



Concentrazioni nel settore del trasporto aereo. L'AG Rantos si pronuncia sugli impegni assunti da *US Airways* e *American Airlines*

📅 22/07/2022

📌 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, TRASPORTI E LOGISTICA, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 14 luglio 2022, l'Avvocato Generale Rantos ha reso note le sue Conclusioni nella Causa C-127/21 P, *American Airlines Inc. contro Commissione Europea*, vertente sull'impugnazione proposta da *American Airlines Inc.* ("American") nei confronti della sentenza T-430/18¹ con cui il Tribunale dell'Unione Europea ne aveva respinto il ricorso diretto all'annullamento della Decisione C(2018) 2788 final² della Commissione.

Questi i fatti.

In data 18 giugno 2013, la *US Airways Group Inc* ("US Airways") e la *American* avevano notificato alla Commissione la loro intenzione di procedere ad una concentrazione. La posizione della Commissione era stata nel senso che l'operazione suscitava seri dubbi in merito alla sua compatibilità con il mercato interno, in particolare in relazione alla rotta tra l'aeroporto di *London Heathrow* e *Philadelphia International Airport* ("rotta LHR-PHL"). Dopo che le prime due proposte di impegni per rispondere ai dubbi espressi dalla Commissione erano state respinte, la *US Airways* e la *American* avevano presentato una terza proposta che

¹ Tribunale 16.12.2020, Causa T-430/18, *American Airlines, Inc. contro Commissione europea*.

² Dec. Comm. C(2018) 2788 final del 30.04.2018 che concede diritti acquisiti alla Delta Air Lines, Caso M.6607 – *US Airways/American Airlines*.



includeva, in particolare, i diritti acquisiti (c.d. “*grandfathering rights*”)³.

Con la Decisione C(2013) 5232 final⁴, la Commissione aveva dichiarato l’operazione compatibile con il mercato interno, fatto salvo il rispetto di determinate condizioni e obblighi⁵. Successivamente, in data 9 ottobre 2014 la *Delta Air Lines, Inc.* (“Delta”) aveva presentato un’offerta formale per l’assegnazione di bande orarie conformemente alla clausola 1.24 degli impegni finali⁶, intendendo operare una frequenza giornaliera sulla rotta LHR-PHL per sei stagioni IATA consecutive a partire dall’estate 2015. In data 17 dicembre 2014, inoltre, l’American e la Delta avevano presentato alla Commissione un accordo di liberazione di bande orarie, che le due società avrebbero concluso in esecuzione degli impegni relativi alle bande orarie richieste dalla Delta sulla rotta LHR-PHL, approvato con una decisione che stabiliva che Delta i) era tenuta a utilizzare le bande orarie della US Airways per fornire un servizio di voli senza scalo sulla rotta LHR-PHL, ii) avrebbe conservato i diritti acquisiti qualora fosse stato fatto un uso adeguato di tali bande orarie durante il periodo rilevante, previo il consenso della Commissione, e iii) qualora la Commissione avesse approvato la conservazione dei diritti acquisiti, avrebbe mantenuto le bande orarie rilasciate e sarebbe stata autorizzata a

utilizzarle su qualsiasi coppia di destinazioni.

In data 30 aprile 2018, la Commissione aveva adottato la Decisione C(2018) 2788 final, accertando che la Delta aveva fatto un uso adeguato delle bande orarie durante il periodo di utilizzo ed approvando la concessione di diritti acquisiti a suo favore. Tuttavia, l’American aveva proposto un ricorso al Tribunale diretto all’annullamento di tale decisione sostenendo che la Commissione, da un lato, era incorsa in diversi errori di diritto nell’interpretazione del termine “uso adeguato”⁷ e che, dall’altro, non aveva tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti ai fini del riconoscimento dei diritti acquisiti. Poiché il Tribunale aveva respinto integralmente il ricorso, l’American ne aveva impugnato la decisione dinanzi alla Corte di Giustizia, deducendo un unico motivo articolato in tre parti.

Con la prima parte del motivo unico, l’American contestava l’interpretazione teleologica e testuale della nozione di “uso adeguato” di cui alla clausola 1.10 degli impegni finali, sostenendo che il Tribunale non avrebbe tenuto conto i) degli obiettivi del Regolamento europeo sulle concentrazioni⁸ e delle relative misure correttive, ii) degli obiettivi specifici degli impegni finali, e iii) del quadro correttivo globale creato dagli impegni.

³ I diritti acquisiti sono quella categoria di diritti che, una volta entrati nella sfera giuridica di un soggetto, sono immutabili, anche di fronte a eventuali cambiamenti dell’ordinamento giuridico.

⁴ Dec. Comm. C(2013) 5232 final del 05.08.2013, Caso COMP/M.6607 – US Airways/American Airlines.

⁵ Si vedano i punti 12-22 delle Conclusioni.

⁶ La clausola 1.24 dispone: “... *Prima della scadenza del termine di presentazione delle domande di assegnazione di bande orarie, ciascun candidato deve altresì presentare la propria offerta formale per l’assegnazione di bande orarie al mandatario indipendente. L’offerta formale deve contenere almeno:*

a) le principali condizioni [ossia orari delle bande orarie, numero di frequenze e numero di stagioni IATA da operare (servizio annuale o stagionale)];

b) un piano aziendale dettagliato...”.

⁷ La clausola 1.10 dispone: “... *Si considera che il potenziale entrante abbia diritti acquisiti sulle bande orarie ottenute qualora sia stato fatto un uso adeguato delle bande orarie sulla coppia di aeroporti durante il periodo di utilizzo. A tale riguardo, alla scadenza del periodo di utilizzo, il potenziale entrante ha diritto ad utilizzare le bande orarie ottenute sulla base dei presenti impegni su qualsiasi coppia di città (“Diritti acquisiti”)...”*”.

⁸ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE L 24 del 29.01.2004*.

L'AG ha preliminarmente ricordato che le misure correttive adottate ai sensi del Regolamento sulle concentrazioni hanno lo scopo di risolvere interamente i problemi di concorrenza individuati dalla Commissione, di modo che la concentrazione non ostacoli in modo significativo la concorrenza effettiva. Gli impegni proposti, infatti, devono consentire alla Commissione di ritenere che l'operazione notificata non sollevi più seri dubbi in ordine alla sua compatibilità con il mercato interno nella fase di indagine preliminare⁹ o di rispondere alle obiezioni sollevate nell'ambito dell'indagine approfondita¹⁰. Avendo precisato non soltanto il quadro interpretativo pertinente, e bensì anche i principi su cui si basa il controllo delle concentrazioni, secondo l'AG il Tribunale, nell'interpretazione della nozione di "uso adeguato", non aveva ignorato l'obiettivo delle misure correttive adottate ai sensi del Regolamento sulle concentrazioni, di talché la sentenza T-430/18 non era da ritenersi viziata da errori di diritto.

In secondo luogo, l'AG ha ricordato che l'obiettivo degli impegni sottoscritti dalla US Airways e dall'American consisteva nel dissipare i dubbi sollevati dalla Commissione circa la compatibilità con il mercato interno che l'operazione avrebbe altrimenti suscitato, in quanto l'entità risultante dalla concentrazione sarebbe stata l'unico vettore ad assicurare un servizio diretto sulla rotta LHR-PHL. Tali impegni, pertanto, erano volti a risolvere integralmente i problemi di concorrenza su tale rotta LHR-PHL eliminando, o riducendo sensibilmente, le barriere all'ingresso a LHR, di modo tale

da consentirvi un probabile ingresso adeguato ed in tempo utile di un potenziale entrante sulla rotta. Più particolarmente, le bande orarie liberate dalle parti della concentrazione e riprese dal nuovo entrante dovevano essere utilizzate per fornire un servizio concorrenziale, ossia un servizio di linea di trasporto aereo di passeggeri senza scalo sulla coppia di aeroporti LHR-PHL, per la cui gestione tale nuovo entrante non sarebbe stato tenuto ad operare un particolare numero quotidiano di voli. Le bande orarie ottenute dal nuovo entrante, inoltre, avrebbero potuto essere utilizzate solo sulla rotta LHR-PHL durante il periodo di utilizzo.

Giacché l'impegno relativo alle bande orarie è da considerarsi una misura correttiva volta a facilitare l'ingresso sulla rotta LHR-PHL sopprimendo la principale barriera, senza specificare un numero particolare di frequenze che il o i potenziali entranti avrebbero dovuto operare, nessuna clausola degli impegni richiedeva che questi si impegnasse ad utilizzare al 100% le bande orarie correttive da utilizzare, né che vi fossero deviazioni rispetto alla sua offerta. Non mirando a riprodurre il servizio quotidiano della US Airways, e bensì ad alleviare la pressione concorrenziale esercitata da quest'ultima prima della concentrazione, inoltre, l'impegno relativo alle bande orarie garantiva che, a seguito di tale concentrazione, l'entità risultante fosse sottoposta ad un vincolo nella prospettiva di un nuovo ingresso, effettivo o potenziale. Il riconoscimento dei diritti acquisiti, infine, non perseguiva un obiettivo specifico, e bensì era inteso a contribuire all'obiettivo generale degli

⁹ L'articolo 6 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Esame della notificazione e avvio del procedimento", al paragrafo 2 dispone: "... Se la Commissione constata che, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, una concentrazione notificata non suscita più seri dubbi ai sensi del paragrafo 1, lettera c), dichiara la concentrazione compatibile con il mercato comune a norma del paragrafo 1, lettera b).

La decisione adottata a norma del paragrafo 1, lettera b), può essere subordinata dalla Commissione a condizioni ed oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano agli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune...

¹⁰ L'articolo 18 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato "Audizione degli interessati e dei terzi", al paragrafo 3 dispone: "... La Commissione fonda le proprie decisioni soltanto sulle obiezioni in merito alle quali gli interessati hanno potuto fare osservazioni. Nello svolgimento del procedimento i diritti della difesa sono pienamente garantiti. Almeno le parti direttamente interessate possono prendere conoscenza del fascicolo, rispettando l'interesse legittimo delle imprese a che non vengano divulgati i segreti relativi ai loro affari..."

impegni volto a risolvere interamente i problemi di concorrenza sulla rotta LHR-PHL; di talché l'inclusione in tali impegni dei diritti acquisiti aveva l'obiettivo di facilitare l'ingresso sul mercato rendendo l'offerta delle bande orarie più attraente, così da incentivare altre compagnie aeree a richiedere l'uso delle bande orarie correttive ed entrare sulla rotta LHR-PHL con un servizio concorrenziale.

Secondo l'AG, infine, nella sua sentenza T-430/18 il Tribunale aveva correttamente analizzato le altre disposizioni degli impegni finali, ivi comprese quelle invocate dall'American, non condividendone tuttavia la pertinenza nella valutazione della nozione di "uso adeguato", in quanto esse non riguardavano i diritti acquisiti. Di conseguenza, la prima parte del motivo unico dovrebbe venire respinta.

Con la seconda parte del motivo unico, l'American sosteneva, da un lato, che l'applicazione del criterio dell'"assenza di uso improprio" ai fini dell'interpretazione della nozione di "uso adeguato" conducesse ad un livello di uso delle bande orarie incompatibile con gli obiettivi stessi degli impegni stabiliti dalle parti della concentrazione e che, dall'altro, il Tribunale aveva errato nel ritenere che la nozione di "uso adeguato" significasse "assenza di uso improprio".

Secondo l'AG, il requisito dell'utilizzo delle bande orarie per il riconoscimento dei diritti acquisiti, così come ricostruito dall'American, è contrario alle disposizioni e agli obiettivi degli impegni e rischia di comprometterne l'efficacia.

Adottare l'interpretazione dell'American, secondo cui in tutti i casi in cui non sia stata utilizzata una banda oraria

correttiva, l'obiettivo di risolvere il problema concorrenziale non sarebbe raggiunto, richiederebbe al nuovo entrante un tasso di utilizzo superiore all'80%, che è lo *standard* del settore. Di conseguenza, non vi è alcuna ragione per cui, al fine di ottenere i diritti acquisiti, la Delta debba conformarsi a condizioni operative più stringenti di quelle previste dal quadro normativo di riferimento, che si applicavano alla US Airways prima dell'operazione e si applicano all'American dopo. La fissazione di un livello operativo più elevato per il nuovo entrante rispetto ai suoi concorrenti, inoltre, sarebbe in contrasto con la necessità di garantire condizioni di parità sulla rotta LHR-PHL, privando la Delta della flessibilità offerta dalla c.d. "regola 80/20" del Regolamento sulle bande orarie¹¹ e penalizzandola rispetto all'American, che continuerebbe invece a beneficiarne. Poiché, al contrario, l'obiettivo degli impegni è di garantire una concorrenza effettiva sulla rotta LHR-PHL, la situazione della Delta dovrebbe essere paragonabile a quella di qualsiasi altra compagnia, ed in particolare a quella delle compagnie che su tale rotta operano. Pretendere un tasso di utilizzo superiore rispetto allo *standard* del settore, infine, rischierebbe di dissuadere qualsiasi potenziale entrante, privando gli impegni dell'effetto di stimolo perseguito mediante l'inclusione dei diritti acquisiti e riducendo al tempo stesso l'efficacia dell'impegno relativo alle bande orarie.

Per quanto riguarda, invece, l'interpretazione del termine "uso adeguato" come assenza di "uso improprio", l'AG ha rilevato che il Tribunale non aveva basato le proprie conclusioni sul senso comune e su un'interpretazione letterale dei termini, statuendo, al contrario, che quest'ultima

¹¹ Regolamento (CEE) n. 95/93 del Consiglio, del 18 gennaio 1993, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, *GUUE L 14 del 22.01.1993*. L'articolo 10 del Regolamento al paragrafo 3 dispone: "... Le bande orarie assegnate ad un vettore aereo per operare un servizio di linea o un servizio non di linea programmato in un determinato momento della giornata e nello stesso giorno della settimana per un periodo individuabile fino al massimo di un periodo di validità degli orari non autorizzano il vettore aereo ad esigere la stessa serie di bande orarie nel successivo periodo corrispondente, a meno che il vettore aereo possa dimostrare in modo soddisfacente al coordinatore di averle operate, con l'autorizzazione del coordinatore, perlomeno nella misura dell'80% del tempo durante il periodo di assegnazione...".

non era concludente e procedendo all'interpretazione contestuale degli impegni. Il fatto che il Regolamento sulle bande orarie sia specificamente menzionato negli impegni, inoltre, non lascia dubbi in ordine alla circostanza che lo stesso costituisca uno degli elementi da prendere in considerazione nel quadro dell'analisi contestuale da effettuare. Infine, dal momento che il tasso di utilizzo previsto da tale regolamento costituisce lo *standard* del settore, il Tribunale aveva correttamente ritenuto che la Delta avrebbe potuto attendersi di esercitare le proprie attività conformemente al quadro normativo di riferimento. Se, infatti, le condizioni per il riconoscimento dei diritti acquisiti si fossero discostate da tale contesto, ciò avrebbe dovuto emergere in modo chiaro dagli impegni finali. Di conseguenza, anche la seconda parte del motivo unico non meriterebbe accoglimento.

Con la terza parte del motivo unico, infine, l'American sosteneva che il Tribunale, nell'interpretazione della nozione di "uso adeguato", aveva attribuito un rilievo sproporzionato al contenuto del c.d. "formulario MC"¹².

L'AG ha preliminarmente ricordato che, quando presentano impegni, le imprese

sono tenute a precisare nel formulario MC le informazioni e i documenti da presentare¹³, che sono necessari al fine di consentire alla Commissione di valutare se gli impegni proposti siano idonei a rendere la concentrazione compatibile con il mercato interno, assicurando che la concorrenza effettiva non venga significativamente ostacolata. Di conseguenza, il formulario MC non rappresenta un documento meramente preparatorio, e bensì un documento complementare agli impegni, con il preciso scopo di assistere la Commissione nelle sue valutazioni del contenuto, degli obiettivi, della fattibilità e dell'efficacia delle misure correttive proposte, nonché delle modalità con cui l'impresa intende darvi attuazione. L'analisi del formulario MC, tuttavia, costituisce solo uno degli elementi che il Tribunale ha preso in considerazione, nell'ambito della sua analisi contestuale, per concludere che la nozione di "uso adeguato" poteva essere interpretata come assenza di "uso improprio", e pertanto, il Tribunale non aveva commesso errori di diritto nello stabilire che gli impegni finali debbano essere interpretati alla luce del formulario MC. Di conseguenza, anche la terza parte del motivo unico meriterebbe di venire respinto, così come l'impugnazione nella sua interezza.

¹² Si veda l'Allegato IV del Regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, di esecuzione del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, *GUUE L 133 del 30.04.2004*.

¹³ L'articolo 20 del Regolamento (CE) n. 802/2004, intitolato "Modalità di presentazione degli impegni", al paragrafo 1 dispone: "... *Gli impegni proposti dalle imprese interessate a norma dell'articolo 6, paragrafo 2 o dell'articolo 8, paragrafo 2 del regolamento (CE) n. 139/2004 sono presentati alla Commissione in un originale e 10 copie all'indirizzo della Direzione generale Concorrenza. È inoltre fatta pervenire allo stesso indirizzo una copia elettronica, nel formato indicato dalla Commissione. La Commissione trasmette senza indugio copia di detti impegni alle autorità competenti degli Stati membri...*".



Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1


 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com