'*onus probandi incumbit ei qui dicit* nell'ambito di una *private antitrust litigation* non preceduta da un accertamento o da una decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con ciò disattendendo il principio già affermato da questa Corte secondo il quale «*In tema di risarcimento del danno derivante da paventate violazioni agli artt. 2 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere*

*della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata.» (Cass. n.11564 del 04/06/2015).*

1.7. Le carenze riscontrate nella definizione del mercato rilevante, quindi, hanno inficiato tutto il ragionamento conseguentemente svolto dalla Corte territoriale in merito ai temi della posizione dominante, dell'abuso di detta posizione e dell'essenzial *facility* e la sentenza va cassata e rinviata al giudice del gravame per il riesame in applicazione dei principi espressi.

2.1. Con il terzo motivo si denuncia la violazione e la falsa applicazione degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ., nella parte in cui la sentenza d'appello ha disposto la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio, sulla considerazione che Ryanair, soccombente in primo grado, aveva visto accolto solo un motivo di appello e non vi erano gli estremi di una soccombenza reciproca o di giusti motivi di compensazione.

2.2. Il terzo motivo è assorbito in ragione dell'accoglimento dei primi due motivi, cui consegue la cassazione con rinvio

3.1. Si deve quindi passare all'esame del ricorso proposto da Ryanair.

4.1. Con il primo motivo Ryanair denuncia la violazione degli artt.64 quinquies, 64 sexies, 102 bis e 102 ter della legge n.633/1941 (art.360, primo comma, n.3, cod. proc. civ. ) nonché la violazione dell'art.112 cod. proc. civ. per la mancata pronuncia su una propria eccezione (art.360, primo comma, cod. proc. civ. ).

La ricorrente si duole che la Corte di appello, pur avendo riconosciuto il diritto della Compagnia di riservare a sé la vendita dei biglietti e di fornire sui propri siti spazi pubblicitari ad imprese terze interessate a fornire servizi accessori al viaggio aereo (prenotazione hotel, noleggio auto, ma anche giochi e lotterie), non abbia poi tratto la conseguenza che le OTA non possono aggirare tale esclusiva mediante l'accesso e lo sfruttamento incontrollato della sua banca dati mediante il c.d. *screen scraping*.

Si duole, in particolare, che sia stata negata la protezione del proprio *database* in virtù del diritto d'autore e/o in virtù del diritto *sui generis*, in ragione della Direttiva 91/250/CE sul *software* (v. fol. 19 del ricorso).

Inoltre sostiene che la Corte di appello non si sia pronunciata sulla richiesta di Ryanair di accertare e dichiarare l'illegittimità delle attività di *screen scraping* per violazione delle condizioni generali di utilizzo del sito (CGU), confermando indirettamente il ragionamento del Tribunale che aveva ritenuto l'attività di *screen scraping* illecito extracontrattuale di tipo aquiliano.

La ricorrente in particolare sostiene che il *database* è protetto dal diritto *sui generis* e che comunque può proteggerlo attraverso un contratto, vietandone l'utilizzo di frodo.

Lamenta quindi che entrambi i giudici, pur avendo individuato correttamente il criterio da utilizzare per determinare quando l'estrazione dei dati configuri un'indebita appropriazione dell'investimento altrui, abbiano tuttavia escluso la ricorrenza dei presupposti per la tutela sulla considerazione che Ryanair non intendeva veramente tutelare la sua banca dati (concessa con licenza al costo di soli euro 100,00= a chi ne faceva richiesta), ma preservare la sua politica di vendita esclusiva dei biglietti. Critica tale decisione affermando che dette licenze non sono concesse alle OTA, alle quali verrebbe richiesto un prezzo di gran lunga maggiore.

Sotto altro profilo la ricorrente sostiene che Viaggiare, provvedendo ad acquistare i biglietti, sottoscrive le condizioni generali d'uso che vietano lo *screen scraping* e che la Corte di appello non ha risposto all'eccezione con la quale chiedeva di accertare la sussistenza di un rapporto contrattuale tra Ryanair e Viaggiare. Quindi richiama CGUE C-30/14.

4.2. Il motivo è in parte inammissibile e, per altra parte, infondato.

Innanzitutto risulta inammissibile perché fondato sulla erronea premessa che la Corte d'appello abbia riconosciuto il diritto di Ryanair di provvedere in esclusiva alla vendita dei biglietti; ciò non corrispondere a quanto statuito in sede di gravame, ove è stato solo escluso l'abuso di posizione dominante da parte del Vettore.

La censura inoltre non sembra cogliere la *ratio decidendi* secondo la quale la Corte ha escluso la ricorrenza dei presupposti per la tutela

della banca dati, sia sul piano del diritto d'autore che della tutela *sui generis*; questa ha, infatti, osservato, quanto al primo aspetto, che l'organizzazione dei dati si ispira a finalità gestionali ed assolve a funzioni di informazione sui prodotti dell'azienda che gestisce il sito, senza un apprezzabile gradiente di apporto intellettuale creativo; quanto al secondo, ha ritenuto che la previsione da parte di Ryanair di una licenza (a prezzo simbolico di euro 100,00=) per consentire l'estrazione dei dati non avesse lo scopo di proteggere i dati, ma quello di impedire a terzi di commercializzare i suoi biglietti di volo, danneggiando una politica di vendita che perseguiva la realizzazione di ricavi ancillari, attraverso i *partners* commerciali ospitati sul sito, di guisa che non residuava spazio per la tutela *sui generis*.

La ricorrente, senza impugnare tale accertamento in fatto, insiste nel valorizzare l'impegno economico profuso nella realizzazione della banca dati e nel prospettare l'opportunità di una consulenza tecnica volta a quantificare l'attività di *screen scraper* sostenendo che la Corte territoriale erroneamente ha escluso che da tale attività conseguisse un pregiudizio, sulla considerazione che l'accesso alla banca dati era consentito da Ryanair previo concessione di licenza.

Orbene, tale censura da un lato sollecita impropriamente un riesame del merito, inammissibile in sede di legittimità, dall'altro non evidenzia fatti decisivi il cui esame sia stato omissso, posto che nemmeno illustra, se non per ipotetiche asserzioni, quale pregiudizio in concreto ritiene di addebitare a Viaggiare.

A ciò va aggiunto che la Corte territoriale ha implicitamente escluso l'esistenza di un rapporto negoziale tra Viaggiare e Ryanair, di guisa che il richiamo alla sentenza della CGUE del 15/1/2015, nella

causa C-30/14 tra Ryanair Ltd c/PR Aviation BV, risulta non pertinente.

Inoltre la ricorrente non si confronta affatto con il principio secondo il quale l'accesso alle tariffe aeree passeggeri e merci per i servizi aerei da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del trattato, disponibili al pubblico, è offerto senza operare alcuna discriminazione basata sulla nazionalità o sul luogo di residenza del cliente o sul luogo di stabilimento dell'agente del vettore aereo o di altro venditore di biglietti all'interno della Comunità [Regolamento (ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione), Capo IV - disposizioni in materia di tariffe-, art. 23 (Informazione e non discriminazione), paragrafo 2].

5.1. Con il secondo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt.20 e 21 del d.lgs. n.30 del 10 febbraio 2005 (c.p.i.) e dell'art.2572 cod. civ., per non avere la Corte di appello ravvisato, come avrebbe dovuto, la violazione e, comunque, l'uso non consentito ed anticoncorrenziale dei marchi Ryanair (art.360, primo comma, n.3, cod. proc. civ.); si lamenta anche la violazione e falsa applicazione dell'art.2598 cod. civ. (art.360, primo comma, n.3, cod. proc. civ.), nonché la violazione dell'art.112 cod.proc.civ. (art.360, primo comma, n.4, cod. proc. civ.).

La doglianza colpisce la statuizione con la quale l'uso del marchio comunitario denominato "Ryanair", registrato per diverse classi commerciali, da parte della OTA è stato ritenuto puramente descrittivo, in quanto inteso solamente a segnalare il vettore dei voli commercializzati: a parere della ricorrente l'uso del marchio

creerebbe invece un affidamento nel consumatore circa l'esistenza di un accordo o di una autorizzazione tra Viaggiare e Ryanair, strumentale alla vendita dei biglietti, ed indurrebbe un uso parassitario del marchio. Viene denunciato anche lo sviamento di clientela ex art.2598 cod. civ.

5.2. Il motivo è infondato.

Come stabilito dall'art.21 del c.p.i. (che ha dato attuazione all'art. 6.1 della Dir. 89/104/CE) i diritti di marchio d'impresa registrato non permettono al titolare di vietare ai terzi l'uso nell'attività economica, purché l'uso sia conforme ai principi della correttezza professionale.

Nel caso in esame la Corte ha ritenuto che la OTA lecitamente avesse fatto uso del marchio in forma meramente descrittiva, funzionale alla commercializzazione dei voli Ryanair ed alla compiuta e doverosa informazione dei viaggiatori circa la specie e le caratteristiche della prestazione di servizio offerta, senza ravvisare, quindi, alcuna lesione ai principi di correttezza professionale.

Tale motivazione è conforme alla giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto lecito e legittimo l'uso del marchio altrui in funzione descrittiva (Cass. n. 144 del 10/01/2000; n. 1820 del 18/02/2000; Cass. n. 17734 del 30/07/2009; Cass. n.6021 del 14/03/2014; Cass. n.22119 del 29/10/2015) e le conclusioni, raggiunte in relazione a condotte sussumibili all'interno della previsione di cui all'art.21, primo comma, lett. b), c.p.i. non sono revocabili in dubbio da quanto esposto dalla ricorrente.

Quest'ultima, invero, non si è soffermata su quanto accertato circa il concreto uso del marchio, né ha individuato nell'ambito della specifica condotta posta in essere dall'OTA – come accertata in sede di merito – aspetti rilevanti sul piano della lesione dei principi di

correttezza professionale nell'uso del marchio non esaminati o non valorizzati in sede di merito.

Risulta, invece, del tutto autonomo e non pertinente, il distinto tema della prospettata non sussistenza del diritto di vendita dei biglietti aerei da parte dell'OTA, che la ricorrente introduce per poi dedurre – sulla scorta di mere ed astratte petizioni di principio - l'errato affidamento del consumatore, l'uso parassitario del marchio e lo sviamento della clientela.

6.1. Con il terzo motivo si censura la statuizione che ha ravvisato un rapporto di concorrenza tra Ryanair e Viaggiare lamentando la violazione e falsa applicazione dell'art.18 del d.lgs.23 maggio 2011, n.79, c.d. codice del turismo (art.360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ.).

Secondo la ricorrente erroneamente la circostanza che, attraverso spazi pubblicitari sul proprio sito, dalla cui cessione riceve ricavi significativi, vengano proposti hotels, giochi ed altro, è stata ritenuta rilevante al fine di ritenere che, pur provvedendo esclusivamente alla vendita dei biglietti per i voli, dal punto di vista economico e sostanziale si ponesse come operatrice anche sul mercato tradizionalmente riservato alle agenzie di viaggio in concorrenza con queste.

In proposito la ricorrente, dopo avere proposto la distinzione tra il mercato della vacanze organizzate – nel quale opererebbero le OTA – ed il mercato delle vacanze indipendenti, sostiene di non poter essere accomunata ad un'agenzia di viaggio, come definita dall'art.18 del cod. tur.

6.2. Il motivo è inammissibile perché tende ad una non consentita revisione dell'accertamento compiuto in fatto dalla Corte territoriale,

mediante un improprio riferimento all'art.18 del cod. tur., dichiarato incostituzionale con sentenza n.80 del 2012 dalla Corte Costituzionale.

Sulla premessa che la sussistenza di un rapporto di concorrenza non va valutato sulla base degli elementi di qualificazione giuridica di una attività, ma sul concreto atteggiarsi economico della stessa, va osservato che - come già affermato da questa Corte - la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori deriva dal contemporaneo esercizio di una medesima attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, e quindi dalla comunanza di clientela « ... *che non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio dall'imprenditore che lamenta la concorrenza sleale, che sono in grado di soddisfare quel bisogno.*» (; Cass. n. 12364 del 18/05/2018; cfr. Cass. n. 17144 del 22/07/2009), tanto che la sussistenza della comunanza della clientela «... *va verificata anche in una prospettiva potenziale, dovendosi esaminare se l'attività di cui si tratta, considerata nella sua naturale dinamicità, consenta di configurare, quale esito di mercato fisiologico e prevedibile, sul piano temporale e geografico, e quindi su quello merceologico, l'offerta dei medesimi prodotti, ovvero di prodotti affini e succedanei rispetto a quelli offerti dal soggetto che lamenta la concorrenza sleale.*» (Cass. n. 22332 del 22/10/2014).

La Corte territoriale si è attenuta a tali principi ed ha accertato in fatto l'esistenza del rapporto di concorrenza in quanto Ryanair opera anche sul mercato destinato a soddisfare i bisogni dei clienti che si

rivolgono alle agenzie di viaggi e turismo on e off line (fol.10 della sent. imp.), di guisa che la censura va disattesa.

7.1. Con il quarto motivo si lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt.2598 cod. civ., 20, 21 e 22 del codice dei consumatori e 4 del d.lgs. n.145/2007 (art.360, primo comma, n.3, cod. proc. civ.), nonché la violazione degli artt.112, 115 e 132 cod. proc. civ. (art.360, primo comma, n.4, cod. proc. civ.) per avere ravvisato la concorrenza sleale di Ryanair rispetto a Viaggiare con riferimento al Comunicato diffuso da Ryanair il 24/1/2008 che conteneva dichiarazioni ritenute dalla Corte territoriale, in adesione alla decisione di primo grado, come gravemente diffamatorie della reputazione commerciale di Viaggiare perché non rispettavano il limite della verità in merito alla misura della maggiorazione del prezzo del biglietto Ryanair praticata dalla OTA e perché connotate da un tono "particolarmente aggressivo e rissoso" (fol. 25 della sent. imp.). A parere della ricorrente la Corte territoriale avrebbe errato nel ritenere non veritiere le dichiarazioni, avrebbe omesso di valutarne la continenza ed avrebbe criticato i toni utilizzati in modo assertivo.

7.2. Il motivo è inammissibile perché è inteso a sovvertire l'accertamento in fatto compiuto dalla Corte meneghina in merito alle notizie ed agli apprezzamenti compiuti da Ryanair nel documento in questione, senza che la doglianza sia stata formulata secondo il modello del vizio di motivazione ex art.360, primo comma, n.5, cod.proc.civ.

7.3. Invero la divulgazione di notizie e apprezzamenti falsi nei confronti dell'impresa concorrente è, di per sè, screditante e perciò ricade nell'ambito applicativo del n. 2 dell'art. 2598 cod.civ. e spetta al giudice del merito accertarla.

La Corte, nel caso in esame, non solo ha accertato la non veridicità delle notizie in merito alla maggiorazione dei prezzi, ma ne ha anche escluso implicitamente la continenza rispetto ad una realtà non corrispondente a quella rappresenta; ha, inoltre, valutato in maniera sufficiente il tono del comunicato: ciò nonostante tali ultimi accertamenti si rendano necessari solo laddove la concorrenza per denigrazione avvenga mediante la divulgazione di fatti veri (Cass. n. 22042 del 31/10/2016; n. 2020 del 02/04/1982) – circostanza che nel presente caso non ricorre.

8.1. Con il quinto motivo, afferente al riconosciuto danno all'immagine in favore di Viaggiare quantificato in euro 50.000,00=, si denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2059, 2727, 2697 e 1226 cod. civ. (art.360, primo comma, n.3, cod. proc. civ.), nonché il vizio di motivazione e la violazione degli artt.115 e 132 cod. proc. civ. (art.360, primo comma, n 4, cod. proc. civ.).

Si sostiene, alla luce delle pregresse difese, la correttezza del comportamento di Ryanair; si afferma quindi che Viaggiare non ha provato né la sussistenza, né l'entità, né il collegamento causale tra i comunicati contestati ed il danno lamentato e che la Corte di appello, ritenendo di applicare il principio secondo il quale il danno conseguenza di fatti illeciti può essere provato anche per presunzioni, abbia tuttavia valorizzato come elementi presuntivi rilevanti, circostanze del tutto assertive, quali la notorietà della Viaggiare, la diffusione del comunicato ed altro.

8.2. Il motivo è inammissibile.

La Corte di appello ha ampiamente motivato e la ricorrente prospetta solo una diversa valutazione dei medesimi elementi, sollecitando inammissibilmente un riesame del merito.

9.1. Con il sesto motivo si denuncia il mancato svolgimento della attività istruttoria richiesta nella fase di merito e necessaria per assodare i concreti ed effettivi termini della questione, come *error in procedendo* (art.360, primo comma, n.4, cod. proc. civ.).

La ricorrente si duole che la prova testimoniale articolata sia stata respinta senza adeguata motivazione e sostiene che sarebbe stata necessaria una consulenza tecnica d'ufficio.

9.2. Il motivo è inammissibile.

La scelta dei mezzi istruttori utilizzabili per il doveroso accertamento dei fatti rilevanti per la decisione è rimessa all'apprezzamento discrezionale, ancorché motivato, del giudice di merito, ed è censurabile, quindi, in sede di legittimità, sotto il profilo del vizio di motivazione e non della violazione di legge (Cass. n. 21603 del 20/09/2013), solo ove la prova non ammessa ovvero non esaminata in concreto sia idonea a dimostrare circostanze tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia delle altre risultanze istruttorie che hanno determinato il convincimento del giudice di merito, di modo che la *ratio decidendi* venga a trovarsi priva di fondamento (Cass. n. 5654 del 07/03/2017; Cass. n.27415 del 29/10/2018); ciò perché il vizio di omessa pronuncia - al quale sembra riferirsi il motivo in esame e che determina la nullità della sentenza per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., rilevante ai fini di cui all'art. 360, n. 4 dello stesso codice - si configura esclusivamente con riferimento a domande, eccezioni o assunti che richiedano una statuizione di accoglimento o di rigetto, e non anche in relazione ad istanze istruttorie (per le quali l'omissione è denunciabile soltanto sotto il profilo del vizio di motivazione (Cass. n. 6715 del 18/03/2013).

10. In conclusione, vanno accolti i motivi primo e secondo del ricorso proposto da Viaggiare SRL nei sensi di cui in motivazione, assorbito il terzo; il ricorso proposto da Ryanair LTD va rigettato; la sentenza impugnata va cassata nei limiti dei motivi accolti e rinviata alla Corte di appello di Milano in diversa composizione per il riesame alla stregua dei principi enunciati e per la regolazione delle spese.

**P.Q.M.**

- Accoglie i motivi primo e secondo del ricorso proposto da Viaggiare SRL, nei sensi di cui in motivazione, assorbito il terzo e rigetta il ricorso proposto da Ryanair LTD; cassa la sentenza impugnata nei limiti dell'accoglimento e rinvia la causa alla Corte di appello di Milano in diversa composizione anche per la regolazione delle spese.

Così deciso in Roma, il giorno 18 dicembre 2018.