

UNICA

UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI CAGLIARI

DIPARTIMENTO
DI ECCELLENZA

 23
27

Giurisprudenza

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

Semestrale

ISSN 1971-5692

VOLUME LXIV

2023/2

ESTRATTO



JOVENE

STUDI ECONOMICO-GIURIDICI

ISSN 1971-5692

ISBN 978-88-243-2838-8

Rivista del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari
Centro dipartimentale di eccellenza in Diritto, innovazione e sviluppo sostenibile
Law, Innovation and Sustainable Development (DISS/LISD)

Gli Studi economico-giuridici ospiteranno, nel segno del pluralismo scientifico e metodologico che da sempre caratterizza il periodico, ricerche scientifiche di studiosi italiani e stranieri in materia giuridica ed economica.

Direttore responsabile: CRISTIANO CICERO

Comitato di direzione: Aldo Berlinguer - Marco Betzu - Valeria Caredda - Corrado Chessa
Pietro Ciarlo - Giovanni Cocco - Paoloefisio Corrias - Andrea Deffenu - Gianmario Demuro
Riccardo Fercia - Peter Gröschler (Johannes Gutenberg-Universität Mainz) - Margareth Helfer
(Universität Innsbruck) - Franck Laffaille (Université Sorbonne Paris Nord) - Angelo Luminoso
Ilenia Ruggiu - Maria Virginia Sanna - Francesco Seatzu - Francesco Sitzia - Marek Smolak
(Adam Mickiewicz University) - Anna Paola Ugas - Stephan Wolf (Universität Bern)

Comitato scientifico nazionale: Vincenzo Barba - Alberto Maria Benedetti - Emanuele Bilotti
Roberto Bin - Roberto Calvo - Andrea Cardone - Raffaele Caterina - Fulvio Cortese - Vincenzo
Cuffaro - Tommaso dalla Massara - Iole Fagnoli - Vincenzo Ferrari - Giampaolo Frezza
Matilde Girolami - Antonio Incampo - Sara Landini - Raffaele Lener - Sara Longo - Enrico
Minervini - Andrea Nervi - Salvatore Patti - Giovanni Perlingieri - Fabrizio Piraino - Claudio
Scognamiglio - Vito Velluzzi - Pietro Virgadamo - Roberto Virzo - Andrea Zoppini

Comitato scientifico internazionale: Christian Baldus (Universität Heidelberg) - Adoración
Castro Jover (Universidad del País Vasco) - María José Bravo Bosch (Universidad de Vigo)
Sylvaine Laulom (Université de Saint-Etienne - Avocate générale à la Chambre Sociale de la
Cour de Cassation française) - Guillaume Le Floch (Université de Rennes) - Marc Pichard
(Université Paris Nanterre) - Johannes Platschek (Ludwig-Maximilians-Universität München)
Laura Sautonie Laguionie (Université de Bordeaux) - Jorge Enrique Viñuales (University of
Cambridge) - Constantin Willems (Philipps Universität Marburg)

Comitato esterno di valutazione: Enrico Mario Ambrosetti - Stathis Banakas (University of
East Anglia) - Maria Caterina Baruffi - Marina Castellaneta - Alessandro Ciatti Càimi - Claudio
Colombo - Edoardo Ferrante - Vincenzo Ferrante - Alessandro Ferrari - Vincenzo Ferrari
Arianna Fusaro - Mauro Grondona - Simona Grossi (Loyola Law School) - Marco Ieva
Claudia Irti - Paola Lambrini - Lorenzo Mezzasoma - Salvatore Monticelli - Antonio Musio
Luigi Nonne - Angel Tinoco Pastrana (Universidad de Sevilla) - Francesco Paolo Patti
Massimo Proto - Maddalena Rabitti - Ilaria Riva - Roberto Senigaglia - Aziz Tuffi Saliba
(Federal University of Minas Gerais) - Loredana Tullio - Giovanni Maria Uda - Abel Benito
Veiga Copo (Comillas Universidad Pontificia) Vincenzo Zeno Zencovich

Comitato editoriale: Daniele Amoroso - Luca Ancis - Stefano Aru - Alessandra Camedda
Federico Cappai - Nicolas Carrillo Santarelli - Stefania Cecchini - Andrea Chelo - Alice Cherchi
Gabriele Civello - Giovanni Coinu - Valentina Corona - Maria Francesca Cortesi - Silvia Corso
Carlo Dore - Rossella Fadda - Maurizio Ferrari - Silvia Izzo - Olimpia Giuliana Loddo - Giuseppe
Lorini - Giovanni Manca - Anna Maria Mancaleoni - Anna Maria Mandas - Enrico Maria
Mastinu - Lorenzo Moroni - Federico Onnis Cugia - Daniela Pappadà - Carlo Pilia - Elisabetta
Piras - Alessandra Pisu - Stefania Puddu - Marianna Rinaldo - Luca Sitzia - Silvia Viaro

Sede del comitato editoriale:

Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Cagliari
Viale Sant'Ignazio 17 - 09121 Cagliari - Italia
email: studicagliari@unica.it

Sede amministrativa:

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109
80134 Napoli - Italia
swww.jovene.it info@jovene.it

INDICE

luglio - dicembre 2023

STUDI

FRANCESCO ARCARIA

D. 42.1.59: Aspetti terminologici e contenutistici della sentenza
dei giudici dell'ordo e della cognitio extra ordinem p. 3

ALBERTO MARIA BENEDETTI

Il diritto privato nella prospettiva del procedimento » 17

EMANUELE BILOTTI

La compensazione dei sacrifici per la famiglia tra manteni-
mento dell'ex coniuge svantaggiato e redistribuzione della ric-
chezza familiare. Spunti comparatistici e prospettive di diritto
interno » 25

ROBERTO CALVO

Anonimato e illecito civile » 57

ALICE CHERCHI - CONSTANTIN WILLEMS

Il diritto romano di fronte alla crisi tra prevenzione e reazione.
Profili giuridici e implicazioni economiche » 67

VALENTINA CORONA

Fair competition e servizi di trasporto aereo in ambito europeo » 97

PAOLOEFISIO CORRIAS

L'acquisizione alla massa fallimentare delle somme corrisposte
dall'assicuratore all'assicurato-fallito: una antica e controversa
questione » 123

MARIA FRANCESCA CORTESI

La vittima nella fase esecutiva della pena: impianto normativo
e nuove prospettive sistematiche » 143

RICCARDO FERCIA	
‘ <i>Periculi pretium</i> ’. Realtà del procedimento e aleatorietà dell’atto	p. 161
SILVIA IZZO	
Il ricorso della pubblica amministrazione alle soluzioni stragiudiziali delle controversie: vecchi problemi e nuove prospettive »	185
SARA LANDINI	
Sanzioni dell’autorità italiana di garanzia della concorrenza e del mercato (AGCM) per pratiche commerciali scorrette nella liquidazione dei sinistri rca. Brevi note	» 215
ORIENTAMENTI	
ALESSANDRA LEUZZI	
Sul diritto di abitazione e di uso del coniuge superstite separato senza addebito	» 236
RECENSIONI	
STEFANO MALPASSI	
<i>La «democrazia economica» americana. Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)</i>	
LORENZO SERAFINELLI	
U.S. Law Schools. <i>Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti</i> [Mauro Grondona]	» 249
PASQUALE LAGHI	
<i>Il testamento collettivo</i> [Cristiano Cicero]	» 287
AUTORI	» 289

VALENTINA CORONA

FAIR COMPETITION E SERVIZI DI TRASPORTO AEREO IN AMBITO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. *La fair competition* come esigenza internazionale. – 2. La liberalizzazione dei servizi aerei. – 3. Il regolamento (CE) n. 868/2004. – 3.1. Le vulnerabilità del regolamento. – 4. Il nuovo regolamento. – 5. Il rapporto tra il regolamento n. 712/2019 e gli accordi bilaterali. – 6. Conclusioni.

1. Tra i principali obiettivi del trasporto aereo internazionale vi è certamente la implementazione di condizioni di mercato improntate al rispetto delle regole della concorrenza leale, la c.d. *fair competition*.

Che si tratti di un'esigenza fondamentale del settore trova conferma nel fatto che già la Convenzione di Chicago sull'aviazione civile internazionale del 7 dicembre 1944 aveva previsto nel preambolo che i servizi di trasporto aereo debbano essere organizzati su una base di possibilità eguali per tutti e, all'art. 44, ha impegnato l'*International Civil Aviation Organization* (ICAO) a promuovere lo sviluppo del trasporto aereo internazionale in modo da garantire a tutti gli Stati contraenti la stessa possibilità di accedere all'esercizio delle imprese di trasporti aerei internazionali, evitando ogni discriminazione¹.

¹ In realtà l'ICAO, quale organizzazione intergovernativa, ha bisogno dell'unanime consenso dei suoi membri, vista l'assenza di poteri nelle materie economiche che, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, restano nella sovranità statale. Pertanto, è escluso ogni intervento autonomo con riferimento all'accesso al mercato, e tutti i servizi commerciali internazionali di trasporto aereo di passeggeri sono vietati se non espressamente consentiti. Si deve evidenziare, però, che la Convenzione non precisa alcuni dei concetti cardine, indispensabili ai fini del raggiungimento

Nonostante siano state intraprese molteplici iniziative volte a dare attuazione al principio di leale concorrenza a livello internazionale, la resistenza opposta da parte di molti Stati ha impedito la realizzazione di una adeguata cornice normativa di riferimento, indispensabile ai fini dello sviluppo della piena liberalizzazione di un mercato importante che, nonostante abbia un impatto economico superiore ai 2.7 trilioni di dollari, continua a essere regolato da un sistema frammentato di accordi di servizio bilaterali (*Bilateral Air Services Agreements*, c.d. ASAs)².

L'idea di base sottesa a questi accordi è che ciascuno Stato firmatario può far gestire alle proprie compagnie il mercato di riferimento, ma ciò si pone chiaramente in contrasto con quell'idea di eguale opportunità che dovrebbe portare le compagnie a competere senza alcun ausilio statale.

Tale situazione ha legittimato, da una parte, l'approvazione di leggi restrittive in un contesto in cui i servizi aerei internazionali all'interno del territorio di uno Stato restano soggetti a condizioni e termini speciali, e dall'altra ha legittimato gli Stati a prevedere sussidi a favore delle compagnie nazionali³.

degli scopi dichiarati, come ad esempio cosa si intenda per «*opportunità comparabili*», «*possibilità per tutti*» e «*non discriminazione*». Le ragioni di tale mancanza sono ben analizzate da A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, in *Common Market Law Review*, 57 (2020), 831 ss., secondo il quale la Convenzione è stata redatta alla fine della Seconda guerra mondiale e, al tempo, parlare di eguale possibilità e concorrenza leale implicava semplicemente che gli Stati avrebbero partecipato ai servizi di trasporto aereo in condizioni di eguaglianza. Le condizioni storiche, politiche ed economiche che hanno portato all'approvazione della Convenzione hanno codificato un protezionismo economico dovuto, in particolare, alla diversa situazione in cui si trovava la fiorente industria aeronautica degli Stati Uniti alla fine della guerra, e gli altri Paesi (in specie la Gran Bretagna) che invece avevano visto distruggere la propria. Proteggere le compagnie inglesi dal gioco della concorrenza del mercato significava evitare che le compagnie americane riuscissero a garantirsi il monopolio di tutti i servizi aerei internazionali.

² V. A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, cit., 835 ss., il quale rileva come attualmente esistono circa 4.000 accordi bilaterali nati e sviluppatisi secondo l'idea di base di mirare a garantire una eguaglianza di effetti e non di opportunità.

³ In tal senso v. *amplius* M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, in *Air and Space Law*, vol. 45, Issue 1 (2020), 1 ss.

L'attuale significato di concorrenza leale nel trasporto aereo è, ovviamente, cambiato anche perché, pur nel contesto degli accordi bilaterali, le compagnie godono di maggiore libertà. L'assenza di una disciplina multilaterale determina, però, la perdurante assenza di una nozione comune⁴.

È, comunque, innegabile che l'esigenza di garantire delle regole certe a livello internazionale continui a rappresentare un obiettivo di carattere generale, soprattutto a seguito della crescita che sta interessando la parte orientale del mondo e della conseguente espansione delle c.d. compagnie del Golfo, con i disequilibri tra Europa e Stati Uniti che ne sono derivati.

In tale contesto l'Europa ha giocato un ruolo fondamentale nel processo di regolazione del mercato aereo anche se, talvolta, le reazioni a livello internazionale sono state tutt'altro che positive (si pensi alla disciplina relativa alle emissioni ma, soprattutto, a quella concernente la protezione dei passeggeri) e ciò si è tradotto in un effetto di ritorno negativo per le compagnie europee perché, a fronte di una disciplina infracomunitaria particolarmente restrittiva, si trovano a subire la concorrenza da parte dei vettori extraeuropei che non sono vincolati da tali norme.

⁴ Evidenzia A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport?*, cit., 832, che l'ICAO ha chiaramente stabilito che non esiste una definizione delle condizioni che determinano la parità, ed è inverosimile che si possa raggiungere un consenso generale sul punto. Si veda ICAO, *Working PaperATConf/6-WP/4 (Fair Competition in International Air Transport)*, 4 dicembre 2012. Deve, tuttavia, riconoscersi la spinta che l'ICAO ha dato in tal senso con la pubblicazione della guida operativa contenuta nel Manuale relativo al trasporto aereo internazionale e, in particolare, con le clausole-tipo relative alla concorrenza leale. Cfr. Capitolo IV (Doc 9626) del Manuale sulle Regole relative al trasporto aereo internazionale, terza edizione, 2018, e Appendice 1 al Doc 9587 *Policy and Guidance Materiale on the Economic Regulation of international Air Transport*, 2016. Le clausole sulla concorrenza sono normalmente redatte in tre versioni: tradizionale, transitoria e completamente liberalizzata. La clausola 15, in particolare, prevede che ogni compagnia ha «*fair [and equal] opportunity to operate*» (tradizionale); «*fair and equal opportunity to compete*» (transitoria) con la precisazione per cui ogni parte conviene «*to eliminate all forms of discrimination or unfair competitive practices adversely affecting the competitive position of a designated airline of the other Party*»; e «*a fair competitive environment under the competition laws of the Parties*» (totalmente liberalizzata). Per un approfondimento v. M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, in *Air and Space Law*, cit., 16 ss.

2. In ambito europeo, per quanto concerne specificamente le regole sulla concorrenza, l'idea di fondo è il raggiungimento di una totale liberalizzazione del mercato e la creazione di un contesto unitario in cui far crescere le condizioni di concorrenza che conducono all'incremento e miglioramento dei servizi con una generalizzata diminuzione dei prezzi.

Si tratta di un processo iniziato nel 1986 con l'adozione dell'Atto unico europeo, che ha trovato una progressiva concretizzazione attraverso le misure introdotte dai c.d. tre pacchetti, ossia una serie di regolamenti e direttive che hanno previsto le procedure per l'attuazione delle norme degli artt. 85 e 86 del Trattato⁵.

Tutto l'impianto europeo si fonda sulla previsione degli artt. 101-109 del TFUE che vietano, da una parte, le condotte che possono incidere negativamente sulla concorrenza (abusi di posizione dominante o cartelli) e dall'altra non consentono gli aiuti di Stato, se non in casi molto limitati, generalmente circoscritti all'esigenza di perequazione in situazioni particolari di carattere geografico o economico, e nel rispetto di rigorosi requisiti di ammissibilità.

Oltre i confini europei, però, la situazione è differente. Già dagli anni Settanta le esigenze protezionistiche e le regole di concorrenza leale hanno cominciato a creare problemi di conflitto. Paradigmatico è il caso degli Stati Uniti che nel 1974 adottarono l'*International Air Transportation Fair competitive Practices Act* (IATFCPA) in

⁵ Più esattamente fanno parte del primo pacchetto i regolamenti CEE n. 3975/1987 e n. 3976/1987, la direttiva n. 87/601/CEE, e la decisione del Consiglio n. 87/602/CEE. I regolamenti hanno specificato le regole sulla concorrenza applicate alle imprese di trasporto aereo; la direttiva ha, invece, definito le norme in materia tariffaria, e la decisione ha stabilito le quote di ripartizione di passeggeri e le regole di accesso ai servizi di linea. Il secondo pacchetto, invece, è stato attuato con i regolamenti CEE n. 2342/1990, n. 2342/1990 e n. 2344/1990 che hanno regolato le tariffe e la ripartizione delle quote di passeggeri nel contesto dei traffici intracomunitari. Col terzo pacchetto, infine, sono stati emanati 5 regolamenti (nn. 2407-2408-2409-2410-2411 del 23 luglio 1992) che hanno ulteriormente modificato le norme sull'accesso, tariffazione e capacità dei vettori all'interno del mercato comunitario. Il più recente reg. (CE) n. 1008/2008 ha coordinato tutta la normativa di settore, con l'abrogazione della disciplina contenuta nel terzo pacchetto e provvedendo alla definitiva unificazione del mercato. Per un approfondimento v. A.M.L. SIA, *La disciplina dei servizi aerei*, in *Codice dei trasporti*, di L. Tullio - M. Deiana, Milano, 2011, 100 ss.

risposta alle discriminazioni subite dalle proprie compagnie in certi Paesi relativamente ai diritti aeroportuali, autorizzando il governo a intervenire – fondamentalmente con un intento di ritorsione – imponendo tasse aggiuntive alle compagnie di quegli Stati, quando operanti negli Stati Uniti. Nel 1978 l'atto è stato ampliato con l'approvazione dell'*International Air Transportation Competition Act* (IATCA), il cui oggetto erano le pratiche discriminatorie, predatorie ed anti-competitive perpetrate ai danni dei vettori americani ovvero le ingiustificate o irragionevoli restrizioni per il loro accesso al mercato. In questi casi si consentiva al Dipartimento dei trasporti di agire in via sommaria, sospendendo, modificando o limitando le autorizzazioni di traffico delle compagnie di quei Paesi, fino ad arrivare alle restrizioni direttamente tra Stati.

Il dibattito sulla concorrenza leale nel trasporto aereo internazionale ha, dunque, visto contrapporsi i vettori europei – che hanno dovuto attendere il processo di liberalizzazione avvenuto con i tre pacchetti – con il resto del mondo e, soprattutto, con le compagnie nordamericane, le quali da tempo avevano subito un profondo processo di privatizzazione. Tuttavia, fino all'accordo *open skies* del 1992, i sussidi percepiti sotto forma di aiuti di Stato rappresentavano più un problema nazionale che internazionale visto che le compagnie americane avevano, a loro volta, beneficiato di aiuti e privilegi statali in diverse occasioni.

L'apertura dei mercati nazionali ha avuto l'effetto di aprire la strada alle liberalizzazioni a livello internazionale, di cui l'accordo *open skies* americano del 1992 costituisce l'emblema, la cui *ratio* riposava sull'idea che non dovessero esserci restrizioni relativamente a capacità e frequenze, per le rotte e i diritti di traffico, sullo sfondo di una tariffazione liberamente determinata dal mercato. In sostanza si intendevano liberalizzare non solo i mercati aeronautici tra gli Stati Uniti e l'Europa, ma si andava oltre perché l'ambizione era di instaurare relazioni di tal genere anche con altre regioni del mondo. Fu così che il concetto di concorrenza leale cominciò ad avere un nuovo significato, nel senso che non era più una «*fair opportunity to operate*» ma una «*fair and equal opportunity to compete*».

Da un punto di vista fattuale, non si può negare che l'esistenza di pratiche sleali poste in essere da vettori aerei extraeuropei è diffu-

samente percepita, anche se non è mai stata oggetto di formali ricorsi.

Il fenomeno, però, sfugge a un effettivo controllo perché esiste un'amplessissima gamma di misure che si collocano in una sorta di zona grigia. Spesso, ad esempio, esiste un controllo statale sulle imprese, o una commistione tra autorità nazionali e autorità di controllo, così che sono finanziati gli aeroporti in cui la compagnia di bandiera ha il proprio *hub*, con effetti discriminatori nei confronti degli altri vettori. In certi casi le agevolazioni per le imprese nazionali sono più evidenti perché si adottano delle misure discriminatorie verso i vettori europei nell'assegnazione degli *slot*, nell'imposizione di tasse aeroportuali maggiori, nell'aggravio di procedure doganali, in limitazioni nell'impiego di infrastrutture aeroportuali per i passeggeri e simili.

Il problema, dunque, deriva dal fatto che all'interno dell'area comune europea le regole sono rigide, ma nei rapporti con i Paesi terzi le norme sulla concorrenza sono contenute solo negli accordi bilaterali esistenti⁶.

⁶ È stato rilevato che esistono due tipi di accordo. Il primo intercorre con i Paesi confinanti come i Balcani, la Georgia, Israele, la Giordania, la Moldavia e il Marocco, ai quali è imposta l'accettazione integrale delle norme sulla concorrenza, oltre che di tutti gli altri standard vigenti nell'area comune. Il secondo, invece, riguarda partner strategici come gli Stati Uniti e il Canada, con i quali esistono accordi che si fondano sui principi di libero accesso e cooperazione. Vi sono poi gli accordi bilaterali con cui ogni singolo Paese UE regola i diritti di traffico. Si tratta, tuttavia, di una categoria di dubbia legittimità e, a seguito dell'intervento del 2002 della Corte di giustizia europea che ne ha rilevato il contrasto con il Trattato, circa 1.100 accordi sono stati modificati. V. *Commission Staff Working Document - Impact assessment - Accompanying the document proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on safeguarding competition in air transport, repealing Regulation (EC) n. 868/2004*, elaborato dalla commissione tecnica l'8 giugno 2017, SWD(2017) 182 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:52017SC0182>. Per la giurisprudenza europea v. Commissione v. Regno Unito, in causa C-466/98, EU:C:2002:624; Commissione v. Danimarca, in causa C-467/98, EU:C:2002:625; Commissione v. Svezia, in causa Case C-468/98, EU:C:2002:626; Commissione v. Finlandia, in causa C-469/98, EU:C:2002:627; Commissione v. Belgio, in causa C-471/98 EU:C:2002:628; Commissione v. Lussemburgo in causa C-472/98, EU:C:2002:629; Commissione v. Austria, in causa C-475/98; Commissione v. Germania, in causa C-476/98, EU:C:2002:631. In tali procedimenti la Corte di giustizia ha delineato le rispettive competenze tra Unione eu-

Il riequilibrio delle condizioni di accesso al mercato passa per un coordinamento delle norme che regolano il mercato interno con quelle internazionali, cui fa da corollario il definitivo superamento del bilateralismo⁷.

Un primo passo in tal senso può essere visto dal riconoscimento operato dalla Corte di giustizia nel 2002 relativamente ai poteri della Commissione, la quale ha avuto il mandato dal Consiglio per negoziare accordi bilaterali per conto degli Stati membri, in modo da rappresentare al meglio i loro interessi, oltre che quelli dell'UE⁸. Una volta ottenuto un mandato sostanzialmente in bianco, la Commissione ha potuto sviluppare la propria politica per l'aviazione, il cui pilastro fondamentale è costituito proprio dalla concorrenza leale, la quale passa per la promozione di una convergenza normativa nel contesto di accordi raggiunti non più dai singoli Stati UE e Paesi terzi ma direttamente dalla stessa UE e quei Paesi individuati dalla Commissione nel proprio programma⁹.

3. La concorrenza tra compagnie, spinta dalla liberalizzazione del mercato internazionale del trasporto aereo, ha eroso importanti quote di traffico ai danni dei vettori europei¹⁰.

ropea, singoli Stati membri e Paesi terzi, stabilendo che, sebbene gli Stati non abbiano rinunciato alla loro sovranità ai fini della conclusione degli accordi bilaterali con Paesi terzi, la Commissione ha competenza esclusiva quando esistono norme uniformi che perseguono l'armonizzazione di un determinato settore ovvero stabiliscono un certo trattamento nei rapporti con i terzi. Proprio questa seconda ipotesi sarebbe presente in molteplici ambiti dell'aviazione, come ad esempio i livelli tariffari dei servizi aerei di compagnie extraeuropee all'interno di rotte infraeuropee.

⁷ V. la Comunicazione della Commissione «*An aviation strategy for Europe*» del 2015, in https://ec.europa.eu/transport/modes/air/aviation-strategy_en.

⁸ V. Comunicazione della Commissione sulle relazioni tra la Comunità e Paesi terzi nel campo del trasporto aereo, COM(2003)94.

⁹ V. Comunicazione della Commissione, *Developing the agenda for the Community's external aviation policy*, COM(2005)79 final, 11 marzo 2005.

¹⁰ Il generale processo di liberalizzazione che ha caratterizzato il mercato internazionale del trasporto aereo ha creato un'inedita concorrenza tra compagnie, con un crescente sviluppo del mercato da e verso l'Europa ai danni dei vettori dell'Unione. Le perdite sono avvenute soprattutto a vantaggio dei vettori mediorientali e le previsioni vedono una costante crescita che sposta l'asse dello sviluppo verso

Una politica economica relativa al mercato dei trasporti volta al recupero della competitività deve, innanzitutto, proteggere i vettori dalle pratiche commerciali scorrette, di modo che anche la concorrenza esterna sia improntata all'apertura, reciprocità ed equità e non sia distorta da pratiche sleali (come l'applicazione di tasse nazionali diverse, la congestione aeroportuale, gli oneri connessi alla gestione del traffico aereo, gli aiuti di Stato, il costo delle emissioni di biossido di carbonio)¹¹.

Il primo tentativo di regolare il fenomeno è avvenuto con il regolamento (CE) n. 868/2004, specificamente volto a contrastare le pratiche degli aiuti di Stato e dalla tariffazione sleale ai danni di vettori comunitari nei servizi di collegamento aereo tra Europa e Paesi terzi¹².

Tra le ragioni che hanno dato una spinta all'approvazione di tale regolamento, quella evidenziata dalla stessa Commissione si riconnette alla reazione del governo statunitense agli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 che, da una parte, è intervenuto accollandosi l'aumento dei costi contro il rischio di guerra, dall'altra ha stanziato un sistema di aiuti sotto forma di sovvenzioni dirette e garanzie sui

l'Asia e il Medio Oriente. V. in tal senso la Comunicazione della Commissione *The EU's external Aviation Policy - Addressing Future Challenges*» (COM(2012)556), 27 settembre 2012, consultabile nel sito https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/modes/air/international_aviation/doc/com_2012_556_en.pdf. Secondo le stime della IATA la regione dell'Asia/Pacifico, ed in particolare la Cina, e quella del Medio Oriente saranno protagonisti di una crescita fortissima, con gli Emirati Arabi Uniti che raggiungeranno la quota di 29.2 milioni di passeggeri (con un tasso di crescita del 6.6%) mentre l'Europa avrà una percentuale di gran lunga inferiore (3.9%).

¹¹ Cfr. la Relazione alla Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla tutela della concorrenza nel settore del trasporto aereo, che abroga il regolamento (CE) n. 868/2004, dell'8 giugno 2004 COM(2017)289 final, 2017/0116 (COD) in <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-289-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>, 3; cfr. altresì la Relazione sulla politica estera dell'UE in materia di aviazione – Affrontare le sfide future (2012/2299(INI)) – Commissione per i trasporti e il turismo – A7-0172/2013 del 14 maggio 2013, consultabile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A7-2013-0172+0+DOC+PDF+V0//IT>.

¹² Per un'analisi critica del regolamento v. anche V. CORONA, *La nuova proposta europea sulle unfair practices*, in *Riv. dir. nav.* 2018, 1, 103 ss.

prestati, per compensare la chiusura dello spazio aereo nei giorni successivi agli attentati e, più in generale, per limitare le perdite che ne sono derivate¹³. La reazione europea è stata, invece, molto diversa perché la Commissione UE aveva immediatamente precisato alle compagnie che gli aiuti di Stato sarebbero stati ammissibili solo per la perdita del traffico riferita al periodo di chiusura dello spazio aereo americano.

Gli aiuti concessi alle compagnie statunitensi, dal canto loro, hanno consentito a quei vettori di ridurre il costo dei biglietti nelle rotte transatlantiche da e verso l'Europa, e ciò ha avuto delle ripercussioni economiche molto gravi rispetto ai concorrenti comunitari¹⁴.

Di fronte a tale situazione la Commissione europea, pur riconoscendo che la condizione americana fosse del tutto eccezionale, evidenziò subito che non si sarebbe potuto accettare un provvedimento di tale portata, perché si venivano a determinare delle gravi distorsioni della concorrenza tra Stati e tra compagnie¹⁵.

In realtà, un secondo fattore – non dichiarato ma forse più importante – che ha dato l'impulso definitivo alla genesi del regolamento sembra essere stato il tentativo di contrastare la crescita smisurata delle c.d. compagnie del Golfo (in particolare Emirates, Qatar Airways e Ethiad Airways) e, più in generale, l'esigenza di far fronte alle differenze strutturali tra il mercato europeo, fortemente regolato e liberalizzato, e il mercato internazionale, sulla scorta di quanto già avvenuto in campo marittimo con il regolamento (CEE) n. 4057/86¹⁶.

¹³ V. Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *The Repercussions of the Attacks in the United States on the Air Transport Industry*, COM(2001)574 final, 10 Ottobre 2001, par. 5.1. Per un'analisi del rapporto tra gli eventi dell'11 settembre 2001 e l'approvazione del regolamento v. S. MCGONIGLE, *Past its use-by date: Regulation 868 concerning subsidy and State aid in international air services*, in *Air & Space Law* 2013, 1 ss.

¹⁴ Nel *Commission Staff Working Document*, cit., 34, si sottolinea come proprio l'esigenza di contrastare il provvedimento americano ha fatto incentrare il regolamento sugli aiuti di Stato e le pratiche tariffarie sleali.

¹⁵ Comunicazione dalla Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *The Repercussions of the Attacks in the United States on the Air Transport Industry*, cit.

¹⁶ La politica di contrasto ai vettori del Golfo non ha dato, in realtà, i risultati sperati, anche se ha convogliato gli sforzi della politica europea sul problema della

Il regolamento (CE) n. 868/2004 è nato, dunque, con l'obiettivo di consentire alla Commissione di riequilibrare il mercato in caso di accertati aiuti di Stato concessi a vettori extraeuropei o di pratiche tariffarie sleali capaci di causare un grave danno all'industria comunitaria.

3.1. Nonostante le importanti ambizioni, per molteplici ragioni il regolamento si è rivelato un sostanziale fallimento, come riconosciuto dalle stesse istituzioni europee.

In primo luogo, i comportamenti oggetto di disciplina erano le sovvenzioni e le pratiche tariffarie sleali. Ai sensi dell'art. 4, perché l'aiuto potesse essere qualificato come «sovvenzione» era necessario il ricorrere di condizioni oggettive e soggettive. In particolare, doveva trattarsi di un contributo finanziario, come un trasferimento diretto di fondi – sotto forma di contributi, prestiti, iniezioni di capi-

concorrenza leale a livello internazionale. Nel 2016 il Consiglio ha autorizzato la Commissione a negoziare accordi con gli Emirati Arabi e con il Qatar, incentrati proprio sulle regole di correttezza, con meccanismi di attuazione forti per evitare distorsioni della concorrenza e abusi. Diversamente da quanto ha fatto il Qatar, gli Emirati Arabi non sono giunti alla conclusione di alcun accordo globale con l'UE. In realtà gli Emirati Arabi avevano già concluso accordi bilaterali con la gran parte dei Paesi europei, cui si aggiungeva l'accordo del 2002 con gli USA, così che non avevano alcun particolare interesse ad accettare le condizioni previste all'accordo quadro della Commissione UE – ed in particolare le norme sulla concorrenza leale – senza avere nessun vantaggio in termini di mercato, ed anzi avendo sperimentato atteggiamenti ostili nei confronti delle loro principali compagnie (Emirates e Etihad). Anche altri Stati hanno manifestato scarso interesse alla conclusione di accordi bilaterali con l'UE ispirati all'attuazione dei principi di leale concorrenza. Ad esempio, nel 2011 erano state avviate le negoziazioni con il Brasile per un accordo di carattere globale ma la firma è stata posticipata per due volte, fintanto che nel 2017 il Brasile ha definitivamente dichiarato di non aver alcun interesse alla sottoscrizione per la mancanza del riconoscimento dei diritti di traffico da parte dell'UE. Le negoziazioni, quindi, si sono fermate nel 2018, ed il Brasile ha cominciato a concludere accordi bilaterali col Regno Unito, l'Olanda e il Lussemburgo, riuscendo a garantire alle proprie compagnie i c.d. «*fifth freedom rights*». Tra l'altro nel 2011 il Brasile ha siglato un accordo con gli USA – la cui entrata in vigore è avvenuta il 18 marzo 2018 – che ha previsto una totale liberalizzazione dei servizi aerei. Attualmente l'Europa sta negoziando un accordo interregionale con la Associazione degli Stati del sud est asiatico, che costituirà il primo accordo del tipo *block-to-block*. Per un approfondimento v. A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport?*, cit., 845, 846.

tale, potenziali trasferimenti diretti di fondi o assunzioni di responsabilità, come le garanzie sui prestiti – o rinuncia a somme dovute o fornitura di beni o servizi diversi da quelli connessi alle infrastrutture generali o acquisto di beni o servizi.

Sotto il profilo soggettivo, poi, l'aiuto doveva provenire da un governo o un ente regionale o altra organizzazione di tipo pubblico di un Paese non europeo o, eventualmente, anche un soggetto di natura privata, titolare di funzioni normalmente svolte dal governo.

Dal punto del beneficiario, doveva trattarsi di un soggetto certo e specifico, ossia una impresa o gruppo di imprese operante sotto la giurisdizione dell'autorità concedente.

La disciplina del regolamento n. 868/2004 era molto diversa da quella prevista per gli aiuti di Stato dall'art. 107 del TFUE¹⁷. In particolare, dal punto di vista sostanziale, il regolamento sulle *unfair practices* si incentrava sul concetto di beneficio ma senza dare una definizione del suo significato, laddove il TFUE si indirizza alla repressione di una distorsione o una minaccia di distorsione della concorrenza, e codifica una nozione ampia di sussidio che comprende anche i privilegi di tipo fiscale. Inoltre, solo per gli aiuti di Stato si prevedeva una verifica della compatibilità con il mercato interno, nel senso che mancava una condizione di procedibilità nel caso di aiuto di scarsa entità¹⁸.

Ancora, in base al Trattato, ai fini della valutazione dell'esistenza di un aiuto di Stato, è necessario verificare l'applicabilità del principio dell'«investitore in un'economia di mercato», per il quale l'aiuto non potrà essere considerato incompatibile se, nelle mede-

¹⁷ Già a partire dalla formulazione letterale, il regolamento riprendeva dalla legislazione internazionale il termine «sovvenzione» o «*subsidy*», ed infatti la definizione contenuta nell'art. 4 del regolamento riproduce quella adottata dal WTO nell'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* del 15 Aprile 1994. Cfr. *EU Regulation 868 of 2004: Report of A Unilateral Approach on Regulating Unfair Subsidisation and Unfair Pricing Practices and Its Failure*, in <http://eala.aero/wp-content/uploads/2016/11/EU-Regulation-868-of-2004.-Report-of-a-unilateral-approach-in-regulating-unfair-subsidisation-and-unfair-pricing-practices-and-its-failure.pdf>.

¹⁸ Si tratta dell'applicazione del principio *de minimis* che costituisce una sorta di filtro procedurale originariamente elaborato per i casi di condotta anticoncorrenziale e poi esteso anche agli aiuti di Stato. Cfr. *EU Regulation 868 of 2004: Report Of A Unilateral Approach on Regulating Unfair Subsidisation and Unfair Pricing Practices and Its Failure*, cit., 7.

sime circostanze, lo stesso contributo avrebbe potuto essere garantito da un investitore privato in condizioni normali di mercato. In pratica in base a tale principio è ammissibile l'aiuto che sia necessario per lo sviluppo di certe attività economiche o per il salvataggio di un'azienda. Il reg. n. 868/2004, al contrario, non prevedeva alcun esonero.

Secondo l'art. 5 del reg. (CE) n. 868/2004 ricorreva, invece, un'ipotesi di pratica tariffaria sleale ogni volta che un vettore extra-comunitario avesse goduto di un vantaggio non commerciale in un servizio aereo verso l'UE, tale da consentirgli una capacità tariffaria sufficientemente inferiore a quelle offerte dai vettori europei e, quindi, tale da recare loro pregiudizio.

Non si chiariva, però, cosa si dovesse intendere per «*vantaggio non commerciale*». Riprendendo sostanzialmente la normativa europea *antidumping* (ossia gli strumenti di tutela utilizzati nel settore del commercio di beni, e dal regolamento (CEE) n. 4057/1986 per le pratiche sleali nel settore marittimo) si sono estesi all'ambito aeronautico concetti che scontano la complessità del sistema tariffario¹⁹. È chiaro, però, che in mancanza di una definizione della nozione di vantaggio non commerciale è impossibile determinare l'illiceità del comportamento²⁰.

¹⁹ Ad esempio, il reg. n. 868/2004 presupponeva la prova che i prezzi praticati dalla compagnia extraeuropea fossero sufficientemente più bassi rispetto a quelli praticati dai vettori comunitari, indicando una serie di fattori da analizzare nella comparazione tra tariffe. La tariffazione aeronautica, però, è fortemente dipendente da una serie di variabili, come la data del viaggio, l'anticipo con cui il biglietto è stato acquistato e la sua flessibilità, le tariffe offerte dai concorrenti. Tutto questo avrebbe presupposto l'accesso da parte dei vettori europei ad informazioni finanziarie talmente dettagliate da rendere la prova completamente impraticabile.

²⁰ In ambito marittimo esiste un solo precedente riferito al regolamento (CEE) n. 4057/86, che ha affrontato il problema della qualificazione del beneficio, in cui si è stabilito che il diritto esclusivo di trasportare alcune tipologie di merci strategiche, così come i benefici fiscali o cancellazione di somme dovute non hanno carattere commerciale. Cfr. *EU Regulation 868 of 2004: Report Of A Unilateral Approach on Regulating Unfair Subsidisation and Unfair Pricing Practices and Its Failure*, cit., 9 ss., che richiama il caso AT/39.850, *Hyundai Merchant Marine Co., Ltd.*, Regulation (EEC) No. 15/89, OJ L (1989). Applicando il principio al settore aeronautico si può ritenere, ad esempio, che la legislazione americana garantisca ai vettori nazionali un vantaggio non commerciale laddove prevede che ogni viaggio finanziato dal governo debba essere realizzato solo da compagnie di bandiera.

Un ulteriore e fondamentale presupposto ai fini dell'applicazione del regolamento era costituito dalla circostanza che la sovvenzione o la pratica tariffaria sleale producessero un danno – eventualmente da intendersi anche solo come pericolo – all'industria comunitaria, ossia al complesso dei vettori aerei comunitari che forniscono servizi di trasporto aereo simili o i vettori che, collettivamente considerati, rappresentano la maggioranza dell'offerta comunitaria globale di questi servizi (art. 3, lett. *b*). È chiaro che si trattava di un concetto difficile da considerare sotto molteplici profili, già a partire dall'individuazione del concetto di «*servizio di trasporto aereo simile*».

Al ricorrere delle condizioni previste, l'apertura del procedimento poteva avvenire su istanza di qualsiasi persona fisica o associazione o, eventualmente, anche d'ufficio da parte della stessa Commissione. Il presupposto, però, era che vi fossero prove sufficienti e ciò costituiva, verosimilmente, il reale *vulnus* del regolamento, in quanto le compagnie aeree dovevano dimostrare l'esistenza di un contributo pubblico a favore dei vettori extracomunitari, senza però avere alcuna possibilità di accedere a tali informazioni²¹.

Il procedimento poteva concludersi con l'applicazione di misure provvisorie o definitive, sotto forma di imposizioni finanziarie (preferibilmente dazi), a condizione che la loro entità non fosse superiore all'importo totale delle sovvenzioni ovvero alla differenza tra la tariffa applicata dal vettore extraeuropeo e quella offerta dal vettore comunitario, potendo anche essere inferiore se ciò fosse stato sufficiente ad eliminare il pregiudizio (art. 12).

È chiaro che tale previsione non poteva esplicitare alcuna efficacia dissuasiva, e quindi era del tutto inidonea a garantire un'adeguata protezione.

²¹ Dal punto di vista internazionale alcuni Paesi (come USA, Australia e Nuova Zelanda) richiedono ai vettori stranieri particolari requisiti e condizioni per poter operare, comprese dettagliate informazioni finanziarie. Un sistema simile, però, non esiste a livello europeo nei confronti dei vettori extracomunitari, né vi sono altri metodi per ottenere coattivamente le informazioni necessarie. Anche negli accordi bilaterali di cui è parte l'Unione europea non è prevista alcuna clausola che disciplini le informazioni finanziarie dei vettori extraeuropei. Tutto ciò è percepito dall'industria aeronautica europea come un enorme ostacolo alla possibilità di agire efficacemente contro le pratiche sleali, ritenendosi indispensabile che l'accesso al mercato sia consentito solo in presenza di specifiche condizioni di trasparenza.

A ciò si aggiunga che nell'ambito del regolamento non potevano essere ricomprese una serie di utilità derivanti, ad esempio, da peculiari regimi fiscali o da un costo del lavoro inferiore: non trattandosi di sovvenzioni o vantaggi non commerciali, infatti, non potevano essere considerate come pratiche anticoncorrenziali²².

Infine, altro importante fattore di squilibrio non rientrante nella disciplina delle *unfair practices* scaturiva dalle restrizioni operative che i vettori europei subiscono in ragione delle norme volte a prevenire l'inquinamento acustico²³, ovvero quello che deriva dalla concorrenza dei vettori *low cost*, che costituisce un fenomeno prevalentemente europeo²⁴.

4. Il regolamento (CE) n. 868/2004 si è, dunque, mostrato inadeguato rispetto a un mercato complesso come quello aeronautico.

La stessa Commissione europea, nella relazione di accompagnamento alla proposta del nuovo regolamento, aveva ben evidenziato come la disciplina ivi prevista, nei suoi 15 anni di vigenza, non avesse mai trovato applicazione a causa delle molteplici vulnerabilità e, in

²² I Paesi in espansione, come quelli del Golfo, hanno una legislazione fiscale che prevede condizioni di particolare favore per le imprese, sia sul versante della tassazione sia su quello relativo al costo del lavoro. Non a caso nel *Commission Staff Working Document*, cit., 18, si afferma che in Europa esistono le migliori condizioni di lavoro per quanto riguarda, salute, sicurezza, trattamento sociale e diritti dei lavoratori. Secondo il CAPA (*Center for the Aviation is the leading provider of independent aviation market intelligence, analysis, reports and data services*) la principale fonte di vantaggio per Emirates deriva da un costo per lavoratore decisamente inferiore rispetto ai vettori europei. Ad esempio il costo medio per lavoratore sostenuto da IAG (*International Airlines Group*) è di circa 94.000 dollari, ossia l'80% più alto dei 51.500 dollari sopportati da Emirates, mentre la Virgin Atlantic spende il 9% in più della Emirates. Tra l'altro Emirates beneficia a Dubai anche dell'assenza di tasse sugli utili, e sopporta bassi costi pensionistici.

²³ Cfr. reg. (CE) n. 598/2014, che incide negativamente sulla capacità operativa degli aeroporti. Anche le norme a protezione dell'ambiente giocano un ruolo fondamentale in termini di maggiori oneri a carico delle compagnie, perché l'industria aeronautica è stata ampiamente coinvolta nell'attività volta a contrastare il fenomeno del cambiamento climatico. V. la Direttiva 2008/101/CE che, in linea con quanto previsto dall'ICAO, disciplina il *EU Emission Trading System* (ETS).

²⁴ Il sistema di gestione aziendale delle compagnie *low cost* ha influenzato anche la struttura delle compagnie tradizionali, rompendo l'equilibrio tra voli a corto/medio raggio e quelli a lungo raggio.

particolare, per l'estrema difficoltà di fornire la prova dell'esistenza del ribasso tariffario sleale; l'inesistenza di procedure specifiche per il caso di violazione degli obblighi stabiliti da accordi sul trasporto aereo; la natura eccessivamente restrittiva delle norme sull'apertura dell'inchiesta che, come detto, presupponevano l'esistenza di un danno all'industria comunitaria nel suo complesso²⁵.

Anche il Consiglio e il Parlamento europeo hanno condiviso le medesime considerazioni, giungendo alla conclusione che fosse assolutamente necessario procedere a una revisione globale²⁶.

In realtà, le ipotesi di intervento in campo erano diverse²⁷. Ad esempio, si poteva pensare di lasciare inalterato il regolamento esistente e di intensificare gli sforzi internazionali volti a proteggere i vettori europei dalle pratiche commerciali scorrette, da attuare attraverso specifiche negoziazioni in seno all'ICAO e al WTO²⁸, unitamente al rafforzamento dei rapporti con Paesi terzi in modo da creare un ambiente internazionale favorevole all'instaurazione della correttezza commerciale²⁹.

²⁵ Relazione 8 giugno 2017, COM(2017) 289 *final*, disponibile su <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-289-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF>, 3. V. anche *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on safeguarding competition in air transport, repealing Regulation (EC) 868/2004*, COM(2017)289 *final*, 8 giugno 2019.

²⁶ Conclusioni del Consiglio del 20 dicembre 2012 sulla politica estera in materia di aviazione, e Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2015 sulla messa in atto del Libro bianco 2011 sui trasporti.

²⁷ Sulle possibili alternative v. *amplius* V. CORONA, *La nuova proposta europea sulle unfair practices*, in *Riv. dir. nav.* 2018, cit., 124 ss.

²⁸ Relativamente all'attività da svolgersi presso l'ICAO si ritiene che l'UE dovrebbe intervenire per modernizzare la cornice di riferimento del mercato aeronautico internazionale, estendendone il ruolo anche in ambito economico.

²⁹ Ovviamente tale approccio è strettamente dipendente dalle controparti delle negoziazioni e dal peso che le istituzioni europee riescono ad avere. Da tale punto di vista sono particolarmente importanti gli Accordi sull'aviazione Euro-Mediterranea in cui sono dettagliatamente previste le norme volte a garantire la concorrenza leale e ad evitare gli aiuti di Stato. Ad esempio, per quanto concerne il Marocco, i rapporti sono improntati all'estensione delle regole europee sulla concorrenza a tutti i rapporti commerciali relativi allo scambio di beni e servizi tra le parti. In tale contesto gli aiuti di Stato non sono totalmente vietati ma deve essere provato che tali sussidi sono proporzionati allo scopo e sono previsti in modo tale

Si è, tuttavia, ritenuto opportuno agire soprattutto sul fronte legislativo, attraverso l'abrogazione del regolamento esistente e la sua sostituzione con un nuovo strumento che, sulla base dell'esperienza, potesse rimediare ai problemi applicativi emersi.

La soluzione adottata combina le modifiche legislative con le azioni di politica internazionale sottese all'elaborazione di accordi bilaterali con Paesi terzi, congegnati in modo da rendere sostanzialmente universale il principio di concorrenza leale.

La proposta per il nuovo regolamento ha trovato definitiva consacrazione nel regolamento (UE) n. 712/2019 del 17 aprile 2019, entrato in vigore il 30 maggio 2019³⁰, la cui disciplina cerca di rimediare alle mancanze della precedente, già a partire dal suo oggetto: come emerge dallo stesso titolo si tratta di tutelare *tout court* la concorrenza nel trasporto aereo e non semplicemente di offrire protezione contro le sovvenzioni e le pratiche tariffarie sleali³¹.

Le pratiche che distorcono la concorrenza si specificano nelle «*pratiche discriminatorie*» e «*sovvenzioni*».

Ai sensi dell'art. 2(8), costituisce pratica discriminatoria qualsiasi tipo di differenziazione priva di giustificazione, «riguardante la fornitura di beni o servizi, compresi i servizi pubblici, impiegati per la prestazione di servizi di trasporto aereo, o concernente il loro trattamento da parte delle autorità pubbliche competenti per tali servizi,

da minimizzare gli effetti negativi in capo ai vettori dell'altro Stato. Anche l'accordo che regola i rapporti tra Europa e Confederazione Svizzera riproduce le regole europee sulla concorrenza.

³⁰ Regolamento (UE) 2019/712 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo alla tutela della concorrenza nel settore del trasporto aereo, e che abroga il regolamento (CE) 868/2004, O.J. 2019, L 123/4.

³¹ Come rilevato da M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, cit., 18, le disposizioni del regolamento sono molto simili a quelle dell'ASA esistente tra EU e Qatar, siglato il 4 marzo 2019. V. https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2019-03-04-eu-and-qatar-reach-aviation-agreement_en. Ad esempio la definizione di discriminazione è la stessa anche se nell'ASA sono indicate espressamente gli ambiti in cui si può presentare. Anche la definizione delle sovvenzioni è simile anche se rispetto all'accordo bilaterale manca il riferimento al principio dell'investitore in un'economia di mercato, esattamente come accadeva con il regolamento n. 868/2004, principio che, invece, è presente nella disciplina sugli aiuti di Stato ex art. 107 TFUE.

comprese le pratiche relative alla navigazione aerea o alle infrastrutture e ai servizi aeroportuali, il carburante, i servizi di assistenza a terra, la sicurezza, i sistemi telematici di prenotazione, l'assegnazione delle bande orarie, le tariffe e l'utilizzo di altre infrastrutture o altri servizi impiegati per la prestazione di servizi di trasporto aereo».

La definizione delle sovvenzioni, invece, non muta rispetto alla disciplina precedente in quanto si tratta di contributi finanziari concessi da un governo o altro organismo di natura pubblica aventi la forma di: (a) trasferimento diretto di fondi o potenziale trasferimento di fondi o passività (come sovvenzioni, prestiti, iniezioni di capitale, garanzie su prestiti, compensazione delle perdite operative o compensazione degli oneri finanziari imposti dalle autorità pubbliche); (b) rinuncia da parte del governo o di altro organismo pubblico a somme dovute o la mancata riscossione delle stesse, o ancora un trattamento fiscale preferenziale o incentivi fiscali come crediti di imposta; (c) fornitura o acquisto di beni; (d) versamenti per finalità di finanziamento o incarichi o ordini ad un organismo privato di svolgere le funzioni indicate. Tale sovvenzione deve conferire un vantaggio a un soggetto o industria o gruppo di soggetti o industrie che rientrano nell'ambito della competenza dell'autorità che la concede (art. 2.9).

L'ampliamento dello scopo del regolamento determina una estensione della sua copertura e, dunque, mentre la vecchia disciplina si applicava solo alle rotte da e verso l'Europa, la nuova non è limitata alle pratiche distorsive della concorrenza nelle rotte tra due città ma è riferibile a tutto il contesto della rete di trasporto aereo (considerando n. 15).

Ancora, la legittimazione alla presentazione della denuncia è stata estesa anche alle singole compagnie aeree oltre che ai singoli Stati membri, e l'onere della prova è stato alleggerito perché la denuncia può essere fatta anche se vi siano solo elementi di prova – e non la prova piena – di un pregiudizio o di una minaccia di pregiudizio³².

³² L'avvio dell'inchiesta, tuttavia, è subordinato alla prova di un danno attuale o potenziale nei confronti di una o più compagnie europee e del relativo nesso causale. Come rilevato da M. GERGELY, *Fair Competition in International Air Transport*, cit., 18, le disposizioni del regolamento sono molto simili a quelle dell'ASA esi-

L'inchiesta è avviata quando, a seguito di denuncia scritta da parte di uno Stato membro, o di uno o più vettori o di un'associazione di vettori dell'UE, o anche d'ufficio, vi siano elementi di prova sull'esistenza di una pratica che distorce la concorrenza da parte di un Paese terzo o di un soggetto di un Paese terzo, che rechi pregiudizio o minacci di danneggiare uno o più vettori europei e sia provato il relativo nesso causale. Deve inoltre risultare che il problema abbia carattere sistemico e che le ripercussioni siano significative.

L'apertura del procedimento – che deve avvenire entro 5 mesi dalla presentazione della denuncia – è articolata in quattro fasi. Nella prima si ha l'apertura formale con la notifica agli Stati membri e al Parlamento europeo; nella seconda si procede alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea di un avviso in cui sono indicati i soggetti interessati e i comportamenti da esaminare; la terza fase prevede la notifica ufficiale dell'apertura del procedimento ai rappresentanti del Paese terzo e al soggetto interessato; infine, vi è la comunicazione al denunciante e al comitato di controllo.

Col nuovo regolamento la Commissione ha visto un rafforzamento dei suoi poteri investigativi perché si prevede la possibilità di svolgere le inchieste nel territorio del Paese terzo, a condizione che il soggetto interessato abbia dato il suo consenso e il relativo governo sia stato ufficialmente informato e non abbia sollevato obiezioni (art. 5.8). Resta dunque necessario il consenso e ciò costituisce un *vulnus* che vanifica i poteri della Commissione. Il consenso, infatti, tendenzialmente indica che il comportamento non è vietato oppure che vi è intenzione di porvi fine e, quindi, l'attività investigativa di fatto diviene superflua perché il problema è risolto con l'eliminazione spontanea della pratica vietata. Al contrario, è proprio in assenza di collaborazione che dovrebbero essere rafforzati i poteri della Commissione. Sul punto l'art. 9 del regolamento prevede che nel caso in cui

stente tra EU e Qatar, siglato il 4 marzo 2019. V. https://ec.europa.eu/transport/modes/air/news/2019-03-04-eu-and-qatar-reach-aviation-agreement_en. Ad esempio, la definizione di discriminazione è la stessa anche se nell'ASA sono indicate espressamente gli ambiti in cui si può presentare la discriminazione. Anche la definizione delle sovvenzioni è simile, ma manca il riferimento al principio dell'investitore in un'economia di mercato, esattamente come accadeva con il regolamento n. 868/2004, principio che, invece, è presente nella disciplina sugli aiuti di Stato ex art. 107 TFUE.

vi sia un atteggiamento ostruzionistico – sia perché l'accesso alle informazioni è negato o non è dato nei termini previsti sia perché sono frapposti veri e propri ostacoli – la Commissione può elaborare le proprie conclusioni sulla base dei dati disponibili.

In ogni caso, devono essere valutati gli elementi di prova e gli altri fattori rilevanti, come la situazione dei vettori aerei comunitari interessati, la frequenza dei servizi, le quote di mercato, gli investimenti e l'occupazione, considerata la situazione generale dei mercati dei servizi di trasporto aereo interessati e, in particolare, si deve tener conto del livello di tariffe o tasse, della capacità e frequenza dei servizi di trasporto aereo e dell'utilizzo della rete.

Per quanto concerne le misure di riparazione, è ampliata la gamma di rimedi che possono essere imposti alle compagnie extraeuropee che beneficiano della pratica distorsiva della concorrenza e possono avere la forma di *obblighi finanziari* o *qualsiasi altra misura operativa di valore equivalente o inferiore* come la sospensione di concessioni, di prestazioni dovute o di altri diritti del vettore del Paese extra UE (art. 14). Tuttavia, è esclusa la possibilità di prevedere la sospensione o limitazione dei diritti di traffico concessi da uno Stato UE a un Paese terzo. Nella stessa ottica si prevede che, qualora l'UE abbia stipulato un accordo sui servizi aerei con uno Stato extraeuropeo, la Commissione possa sospendere l'inchiesta se appare preferibile definire il problema ricorrendo alle procedure di risoluzione delle controversie previste in tale accordo (art. 6).

L'inchiesta, tra l'altro, può essere chiusa anche qualora si ritenga che l'adozione di misure di riparazione sarebbe contraria all'interesse dell'UE (art. 13.2.b.) che, secondo quanto indicato dall'art. 3, si incentra sull'obiettivo prioritario di tutelare gli interessi dei consumatori e mantenere un elevato livello di connettività per i passeggeri e per l'UE.

Nello stesso senso si prevede la possibilità di sospendere l'inchiesta nel caso in cui gli Stati membri interessati chiedano di affrontare la pratica distorsiva della concorrenza nell'ambito delle procedure di risoluzione delle controversie applicabili in base agli accordi sul trasporto aereo conclusi con il Paese terzo interessato (art. 2.2).

È stato evidenziato che in queste disposizioni emerge chiaramente una maggiore propensione per le soluzioni di tipo politico

piuttosto che giuridico³³, e ciò perché l'efficacia del regolamento presuppone che siano riconosciute solo denunce legittime e che si possa giungere a una conclusione in tempi rapidi.

È difficile stabilire oggi se il regolamento sarà realmente efficace nel ripristinare le condizioni di concorrenza leale, specie con riferimento a discriminazioni nascoste come gli appesantimenti di procedure burocratiche.

Quantificare e monetizzare l'impatto di queste misure, così come provare il danno che ne deriva in modo da consentire di individuare le misure finanziarie o operative da imporre che abbiano un effetto equivalente, presuppone la necessità di produrre le prove e che sia possibile fare una difficile analisi economico-finanziaria. Sebbene il regolamento conferisca alla Commissione il potere di procedere alle ispezioni nel territorio del Paese terzo, si deve ricordare che a tal fine è pur sempre necessario un preavviso; inoltre, è del tutto improbabile che siano comminate misure per il rifiuto o ritardo nel consentire l'accesso alle informazioni richieste o, in generale, a seguito della frapposizione di ostacoli allo svolgimento delle indagini, se le prove non sono veramente solide e forti³⁴.

5. C'è un ultimo aspetto che merita attenzione e concerne il rapporto tra la normativa europea con gli accordi bilaterali esistenti, soprattutto in una prospettiva di compatibilità. Il regolamento, infatti, legittima un'azione unilaterale nel contesto di un accordo bilaterale o multilaterale, attribuendo particolare forza all'interesse di un Paese europeo³⁵.

La premessa fondamentale è che l'UE ha implementato nel tempo un sistema molto rigido di controllo sugli aiuti di Stato nel contesto di un mercato trasparente. La previsione di meccanismi ca-

³³ V. A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, cit., 849.

³⁴ In tal senso v. G. GOETEYN, K. KILLICK, *The new regulation on safeguarding competition in air transport: An effective enforcement tool?*, in Expert Guides, 17 maggio 2019, at www.expertguides.com/articles/the-new-regulation-on-safeguarding-competition-in-air-transport-an-effective-enforcement-tool/arbgnw; v. anche A. LYKOTRAFITI, *What does Europe do about fair competition in international air transport? A critique of recent actions*, cit., 850.

³⁵ Su tale problematica cfr. A. LYKOTRAFITI, *op. cit.*, 855 ss.

pacì di contrastare la situazione di aiuti illegali si inserisce nel contesto della valutazione dell'effettività del regime previsto per gli aiuti di Stato, sotto lo stretto controllo della Corte di giustizia. L'applicazione delle rigide regole che presidiano il mercato dei servizi aerei in Europa ha portato all'eliminazione di molte compagnie che non sono riuscite a sopravvivere alle dinamiche del mercato, e ciò sembra conferire una sorta di legittimazione etica alla richiesta fatta agli Stati terzi di adottare le medesime regole per le proprie compagnie.

Tutta la politica europea sull'aviazione è finalizzata all'attuazione della concorrenza in molteplici livelli; un tassello importante in tal senso è la creazione di un'area aeronautica comune con i Paesi terzi confinanti, in cui la condizione per poter accedere al mercato è il rispetto delle leggi europee, comprese quelle sulla concorrenza³⁶. La legittimazione dell'Unione europea a promuovere una convergenza in molti ambiti – come quello della concorrenza – deriva proprio dalla sua inflessibilità verso le proprie compagnie, come dimostra anche il reg. 261/2004 sulla protezione dei passeggeri aeronautici, che rappresenta forse l'esempio più paradigmatico di una politica rigorosa in nome di principi superiori come la tutela del consumatore o della concorrenza.

Fatta questa premessa, si tratta di capire se il regolamento (UE) n. 712/2019 determini una situazione di contrasto con eventuali accordi bilaterali esistenti che prevedono la soluzione dei problemi di concorrenza sleale attraverso il dialogo e le consultazioni.

In realtà l'azione unilaterale prevista dal regolamento si ferma quando sono attivati i meccanismi di risoluzione previsti dall'accordo bilaterale³⁷. Sebbene, infatti, il regolamento determini uno spostamento dei poteri dallo Stato membro alla Commissione, resta comunque la competenza del primo a concludere accordi bilaterali con altri Paesi. Tra l'altro l'Unione può stipulare ASAs con Stati terzi solo nell'interesse degli Stati europei se questi le attribuiscono uno

³⁶ V. in proposito la comunicazione della Commissione *The EU's external Aviation Policy - Addressing Future Challenges* (COM(2012)556), 27 settembre 2012, cit.

³⁷ Al contrario il regolamento n. 868/2004 escludeva la possibilità di applicare qualsiasi altra disposizione derivante da eventuali ASA tra l'UE e Paesi terzi. V. art. Art. 1, in combinato disposto con il considerando n. 5.

specifico mandato. Inoltre, come già evidenziato, quando sussiste un problema di concorrenza sleale nel contesto di un accordo bilaterale, lo Stato UE mantiene il potere di bloccare l'intervento della Commissione, in modo da risolvere la questione sulla base delle procedure previste dall'accordo.

Sebbene la Commissione conservi il potere di aprire l'inchiesta qualora la pratica distortiva della concorrenza persista nonostante l'attivazione dei rimedi previsti dall'accordo, il regolamento è molto chiaro sul fatto che le misure non possono determinare una violazione di un accordo bilaterale esistente (art. 14.6).

Nel caso di accordi conclusi dall'UE con Paesi terzi, la Commissione vanta la discrezionalità di decidere se agire in base al regolamento medesimo o in base all'ASA, purché l'applicazione del primo non conduca ad una violazione del secondo (considerando n. 17).

La conclusione è che il rapporto tra il regolamento e gli accordi di traffico non è di incompatibilità ma di combinazione, perché il regolamento attribuisce maggiore coercibilità agli obblighi previsti dall'accordo, consentendo un intervento – sebbene in via di *extrema ratio* – nel caso in cui i rimedi convenzionali non siano sufficienti.

È stato acutamente osservato che, d'altronde, la coesistenza di un impianto normativo che si accompagna agli ASAs non è una novità introdotta con la disciplina europea, perché già nel 1975 gli Stati Uniti avevano approvato l'*International Air Transportation Fair Competitive Practices Act* (IATFCPA) in risposta alle pratiche discriminatorie subite da alcune compagnie americane in certi aeroporti.

In entrambi i casi si tratta di strumenti normativi nazionali che regolano aspetti che trovano una disciplina nel contesto di accordi internazionali bilaterali o multilaterali. Inoltre, sono atti normativi adottati in base alle richieste delle compagnie nazionali per problemi legati all'operatività in mercati stranieri e che, sotto le mentite spoglie del ripristino delle regole di concorrenza leale, mirano a proteggere i vettori nazionali. Sotto tale profilo il Senato americano ha sostenuto che le misure unilaterali sono pienamente conformi al diritto internazionale in base al principio di autodifesa anche nel caso in cui siano in contrasto con gli accordi bilaterali³⁸.

³⁸ Rileva A. LYKOTRAFITI, *op. cit.*, 858 che di fatto nessun provvedimento in base allo IATFCPA è mai stato preso contro un vettore straniero.

Il regolamento n. 712/2019 ha il vantaggio di arrivare molti anni dopo, in un contesto in cui negli accordi bilaterali è sempre più diffusa la codificazione del principio di leale concorrenza. Si è, in proposito, evidenziato che anche nel mercato dei servizi aerei esisterebbe un c.d. effetto Bruxelles, ossia la capacità delle misure prese all'interno dell'area unitaria di espandersi ai Paesi terzi perché tutti i vettori extracomunitari che intendono operare su tale mercato sono obbligati a rispettare gli standard europei, ma chiedono ai rispettivi governi di adottare standard corrispondenti anche a livello domestico in modo da assicurare l'applicazione delle medesime condizioni quando concorrono coi vettori nazionali nel mercato interno³⁹.

Poiché si tratta di servizi regolati dagli accordi bilaterali, l'Europa non può introdurre nuovi standard o modificare quelli esistenti senza il consenso della controparte dell'ASA. Inoltre, sebbene sia possibile denunciare l'accordo bilaterale per violazione di quanto ivi previsto, si tratta di un'ipotesi irrealistica perché ciò andrebbe a ripercuotersi su tutto il mercato aeronautico.

Infine, considerato che la concorrenza leale nel trasporto aereo internazionale dipende anche da aspetti trasversali come la tassazione, la disciplina del lavoro, la protezione dei diritti dei passeggeri, la tutela dell'ambiente, e simili, a meno che tali aspetti siano regolati dall'accordo bilaterale o da una convenzione internazionale l'UE non ha alcun diritto di regolare l'operatività delle compagnie straniere sulla base dei suoi standard sostenendo che le compagnie europee sono costrette a rispettare determinate norme.

È comunque chiaro che il processo di europeizzazione è rafforzato dal fatto che la Commissione ha il potere di negoziare gli accordi bilaterali per conto degli Stati membri e quindi di introdurre in tali ASAs alcuni parametri che hanno influenza sulla concorrenza, sulla base di quanto previsto dal regolamento n. 712/2019.

6. L'esperienza del regolamento (CE) n. 868/2004 ha mostrato quanto sia difficile prevedere adeguate misure legislative, capaci di

³⁹ V. A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, 107 *Nw. U.L.Rev.* 1, (2012), che evidenzia come tale effetto riguardi settori importanti come quello antitrust, le norme sulla privacy, la protezione della salute e dell'ambiente, la sicurezza dei prodotti alimentari. Si tratterebbe, dunque, di una vera e propria europeizzazione di molti importanti settori del commercio globale.

offrire una tutela efficace contro le pratiche commerciali sleali. La nuova disciplina prevista nel regolamento (UE) n. 712/2019 presenta ancora molte imperfezioni, tra cui gli ampi poteri discrezionali della Commissione nel decidere se avviare l'inchiesta o rigettare il ricorso in nome dell'interesse superiore dell'Unione o, ancora, le norme che prevedono la collaborazione del soggetto responsabile ai fini dell'espletamento dell'inchiesta. Non è ipotizzabile riuscire a incidere sul mercato dei servizi aerei internazionali se i dati finanziari delle compagnie non sono accessibili e se le sanzioni sono applicate solo a seguito di valutazioni politiche di carattere discrezionale.

Come già indicato, una soluzione più efficace è certamente quella che mira alla conclusione di un accordo multilaterale in cui i principali interpreti siano l'ICAO e l'OMC, come propugnato nello stesso regolamento n. 712/2019 (considerando n. 6).

Abstract

Il processo di liberalizzazione che ha interessato le compagnie europee nel contesto del mercato comune dei servizi aerei costituisce uno degli obiettivi più importanti che l'Unione europea sia riuscita a realizzare. L'esplicarsi della libera concorrenza, tuttavia, presuppone l'osservanza di regole molto stringenti per quanto concerne gli aiuti di Stato e, più in generale, postula l'adozione di comportamenti improntati al rispetto della concorrenza leale. Limiti e vincoli, però, non si estendono ai vettori extraeuropei che, con particolare riferimento ai servizi di trasporto aereo da e verso l'Europa, hanno potuto acquisire quote di mercato anche grazie all'attuazione di pratiche discriminatorie e tariffazione sleale, rese possibili dall'intervento statale, ai danni delle compagnie comunitarie. In assenza di una disciplina internazionale capace di regolare il fenomeno, l'Unione Europea è intervenuta con il regolamento (CE) n. 868/2004 – recante alcune misure e procedure finalizzate all'attuazione del principio di concorrenza leale – che, tuttavia, sin dall'inizio ha mostrato la sua totale inidoneità. Dopo 15 anni di discussioni e proposte tale disciplina è stata sostituita dal regolamento n. 712/2019 sulla cui efficacia, tuttavia, permangono dubbi e incertezza.

The process of liberalization which has affected European airlines in the context of the common market for air services is one of the most important goals which the European Union has managed to achieve. Free competition, however, requires very strict rules on State aid to be observed

and, more generally, requires the adoption of conduct which respects fair competition. Limits and constraints, however, are not extended to non-European carriers who, with reference to air transport services to and from Europe, have been able to acquire market shares also thanks to the implementation of discriminatory practices and unfair pricing, made possible by state intervention, to the detriment of EU companies. In the absence of an international framework able of regulating the phenomenon, the European Union intervened with Regulation (EC) No 868/2004 – containing some measures and procedures aimed at implementing the principle of fair competition – which, however, from the outset has demonstrated its total unsuitability. After 15 years of discussions and proposals, this framework has been replaced by Regulation No. 712/2019, whose effectiveness, however, remains uncertain and uncertain.