

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 12/8/10 Viaggiare s.r.l., 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, con 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 c.c. che integravano anche pratiche commerciali scorrette ex art. 20 D.lvo 145/07, nonché illecito diffamatorio. Viaggiare 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 attività commerciali relative era a sua volta illecita. In subordine, qualora si fosse dovuto ritenere intervenuto in rapporto contrattuale, veniva domandato di accertare la liceità della condotta di Viaggiare, 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, quantificato in euro 815.000.

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 un portale dei suoi affari commerciali, in cui venivano offerti altri servizi (prenotazioni alberghiere, noleggio auto ecc.) 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, 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 sua scelta di consentire l'acquisto dei biglietti esclusivamente attraverso il suo sito ed il suo *call center*, che aveva consentito, grazie agli introiti pubblicitari ed ai rapporti commerciali con le società che offrono servizi ai viaggiatori, di offrire tariffe particolarmente competitive e garantito ai clienti di acquistare con tutta sicurezza direttamente alla fonte, senza pagare commissioni agli intermediari, spesso superiori allo stesso prezzo del biglietto. Siffatta scelta industriale era stata approvata dalla Commissione Europea e dalla Irish Competition Authority.

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. Le OTA che intendessero avere accesso alle informazioni presenti sul sito, potevano stipulare un contratto di licenza che, a prezzo meramente

simbolico, 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 e di 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 simulano richieste di utenti per riproporre i dati ottenuti sulle pagine web dell'agenzia al fine di mettere in vendita sugli stessi i voli Ryanair. Siffatta attività doveva ritenersi lesiva dei diritti di privativa industriale della convenuta sui *database* e sui marchi, violazione delle CGU e pregiudizio per i passeggeri, cui non veniva consentito di conoscere diritti ed obblighi nascenti dal contratto di trasporto, né di apprendere l'esatto corrispettivo dovuto alla compagnia aerea per il biglietto. Ne era conseguito un ampio contenzioso in vari Paesi Europei, sia presso le Autorità Giudiziarie che Amministrative Garanti del Mercato.

Considerato che per le modalità operative di *screen scraping*, Viaggiare accede al sito di Ryanair e completa le procedure di acquisto dei biglietti, in nome e per conto degli utenti finali, così accettando le CGU -in cui è prevista la scelta esclusiva del foro irlandese ex art. 23 Reg. CE 44/2001- la convenuta eccepiva la carenza di giurisdizione del giudice adito, anche ex art. 5 n. 1 e n. 3 Reg. cit.

Inoltre, la convenuta chiedeva la sospensione ex art. 28 Reg. CE 44/2001, pendendo in Svizzera ed in Irlanda controversie con altre società appartenenti al medesimo gruppo di Viaggiare, Bravofly, e comunque ex art. 295 c.p.c.

Ryanair eccepiva poi l'incompetenza per materia del Tribunale, in favore di quella della Corte d'Appello, in relazione alla domanda di abuso di posizione dominante ex art. 33 L.287/90, nonché della Sezione Specializzata ex art. 134 CPI.

Nel merito, Ryanair contestava di svolgere alcuna attività di agenzia di viaggi, non offrendo ai propri clienti la possibilità di acquistare pacchetti turistici o servizi di viaggio, ma limitandosi a consentire loro di accedere, mediante appositi link, ai siti dei propri partner commerciali.

Inoltre la convenuta denunciava l'illiceità della attività di *screen scraping* di Viaggiare, che si concretizzava in una continua interrogazione del sito Ryanair per estrarne i dati, con conseguente pesantissimo aggravio della sua operatività, che ne rallentava la funzionalità, e la conseguente piena legittimità delle reazioni, anche mediante pubblici comunicati, privi di ingiustificate finalità screditanti.

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, sia ex artt. 1 e 2 LA,

che ex art. 64 L.A., nonché dei diritti di marchio, indebitamente utilizzati e comunque di illeciti concorrenziali ex art. 2598 c.c.

Nella memoria ex art. 183,VI ,n. 1 c.p.c. l'attrice ribadiva la propria eccezione di invalidità della procura della convenuta, già svolta alla prima udienza, tenutasi il 15/2/11, concludendo per la dichiarazione di inammissibilità della sua costituzione in giudizio e, contestata la fondatezza delle eccezioni e domande riconvenzionali, ribadiva le proprie domande di merito.

All'esito dello scambio di memorie, autorizzato il deposito di documenti formatisi successivamente allo spirare dei termini, all'udienza del 23/11/11 il G.I. riteneva le prove dedotte non utili ai fini della decisione, quindi, all'udienza del 19/12/12 la causa veniva rimessa in decisione.

Su istanza dell'attrice ex art. 275 c.p.c., veniva fissata per la discussione orale l'udienza del 4/4/13 avanti al Collegio, che tratteneva quindi la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

QUESTIONI PROCESSUALI

VALIDITA' PROCURA e COSTITUZIONE CONVENUTO

L'attrice ha in via preliminare, sin dall'udienza del 15/2/11 affermato l'invalidità della procura rilasciata dall'avv. Castioni -procuratore generale alle liti di Ryanair con poteri di nomina di altri difensori (mediante procura speciale)- all'avv. Bignami.

In effetti, in calce alla comparsa di risposta è presente un "atto di nomina di procuratore ai sensi dell'art. III della procura generale alle liti", a favore dell'avv. Bignami, sottoscritto dall'avv. Castioni, senza firma di autentica del procuratore nominato ex art. 83,III c.p.c.

Indubbiamente l'avv. Castioni era titolare del potere sostanziale di nomina, in quanto *"qualora la procura alle liti conferisca al difensore il potere di nominare altro difensore, deve ritenersi che essa contenga un autonomo mandato "ad negotia" - non vietato dalla legge professionale né dal codice di rito -, che abilita il difensore a nominare altri difensori, i quali non hanno veste di sostituti del legale che li ha nominati, bensì, al pari di questo, di rappresentanti processuali della parte"* (così Cass. 1756/12).

Tuttavia, trattandosi di potere sostanziale, andrebbe esercitato nel rispetto delle forme imposte dall'art. 83,III c.p.c., che impone l'autentica della sottoscrizione da parte del procuratore nominato, con pluralità di finalità. Invero, *"in tema di mandato alle liti, l'attestazione del difensore dà certezza non soltanto della autografia della sottoscrizione della parte, ma anche della data in cui la procura si indica come conferita"*.

La mancanza di una formalità così rilevante vizia quindi la procura all'avv. Bignami.

Peraltro, la informale delega rilasciata ulteriormente dall'avv. Castioni a favore dell'avv. Bignami, su un foglio libero a parte, depositato (senza autorizzazione né comunicazione alla controparte) nel fascicolo di ufficio, va considerata a sua volta del tutto invalida, posto che la nomina di un difensore in corso di causa, pur potendo essere effettuata anche su un atto diverso da quelli indicati all'art. 83,III c.p.c. deve

porsi in essere comunque su un atto *lato sensu* processuale, così da rivelarne l'inerenza allo specifico processo.

Tuttavia la carenza di poteri procuratori in capo all'avv. Bignami non sortisce gli effetti processuali di irregolarità della costituzione in giudizio della convenuta pretesi dall'attrice.

Non può infatti non rilevarsi come, se inefficace ai fini del conferimento della delega al nuovo procuratore, la sottoscrizione dell'avv. Castioni -munito di regolare ed incontestata procura generale alle liti ed indicato come patrocinante costituito- in calce alla comparsa di costituzione esclude che l'atto sia privo di regolare sottoscrizione da parte del difensore ex art. 125 c.p.c.

Secondo la S.C., infatti ai fini della esistenza della sottoscrizione è sufficiente che la sua provenienza da un difensore provvisto di valido mandato sia desumibile da altri elementi indicati nell'atto stesso, come il conferimento della procura alle liti, perché in tal caso la sottoscrizione apposta dal difensore redatta in calce o margine dell'atto assolve il duplice scopo di certificare l'autografia del mandato e di sottoscrivere l'atto (Cass. 22025/04).

Invero, *“soltanto il totale difetto di sottoscrizione comporta l'inesistenza dell'atto; quando invece l'elemento formale, al quale l'ordinamento attribuisce la funzione di nesso tra il testo ed il suo apparente autore, sia desumibile da altri elementi indicati nell'atto stesso, non ricorre alcuna invalidità”* (così Cass. 9490/07).

In relazione ad altra ipotesi, secondo la S.C. *“devesi, pertanto, escludere l'inesistenza del ricorso per decreto ingiuntivo allorché la sottoscrizione del difensore, pur mancando in calce a tale atto introduttivo del procedimento monitorio, figurì apposta per certificare l'autenticità della firma di rilascio della procura alle liti, redatta a margine dell'atto stesso, giacché, in tal caso, la firma del difensore ha lo scopo non solo di certificare l'autografia del mandato, ma anche di sottoscrivere la domanda di ingiunzione e di assumerne, conseguentemente, la paternità”* (Cass. 8042/06).

Analogamente, per il principio generale di conservazione degli atti processuali, deve opinarsi in relazione alla sottoscrizione della incompleta delega: tale sottoscrizione comunque fa proprio da parte dell'avv. Castioni l'intero atto, comprensivo delle eccezioni e domande riconvenzionali.

Poiché l'art. 125 c.p.c. impone il requisito della sottoscrizione solo per atti introduttivi, la mancata sottoscrizione dei procuratori Castioni e Ferrari degli altri atti non comporta conseguenze processuali.

Peraltro l'informale “procura” depositato in atti il 18/4/11 può essere considerata quale delega al compimento di attività processuali, in nome e sotto la responsabilità del procuratore delegante.

Infine, va considerato che l'attrice adombra una possibile “non veridicità” della sottoscrizione dell'avv. Castioni.

Tuttavia, non va scordato che *“il difensore, con la sottoscrizione dell'atto processuale e con l'autentica della procura riferita allo stesso, compie un negozio di diritto pubblico e riveste la qualità di pubblico ufficiale, la cui certificazione può essere*

contestata soltanto con la querela di falso" (Cass. 10240/09). Pertanto anche tale eccezione non merita di essere esaminata nel merito.

MANCATO AVVISO POSSIBILITA' CONCILIAZIONE

L'attrice, nelle difese *in limine litis*, rilevava altresì che la convenuta non aveva allegato al fascicolo di parte l'informativa ex art. 4, III D.lvo 28/10.

Va tuttavia considerato che le disposizioni incidono esclusivamente sui rapporti di mandato tra procuratore e suo cliente, che potrà eventualmente svolgere ex art. 1441 c.c. l'azione di annullamento del contratto di mandato.

La sola parte interessata è ovviamente legittimata a tal fine, ma la violazione dell'art. 4 cit. non ha di per sé alcun effetto processuale rilevabile dalla controparte.

Peraltro, va sottolineato che la convenuta ha comunque depositato (doc. 31 conv.) l'informativa, sottoscritta anche dalla parte, a valere come convalida ex art. 1444 c.c.

GIURISDIZIONE

Considerata la valida instaurazione del presente procedimento e la regolarità della comparsa di costituzione, debbono essere esaminate le eccezioni preliminari ivi proposte.

La convenuta eccepisce preliminarmente la carenza di giurisdizione della AG italiana in relazione ai criteri di collegamento stabiliti dal Reg. 44/01 CE.

Considerato che non trova applicazione il criterio generale del foro del convenuto (art. 2), deve farsi riferimento ai criteri alternativi di cui all'art. 5 Reg. cit. (ora sostituito dal Reg. CE 1215/2012, art. 7, peraltro con analoghe disposizioni)

Come è noto, la giurisdizione si determina sulla base della domanda ed in particolare con riferimento al c.d. *petitum sostanziale*, il quale si identifica, oltre che dalla concreta statuizione chiesta al giudice, anche e soprattutto in funzione della *causa petendi*, ossia dei fatti indicati a fondamento della pretesa fatta valere con l'atto introduttivo del giudizio.

Va quindi considerata la *causa petendi* come emergente dagli atti introduttivi, indipendentemente dalla sua fondatezza nel merito.

Ora, le domande proposte, sia di accertamento positivo che negativo, sono essenzialmente di natura aquiliana, chiedendosi al Tribunale di accertare l'illecito ex art. 2598 c.c., l'abuso di posizione dominante da parte della convenuta, nonché l'assenza di condotte contraffattorie da parte dell'attrice e comunque la liceità della sue condotte.

Trova quindi applicazione il criterio di collegamento di cui all'art. 5, n. 3 Reg CE 44/2001 del foro del luogo ove è avvenuto o può avvenire l'evento dannoso.

Siffatto luogo, in materia concorrenziale coincide con quello in cui è avvenuto il lamentato turbamento del mercato, ed il potenziale sviamento illecito di clientela.

Tale luogo risulta radicato nel territorio italiano, in cui opera Viaggiare, sia in relazione alle dichiarazioni alla stampa italiana del Direttore Marketing di Ryanair, che alle dedotte difficoltà indotte dall'abuso di dominanza.

Invero, la società attrice, pure parte di un gruppo internazionale, ha sede a Milano ed opera attraverso una pagina web in italiano, come tale rivolta ad utenti operanti sul nostro territorio, che costituiscono il bacino di clientela di Viaggiare, ed a cui si indirizza l'aggressiva campagna denigratoria, non a caso posta in essere anche su mezzi di comunicazione italiani, e l'attività di dedotto boicottaggio, al fine di orientarne le scelte di consumo ai danni dell'attrice.

In tale contesto, le domande fondate sull'accertamento negativo della conclusione del contratto (rispetto alle quali potrebbe porsi un problema di incompetenza ex art. 23 Reg.cit.) ove non meramente incidentali risulterebbero così strettamente connesse con le domande principali da comunque rendere opportuna una trattazione ed una decisione unica.

SOSPENSIONE

La convenuta chiede altresì sospendersi il procedimento ex art. 28 Reg. 44/01 cit. considerato che sono pendenti due cause, in Irlanda ed in Svizzera coinvolgenti due società del medesimo gruppo, Bravofly, di cui fa parte Viaggiare.

Anche se le domande proposte sembrano avere *petita e causae petendi* assai simili, certamente non si svolgono tra le medesime parti, sicchè –per i limiti soggettivi delle pronunce giudiziali- non vi è alcun rischio di contrasto di giudicati.

Pertanto questo Tribunale non ritiene sia in alcun modo opportuno esercitare il potere facoltativo di sospensione attribuito dall'art. 28 cit., ed, a maggiore ragione, che non sussistano i presupposti di cui all'art. 295 c.p.c.

COMPETENZA FUNZIONALE

La convenuta contesta la competenza del giudice adito in relazione innanzitutto alle domande fondate sulla violazione dei principi antitrust, a favore della competenza in unico grado della Corte d'Appello ex art. 33 L. 297/90.

Anche tale eccezione – pure da valutarsi in relazione della prospettazione attorea, indipendentemente dalla sua fondatezza- deve essere disattesa, considerato che il Tribunale, alla luce della efficacia diretta ed immediata applicabilità delle norme dei Trattati Europei, è competente a decidere le controversie in materia antitrust di rilevanza comunitaria.

Il criterio discrezionale, rispetto alla competenza della Corte d'Appello ex art. 33 L.297/90 è rappresentato dal pregiudizio al commercio tra Stati membri.

In proposito, deve farsi riferimento all'art. 3 del Reg. CE n. 1/2003 ed alle linee direttrici dettate dalla Comunicazione della Commissione 27/4/04 (in GUCE 27.4.2004, n. C 101), che ha raccolto i principali criteri interpretativi frutto dell'elaborazione giurisprudenziale.

Queste ultime ai § 8, 9 e 12, indicano il pregiudizio al commercio come "*criterio giurisdizionale che definisce il campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza*".

Il concetto di pregiudizio al commercio intracomunitario deve essere inteso estensivamente, tenendo conto che la sua sussistenza può apprezzarsi quando "*in base a un complesso di elementi di fatto e di diritto, appaia sufficientemente probabile che (una decisione, un accordo o una pratica) sono atti a esercitare*

un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sugli scambi tra stati membri, in modo tale da far temere che possano ostacolare la realizzazione di un mercato unico fra stati membri" (così Corte Appello Milano ord. 16/2/10 in RG 2610/10).

La nozione di pregiudizio al commercio è indipendente dalla definizione dei mercati geografici rilevanti (cfr *Linee direttrici* cit., § 21 e 22) e la circostanza che un fenomeno asseritamente concorrenziale abbia effetti essenzialmente nei confronti di potenziali utenti italiani non giustifica di per sé la competenza della corte d'appello, dovendosi valutare la potenziale idoneità a pregiudicare sensibilmente il commercio tra gli Stati membri.

Deve infatti considerarsi, che, secondo il § 19 delle *Linee Direttrici* cit. il concetto di «commercio» non è limitato agli scambi tradizionali di beni e servizi a livello transfrontaliero. Si tratta di un concetto più ampio, che copre tutta l'attività economica transfrontaliera, incluso lo stabilimento. Questa interpretazione è coerente con l'obiettivo fondamentale del trattato di promuovere la libera circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali.

Non ci si può esimere poi dal prendere in considerazione anche la natura dei prodotti a cui si applicano gli accordi o le pratiche, poiché deve ritenersi pregiudicato il mercato comunitario laddove si tratti di prodotti o servizi che per loro natura sono venduti a livello transfrontaliero o sono importanti per le imprese che vogliono avviare o ampliare le loro attività (§ 30 *Linee* cit.).

Deve altresì valutarsi la posizione di mercato delle imprese interessate ed i loro volumi di vendita, come indicativi, da un punto di vista quantitativo, dell'idoneità dell'accordo o della pratica a pregiudicare il commercio tra Stati membri, aspetto che costituisce parte integrante della valutazione dell'"incidenza sensibile" (§ 31 *linee* cit.).

L'influenza sulla corrente degli scambi può essere diretta o indiretta, attuale e potenziale (§ 36).

In particolare, gli effetti indiretti si possono verificare "in relazione a prodotti connessi a quelli a cui si applica un accordo o una pratica; (...) tali effetti possono prodursi, ad esempio, quando l'accordo o la pratica riguardano un prodotto intermedio, che non è oggetto di commercio, ma che viene utilizzato per la fornitura di un prodotto finale, il quale invece è oggetto di commercio" (§ 38), oppure relativamente ai prodotti cui si applica l'accordo o la pratica (§ 39, che richiama politiche di disincentivo attraverso limitazioni della garanzia in Stati differenti)

Il parametro dell'"incidenza sensibile" introduce un elemento quantitativo che deve essere valutato caso per caso, ma che comunque è presumibilmente sussistente allorché l'intesa o la pratica, riguardate nel loro complesso, incidano sul commercio in più Stati membri (§ 53).

Laddove si verta in ipotesi di cui all'art. 102 TFEU è l'abuso che deve pregiudicare il commercio tra Stati membri, sicché deve considerarsi se ci si trovi di fronte ad un comportamento che faccia parte di una strategia globale perseguita dall'impresa in posizione dominante, riguardato nel suo impatto complessivo (§17 *Linee* cit.).

Pertanto, "quando un'impresa dominante adotta un comportamento escludente in più di uno Stato membro, tale abuso, per sua natura, è normalmente in grado di pregiudicare il commercio tra Stati membri; tale comportamento ha un effetto negativo sulla concorrenza in un'area che non comprende soltanto un unico Stato membro, ed è probabile che determini un cambiamento del corso che gli scambi avrebbero seguito in assenza dell'abuso" (§ 75). Infatti, "quando un'impresa dominante commette abusi di sfruttamento o escludenti in più di uno Stato membro, tali abusi normalmente saranno, per loro natura, idonei a pregiudicare in maniera sensibile il commercio tra Stati membri; data la posizione di mercato dell'impresa dominante interessata e il fatto che l'abuso è attuato in diversi Stati membri, la portata dell'abuso e la sua probabile incidenza sui flussi commerciali è normalmente tale da poter influenzare sensibilmente il commercio tra Stati membri; nel caso di un abuso di sfruttamento, come la discriminazione dei prezzi, l'abuso altera la posizione competitiva dei partner commerciali in diversi Stati membri; nel caso degli abusi escludenti, compresi quelli che mirano ad eliminare un concorrente, viene influenzata l'attività economica svolta dai concorrenti in diversi Stati membri" (§ 76).

Infine, anche intese e abusi di posizione dominante relativi all'intero territorio di uno Stato membro possono di per sé considerarsi pregiudizievoli per il commercio comunitario, laddove pregiudichino per la loro natura la penetrazione sul mercato di concorrenti di altri stati membri o se l'impresa cui si rivolge la condotta escludente effettui esportazioni ed importazioni da e verso altri Stati membri (§ 93 e 94).

Nel caso concreto, tutti gli elementi indicati depongono nel senso della potenzialità della contestata pratica abusiva di Ryanair ad influenzare le correnti di scambi tra gli stati membri in relazione ai prodotti cui si applica, che sono voli aerei tra diverse tratte intracomunitarie, operati da una compagnia che occupa una posizione quantomeno assai rilevante sull'intero mercato comunitario, che ha prescelto una generale politica di commercializzazione, unica per l'intero mercato comunitario, che nel suo complesso viene ritenuta escludente dalle agenzie di viaggi interessate a commercializzare il prodotto nel mercato a valle.

Può quindi ritenersi positivamente radicata la competenza funzionale del Tribunale, mentre non sarebbe stato in tal senso dirimente il riferimento all'art. 134 CPI. Infatti, anche se la pretesa di Ryanair di escludere anche solo la pubblicazione dei suoi voli, prima ancora che l'intermediazione degli stessi, appare fondata, oltre che sulla violazione di norme pattizie, sulla violazione di diritti di privativa, la norma in questione risultava di problematico coordinamento con l'art. 33 L. 287/90, potendo ritenersi che nelle controversie di antitrust meramente nazionale radicatesse la competenza delle sezioni specializzate della Corte d'Appello

ALTRI PROBLEMI DI RITO

Solo un cenno merita la doglianza processuale dell'attrice, relativa alla intempestività delle produzioni documentali effettuate dalla convenuta con la memoria ex art. 183, VI n. 1 c.p.c.

Come correttamente sottolineato da Ryanair, il sistema di preclusioni stabilito dal codice di rito è finalizzato a far sì che, all'esito di una fase preparatoria "dinamica" il quadro probatorio si cristallizzi con il deposito della terza memoria ex art. 183,VI c.p.c.

Prima di tale momento, la produzione documentale è libera, sia all'udienza che nelle prime due memorie ed anzi l'anticipazione delle integrazioni documentali sortisce il benefico effetto di arricchire le possibilità di contraddittorio e difesa della controparte.

MERITO

Può quindi procedersi all'esame delle richieste contrapposte proposte dalle parti, facendo ovviamente riferimento alle sole domande tempestivamente introdotte negli atti introduttivi.

Ogni mutamento ed inserimento di nuovi fatti determina un radicale mutamento della *causa petendi*, che non è ammissibile in corso di causa. Sono infatti "consentite dalla legge processuale le modificazioni della causa petendi che non integrino domanda nuova e cioè solo quelle che importano una diversa qualificazione o interpretazione del fatto costitutivo del diritto; la introduzione di un diverso fatto costitutivo della pretesa, pur comportando le stesse conseguenze in tema di attribuzione del bene della vita, costituisce, invece, concreta domanda nuova" (Cass. 7766/04).

Analogamente non possono neppure essere prese in considerazione pretese non tempestivamente svolte, nella forma gradata scelta dall'attrice nelle conclusioni proposte in citazione, quali quella di una valutazione, sotto il profilo concorrenziale, delle clausole contenute nei contratti di viaggio con l'utente finale (v. le domande, del tutto nuove, proposte sub. 4 e 7 della precisazione delle conclusioni).

Come accennato, Viaggiare è una agenzia di viaggi autorizzata, che opera *on line*, fornendo agli utenti informazioni comparative su offerte turistiche per voli, hotel ecc. e, per quanto riguarda i voli, accesso al relativo acquisto, con modalità che comunque non gli impongono di passare dall'*home page* del sito della compagnia aerea.

In concreto, dopo essersi collegato al sito di Viaggiare, l'utente interroga il motore di ricerca per individuare le soluzioni disponibili in relazione ad una determinata tratta.

Per svolgere tale attività la piattaforma dell'agenzia deve avere a disposizione i dati sulle rotte, gli orari dei voli, la disponibilità di posti ed i prezzi praticate dalle compagnie aeree. Se i primi due dati, di natura statica, sono pubblici e comunicati da ENAC, gli altri dipendono dalla situazione minuto per minuto risultante presso le diverse compagnie aeree.

Effettuata la scelta tra i risultati della ricerca, l'utente chiede la disponibilità dei posti per il prezzo indicato, ed, in caso di risposta positiva, riceve la visualizzazione del corrispettivo totale da pagare, che indica anche, con voce autonoma, i diritti di agenzia applicati da Viaggiare.

Secondo l'attrice, l'acquisto avviene direttamente da parte dell'utente, che invia la richiesta di prenotazione, processa i propri dati effettua i pagamenti e riceve i biglietti

elettronici ed anche i dati in evoluzione (disponibilità e costi) dipendono dalla sua personale interrogazione del sito della compagnia, cui viene direttamente connesso dall'agenzia, senza passare per la *home page*.

Tale ricostruzione è fortemente contestata dalla convenuta, che afferma che l'acquisto avviene invece da parte della agenzia *on line*, utilizzando sue carte di credito, sia pure in nome e per conto dell'utente finale.

A sua volta, Ryanair è notoriamente compagnia aerea leader dei voli *low-cost* che, secondo un'allegazione attorea non contestata dalla controparte, trasporta il maggior numero di passeggeri nell'area continentale europea (dati IATA 2007)

Come accennato in narrativa, pacificamente, dal 2008, la convenuta ha deciso di consentire l'acquisto dei biglietti esclusivamente attraverso il suo sito ed il suo *call center*.

Tale scelta le ha consentito di realizzare importanti "*ancillary revenues*", termine con cui si definiscono i ricavi ancillari nell'industria turistica, ovvero i profitti extra *core business*.

Secondo studi in proposito (v. doc. 12 att.) il concetto di ricavi accessori è stato creato nel 2001 proprio dall'amministratore delegato di Ryanair, Michael O'Leary, con l'obiettivo finale di "far volare gratis" sostituendo i proventi della vendita dei biglietti con quelli della commercializzazione di un'ampia gamma di prodotti e servizi. Dai dati di bilancio della convenuta (al 2007, oggi pacificamente molto incrementati) le *ancillary revenues* sono generate da servizi non prestati in volo, ma collegati ai viaggi (vendita di biglietti di autobus e ferroviari, prenotazioni alberghiere, sovrapprezzo per bagaglio in eccesso, parcheggi, noleggio autovetture, parchi divertimenti, visite guidate, assicurazioni per i viaggi, affitti immobili all'estero e case per le vacanze servizi a bordo), altri servizi ai consumatori (cambiavalute, assicurazioni casa e vita, Ryanair Master Card), intrattenimento (giochi d'azzardo, gratta e vinci, biglietti per teatri e manifestazioni sportive), vendite al dettaglio, inserzioni a pagamento. I partner commerciali sono vincolati da rapporti che prevedono minimi garantiti in cambio di esclusiva, che generano per la compagnia aerea un ricavo immediato, indipendentemente dai risultati.

Per tali attività la visita alla pagina web di Ryanair rappresenta una risorsa fondamentale.

La convenuta non contesta infatti che le attività del sito generino a suo favore enormi ricavi, dichiarati in euro 577 milioni annuali nel bilancio 2010 (esclusi i ricavi derivanti dalla vendita di prodotti a bordo). Come da lei stessa affermato, considerati 360 milioni di accessi al sito di Ryanair, ogni accesso le genera un ricavo di euro 1,60, senza altre prestazioni.

Come già rilevato, l'attrice esercita attività di agenzia di viaggi, compiendo una attività professionale di intermediazione di viaggio (ai sensi della L. 1084/77, oggi abrogata dal D.lvo 79/11 a decorrere dal momento in cui diviene efficace la denuncia dello Stato Italiano dalla Convenzione Internazionale sul contratto di viaggio 3/4/70), procurando al cliente, dietro il pagamento di un prezzo, uno o più servizi separati che consentono di effettuare un viaggio, di cui non è produttore-organizzatore.

Per svolgere la propria attività, offrendo all'utente un servizio di una qualche utilità, come tale suscettibile di remunerazione, Viaggiare deve poter mettere a disposizione del cliente tutte le informazioni sui servizi offerti dalle compagnie aeree, sia tradizionali che *low cost*, eventualmente combinandole al fine di proporre pacchetti con tratte operate da vettori diversi, in relazione alla diversa economicità o altre esigenze del cliente (orari, aeroporti di partenza ed arrivo, scali) e deve consentirgli, una volta effettuata la scelta, di accedere immediatamente alla prenotazione ed acquisto. Si tratta di informazioni che non possono fondarsi solo su dati statici (orari, tratte, livelli di costi) ma, per la struttura di *pricing* nel settore del trasporto (non solo aereo), devono essere esattamente aggiornate al momento esatto dell'interrogazione, in relazione alla disponibilità ed al prezzo offerto da ciascun vettore in caso di acquisto immediato. Ovviamente siffatte informazioni, in comparazione contestuale, non possono essere reperite dall'utente mediante l'interrogazione (necessariamente diacronica) dai singoli siti delle compagnie, che informano solo sui loro voli, e che comunque presupporrebbe la preventiva individuazione dei voli operati mediante accesso alle pagine web dei singoli aeroporti utilizzabili.

Risulta di tutta evidenza come la fornitura di siffatte informazioni, come dati aggregati in pacchetti immediatamente acquistabili, rappresenti l'oggetto del servizio offerto dall'OTA -non altrimenti surrogabile che mediante complesse e dispendiose (in termini di tempo) operazioni su una molteplicità di pagine web- nell'evidente interesse dell'utente finale, ed in quanto tale retribuibile in aggiunta al costo dei voli (e altri servizi) acquistati dal fornitore diretto, quindi l'unica ragione d'essere della attività imprenditoriale di Viaggiare (come di qualsiasi agenzia di viaggi).

Pertanto, la disponibilità di accesso all'acquisto dei servizi di tutte le compagnie aeree rappresenta, senza eccezione, risorsa essenziale per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale dell'attrice, sia che avvenga direttamente da parte del cliente che, in suo nome e conto, da parte dell'agenzia, quale mandataria con rappresentanza.

ILLECITA ATTIVITA' DI AGENZIA DI RYANAIR

Secondo l'attrice, il sito Ryanair si sostanzia in una piattaforma di *e-commerce* di prodotti e servizi di viaggio, turismo ed intrattenimento.

Secondo Viaggiare la convenuta effettua importanti campagne pubblicitarie anche con mezzi tradizionali e gestirebbe presso gli scali aerei servizi ai passeggeri che comprendono anche servizi di viaggio ed accessori, svolgendo così attività di commercializzazione di servizi turistici parificabili a quelli di una agenzia di viaggio, con organizzazione anche nel territorio, sicché dovrebbe munirsi di licenza provinciale ex L. 1084/77.

La convenuta ricorda come, secondo le definizioni del D.lvo 111/95, le attività di agenzia di viaggi sono relative alla produzione e realizzazione diretta di pacchetti turistici, o produzione di pacchetti turistici venduti da altri o, ancora, intermediazione tra consumatori e fornitori per la vendita di servizi turistici. Secondo la sua difesa, Ryanair non svolge alcuna di tali attività limitandosi a commercializzare i propri voli

e ad offrire ai partner commerciali *banner* e *link* attraverso i quali l'utente che visita il sito può contattare il terzo operatore che offre pacchetti turistici.

E' comunque mancata in causa ogni prova che Ryanair svolga sul territorio le attività addebitate dall'attrice, ai fini del dedotto illecito amministrativo (incidente sulla regolarità della concorrenza), sicchè la relativa domanda deve essere rigettata.

RAPPORTO DI CONCORRENZA

Deve invece considerarsi sussistente un rapporto effettivo di concorrenza.

Ora, anche in relazione alla sola commercializzazione di biglietti aerei, la Commissione Europea (in sede di decisione sulla acquisizione di OTA) ha sottolineato, sulla scorta di analisi di mercato, come la vendita *on line* di voli attraverso le OTA e attraverso i siti web delle compagnie aeree siano parti del medesimo mercato, trattandosi di differenti canali di distribuzione che offrono la stessa tipologia di prodotti di volo e si indirizzano ai medesimi acquirenti, come già considerato da molte decisioni di giudici nazionali (doc. 42 att.).

Ma nel caso che ci occupa, risulta altresì pacifico che nel sito Ryanair sino promossi e indirettamente commercializzati, mediante *link* che consentono l'accesso ai siti dei fornitori, i medesimi servizi di prenotazione alberghi, automobili, pacchetti di viaggio ed altre attività turistiche offerte dalle OTA, e che costituiscono, nel loro complesso l'oggetto delle attività di agenzia di viaggi.

Vengono quindi offerti ai consumatori beni e servizi destinati a soddisfare i medesimi bisogni, sia pure con modalità in via mediata attraverso partnership che generano notevolissimi incassi (pare elevati a 1.140 milioni nel 2012) a tutela dei quali Ryanair ha esplicitamente adottato la politica commerciale esclusiva di cui si controverte.

VIOLAZIONE DIRITTI MARCHIO

L'attrice chiede accertarsi la piena liceità delle sue condotte, che non violano diritto alcuno di Ryanair, a cominciare da quelli di marchio.

Come è noto, l' art. 21 CPI (già art. 1 bis L.M., introdotto nell' ordinamento italiano in recepimento della direttiva 89/104/CEE ed in particolare dell' art. 6) concorre nel tracciare i confini dei diritti conferiti dalla privativa sul segno definendo -alla luce del generale obbligo della lealtà commerciale che incombe tanto sui terzi che sul titolare- una serie di libere utilizzazioni da parte dei non titolari.

In proposito non vanno perse di vista le ragioni che costituiscono ad un tempo la *ratio* ed il limite dei diritti esclusivi oggi riconosciuti dall' art. 20 CPI.

La Corte di Giustizia ha da tempo chiarito che "*il diritto esclusivo previsto dall' art. 5, n. 1, della direttiva è stato concesso al fine di consentire al titolare del marchio di tutelare i propri interessi specifici in qualità appunto di titolare di tale marchio, ossia per garantire che il marchio possa adempiere le funzioni sue proprie, e che dunque l'esercizio di tale diritto deve essere riservato ai casi in cui l'uso del segno da parte di un terzo pregiudichi o possa pregiudicare le funzioni del marchio e, in particolare, la sua funzione essenziale di garantire ai consumatori la provenienza del prodotto (sentenze Arsenal Football Club, cit., punto 51, e 16 novembre 2004, causa*

C-245/02, *Anheuser-Busch*, Racc. pag. I-10989, punto 59); inoltre "l'uso in questione può essere vietato, ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva, qualora tale uso senza giusta causa consenta di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla notorietà del marchio suddetto, in quanto marchio registrato, ovvero arrechi pregiudizio a tali caratteristiche del marchio"(così sent. 25/1/07 in proc. C-48/05 *Adam Opel*).

In altri termini, il sistema conferisce al titolare gli ampi diritti di privativa di cui all'art. 20 CPI (5 direttiva 89/104/CEE) per tutelare innanzitutto la funzione distintiva del segno ed, al contempo, quegli elementi di comunicazione e di relazione tra il titolare ed il pubblico dei consumatori che, accanto alla tradizionale funzione di indicatore di origine, gli attribuiscono un ruolo "pubblicitario", quale veicolo informazioni sull'immagine, qualità e reputazione dell'impresa, dei suoi prodotti e dei servizi che è in grado di fornire alla clientela, garanzia di determinati standard produttivi e commerciali.

In tale prospettiva, la definizione del punto di equilibrio concreto tra interessi del titolare del marchio e generale libertà di impresa è assegnata all'interpretazione della clausola generale di correttezza professionale.

Come sottolineato dalla Corte di Giustizia (nella sentenza 17/3/05, in C-228/03 *Gillette* (che, sia pure con riferimento al requisito degli «usi consueti di lealtà» ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 89/104, offre un'efficace sintesi del sistema), sussiste un generale obbligo di lealtà nei confronti dei legittimi interessi del titolare del marchio, "analogo a quello cui è soggetto il rivenditore quando impiega il marchio altrui per annunciare la rivendita di prodotti recanti tale marchio (sentenze 4 novembre 1997, causa C-337/95, *Parfums Christian Dior*, Racc. pag. I-6013, punto 45, e *BMW*, cit., punto 61). A tale riguardo, l'utilizzo del marchio non è conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale, anzitutto quando avviene in modo tale da poter dare l'impressione che esista un legame commerciale fra il terzo e il titolare del marchio. Inoltre, un uso di tale tipo non deve compromettere il valore del marchio traendo indebitamente vantaggio dal suo carattere distintivo o dalla sua notorietà (sentenza *BMW*)"

In sintesi, secondo la Corte di giustizia "l'uso del marchio non è conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale, in particolare, quando:

1) avvenga in modo tale da far pensare che esista un legame commerciale fra i terzi e il titolare del marchio;

2) pregiudichi il valore del marchio traendo indebitamente vantaggio dal suo carattere distintivo o dalla sua notorietà;

3) arrechi discredito o denigrazione a tale marchio,

4) o quando il terzo presenti il suo prodotto come un'imitazione o una contraffazione del prodotto recante il marchio di cui egli non è il titolare" (sent. *Gillette* cit.).

In concreto, l'OTA si limita ad utilizzare il logo della compagnia aerea convenuta, al pari di quello di tutte le altre, solo al fine di segnalare al potenziale cliente l'identità effettiva del vettore del volo proposto, informazione peraltro imposta dalla "Carta dei

diritti del passeggero" dell'ENAC (doc. 9 att.) nell'evidente interesse dei consumatori.

Se deve ritenersi lecito, anzi doveroso, in forza dei principi sopra ricordati, che il terzo usi il marchio altrui per comunicare l'origine del servizio commercializzato, una comunicazione così concepita non è tale da ingenerare l'impressione che il terzo (OTA) appartenga anche alla rete commerciale del titolare della privativa (Ryanair) o peggio ancora da suggerire un legame così privilegiato con la titolare da confondersi in un *unicum* commerciale.

Neppure pare che l'agenzia tragga alcun indebito vantaggio dalla rinomanza del segno, diverso e maggiore dalla semplice comunicazione dell'origine (vera) del servizio offerto o che da tale uso in concreto possa derivare un discredito o denigrazione ai danni della titolare del marchio.

Pertanto si tratta di uso del marchio che svolge una funzione meramente descrittiva, come tale da ritenersi lecito, anche in assenza di autorizzazione della titolare (sulla cui legittimità v. infra)

VIOLAZIONE DIRITTI SULLA BANCA DATI

Per la convenuta, l'attività di Viaggiare -che le consente di fornire informazioni aggiornate indispensabili per rispondere alle esigenze dei suoi utenti, relative a voli disponibilità e prezzi secondo i criteri di ricerca lanciati sul suo sito- si concretizza attraverso un'attività di *screen scraping*. In particolare, poiché il sito web di Ryanair è studiato per essere utilizzato da utenti persone fisiche dotate di un *software browser* e non fornisce interfacce destinate ad essere utilizzate da processi di *software* automatizzati, questi ultimi devono mascherarsi da "utente umano" dotato di un *software browser* (v. doc. 35 conv.).

In concreto, il *software* di Viaggiare (per mezzo del sistema di titolarità di Travefusion acquisito in licenza, cfr. doc. 35 conv.) esercita una continua interrogazione nei confronti di quello che governa le funzionalità del sito di Ryanair.

I dati così ottenuti vengono poi pubblicati sul sito di Viaggiare, dopo essere stati elaborati e quindi non più riconducibili alla loro fonte originale.

Secondo la convenuta, siffatta attività comporterebbe un pesante aggravio di lavoro a carico del *software* che gestisce il sito Ryanair e quindi un rallentamento delle sue funzionalità.

L'attrice contesta tale ricostruzione, affermando che l'applicazione *web based* di cui fa uso, semplicemente, tramite comandi *http*, legge informazioni presenti nei codici *html* delle pagine del sito Ryanair (non visibili agli utenti).

Entrambe le parti hanno prodotto delle consulenze tecniche di parte in relazione a tale funzionamento e si sono rese disponibili ad una CTU.

Al Tribunale pare tuttavia che tale attività istruttoria, particolarmente onerosa, anche in termini di tempo, sia superflua in relazione a talune considerazioni generali in tema di diritti sulle banche dati.

Preliminarmente, va ricordato che una delle finalità dell'indagine peritale dovrebbe essere, secondo la convenuta, l'accertamento che le modalità di consultazione del sito

Ryanair, comunque effettuate, impongano l'accettazione delle CGU, con conseguente costituzione di un rapporto contrattuale.

Non va tuttavia dimenticato che per la conclusione di un contratto è necessario l'incontro di reciproci consensi, finalizzati alla accettazione del vincolo pattizio.

Se quindi requisito del contratto è lo scambio di volontà effettive per una regolamentazione concreta degli interessi in un rapporto, certamente tale incontro di consensi non può considerarsi avvenuto, proprio per le modalità (ritenute subdole dalla convenuta) di estrazione dei dati, finalizzata proprio a sfuggire impegni pattizi. Pertanto ci si troverebbe di fronte alla mera conoscenza di un divieto da parte di Viaggiare, la cui violazione, se determina violazione di un diritto assoluto, può essere riguardata solo sotto il profilo dell'illecito aquiliano (nello stesso senso anche sentenza Corte d'Appello Anseatica 24/10/12, doc. 41 conv.).

Va in ogni caso considerato che l'agenzia di viaggi agisce sempre come mandataria con rappresentanza dell'utente finale, che è un consumatore, rispetto al quale tutte le disposizioni delle CGU qui invocate dovrebbero ritenersi nulle per insanabile conflitto con le disposizioni del codice del consumo, (tale dovendo considerarsi anche quella che impedisce di fare ricorso ai servizi di un intermediario professionale, ex art. 33 lett. t, D.lvo 206/05).

Le considerazioni di merito che precedono valgono anche per escludere in radice la fondatezza dell'eccezione di carenza di giurisdizione in favore della AG irlandese.

Pertanto, la condotta dell'attrice deve essere in questa sede valutata solo sotto il profilo della contestata liceità.

Come già accennato sopra, pare al Tribunale che il concreto accertamento della modalità di operatività del *software* utilizzato da Viaggiare nell'interrogazione del sistema informatico di Ryanair non sia essenziale ai fini della decisione della presente controversia.

In astratto, l'attività di costante interrogazione dei sistemi di organizzazione dei dati presenti in rete (di cui anche la convenuta fa uso per monitorare l'attività degli operatori di settore, v. Decisione Commissione UE 27/6/07 § 432 e segg. doc. 11 att.) non appare di per sé illecita, laddove si tratti di dati destinati alla pubblica consultazione, salva la violazione di diritti di proprietà intellettuale.

In proposito, la tutela specifica delle banche trova origine dalla Dir. CE 91/250, sul software, attuata nell'ordinamento italiano con D.lvo 518/92, ed è attualmente disciplinata dagli artt. 102 bis e seg, L.A. introdotti nell'ordinamento italiano con D.lvo 169/99, in attuazione della Direttiva 96/9/CE.

La normativa comunitaria si fonda sulla considerazione, tra l'altro che *“la tutela delle banche di dati sulla base del diritto d'autore esiste in forme diverse negli Stati membri, in base alla legislazione o alla giurisprudenza, e che la mancata armonizzazione dei diritti di proprietà intellettuale può avere per effetto di ostacolare la libera circolazione di beni o servizi all'interno della Comunità fintantoché esistano differenze tra le varie legislazioni degli Stati membri per quanto riguarda la portata e le condizioni della tutela dei diritti”* (considerando 4) e che *“le banche di dati rappresentano uno strumento prezioso per lo sviluppo di un mercato*

dell'informazione all'interno della Comunità e che tale strumento sarà altresì utile in numerosi altri settori" (cons. 9).

Secondo Ryanair, il suo sito godrebbe della tutela come opera d'autore ex art. 1, II L.A., in quanto consterebbe di vari elementi: barra di navigazione con menù dei servizi offerti, motore di ricerca, banner dei partner commerciali e relative icone, riquadri delle tariffe esemplificative, varie sezioni di informazione ecc., organizzati in maniera sistematica e di facile consultazione, nonché caratterizzate graficamente.

Tuttavia non può sfuggire come nessuno di tali elementi risulta appreso e riprodotto da Viaggiare, che invece interroga la banca dati relativa alle informazioni sui voli, disponibilità e prezzi, i cui collegamenti e ordine sequenziale sono realizzati dal software che li gestisce.

Ai fini della presente controversia rilevano quindi solo le "compilazioni di dati" afferenti a tali elementi, quali organizzati dal sistema di Ryanair, ai fini della offerta all'utente che lo interroga in un preciso momento storico.

L'art. 1 §2 della Direttiva sancisce che «*ai fini della presente direttiva per "banca di dati" si intende una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo*».

L'art. 3 della Direttiva 96/9, che definisce l'«[o]ggetto della tutela», così dispone: «*a norma della presente direttiva, le banche di dati che per la scelta o la disposizione del materiale costituiscono una creazione dell'ingegno propria del loro autore sono tutelate in quanto tali dal diritto d'autore. Per stabilire se alle banche dati possa essere riconosciuta tale tutela non si applicano altri criteri. La tutela delle banche di dati in base al diritto d'autore prevista dalla presente direttiva non si estende al loro contenuto e lascia impregiudicati i diritti esistenti su tale contenuto*». Secondo il Considerando 15 e 16 «*i criteri da applicare per stabilire se una banca dati sia protetta dal diritto d'autore dovranno limitarsi al fatto che la scelta o la disposizione del contenuto della banca di dati costituisce una creazione intellettuale, propria dell'autore; che questa protezione riguarda la struttura della banca di dati*» e «*non dovranno essere applicati altri criteri diversi da quello di originalità, nel senso di creazione intellettuale, per stabilire se una banca di dati sia tutelabile o meno in base al diritto d'autore, e in particolare non dovrà essere effettuata alcuna valutazione della qualità o del valore estetico della banca di dati*».

Secondo la Corte di Giustizia (sentenza 1/3/12 in C-604/10 Football Dataco, avente ad oggetto calendari di incontri di calcio) «*tale criterio di originalità è soddisfatto quando, mediante la scelta o la disposizione dei dati in essa contenuti, il suo autore esprima la sua capacità creativa con originalità effettuando scelte libere e creative* (v., per analogia, citate sentenze *Infopaq International*, punto 45; *Bezpečnostní softwarová asociace*, punto 50, e *Painer*, punto 89) ed imprime quindi il suo «tocco personale» (sentenza *Painer*, cit., punto 92); al contrario, il criterio de quo non è soddisfatto quando la costituzione della banca di dati sia dettata da considerazioni

di carattere tecnico, da regole o vincoli che non lasciano margine per la libertà creativa (v., per analogia, citate sentenze *Bezpečnostní softwarová asociace*, punti 48 e 49, nonché *Football Association Premier League e a.*, punto 98); come risulta sia dall'articolo 3, paragrafo 1, sia dal sedicesimo considerando della direttiva 96/9, per valutare se una banca di dati possa godere della tutela in base al diritto d'autore prevista da tale direttiva non sono applicabili criteri diversi da quello di originalità; dall'altro lato, il fatto che la costituzione della banca di dati abbia richiesto, oltre alla creazione dei dati in essa contenuti, un dispiego di attività e know-how significativi da parte del suo autore, non può, di per sé, giustificare la sua tutela in base al diritto d'autore prevista dalla direttiva 96/9, qualora tale attività e tale know-how non esprimano alcuna originalità nella scelta o nella disposizione dei dati di cui trattasi; a tal riguardo, le modalità con cui vengono elaborati tali calendari, quali descritte dal giudice del rinvio, se non sono associate ad elementi che rappresentino originalità nella scelta o nella disposizione dei dati racchiusi in tali calendari, non sono sufficienti affinché la banca di dati in questione possa essere protetta attraverso il diritto d'autore previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 96/9"

Va aggiunto che "dal combinato disposto dell'articolo 3, paragrafo 2, e del quindicesimo considerando della direttiva 96/9, che destinataria della tutela conferita dal diritto d'autore prevista da tale direttiva è la «struttura» della banca di dati, e non già il suo «contenuto» né, pertanto, gli elementi costitutivi di quest'ultimo; del pari, come risulta dall'articolo 10, paragrafo 2, dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio e dall'articolo 5 del Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore, la compilazione di dati che, per effetto della selezione o della disposizione del loro contenuto, costituisce una creazione intellettuale è protetta in quanto tale dal diritto d'autore; tale protezione non si estende, invece, ai dati stessi e non pregiudica i diritti d'autore eventualmente esistenti su tali dati; in tale contesto, le nozioni di «scelta» e di «disposizione», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 96/9 riguardano, rispettivamente, la selezione e la sistematizzazione dei dati con cui l'autore della base conferisce a quest'ultima la sua struttura; tali nozioni non comprendono, invece, la creazione dei dati contenuti in tale base"; di conseguenza le valutazioni relative "all'impegno intellettuale nonché al know-how destinati alla creazione di dati non possono essere prese in considerazione per valutare se la banca di dati che li contiene possa godere della tutela in base al diritto d'autore prevista dalla direttiva 96/9". (Corte Giust. 1/3/12 cit.).

Pertanto, i mezzi, anche intellettuali, utilizzati dal costituente per organizzare il sistema di vendita e la determinazione del prezzo nel particolare momento storico in cui avviene l'interrogazione dell'utente (in considerazione delle disponibilità, delle previsioni di vendita, delle percentuali riservate alle offerte ecc.), afferenti alla creazione dei dati e non alla loro organizzazione, non rilevano ai fini della

valutazione della creatività della banca dati, dovendo solo considerarsi la loro scelta e disposizione all'interno della banca dati, che ne costituiscono la struttura.

Ora, pare al Tribunale che la scelta e organizzazione dei dati, su disponibilità e prezzi dei voli, siano dettate esclusivamente e necessariamente da considerazioni di carattere tecnico e funzionale, che non lasciano margine per l'espressione di una libertà creativa, sicchè non può riconoscersi la tutela autorale ex artt. 1 e 2 L.A.

E tuttavia, per tali insiemi di dati può certamente invocarsi la tutela *sui generis* dell'art. 102 bis L.A., secondo cui obbiettivo, ai sensi del considerando 39 della Dir. 96/9 CE, è salvaguardare, al di là del diritto d'autore, i costitutori delle banche dati dall'indebita appropriazione dei risultati dell'investimento finanziario e professionale effettuato per ottenere e raccogliere il contenuto.

Per investimento finalizzato al conseguimento del contenuto di una banca dati si intende l'insieme dei mezzi utilizzati per la ricerca di elementi indipendenti esistenti e la loro riunione nella detta banca di dati, da cui vanno comunque esclusi i mezzi istituiti per la creazione stessa dei dati. Il fine della tutela, conferita dal diritto *sui generis*, introdotta dalla direttiva è infatti quello di incentivare la creazione di sistemi di memorizzazione e di gestione di informazioni esistenti, e non la creazione di elementi che possano essere successivamente raccolti in una banca di dati.

La fattispecie costitutiva del diritto è quindi rappresentata dall'investimento affrontato per il conseguimento, la verifica e la presentazione del contenuto della banca dati, che deve essere rilevante sotto il profilo quantitativo o qualitativo e, laddove la costituzione della banca dati sia un sottoprodotto dell'attività principale del costitutore, deve essere considerato in sé, tenendolo ben distinto dagli investimenti per la creazione dei dati stessi.

Secondo la Corte di Giustizia va premesso che *"in tale contesto, la nozione di investimento collegata al conseguimento del contenuto di una banca di dati, deve essere intesa nel senso che indica i mezzi destinati alla ricerca di elementi indipendenti esistenti e alla loro riunione nella detta banca di dati, ad esclusione dei mezzi impiegati per la creazione stessa di elementi indipendenti; il fine della tutela conferita dal diritto sui generis introdotta dalla direttiva è infatti di incentivare la creazione di sistemi di memorizzazione e di gestione di informazioni esistenti, e non la creazione di elementi che possano essere successivamente raccolti in una banca di dati"* (...). Quindi, *"la nozione d'investimento collegato alla verifica del contenuto della banca di dati deve essere intesa nel senso che riguarda i mezzi destinati, al fine di assicurare l'affidabilità dell'informazione contenuta nella detta banca di dati, al controllo dell'esattezza degli elementi ricercati, all'atto della costituzione di questa banca di dati così come durante il periodo di funzionamento della stessa; la nozione di investimento collegato alla presentazione del contenuto della banca di dati riguarda, dal canto suo, i mezzi intesi a conferire alla detta banca di dati la sua funzione di gestione dell'informazione, ossia quelli destinati alla disposizione sistematica o metodica degli elementi contenuti in questa banca di dati nonché all'organizzazione della loro accessibilità individuale; (...)"* In tale contesto, il fatto

che la costituzione di una banca di dati sia collegata all'esercizio di un'attività principale nell'ambito della quale il costituente della banca di dati è anche colui che ha creato gli elementi contenuti in tale banca di dati non esclude, in quanto tale, che costui possa rivendicare il beneficio della tutela conferita dal diritto *sui generis*, a condizione che dimostri che il conseguimento dei detti elementi, la loro verifica o la loro presentazione, nel senso precisato ai punti 24-27 della presente sentenza, hanno dato luogo ad un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo, autonomo rispetto ai mezzi impiegati per la creazione di questi elementi; a tal riguardo, anche se la ricerca di dati e la verifica della loro esattezza al momento della costituzione della banca di dati non richiedono, in via di principio, dal soggetto che costituisce questa banca di dati l'impiego di mezzi particolari poiché si tratta di dati che esso ha creato e che sono a sua disposizione, ciò non toglie che la raccolta di questi dati, la loro disposizione sistematica o metodica nell'ambito della banca di dati, l'organizzazione della loro accessibilità individuale e la verifica della loro esattezza per tutto il periodo di funzionamento della banca di dati possano richiedere un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo, ai sensi dell'art. 7, n. 1, della direttiva" (così Corte Giust. 9/11/04 in C-338/02).

Ai fini della valutazione della rilevanza dell'investimento dovrebbe quindi potersi discernere tra gli investimenti necessari alla creazione dei dati, cioè alla generazione dell'informazione sulla base di determinati parametri (data, disponibilità di posti, anche in offerta ecc.) e quelli, rilevanti ai fini della tutela qui invocata, necessari alla sola loro raccolta e presentazione. Le prove offerte dalla convenuta, per dimostrare i costi di funzionamento del sito, nella loro genericità non consentono di effettuare tale selezione.

Tuttavia, certamente, gli investimenti effettuati da Ryanair con i software New Skies e Open Skies quantificati in oltre 50.000.000 di euro non sono solo afferenti alla generazione dei dati, ma anche relativi alla loro presentazione all'esterno per consentire prenotazioni, check-in ecc., che sono uno degli scopi della tutela *sui generis*.

Infatti, per investimenti collegati alla verifica di una banca dati si intendono quelli relativi ai mezzi destinati al fine di assicurare l'affidabilità dell'informazione contenuta nella detta banca di dati, al controllo dell'esattezza degli elementi ricercati, all'atto della costituzione di questa banca di dati così come durante il periodo di funzionamento della stessa, nonché ai fini della loro utilizzazione da parte di utenti autorizzati.

Pare al Tribunale che gli investimenti necessari a presentare i dati e renderli disponibili all'esterno, mediante organizzazione e funzionalità complesse, che non sono il mero riflesso della generazione dei dati, possano essere ritenuti certamente rilevanti anche in via presuntiva ex art. 2727 c.c., senza necessità di un approfondimento istruttorio, anche considerato che la soglia di protezione non deve essere fissata ad un livello così elevato da frustrare le finalità protettive della norma.

La riconosciuta titolarità del diritto *sui generis* attribuisce al costituente il diritto di vietare l'estrazione, cioè il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di

una parte sostanziale dei dati su un altro supporto, con qualsiasi mezzo o qualsiasi forma.

La Corte di Giustizia CE ha costantemente affermato che, in considerazione dei termini impiegati all'art. 7, n. 2, lett. a), della direttiva 96/9, per definire la nozione di estrazione, nonché dell'obiettivo del diritto *sui generis* istituito dal legislatore comunitario (v., a tal riguardo, sentenze 9 novembre 2004, causa C-203/02, *The British Horseracing Board e a.*, Racc. pag. I-10415, punti 45, 46 e 51, nonché *Directmedia Publishing*, citata supra, punti 31-33), tale nozione, nel contesto del suddetto art. 7, deve essere intesa in un significato ampio, nel senso che si riferisce a qualsiasi operazione non autorizzata di appropriazione di tutto il contenuto di una banca di dati o di una parte di esso, ove la natura e la forma della modalità operativa utilizzata non rilevano al riguardo (v. sentenza 5 marzo 2009 in C-545/07).

Come emerge dallo stesso disposto dell'art. 7, n. 2, lett. a), della direttiva 96/9, il legislatore comunitario ha inteso inglobare nella nozione di «estrazione», ai sensi di detto art. 7, non solo gli atti di «trasferimento permanente», ma anche quelli corrispondenti a un «trasferimento temporaneo», inteso come conservazione dei dati per una durata limitata su un altro supporto, ad esempio nella memoria operativa di un computer. Il momento in cui si è verificata l'estrazione, ai sensi di detto art. 7, da una banca di dati tutelata, accessibile per via elettronica, corrisponde al momento della fissazione degli elementi interessati dall'atto di trasferimento su un supporto diverso da quello di detta banca di dati. Tale nozione di estrazione è indipendente dall'obiettivo perseguito dall'autore dell'atto di cui è causa, dalle modifiche eventualmente apportate da quest'ultimo al contenuto degli elementi in tal modo trasferiti, nonché dalle eventuali differenze relative all'organizzazione strutturale delle banche di dati interessate (così Corte Giust. in C-545/07 cit.).

Nessuna differente conseguenza giuridica è ricollegata alla natura permanente o temporanea dell'estrazione, salva ovviamente la valutazione dei danni conseguenti in caso di illiceità.

Il limite dei poteri di esclusione concessi al costituente della banca dati sono invece segnati dalla entità dell'estrazione e/o reimpiego (diffusione presso il pubblico) fissata nella "totalità o parte sostanziale del contenuto della banca dati", che consentirebbero l'appropriazione, senza oneri, dei risultati del suo investimento per la realizzazione della banca dati.

La definizione di "parte sostanziale" impone la considerazione tanto di criteri quantitativi che qualitativi.

Sotto il primo profilo il riferimento è al volume dei dati estratti e/o reimpiegati della banca di dati e deve essere valutata in relazione al volume del contenuto totale della stessa. Infatti, se un utente estrae e/o reimpiega una parte quantitativamente rilevante del contenuto di una banca di dati la cui costituzione ha richiesto l'impiego di mezzi rilevanti, l'investimento relativo alla parte estratta e/o reimpiegata è, proporzionalmente, parimenti rilevante (v. sentenze CG in C-203/02 e in C-545/07 cit.).

Sul secondo versante, per la giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr. sent. cit.), la nozione di parte sostanziale, valutata dal punto di vista qualitativo, del contenuto di una banca di dati tutelata si riferisce alla rilevanza dell'investimento collegato al conseguimento, alla verifica o alla presentazione del contenuto dell'oggetto dell'operazione di estrazione e/o di reimpiego, indipendentemente dal fatto che tale oggetto rappresenti una parte quantitativamente sostanziale del contenuto generale della banca di dati tutelata. Una parte quantitativamente trascurabile del contenuto di una banca di dati può infatti rappresentare, in termini di conseguimento, di verifica o di presentazione, un considerevole investimento umano, tecnico o finanziario.

Secondo una possibile prospettazione, tale evenienza non si presenta nel caso di specie, in quanto verrebbero richiamati ed utilizzati solo i dati relativi alla richiesta dell'utente, in un preciso momento storico, immediatamente cancellati dopo la conclusione dell'operazione (in tal senso ha deciso la Corte d'Appello Anseatica, doc. 41 conv.).

Considerata in una prospettiva sincronica, riferendosi l'operazione ad una parte quantitativamente e qualitativamente infinitesimale delle informazioni organizzate da Ryanair, non ci si trova quindi in presenza una estrazione e reimpiego di un parte sostanziale della banca dati.

Non va tuttavia dimenticato che, se la tutela conferita dal diritto *sui generis* non riguarda le operazioni di mera consultazione, la visualizzazione del dato su una piattaforma diversa da quella del costituente è necessariamente frutto di un' estrazione e reimpiego e che la normativa vieta comunque l' estrazione ed il reimpiego ripetuti e sistematici di parti non sostanziali del contenuto della banca dati, qualora presuppongano operazioni contrarie alla normale gestione della banca dati e arrechino un pregiudizio ingiustificato al costituente della banca dati (art. 102 bis, IX L.A. e art. 7.5 Dir. 96/9/CE).

Secondo la Corte di Giustizia (sentenza 9 novembre 2004 in C-203/02) *"dall'art. 8, n. 1, e del quarantaduesimo 'considerando' della direttiva risulta che, in via di principio, il costituente di una banca di dati non può impedire all'utente legittimo della stessa di compiere operazioni di estrazione e di reimpiego relative ad una parte non sostanziale del suo contenuto. L'art. 7, n. 5, della direttiva, che autorizza il costituente di una banca di dati ad opporsi, a talune condizioni, a tali operazioni, figura quindi come un'eccezione rispetto a questo principio. Nella posizione comune (CE) n. 20/95 definita dal Consiglio il 10 luglio 1995 (GU C 288, pag. 14), si fa presente, al punto 14 della motivazione, che, «per evitare che la mancanza di tutela di parti non sostanziali determini estrazioni o reimpieghi abusivi, ripetuti e sistematici, delle parti non sostanziali, una clausola di salvaguardia è stata inserita nell'art. 7, paragrafo 5, della posizione comune». Ne deriva che l'art. 7, n. 5 della direttiva ha come scopo di evitare che sia eluso il divieto di cui all'art. 7, n. 1, della direttiva. L'obiettivo di questa disposizione è di ostacolare estrazioni e/o reimpieghi ripetuti e sistematici di parti non sostanziali nel contenuto di una banca di dati, che, per il loro effetto cumulativo, pregiudicherebbero gravemente l'investimento del costituente della banca di dati, allo stesso modo delle operazioni di estrazione e/o di*

reimpiego di cui all'art. 7, n. 1, della direttiva. La disposizione vieta quindi le operazioni di estrazione effettuate da utenti della banca di dati, le quali, per il loro carattere ripetuto e sistematico, finirebbero col ricostituire, senza l'autorizzazione del costituente, la base di dati nel suo insieme o, quantomeno, una parte sostanziale della stessa, sia esso al fine della costituzione di un'altra banca di dati o al fine dell'esercizio di un'attività diversa dalla costituzione di una tale banca di dati. Inoltre, l'art. 7, n. 5, della direttiva vieta ad un terzo di eludere il divieto di reimpiego di cui all'art. 7, n. 1 della direttiva, mettendo a disposizione del pubblico in maniera sistematica e ripetuta parti non sostanziali del contenuto della banca di dati. In tale contesto, le «operazioni contrarie alla normale gestione della banca di dati o che arrechino un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi del costituente della banca di dati» si riferiscono a comportamenti non autorizzati, che mirano a ricostituire, mediante l'effetto cumulativo di operazioni di estrazione, la totalità o una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati tutelata dal diritto sui generis e/o a mettere a disposizione del pubblico, mediante l'effetto cumulativo di operazioni di reimpiego, la totalità o una parte sostanziale del contenuto di una tale banca di dati, e che pregiudicano pertanto gravemente l'investimento del costituente di tale banca di dati».

Nel caso che ci occupa, potrebbe opinarsi quindi che, attraverso le costanti interrogazioni effettuate dal suo sistema, Viaggiare, pur operando su singoli dati quantitativamente e qualitativamente irrilevanti non definitivamente trasferiti su altro supporto, di fatto metta potenzialmente a disposizione dei suoi utenti (quindi "reimpieghi") la totalità della banca dati della convenuta.

Resta quindi da definire se a tale condotta Ryanair, come costituente, possa legittimamente opporsi, in quanto arrechi un pregiudizio ingiustificato al suo investimento.

In fatto, la convenuta mette a disposizione delle agenzie, anche *on line*, una licenza (doc. 26 conv.) che consente al licenziatario l'accesso e l'estrazione di tutti i dati, che possono essere visualizzati sul suo sito, al prezzo simbolico di euro 100 all'anno (pure devolute in beneficenza), con l'impegno a non intermediare nell'acquisto dei voli (che deve essere fatto sul sito Ryanair dall'utente finale, eventualmente connesso tramite un link sulla pagina web dell'OTA).

Da tale circostanza risulta che l'odierna convenuta non considera che l'estrazione e reimpiego dei dati sui voli da parte della OTA siano tali di per sé da pregiudicare gli sforzi di investimento ed innovazione posti in essere per la costituzione della banca dati, ma intenda escludere l'utilizzazione degli stessi per l'attività di intermediazione nell'acquisto dei voli Ryanair, a garanzia delle politiche commerciali di esclusiva vendita diretta.

Alla luce di siffatte elementi (comprensivi del comportamento concreto del costituente), la condotta di estrazione/reimpiego attuata da Viaggiare sulla banca dati della convenuta -anche se attivata attraverso un espediente informatico e scontando tutte le parzialità del servizio così fornito ai suoi utenti (con conseguenti responsabilità nei loro confronti)- non appare di per sé inammissibilmente invasiva e

come tale illecita, considerato che lo *jus excludendi* sembra essere stato attivato da Ryanair al fine preminente di tutelare la propria scelta di politica commerciale di vendita esclusiva attraverso i propri canali.

Non va poi dimenticato come il riequilibrio tra l'ambito di esclusiva garantito dall'art. 102 L.A. e forme di utilizzazione consentita, a prescindere dal consenso dell'avente diritto, è demandato all'applicazione del diritto antitrust.

In questo senso deve valutarsi il contenuto dell'art. 16 ed il considerando 47 della Direttiva, secondo cui *"al fine di favorire la concorrenza tra fornitore di prodotti e servizi nel settore del mercato dell'informazione, la protezione del diritto sui generis non deve essere esercitata in modo da favorire gli abusi di posizione dominante, con particolare riguardo alla creazione e diffusione di nuovi prodotti e servizi a valore aggiunto di ordine intellettuale, documentale, tecnico, economico e commerciale"*, pertanto resta impregiudicata l'applicazione delle regole sulla concorrenza, nazionale e comunitaria.

Non va infatti dimenticato che anche un diritto assoluto di proprietà intellettuale deve essere esercitato per le finalità per cui l'ordinamento lo riconosce, a premio degli sforzi di investimento ed innovazione compiuti dal titolare, e non per creare artificiali ripartizioni del mercato o pregiudicare la concorrenza nella Comunità (cfr. Corte Giust. 6/4/95 in C-241/91 e C-242/91, caso Magyll).

ABUSO POSIZIONE DOMINANTE

Deve quindi considerarsi la natura della posizione assunta da Ryanair in relazione alla pretesa di non consentire intermediazione alcuna da parte di operatori professionali nella compravendita dei suoi biglietti aerei.

Secondo l'attrice, le iniziative di Ryanair sarebbero fortemente distorsive della concorrenza, alla luce dell'art. 102 TFUE.

Ryanair opererebbe su tre distinti mercati a livello europeo, quello del trasporto aereo, quello dei servizi di agenzia connessi al trasporto aereo e quello dell'offerta di voli Ryanair (v. pag. 52 citazione), e deterrebbe una posizione dominante su tutti e tre.

Sul mercato dei servizi di agenzia di viaggio, in particolare, la posizione di Ryanair rileverebbe in quanto la dominanza sul mercato dei trasporti aerei produrrebbe effetti diretti sul distinto mercato dei servizi di agenzia di viaggio (v. C-333/94 Tetra Pack).

Inoltre, sul mercato di fornitura di informazioni relative alle offerte sui voli, la convenuta avrebbe il monopolio assoluto in relazione a quelle sui voli Ryanair (timetables, rotte prezzi) e, impedendo a terzi di diffonderle ed utilizzarle, renderebbe impossibile l'attività commerciale degli agenti di viaggio.

La convenuta, a sua volta, contesta di avere una posizione dominante nel mercato del trasporto aereo, dovendo considerarsi, per il principio della intercambiabilità e fungibilità del servizio offerto, non solo il settore delle compagnie *low-cost*, ma anche quello delle ordinarie, anche sotto il profilo del criterio coppie di origine-destinazione, rispetto a cui la quota di Ryanair scende al 10%.

In ogni caso anche ove sussistesse una posizione di dominanza, Ryanair contesta che vi sia stato da parte sua alcun comportamento abusivo, tale da alterare il grado di concorrenza sul mercato, con aumento di prezzi.

Ryanair nega poi recisamente di avere alcun ruolo di dominanza sul mercato delle agenzie di viaggio, anche perché vende solo i propri biglietti aerei.

Da ultimo afferma che nel settore delle informazioni sulle offerte sui suoi voli più che dominanza vi è esclusiva assoluta, per una precisa scelta commerciale.

Come è noto, il diritto comunitario definisce la posizione dominante come una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e di agire in maniera significativamente indipendente rispetto ai suoi concorrenti, ai suoi clienti e quindi ai consumatori (secondo la nota definizione di C.G. 13/2/79 in C-85/76 Hoffman- La Roche). Il concetto di indipendenza è correlato al grado di pressione concorrenziale subita e sussiste laddove le decisioni dell'impresa sono tendenzialmente insensibili alle azioni e reazioni della concorrenza e dei consumatori. Le quote di mercato forniscono una prima indicazione utile a tal fine, ma deve valutarsi la particolarità del mercato di riferimento, anche in considerazione alla sua segmentazione ed al numero di concorrenti ed alle quote dagli stessi detenute, potendo una posizione di dominanza essere riconosciuta ai detentori di quote non percentualmente rilevanti in considerazione della atomizzazione della concorrenza. Deve altresì considerarsi la prospettiva dinamica dell'impresa, in termini di tenuta ed aumento progressivo della posizione assunta.

In criteri generali utilizzabili sono stati ribaditi anche dalla Corte di Cassazione, secondo cui *"ai fini della determinazione del mercato di riferimento o "mercato rilevante" - operazione preliminare ed imprescindibile per l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale ai sensi dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 (c.d. legge antitrust) - occorre prendere in considerazione tanto l'estensione geografica in cui l'operazione denunciata si colloca o sortisce effetti (mercato geografico), quanto l'ambito del prodotto o del servizio che la medesima operazione investe (mercato del prodotto); per l'individuazione di tale mercato interessato, sul quale cioè si registra una posizione dominante ed un abuso della medesima, occorre tenere conto (secondo la "Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza" del 1997) dei parametri ritenuti essenziali dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, costituiti dalla sostituibilità della domanda e dalla sostituibilità dell'offerta"* (Cass. 3638/09).

Sotto il profilo merceologico, deve aversi riferimento innanzitutto alla "sostituibilità della domanda", quindi al grado di fungibilità di un prodotto di riferimento con altri prodotti che la domanda considera sostitutivi in base a tre parametri essenziali, la funzione d'uso, le caratteristiche ed il prezzo. Peraltro non è escluso che anche prodotti e servizi tecnicamente ed economicamente sostituibili non siano ritenuti equivalenti dai consumatori per ragioni soggettive; sicché il gruppo dei consumatori la cui domanda è meno elastica può costituire un mercato a sé stante.

Questo elemento rappresenta per le imprese il vincolo competitivo più diretto ed immediato di cui tenere conto nella determinazione della propria politica commerciale.

Deve poi considerarsi la "sostituibilità dell'offerta", che impone di individuare le effettive fonti di approvvigionamento alternative cui il cliente può rivolgersi, con riferimento tanto al prodotto e/o servizio che alla collocazione geografica in cui viene fornito (anche con riferimento alla concorrenza potenziale).

Infine occorre stabilire l'ampiezza geografica del mercato, in riferimento alla effettiva sostituibilità dei prodotti o servizi dal punto di vista della clientela.

Infatti le finalità della normativa antitrust sono certamente quelle di garantire il pieno dispiegarsi della concorrenza nell'interesse dei concorrenti, ma anche e soprattutto quelle di offrire al consumatore la più ampia e libera disponibilità di scelte alternative.

In concreto, sul primo mercato indicato dall'attrice, quello del trasporto aereo, va considerato che, come sottolineato dalla stessa convenuta, il riferimento deve essere alle c.d. coppie di origine/destinazione, cioè alle singole tratte servite.

Non risulta contestato che Ryanair 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 in un mercato fortemente atomizzato (il che amplifica il potere sulle dinamiche di mercato di vettori con percentuali quali quelle di Ryanair).

Quanto ai servizi offerti, risulta notorio ed emerge dalle stesse difese della convenuta che Ryanair si presenti sul mercato con offerte di voli a prezzi straordinariamente bassi e comunque persegua una politica di contenimento dei prezzi che rende i suoi servizi scarsamente sostituibili sul versante della domanda, sia con riferimento al profilo dei prezzi che, in relazione ad alcune aree geografiche (es. il bergamasco, con riferimento ai voli da Orio al Serio), della collocazione geografica.

Tuttavia non pare necessario anche in questo caso un ulteriore approfondimento, dovendo ricordarsi che di potere di mercato si può parlare in una duplice accezione.

Può infatti accadere che il mercato direttamente interessato dall'abuso non sia quello principale su cui opera l'impresa, ma uno a valle, nel quale non è necessario che la stessa occupi un segmento rilevante, ma su cui incidono i suoi comportamenti con effetti impeditivi della concorrenza.

In questa prospettiva non rileva tanto il potere assoluto che un'impresa detiene nel suo complesso e nei confronti di tutte le imprese operanti o che vorrebbero entrare sul mercato "a monte", quanto il potere relativo esercitabile nei confronti di imprese in relazione verticale, che si trovano in posizione di dipendenza, in particolare laddove la partnership è necessaria per la stessa sopravvivenza dell'impresa dipendente.

E' stata in proposito elaborata la teoria del "partner obbligato", che ha trovato la sua fondamentale consacrazione nel caso Magyll (v. Tribunale 10/7/91 in T-69/89 e Corte Giust. 6/4/95 in C-241/91 e C-242/91), laddove si è affermata la posizione dominante delle imprese televisive sul diverso mercato della pubblicazione di guide dei programmi televisivi.

Ora, anche nell'ipotesi di cui è causa esiste un sottomercato, dell'informazione ed intermediazione dei voli aerei, per il quale esiste una domanda specifica dei consumatori, su cui la molteplicità di offerte comparative che discende dall'esplicitarsi della libera concorrenza può essere ingiustificatamente preclusa dalle scelte escludenti della convenuta.

Invero la scelta commerciale di Ryanair di escludere qualunque intermediario nella commercializzazione dei propri voli determina l'impossibilità dell'OTA a svolgere compiutamente la propria attività di agenzia di viaggi ed essere per questo remunerata, consapevolmente, dall'utente.

Innanzitutto, sulle 49 tratte in cui la convenuta opera in monopolio la politica commerciale di Ryanair di fatto impedisce ad ogni tipo di agenzia (*on ed off line*) di proporre viaggi e pacchetti con tali destinazioni, quindi di svolgere appieno la sua attività, per la quale il consumatore si affida alla sua esperienza professionale e che necessariamente comprende anche la prenotazione dei voli.

In relazione alle altre destinazioni ed alle modalità operative delle OTA, il rifiuto di Ryanair impedisce loro di offrire al consumatore una gamma di servizi sui quali orientare consapevolmente la sua scelta, poiché la piena fungibilità delle offerte risulta solo da un esame comparativo, in quel particolare momento storico in cui avviene l'interrogazione. Non va in proposito dimenticato che la stessa ENAC nella sua "carta dei diritti dei passeggeri" impone alle agenzie di viaggi di mettere il passeggero in condizione di prendere visione di tutte le compagnie aeree che effettuano la tratta prescelta, direttamente o attraverso uno scalo intermedio, e di tutte le tariffe ad esse applicate e le relative regole.

Peraltro, per un compiuto svolgimento delle attività di agenzia, pare al Tribunale che neppure la licenza sulla banca dati, anche se accompagnata dalla possibilità di realizzare un link al sito Ryanair sia sufficiente a contemperare gli interessi in conflitto, in quanto si limiterebbe a fornire informazioni, ma precluderebbe la possibilità della OTA di svolgere appieno la sua attività remunerata e di competere effettivamente sul mercato "a valle".

Ora, la Commissione Europea, pur partendo dal principio che in linea generale qualsiasi impresa dovrebbe avere diritto a scegliere i propri partner commerciali e disporre liberamente dei propri beni, fa oggetto di attenzione, sotto il profilo dell'abuso ex art. 102 TFUE, quelle pratiche che soddisfino tre condizioni cumulative: a) il rifiuto si riferisce ad un prodotto o 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 (v. Comunicazione 5/12/08).

Quanto alla prima condizione, secondo la teoria delle *essential facilities* (evocata anche dall'attrice al punto d delle sue doglianze in tema) una impresa detentrica di una infrastruttura essenziale, il cui accesso da parte di imprese terze è necessario per lo svolgimento di un'attività economica nel mercato a valle, può commettere un abuso qualora neghi ovvero imponga ai suoi concorrenti sul mercato a valle condizioni inique di accesso.

Il prodotto o servizio deve porsi come *indispensabile* per l'esercizio dell'attività del terzo richiedente (nel senso che non esiste alcun prodotto sostituibile, in termini attuali o potenziali); il rifiuto di rifornire o di metterlo a disposizione consente al titolare del diritto di riservarsi un mercato derivato, escludendo qualsiasi concorrenza su tale mercato; il rifiuto non si fonda su alcuna adeguata ed obiettiva giustificazione. Ora, le prime due condizioni si verificano certamente nel caso concreto, in quanto, come già sottolineato, solo la possibilità di offrire al consumatore che interroga il sito della OTA tutte le alternative di voli, aeroporti di arrivo e partenza, prezzi e condizioni di trasporto consente all'agenzia di offrire proprio il servizio per cui è stata creata, per garantire al cliente una scelta effettivamente consapevole. Quindi nessuna offerta di servizio di volo risulta in astratto sostituibile, tantomeno quelle di una compagnia che copre una così rilevante fetta sul relativo mercato.

Il rifiuto di fornire la possibilità di intermediazione riserva quindi a Ryanair 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.

Va quindi considerato se, in relazione ai ricavi ancillari ed ai loro allegati positivi effetti sui prezzi dei voli, il rifiuto possa considerarsi giustificato o, nell'equilibrio degli interessi in gioco e nell'interesse dei consumatori alla fornitura di un servizio diverso e più completo, debba prevalere l'interesse dell'agenzia di viaggi.

Infatti, deve essere ritenuto illegittimo il rifiuto che, pur ponendosi ragionevoli obbiettivi economici, sia dettato da un movente anticoncorrenziale.

In proposito, anche considerando la prospettiva della titolarità di diritti assoluti, sulla banca dati, in capo a Ryanair, va considerato che, secondo la Corte di Giustizia, in taluni casi anche dall'esercizio del diritto esclusivo può derivare un comportamento abusivo, laddove, oltre alle condizioni sopra riportate, il rifiuto impedisca la comparsa di un nuovo prodotto o servizio per il quale esiste una potenziale domanda dei consumatori (Corte Giust. 29 aprile 2004 in C-418/01 IMS Healt, principi confermati e rafforzati nelle decisioni della Commissione sul caso Microsoft - confermate appieno dal Tribunale di I grado, Grande Sezione, con sentenza 17/9/07 in T-201/04- in cui si è affermato che il rifiuto da parte di Microsoft di divulgare ai suoi concorrenti nel mercato dei sistemi operativi per *work group servers* informazioni sui codici di interfaccia necessari per poter sviluppare prodotti che possano raggiungere la piena interoperabilità con il sistema operativo per PC Windows, costituiva un abuso di posizione dominante, anche se le informazioni in questione erano asseritamente protette da diritti di PI).

Nella necessaria ponderazione tra l'interesse alla tutela del diritto di PI e della libera iniziativa economica del suo titolare, e l'interesse alla tutela della libera concorrenza, quest'ultimo è destinato a prevalere se il rifiuto impedisce lo sviluppo del mercato derivato a danno dei consumatori, e ciò avviene se il soggetto che richiede la licenza non intende limitarsi a duplicare i beni/servizi già offerti sul mercato dal titolare del DPI, bensì ha intenzione di offrire prodotti o servizi nuovi o diversi per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori.

Ora, non vi è dubbio che esista una domanda dei consumatori di essere orientati nelle scelte e facilitati nelle operazioni di prenotazione dalla consultazione di un unico sito, che non solo fornisce tutte le informazioni sulle rotte, orari, scali, ma mette a confronto sincronico i prezzi disponibili al momento della interrogazione (essendo prezzi e disponibilità stessi notoriamente soggetti a rilevanti modifiche anche dopo pochi istanti) e che vi sia una consapevole intenzione di remunerare tale servizio, che esime da complicate ed insidiose operazioni di consultazione di molteplici pagine web (a cominciare da quelle degli aeroporti per avere informazioni su rotte ed orari).

La scelta di Ryanair impedisce di fatto la realizzazione di siffatto servizio, cui pure in passato aveva collaborato, senza porre limiti alla intermediazione dei suoi voli, e sortisce l'effetto di compartimentare indebitamente il mercato dei biglietti aerei e dei servizi accessori.

In questa prospettiva, proprio in quanto la libertà di iniziativa economica anche nella nostra Costituzione, incontra il limite dell'utilità sociale, che si esprime anche nella tutela della concorrenza, particolarmente nell'interesse dei consumatori, non può trovare tutela la pretesa di Ryanair di non consentire alcuna intermediazione professionale dei propri servizi di vettore aereo.

Il che ovviamente non priva la convenuta della possibilità di ottenere ampi ricavi dalla fornitura di servizi accessori, sia pure offerta in regime di concorrenza e non di indebito monopolio derivato.

In conclusione, deve ritenersi illecito, sotto il profilo dell'abuso ex art. 102 TFUE, il rifiuto di Ryanair di consentire l'accesso ai suoi data base e procedure di prenotazione agli intermediari professionali, tra cui la OTA attrice.

A questo giudice è chiesto l'accertamento della sola illiceità della condotta impeditiva di Ryanair (e non una qualche ipotesi di *private enforcement*, a fini inibitori, neppure ex art. 2599 c.c., essendo la richiesta di inibitoria limitata alle condotte di denigrazione commerciale).

Spetterà poi alle parti trovare un regolamento contrattuale dei rapporti, anche sotto forma di licenza, che definisca modalità di accesso ai dati accettabili per entrambe e che sappia contemperare i contrapposti interessi commerciali senza pregiudicare lo svolgimento dell'attività di agenzia ed intermediazione dei voli. Proprio una soluzione consensuale potrà poi consentire di raggiungere anche quegli obiettivi di trasparenza sulle condizioni di trasporto e di rapporto diretto tra vettore e cliente che, come sottolinea Ryanair, è un elemento essenziale per un corretto svolgimento del rapporto di trasporto aereo.

Ritenuto il carattere abusivo della scelta commerciale di Ryanair, ne discende l'illegittimità delle altre condotte di cui si lamenta l'attrice, in particolare del rifiuto di imbarcare passeggeri con biglietti acquistati presso le OTA, la limitazione per i consumatori della possibilità di venire a conoscenza di alternative e di servirsi di intermediario professionista, la cui incidenza in relazione al regolare svolgersi della concorrenza verrà valutata in seguito.

Invece, la semplice minaccia di azioni giudiziarie e l'utilizzo di uno strumento giudiziario rappresentano un regolare esercizio del diritto di azione, privi di qualsiasi abusività.

CONCORRENZA SLEALE PER TURBAMENTO DELLE SCELTE IMPRENDITORIALI DELLA CONVENUTA

Come accennato, nella comparazione degli interessi in gioco, alla luce dei principi comunitari e costituzionali, la libertà di scelta imprenditoriale di Ryanair in ordine alla sue politiche commerciali è destinata a cedere ed a trovare un ragionevole temperamento con le esigenze delle agenzie di viaggio, nel superiore interesse al regolare svolgimento della concorrenza sul mercato a valle, che non privi i consumatori di un servizio ritenuto utile e richiesto.

Del tutto estranea al perimetro dell'odierna controversia è la questione della dedotta violazione del domicilio virtuale, non tempestivamente proposta da Ryanair negli atti introduttivi ed anzi comparsa per la prima volta nelle difese conclusionali.

ILLECITI CONCORRENZIALI

L'attrice lamenta l'illiceità della condotta della convenuta ex art. 2598 c.c. attuata mediante diffusione al pubblico di notizie false e screditanti, sia in relazione alla illegalità dei comportamenti delle OTA, tra cui Viaggiare, sia in relazione a pronunce giudiziali ottenute a favore di Ryanair, sia sulla circostanza che le OTA applicherebbero al pubblico prezzi di rivendita doppi o tripli rispetto a quelli delle compagnie, sia pubblicamente minacciando di non imbarcare i passeggeri che avevano acquistato il biglietto attraverso le OTA, minaccia peraltro realizzata, in taluni casi.

Gli illeciti in questione sarebbero riguardabili ex art. 2598 n. 2 c.c., sia quali pratiche commerciali scorrette ai danni dei consumatori ex artt. 20 e segg. Codice del Consumo.

Con tali comportamenti, infatti, Ryanair intenderebbe condizionare indebitamente le libere scelte degli utenti affinché questi non si rivolgano ai siti delle OTA, tra cui quello dell'attrice, accaparrandosi la clientela.

Infine le modalità con cui Ryanair ha promosso le proprie attività, attraverso comunicati denigratori, rappresenterebbe anche violazione del D.lvo 145/07, che impone che la pubblicità sia veritiera e corretta.

In concreto, in un comunicato stampa, ampiamente ripreso dalle più diverse testate, Alessia Viviani, direttore vendite e marketing di Ryanair per l'Italia in data 24/1/2008 (doc. 15 att.), dichiarando l'intenzione di "bloccare" alcuni intermediari non

autorizzati, identificati in Lastminute.it, Volagratis e Tui.it, ha affermato testualmente *“gli agenti di viaggio online sistematicamente addebitano commissioni esorbitanti e raddoppiano i prezzi; forniscono termini e condizioni scorrette ed ingannevoli; non informano i passeggeri sui cambiamenti dei voli, negano ai passeggeri la possibilità di prenotare bagagli online e non consentono le opzioni del check-in online e della precedenza dell'imbarco”*. Allegando di avere ricevuto numerose lamentele dei passeggeri, Viviani aggiungeva *“Ryanair vende direttamente al pubblico, perciò i passeggeri dovrebbero evitare agenti di viaggio online senza scrupoli che addebitano commissioni esorbitanti ed ingannano i passeggeri”*, segnalando aumenti di costi tra il 120% e l'80%, tra cui un 83% asseritamente praticato da Lastminute sulle tratta Ciampino-Orio al Serio.

La convenuta si difende affermando la veridicità delle affermazioni ed invocando il diritto di critica ex art. 21 Cost., che, come è noto, integra una causa di giustificazione in quanto sussista un interesse meritevole di tutela alla conoscenza del fatto (principio della pertinenza), la correttezza con cui essi vengono esposti (principio della continenza) e la corrispondenza tra i fatti accaduti e quelli narrati (principio della verità) (v. per tutte Cass. 6877/00).

Tuttavia, vertendosi in tema di prodotti o servizi offerti in concorrenza con l'autore della denigrazione, non possono trovare semplicistica applicazione i principi che disciplinano l'equilibrio tra diritto alla libera espressione del pensiero ex art. 21 Cost. e diritto dell'imprenditore al rispetto della propria reputazione commerciale (pure costituzionalmente garantito ex art. 2 e 41 Cost.) in caso di giudizi di terzi non concorrenti (quali consumatori o giornalisti).

Tali amplissimi criteri di liceità non possono essere utilizzati laddove il conflitto operi essenzialmente sul piano concorrenziale, tra soggetti imprenditoriali i cui interessi sono paritariamente tutelati dall'art. 41 Cost. ed il dedotto obbiettivo informativo della comunicazione sia finalizzato ad acquisire o riservarsi in via esclusiva spazi di mercato, necessariamente ai danni concorrente

Come è noto, l'art. 2598 n. 2 c.c. ritiene concorrenzialmente sleale la diffusione di *“notizie e apprezzamenti sull'attività di un concorrente, idonei a determinare un discredito”*.

La disposizione, inserita nel contesto della disciplina della concorrenza (che si incentra sul concetto di danno concorrenziale potenziale e quindi riguarda solo le attività atte ad incidere negativamente sulla proiezione sul mercato del concorrente) si riferisce pertanto essenzialmente ad una denigrazione della attività imprenditoriale che possa determinare discredito negli utenti in relazione ai prodotti o servizi offerti in concorrenza con quelli del denigrante.

Ed è in relazione a tali ipotesi che la giurisprudenza ha elaborato criteri di valutazione estremamente restrittivi, richiedendo che le notizie e gli apprezzamenti siano non solo rigorosamente veritieri ma anche esposti in modo obbiettivo (si vedano le pronunce in tema di pubblicità comparativa) che non ecceda l'esigenza di informazione del pubblico.

Non è infatti consentito all'operatore commerciale promuovere i propri prodotti o, come nel caso che ci occupa, supportare una propria politica sui canali esclusivi di vendita, diffondendo notizie inveritiere, tali dovendosi considerare anche quelle incomplete (pure sugli esiti di procedimenti giudiziari) ed espresse in modo subdolo e tendenzioso, atto a creare nel lettore una rappresentazione falsa e screditante della concorrente.

La stessa *ratio* della liceità delle pubblicità comparative -che ha inciso in senso estensivo della liceità di comunicazioni aventi ad oggetto beni o servizi del concorrente di per sé implicitamente negativa- va certamente ricercata negli effetti di trasparenza del mercato ed informazione dei consumatori che ne possono conseguire, senza tuttavia dimenticare che si tratta pur sempre di messaggi destinati ad operare sul terreno del conflitto concorrenziale, finalizzati ad orientare le scelte di consumo a favore dell' autore ed a discapito di altri concorrenti. Per questi motivi, la legislazione (art. 4 D.lvo 145/07) nel riconoscere la liceità della pubblicità comparativa, impone una serie di limitazioni al messaggio del concorrente, rispetto ai quali l'obbiettivo informativo è un presupposto e non può ulteriormente prevalere sulle esigenze degli altri operatori di mercato. Tutto il complesso normativo in tema di comunicazione pubblicitaria impone invero di non fornire ai consumatori notizie fuorvianti o ambigue (cfr. artt. 21 e 22 Codice del Consumo, come modificato dal D.lvo 146/07), tali da indurlo a prendere decisioni commerciali che non avrebbe preso, in ipotesi anche in relazione alla modifica di abitudini di spesa.

Sul versante concorrenziale, che qui interessa, non può non considerarsi l'ambiguità, e conseguente ingannevolezza, del messaggio nel suo profilo di indurre il consumatore a pretermettere un prodotto a favore di un altro sulla scorta di informazioni assolutamente incomplete.

Per il vero, il comunicato 24/1/08 contiene addebiti assolutamente generici, rimasti indimostrati anche in questa sede ed indica percentuali di ricarico esorbitanti, senza premurarsi di segnalare che il calcolo, se veridico, è fatto sui prezzi più vantaggiosi, notoriamente riservati ad un numero limitato di biglietti, con tempistiche di acquisto particolari.

Peraltro, la denunciata incompletezza delle informazioni fornite agli utenti (su cambio orari voli, esistenza di particolari sconti riservati ai residenti di talune località ecc.) sembra dipendere più che dalla obbiettiva incompletezza del servizio offerto dall'agenzia dal suo mancato coordinamento con il vettore, causata dalla politica commerciale escludente di Ryanair, che per come concepita, impedisce un rapporto diretto con il viaggiatore che è ricorso all'intermediazione.

In ogni caso, il comunicato, appare tutt'altro che concepito per fornire un'informazione obbiettiva, essendo connotato da una aggressività e rissosità inconcepibile in una leale concorrenza, finalizzata a sortire effetti screditanti che eccedono qualsiasi esigenza di informazione del pubblico: basti considerare che le OTA sono oggetto di epiteti diretti, indicate come operatori "scorretti", "senza scrupoli", che pretendono commissioni esorbitanti ed ingannano i passeggeri.

Anche se l'odierna attrice nel comunicato non è esplicitamente menzionata, il suo buon nome commerciale viene comunque leso dal generico riferimento a tutte le agenzie di viaggio on line.

La condotta denigratoria ed ingiustificatamente escludente della convenuta, di cui l'attrice si duole, non si è comunque limitata a tale comunicato, peraltro ampiamente diffuso sulla stampa ed in rete (docc. 14-17 att.).

Infatti, nell'agosto 2008 Ryanair dichiara pubblicamente la propria intenzione di non imbarcare quei passeggeri che si fossero presentati al check-in muniti di biglietto elettronico ottenuto nel sito di una OTA.

Di conseguenza, interviene la Direzione Generale Energia e Trasporti della Commissione Europea, rivolgendo una puntuale richiesta di chiarimenti a Ryanair (doc. 3 att.), cui l'odierna convenuta risponde (pure utilizzando toni inusualmente aggressivi nella interlocuzione con un Organismo Istituzionale del più alto livello, cfr. doc. 18 att.) accusando le OTA, qualificate come "*siti di bagarinaggio non autorizzati ed illegali*", di *screen scraping*, di violazione delle regole di utilizzo del sito e dei diritti di proprietà intellettuale della compagnia aerea, oltre a che delle già richiamate condotte ai danni dei passeggeri, tra cui le "*avide commissioni addebitate*", confermando di avere annullato una serie di biglietti e dichiarando che avrebbe continuato a procedere in tal senso.

Alla risposta viene altresì allegato un elenco di "*siti web che hanno svolto illegalmente attività di screen scraping sul sito Ryanair ed ai quali è stata inviata una lettera di diffida*", che comprende l'odierna attrice ed a cui viene data ampia diffusione su Internet, suscitando un vivace dibattito (cfr. doc. 19 att.).

Non c'è alcun dubbio che anche tale condotta risulta gravemente screditante in quanto vengono addebitate -senza alcun supporto probatorio- molteplici condotte illecite, il tutto utilizzando, per qualificare i concorrenti, toni di inammissibile violenza (espressione di una aggressività da imprenditori di frontiera, che sembra connotare le pubbliche comunicazioni della convenuta, persino nell'interlocuzione con le autorità garanti europee).

La pubblicizzata minaccia di non imbarcare i passeggeri che si fossero presentati ai *check-in* con i biglietti acquistati tramite le OTA -peraltro attuata dalla convenuta, come dalla stessa dichiarato alla Direzione Generale della Commissione- condotta vietata, dal punto di vista della tutela del consumatore, dall'art. 20 D.lvo 206/05, rappresenta poi un evidente illecito ex art. 2598 n. 3 c.c., in quanto finalizzato a condizionare indebitamente le scelte dei consumatori affinché escludessero l'intermediazione delle OTA (che pure apportavano al vettore un regolare pagamento del volo), rivolgendosi ai soli canali di vendita "interni" di Ryanair.

Le pressioni rivolte ai consumatori al fine di forzarli a non intrattenere rapporti con le OTA, concorrenti sul mercato "a valle" dei servizi di viaggio, rappresentano invero una ipotesi di scuola del c.d. "boicottaggio secondario".

In conclusione, le doglianze dell'attrice appaiono fondate, dovendo le condotte di Ryanair ritenersi illecite sotto il profilo dell'art. 2598 n. 2 e 3, nonché delle disposizioni del D.lvo 145/07

Rimangono estranee al presente giudizio le ulteriori pratiche commerciali scorrette indicate in conclusionale (a pag. 46), di cui alla pronuncia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato 15/6/11 (doc. 50 att.) che non sono state tempestivamente introdotte in causa e che pure paiono poco rilevanti ai fini della presente decisione.

Le considerazioni che precedono in relazione al carattere gravemente denigratorio delle dichiarazioni pubbliche di Ryanair consentono di ritenere assorbita la doglianza di diffamazione, (rispetto alla quale comunque è intervenuta l'assoluzione di Viviani, in quanto in ambito non strettamente concorrenziale può legittimamente invocarsi la scriminante del diritto di critica).

DANNI

L'attrice limita la propria domanda di inibitoria alla denigrazione, mentre chiede il risarcimento dei danni subiti in relazione al complesso delle condotte di Ryanair, anche sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE.

Innanzitutto Viaggiare chiede di essere risarcita dei mancati guadagni che avrebbe tratto dallo svolgimento in regime normale delle proprie attività relative alla intermediazione di voli Ryanair.

Come è noto, nel caso di imprenditori, già operanti nel mercato a valle e che si sono visti rivestire una posizione concorrenziale meno soddisfacente di quella occupata in precedenza, in conseguenza di illeciti escludenti, si usa fare riferimento alla c.d. perdita di *chances*, quantificabile con riferimento a vari parametri, elaborati in via interpretativa (*but-for; before and after; benchmark*).

In proposito, Viaggiare ha allegato di avere subito una contrazione dei ricavi, ma ha dedotto in proposito solo un capitolo di prova assai generico e valutativo, come tale inammissibile.

I bilanci prodotti evidenziano effettivamente una costante contrazione dei ricavi dal 2006, ma manca qualsiasi elemento obiettivo, cui ancorare una valutazione concreta anche sotto il profilo del nesso causale con i lamentati illeciti.

Invero, l'attrice, su cui grava il relativo onere, avrebbe innanzitutto potuto agevolmente comprovare il volume della transazioni di voli Ryanair nelle diverse annate, antecedenti e successive al 2008, ponendolo in comparazione con quelle interessanti altre compagnie nei medesimi periodi.

Non è stato quindi consentito al Tribunale di valutare, anche sotto il profilo della perdita di *chances*, se e quanto tale riduzione del volume di affari possa essere conseguenza degli illeciti addebitati a Ryanair e quanto di normale funzionamento del mercato, ivi compresa la comparsa di altri soggetti legittimamente concorrenti con la OTA attrice.

Peraltro, Viaggiare non si è nemmeno offerta di provare di essere stata concretamente estromessa dalla possibilità di intermediare sui voli di Ryanair, salvi i disturbi causati dalla non collaborazione del vettore nei rapporti con la clientela, che l'ha messa in condizione di offrire un servizio dimidiato (quanto a tempestività degli avvisi su modifiche dei voli, assistenza sui cambi ecc.) e salvi comunque gli effetti dalla pubblicità negativa ai danni delle OTA.

Viaggiare allega in proposito di avere subito un progressivo aumento delle cancellazioni, ma anche in tale caso si limita a offrire un capitolo di prova assolutamente valutativo e così generico che, anche ove positivamente confermato, non potrebbe offrire un utile riscontro su cui fondare la decisione.

Per il vero, risulta anche prodotta una "tabella riassuntiva delle cancellazioni subite dalla clientela" di formazione interna (neppure è dato conoscere sulla scorta di quali dati obbiettivi), che comunque evidenzia un aumento esponenziale dei numeri delle cancellazioni in relazione a tutte le compagnie e che, per quanto riguarda i voli Ryanair, è limitato a poche centinaia in cinque anni (su un volume di transazioni complessivo rimasto ignoto).

Siffatto elenco, anche se confermato testimonialmente, nulla comproverebbe quanto a ragione della cancellazione, assai probabilmente (visti i numeri generali) conseguente a vicende diverse da quelle oggetto di causa. Non va infatti dimenticato che il sistema di vendita *on line* prevede che la prenotazione avvenga dopo l'integrale pagamento dei costi di biglietto ed intermediazione, sicchè risulta assai poco probabile che la campagna denigratoria di Ryanair possa avere influito sulle scelte dei consumatori di cancellare una transazione già eseguita.

L'attrice chiede poi di essere rimborsata degli oneri sostenuti per iniziative pubblicitarie e di marketing, che avrebbero inciso per l'importo di euro 100.000,00, indicato genericamente in un capitolo di prova orale, senza altri riscontri e neppure l'elencazione delle attività effettuate ed i dei loro specifici costi.

Pure indimostrata è rimasta la dedotta riduzione dei volumi di traffico sul sito di Viaggiare, con conseguenti minori ricavi da attività accessorie.

Sembra invece fondata la doglianza relativa al danno all'immagine e reputazione commerciale subita dall'attrice in conseguenza della campagna denigratoria di Ryanair ai suoi danni.

Come è noto, la giurisprudenza della SC (v. Cass. 8828/03; 8827/03), confortata dall'avallo della Corte Costituzionale (cfr. sent. 233/03), ha affermato che deve ritenersi *"acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione della nozione di danno non patrimoniale, inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona e non più di solo danno morale soggettivo"*. Come è noto, da tempo non si revoca in dubbio che anche le persone giuridiche siano titolari di reputazione commerciale ed onore sociale, che possono essere lesi dalle altrui condotte denigratorie (e che debbono essere risarciti indipendentemente dalla qualificazione del fatto come reato).

Il S.C. ha peraltro chiarito (Cass. 12929/07) che *"va rifiutata la logica della identificazione del danno (non patrimoniale) nella stessa lesione"* del bene costituzionalmente tutelato e che *"va condivisa invece l'idea che anche in questo caso il danno si debba identificare sempre in un danno-conseguenza, cioè in accadimento ricollegatesi alla lesione della situazione protetta sulla base di un nesso di causalità."* (cfr. anche Corte Cost. 372/94). Tuttavia la Corte ha aggiunto come, *"tale danno-conseguenza"* possa *"nella concretezza del caso presumersi di norma esistente, sulla base di una massima di esperienza"*.

Di tale lesione della reputazione commerciale, certamente particolarmente foriera di conseguenze negative alla luce dell'importanza del soggetto autore della condotta denigratoria e della attenzione riservata dai media e dal mercato alle sue uscite pubbliche, deve pure darsi una valutazione equitativa che al Tribunale pare possa essere quantificata, tenuto anche conto della circostanza che Viaggiare non è stata esplicitamente menzionata nel primo comunicato, in euro 50.000,00, in moneta attuale e comprensiva di interessi ad oggi, su cui decorreranno gli interessi legali dalla pubblicazione della sentenza al saldo.

Può inoltre essere accolta la richiesta di pubblicazione della sentenza, quale forma di risarcimento in forma specifica ex art. 2600, II c.c., particolarmente congruo in ipotesi di illecito attuato attraverso anche la comunicazione pubblica.

Pertanto può essere ordinata la pubblicazione del dispositivo della presente sentenza a cura dell'attrice ed a spese della convenuta, per una volta, a caratteri doppi del normale, su Il Sole 24 Ore.

Le spese seguono la soccombenza e pertanto la convenuta deve essere condannata a rifonderle all'attrice, nella misura qui liquidata di euro 25.000,00 a titolo di compenso professionale, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale definitivamente pronunciando, sulle domande proposte con atto di citazione notificato il 12/8/10 da Viaggiare s.r.l., agenzia di viaggi *on line*, nei confronti di Ryanair Ltd, ogni altra domanda ed eccezione disattesa:

- A) rigetta le domande riconvenzionali proposte dalla convenuta;
- B) in parziale accoglimento delle domande proposte da Viaggiare s.r.l., dichiara il carattere concorrenzialmente illecito delle condotte di Ryanair, attuate mediante diffusione al pubblico di notizie false e screditanti, sia in relazione alla illegalità dei comportamenti delle OTA, tra cui Viaggiare, sia in relazione a pronunce giudiziali ottenute a favore di Ryanair, sia sulla circostanza che le OTA applicherebbero al pubblico prezzi di rivendita doppi o tripli rispetto a quelli delle compagnie, sia pubblicamente minacciando di non imbarcare i passeggeri che avevano acquistato il biglietto attraverso le OTA ed infine attuando tale minaccia;
- C) inibisce alla convenuta ogni ulteriore condotta che pubblicamente qualifichi il comportamento dell'attrice come illecito ed in violazione dei suoi diritti di marchio e sulla banca dati;
- D) accerta che la pretesa di Ryanair di non consentire intermediazione alcuna della vendita dei propri servizi aerei costituisce abuso di posizione dominante sul mercato "a valle" dei servizi di agenzia viaggi e turismo;
- E) condanna Ryanair Ltd a rifondere all'attrice i danni, come sopra liquidati in euro 50.000, in moneta attuale e comprensivi di interessi ad oggi, su cui decorreranno gli interessi legali dalla pubblicazione della sentenza al saldo;
- F) ordina la pubblicazione del dispositivo della presente sentenza a cura dell'attrice ed a spese della convenuta, per una volta, a caratteri doppi del normale, su Il Sole 24 Ore;

G) condanna la convenuta a rifondere all'attrice le spese di lite, nella misura sopra liquidata di euro 25.000,00 a titolo di compenso professionale, oltre accessori di legge.

Così deciso in Milano, Camera di Consiglio del 4/4/13

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
di Carmelo GAROFALO

TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
DEPOSITATO OGGI
IL 4 GIUL 2013
IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
di Carmelo GAROFALO

Il Presidente

Manina
Il giudice est.



FATTO AVVISO
TELEMATICO
IL 4/6/2013
DA GAROFALO