

R.G. n. 517/2020



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
Sezione Specializzata in materia di Impresa

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Domenico Bonaretti	Presidente
dr. Alessandra Aragno	Consigliere
dr. Manuela Cortelloni	Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. **517/2020** e riassunta in grado d'appello *ex art. 392 c.p.c.*

DA

Parte_1 (C.F. *C.F._1* , elettivamente domiciliata in *Lg_1* , *Indirizzo_1*
[...] , presso lo studio dell'avv. *Avvocato_1* che la rappresenta e difende come da delega in atti, unitamente all'avv. *Avvocato_2*

attrice in riassunzione, già appellata

CONTRO

Controparte_1 (C.F. *P.IVA_1* , elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. *Avvocato_3* che la rappresenta e difende come da delega in atti, unitamente agli avv.ti *Avvocato_4* , *Avvocato_5* *Avvocato_6* *Avvocato_7* , *Avvocato_8* e *[...]* *Avvocato_9* ;

convenuta in riassunzione, già appellante

Avente ad **oggetto**: abuso di posizione dominante

Sulle seguenti **conclusioni**

Per Parte_1.

“Piaccia all’Ecc.ma Corte d’Appello adita, *contrariis reiectis*, previe tutte le declaratorie del caso,

1. in via principale:

a) accertare e dichiarare l’abuso da parte di CP_1 della propria posizione dominante sul mercato della vendita di biglietti aerei e dei servizi di viaggio e turismo, con ogni conseguente statuizione in merito;

b) rigettare tutte le domande e le eccezioni formulate da CP_1 siccome inammissibili e comunque infondate in fatto e in diritto;

2. in via istruttoria:

(a) ordinare a CP_1 anche ai sensi dell’art. 210 c.p.c., di fornire, in aggiunta alla documentazione già fornita, tutte le informazioni in chiaro e la documentazione in suo possesso relative alle “*tariffe mediamente applicate*”, per l’anno Dt_1, nonché per il periodo compreso tra il 2011 e il 2021, in relazione alle rotte da/in /per l’Lg_2 individuate sulla base del principio O&D (come indicato nella Sentenza di rinvio), di cui all’Allegato 9 alla nota di deposito CP_1 del Data_2 (rubricato “*Dati indicizzati relativi alle tariffe applicate di CP_1 nel 2011-2021*”);

(b) disporre, anche sulla base dei documenti così forniti, un supplemento di consulenza tecnica d’ufficio, da svolgersi in riferimento all’offerta di servizi aerei *low cost* da parte della convenuta e di soggetti terzi, in relazione alle rotte individuate sulla base del principio O&D (come indicato nella Sentenza di rinvio) in cui CP_1 opera da/in/per l’Lg_2.

3. in ogni caso:

Con vittoria di spese, diritti e onorari oltre IVA e C.P.A. dei precedenti gradi di giudizio e del presente procedimento”.

Per CP_1.

“Voglia l’Ecc.ma Corte adita, respinta ogni contraria domanda ed eccezione, così provvedere:

- in via preliminare (quanto alla presente fase rescissoria):

(i) dichiarare l’inammissibilità, anche ai sensi dell’art. 345 c.p.c., e l’irrelevanza delle istanze istruttorie formulate dall’attrice in riassunzione nonché del *report tecnico pro veritate* allegato sub doc. 3 all’atto di citazione in riassunzione;

(ii) in subordine, dichiarare l'inammissibilità e l'irrelevanza dell'ordine di esibizione emesso in data *Data_3* e della conseguente CTU, limitatamente alle parti aventi ad oggetto informazioni e documenti successivi all'anno *Dt_4*;

(iii) in ogni caso, dichiarare l'inammissibilità, anche ai sensi degli artt. 345 e/o 359 c.p.c., della domanda proposta in via principale dall'attrice in riassunzione, trattandosi di domanda nuova;

- nel merito (sempre quanto alla presente fase rescissoria): respingere tutte le domande proposte *ex adverso* perché infondate in fatto e in diritto, anche alla luce degli accertamenti contenuti nella relazione del CTU;

- in ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari dei precedenti gradi di giudizio e del presente procedimento, oltre a IVA e CPA e spese generali come per legge”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La complessità della vicenda in decisione consiglia di riassumere – per quanto ancora di interesse in questa fase di rinvio – il *thema decidendum*, tenuto conto delle decisioni assunte nei precedenti gradi di giudizio e delle questioni già definitivamente giudicate.

1. Il giudizio di primo grado

1.A. Con atto di citazione notificato in data *Data_5*, *Parte_1*, che svolge l'attività di agenzia di viaggi *on line* - (d'ora innanzi, per brevità: *OTA*, quale acronimo di *on line travel agency*) - conveniva in giudizio *CP_1*, affinché - tra l'altro - venisse accertato *l'abuso di posizione dominante* sul mercato di vendita dei biglietti aerei e dei servizi di viaggio e di turismo.

L'attrice, a fondamento di tale domanda, prospettava che *CP_1* operasse su tre distinti mercati nei quali rivestiva posizione dominante: a) quello del trasporto aereo; b) quello dei servizi di agenzia connessi al trasporto aereo; c) quello dell'offerta dei “voli *CP_1*”.

Secondo la prospettazione dell'*Orga*, la posizione di dominanza di *CP_1* nel mercato del trasporto aereo, produrrebbe effetti diretti sul distinto mercato dei servizi di agenzia di viaggio.

CP_1 avrebbe il monopolio assoluto nel mercato delle informazioni relative alle offerte sui voli e, impedendo a terzi di utilizzare e diffondere tali informazioni, renderebbe di fatto impossibile l'attività commerciale delle agenzie di viaggio.

1.B. La Società convenuta, costituendosi nel giudizio di primo grado – in ordine al dedotto abuso di posizione dominante – rivendicava la piena legittimità della propria scelta imprenditoriale, in quanto il fatto di consentire l’acquisto di biglietti esclusivamente attraverso il proprio sito e il *call center* le aveva permesso, grazie agli introiti pubblicitari e ai rapporti commerciali instaurati con le società specializzate nell’offerta di servizi ai viaggiatori, di mantenere tariffe particolarmente competitive e di garantirne, ai propri clienti, l’acquisto in sicurezza e “*alla fonte*”, senza commissioni agli intermediari.

Evidenziava, altresì, come le OTA potessero consultare le informazioni sui biglietti aerei previa conclusione di un contratto di licenza a prezzo simbolico.

La convenuta contestava di avere una “*posizione dominante*” nel mercato del trasporto aereo, dovendosi considerare – a tali fini – non solo le compagnie *low cost*, ma anche quelle di linea e rispetto alle quali la percentuale di mercato non è complessivamente superiore al 10%.

In ogni caso, anche a ipotizzare per la stessa una posizione dominante sul mercato del trasporto aereo, contestava il comportamento abusivo lamentato, come in grado di alterare la concorrenza sul mercato a valle.

1.C. Con sentenza n. 7808/2013, resa dal Tribunale di Milano in data 4.4 – *Data_6*, al capo D), veniva disposto quanto segue:

*“D) accerta che la pretesa di *CP_1* di non consentire intermediazione alcuna della vendita dei propri servizi aerei costituisce abuso di posizione dominante sul mercato “a valle” dei servizi di agenzia di viaggio e di turismo”.*

Il Tribunale di Milano così essenzialmente motivava in ordine all’accertato abuso di posizione dominante (cfr. pgg. 23 – 29 sentenza primo grado).

Sul mercato del trasporto aereo – applicato il criterio delle cc.dd. coppie di origine e di destinazione – “*non risulta contestato che *CP_1* detenga il monopolio su 49 tratte intracomunitarie e una quota di mercato superiore al 50% su almeno altre 19, mentre la sua presenza si va espandendo in linea generale e con particolare riferimento ai voli da e per aeroporti italiani. Inoltre, la stessa convenuta afferma di godere, sul mercato generale dei voli intracomunitari, sia *low cost* che “tradizionali” una quota del 10%, a fronte di centinaia di altri*

vettori operanti, quindi un mercato fortemente atomizzato (il che amplifica il potere sulle dinamiche di mercato di vettori con percentuali quali quelle di CP_1 ” – (cfr. pg. 25).

La scelta di CP_1 di escludere qualunque intermediario dalla commercializzazione dei propri voli aerei “determina l'impossibilità dell'^{Orga} di svolgere compiutamente la propria attività di agenzia di viaggi ed essere per questo remunerata, consapevolmente, dall'utente” – (cfr. pg. 26).

Nel caso concreto - proseguiva il Tribunale - il rifiuto di CP_1 integra le condizioni dell'abuso ex art. 102 TFUE, atteso che: a) il rifiuto si riferisce a un prodotto o un servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva sul mercato a valle; b) è probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle; c) è probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori.

Invero - prosegue il Tribunale - “il rifiuto di fornire la possibilità di intermediazione riserva quindi a CP_1 tutto il mercato derivato dei servizi aggiuntivi (assicurazioni, trasporti da e per gli aeroporti, noleggio autovetture, prenotazione alberghi, mostre, tour di visita, ecc...) relativi alla organizzazione di un viaggio per cui si utilizzano voli della compagnia convenuta, con esclusione di qualsiasi concorrenza sullo stesso” – (cfr. pg. 27).

Per tali principali considerazioni, deve ritenersi illecito, sotto il profilo dell'abuso ex art. 102 TFUE, “il rifiuto di CP_1 di consentire l'accesso ai suoi data base e procedure di prenotazione agli intermediari, tra cui la ^{Perso} attrice” – (cfr. pg. 28).

2. Il giudizio di appello

La Corte di Appello di Milano, sull'impugnazione proposta da CP_1, con sentenza n. 3585/2015 pubblicata il Data_7, così disponeva:

“in parziale accoglimento dell'appello e in parziale riforma della sentenza n. 7808/2013 del tribunale di Milano, depositata il Data_8, dichiara che la decisione di CP_1 di riservare a sé stessa la vendita dei suoi servizi aerei non costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE;

dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese del primo grado di giudizio”.

2.A. La Corte territoriale accoglieva il quinto motivo proposto dal **Per_2**, con il quale veniva impugnato il capo D) della sentenza di primo grado, per le seguenti principali considerazioni.

Innanzitutto, si evidenziava la complessità dell'individuazione del "mercato rilevante del trasporto aereo", poiché - (cfr. pg. 22 sentenza) - *"imporrebbe di spezzettare il mercato dei voli aerei in numerosi fasci di rotte aeree ugualmente idonee a raggiungere un punto di destinazione da un punto di origine.*

Senonché va osservato che una simile, estremamente laboriosa, operazione non è stata richiesta da alcuna delle parti, non è indicata da alcuno come tema di causa, non è contenuta nella appellata decisione e non è neanche 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 viaggio e turismo".

Ancora, si è evidenziato che **CP_1** non detiene una posizione dominante nel mercato del trasporto aereo - occupando una quota pari al 10% del *mercato complessivo* - ben al di sotto della quota (pari a circa il 50%) individuata dalla Commissione quale parametro di riferimento al di sotto del quale non vi è "posizione dominante".

Inoltre, la circostanza - che la frammentazione del mercato aereo rafforzerebbe ulteriormente la posizione di **CP_1** - non è stata provata da parte dell'OTA.

*"Per aversi un effetto restrittivo dovrebbe **CP_1** occupare una quota molto più grande del mercato in questione oppure dovrebbero esservi delle intese commerciali con altre compagnie low cost, ciò che non è stato allegato da **Org_2** ed è stato negato da **CP_1** - (cfr. pg. 23).*

*"Per concludere sul quinto motivo di appello, sussistono rilevanti dubbi sia sulla individuazione del mercato rilevante, sia sull'affermazione di posizione dominante in capo a **CP_1** sia sulla circostanza che quest'ultima commetta abuso di posizione dominante con la sua presenza di riservarsi la vendita dei biglietti dei suoi voli" - (cfr. pg. 24).*

Infine, quanto all'esercizio dell'attività d'impresa da parte di **CP_1** e relativamente al necessario rispetto dell' "utilità sociale" di cui all'art. 41 Cost., *"Il Collegio osserva ... che a questo inconveniente ogni agenzia può ovviare stipulando, per il prezzo simbolico di euro 100,00 all'anno, con l'appellante una licenza che consenta di collegarsi al sito **CP_1** che del resto*

questa Corte, così come in precedenza il Tribunale, ha affermato non costituire una banca dati tutelabile ai sensi della Direttiva C.E. 96/9” – (cfr. pg. 24).

3. Il giudizio di legittimità

3.A. Avverso la sentenza della Corte LMNEXT CH SA proponeva ricorso in Cassazione, per i seguenti motivi:

I[^]. Con il **primo motivo** denunciava la *violazione e falsa applicazione dell’art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE) e dell’art. 3 della legge* Data_9 n. 287, come interpretato in base ai principi dell’ordinamento della Comunità Europea in materia di disciplina della concorrenza, per avere la sentenza di appello ritenuto che la decisione di CP_I di riservare a se stessa la vendita dei propri servizi aerei, non costituisce abuso di posizione dominante.

La ricorrente evidenziava come la condotta di CP_I avesse un *effetto escludente* nel mercato dei servizi di agenzia turistica, in relazione alla vendita di biglietti aerei, per le tratte in cui la stessa è monopolista o ha posizione dominante e, ove effettua l’intermediazione dei servizi aggiuntivi collegati al volo, anche nelle tratte nelle quali non ha posizione dominante.

In conseguenza di tale condotta, CP_I si garantisce la totalità dei ricavi ancillari derivanti dalla vendita dei servizi aggiuntivi al trasporto aereo.

La ricorrente articolava il primo motivo di ricorso in più punti, contestando:

- l’errata individuazione dei criteri per la determinazione della posizione dominante di CP_I nel mercato del settore aereo, non essendo stata fatta applicazione del criterio “O&D” (coppie di origine e di destinazione), in quanto ciascuna tratta costituisce un “mercato rilevante”;
- di conseguenza, l’erroneo riferimento, da parte della Corte di Appello, alla percentuale *complessiva* (= 10%) del mercato occupato da CP_I
- ancora, l’erronea ricostruzione del rapporto fra il mercato dei voli aerei e quello del mercato “a valle” dei servizi di agenzia turistica;

- infine, l'errata valutazione del concetto di “*essential facility*”, quale risorsa essenziale la cui preclusione, alle imprese in posizione di dipendenza economica, costituirebbe da parte del vettore abuso di posizione dominante e il denunciato effetto escludente.

II^A. Con il **secondo motivo**, la ricorrente lamentava la mancata analisi del mercato “a monte” del trasporto aereo, mediante la sua suddivisione in fasci di rotte, secondo il criterio del “*punto di origine – punto di destinazione*”, avendo la sentenza di appello fatto riferimento alla sola percentuale complessiva di mercato detenuta dal vettore, pari al 10% dei voli europei.

3.B. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 29237/2019 pubblicata in data Data_10, così disponeva:

“accoglie i motivi primo e secondo del ricorso proposto da Parte_1, nei sensi di cui in motivazione, assorbito il terzo [n. est.: inerente alla regolazione delle spese processuali] e rigetta il ricorso proposto da CP_1; 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”.

3.C. Principalmente, la Corte di Cassazione ha evidenziato che - per l'accertamento della posizione dominante - è *prius* ineludibile la definizione del “*mercato rilevante*”, sotto il profilo del mercato del prodotto e del mercato geografico.

In particolare:

“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 Data_11)” – (cfr. pg. 18 sentenza).

La definizione di mercato rilevante implica un accertamento di fatto e che va effettuato caso per caso.

Nel settore del trasporto aereo passeggeri, 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, pure con la precisazione che l’accoppiamento di origine – destinazione, che interessa i rispettivi bacini di utenza (catchment area), è da valutarsi caso per caso ...” – (cfr. pg. 19).

Ciò premesso, è stato ritenuto che la Corte di Appello non avesse proceduto alla definizione del “mercato rilevante”, mediante l’indicata analisi merceologica e geografica e alla luce delle peculiarità del caso concreto.

Invero, “La Corte territoriale non ha fatto corretta applicazione dei principi in tema di definizione del mercato rilevante, giacché, 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 ... rimane sostanzialmente immotivata la scelta di non seguire il criterio O&D, prima ricordato, sia pure adattandolo agli elementi specifici del caso concreto” – (cfr. pg. 22).

La sentenza impugnata è stata ritenuta errata anche laddove “... 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 ...” – (cfr. pg. 24).

La Corte di legittimità ha, in particolare, ricordato il proprio orientamento (citando Cass. Civ. n. 11564/2015), in base al quale – nelle controversie in tema di abuso di posizione dominante – a fronte dell’asimmetria informativa esistente tra le parti nell’accesso alla prova e fermo restando l’onere dell’attore di indicare in modo sufficientemente preciso “*plausibili 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 deve adeguatamente valorizzare gli strumenti di indagine e di conoscenza previsti dal codice di rito, in tema di esibizione di documenti, di richiesta di informazioni e di consulenza tecnica d’ufficio, al fine di

esercitare, anche officiosamente, quei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni per la ricostruzione della fattispecie anticoncorrenziale denunciata (cfr. pg. 24).

Sulla base di tali principali argomentazioni – dichiarato assorbito il terzo motivo di ricorso e rigettato il ricorso proposto da CP_1 – veniva cassata la sentenza di appello n. 3900/2015, con rinvio alla Corte territoriale, in diversa composizione, anche per la regolazione delle spese di lite.

4. Il giudizio di rinvio

Il giudizio è stato tempestivamente riassunto dall'Contr.

Con ordinanza Data_12, la Corte emetteva ordine di esibizione, ai sensi dell'art. 210 c.p.c.¹, che veniva eseguito da CP_1

Con successiva ordinanza Data_13, veniva disposta Ctu sul seguente quesito:

“Il CTU, letti gli atti e i documenti di causa, effettuati i necessari accessi presso i Pubblici Uffici o presso Org_ e/o presso le Pubbliche Autorità:

1) accerti e descriva il “mercato rilevante del trasporto aereo” in cui opera CP_1 in Lg_2, sulla base del criterio di collegamento tra coppie di città o di aeroporti (c.d. city pair method o metodo delle coppie di origine e di destinazione), distinguendo l'arco temporale dal 2005 al 2010 e dal 2011 sino ad oggi, tenuto conto:

- delle tratte che si caratterizzano per voli “diretti” o per “voli con scalo”;
- della clientela di riferimento ovvero delle tendenze dei consumatori, in relazione alle singole tratte considerate;
- del tempo necessario per il volo;

¹ Relativo alla:

a) documentazione attestante le rotte aeree in cui opera CP_1 da individuarsi in base al c.d. O&D (metodo delle coppie di origine e di destinazione), con la specificazione delle rotte in cui CP_1 opera in regime di monopolio, dall'anno Org_ alla data odierna e di quelle in cui non opera in regime di monopolio, documentando, in tale caso, quale sia la percentuale di quota di mercato dalla stessa detenuta. In ogni caso, documentando sia le rotte in cui CP_1 opera con voli diretti, sia quelle in cui opera mediante voli con scalo. Indichi infine il momento (anno) in cui tali rotte siano state acquisite – laddove ciò sia avvenuto in epoca successiva all'instaurazione del giudizio di primo grado.

b) documentazione attestante, se possibile, le tariffe o le fasce tariffarie mediamente applicate in relazione alle rotte indicate;

c) documentazione attestante il numero di passeggeri mediamente trasportato in relazione a ciascuna delle rotte sopra indicate, così come il numero dei posti a sedere (c.d. seat capacity);

- delle tariffe mediamente applicate;
 - del numero di passeggeri mediamente trasportato e il numero dei posti a sedere (c.d. *seat capacity*);
 - di ogni altro criterio utile che il CTU, sentiti i CTP e anche su indicazione di questi ultimi, riterrà necessario utilizzare per rispondere compiutamente al quesito – in ogni caso accertando l'esistenza di altri vettori aerei concorrenti e di mezzi di trasporto alternativi;
- 2) valuti, dal punto di vista tecnico – comparativo, se e in che misura **CP_1**, nel mercato rilevante individuato, risulti avere una posizione dominante ovvero detenga un elevatissimo potere negoziale rispetto alle compagnie di viaggio, dando ampia e precisa indicazione anche dell'evoluzione riscontrata dal 2005 ad oggi;
- 3) accerti e descriva il “mercato dei servizi di agenzia di viaggio e di turismo” in cui opera **CP_1** [...] indicando la tipologia di servizi offerti, tanto quelli relativi alla vendita dei biglietti aerei, quanto quelli ulteriori relativi ai servizi turistici aggiuntivi, specificando le caratteristiche degli stessi, oltre che le modalità operative di esercizio dell'attività;
- 4) dica se e in che termini **CP_1** e le **Contr** operino in concorrenza nello stesso mercato dei “servizi di agenzia di viaggio e turismo”, così come delineato, ovvero se **CP_1** controlli in tutto o in parte l'offerta e/o condizioni la domanda, ponendo barriere in entrata all'esercizio di tale attività di impresa”.

La Ctu veniva svolta e la relazione finale depositata in data **Data_14**.

All'udienza del **Data_15**, che si teneva mediante trattazione scritta, le parti precisavano le rispettive conclusioni e, su loro richiesta, venivano assegnati i termini per il deposito degli scritti conclusivi.

Su richiesta della difesa di **Parte_1**, veniva disposta la discussione orale della causa, ex art. 352 c.p.c., che si teneva all'udienza del **Data_16**; all'esito, la Corte si riservava per la decisione.

Con successiva ordinanza, depositata l' **Data_17**, le parti venivano invitate a precisare nuovamente le conclusioni, stante il mutamento della composizione del collegio intervenuto tra la precisazione delle conclusioni e la discussione orale e, a tale fine, veniva fissata l'udienza del [...] **Data_18**.

La causa è decisa nella camera di consiglio di pari data.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I. Questa Corte – all’esito dell’articolata attività istruttoria svolta in sede di rinvio e tenuto conto dei principi enunciati dalla Corte di Cassazione – ritiene che non sussista l’*abuso di posizione dominante*, da parte di CP_1 sul mercato a valle dei servizi di viaggio e di turismo, per avere riservato, a se stessa, la vendita diretta dei propri biglietti aerei.

I.A. Così come indicato dalla Corte di Cassazione, *prius* ineludibile dell’indagine assegnata a questo Giudice del rinvio è l’individuazione del “*mercato rilevante*”, quale risultante della combinazione del *mercato del prodotto e del mercato geografico*, con la necessaria premessa che l’analisi – di cui *infra* - ha ad oggetto sia il mercato c.d. ‘a monte’ del trasporto aereo, sia il mercato c.d. ‘a valle’ del servizio di agenzia turistica *on line*.

Tale valutazione viene fatta tenendo conto della c.d. *sostituibilità dal lato della domanda e dell’offerta*.

La sostituibilità dal lato della domanda consiste “*nell’individuare le effettive fonti alternative di approvvigionamento dei clienti delle imprese interessate*” e, dunque, la c.d. *fungibilità del prodotto* “*con altri prodotti che la domanda considera sostitutivi in base ai parametri essenziali, determinati dalla funzione d’uso, dalle caratteristiche del prodotto e del prezzo*”.²

La sostituibilità dal lato dell’offerta – in generale – individua la capacità dei fornitori dei beni o dei servizi di modificare/adattare il loro processo produttivo in breve tempo, senza dovere sostenere costi significativi o affrontare rischi eccessivi (cfr. Cass. Civ. cit.).

Ciò premesso, si deve dare conto dei risultati delle indagini effettuate mediante Ctu, con le precisazioni che seguono.

(i) Il mercato rilevante del trasporto aereo.

La prima indicazione – che questo Giudice del rinvio deve tenere in considerazione, stante il principio affermato dalla Corte di Cassazione – è che ogni “*punto di origine – punto di*

² cfr. Cass. Civ. n. 3638/2009;

destinazione” è “*un distinto mercato rilevante*”, secondo il criterio O&D (c.d. *city pair method* o metodo delle coppie di origine e di destinazione).

Di conseguenza, non appare corretto il diverso criterio suggerito da **CP_1** – del c.d. “*catchment area*” che fa riferimento, in **Lg_2**, ai cc.dd. ‘bacini di attrazione’ dell’utenza – considerando, a tale fine, un raggio di circa 100 km., che ruota intorno agli aeroporti regionali e di 300 km. per gli aeroporti internazionali, oppure, in alternativa un tempo di percorrenza di 60 minuti.

Così come condivisibilmente evidenziato dal Ctu (cfr. pg. 19), applicare questo criterio al mercato italiano porterebbe a considerare, quale “unico mercato rilevante”, quasi tutto il **Lg_3** **Lg_2** o, ad esempio, porterebbe a comprendere, in un unico bacino di utenza, due grandi aeroporti come

Luogo_4 e **Lg_5**

Inoltre, si ritiene di utilizzare il criterio delle “*coppie di città*”, in luogo di quello delle “*coppie di aeroporti*”, atteso che – muovendo l’analisi dal lato della domanda – è stato accertato che i clienti che volano e utilizzano i servizi di agenzia turistica (specie delle OTA) sono tipicamente (anche se non esclusivamente) clienti che viaggiano per ragioni di turismo (e non di lavoro).

Di conseguenza, i medesimi sono maggiormente interessati – non all’aeroporto di origine o destinazione – quanto piuttosto alla *città di origine e destinazione*.

Oltre a ciò, il “mercato rilevante” del trasporto aereo appare la risultante dei seguenti e ulteriori fattori:

(a) innanzi tutto, non si ritengono facenti parte dello stesso mercato i “*treni ad alta velocità*”, atteso che i collegamenti ferroviari esistono su numerose rotte, ma non su tutte quelle coperte dal trasporto aereo; inoltre, i tempi di percorrenza e la loro frequenza portano a ritenere che tali mezzi di trasporto non siano ritenuti *fungibili* – cioè sostituibili dal lato della domanda – da parte dei consumatori;

(b) ancora, si ritiene di non considerare *i voli con scalo*, ma i soli *voli diretti*, atteso che **CP_1** - in **Lg_2** - effettua voli che sono inferiori alle sei ore – (sono i voli c.d. a corto raggio) – e, dunque, i voli con scalo coprono *un mercato diverso* rispetto a quello in cui è concretamente operante **CP_1** (cfr. tabella 1 pg. 21 Ctu, ove si evidenzia che la percentuale di voli di **CP_1** è quella mediamente riferibile ai voli compresi fra un’ora e tre ore);

(c) sempre dal lato della domanda, occorre tenere conto sia dei viaggiatori “*time sensitive*” (o clienti *business*), sia dei viaggiatori *price sensitive* (o clienti *leisure*).

Queste due categorie, in linea teorica, esprimerebbero – la prima – una domanda che risente tradizionalmente poco del costo del biglietto, in quanto è relativa a clienti che si spostano per motivi di lavoro e hanno bisogno di una certa flessibilità dei voli e sono disposti a pagare anche prezzi più alti; la seconda – che identifica la domanda di chi viaggia per scopo ludico e di svago – è più sensibile al prezzo del biglietto.

In realtà, nel mercato italiano di riferimento (ma non solo), tale distinzione sfuma grandemente, in quanto, nei voli a corto raggio, la domanda (in termini di prezzi dei biglietti, durata del volo, servizi offerti prima e durante il volo, ecc ...) tende a sovrapporsi.

Lo scopo del viaggio e, dunque, la distinzione anzidetta appare, invece, più rilevante nei voli a lungo raggio (che non rientrano nel mercato in esame) ove è presente una maggiore attenzione, da ciascuna categoria considerata, al costo del biglietto, ai servizi offerti e ancillari al volo, alla flessibilità del biglietto e così via.

Ciò è stato condiviso anche dalla Commissione Europea³, in tema di concentrazioni, con diverse pronunce assunte nel corso del tempo e che hanno, in sostanza, ribadito l’unicità del mercato di riferimento;

³ Cfr. decisione 2008/C 47/05, CP_1 / CP_3 ove al par. 20, così si legge:

“Inoltre, in passato, la Commissione ha operato una distinzione tra passeggeri sensibili e passeggeri non sensibili al fattore tempo (ovvero, clienti d'affari e clienti appartenenti alla fascia dei viaggi di piacere).

L'indagine di mercato condotta nel caso in questione ha tuttavia confermato che tale distinzione non giustifica la definizione di mercati distinti, date le peculiari caratteristiche delle parti della concentrazione interessate, che differiscono dai vettori aerei valutati nei casi precedenti, vale a dire compagnie che offrono servizio regolare completo a bordo. Per quanto esista una differenziazione della clientela tra passeggeri sensibili o meno al fattore tempo, *non è possibile nel caso di specie definire due gruppi di clienti distinti e separati, posto che entrambe le compagnie parti della concentrazione non discriminano tra questi tipi di passeggeri e dato che tra i due estremi esiste piuttosto tutta una gamma di vari tipi di passeggeri. Non esistono, pertanto, mercati distinti in funzione di questi gruppi di passeggeri*, per quanto l'analisi sotto il profilo della concorrenza tenga conto della maggiore proporzione complessiva di passeggeri sensibili al fattore tempo”.

Nello stesso senso: decisione Commissione Data_19, CP_1 /Aer CP_3 III; decisione Commissione Data_20, Ryanair /Laudamotion – cfr. par. 138 – 142.

Ancora, decisione Commissione Organizzazione_4 par.50 – 55.

Al par. 52, è stato evidenziato che la distinzione fra passeggeri *time sensitive* e passeggeri *non time sensitive* sia “artificiale”: “*the distinction between TS and NTS has become somewhat artificial*”;

(d) ancora, dal lato della domanda, non appare meritevole di condivisione la distinzione fra *voli low cost e voli di linea*.

Principalmente, in quanto l'accertamento del mercato a monte del trasporto aereo è – nel nostro caso – necessario e funzionale a verificare *il mercato a valle delle OTA*, che intermediano qualsiasi tipo di viaggio.

Una diversa valutazione porterebbe a *ridimensionare* il mercato a monte sulla base di un presupposto, non dimostrato (cfr. pg. 23 Ctu), che esistono due categorie distinte di consumatori a seconda del vettore considerato.

(ii) L'analisi della posizione di **CP_1** nel mercato del trasporto aereo – così come sopra delineato – ha portato ai seguenti risultati.

Si premette che la disamina fatta dal Ctu ha consentito di valutare la posizione di **CP_1** rispetto alla *tratta considerata* e non rispetto al *singolo concorrente*.

A tale fine, si è tenuto in considerazione il dato della “*capacità di trasporto*”, che è un dato “non ufficiale”, in quanto fornito dalla stessa Compagnia e che indica una “potenzialità” e non il servizio effettivo svolto; nonché il c.d. *load factor* (cioè il rapporto tra posti occupati e capacità di trasporto) che è un dato variabile e che muta da Compagnia a Compagnia.

Inoltre, si è considerato il dato afferente ai “*passenger trasportati*”, che invece è un “dato ufficiale” acquisito da **Org_**

I dati indicati, considerati in aggregato, sono stati esaminati dal Ctu e hanno offerto i seguenti importanti elementi di valutazione.

In particolare: mediante l'analisi delle singole tratte (o coppie di città), **CP_1** risulta monopolista in numerose tratte cc.dd. *thin*, quindi, tratte con pochi passeggeri (circa 12.000 posti offerti all'anno) e pochi voli alla settimana (1,2 voli in media alla settimana).

In tali tipologie di voli (cfr. tabella n. 6, a pg. 33 della relazione di consulenza) si è registrato – dal 2005 al 2021 – un progressivo aumento della posizione di monopolio (da 94 tratte nel 2005 a 720 nel 2021⁴).

CP_1 è stata – per tali tratte – una sorta di “apripista”, in quanto si trattava di rotte non servite in precedenza da altri vettori.

Peraltro, vi è una importante fetta di mercato in cui **CP_1** non opera e ove operano (solo) altri vettori (pari al 90% nel 2005 e al 51% nel 2021, equivalenti, in valori assoluti, rispettivamente a 1.427 tratte nel 2005 e a 1.402 tratte nel 2021) – (cfr. tabella n. 7 pg. 36 Ctu⁵).

Quindi, riassumendo l’analisi dei dati a disposizione - secondo il criterio delle coppie O&D - **CP_1** appare monopolista in quelle tratte in cui opera come unica compagnia aerea (pari al 6% nel 2005 ed al 26% nel 2021) o è dominante con quote di mercato comprese fra il 70 e il 95%, pari allo 0,38% nel 2005 ed al 6% nel 2021 (cfr. tabella n. 7).

Vi sono altre tratte in cui **CP_1** è dominante nella misura compresa tra il 40 e il 70% (pari all’1% nel 2005 e al 10% nel 2021); altre ancora in cui occupa il mercato nella misura compresa fra l’1% e il 40% (pari a 3% nel 2005 e al 7% nel 2021); infine, altre tratte in cui il Vettore non è presente (pari al 90% nel 2005 ed al 51% nel 2021).

Alla Corte appare importante precisare che questa è la “fotografia” della posizione di **CP_1** nel mercato italiano del trasporto aereo (si ribadisce: sulla base dei parametri tecnici sopra selezionati) *alla data di deposito della relazione peritale*.

E’ indubbio che la variazione di qualche parametro di riferimento ovvero l’elaborazione di un’analisi diversa, mediante il raffronto, ad esempio, fra le singole compagnie aeree (e non fra

⁴ Le quote di mercato sono state calcolate per ciascuna tratta (intesa come coppia di città) come rapporto tra il numero di posti offerti da **CP_1** e il numero totale di posti offerti da tutte le compagnie aeree in tale *city pair*. Per la medesima tratta, il viaggio in una direzione e quello nella opposta direzione sono stati considerati distintamente. Sono state considerate tratte in monopolio tutte le tratte aventi una quota di mercato uguale o maggiore al 95%.

⁵ I valori percentuali del numero delle tratte sono stati calcolati come rapporto fra il numero di tratte servite da **CP_1** (o dagli altri vettori) e il numero totale delle tratte da/per l’**LG**.

CP_1 e l'intero mercato) o, ancora, tenendo conto delle tariffe di mercato applicate da ciascuna Compagnia⁶ – possa portare a diversi risultati.

La Corte ritiene, peraltro, che l'analisi effettuata risulti completa ai fini del decidere e rispecchi i principi generali della materia, tenuto conto:

a) dell'indagine assegnata, così come delimitata dalla *pronuncia di legittimità*;

b) della *finalità del presente giudizio*, inteso ad accertare le ricadute della posizione dominante di *CP_1* nel mercato del trasporto aereo, sul *mercato a valle delle agenzie di viaggio e turismo*, richiedendo, quindi, un'analisi di tipo “*verticale*” fra mercati collegati e non di tipo “*orizzontale*” fra i diversi vettori.

(iii) Il mercato a valle dei servizi di agenzia di viaggio e turismo.

Da un *punto di vista geografico*, lo stesso coincide con il mercato italiano, tenuto conto che il *CP_4* – ove operano le OTA – è attivo sui siti internet italiani.

Il mercato *on line* delle OTA rappresenta un mercato distinto rispetto a quelle delle agenzie di viaggio tradizionali ed è in costante crescita (essendo salito il volume di affari complessivo dal 45% del 2019 al 55%).

Le OTA si caratterizzano per la facilità di consultazione, la loro immediatezza, la possibilità di raffrontare servizi e prezzi tra i diversi fornitori, in modo veloce e diretto da parte del consumatore.

Dal punto di vista merceologico, i servizi offerti sono relativi a: servizi di trasporto (aereo, treno, nave, traghetto, bus); servizi di ospitalità (hotel o altre strutture ricettive); servizio di noleggio auto; assicurazioni; guida turistiche in loco; ecc...

Trattasi di servizi venduti in “pacchetti” oppure *taylor made* sulla base delle esigenze del cliente.

⁶ Trattasi di analisi che non è stato possibile effettuare, atteso che – così come precisato dal Ctu a pg. 39 – tali dati non sono pubblici, tale che l'unica disamina possibile era quella relativa ai dati economici depositati dalla stessa *CP_1*. Peraltro, così come evidenziato dal Ctu, l'analisi dei prezzi applicati dal Vettore nel tempo - con il necessario rigore scientifico - avrebbe chiesto di esaminare anche i “costi d'impresa” su ogni rotta considerata e rapportarli alle condizioni della domanda e del mercato, così come mutate nel corso degli anni. Analisi, quest'ultima, di indubbio interesse, ma che – per le ragioni indicate – esula e non appare direttamente necessaria rispetto al *thema decidendum*.

Oltre a tali servizi, tanto le compagnie aeree quanto le *Contr* hanno sviluppato la vendita di servizi c.d. *aviation*, che si distinguono dalla “tariffa base dei voli” e sono ad essi complementari, come, ad esempio, la possibilità di imbarcare il bagaglio in stiva, di scegliere il posto a sedere, di ricevere cibo o bevande a bordo e quant’altro.

Il mercato dei canali di vendita di tali servizi di viaggio e turismo è risultato *molto dinamico e altamente competitivo*.

Le OTA risultano specializzate in diversi ambiti, per soddisfare le diverse esigenze dei consumatori (alcune si specializzano sulla vendita di voli, come *Org_5* altre, con la prenotazione degli alloggi, come ad esempio *Org_6*), altre ancora offrono servizi per entrambe le categorie (es. *Org_7*).

L’Osservatorio per l’Innovazione digitale nel turismo del Politecnico di *Lg_1* – nel rappresentare il *trend* di tale mercato con riferimento agli anni 2015/2019 – ha evidenziato come, ad oggi, sussista la tendenza all’acquisto digitale dei servizi di trasporto, in via prevalente, direttamente presso il fornitore del servizio (per circa il 68%); mentre gli altri servizi turistici vengono prevalentemente prenotati presso le OTA per oltre il 50%.

(iv) Nell’ambito del mercato a valle, così delineato, anche *CP_1* è in concorrenza con le OTA in quanto – innanzi tutto – offre, come queste ultime, i cc.dd. *servizi aviation*⁷, alcuni dei quali possono essere venduti prima del volo e altri direttamente a bordo.

Inoltre, è stato accertato che anche *CP_1* - come le *Contr* - offre servizi cc.dd. *non aviation* (come detto: ospitalità alberghiera, noleggio auto, servizi di parcheggio e trasferimento da o per l’aeroporto, biglietti per attrazioni turistiche, altri servizi assicurativi).

I dati commerciali delle Agenzie (cfr. pg. 51) hanno dimostrato come i principali *servizi non aviation* venduti dalle OTA siano quelli relativi alla prenotazione dell’alloggio ed al servizio autonoleggio.

Peraltro, comparando la tipologia dei servizi offerti dalle parti, è emerso che:

⁷ Trattasi, in sintesi, dei servizi di: bagaglio registrato che viene imbarcato in stiva; posti assegnati, con la possibilità di scegliere il proprio posto; “*fast truck*”, che consente di saltare la coda e utilizzare una corsia preferenziale per accedere più rapidamente all’imbarco: “*priority boarding*” che consente di imbarcarsi prima di altri passeggeri; servizi assicurativi; cibo e bevande a bordo;

- dal *punto di vista qualitativo*, i servizi offerti dalle OTA sono molto più estesi, in quanto possono usufruire di un numero di fornitori molto più ampio rispetto a quelli con cui CP_1 ha concluso le convenzioni per la vendita di tale servizio;
- dal *punto di vista quantitativo*, “i dati mostrati da parte convenuta per il 2019 mostrano che la percentuale di passeggeri che viaggia con CP_1 e che acquista anche i singoli servizi ancillari non aviation nelle tratte da o per l’Lg_2 è estremamente bassa. Queste percentuali sono tutte inferiori all’1% dei biglietti venduti, sia per i servizi di trasferimento da o per l’aeroporto e i servizi di parcheggio, sia per i soggiorni in hotel. Dunque, la vendita di questi servizi - complementari al biglietto aereo, ma indipendenti dall’acquisto di quest’ultimo - non risulta che abbia in concreto un particolare impatto sulla domanda che possa rivolgersi ad altri soggetti quali le OTA” (cfr. pg. 51 Ctu);
- dal *punto di vista economico*, nel 2019, il totale dei ricavi di CP_1 derivanti da attività non aviation è risultato inferiore al 4% dei ricavi totali.

Pertanto, così come evidenziato dal Ctu, “si può pacificamente concludere che l’attività di vendita di CP_1 di servizi ancillari non aviation avvenga per quantitativi trascurabili.

Questo non esclude, si noti, che se CP_1 consentisse “ufficialmente” alle Contr di vendere i suoi biglietti queste non potrebbero beneficiarne in misura anche superiore; ma – considerando che comunque parte attrice ha comunque venduto i biglietti dei voli di CP_1 – non è certo dalla diretta vendita di questi servizi da parte di CP_1 che le Agenzie possono derivare particolare nocumento” (p. 52).

Infine, si è accertato che per ogni cento clienti che, nel periodo 2010 – 2021, hanno acquistato un biglietto aereo da LM⁸, mediamente, otto di essi hanno acquistato un “pacchetto” comprensivo di alloggio e/o noleggio auto.

Nel 2019, la percentuale di pacchetti venduti da Co era pari al 16,4%, contro una percentuale di CP_1 inferiore al 5%.

(v) Infine, si deve dare atto che il Ctu ha confermato che le OTA abbiano venduto, negli anni considerati, i biglietti CP_1 atteso che – dai dati di CP_4 – risulta che, tra i codici che

⁸ il Gruppo Lastminute di cui fa parte Parte_1 ;

identificano le varie compagnie aeree, sia stato utilizzato anche il codice identificativo di CP_1 (“FR”).

(vi) Altro tema approfondito, in sede tecnica, è stato quello di verificare se – appurato che CP_1 e le Contr operano nel mercato a valle dei servizi di viaggi e turismo in concorrenza fra loro – l’eventuale vendita “diretta” dei biglietti aerei da parte delle Contr avrebbe determinato – come dalle medesime sostenuto – un effetto “*traino*” per la maggiore vendita degli altri servizi di viaggio e turismo.

L’analisi dei dati effettuata dal Ctu ha dato risposta negativa.

Innanzitutto, la disamina del report di Phocuswright del 2022 (prodotto dalla difesa delle OTA) ha evidenziato che - in Paesi come Lg_6 , Lg_7 e Luogo_8 - il vero *driver* per le OTA non sia la vendita di biglietti aerei, ma *i servizi di ospitalità*, alla luce del peso quantitativo dei ricavi finali.

In relazione al *mercato italiano*, il report di Phocuswright del 2013, prodotto dalle stesse OTA, conferma che, già a tale epoca, le OTA avessero una presenza preponderante nel settore delle prenotazioni delle strutture ricettive.

“In sostanza, è proprio nel segmento delle strutture ricettive che il valore aggiunto degli intermediari appare maggiore, mentre i voli, sia per il limitato numero degli operatori, sia per la relativa standardizzazione delle condizioni di volo, sia per la brevità della permanenza in volo rispetto a quella in albergo, sono ritenuti prodotti nei quali l’assistenza di un intermediario è meno rilevante” (p. 58 Ctu).

Quindi, il principale *business* delle OTA è quello delle strutture ricettive ed è questo il vero *driver* della loro attività, per come si è sviluppata negli anni ed è stata analizzata nell’arco di tempo considerato, superiore a un decennio.⁹

⁹ Ancora, pg. 58:

“Questo è confermato anche dai dati nazionali, quali quelli provenienti dall’Osservatorio del Politecnico di Milano – [anno Dr_2 – che mostra come in Lg_ nel 2021 ben l’84% delle prenotazioni online di viaggi (aerei, ferroviari o altro) fossero effettuate direttamente presso i siti delle aziende, mentre solo il 16% passasse per un intermediario. Dall’altro lato, invece, solo il 41% delle prenotazioni on line di strutture ricettive sono state effettuate direttamente presso di esse, mentre il 59% è stato effettuato tramite gli intermediari”;

(vii) La posizione specifica dell'OTA che è parte del presente giudizio è stata, altresì, evidenziata dal Ctu alle pgg. 58 – 60 della relazione peritale.

Il gruppo **CP_5** - che, storicamente e, comunque, sino a tutto l'anno **Dt_2**, vendeva soltanto biglietti aerei - dal 2009, ha iniziato a vendere gli altri servizi di viaggio e di turismo e, lentamente, la quota di servizi diversi dal volo è aumentata, rimanendo a livelli limitati e inferiori a quelli che caratterizzano, mediamente, il mercato di riferimento e che sono stati già illustrati.

In particolare, i pacchetti venduti – nell'arco di tempo 2010/2022 – corrispondono a circa l'8% delle prenotazioni totali.

II. Tutto ciò premesso, deve valutarsi, sulla base degli accertamenti effettuati, se - così come sostenuto dalla difesa dell'**Contr** - **CP_1** abbia “abusato” della posizione di dominanza (o monopolio) acquisita nel mercato del trasporto aereo, sul mercato c.d. a valle dei servizi di viaggio e turismo *on line*, per avere riservato a se stessa la vendita diretta dei voli.

Si ritiene appurato che – nei termini accertati dal Ctu e secondo il criterio delle coppie di origine e destinazione – **CP_1** sia monopolista (nelle cc.dd. tratte *thin*) ovvero abbia posizione dominante in altre tratte italiane, nelle percentuali e nei valori assoluti già indicati.

La prospettazione dell'attrice in riassunzione è, essenzialmente, la seguente: forte del potere acquisito nel mercato a monte, il Vettore, mediante detta scelta commerciale, è causa della progressiva eliminazione della concorrenza nel mercato contiguo (c.d. a valle) della vendita dei servizi turistici *on line*.

II.A. Sul piano strettamente giuridico, è necessario premettere che la Commissione Europea¹⁰ abbia definito la “*dominanza*” come una “*situazione di potere economico grazie al quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e, in ultima analisi, ai consumatori*”.

¹⁰ cfr. Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, in G.U. UE. C45 del **Data_23** n. 7;

Lo scopo che persegue il disposto di cui all'art. 102 TFUE è quello di evitare che i comportamenti di un'impresa che riveste posizione dominante abbiano l'effetto, in danno dei consumatori, di ostacolare la conservazione della concorrenza esistente su quel mercato o il suo sviluppo.¹¹

Di conseguenza, vanno perseguite, in quanto anticoncorrenziali, le condotte che, direttamente o indirettamente, danneggiano il consumatore.

Il comportamento abusivo deve essere valutato dal punto di vista oggettivo, non richiedendo la presenza di una componente intenzionale (il c.d. elemento soggettivo), fermo restando che la condotta non deve essersi arrestata allo stadio di progetto¹² e non deve apparire *improbabile* che non si verifichi alcun pregiudizio per la concorrenza.

Sotto tale ultimo aspetto, la Corte G. UE ha, in diverse occasioni, sottolineato che non osta alla finalità perseguita dalla norma (art. 102 TFUE) il fatto che - in virtù della concorrenza basata sui meriti - scompaiano o siano emarginate, nel mercato considerato, concorrenti meno efficienti e, quindi, meno interessanti per i consumatori, dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione.¹³

Ancora, l'abuso di posizione dominante viene valutato esistente anche laddove – ha segnalato la Commissione – gli effetti pregiudizievoli per i consumatori non si siano ancora verificati e sebbene, dopo un lungo lasso di tempo, la condotta censurata sia rimasta inalterata¹⁴.

¹¹ Così, nella giurisprudenza comunitaria, fra molte: C.G. UE *Data_24*, Hoffmann – La Roche /Commissione, C – 36/1979; *Data_25*, Post *Org_8* C-2019/10.

Nella giurisprudenza interna: Cass. Civ. Sez. I, sentenza n. 6368 del *Data_26*, che, ribadendo tale principio di diritto, ha affermato:

“la norma dell'art. 3 della legge 287/1990, nel vietare l'abuso “da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante”, non mira a impedire la conquista di una posizione dominante ovvero di una posizione di monopolio (obiettivo, questo, se mai, delle norme che disciplinano le concentrazioni), bensì ad impedire che tali posizioni, una volta raggiunte, tolgano competitività al mercato, ledendo la sua essenziale struttura concorrenziale e, quindi, il diritto degli altri imprenditori a competere con il dominante. La posizione dominante è dunque abusiva quando viene esercitata per ostacolare l'effettiva concorrenza ... ”;

¹² cfr. fra le molte: Corte G. UE, sentenza *Data_27*, *Organizzazione_9* *Org_10* / *Org_11* C-680/20;

¹³ cfr. Corte G. UE, *Data_28*, Intel/Commissione, C-413/14;

¹⁴ cfr. Orientamenti Commissione cit.;

Peraltro, tale circostanza può costituire “*un indizio del fatto che la condotta in questione non fosse idonea a produrre gli effetti escludenti dedotti. Tale principio di prova deve peraltro essere integrato, dall’impresa in questione, con elementi volti a dimostrare che tale assenza di effetti concreti era effettivamente la conseguenza dell’incapacità di detta condotta di produrre simili effetti*”.¹⁵

II.B. Con riferimento alla specifica ipotesi *del c.d. rifiuto a contrarre* - in cui rientra la scelta di un’impresa dominante di riservare a se stessa la distribuzione dei propri prodotti o servizi - si evidenzia che, secondo la giurisprudenza comunitaria¹⁶, “*anche per le imprese detentrici di una posizione dominante vale il diritto all’autonomia della volontà, nel senso che esse hanno di regola la facoltà di scegliere liberamente la persona alla quale offrire le loro prestazioni e, in particolare, la persona alla quale consentire l’accesso ai loro impianti. Pertanto, un obbligo di stipulare un contratto al quale sarebbe soggetta l’impresa in posizione dominante, potrebbe essere basato sull’art. 86 del Trattato solo in circostanze eccezionali, come la Corte avrebbe espressamente affermato nella sentenza Magil ... tali circostanze eccezionali sussistono solo se il rifiuto di fornitura opposto dall’impresa detentrici della posizione dominante può eliminare ogni concorrenza su un mercato situato in uno stadio successivo del circuito commerciale ...*”.

Invero, la Corte di Giustizia, in svariate pronunce¹⁷, ha ritenuto che detta circostanza “eccezionale” sussista laddove:

- a) il rifiuto si riferisce a un prodotto o servizio *indispensabile* per potere competere in maniera effettiva sul mercato;
- b) il rifiuto, come detto, comporti il rischio di eliminare qualsivoglia forma di concorrenza;
- c) il rifiuto non si fonda su un’adeguata giustificazione economica e obiettiva;
- d) il rifiuto pregiudica o può pregiudicare i consumatori.

L’accertamento va fatto in concreto e non in astratto.

¹⁵ cfr. Corte G. UE, sentenza *Data_13*, *Organizzazione_12*, *Org_13*, *Org_14* / *Org_1* e altri, C 377 – 20 - che si è pronunciata a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dal Consiglio di Stato, con ordinanza *Data_29* ;

¹⁶ Così. Corte G. UE, sentenza *Data_13*, c-377/20, Servizio Elettrico Nazionale + altri / AGCM + altri, che si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale disposto dal Consiglio di Stato con ordinanza del *Data_29* ;

¹⁷ cfr., fra le altre, Corte Giustizia UE, *Data_30*, C-7/97, *Parte_2* ./ *Organizzazione_15*

(i) Quanto al *primo profilo*, nella fattispecie in decisione, è stato dimostrato che la scelta di CP_I - di riservare, a se stessa, la vendita dei propri biglietti aerei - non privi, né abbia privato, l'OTA di un accesso a *una risorsa - ritenuta - essenziale e indispensabile* per svolgere la propria attività.

Fondano tale valutazione due ordini di ragioni.

Innanzitutto, la considerazione che il mercato c.d. a valle è un mercato non omogeneo, ma, come detto, dinamico e altamente competitivo.

I servizi che vengono venduti ai consumatori sono diversi e compositi e hanno portato, nel tempo, a una vera e propria specializzazione delle stesse OTA in relazione a tali servizi, così come già esposto in precedenza.

La varietà dei servizi offerti - che riflette la varietà delle domande e delle esigenze dei consumatori - trova riscontro nel fatto che:

- CP_I vende (solo) i suoi biglietti aerei e non vende biglietti di altri vettori e di altri mezzi di trasporto (es. ferrovie, bus, traghetti, navi crociera); offre servizi *non aviation* qualitativamente e quantitativamente molto più ridotti rispetto alle OTA, avendo convenzioni con un numero inferiore di fornitori e ciò impatta sul ricavo complessivo in misura pari a circa il 4% dei servizi complessivamente venduti.
- Le OTA, invece, intermediano la vendita dei biglietti aerei di tutte le compagnie aeree e di altri mezzi di trasporto (es. ferrovie, bus, traghetti, navi crociera) e hanno un'offerta di servizi *non aviation* molto più ampia.

Trattasi di operatori che operano in concorrenza e che soddisfano - da molti anni - domande diversificate: nel tempo, così come evidenziato dal Ctu, le OTA, principalmente, fanno fronte alla domanda di struttura ricettiva e/o noleggio auto, mentre CP_I (come i vettori in generale) alla vendita dei biglietti aerei.

In secondo luogo, è indiscusso, fra le parti, che mediante il pagamento di una licenza a prezzo "simbolico", le Ota possano accedere e comparare i prezzi e gli orari dei voli di CP_I

E' nei fatti che l'^{Contr} parte del presente giudizio, pur non avendo sottoscritto alcun contratto di licenza, sia stata comunque in grado di effettuare tale servizio di comparazione (mediante *screen scraping*, ha segnalato la difesa di CP_1 .

Non si riscontra, pertanto, il “rifiuto” a fornire tali informazioni, né – sotto altro profilo – tale modalità commerciale è stata causa di inefficienze significative dal punto di vista gestionale e organizzativo.

A posteriori, di ciò si ha conferma dal fatto che – così come accertato dal Ctu – l’OTA ha, nel corso degli anni, visionato i voli di CP_1 comparando il codice identificativo del vettore nel *data base* di L.M.

(ii) Quanto al *rischio di eliminazione della concorrenza*, la Corte osserva che – tenuto conto del (diverso) ambito in cui ^{Contr} e CP_1 operano, in via prevalente, nel mercato a valle e dell’ampio tempo trascorso e considerato (dal 2005 al 2021) – si debba escludere la *probabile verifica* di tale evento.

Questo è stato l’accertamento conclusivo del Ctu, che si condivide e che – sulla base di tutte le valutazioni preliminari sopra evidenziate – ha osservato quanto segue, a pg. 61:

“... parte attrice ha ripetutamente affermato che la vendita di biglietti aerei è il driver principale dei ricavi delle ^{Contr} così che il diniego da parte di CP_1 di vendere tramite le OTA avrebbe un impatto comunque rilevante sulle loro attività. Su questo tema, dagli accertamenti peritali, è emerso quanto segue.

- *L’affermazione di parte attrice non è corretta se riferita alle agenzie online in generale, per la quale la prenotazione di alberghi o altre strutture ricettive appare significativamente più importante della vendita di biglietti aerei. Inoltre, sia nel mercato europeo, sia in Lg_2, la maggior parte dei titoli di trasporto venduti online viene venduta direttamente da chi fornisce il servizio, mentre le OTA sono maggiormente presenti nelle prenotazioni delle strutture ricettive, che rappresentano il business principale”*

Il Ctu ha anche dato conto della peculiare posizione del gruppo ^{Co} (che nasce come gruppo che vende solo biglietti aerei); peraltro, ha evidenziato come lo stesso, dall’anno ^{Dt_3}, abbia iniziato a diversificare la sua attività e che, comunque:

“durante i lavori peritali non è emerso nulla che possa condurre a dire che CP_1 abbia costituito una barriera all’entrata sul mercato delle agenzie di viaggio che operano on line.

Nel mercato a valle, sono attivi i maggiori gruppi internazionali e molte imprese di dimensioni minori, in un contesto di aperta competizione.

Nel corso dei lavori peritali non è stata documentata alcuna difficoltà all’ingresso in questo mercato” (p. 62).

La Corte, pur dando atto della peculiarità della posizione dell’OTA parte del presente giudizio, deve, peraltro, segnalare come l’attività della stessa differisca (anzi: abbia differito in un primo periodo) rispetto al mercato di riferimento delle agenzie di viaggio *on line*, in base a scelte imprenditoriali che esulano dal tema di indagine.

Inoltre, si ritiene che la valutazione di “abuso di posizione dominante” debba guardare al mercato rilevante - in senso oggettivo e nel suo complesso - in quanto la finalità che viene perseguita (art. 120 TFUE) è la tutela della concorrenza e dei consumatori.

Infine, tenuto conto dei principi espressi dalla Commissione e dalla Corte di G. UE nelle pronunce citate, l’assenza, nell’arco temporale considerato (anni 2005 – 2021), di un effetto escludente e/o pregiudizievole per le imprese concorrenti, costituisce, quanto meno, un forte *elemento indiziario* in senso contrario alla prospettazione dell’OTA.

Tale indizio conforta - a posteriori - e si salda con l’ulteriore valutazione relativa al fatto che il dedotto “effetto leva” risulta non provato, quanto meno, nei termini prospettati da parte appellante.

La *c.d. teoria della leva* muove dalla considerazione - di carattere generale - in base alla quale, posto che il mercato dominato presenta mediamente dei collegamenti con mercati contigui, l’imposizione di determinate pratiche commerciali, da parte di chi si trova in posizione di dominanza, può costituire uno strumento (la *c.d. leva*) per eliminare progressivamente la competizione nel mercato a valle.

Con specifico riferimento al mercato dei servizi di viaggio, è stato accertato come, a livello italiano ed europeo, si sia creata una sorta di specializzazione che vede:

- la *vendita dei voli*, in via prevalente, da parte dei vettori, quindi, non solo da parte di **CP_1** ma da parte di tutti i vettori;
- la *vendita dei servizi ricettivi/noleggio vetture*, in via prevalente, anche se non esclusiva, da parte delle **Contr**.

Di conseguenza, nell'arco di tempo considerato (2005 / 2021) è risultato dimostrato che la condotta posta in essere dal Vettore, in posizione dominante nel mercato del trasporto aereo, non ha prodotto *l'effetto leva* sul mercato contiguo dei servizi turistici.

I dati ultimi – dell'anno **Dt_3** – hanno dimostrato che il Vettore vende solo il 4% dei servizi *non aviation*, rispetto alla sua vendita complessiva.

Di conseguenza detta politica commerciale non ha – nei fatti – aggredito l'attività svolta dai concorrenti nel mercato a valle: l'effetto leva non si è verificato e appare ormai *assai improbabile*, stante l'ampio lasso di tempo trascorso.¹⁸

(iii) – (iv) Le considerazioni che precedono portano a ritenere, quindi, *“economicamente giustificata”* – sul piano della ragionevolezza – la scelta imprenditoriale di **CP_1** di vendere direttamente i suoi biglietti aerei, in termini di contenimento dei costi operativi e di eliminazione dei costi legati all'intermediazione nella vendita dei biglietti.

Ciò ha contribuito all'applicazione di tariffe competitive – di cui beneficiano, indubbiamente, anche i consumatori – e alla possibilità di avere un canale di comunicazione diretto con questi ultimi, per ogni eventuale necessità di informazione e di aggiornamento sui voli.

Nessun pregiudizio per gli utenti, quindi, è risultato accertato dall'istruttoria svolta, non essendo emersi *sintomi evidenti* - così come affermato dal Ctu a pg. 41 - dalle tariffe applicate dal Vettore.

¹⁸ cfr. Corte G. UE, sentenza **Data_27**, C-680/20, **Parte_3** / AGCM, che, tra l'altro ha evidenziato quanto segue:

“Di conseguenza, una prassi non può essere qualificata come abusiva se è rimasta allo stato di progetto. Inoltre, un'autorità garante della concorrenza e del mercato non può basarsi sugli effetti che tale prassi potrebbe o avrebbe potuto produrre se talune circostanze particolari, che non erano quelle esistenti sul mercato al momento della sua attuazione e la cui realizzazione risultava allora improbabile, si fossero realizzate”;

IV. Per tali principali ragioni, in parziale accoglimento dell'appello e in parziale riforma della sentenza di primo grado, la Corte accerta che la decisione di **CP_1** di riservare a se stessa la vendita dei biglietti aerei non costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE.

V. In ordine alle spese di lite, l'accoglimento, sia pur parziale, dell'appello ne impone una nuova regolazione per tutti i gradi di giudizio.

Tenuto conto della complessità dell'accertamento dei fatti oggetto di controversia, che ha reso necessario l'espletamento di articolata CtU, oltre che delle diverse questioni giuridiche trattate, le spese di lite di tutti i gradi di giudizio si compensano integralmente fra le parti.

Le spese di CtU (già liquidate, con decreto **Data_15**, nella misura di euro 25.640,80 per compensi, oltre accessori di legge) vengono poste, in via definitiva, a carico di ciascuna parte nella misura della metà, ferma restando la solidarietà nei confronti del CtU.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, nella composizione in epigrafe, definitivamente pronunciando, così dispone:

- in parziale accoglimento dell'appello proposto da **CP_1** (già **CP_1**) nei confronti di **CP_6** e in parziale riforma della sentenza n. 7808/2013 emessa dal Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di Impresa, in data 4.4. – **Data_6**, accerta che la decisione di **CP_1** di riservare a se stessa la vendita dei biglietti aerei non costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE;
- compensa integralmente le spese di lite, fra le parti, per tutti i gradi di giudizio;
- pone, in via definitiva, le spese di CtU, già liquidate con decreto **Data_33**, a carico di ciascuna parte nella misura della metà, ferma restando la solidarietà nei confronti del **Con**.

*Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del **Data_18***

Il Consigliere estensore

Manuela Cortelloni

Il Presidente

Domenico Bonaretti