

Pubblicato il 03/03/2020

N. 01547/2020REG.PROV.COLL.
N. 05804/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 c.p.a., sul ricorso NRG 5804/2019, proposto dalla Società cooperativa Taxi Torino, corrente in Torino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gian Michele Roberti, Guido Bellitti e Leopoldo Facciotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via G. G. Belli n. 36,

contro

l'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall' Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12 e

nei confronti

– della Mytaxi Italia s.r.l., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Cicala, Francesco Goisis, Gaetano Iorio Fiorelli, Silvia Picchetti e Luca Pescatore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

e con l'intervento di

di Wetaxi s.r.l., corrente in Torino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, intervenitrice *ad adiuvandum*, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Ravinale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. 7463/2019, resa tra le parti e concernente il provvedimento del 29 novembre 2018, con cui l'AGCM ha adottato misure cautelari provvisorie nell'ambito dell'istruttoria avviata il 10 ottobre 2018 verso la Cooperativa, per accertarne l'esistenza di violazioni dell'art. 102 del TFUE e dell'art. 3 della l. 287/1990 (A521 - Attività di intermediazione della domanda di servizi taxi nel Comune di Torino);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimato e della Società intervenitrice;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 30 luglio 2019 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Bellitti, Roberti, Facciotti, Cicala e Goisis e l'Avvocato dello Stato Davide Di Giorgio;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La Soc. coop. Taxi Torino, corrente in Torino, dichiara d'esser un'impresa attiva nella gestione dei servizi di radiotaxi a Torino, tramite sia un sistema radio, sia (dall'estate 2017) l'impiego di una *app* per dispositivi mobili denominata Wetaxi alla quale aderiscono ca. 1.400 tassisti.

Dal canto suo, Mytaxi Italia s.r.l., corrente in Milano, è la filiale italiana di un gruppo societario che attualmente appartiene al gruppo automobilistico tedesco Daimler AG ed è attiva nella gestione dell'omonima *app* Mytaxi per dispositivi mobili, che mette in collegamento diretto tassisti e utenti, in varie parti del mondo e, in Italia, nelle città di Roma, Milano e, dal giugno 2017, pure a Torino.

Con denuncia pervenuta il 30 luglio 2018 e successivamente integrata, la Mytaxi Italia s.r.l. ha reso noto all'AGCM l'esistenza e l'applicazione di clausole statutarie di non concorrenza da parte di Taxi Torino. In pratica, grazie a tali clausole detta Cooperativa non consente ai tassisti soci l'uso simultaneo di più intermediari per smistare la domanda del servizio taxi nel territorio comunale di Torino, sì da impedire od ostacolare l'ingresso di nuove piattaforme aperte nel mercato relativo. La Coop. Taxi Torino ha così introdotto nel proprio Statuto, fin da agosto 2017, una specifica clausola di non concorrenza che prevede l'esclusione del tassista che, pur rimanendone socio, aderisca ad un altro soggetto titolare o gestore d'un proprio sistema d'intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, ne utilizzi le prestazioni.

Già nel settembre 2017, in virtù di tal norma statutaria, Taxi Torino ha escluso tre tassisti soci della cooperativa che avevano utilizzato i servizi di Mytaxi e tal misura è stata nuovamente applicata nel maggio 2018, nei riguardi di altri tre soci.

2. – Sicché il 10 ottobre 2018, l'AGCM ha avviato un procedimento istruttorio, ai sensi dell'art. 14 della l. 10 ottobre 1990 n. 287, nei confronti di Taxi Torino, per accertarne eventuali violazioni sia dell'art. 102 TFUE che e dell'art. 3 della stessa legge n. 287 nel mercato della fornitura di servizi di raccolta e smistamento della domanda di servizio taxi nel territorio comunale di Torino.

Tal procedimento s'incentra sugli effetti di natura anticoncorrenziale derivanti dalle citate clausole statutarie di non concorrenza, in particolare quelle (artt. 6, co. 9 e 14, co. 10) che impongono a soci e utenti di Taxi Torino, operatore dominante, a non svolgere attività in concorrenza con essa o a non aderire ad altro soggetto titolare o gestore di diverso sistema tecnologico d'intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, a non utilizzarne le prestazioni, pena l'esclusione dalla compagine sociale.

Al contempo, l'AGCM ha avviato pure un procedimento cautelare ex art. 14-bis della l. 287/1990, al fine di verificare l'effettiva sussistenza dei presupposti per l'adozione di misure cautelari, atte a ripristinare e mantenere condizioni concorrenziali nel mercato rilevante. Nell'ambito del medesimo procedimento in contraddittorio con le due Società, l'Autorità ha fornito loro una sua definizione di mercato rilevante già nell'avviso d'avvio.

Torino Taxi ha contestato tal definizione, rilevando che il mercato dei servizi d'intermediazione per mezzo di *app* costituisce un mercato distinto rispetto ai canali d'intermediazione tradizionali (p.es., le centrali radiotaxi). Tanto perché: a) i due tipi di canali presentano distinte funzionalità oggettive (p. es., la geolocalizzazione; la possibilità di pagamento con *app*; ecc.); b) trattandosi di un mercato a due versanti, le scelte di tutti i soggetti operanti su ciascun versante sono strettamente interrelate e, ove vi sia una parte della clientela che prediliga l'*app*, i tassisti per entrare in contatto con essa sono costretti ad usare solo questo strumento e non altri; c) il mercato dei servizi d'intermediazione per mezzo dell'*app* ha una dimensione almeno nazionale, visto che le piattaforme *on-line* adottano di regola politiche commerciali e condizioni di contratto e portali su base nazionale, pure quando detta intermediazione intervenga sulla prestazione di servizi locali

Quanto, poi, alla legittimità in sé delle clausole statutarie, Taxi Torino afferma: a) l'inesistenza d'un intento anticompetitivo sotteso a siffatte modifiche statutarie, che hanno l'opposto significato di adeguare lo Statuto ai principi di libera concorrenza; b) la congruenza a tal scopo della nuova norma sul recesso, con l'introduzione, per i tassisti intenzionati ad aderire ad altro soggetto intermediario, della facoltà di recedere liberamente dalla Cooperativa, prima non consentito; c) il rafforzamento del principio di fedeltà ex art. 2527 c.c. (già ripreso dall'art. 6 e dall'art. 14, co. 2, lett. a dello stesso Statuto) sotteso alla modifica sulle cause d'esclusione, con riguardo alla contemporanea adesione, da parte del socio della Cooperativa, ad altro titolare di sistema tecnologico d'intermediazione; d) la coerenza di tal misura

con la *ratio* del principio di fedeltà cooperativa ex art. 2527, II co., c.c., la natura cogente del quale è pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza a guisa di «*norma di comportamento tesa a tutelare chi si impegna a lavorare esclusivamente per il fine mutualistico*»; e) l'esclusività dell'impegno solidaristico, rafforzato dalla norma espulsiva, è indispensabile per la produzione, la gestione e il mantenimento dei servizi offerti dalla Cooperativa. Per quanto attiene al nesso causale tra le clausole di non concorrenza contestate e lo scarso uso dell'*app* Mytaxi da parte dei tassisti, Taxi Torino lo esclude, sia perché i tassisti già aderenti a tale *app*, avendo superato già il vincolo posto dalle clausole di esclusiva, non potrebbero esserne influenzati, sia perché il vero ed unico motivo della scarsa adesione dei tassisti all'*app* stessa sarebbe la politica commerciale (non certo di favore) applicata nei loro confronti.

In esito ad articolata istruttoria e replicando su ogni punto degli argomenti dei tale Cooperativa, l'ANR, con provvedimento del 29 novembre 2018 e ravvisati l'urgenza del provvedere e il pericolo di un danno irreparabile per la concorrenza, ha disposto nei confronti di Taxi Torino l'ordine: 1) di sospendere l'applicazione, nelle more della decisione di merito, della clausola di cui all'art. 14, co. 2, lett. f) dello Statuto; 2) d'inviare all'Autorità entro il 20 dicembre 2018 una relazione dettagliata sull'attività svolta per ottemperare al provvedimento.

L'Autorità ha precisato al riguardo: I) – v'è un unico mercato rilevante per raccolta e smistamento della domanda del servizio taxi, il quale comprende tutti i diversi canali e tutte le piattaforme d'intermediazione disponibili, gli uni e le altre, al di là delle loro differenze, preordinati a soddisfare un unico bisogno e, quindi, intesi ed utilizzati da tassisti e clientela come sostituibili; II) – anche se l'*app* Mytaxi è stata sviluppata per funzionare in più città, essa non ha dimensione nazionale, perché essa consente ai clienti di localizzare solo i tassisti operanti nella zona loro vicina e, al contempo, i tassisti utilizzatori di tal *app* servono i soli clienti localizzati nell'area da cui proviene la richiesta; III) – per le clausole statutarie rafforzative degli obblighi di fedeltà

cooperativista, a causa della loro efficacia escludente si deve tener conto del tempo in cui son state inserite nello Statuto (in pratica coeve al lancio ufficiale dell'*app* Mytaxi a Torino: settembre 2017), nonché della specificità del loro contenuto (impedire, in pratica, ai soci l'uso di un diverso sistema tecnologico d'intermediazione e, al contempo, l'ingresso nel mercato rilevante di nuovi operatori che offrono servizi innovativi di raccolta e smistamento della domanda di taxi, senza alcuna previsione di esclusiva; IV) – l'assenza dei requisiti di proporzionalità e di necessità di tali clausole (per garantire la funzionalità della Cooperativa), i soli, cioè, in grado di assicurarne la congruenza con la normativa *antitrust*, l'obbligo di fedeltà del socio della Cooperativa non potendosi estendere al di là di quanto sia strettamente necessario al perseguimento dello scopo mutualistico; V) – la possibilità di recesso ex art. 14, co. 1, lett. c) dello Statuto non assicura la piena contendibilità del mercato del servizio taxi, ma produce l'effetto opposto, tant'è che, grazie all'adesione dei tassisti aderenti alla Cooperativa (superiore al 90% dei tassisti) e l'elevato volume di clientela intercettata da quest'ultima, tutto ciò non rende tal recesso un'alternativa valida per i tassisti che vogliono aderire a Mytaxi; VI) – sussiste un nesso di causalità tra tali nuove clausole statutarie e la bassa adesione di tassisti all'*app* Mytaxi, mentre un sistema basato su piattaforme aperte e piattaforme chiuse è idoneo a stimolare la concorrenza, con numerosi vantaggi dal lato sia dei tassisti (poiché si riducono le quote d'accesso ed i canoni mensili dei radiotaxi, ecc.) che della clientela.

3. –Avverso tal statuizione e gli atti connessi, tal Cooperativa è quindi insorta avanti al TAR Lazio, con il ricorso NRG 15425/2018. Essa deduce in punto di diritto:

1) – l'erroneo assunto della piena fungibilità, per il cliente, tra le due piattaforme d'intermediazione *via radio* e *via app* (poiché una quota significativa e crescente di utenti considera ormai l'*app* qual strumento preferenziale e, dunque non o poco sostituibile con una chiamata al *call center*),

donde il difetto d'istruttoria e di motivazione nell'analisi necessaria ad individuare il mercato rilevante;

2) – l'omessa considerazione: a) dell'obbligo di fedeltà, come rafforzato dall'esclusione del socio in caso di sua adesione ad una diversa piattaforma tecnologica (misura ben coerente con la *ratio* della fedeltà cooperativa, cioè diretta a proteggere la compagine sociale da comportamenti opportunistici, suscettibili di pregiudicare gli investimenti ed i relativi oneri economici sopportati dai singoli soci tassisti); b) nella valutazione della contendibilità del mercato, avendo l'AGCM così consentito alla Mytaxi d'entrare in modo anomalo nel mercato e fare un opportunistico *free riding* su costi e oneri, di cui si sono fatti invece carico i lavoratori autonomi appartenenti alla cooperativa, non pensando che l'adesione a Taxi Torino di circa il 90% dei tassisti torinesi determina un effetto di "rete" che li "legava" alla Cooperativa e si fondava sui soli meriti concorrenziali di essa;

3) – la violazione dei principi di trasparenza, non discriminazione ed imparzialità, ché la statuizione dell'AGCM si fonda solo su dati ed elementi scaturiti dalle arbitrarie interpretazioni ed elaborazioni compiute da Mytaxi, nonché il difetto d'istruttoria e di motivazione in ordine all'esistenza del nesso causale fra le clausole di non concorrenza e l'asserita *foreclosure*;

4) – l'insussistenza dei presupposti ex art. 14-bis della l. 287/1990 —ravvisato dall'Autorità nel suo provvedimento—, in ordine sia all'illiceità del comportamento attoreo (l'assenza di una strategia veramente escludente da parte della Taxi Torino; l'uso di un'agenzia d'investigazione privata a soli fini di controllo dei soci; l'omessa considerazione dell'Autorità su altre ragioni del comportamento della ricorrente, come, p.es., la conclusione un contratto di esclusiva con Move Plus per l'uso della sua *app* d'intermediazione delle chiamate taxi, in concomitanza con il lancio dell'*app* di Mytaxi a Torino nel giugno 2017 e, quindi, la ragionevole necessità per la ricorrente di proteggere i propri investimenti), sia al pregiudizio grave e irreparabile per la concorrenza (stante l'imposizione, nella specie, di obblighi sproporzionati e irreversibili per

la ricorrente, a fronte di una vicenda in cui gli stessi elementi probatori adottati dall'Autorità hanno fatto dubitare dell'esistenza dell'abuso, nonché dell'idoneità di esso a produrre effetti restrittivi della concorrenza).

L'adito TAR, con sentenza n. 7463 del 7 giugno 2019, ha respinto la pretesa azionata giacché: a) l'intervento dell'Autorità è di natura non sanzionatoria ma cautelare, è stato emanato nelle more dell'approfondimento che essa svolgerà a sensi dell'art. 14 della l. 287/1990, è stato legittimamente assunto in base ad un sommario esame sulla sussistenza di un'infrazione, ha scopo di prevenzione con finalità dissuasive per scoraggiare la prosecuzione dell'attività considerata e, comunque, rientra tra gli ordinari strumenti utilizzabili dalla P.A. per un'efficace tutela dell'interesse pubblico in via d'urgenza; b) non è illogica la conclusione dell'AGCM, secondo cui non si può tuttora configurare un mercato del prodotto che includa solo piattaforme di intermediazione basate su *app*, le quali allo stato sono fruibili dal consumatore in modo fungibile con le altre modalità tradizionali di chiamata taxi (p.es., il cliente, pur avendo configurato la *app* sul suo apparato cellulare, usi la "corsa taxi" al volo, o telefoni al numero della "colonnina" presso il parcheggio taxi, ecc.); c) la ricorrente non ha offerto alcun dato certo e incontrovertibile sull'opposta tesi da essa propugnata e basata sulle invero maggiori comodità connesse sì al sistema delle *app*, ma non tali da connotare allo stato peculiarità imprescindibili del servizio taxi; d) quanto ai tassisti, ha ragione l'Autorità nel dire che l'unica cosa rilevante per costoro è acquisire una corsa, al di là del modo con cui il cliente è "agganciato"; e) non convincono le obiezioni della ricorrente sul "mercato geografico", poiché, per quanto tramite *app* si possa prenotare una corsa anche a giorni di distanza e da altri luoghi, tale corsa sempre riguarda il territorio torinese, solo ove i tassisti sono autorizzati ad operare e su cui s'è svolta l'indagine di tale Autorità, donde l'irrilevanza della dimensione nazionale di MyTaxi; f) rettamente l'AGCM, in sede di sommarie deliberazioni sulla vicenda, ha ritenuto che la modifica statutaria, voluta da Taxi Torino, sia stata assunta sull'impulso specifico e straordinario di contenere, se

non eliminare la concorrenza di MyTaxi e non a seguito di un ordinario riassetto dello Statuto “a valle” dell’accordo sottoscritto con Move Plus, donde la legittimità, allo stato e impregiudicata ogni difesa attorea nel prosieguo del procedimento principale, della scelta interinale dell’AGCM sul punto; g) non è dirimente la pretesa “leggerezza” della clausola di recesso e la facilità con cui i soci possano farvi ricorso, viste le sei esclusioni già disposte in base al nuovo Statuto sociale, stante il conseguente effetto di deterrenza e considerata l’impossibilità di verificare, nel lungo periodo in sede di procedimento principale, le effettive conseguenze di ciò sul mercato dei taxi in Torino; h) non è sostenibile che l’iniziativa di detta Autorità favorisca MyTaxi a detrimento della parità di condizioni concorrenziali (stante la natura interinale del provvedimento verso un mercato ove MyTaxi si sta ancora inserendo ed in cui circa il 90% delle licenze dei tassisti torinesi è riconducibile alla ricorrente), né che l’Autorità abbia disconosciuto gli investimenti e le modalità di gestione concorrenziale finora svolti dalla ricorrente (è stato l’inserimento della clausola a configurare probabili misure protezionistiche), né che vi sia un sicuro legame univoco tra le clausole di non concorrenza ed il *foreclosure* (affermato dalla ricorrente, ma non dimostrato e, comunque, tale da poter essere approfondito dall’Autorità nel corso procedimento principale), né che non si riscontrino nel caso in esame i presupposti, anche in termini di proporzionalità della misura assunta, per l’intervento ex art. 14-bis della legge n. 287.

4. – Appella dunque detta Cooperativa, col ricorso in epigrafe, citando anzitutto un recente arresto del medesimo TAR Lazio su una vicenda, fatte le debite differenze, per certi versi simile (le intese tra tre centrali d’intermediazione taxi in Roma), ma di segno opposto a quello per cui è causa. Ciò posto, essa deduce l’erroneità della gravata sentenza, all’uopo formulando tre articolati gruppi di censure a confutazione di quest’ultima e che replicano gli argomenti già esposti in primo grado.

Resiste in giudizio l'Autorità intimata, concludendo per il rigetto dell'appello. S'è costituita nel presente giudizio pure la Mytaxi Italia s.r.l., corrente in Milano, la quale conclude per lo stralcio dei nuovi documenti e per l'inammissibilità delle nuove deduzioni attoree, proposte per la prima volta in appello e, nel merito, per l'infondatezza di quest'ultimo.

Interviene *ad adiuvandum* la Wetaxi s.r.l., corrente in Torino e titolare dell'omonima *app* ora in uso all'appellante, chiedendo l'accoglimento dell'appello stesso.

All'udienza camerale del 30 luglio 2019, sussistendo i presupposti ex art. 60 c.p.a. e su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio per esser deciso nelle forme di cui al successivo art. 74.

5. – In relazione alle eccezioni di *nova* in appello con riguardo a deduzioni e documenti proposti per la prima volta in questa sede, reputa anzitutto il Collegio di delimitare la materia del contendere, con riguardo sia al provvedimento impugnato che al giudizio di primo grado, esaminando il *thema decidendum* com'è stato esposto nei motivi avanti al TAR (cfr., *ex multis*, Cons. St., V, 29 ottobre 2014 n. 5347; id., 30 dicembre 2015 n. 5868; id., IV, 3 luglio 2017 n. 3241). È solo da soggiungere che la mera citazione di arresti giurisprudenziali, ancorché sopravvenuti al ricorso di primo grado, non rientra nel divieto di *nova* in appello ex art. 104 c.p.a., né sotto il profilo ontologico (non sono domande, né eccezioni in senso stretto, né mezzi di prova nuovi), né sotto il profilo funzionale (servono in pratica a corroborare i motivi già proposte), cioè sono mere difese (sui limiti di siffatto divieto, cfr., per tutti, Cons. St., IV, 3 aprile 2017 n. 1505).

In questi termini, l'appello è sì fondato, ma nei limiti e per le considerazioni qui di seguito indicati.

6. – Nella specie, si questione d'una misura cautelare emanata dall'AGCM, su denuncia di Mytaxi s.r.l., ai sensi dell'art. 14-bis, co. 1 della l. 287/1990.

Tal disposizione, per vero, precisa che «... nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità può, d'ufficio, ove constati ad

un sommario esame la sussistenza di un'infrazione, deliberare l'adozione di misure cautelari...».

Il dato testuale riprende, per molti versi, l'art. 8, § 1) del regol. n. 2003/1/CE, però non è identico, tant'è che «... nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza la Commissione può, d'ufficio, ove constati *prima facie* la sussistenza di un'infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari...».

Come si vede, la norma nazionale, che serve all'Autorità nella sede istruttoria dei procedimenti repressivi (nella specie) d'abuso di posizione dominante, è costruita secondo un impianto ben noto all'interprete. Il rimando logico è appunto al giudizio cautelare, anche innanzi a questo Giudice, di cui ripete il presupposto (il danno grave ed irreparabile), la delibazione da svolgere (a *sommatoria cognitio*) e la statuizione da assumere (una misura cautelare, di tipo inibitorio e, ove occorra, pure ingiuntiva d'un *facere*). Tali rimedi, quindi, hanno la stessa funzione strumentale dei loro omonimi invocabili in un giudizio ordinario o amministrativo, cioè conservare una data situazione giuridica affinché non si deteriori nel tempo occorrente per la definizione del procedimento principale o, se del caso, anticipare l'effetto utile dell'eventuale provvedimento sanzionatorio a carico di chi abusa della posizione dominante. Sicché in tal modo v'è non già sovrapposizione tra il *public enforcement* svolto dall'Autorità e la privata tutela in via d'azione di colui che si sente o è danneggiato da una condotta illecita ai sensi dell'art. 14 della l. 287/1990, bensì integrazione tra i due rimedi e, anzi, sul punto l'Autorità esercita poteri pure regolatori e non solo repressivi.

Ma è parimenti evidente che l'art. 8 del regol. n. 1/2003, che ad avviso del Collegio deve guidare l'interpretazione (fatte salve le differenti competenze della Commissione e delle ANR) dell'art. 14-bis, non è del tutto identico a quest'ultimo. Infatti, l'art. 8, per disporre in via cautelare dell'anticipo del potere repressivo, presuppone una constatazione *prima facie*, ossia già in sé evidente, grave e non controversa dell'infrazione al cui definitivo assetto repressivo tende il procedimento principale, quello sì a *cognitio plena*. Dunque,

ai fini di tal cautela occorrono il *fumus boni juris* ed anche che sia attuale il rischio del *vulnus* alla concorrenza (si badi, e non il mero *periculum in mora*), ma a ciò concorrono pure la seria ed attenta delibazione su tal evidenza e un contemperamento degli interessi economici in gioco altrettanto preciso. Questi elementi, desumibili dalla serena lettura della norma UE, servono da contrappeso all'urgenza del provvedere e ad evitare l'imposizione in via provvisoria di obblighi che di fatto andrebbero a soddisfare in modo definitivo, se non irreversibile, la pretesa a un diverso assetto del mercato relativo. Sicché fin d'ora il Collegio non può esimersi dal ripudiare la pretesa incomprensibilità, adombrata dalla Società controinteressata, delle deduzioni attoree circa la lacunosità, o incompletezza, delle conclusioni raggiunte dall'Autorità in esito al procedimento cautelare *de quo*, perché, se l'art. 14-bis, co. 1 della l. 287/1990 le permette di intervenire in modo tempestivo ma provvisorio, essa deve garantire tutte le parti del procedimento con tal provvisorietà, soprattutto perché nell'ordinamento nazionale la relativa misura non è reiterabile e, quindi, tende di per sé alla stabilizzazione.

Non basta, quindi, predicare che l'Autorità sia munita di potestà cautelari (poiché esse solo in parte corrispondono alle omonime misure giudiziali), né che essa provveda in basa ad un'istruttoria per forza di cose sommaria e veloce, in quanto ciò dovrebbe comunque avvenire alla luce di sicure e già stabili evidenze di comportamenti illeciti, *cui resisti non potest*.

Pare piuttosto al Collegio che, al fine di fornire alla potestà cautelare dell'Autorità una dimensione della cautela che sia specifica e non meramente riproduttiva di concetti di quella giudiziale, le si debba riconoscere anche una natura di tipo prudenziale, idonea cioè a render efficiente il mercato, a tutelare i consumatori ed a fornire quel minimo equilibrato di stabilità complessiva in un contesto realmente competitivo. Ecco perché esclude il Collegio la similitudine adombrata dall'Autorità, nei propri scritti difensivi, col modello della cautela giudiziale e, in particolare il (pur in sé) corretto ed ormai fermo principio per cui (cfr., *ex multis*, Cons. St., IV, 16 marzo 2012 n. 1497; id., III,

25 marzo 2013 n. 1660; id., IV, 31 agosto 2018 n. 5130) il sindacato incidentale in sede cautelare sul *fumus boni iuris* del ricorso, essendo reso a *sommatoria cognitio* della controversia, ben può essere rivisto in sede di definizione del merito di causa, trattandosi di un esito non certo eccezionale, bensì fisiologico. Viceversa, la stima prudenziale del tipo di cautela, che l'Autorità può legittimamente esprimere, deve basarsi su una già chiara idea circa essenza e dinamiche di massima del mercato relativo e sui consequenziali effetti reversibili della misura da emanare.

Sicché non dura fatica il Collegio ad ammettere, insieme alle parti resistenti, che, ovviamente una volta assicurate le testé citate esigenze, la cautela debba intervenire senz'attendere lo svolgimento di una piena analisi di merito, che è il *proprium* del procedimento principale. Né il Collegio esclude, in linea di principio, la possibile divergenza tra la misura cautelare e l'esito del procedimento principale, con la precisazione, tuttavia, che tal risultato implica un effetto di fatto irreversibile della cautela sul merito. In tal senso si deve leggere la condivisione dell'argomento attoreo sulla carente istruttoria derivante dal rinvio della completa definizione del mercato rilevante ad ulteriori e futuri approfondimenti. E ciò non perché non occorra la pienezza dell'istruttoria sul mercato stesso, ma perché nel caso in esame denota o l'assenza dell'evidenza cautelare o, come dice l'appellante, tal dedotta carenza. In altri termini, neppure la "sommarietà" della cautela può evitare, affinché la relativa misura sia emanata in modo corretto ed efficace ai sensi dell'art. 14-bis, che non sia già evidente o ben delineata, *a priori* e con sufficiente chiarezza, la definizione di mercato rilevante e che a questa definizione sia congruente il tipo di cautela che l'AGCM reputa all'uopo acconcia.

In altre parole, se l'AGCM sta ricorrendo alla cautela, al di là della maggiore o minor ampiezza della relativa misura, è altamente probabile che vi sia già *in nuce* una situazione anticoncorrenziale grave ed ineludibile, tale, cioè, che l'esito del procedimento principale non potrà discostarvisi. In caso contrario, v'è il serio rischio, distonico con gli scopi prudenziali della cautela, di dare,

come è accaduto con la *newcomer* Mytaxi (per il sol fatto d'esser tale) ed anche a prescindere dalla misura inibitoria (sospensione della clausola di fedeltà mutualistica nello Statuto dell'appellante), proprio quel definitivo vantaggio competitivo in un mercato di cui l'Autorità non ha ancora chiaro l'assetto. Ciò penalizza l'impresa che lo subisce, anche se, per avventura, poi non si riscontrasse la supposta dominanza o altro illecito anticoncorrenziale, divenendo così la cautela non l'anticipazione, bensì la definizione del merito.

Invero, anche al procedimento d'urgenza ex art. 14-bis s'applica il principio di diritto già enunciato dalla Sezione in generale (cfr. Cons. St., VI, 3 giugno 2014 n. 2837): l'identificazione del mercato rilevante nel giudizio *antitrust* (in ogni caso ineludibile: cfr. Cass., I, 4 giugno 2015 n. 11564; id., 18 aprile 2019 n. 9579; id., 12 novembre 2019 n. 29237) va diversamente calibrata con riguardo alla natura dell'illecito contestato e della conseguente misura, che dev'esser così proporzionata rispetto allo scopo cautelare.

In caso di abuso di posizione dominante, ove ne sussistano evidenti plausibili indizi, tal definizione (e delimitazione) del mercato di riferimento inerisce ai presupposti del giudizio sul comportamento ritenuto anticoncorrenziale. Ebbene, in sede cautelare ex art. 14-bis, come il *fumus* ed il rischio di danno, così tal definizione deve apparire *prima facie* in modo plausibile e non ipotetico, né è in sé rinviabile ad altro momento, nel qual caso basterebbe da solo il procedimento principale. Occorre quindi che nella singola fattispecie sussistano gli elementi gravi, plausibili, concordanti ed attuali, che connotino tal rischio fin dal modo in cui è definito il mercato rilevante che s'intende proteggere, in caso contrario non potendo l'Autorità emanare atti cautelari o dovendo questi esser calibrati in base a elementi già esistenti ed univoci in atto e non in divenire.

Affermano le parti resistenti che, in varia guisa, questo Giudice può esercitare soltanto un sindacato estrinseco sulla definizione di mercato rilevante.

Certo, da tempo la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 14 ottobre 2016 n. 4266) ha chiarito che il sindacato di questo Giudice sui provvedimenti dell'AGCM si

estende pure a quei profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne la legittimità. Ove questi includano valutazioni ed apprezzamenti che presentino un oggettivo margine di opinabilità (com'è per la definizione di mercato rilevante), lo scrutinio di legittimità s'invera in un controllo di logicità, coerenza e ragionevolezza di tale giudizio e nella verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità. Ma la plausibilità di tal definizione e la relativa congruenza della misura cautelare da assumere non si pongono in contrasto con la giurisprudenza della Sezione o delle Corti europee. Per vero, l'individuazione del mercato rilevante, che identifica e delimita il contesto socioeconomico in cui opera l'impresa coinvolta nel procedimento innanzi all'AGCM, è riservata ad essa e, di massima, questo Giudice non vi si può sostituire, salvo che l'operato dell'Autorità presenti vizi di travisamento dei fatti, vizi logici e vizi di violazione di legge.

7. – Andando per ordine, s'avrà anzitutto che la natura cautelare dell'impugnato provvedimento di AGCM non giustifica, per le ragioni fin qui dette e stante la priorità logico-giuridica d'individuare il mercato rilevante — argomento cardine nel procedimento per abuso di posizione dominante—, né una valutazione sommaria, né un rinvio ad altro procedimento.

In secondo luogo, se dev'esser evidente, cioè *prima facie*, la definizione del mercato rilevante sulla piena fungibilità, per il cliente, tra le due piattaforme d'intermediazione *via radio* e *via app*, siffatta evidenza non s'appalesa alla luce di dati empirici d'immediata disponibilità e che avrebbe dovuto recare l'AGCM. Dice l'Autorità che, allo stato, l'AGCM le piattaforme d'intermediazione, al di là della tecnologia adoperata (centrale radiotaxi, chiamata telefonica alla “colonnina” dei parcheggi, *app*, ecc.), soddisfano la medesima domanda. Sicché esse sono funzionalmente sostituibili: a) a monte, poiché i tassisti sono interessati a contattare il maggior numero di clienti usando diversi canali per massimizzare le opportunità d'acquisizione delle corse; b) a valle, poiché gli utenti sono interessati ad ottenere un taxi nel più breve tempo possibile.

Da tal descrizione s'evince facilmente il corollario per cui le modalità tecniche di procacciamento, di tassisti e clientela, in pratica sarebbero del tutto secondarie o, comunque, non connotanti. Reputa il Collegio, concordando con la prospettazione attorea, che siffatta fungibilità, in sé possibile, allo stato è e resta ancora una mera petizione di principio, ossia è improbabile, tanto da abbisognare proprio quell'approfondimento istruttorio che la Cooperativa appellante aveva denunciato col primo motivo del ricorso al TAR.

Non spetta certo al Collegio, nella sua cognizione di legittimità, prospettare qual sarebbe dovuto essere il metodo d'indagine più utile a fornire siffatta evidenza, né tampoco ricercarne da solo una alternativa all'asserita piena fungibilità tra la piattaforma d'intermediazione. Registra comunque il Collegio che *prima facie* tal fungibilità non appare o, almeno, non sembra possedere il connotato dell'attualità e della ripetitività negli atteggiamenti dei consumatori. Sicché è vano opporre a tale dato la giurisprudenza, citata dalla Mytaxi s.r.l. nei suoi scritti difensivi, in ordine alla complessità e all'ampiezza degli accertamenti sui casi di restrizione della concorrenza e sui relativi dati fattuali. A ben vedere, nel caso in esame —ove si tratta della cautela ex art. 14-bis, co. 1 della l. 287/1990 e, quindi, di un eventuale *vulnus* che non consente d'attendere la definizione degli accertamenti a *cognitio plena* —, tal pregiudizio, se (anzi, in quanto) incentrato sulla siffatta fungibilità, non ha attinto la soglia dell'evidenza materiale e, dunque, la plausibilità di tal comportamento economico dei consumatori. Ed è pure vano tentare d'inferire tal evidenza dal comportamento dei tassisti sol perché, alla fin fine, il loro interesse è di guadagnare la corsa, in quanto la fungibilità nell'acquisire un consumatore in più prescinde o, almeno, non si confonde o non si allinea con la fungibilità, dal lato del cliente, nell'uso promiscuo e paritario dell'intermediazione tramite *app* e di quelle “tradizionali”. In questa sede, ancora così precoce anche sulla base logico-giuridica, non rileva agli occhi del Collegio se, alla fine, vi sarà, o no, tal fungibilità e, quindi, la dominanza, o no, dell'appellante, poiché ciò sarà l'esito eventuale dell'istruttoria. Adesso rileva piuttosto se vi sia, o no. il

presupposto della cautela, che fin da subito sanziona l'appellante, soggetto cooperativistico, con statuizioni di non piccolo effetto anche sulla compagine di essa.

Del pari, l'appellante non ha chiesto in via d'azione la sostituzione del provvedimento dell'Autorità con una statuizione di merito da parte di questo Giudice, ma soltanto l'annullamento della gravata misura cautelare per insussistenza d'uno dei suoi presupposti. Pare inutile, per corroborare siffatta eccezione, il richiamo a taluni arresti della Corte EDU, calibrati sui provvedimenti sanzionatori e relativi all'inversione dell'onere della prova, la quale presuppone però la dimostrazione dell'illecito *antitrust* da parte dell'Autorità, che, come s'è detto, non consta tuttora, né v'è stata una sanzione in esito al procedimento principale. A più forte ragione, poiché qui si controverte di misura cautelare, i predetti arresti appaiono se non fuori tema, certo non attagliati al caso in esame, ossia ai presupposti della cautela stessa, in particolare non ravvisandosi un'autoevidente o logicamente intuitiva piena fungibilità tra le piattaforme. Si tratta, per vero, d'una critica non certo al merito tecnico d'una scelta o giudizi tecnici opinabili, bensì al ragionamento con il quale l'Autorità ha voluto affermare un tale risultato, ritenendolo già acquisito.

8. – Né basta: in realtà l'appellante aveva rappresentato, ai fini della predetta fungibilità, o no, tra i servizi di intermediazione e allocazione di chiamata taxi, talune peculiari funzionalità connotanti il servizio di mediante *app* e non anche i servizi mediante centrale telefonica.

S'è trattato in particolare: a) della geolocalizzazione; b) della possibilità di pagamento tramite *app*; c) del rilascio di documento contabile sulla corsa effettuata; d) della possibilità, per il cliente, di memorizzare i dati su chiamate e corse effettuate; e) dell'acquisizione di dati informativi da parte dell'*app*; f) del *rating* di qualità del tassista.

Ebbene, stante la specifica natura tecnica di tali servizi aggiuntivi, consustanziali all'uso di tale *app*, il Collegio non può condividere l'assunto del

TAR, secondo cui essi sarebbero mere comodità. Che essi possano tornare utili o “comodi” a chi ha una buona dimestichezza con tal tipo di *app*, non si può escludere. Ma un siffatto metodo d’intermediazione non appare in sé del tutto intercambiabile con quelli più tradizionali o, meglio, il cliente non è poi così indifferente verso l’uno piuttosto che gli altri. Infatti, questi ultimi sono strutturati in un modo diverso e meno ricco di prestazioni altre o aggiuntive, inverandosi perlopiù nella mera sequenza «chiamata – corsa – pagamento».

Tali differenze sono state rappresentate all’Autorità e non appaiono così evanescenti, da consentirle di concludere per la sicura fungibilità di tutte le intermediazioni di chiamata possibili. Una cosa è l’identità di scopo, ben altra è la fungibilità di mezzi; una cosa è la possibilità, per chi usa il metodo dell’*app*, di adoperare altre piattaforme d’intermediazione, ma non è per forza vero il reciproco e così via, stante la mutevolezza dei comportamenti personali dei clienti.

8.1. – Il Collegio non ha difficoltà a constatare, per un verso (sia pur con le dovute cautele logiche), che in effetti l’appellante sia in concorrenza con Mytaxi.

Essa pare piuttosto subire il vantaggio tecnologico della *newcomer*, tant’è che, per rispondervi, ha a sua volta negoziato l’uso di un’altra *app* simile con un terzo (Wetaxi) per l’intermediazione e la raccolta delle richieste di taxi a favore dei propri soci. Essa così è scesa proprio sullo stesso terreno concorrenziale *ex novo* introdotto dalla Mytaxi, ma ciò non vuol dire, come pare suggerire la stessa controinteressata, che siffatta concorrenza determini la competizione tra l’appellante e *tutti* gli altri canali di raccolta e smistamento della domanda di taxi. Al più, questo ora accade tra i due sistemi d’intermediazione e smistamento tramite *app*, ma si tratta d’una vicenda che non necessariamente implica la sicura dominanza dell’appellante in tutti gli altri contesti, e che, comunque, non s’evince *prima facie* ed abbisogna dell’approfondimento empirico ed analitico, da svolgere proprio nel procedimento principale.

Per un altro verso, la dimensione geografica del mercato relativo certo è locale, ma solo per i limiti imposti dall'art. 2, co. 1, ult. per. della l. 15 gennaio 1992 n. 21 («... *il prelevamento dell'utente ovvero l'inizio del servizio avvengono all'interno dell'area comunale o comprensoriale...*») al trasporto pubblico non di linea con taxi. Ma ciò non elide un dato fattuale che l'approccio cautelare di tipo prudenziale avrebbe sicuramente scorto, ossia l'effettiva presenza di Mytaxi pure in altri Comuni italiani. È plausibile che quest'ultima sia un'impresa di dimensioni almeno nazionali e il procedimento principale potrà verificare o falsificare, dati alla mano, quel che non è stato chiarito in sede cautelare.

È noto, d'altronde e come già da tempo ha precisato la Sezione (cfr. Cons. St., VI, 15 maggio 2015 n. 2479), la posizione dominante di un'impresa in un mercato relativo è una situazione di potenza economica, grazie alla quale chi la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva su tal mercato rilevante e ha la possibilità di tenere comportamenti perlopiù indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. In tal caso, l'analisi effettuale assume un valore determinante, atteso che l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi e valutati ciascuno per sé solo, non sarebbero stati decisivi.

8.3. – Non a diversa conclusione deve il Collegio pervenire con riguardo alla vicenda, considerata dirimente dall'AGCM per dimostrare l'attività anticoncorrenziale della Società appellante e, quindi, la necessità e la stessa proporzionalità del provvedimento cautelare adottato.

A tal proposito, l'Autorità, anche ai suoi scritti difensivi, ha ribadito d'aver inteso evitare, mediante la misura cautelare *de qua*, che l'appellante continuasse ad espellere tassisti soci, arrecando loro un danno irreparabile per il sol fatto di aver aderito all'*app* di Mytaxi, non certo che modificasse l'art. 14, co. 2, lett. a) del suo Statuto. Quest'ultimo ha introdotto una clausola di non concorrenza, che ha stabilito l'esclusione del tassista che, pur rimanendone socio, aderisca ad un altro soggetto titolare o gestore d'un proprio sistema

d'intermediazione tra domanda e offerta del servizio taxi o, comunque, ne utilizzi le prestazioni. Il provvedimento cautelare, connotato da uno sforzo di *public enforcement* dei soci della cooperativa (consumatori a loro volta dei citati servizi d'intermediazione), ha inibito l'applicazione della predetta clausola nelle more della definizione del procedimento principale.

A ben vedere, siffatta inibizione, per tutto il tempo della durata di tal procedimento (e, con ogni probabilità, dell'eventuale contenzioso conseguente), in realtà è misura irreversibile, in quanto dà facoltà a tutti i soci della Cooperativa d'aderire liberamente a Mytaxi e di non subire alcun effetto pregiudizievole. Eppure, l'AGCM ha avuto ben presente la natura cooperativistica dell'appellante e la libertà di adesione ad essa di qualunque tassista interessato. Tuttavia ha inteso leggere *rebus sic stantibus* tal vicenda non già come essa appare *prima facie*, cioè un'elusione dell'autoresponsabilità negoziale mutualistica del socio cooperatore, ma come un atteggiamento anti-competitivo contro l'impresa *newcomer*, terza rispetto al rapporto col socio. In ciò L'Autorità ha ravvisato un abuso della posizione dominante dell'Appellante nel dianzi definito mercato rilevante, entrambe cose, queste, già in sé problematiche.

Non sfugge al Collegio la delicatezza ed il difficile equilibrio logico ed argomentativo in cui si situa l'intervento dell'AGCM, inteso ad esercitare già in sede cautelare i poteri di *public enforcement* in via immediata dei soci cooperatori e, di riflesso, per l'equilibrio del mercato relativo. Ma non va sottaciuto che tal intervento si muove non su una *tabula rasa*, bensì in un contesto normativo delle Società cooperative e, più in generale, sulla tutela delle compagini sociali, ove la regola è la fedeltà come autoresponsabilità del socio verso il soggetto collettivo ed il correlato divieto di concorrenza contro quest'ultimo ne è la sanzione.

Sembra quasi che vi sia stata una sorta di fraintendimento dell'Autorità sul sistema di protezione messo in campo dalla Cooperativa appellante. L'art. 2527, II co., c.c., proprio sull'ammissione dei soci e nel delineare i loro

obblighi mutualistici, non consente comunque l'esercizio in proprio di imprese in concorrenza con quella della cooperativa. Detta norma è di sistema, perché condivide con altre (gli artt. 2301 e 2390 c.c.) la *ratio* del divieto, il quale l'intento di evitare che il socio profitti di vantaggi derivanti dalla partecipazione societaria nello svolgimento di una propria attività concorrenziale con quella della società stessa. In più v'è la specialità del sistema mutualistico, ove detto II co. dell'art. 2527 c.c. va inteso in coerenza col precedente I co., nel senso, cioè, che si vuol garantire l'entrata in società di soggetti potenzialmente interessati alla gestione di servizio della cooperativa ed il correttivo del divieto di concorrenza tende ad evitare che costoro possano nuocere alla Società medesima. Anzi, a differenza di quanto si legge nei testé citati artt. 2301 e 2390 c.c., per i soci cooperatori il divieto è inderogabile, sia in sé, sia per lo svolgimento di attività e non anche di imprese. Il dato ontologico protegge infatti la cooperativa da chi si vuol avvalere della partecipazione a quest'ultima per perseguire un utile personale ai danni di essa, di talché siffatta inderogabilità è il riflesso della maggior meritevolezza dello scopo mutualistico (cfr. Cass., I, 28 settembre 2004 n. 19414); il dato funzionale colpisce, nella specie, il tassista che s'avvale dei servizi di terzi e non della cooperativa, perché così cerca o si sforza di acquisire, grazie a Mytaxi ed al complesso dei servizi da questa offerti (ben più moderni ed accattivanti di quelli originari dell'appellante), un proprio pacchetto clienti. In tal modo, però, egli non considera che li sottrae a se stesso ed all'appellante, oltre a dover pagare tutti gli emolumenti spettanti a Mytaxi per i servizi da essa acquistati.

8.4. – Pare, perciò, al Collegio che il pur giusto principio del *public enforcement* a favore dei sei tassisti espulsi o in pericolo di esserlo, sconti due errori logici.

L'uno è una constatazione: l'intervento di AGCM s'invera nell'uso della tutela collettiva in vicende non connotate, allo stato o per la sommarietà dell'approccio istruttorio, da un rilevante impatto di massa o da comportamenti di consumatori c.d. "apatichi" (o rinunciatari, che dir si voglia)

verso il *private enforcement*. L'altro è l'aver ravvisato nell'introduzione della clausola ex art. 14, co. 2, lett. f) dello Statuto dell'appellante un sicuro indizio dell'abuso della posizione, per vero materialmente dominante, di essa nel mercato relativo.

Ebbene, si tralascino i coloriti o preoccupati interventi dei soci all'assemblea in cui fu varata quella clausola (peraltro occorrente a implementare il divieto ex art. 2527, II co., c.c.), o delle indagini private fatte svolgere dall'appellante stessa sul comportamento di taluni di tali soci, su cui molto insistono le parti resistenti.

Il nodo della vicenda è un altro: tali richiami non tengono conto della rilevanza centrale che, nei rapporti tra cooperativa e soci, svolgono sia il principio di buona fede (al quale va improntato il comportamento non solo della cooperativa, ma del socio), sia l'elemento personale nella cooperativa stessa, essendo questa fondata sul principio solidaristico che necessariamente postula, ben più che in altri contesti, il reciproco affidamento dei soci.

Né basta: la predetta clausola si sarebbe potuta dire abusiva, se l'appellante, a fronte dell'arrivo di Mytaxi sul mercato torinese dei taxi, l'avesse varata *sic et simpliciter*. Essa è intervenuta sì dopo, ma soprattutto a causa del contratto di esclusiva (31 maggio 2017) con la Move Plus (*start-up* del Politecnico di Torino) per l'acquisizione e la messa a disposizione dell'*app* Wetaxi a favore di tutti i soci. Pertanto, l'appellante s'è messa così in competizione con Mytaxi sul mercato (o, se si segue la ricostruzione dell'Autorità, sul segmento dell'unico mercato relativo) dell'offerta d'intermediazione e dispacciamento della clientela tramite *app*, elidendo in radice ogni pretesto di concorrenza sleale.

Quindi detta clausola: a) è intervenuta *non post hoc*, ma *propter hoc* l'ingresso di Mytaxi; b) è stata introdotta in coerenza coi principi ravvisabili nell'art. 2527 c.c.; c) è stata preceduta dal contratto di acquisizione di una piattaforma in varia guisa competitiva con quella di Mytaxi.

Il Collegio è consapevole che l'esercizio di un'attività economica, da parte di società cooperative, di non è sottratto per ciò solo all'applicazione delle regole del TFUE sulla concorrenza, né che siffatta forma giuridica dell'impresa giustifica sul punto e per forza un regime differenziato rispetto ad altre imprese.

Senonché la misura cautelare, ad avviso del Collegio ed anche ad accedere alla tesi dell'Autorità —per cui in fondo tal statuizione è stata del tutto proporzionata, anche rispetto ai controlli svolti da un'agenzia investigativa sul comportamento dei soci cooperatori—, al di là di dati *ad colorandum* non si avvede l'AGCM che, in tal modo, ha legittimato la violazione dell'art. 2527, II c., c.c. Si può discettare se la pretesa punitiva dell'appellante sia stata anch'essa poco proporzionata nell'irrogare la sanzione espulsiva anche a fronte d'un solo uso, da parte del socio cooperatore, di Mytaxi. Ma è vero pure che l'inderogabilità del divieto, affinché esso abbia un minimo di serietà nella deterrenza, non può tollerare sanzioni mediane oltre il ragionevole limite dell'attualità e dell'ampiezza del danno inferto, al patrimonio ed all'immagine della cooperativa. Invero, nella ricostruzione della volontà di un'impresa d'assumere atti e comportamenti astrattamente idonei a produrre un effetto anticoncorrenziale, la valutazione economica di condotte preordinate a tal risultato è sì necessaria, ma a condizione vi sia un'acconcia analisi fattuale e comportamentale che riscontri l'assenza d'altro intento che non quello abusivo, in caso contrario la tesi dell'Autorità, *maxime* in sede cautelare, resta solo assertiva. Sul punto, dunque, non va sottaciuta la rilevanza, invece esclusa nell'impugnato provvedimento dell'Autorità, del riscontro fattuale sulla circostanza che la bassa propensione, tra i tassisti c.d. affiliati e/o registrati a Mytaxi, ad attivarsi sulla piattaforma stessa deriverebbe più dalla politica commerciale adottata da detta Società nei confronti dei tassisti, che dalla sussistenza della citata clausola di non concorrenza posta dall'appellante (che afferma di praticare ai soci prezzi più competitivi di Mytaxi).

Al più, anzi proprio alla luce di quanto testé detto, una lettura comunitariamente orientata della clausola *de qua* può trovare il giusto equilibrio tra l'applicazione diffusa delle norme UE in tema di concorrenza alle cooperative, la salvaguardia dello scopo mutualistico delle cooperative e la tutela del principio di autoresponsabilità e di buona fede nei rapporti tra i soci cooperatori, ove, in sede applicativa di tal clausola l'appellante precluda ai propri soci solo quegli impieghi di piattaforme altrui che si traducano, in via immediata e diretta, in indebite riduzioni dell'impegno del socio a sostenere in via esclusiva la cooperativa.

Del pari, è controverso il punto sul nesso di causalità tra le nuove clausole di rafforzamento recate dallo Statuto dell'appellante (per rinforzare l'adesione alla Cooperativa) e bassa adesione dei tassisti torinesi all'*app* Mytaxi. È noto al Collegio che un sistema basato su piattaforme aperte (Mytaxi) e piattaforme chiuse (Taxi Torino) è astrattamente idoneo a stimolare la concorrenza, con numerosi vantaggi dal lato sia dei tassisti che dei clienti.

Ma questa è appunto un'ipotesi teorica, in quanto mostra i vantaggi per i tassisti (miglior impiego della capacità produttiva all'interno del turno di servizio, eliminazione dei tempi d'inattività di un taxi, riduzione delle quote d'accesso ed i canoni mensili dei radiotaxi, per diversificare e migliorare i servizi offerti ai propri soci; stimolo verso le politiche promozionali nei confronti del consumatore finale, conseguente crescita della domanda di taxi in termini assoluti e di raggiungimento di fasce di popolazione che con preferenze o abitudini diverse) e per i consumatori finali (riduzione dei casi di utenza insoddisfatta, miglioramento della qualità del servizio in termini tanto di riduzione dei tempi di attesa che del prezzo della corsa), non anche i costi ed i tempi di tali operazioni.

Ebbene, il principio di trasparenza e di conoscibilità di questi ultimi è notorio principio normativo UE, nonché cardine della reale e consapevole concorrenza in ogni mercato, anche quello in esame, di cui si predica la piena fungibilità, per offerta e domanda, di tutti gli strumenti d'intermediazione e

raccolta (mentre darebbe più chiarezza quello limitato alle sole *app*). Pare al Collegio ineludibile, per entrambi i *competitors* che litigano in questa sede, chiarire ai loro primi clienti, i tassisti, quali servizi, a qual prezzo ed in quanto tempo sono messi a loro disposizione. In tal caso, se è vero che la dominanza dell'appellante si basa sui numeri dei soci cooperatori, la non evidente chiarezza espositiva del tipo di mercato e della comparabilità delle rispettive offerte —foss'anche allo stato ed a livello meramente empirico— fa scolorare non solo questione sulla sicura esistenza del nesso di causalità tra novella dello Statuto ed abuso anticompetitivo, ma il presupposto stesso della cautela, seppur limitato alle sole vicende espulsiva di sei soci.

Anzi, non può il Collegio non notare e men che mai condividere due assunti, fermamente opposti dalla controinteressata alla pretesa attorea, specie per contestare la congruenza della nuova clausola di divieto: 1) in base all'art. 2527 c.c., l'obbligo di fedeltà del socio della Cooperativa non si può estendere al di là di quanto sia strettamente necessario al perseguimento dello scopo mutualistico, per cui la norma codicistica non copre il divieto ai tassisti soci di utilizzare quella parte della loro capacità di offerta (in termini di corse/turno) che la cooperativa non è in grado d'intermediare; 2) la Cooperativa appellante ha allora posto un divieto sproporzionato, tutt'altro che indispensabile e solo preordinato ad ostacolare l'ingresso di nuovi operatori che offrono servizi innovativi. Ebbene, circa il primo aspetto, quantunque i tassisti soci cooperatori non siano sempre dipendenti dell'appellante, essi hanno assunto l'obbligazione d'acquistarne talune prestazioni, oggi anche di livello tecnologico simile o competitivo con quello di Mytaxi, sicché non si vede in che cosa consista la loro residua capacità d'offerta se già l'appellante adopera l'*app* Wetaxi e costoro ne profittano. In ordine poi al secondo aspetto, il socio cooperatore è e resta libero d'usare anche piattaforme concorrenti, ma, per l'effetto, si pone in concorrenza con la cooperativa e, in tal caso, ancor meno perspicua s'appalesa la necessità che questi resi ancora socio cooperatore se poi i servizi comuni che gli vengono offerti non gli interessano, tant'è che la

clausola in questione è accompagnata dal diritto di suo recesso da detta compagine.

9. – In definitiva, l'appello va accolto nei limiti così indicati. Le questioni fin qui vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati per vero tutti gli aspetti rilevanti ai sensi dell'art 112 c.p.c. ed in coerenza con il principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex multis*, per le affermazioni più risalenti, Cass., II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, id., V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati son stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Non ravvisa il Collegio l'opportunità d'un rinvio pregiudiziale d'ufficio alla Corte di giustizia UE, da parte di questo Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza, in quanto non rilevante e relativo a problematiche applicative di principi fermi di diritto eurounitario.

Giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso NRG 5804/2019 in epigrafe), lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, annulla, per quanto di ragione e nei sensi di cui in motivazione, il provvedimento cautelare AGCM del 29 novembre 2018, con salvezza dell'ulteriore attività dell'Autorità stessa.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 30 luglio 2019, con l'intervento dei Magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvestro Maria Russo

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO