

Università degli Studi della Calabria
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

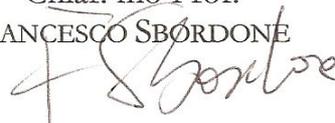
XXI CICLO

TESI DI DOTTORATO

***L'AEROPORTO NEL PROCESSO DI
LIBERALIZZAZIONE E CONCORRENZA
DEL TRASPORTO AEREO***

S.S.D. IUS/01

Supervisore
Chiar. mo Prof.
FRANCESCO SBORDONE



Dottorando
BRUNO ALESSANDRO GALLO



Coordinatore
Chiar.mo Prof.
GUERINO D'IGNAZIO



Anno Accademico 2007– 2008

INDICE

Introduzione

6

CAPITOLO I LA DISCIPLINA ANTITRUST

1. *Considerazioni preliminari sulla disciplina antitrust. Razionalizzazione della distribuzione delle risorse e superamento delle concentrazioni permanenti di potere economico.*

9

2. *Tipologie di condotte anti-concorrenziali: le intese restrittive della concorrenza.*

13

3. *Le concentrazioni e il potenziamento dell'efficienza produttiva ed allocativa.*

21

4. *L'abuso di posizione dominante. I fattori che contribuiscono a rafforzare il potere di mercato di un'impresa.*

27

5. *La tutela del consumatore nella legge antitrust. La concorrenza quale garanzia all'accesso e alla permanenza nel mercato. Concorrenza e promozione dei diritti umani.*

39

6. *L'applicazione della concorrenza ai trasporti italiani. L'Approccio ortodosso: la concorrenza come soluzione ai problemi dello Stato.*

44

7. *La liberalizzazione dei servizi di trasporto aereo e i diritti dei singoli.*

48

CAPITOLO 2 IL LIBERO MERCATO DEL TRASPORTO AEREO

| | | |
|---------|--|----|
| 1. | <i>L'evoluzione del sistema normativo nei traffici aerei internazionali.</i> | 50 |
| 2. | <i>Cenni sul passaggio dal dirigismo statale alla deregolamentazione dei traffici aerei statunitensi.</i> | 53 |
| 3. | <i>Il trasporto aereo nei paesi europei prima della realizzazione del mercato unico.</i> | 55 |
| 4. | <i>Il processo di liberalizzazione del Trasporto Aereo nell'Unione Europea: introduzione.</i> | 58 |
| 5. | <i>(segue) Un raffronto tra la derugulation americana e la liberalizzazione europea.</i> | 59 |
| 6. | <i>L'avvio del processo di liberalizzazione del Trasporto Aereo in Europa ad opera della Corte di Giustizia Europea.</i> | 61 |
| 7. | <i>La politica europea dei <<Pacchetti Aviazione>>.</i> | 62 |
| 7.1. | <i>Il <<Primo pacchetto>> ed il <<Secondo pacchetto>>.</i> | 62 |
| 7.2 | <i>Il <<Terzo pacchetto>>.</i> | 64 |
| 7.2.1 | <i>Il regolamento n. 2407/92 sul rilascio delle licenze ai vettori.</i> | 65 |
| 7.2.2 | <i>Il Regolamento 2408/92 sulla libertà di accesso ai servizi aerei intracomunitari.</i> | 67 |
| 7.2.2.1 | <i>Gli Oneri di pubblico servizio.</i> | 70 |

| | | |
|---------|---|----|
| 7.2.2.2 | <i>Il superamento della riserva di cabotaggio aeronautico.</i> | 79 |
| 7.3 | <i>Il Regolamento 2409/92 sulle tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e merci.</i> | 80 |
| 8. | <i>Gli effetti delle politiche di liberalizzazione in Europa. Brevi considerazioni sui risultati prodottisi in Italia.</i> | 83 |
| 9. | <i>Gli accordi “Open Skies” e la recente Decisione 2007/339/CE sui trasporti aerei tra la Comunità e gli Stati Uniti</i> | 87 |
| 10. | <i>La disciplina comunitaria delle infrastrutture aeroportuali: il Libro bianco del 2001 su “La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte”</i> | 92 |

CAPITOLO III IL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE TERMINALI

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | <i>Premessa.</i> | 94 |
| 2. | <i>Il problema della “congestione” aeroportuale.</i> | 96 |
| 3. | <i>L’assegnazione della capacità aeroportuale: dalle “Scheduling Procedures” al Regolamento CE 793/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio.</i> | 99 |
| 4. | <i>Il procedimento di assegnazione delle bande orarie (slot allocation).</i> | 106 |
| 5. | <i>“Slots mobility” e “secondary trading”: i chiarimenti offerti dalla Comunicazione del 30 aprile 2008 (COM-2008-227)</i> | 109 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 6. | <i>Gli aeroporti congestionati: gli slots come barriera all'entrata nel mercato del trasporto aereo.</i> | 111 |
| 7. | <i>La liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra: la direttiva 9667/CE.</i> | 116 |
| 8. | <i>Gli ostacoli all'accesso del mercato dei servizi di handling: premessa.</i> | 119 |
| 8.1 | <i>Il procedimento di selezione dei prestatori in presenza di vincoli di sicurezza, capacità e spazio disponibile.</i> | 121 |
| 8.2 | <i>Le infrastrutture centralizzate: un caso di monopolio naturale.</i> | 123 |
| 8.3 | <i>Gli obblighi di separazione contabile: l'influenza della direttiva n. 200/52/CE sulla trasparenza nelle relazioni finanziarie.</i> | 126 |
| 8.4 | <i>I limiti derivanti dall'organizzazione dei servizi aerei: obblighi di servizio pubblico e organizzazione delle bande orarie (supra).</i> | 130 |
| 8.5 | <i>Ulteriori fattori suscettibili di impedire o condizionare l'accesso al mercato: le esigenze di protezione sociale.</i> | 130 |

**CAPITOLO IV
IL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE
NELLE INFRASTRUTTURE TERMINALI**

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | <i>Premessa.</i> | 133 |
| 2. | <i>L' "aeroporto-infrastruttura" nel Codice della Navigazione. Le Fonti del diritto aeronautico. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni.</i> | |

| | |
|---|-----|
| | 135 |
| 3. <i>Le Istituzioni aeronautiche.</i> | |
| | 138 |
| 4. <i>Il regime giuridico degli aeroporti: l'impostazione originaria del Codice della Navigazione e l'introduzione delle prime forme di gestione "totale" e "parziale".</i> | |
| | 142 |
| 5. <i>Le riforme degli anni '90: le privatizzazioni e i tentativi di consolidamento dell'esistente. La gara come sistema residuale.</i> | |
| | 146 |
| 6. <i>La l. n. 265/2004 e le principali modifiche al codice della navigazione.</i> | |
| | 150 |
| 7. <i>La scelta del concessionario, profili di compatibilità con la normativa comunitaria.</i> | |
| | 152 |
| 8. <i>La vicenda delle concessioni aeroportuali nella prospettiva della Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato.</i> | |
| | 159 |
| 9. <i>L'accesso dei privati e la concorrenza sul mercato.</i> | |
| | 161 |
| 10. <i>Profili concorrenziali del rapporto di gestione Stato – concessionario. Gli investimenti pubblici.</i> | |
| | 163 |
| 11. <i>Gli aiuti di Stato al settore aeroportuale nella prospettiva della Commissione Europea.</i> | |
| | 166 |
| 12. <i>Considerazioni finali sull'evoluzione della disciplina e dei controlli sugli aeroporti.</i> | |
| | 170 |
| <i>Conclusioni</i> | 172 |
| <i>Bibliografia</i> | 177 |

INTRODUZIONE

L'aeroporto, oltre a far parte del sistema dei trasporti, è un elemento del sistema economico e di quello territoriale con cui allaccia relazioni di interdipendenza e dal quale trae risorse per il suo sviluppo.

Svolge, in un'area di operatività che molto spesso varca i confini regionali, un ruolo rilevante dal punto di vista dello sviluppo economico ed occupazionali perchè, diventando un essenziale nodo di traffico, assume le caratteristiche di un centro propulsore di attività, in grado di generare forze economiche e gravitazionali e di influenzare la localizzazione delle attività secondarie e terziarie.

Insomma, la sua presenza in un territorio non è molto dissimile da quello di una grande impresa!

Sicchè, anche l'aeroporto, ed il trasporto aereo in generale, così come ogni grande impresa mondiale, sono stati largamente interessati dai processi di liberalizzazione e privatizzazione che, negli ultimi anni, hanno introdotto elementi di concorrenzialità in un mercato sovente interessato da assetti monopolistici spesso riconducibili ad una forte presenza del “*gigante pubblico*”.

È stato, soprattutto, il delinarsi del mercato unico europeo a stimolare una maggiore apertura alla concorrenza tra vettori e a provocare la caduta delle barriere protezionistiche nazionali, determinando – coerentemente allo spirito liberale delle istituzioni comunitarie – l'ingresso dei primi operatori privati nel settore.

Nel trasporto aereo (uno dei primi settori ad aprirsi al “vento nuovo”), i risultati di tale processo di liberalizzazione hanno interessato l'intero *cast* degli “attori protagonisti”: dalle compagnie di bandiera che, sotto la minaccia dei nuovi *competitor* hanno visto progressivamente erodere il loro potere, alle società di gestione aeroportuale che, con l'ingresso dei privati, hanno mutato la loro originaria strategie trasformandosi in veri e proprie colossi industriali controllati da investitori finanziari quotati in borsa.

Il presente lavoro vuole guardare, in particolare, al percorso che ha condotto, negli ultimi anni, all'evoluzione del trasporto aereo nel comparto delle infrastrutture aeroportuali muovendo - vista la stretta connessione di queste ultime con le attività di viaggio - da un'analisi del mercato del trasporto aereo nel suo complesso.

Sicchè, fatta una preliminare e doverosa - sia pur ovviamente incompleta - incursione nell'immenso panorama concorrenziale, analizzato alla luce dei caratteri generali della disciplina civilistica nazionale e comunitaria a tutela della concorrenza e supportato da cenni agli elementi teorici di politica ed economia dei trasporti (*cap. I*), si tenterà di dar conto dei fenomeni che, "dall'esterno" (*cap. III*) e "dall'interno" (*cap. IV*), delle infrastrutture terminali ne ostacolano la completa deregolamentazione provocando danni all'utente (i vettori, i prestatori di servizi) ed al consumatore (i passeggeri) che, acquistando un biglietto, ad una certa tariffa, ha diritto alla qualità e alla sicurezza del servizio.

In quanto fenomeni che, "dall'esterno" (non riguardando direttamente le società di gestione) dell'infrastruttura aeroportuale, realizzano barriere anti-competitive verrà posta prevalentemente l'attenzione sui meccanismi di assegnazione del bande orarie (*slot*) ed oneri di pubblico servizio e sulle modalità di espletamento e rimborso dei servizi di assistenza a terra (*handling*).

Quanto invece ai processi concorrenziali che coinvolgono "internamente" le infrastrutture aeroportuali il lavoro analizzerà il regime giuridico degli aeroporti, in particolare all'interno della realtà normativa italiana, nella sua evoluzione storica e negli attuali aspetti problematici cercando di mettere in rilievo il cambiamento di ruolo attuato dai gestori trasformati, con l'ingresso dei capitali privati, da semplici *capacity provider* a veri e propri *network manager*, in grado di coordinare le attività dei vari soggetti operanti all'interno dello scalo e di gestire le relazioni con i vettori e con gli altri operatori in un clima di piena apertura alla concorrenza.

L'analisi sopra delineata verrà condotta alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale consolidatosi a livello nazionale ed europeo avendosi riguardo, in particolare, di orientarla nel solco tracciato dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea e dell'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato per fare emergere le criticità – in termini di compatibilità con la disciplina comunitaria – proprie dei diversi ambiti presi in esame .

Un tale “*master plan*” critico – esplorativo, che non potrà inoltre prescindere dal riferimento alla materia degli aiuti di stato al settore aeroportuale, troverà il suo punto di partenza in un'analisi storico – comparativa delle politiche industriali adottate nel mercato del trasporto aereo negli Stati Uniti (indispensabile mercato di riferimento in materia) e in Europa, dalla stretta regolamentazione che ha caratterizzato gran parte del secolo scorso, al recupero dei meccanismi di libero mercato intervenuto negli ultimi decenni (*cap. II*).

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA ANTITRUST

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sulla disciplina *antitrust*. Razionalizzazione della distribuzione delle risorse e superamento delle concentrazioni permanenti di potere economico. – 2. Le intese restrittive della concorrenza. – 3. Le concentrazioni e il potenziamento dell'efficienza produttiva ed allocativa. – 4. L'abuso di posizione dominante. I fattori che contribuiscono a rafforzare il potere di mercato di un'impresa. – 5. La tutela del consumatore nella legge *antitrust*. La concorrenza quale garanzia all'accesso e alla permanenza nel mercato. Concorrenza e promozione dei diritti umani. – 6. L'applicazione della concorrenza ai trasporti italiani. L'Approccio ortodosso: la concorrenza come soluzione ai problemi dello Stato. - 7. La liberalizzazione dei servizi di trasporto aereo e i diritti dei singoli

1. *Considerazioni preliminari sulla disciplina antitrust. Razionalizzazione della distribuzione delle risorse e superamento delle concentrazioni permanenti di potere economico.*

Finalità delle normative *antitrust*, nate con l'affermazione del liberismo e sviluppatesi sotto la pressione della teoria economica propugnatrice del mercato concorrenziale quale strumento per assicurare la massima efficienza nelle scelte economiche¹, è quella di controllare le condotte d'impresa volte a limitare ingiustificatamente l'attività dei concorrenti e a creare, rafforzare e sfruttare situazioni di mercato che consentano loro di praticare, direttamente o indirettamente, prezzi o altre condizioni contrattuali deteriori per i contraenti, rispetto a quelle che si avrebbero, invece, in un contesto di mercato concorrenziale².

Sebbene, spesso, le finalità delle norme antimonopolistiche non siano esplicitamente indicate nelle leggi e la loro corretta individuazione sia particolarmente controversa, può ritenersi che tra queste vi sia, in primo

¹ CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, III ed., Bari, 2004, p.145

² In questi termini, DENOZZA F., *Antitrust, Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1998, p. 18.

luogo, *la tutela della struttura concorrenziale del mercato, l'efficienza economica e, loro tramite, il benessere sociale*³.

Le modalità attraverso le quali perseguire tali obiettivi sono variate sensibilmente sotto il peso delle diverse dottrine economiche e politiche che hanno influenzato l'applicazione delle normative antitrust⁴, ovvero a seconda della stessa rilevanza assunta dall'analisi economica in diversi contesti storici, geografici ed economici.

Una delle impostazioni teoriche più celebri è stata quella elaborata dalla scuola americana⁵ di Chicago negli anni cinquanta, secondo cui la *ratio* delle norme *antitrust* consiste nel benessere complessivo dei consumatori (*consumer welfare*), inteso come benessere della collettività globalmente considerata nel senso di efficienza globale del sistema economico, con una sostanziale indifferenza circa il problema della distribuzione delle risorse, cioè riguardo l'identità dei soggetti destinatari, rispettivamente, delle perdite o dei guadagni derivanti da una determinata politica di concorrenza, considerando come *efficiente* anche quella politica di concorrenza che procuri alle imprese un vantaggio maggiore delle perdite arrecate ai consumatori⁶.

3 Sugli obiettivi della concorrenza, cfr. anche OCSE, *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, 1999, p. 2. In relazione agli obiettivi della politica di concorrenza, si vedano i contributi alla tavola rotonda tenutasi nel giugno 1997, presso l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole. Si rinvia, infatti, a *European Competition Law Annual 1997: Objectives of competition policy*, a cura di C.D EHLERMANN, L.L. LAUDATI, Oxford, 1998.

4 Le normative *antitrust* possono avere a fondamento diverse nozioni di benessere sociale: il *surplus* del consumatore, il *surplus* totale del mercato, il *surplus* totale anche in altri mercati. Sul punto, cfr. P.S. CRAMPTON, *Alternative approaches to competition law*, *World competition*, vol. 17, n. 3, 1994, p. 55.; POLO M., GREZZI F., PREITE D., *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A. DEL MONTE, Bologna, 1997, p. 83.

⁵ L'America è stata sempre all'avanguardia in materia adottando la prima legislazione antitrust che prende origine da uno strumento, il trust appunto (oggi non più vietato in America e non esistente in altri paesi), utilizzato per aggirare le disposizioni vigenti che vietavano alle società per azioni di essere azioniste di altre società;

⁶ Le idee portanti della scuola di Chicago sono state elaborate da BORK R., BOWMAN W., MCGEE J. e TELSER G.L.. L'opera che rappresenta in maniera più completa la posizione della scuola è probabilmente quella di BORK R., *The antitrust paradox* (New York, 1978; II ed., 1993). Cfr. anche MANGINI V., *La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90*, in *Riv. Dir. Ind.*, I, 1995, p. 191.

Obiettivi ulteriori (ad esempio, di tutela delle piccole e medie imprese, di correttezza nei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori, di integrazione dei mercati, etc.) sono stati perseguiti anche se non strettamente correlati alle finalità di tutela della concorrenza nel senso sopra esplicitato.

In generale, si ritiene che in una economia di mercato la concorrenza, oltre a razionalizzare l'allocazione delle risorse, ad evitare le concentrazioni permanenti di potere economico, a favorire l'accesso ai mercati di nuovi operatori, spinga le imprese ad un continuo aumento delle quantità, varietà, qualità ed innovazione di prodotti e servizi e ad un costante ribasso dei prezzi verso il prezzo di costo, accrescendo le possibilità di scelta dei consumatori.

La concorrenza si configura, insomma, come uno strumento di «democrazia economica»⁷, oltre che di salvaguardia degli interessi generali della collettività e dei consumatori.

La concezione del mercato come valore da tutelare e difendere, in quanto promotore di efficienza economica e produttiva, tramite regole volte a garantire la permanenza in esso di condizioni di libera concorrenza, è penetrata nella cultura economica e giuridica del nostro paese in tempi recenti e di riflesso rispetto all'ordinamento comunitario, nel quale la tutela della concorrenza ha trovato sin dall'inizio la sua solenne affermazione in una pluralità di norme del Trattato CE, costituendone uno degli obiettivi principali (artt. 2 e 3 lett. g)⁸.

Le regole comunitarie di concorrenza mirano a rafforzare la quattro libertà di circolazione e sono dettate affinché non venga impedito, ristretto o falsato il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, avvertendo,

7 Sui rapporti fra potere privato, libertà economica e intervento pubblico, cfr. AMATO A., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998.

8 In dottrina è stato affermato che i valori ai quali «s'ispira l'intero sistema comunitario sono quelli cd. liberali dell'economia di mercato, nel rispetto dei quali il grande mercato europeo deve consentire agli imprenditori di competere tra loro ad armi pari e sulla base delle rispettive capacità e possibilità; ed ai consumatori di scegliere i prodotti e i servizi che ritengono migliori e dove siano più convenienti». Cfr. TESAURO G., *Diritto Comunitario*, II ed., Padova, 2001, p. 526. Tra i molti autori che scrutano nei segni della conseguita emancipazione della concorrenza, IRTI N., *Iniziativa privata e concorrenza*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 225 ss, precisa che «la scelta del metodo competitivo non sta nella Carta repubblicana del 1948, ma nei Trattati europei».

sin d'ora, che tale è stato considerato non solo tutto un mercato nazionale, ma anche singole parti di esso.

In Italia, solo dopo un lungo dibattito svoltosi, in una prima fase, negli anni Cinquanta e Sessanta⁹ e, successivamente, negli anni Ottanta, è stata introdotta la legge n. 287/90, del 10 ottobre del 1990, quale disciplina generale a tutela della libera concorrenza e del funzionamento del mercato¹⁰.

La normativa si caratterizza, da un lato, per l'affermazione del diritto di ciascuno e di tutti di competere nel mercato e, dall'altro, per la limitazione della libertà di iniziativa economica dei singoli là dove il suo esercizio, tramite condotte configuranti intese, sfruttamento abusivo di posizione dominante ed operazioni di concentrazione, pregiudichi la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato.

Nei paragrafi che seguono si tenterà di delineare i caratteri generali della disciplina nazionale a tutela della concorrenza¹¹, procedendo ad una disamina delle suddette condotte ivi delineate con riferimento sia alle disposizioni contenute nel Trattato CE e nella legge italiana *antitrust*, sia agli orientamenti dell'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* e della Corte di Giustizia Europea.

⁹ Sul tema tra i primi autori, ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e beni materiali*, Milano, 1960.

¹⁰ Sottolinea l'assenza di una cultura della concorrenza nel nostro Paese anche per il convincimento, diffuso negli anni '70, che il modello di sviluppo disegnato dalla volontà politica potesse e dovesse sovrapporsi ai meccanismi di mercato, SANTORO PASSARELLI G., *Le «ragioni» dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in VETTORI G. (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005, p. 108. Non può non osservarsi che nell'arco di quest'ultimo decennio, il *nomen* stesso di concorrenza si è espanso a macchia d'olio nella letteratura e nei documenti giuridici: a seguito dell'art. 3 della legge cost. 18 ottobre 2001 n. 3, adesso fa mostra di sé nel 2 comma, lett. e), dell'art. 117 Cost.; è penetrato in testi normativi per disparati settori; è entrato nel linguaggio e nelle sentenze della giurisprudenza; è vocabolo largamente diffuso nei documenti degli organi comunitari e in quelli delle Autorità disseminate nel nostro sistema. Eppure, come significativamente osserva ARAGIUSTO M., *Dinamiche della concorrenza*, Padova, 2006, p. 75, «nonostante questo successo, il suo significato ed il suo concetto restano, nonostante tutto ed anche ora, sostanzialmente indefiniti, naturalmente acquisiti, troppo scontati ed usati quasi di riflesso».

¹¹ Accanto alla disciplina generale della concorrenza, il nostro paese oggi può contare su discipline speciali relative alle comunicazioni sonore e televisive, alla multimedialità, all'editoria anche elettronica, alla pubblicità radiofonica e televisiva ed al credito

Una tale visuale caratterizzerà, altresì, l'intero lavoro di ricerca che verrà sviluppato nei capitoli che seguiranno.

2. Tipologie di condotte anti-concorrenziali: le intese restrittive della concorrenza

Com'è noto, la legge a tutela della concorrenza è strettamente modellata, nelle disposizioni sostanziali, sulle corrispondenti regole di concorrenza comunitarie, segnatamente gli artt. 81, 82 e 86 del Trattato CE ed il Regolamento sul controllo delle concentrazioni n. 4064/89¹²: conformemente con le previsioni comunitarie, infatti, anche la disciplina nazionale censura le intese fra due (o più) imprese che abbiano come oggetto ed effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza¹³.

La stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in occasione dell'annuale relazione del 1995, muovendo dalla concezione dell'intesa come concertazione idonea a sostituire all'autonomia dei comportamenti di due o più imprese una forma di coordinamento degli stessi, ha sottolineato pertanto come ogni forma di coordinamento o di cooperazione fra imprese deve essere valutata alla luce del principio secondo il quale, in un sistema concorrenziale, ciascun imprenditore deve essere libero di determinare autonomamente la propria condotta.

Si osservi come la nozione generale d'intesa, che dal punto di vista lessicale si esaurisce nel suo sinonimo di accordo, viene poi scomposta, tanto nel dettato legislativo comunitario quanto in quello nazionale, nelle

¹² Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, *relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese*, pubblicato in G.U.C.E. del 30.12.1989, L 395. A riguardo, va inoltre ricordato il criterio ermeneutico «comunitario» contenuto nell'art. 1, comma 4, l. n. 287/90, ritenuto dalla giurisprudenza vincolante nell'applicazione della legge.

¹³ Una differenza di rilievo fra il testo legislativo comunitario e nazionale viene individuata nel riferimento, che non appare nell'art. 81.1 del Trattato CE, alla capacità di alterare «in maniera consistente» la concorrenza, come presupposto di applicazione dei divieti contenuti nell'art. 2.2 legge n. 287/1990. Tuttavia, il criterio della «consistenza» sembra essere non dissimile da quello elaborato dagli organi comunitari, che richiedono che il pregiudizio anticoncorrenziale sia «sensibile» e tale da reclamarne la repressione.

sottocategorie delle decisioni (o deliberazioni) di associazioni d'impres e delle pratiche concordate.

Quanto al termine accordo, è opinione assai diffusa che esso indichi qualsivoglia incontro di volontà proveniente da una pluralità di soggetti indipendenti, prescindendo dalla circostanza che abbia dato luogo ad obbligazioni giuridicamente vincolanti (tali sono, quindi, da considerare anche l'attuazione di fatto di una semplice lettera d'intenti, c.d. *gentlement's agreements*, o anche l'acquiescenza tacita ad una proposta o clausola contrattuale.

Ciò, pertanto, sembra rendere pressoché superflua l'introduzione della "pratica concordata" come fattispecie distinta: è opinione condivisa che anch'essa consista in ogni sorta di coordinamento consapevole dell'attività di più imprese, risultante esclusivamente da comportamenti concludenti, frutto di una concertazione di per sé idonea a produrre obbligazioni giuridicamente rilevanti¹⁴.

Del pari indifferente ai fini della ricorrenza della fattispecie vietata, è il carattere giuridicamente obbligatorio delle "decisioni di associazioni di imprese" con le quali ci si riferisce a manifestazioni collettive di volontà poste in essere da imprese partecipanti, anche in via temporanea, ad un'organizzazione comune, dirette al coordinamento dei rispettivi comportamenti¹⁵.

Preliminare, tuttavia, all'applicazione delle disposizioni in esame è l'esatta definizione della nozione d'impresa e, con essa, dell'ambito dei soggetti destinatari di queste.

Gli organi comunitari, in assenza di indicazioni legislative precise, hanno privilegiato un approccio di tipo pragmatico, volto all'osservazione del caso concreto, che prescinde dall'individuazione di quegli elementi considerati, invece, essenziali dagli ordinamenti interni. Tale impostazione ha consentito di pervenire alla formula secondo la quale «*nel contesto del diritto*

¹⁴ AGCM, caso Bracco-BYK Golden Italia, in Boll. 47/2000.

¹⁵ A.G.C.M., Relazione annuale 1999, 30 aprile 2000.

della concorrenza la qualifica d'impresa si applica a qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento»¹⁶.

In questa prospettiva sono stati riconosciuti come “imprese”, oltre alle entità individuali o collettive tradizionalmente riconducibili alla nozione fornita dall'art. 2082 del nostro codice civile: a) le associazioni imprenditoriali di categoria ancorché non aventi scopi di lucro e non svolgenti alcuna attività economica¹⁷; b) il titolare di un brevetto che lo abbia concesso in licenza; c) l'artista interprete che effettui saltuariamente utilizzazioni commerciali della propria voce; d) gli esercenti una professione intellettuale protetta e i relativi ordini o collegi professionali¹⁸; e) i lavoratori autonomi (amministratori di condominio); l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato¹⁹.

È evidente, quindi, come l'approccio al concetto d'impresa sia sensibilmente più flessibile rispetto alla nozione civilistica desumibile dall'art. 2082 c.c., in quanto si considerano assoggettabili alla legge *antitrust* ipotesi certamente prive di taluno dei requisiti enunciati da quella norma²⁰.

Ai sensi degli artt. 81.1 del Trattato CE e della l. n. 287/190, l'intesa vietata deve avere per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza.

Stante il carattere alternativo del binomio (oggetto od effetto) enunciato dal dato normativo, può dirsi che a causa dei suoi effetti ben potrebbe essere vietato un accordo che non abbia l'oggetto (cioè l'obiettivo o scopo) di limitare o escludere la concorrenza. Per contro, una valutazione

¹⁶ Corte Giust. CE, 23 aprile 1991, caso Höfner-Macroton, in *Raccolta* 1991, I, p. 2010 e, già prima, in Corte Giust. CE, 13 Luglio 1966, caso Italia - Consiglio e Commissione, in *Raccolta*, 1966, p. 295; Cfr., anche, AGCM, caso Agip Petroli-API-ESSO-Petroven, in Boll. 7/2000. La nozione ampia di impresa è accolta anche dalla giurisprudenza nazionale: cfr. Tar Lazio, sez. I., 476/962000, Ordini Professionali, in *Foro it.*, n. 4/2000, con nota di L. DI VIA e R. PARDOLESI.

¹⁷ Si veda il caso sopra citato Agip Petroli-API-ESSO-Petroven, in Boll. 7/2000.

¹⁸ 18 Corte Giust. CE, 19 Febbraio 2002, caso *Algemene Rad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in *Giur. comm.*, 2003, II, 204 nonché AGCM, caso Ordine dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, in Boll. 8/2002 e AGCM, caso Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro in Boll. 27/2000.

¹⁹ AGCM, caso Variazioni di prezzo, ecc., in Boll. 11/2003.

²⁰ DONATIVI V. e APPIO C.L., in *Commentario diritto della concorrenza*, a cura di UBERTAZZI L.C., Padova, 2004, p. 2029 ss. e p. 2309 ss.

dell'accordo sotto l'esclusivo profilo del suo oggetto, e senza tener conto dei suoi effetti, può indurre a ritenerlo come "intrinsecamente" idoneo a falsare o restringere il libero gioco della concorrenza e condannabile in quanto tale.

Ai fini di ogni giudizio in merito ai comportamenti concorrenziali delle imprese, particolare importanza riveste la corretta individuazione del *c.d. mercato rilevante* vale a dire dell'ambito merceologico e geografico relativamente al quale detti comportamenti sono destinati a produrre i loro effetti restrittivi ed in cui quest'ultimi devono essere apprezzati²¹.

La regola generale è quella che considera mercato rilevante del prodotto quello relativo, oltre che a prodotti identici o affini, anche a quelli valutati nella percezione dei consumatori come intercambiabili in ragione della loro natura e caratteristiche, del prezzo e dell'impiego.

Sotto il profilo geografico, la Commissione CE ha adottato la nozione secondo la quale «*il mercato geografico rilevante è costituito dal territorio interno della Comunità nel quale l'accordo produce i suoi effetti. Tale territorio sarà quello dell'insieme del mercato comune quando i prodotti contrattuali formano regolarmente oggetto di offerta e di domanda in tutti gli Stati membri. Quando i prodotti contrattuali non possono essere offerti e richiesti o sono offerti e richiesti in quantitativi limitati o in modo irregolare in una parte del mercato comune, quest'ultima non deve essere presa in considerazione*».

Le norme di cui agli artt. 81.1 del Trattato CEE e 2.2 l. n. 287/1990 forniscono un'elencazione esemplificativa delle pratiche vietate.

I divieti legislativi si appuntano nei confronti tanto delle imprese orizzontali (cioè tra soggetti operanti nella stessa fase del processo produttivo) quanto di quelle verticali (fra imprese operanti a livello diverso

²¹ Sulla definizione del "mercato rilevante", cfr., tra gli altri, BRUZZONE G., *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza, Temi e Problemi*, 1 (a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), giugno 1995; BRIONES ALONSO J., *Market Definition in the Community's Merger Control Policy*, in *European Competition L. ReCfr.*, 1994, p. 195 ss.; FISHWICK F., *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy*, Luxembourg, 1986; NIUTTA A., *Il mercato rilevante*, in GHIDINI G., LIBONATI B. e MARCHETTI P., *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 1/1993, Milano, 1993, p. 148 ss.

del processo stesso, ad es. fra fabbricanti e distributori, grossisti e dettaglianti).

Prima di dare atto, in conclusione, delle fattispecie espressamente vietate, è utile sfatare la netta distinzione che spesso viene fatta rispetto alla figura dell'*abuso di posizione dominante* sulla base del solo presupposto che mentre quest'ultima fattispecie può ontologicamente consistere nel comportamento unilaterale di un'impresa, l'intesa consiste in un atto giuridico la cui esistenza presuppone necessariamente la presenza di almeno due imprese.

Da una parte, infatti, lo stesso legislatore (artt. 82 Trattato CE e 3 l. n. 287/90) sanziona espressamente l'abuso di posizione dominante come figura di illecito concorrenziale imputabile ad "una e più imprese"; dall'altro, in dottrina, si è sostenuto che «un'intesa altro non è che un accordo fra imprese per raggiungere una posizione dominante collettiva» che consente alle imprese coalizzate di attuare uno o più comportamenti definiti dalla legge come abusivi²².

Per quanto concerne le fattispecie espressamente vietate esse sono consistenti in accordi diretti a:

a) «*fissare direttamente o indirettamente i prezzi di acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione*»: vi rientrano le azioni concertate dirette a determinare collettivamente i prezzi (minimi o massimi) tariffe orarie, sconti o ribassi; gli "accordi orizzontali" relativi alle "condizioni di contratto", espressione con la quale ci si riferisce ad ipotesi per lo più destinate ad influenzare, attraverso i costi, il prezzo finale globale della transazione, come nel caso di clausole relative alla prestazione di garanzia e di servizi di assistenza alla clientela, ai termini di pagamento, agli interessi praticati per pagamenti dilazionati, ai costi di consegna etc.; le "intese verticali sui prezzi" come, ad esempio, l'imposizione da parte dei produttori del prezzo di rivendita ai distributori del prodotto (*resale price maintenance* RPM);

²² DELLI PRISCOLI L., *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano, 2002, p. 54 ss.

b) «*limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico e gli investimenti*»: in questa direzione vanno gli accordi diretti all'assegnazione a ciascuna dell'impresa partecipanti di una propria quota di produzione o di vendita. Sono, ad esempio, considerate tecniche contrattuali verticali dirette alla limitazione degli sbocchi, gli accordi di approvvigionamento esclusivo in cui all'acquirente-utilizzatore abituale di un determinato prodotto viene imposto di rifornirsi in via totale o prevalente presso un dato fornitore, con effetto della esclusione dalle contrattazioni dei concorrenti di quest'ultimo; lo stesso risultato, inoltre, può essere conseguito senza l'assunzione da parte dell'acquirente di un vero e proprio obbligo contrattuale, ma mediante la previsione di sconti quale contropartita della sua fedeltà al prodotto²³. Riguardo poi alle limitazioni dello sviluppo tecnico, la Commissione CE ha individuato una serie di clausole inserite in accordi di ricerca e sviluppo idonee a produrre tali effetti indesiderati (ad es., clausole nelle quali si prevedono restrizioni al libero sfruttamento di progetti tecnici).

c) «*la ripartizione dei mercati*»: vi rientrano tutti quegli accordi il cui fine è quello di suddividere un determinato territorio in tanti mercati quante sono le imprese partecipanti, cosicché all'interno di essi ciascuna impresa possa agire indisturbata da ogni concorrenza esterna. Siffatte pratiche hanno costituito motivo di ulteriore preoccupazione per le autorità preposte alla applicazione del diritto comunitario, poiché se l'assegnazione delle rispettive zone a ciascuna delle imprese è ritagliata lungo i confini del territorio di due o più stati membri, effetto immaneabile sarà quella «compartimentazione dei mercati nazionali» tradizionalmente invisata agli organi comunitari, in quanto ritenuta in evidente contraddizione con il principio della libera circolazione delle merci all'interno della CE, sancito dall'art. 30 del Trattato. Si spiega, conseguentemente, la resistenza opposta alle clausole inserite in contratti di distribuzione con l'intento di creare una «protezione territoriale assoluta» a favore di ciascun distributore di un prodotto, perseguito mediante

23 Corte Giust. CE, 16 dicembre 1975, caso Industria europea dello zucchero, in *Raccolta*, 1975, p. 1663; Tar Lazio, 28 Gennaio 2000 n° 466, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 640.

l'imposizione a tutti gli altri appartenenti alla rete distributiva del divieto di vendere al di fuori dei rispettivi territori contrattuali (*export bans*)²⁴.

d) «*le pratiche discriminanti*»: tali si considerano quegli accordi intesi ad «applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare in questi ultimi uno svantaggio alla concorrenza». Il testo nazionale richiede espressamente che gli svantaggi subiti dagli altri contraenti siano “ingiustificati”. Deve, ovviamente, trattarsi di comportamenti discriminatori che siano il frutto di una manovra concertata, e non determinati da una decisione unilaterale, a sua volta, eventualmente, apprezzabile sotto il profilo dell'abuso di posizione dominante. Si è correttamente affermato che la norma in esame impone alle imprese di conformare le proprie condotte negoziali alla osservanza di un criterio di proporzionalità fra le condizioni di prezzo (e gli altri termini dell'offerta) praticati ai costi affrontati²⁵. Sotto questo profilo, se appare giustificato il comportamento dell'imprenditore che pratica condizioni contrattuali più favorevoli nei riguardi di talune categorie di clienti a fronte di maggiori quantità di merci acquistate o di minori costi sostenuti, non altrettanto deve dirsi quanto ai termini di offerta differenziati che non trovano alcun riscontro in obiettive differenze delle controprestazioni degli acquirenti, ma appaiono praticate, ad esempio, allo scopo di favorire taluni canali di distribuzione piuttosto che altri. Quando la condotta discriminatoria assuma, poi, le forme del rifiuto collettivo concertato da più imprese in collusione di entrare in rapporti giuridici con un determinato soggetto, allo scopo di provocarne l'esclusione dal mercato, si parla di *boicottaggio*, pratica ritenuta particolarmente lesiva della libertà contrattuale²⁶, cui si riconducono i sistemi di distribuzione selettiva nei quali il fornitore si obbliga a vendere i prodotti o

24 Corte Giust. CE, 30 giugno 1966, caso *Technique Minière*, in *Raccolta*, 1966, p. 261; Corte Giust. CE, 13 luglio 1966, caso *Grundig – Consten*, in *Giur. it.* 1966, I, 1, c. 1345, con nota di GORI.

25 MANSANI L., *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, in Riv. dir. comm., 1995, I, 55 ss., spec. p. 102 ss.

26 Commissione CE, 23 Luglio 1974, caso *Carte da parati in Belgio*, in G.U.C.E. n. L237; AGCM, caso *Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*, in Boll. 5/2000.

i servizi oggetto del contratto soltanto, direttamente o indirettamente, a distributori selezionati e che si impegnano a non vendere tali prodotti se non a rivenditori autorizzati²⁷.

e) «*le clausole gemellate*»: tali sono considerate quelle aventi lo scopo di «subordinare la conclusione di contratti da parte degli altri contraenti a prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi». Trattasi della nota fattispecie denominata *tying* che, pur riguardando per lo più ipotesi di abuso di posizione dominante (in quanto è presumibile che soltanto l'impresa detentrica di un forte potere di mercato sia in grado di imporre ai propri contraenti le prestazioni ulteriori alle quali allude la norma), rilevano sotto il profilo delle intese restrittive quando consentono ad una impresa che già detiene un sensibile potere economico di estenderlo anche in un mercato contiguo, determinando un effetto di interdizione nei confronti dei concorrenti operanti in tale mercato²⁸.

Agli artt. 81.3 del Trattato CE e 4.1 della Legge n. 287/1990 sono contemplate le condizioni in presenza delle quali agli organi rispettivamente competenti è attribuito il potere discrezionale di esentare dall'applicazione dei divieti precedentemente menzionati determinate pratiche restrittive.

La deroga, che viene accordata sulla scorta di una valutazione comparativa dei danni e benefici provocati da una determinata intesa, ha la capacità di “disattivare” nei riguardi di questa la portata sanzionatoria del divieto.

Tra le condizioni di esenzione si annoverano: il miglioramento produttivo o distributivo conseguente ad un'intesa; i vantaggi che

²⁷ Questa fattispecie non è mai stata sottoposta a regolamentazione di esenzione specifica, ma si è posta spesso all'attenzione degli organi comunitari: si veda Corte Giust. CE, 25 ottobre 1997, caso Metro – Saba I, in *Foro it.* 1978, IV, c. 65, con nota di R. PARDOLESI; Corte Giust. CE, 22 ottobre 1986, caso Metro – Saba II, in *Raccolta*, 1986, p. 3021.

²⁸ Si pensi, ad esempio, agli obblighi imposti ad acquirenti di attrezzature veliche per *windsurf* di acquistare anche le relative tavole di legno: cfr. Corte Giust. CE, 25 febbraio 1986, caso *Windsurfing International*, in *Raccolta*, 1986, p. 611; o all'obbligo imposto agli acquirenti di macchine automatiche per il confezionamento di prodotti di acquistare anche il relativo materiale di imballaggio: Cfr., per tutte, Commissione CE, 4 luglio 1991, caso Tetra Pak II, in , in *G.U.C.E.*, 18 marzo 1992, 1.

scaturiscono dall'accordo che vanno ad interessare in modo sostanziale i terzi estranei all'accordo, come i consumatori finali e gli acquirenti di prodotti intermedi; l'indispensabilità delle restrizioni e la mancata eliminazione della concorrenza.

3. Le concentrazioni e il potenziamento dell'efficienza produttiva ed allocativa.

Con il termine “*concentrazione*” si è soliti indicare il risultato di un processo all'esito del quale un'impresa si rafforza sul mercato non già in virtù di una crescita interna, bensì attingendo ad economie di terzi²⁹.

In particolare l'art. 3 del Reg. 139/2004³⁰ stabilisce che si ha un'operazione di concentrazione “*quando si produce una modifica duratura del controllo delle imprese interessate e pertanto nella struttura del mercato*”.

Un tale risultato può essere conseguito, sul piano pratico, attraverso una pluralità di strumenti giuridici idonei a produrre una modifica duratura nella struttura delle imprese interessate³¹. Il fenomeno in questione è da tempo studiato nell'ambito delle discipline economiche, dove viene considerato uno strumento potenzialmente in grado di realizzare notevoli vantaggi per le imprese sia sotto il profilo dell'efficienza produttiva (risparmio di costi, economie di scala, incremento del potere di mercato) sia di quella allocativa³².

²⁹ NOTARIM., *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, Milano, 1996, p. 51.

³⁰ Reg. 139/2004 del Consiglio del 20/01/2004 sul controllo delle concentrazioni

³¹ Così, già, la Commissione CE nel Memorandum sulle concentrazioni, 1965, 1188; nonché nei considerando, 9, 12 e 23 premessi al reg. n. 4064/89.

³² Su entrambi i profili, cfr. CARLTON D.W. e PERLOFF J.M., *Organizzazione industriale*, Milano, 1997, p. 40; DENOZZA F., *Il disegno di legge antitrust: qualche problema tecnico*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 760.

Poiché la concentrazione rappresenta uno strumento di crescita delle imprese e di razionalizzazione del mercato, essa gode di “buona fama” che si riflette anche sulla valutazione dal punto di vista concorrenziale.

Rispetto alle altre figure tipizzate dal diritto *antitrust*, infatti, usufruisce di un trattamento più favorevole, in quanto non forma oggetto di un esplicito divieto, ma viene sottoposta ad un esame preventivo volto a stabilire, caso per caso, se essa produca effetti tali da «*eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza*» (art. 6 , l. n. 287/1990).

Inoltre, non tutte le concentrazioni sono sottoposte al vaglio dell’ autorità *antitrust*, ma solo quelle che superino determinate soglie di fatturato, il che restringe l’ ambito di applicazione della disciplina in esame.

Non si può non rilevare, tuttavia, che gli effetti che una concentrazione è in grado di produrre sul libero gioco della concorrenza non sono poi così diversi da quelli che potrebbero rilevare da un’ intesa; anzi, a ben guardare, quelli derivanti da un’ operazione di concentrazione potrebbero risultare addirittura più dannosi, dal momento che incidono non solamente sui comportamenti delle imprese interessate, ma direttamente sulla loro struttura, alterando in modo irreversibile l’ assetto concorrenziale del mercato.

Sotto questo aspetto, la tradizionale distinzione tra le due fattispecie non spiega perché le concentrazioni dovrebbero godere di un trattamento più favorevole di quello riservato alle intese³³, ma dovrebbe indurre a conclusioni opposte a quelle accolte dal legislatore.

Del resto, anche i margini per distinguere tra una posizione dominante conquistata attraverso una crescita endogena dell’ impresa e l’ analoga situazione conseguente ad un’ operazione di concentrazione appaiono esigui, soprattutto se esaminati alla luce della scelta di vietare gli abusi che da essa possono derivare, anziché la posizione dominante in sé.

³³ NOTARI M., *o.u.c.*, p. 123; OSTI C., *Operazioni di concentrazione. Aspetti sostanziali*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Bologna, 1993, p. 544.

Se il controllo sulle concentrazioni è anche, come da più parti si sostiene³⁴, strumento per arginare la crescita del potere economico *tout court*, coerenza vorrebbe che il (quasi) monopolio fosse bandito in quanto tale, a prescindere dallo strumento utilizzato per conquistarlo; ovvero, all'opposto, come tale accettato, salvo poi reprimerne gli abusi.

Pare, dunque, che il sacrificio concorrenziale che inevitabilmente si accompagna ad ogni operazione di concentrazione viene tollerato non tanto per la diversità e meno pericolosità di tale figura rispetto alle altre fattispecie tipiche del diritto *antitrust*, quanto, piuttosto, per un bilanciamento di interessi operato dallo stesso legislatore "a monte" della disciplina in esame, tra le ragioni dell'efficienza e quelle del mercato.

Il problema sostanziale che affiora è quello di stabilire fino a che punto le prime debbano prevalere sulle seconde e quale sia il limite oltre il quale non ci si possa spingere nel sacrificio della concorrenza.

Si osserva come sia a livello comunitario sia nazionale le Autorità *antitrust* ricorrono ormai allo strumento dell'autorizzazione condizionata per realizzare in via "negoziale" finalità non dissimili, individuando caso per caso le misure atte a riportare ed a contenere entro limiti accettabili il sacrificio concorrenziale derivante dall'operazione notificata.

Relativamente alla nozione ed alle forme giuridiche di concentrazione non sorprende, in considerazione della difficoltà di trasporre sul piano giuridico effetti economici idonei ad alterare la struttura del mercato, che il legislatore non abbia definito che cos'è una concentrazione ma si sia limitato a descrivere in che modo essa si può realizzare.

Tanto l'art. 3 del reg. n. 4064/1989/CE quanto l'art. 5 della legge italiana, infatti, pur essendo dedicati alla descrizione della fattispecie in esame, si limitano a fornire un mero elenco (peraltro non tassativo) di negozi giuridici attraverso i quali è possibile realizzare una concentrazione tra imprese: a) la fusione; b) l'acquisizione del controllo su un'impresa o su parti di essa; c) la costituzione di un'impresa comune.

³⁴ AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 79.

Tra gli elementi che devono caratterizzare il processo di concentrazione vengono espressamente menzionati l'*indipendenza* delle imprese interessate, da intendersi nel senso di non appartenenza delle stesse ad un medesimo gruppo, ed il carattere duraturo della modifica e degli effetti che ne derivano da accertare caso per caso in relazione alle specifiche modalità con le quali l'operazione viene realizzata.

Non viene, invece, annoverata tra gli elementi della fattispecie in esame la diminuzione del numero dei concorrenti, la quale si ritiene al più una conseguenza normale di alcune forme di concentrazione, essendo a tal fine sufficiente anche il semplice indebolimento della capacità produttiva dell'avversario o, addirittura, secondo alcuni, la possibilità di ostacolarne la crescita³⁵.

Riguardo al criterio utilizzato per definire l'area di intervento dell'autorità *antitrust*, sia in ambito comunitario che interno, si fa riferimento alla dimensione economica dell'operazione, da misurarsi a sua volta in base al fatturato realizzato dalle imprese interessate³⁶ all'operazione.

Ai fini di tale calcolo è, a sua volta, necessario procedere all'esatta individuazione delle imprese interessate.

A proposito deve osservarsi come la nozione di impresa interessata ad un'operazione di concentrazione questa varia in ragione dello strumento giuridico a tal fine adoperato: nella *fusione per incorporazione* , ad esempio, le imprese interessate saranno le società che prendono parte all'operazione in qualità di incorporante e di incorporata; là dove l'operazione consista nell'acquisto di una partecipazione di controllo in un'altra società, parti del contratto di compravendita saranno l'alienante e l'acquirente delle azioni, mentre ai fini della nozione in esame le imprese da considerare sono, rispettivamente, quella dell'acquirente e quella della società le cui azioni costituiscono oggetto del contratto.

³⁵ SPOLIDORO M.S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, p 496.

³⁶ Sul concetto di imprese interessate e sulle modalità di calcolo del loro fatturato, si vedano le Comunicazioni della Commissione CE n. 98/C66/01/CE.

Le concentrazioni si suddividono in due distinte categorie, a seconda che la loro dimensione sia comunitaria o nazionale³⁷: le prime sono soggette, di norma, al controllo della Commissione CE in base alle norme contenute nel reg. 139/2004/CE; le seconde al vaglio dell'AGCM, la quale le valuterà ai sensi della l. n. 287/1990. .

Qualora un'operazione di concentrazione rivesta dimensione comunitaria o nazionale essa dovrà essere preventivamente comunicata all'autorità *antitrust* competente.

Nel caso di omessa notifica, salvo che l'AGCM non ordini alle imprese interessate di sospendere la realizzazione dell'operazione (*ex art. 17, I comma, l. n. 287/1990*), la legge italiana riconosce alle imprese la possibilità di procedere ugualmente alla concentrazione accollandosi, tuttavia, il rischio (imprenditoriale) di tale scelta che, nel caso di successiva dichiarazione di incompatibilità con il mercato dell'operazione, conduce a misure di “*deconcentrazione*”, volte a ripristinare lo *status quo ante*.

L'esame delle autorità nazionali e comunitarie in materia di concentrazioni è stato fondato, sin dall'origine, sul *cd. test di dominanza*, che consiste nel valutare se una concentrazione sia in grado di costituire o rafforzare una posizione dominante capace di ridurre in misura sostanziale e durevole la concorrenza.

Anche in tal caso, notevole rilievo assume il calcolo della quota di mercato, atteso che «*normalmente si ha una posizione dominante quando un'impresa o un gruppo di imprese controllano una larga quota dell'offerta su un determinato mercato*» (Comunicazione della Commissione CE *sulla nozione di mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza* del 9 dicembre 1997, punto 10).

³⁷ Sulle origini della scelta, cfr. DENOZZA F., *Il disegno di legge antitrust: qualche problema tecnico*, cit, p. 760; cui *adde* DONATIVI V., *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996. Il criterio di riferimento rimane sempre quello del fatturato, ma le soglie indicate dalla l. n. 287/1990, per definire la rilevanza nazionale dell'operazione, risultano decisamente più basse e strutturate in maniera tale da ricomprendere nell'ambito di applicazione un numero assai elevato di operazioni

È bene, tuttavia, sottolineare come il diverso orizzonte temporale della valutazione richiesta in materia di concentrazioni possa portare ad una definizione del mercato rilevante non del tutto coincidente con quella utilizzata per giudicare un eventuale comportamento abusivo.

Infatti, nel primo caso, l'autorità è chiamata ad esprimere un giudizio prognostico sui futuri comportamenti concorrenziali che le imprese saranno in grado di tenere all'esito dell'operazione; nel secondo, si tratta di giudicare condotte effettivamente poste in essere da una o più imprese già in posizione dominante su un certo mercato.

Questa diversa prospettiva ha indotto a ritenere che il legislatore abbia voluto attribuire rilievo non già alla posizione dominante, bensì ad una versione qualificata di tale nozione che si caratterizzerebbe per la sua capacità di eliminare in modo sostanziale e durevole la concorrenza nel mercato interessato³⁸.

Da un esame delle decisioni adottate sia a livello nazionale sia comunitario, si trova conferma della tesi secondo la quale l'ulteriore connotazione attribuita, nella specie, alla posizione dominante servisse a rendere più elastica l'applicazione della disciplina in esame, mitigando il rigore di una valutazione basata esclusivamente su elementi strutturali come le quote di mercato ed il numero dei concorrenti presenti sul mercato. In questo modo, sono state ritenute compatibili con il mercato operazioni di concentrazione che, pur interessando imprese con quote di mercato decisamente elevate³⁹, non erano tali da escludere la possibilità, anche solo futura, di un'apertura del mercato interessato alla concorrenza di nuovi operatori.

³⁸ PAPPALARDO A., *Il regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni fra imprese*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 9; ID., *Concorrenza, intese, posizioni dominanti nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, IV, Torino, 1988, p. 357 ss.

³⁹ Si pensi, in particolare, alla concentrazione tra NewsCorp e Tele +, che ha dato vita ad un monopolio di fatto nel mercato italiano della televisione a pagamento: Commissione CE, 2 aprile 2003, caso NewsCorp/Tele +, in GUCE, L110 del 16 aprile 2004, p. 73.

4. L'abuso di posizione dominante. I fattori che contribuiscono a rafforzare il potere di mercato di un'impresa

E' una figura che potrebbe apparire, sulle prime, concettualmente disallineata rispetto alle altre fattispecie prese in considerazione dal legislatore. Se l'obiettivo comune di intese e concentrazioni è, infatti, quello di impedire che le imprese si sottraggano ai condizionamenti della libera concorrenza stringendo tra loro alleanze ovvero aumentando il proprio potere di mercato a scapito dei concorrenti, l'abuso di posizione dominante sembra dare per scontato il fallimento di tale obiettivo in quanto presuppone la presenza sul mercato di una impresa in grado di tenere comportamenti "alquanto indipendenti" da quelli dei concorrenti.

Ad essere vietata non sarebbe la posizione dominante in quanto tale, né la possibilità di trarre da questa il "giusto" profitto, ma solo l'eventuale abuso di tale potere da parte del titolare⁴⁰.

Il raffronto tra la normativa comunitaria e quella italiana lascia, invece, dubbi circa la necessaria sussistenza, oltre alla pratica lesiva della concorrenza, di un pregiudizio a carico dei consumatori quale conseguenza di questa.

Nonostante la previsione del comma b) dell'art. 82 (che vi fa espresso riferimento) non pare, tuttavia, che nella giurisprudenza comunitaria il requisito del danno abbia assunto un'importanza dominante.

Diversa, invece, è l'interpretazione data dalla giurisprudenza italiana secondo la quale "*perché sia dato ritenere integrati gli estremi dell'abuso di posizione dominante sotto forma di impedimento o limitazione degli sbocchi o accessi al mercato, è necessaria la prova del danno risentito dai consumatori*"⁴¹.

⁴⁰ VAN BAEL I. e BELLIS J.F., *Competition of law of EEC*, Bruxelles, p. 49; SIRAGUSA C., *La nozione di abuso di posizione dominante*, in *Diritto italiano antitrust*, Bologna, 1993, t. I, p. 356 ss.

⁴¹ Cons. St., sez. IV, n. 172/1999 "*Upper Deck International Inc/Soc. Panini*" in FI, 2000, III, 251

Il legislatore non fornisce una definizione generale di “*posizione dominante*”, né dà indicazioni di sorta circa i parametri da utilizzare a tal fine, anche se non mancano esempi di normative speciali come quella che regola le concentrazioni nel settore dei *mass-media*, che ancorano tale nozione al superamento di soglie o di parametri fissati *ex lege*⁴².

Nella concezione, ormai vetusta, elaborata dalla Corte di Giustizia della CE, la posizione dominante corrisponderebbe ad una «*posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed alla possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori*»⁴³.

Tale definizione ravvisa nella potenza economica l'essenza della posizione dominante senza peraltro fornire parametri sufficientemente sicuri per stabilire quando ed a quali condizioni la prima integri la seconda.

Da qui l'affermarsi di una prassi interpretativa che concede ampio spazio alle metodologie quantitative elaborate dalle scienze economiche per misurare il potere di mercato di un'impresa.

Per far ciò si procede preliminarmente alla individuazione del *mercato rilevante*, utilizzando gli stessi criteri ai quali si è accennato in precedenza a proposito delle intese: anche in questo caso, infatti, il mercato rilevante è la risultante di due distinte variabili, la prima, di tipo merceologico (c.d. mercato del prodotto), la seconda, territoriale (c.d. mercato geografico).

La variabile di tipo merceologico afferisce a «*tutti i prodotti o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in*

⁴² Cfr. l'art. 3, l. n. 67/1987, nonché più di recente l'art. 15, l. n. 112/2004 in materia di accertamento di posizioni dominanti nel sistema integrato delle comunicazioni.

⁴³ Corte Giust. CE, 8 giugno 1986, *caso Hoffman - Roche*, in G.U.C.E. 16 agosto 1976, n. L 223.

ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati»⁴⁴.

La variabile di tipo territoriale comprende, invece, «l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone contigue, perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse».

La Commissione individua alcuni criteri in base ai quali stabilire l'esistenza di un rapporto concorrenziale tra produttori di beni diversi, basati rispettivamente sulla sostituibilità: a) sul versante della domanda e b) su quello dell'offerta del prodotto.

Il primo di tali fattori misura l'intercambiabilità tra prodotti nella prospettiva dei consumatori, attraverso l'analisi degli effetti prodotti sulla domanda di ciascuno di essi dalle variazioni di prezzo degli altri⁴⁵.

Sul versante dell'offerta, invece, si valuta la capacità degli imprenditori che operano in un determinato mercato di modificare rapidamente il loro processo produttivo per realizzare nuovi beni o servizi, senza dover sostenere costi aggiuntivi o rischi eccessivi in risposta a piccole variazioni dei relativi prezzi.

Nella valutazione della posizione dominante, l'individuazione del mercato rilevante gioca spesso un ruolo decisivo e, comunque, ben maggiore di quello svolto nei procedimenti in materia di intese.

È agevole, infatti, constatare come il potere di una impresa sia, di solito, inversamente proporzionale alla ampiezza del mercato interessato: più estesa sarà, pertanto, la definizione di quest'ultimo, minore risulterà verosimilmente

⁴⁴ Si tratta della definizione fornita dalla stessa Commissione in un documento appositamente dedicato alla nozione di mercato rilevante: Comunicazione della Commissione CE 97/C 372/03.

⁴⁵ Si parla, in proposito, di elasticità incrociata della domanda, per indicare “la variazione percentuale della quantità domandata in risposta ad una variazione pari all'1% del prezzo di un altro prodotto”, CARTON D.W. e PERLOFF J.M., *Organizzazione industriale*, ed. it., McGRAW –HILL, Milano, 1997, p. 601.

la “fetta” di mercato controllata dall’impresa “in odore” di posizione dominante e viceversa.

Ciò spiega il tentativo, da parte delle imprese interessate, di allargare l’ambito del mercato rilevante e la tendenza delle autorità di controllo ad interpretare restrittivamente tale nozione restringendo il mercato in segmenti sempre più piccoli.

Il principale rischio insito nella tendenza alla frammentazione dei mercati è quello di considerare ciascun imprenditore in posizione dominante rispetto alla produzione dei propri prodotti o alla fornitura dei propri servizi: un rischio per nulla teorico se si guarda ai risultati cui si è giunti, in materia, ad opera della giurisprudenza⁴⁶.

Sempre ai fini dell’individuazione del mercato rilevante, un ruolo importante è attribuibile ai segni distintivi dell’imprenditore, in particolare i marchi, che costituiscono strumenti particolarmente idonei a creare o a rafforzare barriere all’ingresso di nuovi concorrenti sul mercato⁴⁷. Non è, dunque, da escludere che, come riconosciuto dalla stessa Commissione⁴⁸, a seguito di accorte campagne pubblicitarie condotte dal titolare del segno, i consumatori finiscano per percepire il prodotto di un determinato imprenditore alla stregua di un mercato distinto da quello di altri beni merceologicamente affini.

Pertanto, nella individuazione del mercato rilevante si dovrà tenere conto anche delle preferenze manifestate dai consumatori e della naturale tendenza delle imprese ad accreditare i propri prodotti presso il pubblico

⁴⁶ Corte Giust. CE, 31 maggio 1979, caso *Hugin – Kassaregister AB*, in *Foro it.*, 1981, IV, c. 164. ha ritenuto, ad esempio, in posizione dominante l’impresa che, “*pur detenendo una quota relativamente modesta del mercato, «fruisce di una posizione monopolistica quanto ai pezzi di ricambio per le macchine di propria fabbricazione»*”; Cons. Stato, 17 febbraio 1999, n. 172, caso *Panini*, in *Dir. ind.*, 1999, p. 158 ha “*ha ravvisato analoga posizione in capo all’Associazione Italiana Calciatori in quanto titolare dei diritti di sfruttamento economico dell’immagine dei calciatori*”. Non può sorprendere, pertanto, che AGCM, 14175/2005, caso *Tele2/TIM-Vodafone-Wind*, in *Boll.* n. 13/2005, nell’ambito di un procedimento istruttorio per abuso di posizione dominante collettiva avviato nei confronti di alcuni operatori di telefonia mobile, *abbia ritenuto ciascuno di tali operatori in posizione dominante nei confronti dei rispettivi clienti, considerando questi ultimi alla stregua di altrettanti mercati rilevanti*.

⁴⁷ Corte Giust. CE, 22 giugno 1994, caso *IHT/Ideal Standard*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2789.

⁴⁸ Cfr. Comunicazione, cit., punti 41 e 43

facendo leva su elementi irrazionali che talora incidono in misura non trascurabile sulla definizione del mercato rilevante.

E' bene sottolineare che il mercato direttamente interessato dall'abuso può non essere quello nel quale l'impresa detiene una posizione dominante, ma un mercato a questo direttamente collegato.

Sovente, il collegamento e la dipendenza tra due mercati trae origine dalla necessità, per le imprese che vi operano, di utilizzare risorse (impianti, reti) che sono nella disponibilità della impresa dominante del mercato a monte e che, nella misura in cui non siano replicabili dai concorrenti, assurgono al ruolo di infrastrutture essenziali per operare nel mercato a valle (cc.dd. *essential facilities*).

Così, ad esempio, la possibilità di accedere ad un porto o ad una aerostazione costituisce, per le imprese che intendano prestare i propri servizi in favore delle navi o degli aerei che quello scalo utilizzano, condizione essenziale per lo svolgimento delle rispettive attività. Il rifiuto ingiustificato di concedere l'accesso a tale impianto da parte del soggetto che lo gestisce in esclusiva darebbe luogo ad un abuso sanzionabile alla stregua della disciplina in esame.

Il riferimento alle cosiddette *essential facilities* ha nel nostro paese fornito un importante contributo non solo ai fini della creazione di nuovi mercati (si pensi al settore dei trasporti, dei servizi aeroportuali, delle telecomunicazioni e dell'energia), ma anche alla progressiva liberalizzazione di quelli gestiti in regime di monopolio legale, a riprova delle potenzialità pro-concorrenziali insite nella figura in esame⁴⁹.

Sebbene la posizione dominante dal lato dell'offerta rappresenti l'ipotesi più frequente, non si esclude l'esistenza di analoga situazione dal

⁴⁹ AGCM, 2662/95, caso Telsystem/Sip, in Boll. n. 1-2/1995; AGCM, 2854/95, caso De Montis, in Boll. n. 9/1995; AGCM, 2169/94, caso Assoutenti-Alitalia, in Boll. n. 30-31/1994; AGCM, 3211/95, caso Italiana Coke, in Boll. n. 21-31/1995

lato della domanda: in tal caso, gli economisti⁵⁰ parlano di “monopsonio”, per indicare un mercato nel quale opera un solo compratore⁵¹.

Possono, infine verificarsi, situazione di monopolio bilaterale sia dal lato dell’offerta che da quello della domanda.⁵²

Individuato il mercato rilevante, le autorità *antitrust* nazionali e comunitarie utilizzano quale principale indice per misurare il potere economico di una impresa la *quota di mercato* che viene di solito calcolata in base al fatturato realizzato dall’impresa sul mercato rilevante.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia CE ritiene che quote di mercato superiori al 70% siano sufficienti da sole a provare l’esistenza di una posizione dominante; viceversa, percentuali inferiori a tale soglia «*costituiscono esclusivamente uno degli elementi presuntivi di una posizione dominante*»⁵³.

In tal caso, oltre alla quota di mercato, l’interprete dovrà prendere in considerazione altri fattori che possono contribuire a rafforzare il potere di mercato di un’impresa come indici rivelatori della esistenza di una posizione dominante⁵⁴. Tra questi, a titolo meramente esemplificativo, si menzionano: a) il numero e la forza delle imprese concorrenti⁵⁵; b) l’esistenza di eventuali barriere che ostacolino l’ingresso di nuovi concorrenti sul mercato, come la necessità di una capillare rete di vendita o la limitata disponibilità di una materia prima indispensabile⁵⁶; c) il carattere più o meno stabile della quota di mercato (dovuta, ad esempio, a privative industriali od altri diritti esclusivi

⁵⁰ CARLTON D.W. e PERLOFF J.M., *Organizzazione industriale*, cit., p. 137.

⁵¹ AGCM, 4915/97, caso Centromarca, in Boll. n. 16/1997, ha ravvisato una posizione dominante dal lato della domanda è stata ravvisata nel settore della grande distribuzione, allorché alcune catene di supermercati hanno creato una struttura centralizzata per l’acquisto di una serie di beni di largo consumo dai rispettivi produttori

⁵² AGCM., caso Ferrovie dello Stato/Fercomit in Boll. n. 16/1997 ha riscontrato l’esistenza di un monopolio bilaterale sia dal lato dell’offerta (rappresentata da un consorzio che riuniva le principali aziende operanti nel settore della produzione e della fornitura di materiale rotabile), sia da quello della domanda (costituita dall’ente che gestisce in esclusiva la rete ferroviaria del nostro paese)

⁵³ AGCM, Relazione 1995, 136.

⁵⁴ F. DENOZZA, *Antitrust*, Bologna, 1988, p. 47; I.VAN BAEL –J.F. BELLIS, *Competition of law of EEC*, cit., p. 249.

⁵⁵ Corte Giust. CE, 9 novembre 1983, caso Michelen, in *Raccolta.*, 1983, p. 3461.

⁵⁶ AGCM, 2793/95, caso Tikal/Italcementi, in Boll. n. 6/1995.

di cui l'impresa è titolare) e la possibilità di prevedere l'ingresso di nuovi concorrenti in grado di ridurla (cd. concorrenza potenziale); d) le risorse tecniche e finanziarie alle quali l'impresa può attingere anche al di fuori del mercato rilevante per sostenere la propria attività in quel settore.

Stando alla lettera dell'art. 82 del Trattato CE e dell'art. 3 l. n. 287/1990, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante può essere realizzato da "una o più imprese".

Sembra potersi ritenere che, riferendosi a comportamenti abusivi tenuti da più imprese, il legislatore abbia inteso configurare l'ipotesi di una posizione dominante collettiva. Un esempio in tale direzione è rappresentato dai mercati oligopolistici caratterizzati dalla presenza di un ristretto numero di imprese che detengono quote di mercato elevate e tendenzialmente omogenee.

In tali condizioni, le imprese dominanti possono sottrarsi al gioco della concorrenza detenendo "*comportamenti paralleli*" che, sebbene non concordati, denotano un intento collusivo.

I rischi divengono particolarmente elevati nei mercati dominati da due imprese (*c.d. duopolio*), le quali dispongono di tutte le informazioni necessarie per non farsi concorrenza senza alterare i profitti⁵⁷.

Rimane tuttora oggetto di discussione, soprattutto in dottrina, il ruolo che la fattispecie in esame è chiamata a svolgere nell'ambito della disciplina sul controllo delle concentrazioni, dove la costituzione od il rafforzamento di posizioni dominanti collettive andrebbe valutato, secondo alcuni, in un'ottica e con modalità parzialmente diverse da quelle utilizzate in relazione a comportamenti abusivi⁵⁸.

Secondo un'opinione largamente condivisa, l'impresa che opera in regime di monopolio legale è, per definizione, in posizione dominante sul mercato ad essa riservato.

⁵⁷ OSTI C., *Antitrust e oligopolio*, Bologna, 1995, p. 151; Commissione CE, 22 Luglio 1992, caso Nestlè- Perrier, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 165.

⁵⁸ FATTORI P. e TODINO F., *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004, p. 182.

Il monopolio legale rappresenta un'alternativa alla quale lo Stato non di rado ricorre per rimediare ai *c.d. "fallimenti del mercato"*⁵⁹.

In determinate circostanze, infatti, potrebbe non risultare conveniente per le imprese produrre un determinato bene o prestare un determinato servizio in regime di libera concorrenza, come nell'esempio dei servizi pubblici essenziali⁶⁰.

Ecco, allora, che lo Stato interviene riservando ad una o più imprese la prestazione di tali beni o servizi in modo da "compensare" con l'esclusiva i costi derivanti dalla cosiddetta "universalità" del servizio e dal conseguente obbligo di contrattare con chiunque ne faccia richiesta (art. 2597 cc.).

L'idea che il monopolio costituisca uno dei possibili strumenti di governo dell'economia dotato di dignità costituzionale almeno pari a quella che l'art. 41 conferisce all'opposto sistema basato sulla libertà di mercato, da un lato, e che la scelta tra due modelli in quanto squisitamente politica spetti soltanto allo Stato ed agli organi che lo rappresentano, dall'altro, è ampiamente rappresentata in dottrina e traspare chiaramente dalla lettura di alcune norme contenute nella l. n. 287/1990⁶¹.

Si allude, in primo luogo, alla norma contenuta nell'art. 8, la quale, dopo avere affermato che le disposizioni della legge *antitrust* «*si applicano sia alle imprese private sia a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale*», introduce subito dopo una rilevante eccezione in favore di quelle imprese che «*per disposizione di legge esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato*».

⁵⁹ Così sono indicati i casi in cui, secondo la *c.d. "scuola dirigista"*, i mercati non sarebbero in grado di organizzare la produzione in maniera efficiente, o non saprebbero allocare efficientemente beni e servizi ai consumatori.

⁶⁰ Sull'esigenza di funzionalizzare la struttura economica alla realizzazione dei diritti dei cittadini, cfr. PERLINGERI P., *Economia in bilico tra pubblico e privato: una formula in crisi?*, in *Il Diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 229 ss.

⁶¹ GUARINO M., *Disciplina della concorrenza e imprese "pubbliche": alcune riflessioni di ordine sistematico*, in *Concorrenza e mercato*, 1994, p. 403; *contra* A. MAZZONI, *Privatizzazione e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 34.

Nonostante ciò, sarebbe tuttavia sbagliato ritenere che le imprese titolari di un monopolio pubblico siano in quanto tali sottratte ai principi della libera concorrenza ed ai dettami del diritto *antitrust*.

Una prima eccezione è prevista all'art. 9, comma 1, che limita il contenuto della riserva concessa dallo Stato al monopolista riconoscendo ai terzi il diritto di autoproduzione dei beni o dei servizi oggetto della privativa a condizione che questa prerogativa venga esercitata «*per uso proprio della società controllante e delle società controllate*»: trattasi di una deroga importante, grazie alla quale molte imprese hanno potuto affrancarsi dalla gestione del monopolista pubblico e soddisfare in modo autonomo il proprio fabbisogno⁶².

L'introduzione, ad opera del Trattato istitutivo della Unione Europea, tra gli obiettivi che devono informare l'azione della Comunità Europea, del mantenimento di «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» (art. 3, lett. g, Trattato CE), ha fatto poi il resto.

In attuazione dei principi sopra esposti, l'Autorità *antitrust* nazionale, infatti, è giunta ad affermare che «l'applicazione delle regole di concorrenza può essere esclusa solo laddove le condotte restrittive poste in essere dall'impresa investita della missione di interesse generale siano conseguenza necessaria e diretta della legge, talché l'esigenza di conformarsi ad un precetto normativo non lasci al soggetto investito di tale servizio alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento del servizio»⁶³.

L'art. 3 l. n. 287/90 non definisce, come si è avuto modo di evidenziare, che cosa debba intendersi per abuso, né fornisce elementi per distinguere tale comportamento dall'uso del potere legittimamente acquisito dall'impresa dominante.

⁶² AGCM, 2854/95, caso De Montis, in Boll. n. 9/1995; G. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000, p. 265.

⁶³ AGCM, Relazione, 1997, 178, in margine al caso Adusbef/Autostrade in Boll. n. 27/1996. Si vedano anche AGCM, 2662/95, caso Telsystem/Sip, in Boll. n. 1-2/1995; AGCM, 5131/97, caso Compagnia portuale di Brindisi, in Boll. n. 25/1997; AGCM, 412/92, caso 3CTelecommunication, in Boll. n. 5/1992.

Tale norma si limita a fornire un elenco meramente indicativo di pratiche che, qualora posta in essere da un'impresa in posizione dominante, integrano la violazione del divieto in questione.

Si tratta di comportamenti in gran parte coincidenti con quelli già presi in considerazione come possibile oggetto di intese restrittive della concorrenza dall'art. 2 l. 287/1990. Particolare importanza rivestono quegli accordi che consistono nel «ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento» e l'imposizione di prezzi e di altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose (art. 3 lett. a).

Tale contegno, soprattutto se riferito all'imposizione di prezzi non equi, rappresenta una delle tipiche condotte mediante le quali l'impresa può sfruttare la propria posizione dominante, portando i prezzi ad un livello superiore a quello che le sarebbe consentito in un mercato concorrenziale e mantenendo, per contro, invariata la produzione⁶⁴.

In dottrina si fa notare che la suddetta condotta, oltre a rappresentare una peculiarità del diritto comunitario della concorrenza,⁶⁵ costituisce un uso improprio del diritto *antitrust* per finalità estranee alla sua funzione tipica, trasformandolo in uno strumento di regolazione del mercato. La difficoltà di qualificare un prezzo come “non equo” ha determinato l'applicazione, da parte dell'autorità *antitrust*, della disciplina in esame alle sole occasioni nelle quali la fissazione del prezzo, prima ancora che ingiustificatamente gravosa, appariva palesemente irrazionale o arbitraria, come nel caso di una tariffa forfetaria che prescindesse dalla quantità dei servizi effettivamente resi o dal valore dei beni ceduti⁶⁶.

⁶⁴ Così facendo l'impresa si appropria di quella che gli economisti chiamano la rendita del monopolista, alla quale corrisponde una perdita secca di benessere per i consumatori. Sul punto, Cfr. CARLTON D.W. PERLOFF J. M., *Organizzazione industriale*, cit., p. 120 ss.

⁶⁵ Tale condotta è ignota all'esperienza statunitense: cfr., in tal senso, OSTI C., *Antitrust e oligopolio*, cit., p. 202; AMATO G, *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 75; PERA A., *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 1998, p. 100.

⁶⁶ AGCM, 1017/93, caso IBAR/Aeroporti di Roma, in Boll. n.6/1993; AGCM5446/97, caso Cerved/Infocamere, in Boll. n. 45/1997; a livello comunitario, cfr. Corte Giust. CE, 14 febbraio 1978, caso United Brandes, in *Raccolta*, 1978, p. 207.

Oltre ad essere vietate nella misura in cui diano luogo a condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, le manovre sui prezzi da parte dell'impresa dominante possono risultare illecite anche nella diversa prospettiva in cui le stesse assumano connotati e finalità di carattere predatorio (cd. *predatory pricing*).

Si allude, in particolare, alla vendita sotto costo, come tecnica alla quale talora l'impresa dominante ricorre per escludere dal mercato concorrenti attuali o potenziali che non siano in grado di sostenere una prolungata "guerra" sul fronte dei prezzi⁶⁷ (tale è il c.d. "*price squeeze*" che si verifica ogniqualvolta un'impresa dominante nel mercato a monte pratici condizioni non replicabili da parte dei concorrenti che operano nei mercati a valle⁶⁸).

Per quanto concerne le pratiche escludenti, previste dall'art. 3 l. n. 287/1990, esse consistono nell' *«impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico a danno dei consumatori»*.

Il danno consiste, dunque, nella ridotta possibilità di scelta dei consumatori che in ogni caso deriva dal comportamento in esame e prescinde da ogni considerazione relativa alla convenienza, per i consumatori stessi, dei prezzi o delle altre condizioni praticate dal monopolista.

Le pratiche discriminanti di cui all'art. 3 lett. c) l. n. 287/1990 consistono *«nell'applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza»*.

Tale disposizione riprende ed amplia il principio, già a suo tempo sancito dall'art. 2597 cc., che imponeva al monopolista legale l'obbligo di rispettare la parità di trattamento fra quanti si avvalgono delle sue prestazioni⁶⁹.

⁶⁷ AGCM, 2793/95, caso Tekal/Italcementi, in Boll. n. 6/1995.

⁶⁸ AGCM, 9472/01, caso Infostrada/ADSL, in Boll. n. /01.

⁶⁹ LIBERTINI M., *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO F., vol. IV, Padova, 1981, p. 295.

La norma contenuta nell'art. 3 l. n. 287/1990 appare, tuttavia, più ampia in quanto applicabile non solo alle imprese che operano in regime di monopolio legale, ma a chiunque detenga una posizione dominante sul mercato nel senso innanzi precisato.

Inoltre, essa estende il principio di parità di trattamento ai rapporti contrattuali che l'impresa dominante intrattiene con i terzi e, dunque, non solo con i clienti, ma anche con i fornitori, distributori e concorrenti in genere. Così, è stato ritenuto abusivo il comportamento del monopolista pubblico il quale affida in esclusiva a terzi la gestione di un servizio o l'appalto per la fornitura di materiale rotabile senza prendere in considerazione altre offerte di eventuali terzi interessati⁷⁰.

L'art 3 l. n. 287/1990 pone il divieto all'impresa dominante di «subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che per loro natura e secondo gli usi commerciali non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi». Si discorre di pratiche leganti, (ne abbiamo parlato come “clausole gemellate” a proposito delle ipotesi di intesa restrittive) le quali comprendono una gamma piuttosto ampia e variegata di comportamenti la cui caratteristica comune consiste nel creare tra l'impresa dominante ed i suoi contraenti una situazione di “dipendenza”⁷¹.

In realtà, tale pratica abusiva ha trovato frequente applicazione in relazione alle politiche di sconti e ad altre forme di agevolazione concesse dall'impresa dominante a fornitori e distributori.

In relazione agli sconti praticati dall'impresa dominante, la nostra autorità *antitrust* ha avuto modo di affermare che la concessione di premi o di sconti-fedeltà in favore di clienti o di rivenditori esclusivi è da considerarsi

⁷⁰ AGCM, 2950/95, caso UNIR, in Boll. n. 15/1995; AGCM, 1794/94, caso FS/TAV, in Boll. n. 8/1994.

⁷¹ Si pensi al noto caso *Microsoft*, nel quale tra i comportamenti contestati alla nota *software house* statunitense vi era anche quello di imporre ai propri rivenditori la vendita al pubblico, insieme al programma *Windows 95* e per lo stesso prezzo, di un *software* per navigare su *internet*.

vietata là dove tali agevolazioni non siano commisurate alla quantità di prodotti venduti e limitate ad un arco di tempo relativamente breve⁷².

5. *La tutela del consumatore nella legge antitrust. La concorrenza quale garanzia all'accesso e alla permanenza nel mercato. Concorrenza e promozione dei diritti umani*

Dall'analisi delle pratiche anticoncorrenziali sanzionate dalla legge *antitrust* può dedursi che la tutela della libertà di concorrenza⁷³, quale valore implicito nella libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 della Costituzione, non riguardi esclusivamente o prevalentemente il mondo delle imprese, ma anche il consumatore finale⁷⁴, da sempre considerato l'anello debole della catena distributiva⁷⁵.

⁷² AGCM, 2379/94, caso Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro, in Boll. n. 30-31/1994.

⁷³ Sui rapporti fra Costituzione, mercato e concorrenza, Cfr., senza alcuna pretesa di completezza, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7 ss.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e comunitario*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, p. 69 ss.; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, ivi, p. 175 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in Enc. giur., XVII, Roma, 1989; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 373; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in Enc. dir., XXI, Milano, 1971, p. 582 ss.; C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (cd. legge antitrust)*, in *Ricfr.trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 29 ss. Sottolinea come nel dibattito scientifico apertosi dopo la revisione costituzionale del 2001 il tema della "tutela della concorrenza" sia stato rispetto ad altri temi ('livelli essenziali delle prestazioni', 'tutela dell'ambiente', 'lavori pubblici', 'governo del territorio', 'tutela della salute' ecc...) marginale e ciò in ragione della difficoltà, per la dottrina italiana, ad identificare oggetto, strumenti e modi di esercizio dei poteri di garanzia del bene 'concorrenza', NOCITO W., *Dinamiche costituzionali ed esigenze unitarie. Il regionalismo italiano come 'federalismo incerto'*, Cosenza, 2005, p.109 ss. In letteratura civilistica, cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma u.ed. 2007 ; G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Ricfr.dir. ciCfr.*, 1993, II, p. 543 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV ed., Padova, 2004, p. 246 ss.

⁷⁴ La nozione di consumatore è ormai rintracciabile in numerose fonti normative, alcune molto risalenti nel tempo. Sin dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, in materia di contratti, all'art. 13, infatti, il consumatore è definito come il soggetto che agisce "per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale". Tale definizione è, quindi, ripresa dall'art. 5 della Convenzione di Roma del 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali riguardo alla quale, per taluni interessanti profili critici, si rinvia allo studio monografico di SBORDONE F., *La scelta della legge applicabile al*

L'obiettivo della disciplina esaminata è, infatti, quello di garantire la correttezza dell'attività economica, senza abusi di posizioni dominanti, senza accaparramenti ingiustificati, «*al fine pur sempre di realizzare una utilità sociale intesa (anche, ma non solamente) come punto di confluenza tra produttori e consumatori*»⁷⁶.

La legge *antitrust* nazionale è, in sostanza, espressione del principio secondo il quale la concorrenza, effettiva e potenziale, tra imprese rappresenta lo strumento privilegiato per garantire ai consumatori beni e servizi a prezzi convenienti, nella quantità e della qualità desiderate.

Dunque, la permanenza di un mercato concorrenziale rappresenta una condizione necessaria non soltanto per far sì che le imprese possano esercitare pienamente la loro libertà di iniziativa economica, ma anche per consentire agli utenti, intermedi e finali, di esprimere le proprie scelte e soddisfarle in maniera più completa e adeguata alle proprie esigenze⁷⁷.

Ciò assume una particolare rilevanza specie nell'ambito di alcuni settori quali quello della formazione e dell'informazione dove forti sono le esigenze pluralistiche e la lotta al monopolio è fondamentale per garantire la

contratto, Napoli, 2003, p. 20 ss. Ai sensi dell'art. 3 del Codice del Consumo -Decreto Legislativo emanato a norma della Legge 29 luglio 2003 n. 229 - il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta. Il nuovo Codice riconosce anche il "Consumatore di servizi pubblici" come l'Utente, al quale l'art. 101 garantisce il riconoscimento dei diritti previsti dalle leggi dello Stato e delle Regioni. La letteratura in materia di tutela dei consumatori è sterminata. Tra tanti e più recenti studi sul tema si segnala la collana de *Il Diritto dei consumi*, vol., I, II, II (a cura di) P. PERLINGIERI e E. CATERINI, Napoli, 2004. Per un'accurata ricostruzione degli interventi legislativi comunitari che hanno inciso in materia di contratto e tutela dei consumatori, si rinvia agli studi monografici di E. CAPOBIANCO, *Diritto Comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003 e di F. CRISCUOLO *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003

⁷⁵ Sulla tutela dei consumatori nella disciplina *antitrust*, cfr. V. BUONOCORE,, *L'interesse dei consumatori e le norme antitrust*, in *Il Diritto dei consumi*, vol II., (a cura di) di PERLINGIERI P.e CATERINI E., o.u.c. p. 47 ss.

⁷⁶ P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 257.

⁷⁷ N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, Roma-Bari, 2000, p. 59, osserva che «*I metodi competitivi mirano a ricomporre il distacco, a stabilire la coincidenza tra autori e destinatari della scelta. Economia di mercato e democrazia politica rispondono alla medesima logica: che è di soddisfare il bisogno (di merci o di regole) mediante l'individuale scelta tra molteplici offerte, e non già subendo la scelta altrui*».

correttezza e completezza dell'informazione, la difesa del diritto all'istruzione di tutti.

In tali contesti, come autorevolmente osservato, «la tutela della concorrenza, quale garanzia all'accesso ed alla permanenza nel mercato si intreccia con i valori ben più prioritari della promozione e tutela dei diritti umani»⁷⁸.

Per comprendere lo spazio e il rilievo assegnato dalla normativa antitrust all'interesse dei consumatori appare utile soffermarsi su quelle disposizioni nelle quali si fa ad essi richiamo.

La prima norma che contiene un esplicito riferimento ai consumatori è l'art. 3 che, nell'elencare, in maniera non tassativa, taluni possibili comportamenti abusivi, indica alla lett. b) quello consistente nell' «impedire o limitare la produzione, gli sbocchi e gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico a danno del consumatore».

Dalla citata disposizione pare dedursi, tuttavia, che la sussistenza di effetti pregiudizievoli per i consumatori concorrerebbe essenzialmente alla qualificazione del comportamento posto in essere dall'impresa in posizione dominante come abusivo, determinandone la gravità sotto il profilo sanzionatorio⁷⁹.

L'obiettivo principale della norma rimane la tutela della struttura concorrenziale del mercato e, pertanto, al fine di ritenere vietato il comportamento di cui alla lett. b) non occorre dimostrare che la condotta abbia recato danno al consumatore, ma è necessario in primo luogo

⁷⁸ PERLINGIERI P., *o.u.c.*, p. 258.

⁷⁹ In relazione alla non essenzialità del danno ai consumatori finali ai fini dell'abuso, si rinvia, a titolo esemplificativo, al caso *SIP/Telsystem* (1995), ove l'Autorità qualificò come abusivo, *ex art. 3, lett. b)* della legge, il rifiuto ingiustificato di Telecom di fornire le linee affittate ad una impresa *new entrant*, nel mercato appena liberalizzato dei servizi di telefonia a gruppi chiusi di utenti, impedendo ad essa l'accesso a tale nuovo mercato. In tal caso, se certamente *Telsystem* poteva lamentare un grave danno (poi risarcito in sede civile dalla Corte d'Appello di Milano), il pregiudizio ai consumatori finali era ipotetico, non avendo *Telsystem* iniziato ad operare, mentre assai limitato era anche il danno subito dai clienti di quest'ultima. Anche in dottrina è stato sottolineato che il riferimento al danno ai consumatori non costituisce un elemento della fattispecie, ma piuttosto una delle conseguenze dell'illecito: cfr. FATTORI P., *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Raccolta degli atti antitrust tra diritto nazionale e diritto interno*, (a cura di) RAFFAELLI E.A., Milano, 2000, p. 307.

dimostrare che essa sia distorsiva della concorrenza. In questa prospettiva, il riferimento al danno dei consumatori sembra non rappresentare un elemento costitutivo della fattispecie, ma piuttosto una delle possibili conseguenze dell'illecito. Si è, infatti, rilevato che un comportamento di impresa può essere considerato abusivo anche in assenza di un danno diretto ed attuale ai consumatori/utilizzatori e addirittura in presenza di un immediato beneficio per gli stessi.

All'art. 4, comma 1, si prevede che l'Autorità antitrust possa autorizzare deroghe al divieto di intese, se da queste scaturisce un sostanziale beneficio per i consumatori, quale, ad esempio, l'abbattimento o mantenimento del livello dei prezzi, il miglioramento della qualità dei prodotti, l'offerta di un migliore servizio di assistenza e/o di garanzia.

L'accertamento di questa condizione sembra essere agevole, in quanto il miglioramento dell'efficienza produttiva realizzato dall'intesa, senza pregiudicare in modo significativo il mercato rilevante, implica inevitabilmente il trasferimento di una parte dei vantaggi sui consumatori intermedi e finali.

In tema di concentrazioni, la norma di cui all'art. 6, comma 1, della legge n. 287/90 indica quale criterio per valutare *ex ante* i fenomeni concentrativi le limitazioni alle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori alle quali questi danno luogo. La norma citata, che riflette solo parzialmente quanto previsto dalla corrispondente norma del Regolamento n. 4064/89 che all'art. 2, paragrafo 1, lett. b) fa riferimento anche agli interessi dei consumatori intermedi e finali, sembra conferire un potere discrezionale di valutazione all'Autorità ed anche alla Commissione, in quanto non indica un ordine gerarchico fra i diversi criteri attraverso i quali apprezzare i probabili effetti dell'operazione di concentrazione, né il loro peso specifico⁸⁰.

Un riferimento diretto ai consumatori è contenuto anche nel comma 1 dell'art. 12, ove si legittimano le associazioni dei consumatori ad attivare i

⁸⁰ Per questo profilo, cfr. FRIGNANI A. e WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 700.

poteri di indagine delle autorità preposte, per sollecitare l'inizio di istruttorie tendenti ad accertare il comportamento illecito⁸¹.

In giurisprudenza, tuttavia, è stato più volte ribadito che al diritto di un'associazione dei consumatori di partecipare ad una procedura istruttoria dell'autorità non corrisponde una situazione giuridica sostanziale tale da legittimare la stessa ad impugnare il provvedimento dinanzi ai giudici amministrativi⁸².

L'art. 33, commi 1 e 2, indica le due forme di tutela concesse per gli utenti: una di carattere amministrativo, imperniata sul ruolo svolto dall'Autorità Garante della concorrenza ed il mercato, con il successivo controllo di legittimità delle sue decisioni da parte del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (art. 33, comma 1); l'altra affidata all'autorità giudiziaria ordinaria.

Alcuni autori⁸³ hanno rilevato che la tutela concessa al consumatore non è poi così intensa da riguardare tutti i consumatori in quanto tali.

⁸¹ Sui poteri di indagine e d'iniziativa dell'Autorità Garante, cfr. CRISCUOLO F., *I poteri ispettivi e sanzionatori delle autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedurali*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, Napoli, 2006, p. 374 ss. Più in generale sulle Autorità indipendenti cfr. MERUSI F. e PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003; NAPOLITANO G., *Il ruolo delle Autorità indipendenti di regolazione: riflessioni e proposte*, in *ASTRID*, risorsa on-line (www.uilpadirigentiministeriali.com), 2006; CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, nel quale l'autore traccia un bilancio del modello delle autorità indipendenti istituite nei settori della regolazione economica nell'ultimo quindicennio.

⁸² A tal riguardo, cfr., in particolare, la sentenza del Tar del Lazio, Sez. I, n. 1474/95 e la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1792/96 in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 443 con nota di LIBERTINI M., nella quale si è negato ad un'associazione dei consumatori, intervenuta nell'istruttoria dell'Autorità e nel successivo giudizio d'impugnazione, di appellare la sentenza, vertendosi di procedimenti repressivi, rispetto ai quali la situazione giuridica sostanziale dell'associazione dei consumatori non si qualifica come diritto soggettivo o interesse legittimo per effetto dell'intervento nel procedimento amministrativo, consentito dalla legge ai portatori di interessi rilevanti. Da questo orientamento la dottrina ha dedotto che nell'ambito della disciplina *antitrust* sia esclusa la diretta rilevanza dell'interesse dei consumatori, cfr. A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, p. 65. Su principi e metodi della giustizia amministrativa, cfr. SATTA F., *Voce Giustizia amministrativa*, in *Enc. del diritto*, VI aggiornamento, p. 571 ss, Milano, 2002

⁸³ Cfr. BUONOCORE V., *L'interesse dei consumatori e le norme antitrust*, cit., p. 60.

Il consumatore non può impugnare la pratica anticoncorrenziale posta in essere e chiedere che ne venga pronunciata la nullità, ma occorre, ai sensi dell'art. 2043 c.c., la prova del danno subito.

Tuttavia, sotto questo profilo si è recentemente registrata un'importante evoluzione riconducibile alla sentenza n. 2207 del 4 febbraio 2005⁸⁴ con cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto in capo a qualsiasi consociato l'esistenza di un particolare interesse all'assetto competitivo del mercato.

Secondo la Suprema Corte, siamo di fronte ad un interesse meritevole di tutela la cui lesione determina il sorgere di una pretesa risarcitoria, azionabile nei confronti di coloro che, mediante comportamenti distorsivi delle dinamiche di mercato, abbiano inciso sul predetto interesse, impedendo al consociato di ricevere i vantaggi derivanti dall'assetto competitivo del mercato.

6. *L'applicazione della concorrenza ai trasporti italiani. L'Approccio ortodosso: la concorrenza come soluzione ai fallimenti dello Stato.*

Le osservazioni innanzi svolte consentono di percepire la cornice normativo – civilistica di riferimento nell'ambito della quale si colloca la ricerca che stiamo svolgendo; l'ulteriore passo è, pertanto, quello di dar conto - restringendo ulteriormente il campo - dei riferimenti teorici che sono alla base dell'economia e della politica dei trasporti.

In particolare, si privilegerà il profilo c.d. dell'“*economia ortodossa*” che, in alternativa a quella “non ortodossa”, orientata a rendere stabili

⁸⁴ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014, con nota di PALMIERI A. e PARDOLESI R., *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*; SCODITTI E., *L'antitrust dalla parte del consumatore*, *ivi*, c. 1018; nonché in *Giust. civ.*, 2005, p. 901 ss., con nota di SEBASTIO F., *La legittimazione attiva in materia di ricorsi antitrust*; NERVI A., *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 495 ss.

processi di sviluppo sostenibile e partecipato, propende per la diffusione della concorrenza⁸⁵ quale strumento idoneo a garantire efficienza e qualità⁸⁶.

L'economia ortodossa tradizionalmente ha giustificato l'intervento pubblico nei casi che, in precedenza, abbiamo evidenziato come situazioni di "fallimento del mercato" e nei quali il mercato, appunto, per un qualche motivo non funziona⁸⁷.

Una tale consapevolezza ha portato in Italia (ma una situazione simile si trova nei principali paesi europei): a) all'introduzione di un regime di riserva sul traffico nazionale ed al conseguente ricorso alla concessione come strumento di legittimazione all'esercizio dell'attività; b) alla partecipazione

⁸⁵ Sin da ora è bene precisare con SEBASTIANI M. *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: assetti istituzionali e conflitti tra obiettivi*, Milano, 2005, pp. 133-134, che si parla di promozione della "concorrenza per il mercato" e della "concorrenza nel mercato" come modalità canoniche con cui il processo di liberalizzazione viene attuato attraverso l'eliminazione, ad opera del regolatore, di barriere all'entrata quali le asimmetrie informative tra i nuovi ed i vecchi operatori, i *sunk costs*, le clausole sociali etc. e lasciando all'Antitrust di occuparsi delle barriere strategiche. Più in particolare, nel caso di *concorrenza nel mercato* si tratterà di garantire le condizioni per il "massimo pluralismo reale" in modo che - compatibilmente con l'esistenza di indivisibilità, economie di scala, di scopo, di rete - si possa assicurare a tutti "un accesso non discriminatorio al mercato, alle infrastrutture e alle essential facilities, scongiurando flussi di sussidi incrociati fra soggetti che siano monopolisti su di un mercato e in concorrenza su altri, regolando i prezzi di quanti detengono un rilevante potere di mercato". Spetterà, in un secondo momento, all'Autorità antitrust il compito di assicurare il rispetto delle regole della concorrenza.

La *concorrenza per il mercato* ricorre, invece, allorché, vuoi per, la presenza di condizioni di monopolio naturale e/o scarsità di risorse, ovvero per l'incombere di preminenti obiettivi di interesse sociale da perseguire, ricorrono motivi oggettivi di limitazione del numero degli operatori. In questo caso il regolatore dovrebbe adoperarsi affinché l'accesso a tale necessariamente ristretto mercato sia, comunque, garantito attraverso procedure competitive, sì da consentire che "non vi sia discriminazione fra i potenziali entranti e che le eventuali rendite di posizione di cui godrebbe il vincitore siano confiscate ex ante a favore della collettività". La procedura raggiunge i suoi scopi se "(i) tutte le imprese concorrenti possono accedere agli input di produzione alle stesse condizioni (ii) se i costi della collusione sono così elevati da escluderla ragionevolmente e (iii) se la durata della concessione è fissata in modo equilibrato, si da conciliare differenti esigenze di interesse generale". Esaurita questa fase di selezione, il sistema regolatorio dovrà dar vita a forme di concorrenza simulata, spingere, cioè, il concessionario a comportarsi come se operasse in un quadro concorrenziale, con corrispettivi orientati ai costi, incluso un ragionevole margine di utile, costi orientati ai livelli di efficienza, qualità, sicurezza etc. parametrati su *benchmark* di eccellenza. Il modello comunitario è quello della *concorrenza nel mercato*, ove questa sia possibile, riservando l'altro modello alla gestione delle infrastrutture, in quanto monopoli naturali, all'accesso a mercati caratterizzati da risorse scarse, ai servizi svolti in regime di universalità tanto più quando siano previste sovvenzioni pubbliche all'esercizio.

⁸⁶ MARLETTO G., *L'applicazione della concorrenza ai trasporti italiani: una valutazione critica*. Rapporto realizzato per Isfort, Roma, 2006

⁸⁷ Si v. in proposito DOGANIS R., *The Airport Business*, London, Routledge, 1992; FORSYTH. *et al.*, *The Economic Regulation of Airports*, Ashgate, 2004;.

pubblica al capitale delle principali società concessionarie e all'erogazione di aiuti statati alle medesime; c) alla regolamentazione delle tariffe e delle condizioni contrattuali; d) all'esercizio diretto da parte dello stato dei servizi strumentali alla navigazione e una gestione pubblica o in regime di concessione degli aeroporti⁸⁸.

Quando, invece, è emersa la consapevolezza che lo Stato non sempre riesce a perseguire gli obiettivi che formalmente gli sono assegnati, perché subisce pressioni indebite affinché il suo intervento sia orientato a favore non dell'interesse collettivo, ma di specifici interessi privati ed è venuta, pertanto, meno la *ratio* stessa dell'intervento pubblico è subentrata la constatazione, inversa, del “*fallimento dello Stato*”.

La presenza pubblica, allora, pur non scomparendo del tutto, si è andata caratterizzando per una profonda revisione degli strumenti di intervento che possono essere ricondotti a due grandi filoni.

Il primo filone è quello della liberalizzazione (o *deregulation*).

La quota di sistema produttivo sottoposto a un intervento pubblico diretto è drasticamente ridotta al fine di riattivare i meccanismi concorrenziali.

Il potere di mercato delle imprese (di pubblico servizio o incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale) operanti in questi settori (che molto spesso sono gli *ex-monopolisti* pubblici) viene limitato sia *ex-ante*⁸⁹, avvantaggiando i nuovi entranti e introducendo norme a svantaggio degli *ex monopolisti* (facendo cioè uso della cosiddetta “*regolazione asimmetrica*”), sia *ex-post*, con gli strumenti dell'antitrust⁹⁰.

Una tale operazione viene condotta con strumenti (in prevalenza direttive comunitarie) adottati sulla base dell'art. 95 del trattato che prevede

⁸⁸ Sull'argomento cfr. SILINGARDI G., *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padova, 1984

⁸⁹ Lo strumento di regolazione *ex-ante* più rilevante è certamente la *deverticalizzazione* degli *ex-monopolisti* pubblici, con la separazione tra le attività di gestione delle infrastrutture e di produzione dei servizi e la conseguente introduzione di criteri non discriminatori per l'accesso alle reti e per la fissazione dei relativi pedaggi.

⁹⁰ Autorizzando le operazioni di concentrazione, controllando o sanzionando gli abusi di posizione dominante e le intese restrittive della concorrenza.

l'adozione da parte del Consiglio di <<*misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*>>.

E ciò ha fatto osservare come “*i diversi servizi pubblici sono stati considerati alla stregua di altrettanti mercati e sottoposti ad una disciplina uniforme a livello europeo*”⁹¹.

Il secondo filone è quello, invece, della regolazione concorrenziale (o incentivante) che si sostanzia nell'adozione di strumenti di regolazione⁹² che, incentivando il comportamento delle imprese, simulano la concorrenza anche nei settori non liberalizzati e riducono il rischio di comportamenti inefficienti e distorsioni tipici di un intervento pubblico tradizionale.

Nei trasporti l'impatto di questa revisione dell'intervento pubblico è stato relevantissimo; esso ha trovato applicazione portando alla liberalizzazione dei servizi di trasporto di tutte le modalità, mantenendo nella sfera pubblica solo la gestione delle infrastrutture e la produzione dei servizi di trasporto pubblico locale.

⁹¹ CASSESE S., *La nuova Costituzione Economica*, III ed., 2004, Bari, p. 87

⁹² ⁹² MARLETTO G., *L'applicazione della concorrenza ai trasporti italiani: una valutazione critica*. Rapporto realizzato per Isfort, Roma, 2006 tra questi ricorda “ A) “*i contratti di servizio incentivanti*” che regolano i rapporti tra un'amministrazione pubblica che richiede che un bene o un servizio sia prodotto a determinate condizioni di prezzo, quantità e qualità e l'impresa che le deve garantire in condizioni di monopolio regolato. Il contratto è detto incentivante quando prevede dei meccanismi che stimolino l'impresa ad essere efficiente consentendole di beneficiare di una parte dei risultati dei propri sforzi; b) “*la concorrenza comparata*” (o *yardstick competition*) che si applica quando è possibile confrontare le prestazioni di diverse imprese che producono in condizioni di monopolio lo stesso tipo di bene o di servizio. In questo secondo caso la concorrenza è indiretta: l'amministrazione pubblica può infatti impostare gli incentivi sulla base delle prestazioni della più efficiente tra le imprese sottoposte a comparazione; c) la gara (o *concorrenza per il mercato*) che si applica assegnando sulla base di un confronto competitivo il monopolio di un dato bene o servizio o la gestione di un'infrastruttura. In questo terzo caso vi è un ricorso alla concorrenza effettiva, anche se solo al momento dell'appalto. Inoltre, l'impresa vincitrice della gara è mantenuta “in tensione” concorrenziale dalla prospettiva della successiva messa a gara; d) “i quasi-mercati”, modello di regolazione concorrenziale in cui si fa ancora più spinta l'approssimazione al mercato; in questo caso infatti al consumatore viene restituito il potere di selezionare l'impresa fornitrice del servizio. Per garantire questo potere, i quasi-mercati si basano sull'assegnazione a ciascun cittadino di un “buono-spesa” utilizzabile per l'acquisto di un dato insieme di servizi, che può essere speso presso una qualsiasi impresa che l'utente può scegliere tra quelle accreditate dall'amministrazione pubblica.”

Per rendere possibile la liberalizzazione è stato necessario separare la produzione dei servizi dalla gestione delle infrastrutture, superando così le aziende verticalmente integrate tipiche dell'approccio ortodosso tradizionale.

Proprio la convivenza tra la gestione pubblica delle infrastrutture e l'accesso di una pluralità di imprese tra loro in concorrenza ha reso necessario regolare i criteri di fissazione delle tariffe in genere e di ripartizione della capacità, in modo da non avvantaggiare nessuna impresa, in particolare gli ex-monopolisti pubblici.

Spesso la liberalizzazione dei servizi pubblici non determina solo il loro assoggettamento alla disciplina della concorrenza, ma anche un ampio intervento di regolazione, ispirato a principi e regole comuni ai diversi settori⁹³.

7. La liberalizzazione dei servizi di trasporto aereo e i diritti dei singoli

La liberalizzazione del trasporto aereo ha avuto un impatto (soprattutto mediatico) tale da spingere il legislatore a disciplinare con maggiore rigore due aspetti fondamentali, prima separati, ora sovrapposti: l'efficienza da un lato, la sicurezza dall'altro.

In particolare questi ha preso, man mano, consapevolezza dell'incidenza delle proprie scelte sui diritti dei singoli che sono molteplici e di diseguale valore, si intrecciano, si sovrappongono – appunto – fino ad entrare in conflitto e richiedono, spesso, il prevalere degli uni sugli altri.

Nel nostro settore di analisi, è prevalsa – come vedremo – una prospettiva di lavoro più prudente, volta alla ricerca di strumenti giuridici che assicurassero una loro coesistenza in un'ottica di maggiore tutela dei singoli,

⁹³ Per un approfondimento sui diversi tipi di regolazione v. CASSESE S., *La nuova Costituzione Economica*, III ed., 2004, Bari, pp. 90-94;

talvolta passeggeri, altre volte consumatori, certamente utenti dei servizi di trasporto aereo⁹⁴.

L'attenzione di questo lavoro è stata dedicata esclusivamente ai diritti c.d. “*secondari*”, in particolare al diritto di usufruire di un servizio efficiente e concorrenziale tralasciandosi la materia dei “*diritti primari*” (diritto alla vita, alla riservatezza, alla sicurezza, alla dignità dell'uomo).

L'oggetto d'esame, tuttavia, non è stato quello degli strumenti giuridici a tutela del solo passeggero-consumatore (la “*carta dei diritti del passeggero*” o il reg. 261/2004/CE, per intenderci).

Si è privilegiato, infatti, una prospettiva di lavoro che guardasse alla ricerca di equilibrio, che negli ultimi anni ha caratterizzato il settore, tra la volontà di liberalizzare il più possibile un mercato rimasto, per lungo tempo, lontano da logiche concorrenziali e l'esigenza di assicurare un elevato livello di protezione e tutela per i passeggeri.

In una tale prospettiva di lavoro, il punto di osservazione migliore non poteva che essere l'aeroporto quale luogo (materialmente) obbligato di passaggio di tutte le politiche di liberalizzazione del settore.

⁹⁴ L'utente passeggero è una figura che non sempre coincide con quella di consumatore; non necessariamente, infatti, il fruitore del servizio del trasporto aereo coincide con il soggetto che ne sopporta i costi. Ad esempio, questo accade quando il biglietto viene acquistato per motivi di lavoro; ma anche quando il biglietto aereo rappresenta un elemento costitutivo di un pacchetto turistico. In tal senso, ROSSI DAL POZZO F., *Servizi di Trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, 2008. Sulla tutela del consumatore che acquista un pacchetto di viaggio c.d. “*tutto compreso*” v. FLAMINI ANTONIO, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999.

CAPITOLO II

IL LIBERO MERCATO DEL TRASPORTO AEREO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione del sistema normativo nei traffici aerei internazionali – 2. Cenni sul passaggio dal dirigismo statale alla deregolamentazione dei traffici aerei statunitensi. – 3. Il trasporto aereo nei paesi europei prima della realizzazione del mercato unico – 4. Il processo di liberalizzazione del Trasporto Aereo nell'Unione Europea: introduzione. – 5. (*segue*) Un raffronto tra la *derugulation* americana e liberalizzazione europea – 6. L'avvio del processo di liberalizzazione del Trasporto Aereo in Europa ad opera della Corte di Giustizia Europea - 7. La politica europea dei <<Pacchetti Aviazione>> - 7.1. Il <<Primo pacchetto>> ed il <<Secondo pacchetto>> - 7.2 Il <<Terzo pacchetto>> - 7.2.1 Il regolamento n. 2407/92 sul rilascio delle licenze ai vettori - 7.2.2 Il Regolamento 2408/92 sulla libertà di accesso ai servizi aerei intracomunitari – 7.2.2.1 Gli oneri di pubblico Servizio - 7.2.2.2 Il superamento della riserva di cabotaggio aeronautico – 7.3 Il Regolamento 2409/92 sulle tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e merci – 8. Gli effetti delle politiche di liberalizzazione in Europa. Brevi considerazioni sui risultati prodottisi in Italia - 9. Gli accordi “*Open Skies*” e la recente Decisione 2007/339/CE sui trasporti aerei tra la Comunità e gli Stati Uniti - La disciplina comunitaria delle infrastrutture aeroportuali: il Libro bianco del 2001 su “La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte”

1. *L'evoluzione del sistema normativo nei traffici aerei internazionali*

Sin dal primo dopoguerra, il settore del trasporto aereo si è ispirato a principi di rigido protezionismo che hanno tratto spunto, in particolare, dal riconoscimento della sovranità dello Stato sui propri spazi aerei.

Tale orientamento, figlio di un'eredità storica risalente ad accordi internazionali stabiliti molti decenni prima, era riconducibile, in misura rilevante, alle caratteristiche della navigazione aerea che, dimostrando le sue straordinarie potenzialità di sfruttamento (non solo a fini strategici e militari ma anche commerciali) fece maturare nelle autorità statali una tendenza ad intensificare la propria presenza sui traffici aerei sia a livello normativo che gestionale. Tale assetto ha trovato la sua prima espressione uniforme nel testo

della *Convenzione di Chicago* del 1944 e negli Accordi c.d. Bilaterali che ne conseguirono⁹⁵.

La Convenzione⁹⁶, strumento di regolazione multilaterale dei servizi di trasporto aereo che si svolgono totalmente o parzialmente al di fuori dell'Unione Europea, afferma (codificandolo già all'*art. 1*⁹⁷) il principio, di origine consuetudinaria, secondo cui ogni Stato ha completa ed esclusiva sovranità sullo spazio aereo sovrastante il proprio territorio⁹⁸.

La disciplina internazionale così formulata regolamenta, allora, il sorvolo del territorio degli stati contraenti da parte di aeromobili di altri stati aderenti alla convenzione, riconoscendo loro le c.d. *libertà tecniche*: il diritto di sorvolo e di atterraggio per scopi non commerciali e per motivi inerenti al volo (riparazioni, rifornimenti di carburanti etc.).

Oggetto di animato dibattito furono, invece, le c.d. "*libertà commerciali*"⁹⁹ il cui preteso riconoscimento fu al centro di una disputa tra le correnti "liberiste" ed americane (favorevoli) e quelle "dirigiste" europee sostenitrici, invece, della concorrenza regolamentata in quanto timorose di un'eccessiva espansione degli Stati Uniti sul mercato internazionale.

Il permanere di un tale contrasto, ostativo del formarsi di un accordo unanime relativo ai diritti di traffico, spiega la preferenza accordata, dagli

⁹⁵Per un quadro completo sia sulla Convenzione che sugli accordi Cfr.; BALLARINO T., BUSTI S. *Diritto Aeronautico e spaziale*, Milano, 1988; LASSANDRO A., *L'ordinamento del trasporto aereo internazionale*, in *Trasporti*, 1984; Rinaldi Baccelli G., *Standardization of Bilateral Agreements*, Padova, 1963; SILINGARDI G., *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padova, 1984; E. TURCO BULGHERINI, *La disciplina giuridica degli accordi bilaterali*, Padova, 1984,

⁹⁶La convenzione, approvata e resa esecutiva in Italia con il D.Lgs 616/48 e accettata da tutti gli stati ebbe, tra gli altri, il merito di istituire l'ICAO, organismo facente capo all'ONU, attivo dal 1947 con compiti di fondamentale rilevanza nel settore tecnico-giuridico della navigazione aerea.

⁹⁷Recita, infatti l'art. 1 che <<gli stati contraenti riconoscono che ogni stato ha la completa ed esclusiva sovranità sullo spazio aereo sovrastante il proprio territorio>>

⁹⁸La "*sovereignty of airspace*" aveva già trovato il suo primo riconoscimento all'*art. 1* della Convenzione di Parigi del 1919, primo testo uniforme di disciplina in materia di servizi aerei.

⁹⁹"*Terza libertà*", intesa come libertà di imbarcare nel proprio stato traffico destinato ad altri paese; "*quarta libertà*" intesa come diritto di trasportare traffico da una paese straniero verso il proprio territorio; "*quinta libertà*" intesa come facoltà concessa da una compagnia aerea di effettuare collegamenti tra stati dei quali non possiede la nazionalità, quale prosecuzione o tappa intermedia un volo in terza o parta libertà.

Stati, a successivi sistemi di negoziazione bilaterale che alla Convenzione rimanevano, comunque, ancorati per quanto riguardava la procedura di fondo.

Fu, infatti, il primo di tali accordi – “*Accordo di Bermuda*” del 1946 siglato tra Stati Uniti ed Inghilterra – ad affrontare, per la prima volta, nel silenzio della Convenzione, i problemi relativi alla regolamentazione della concorrenza, alla capacità ed alle tariffe, imponendosi, nelle successive negoziazioni internazionali, come modello di riferimento per lo sviluppo dei traffici aerei e dei rapporti commerciali in particolare dell’aerea occidentale¹⁰⁰.

Lo strumento dell’accordo bilaterale fu utilizzato per circa quattro decenni per attuare una rigida regolamentazione, finalizzata a proteggere le compagnie di bandiera e a chiudere alla concorrenza i differenti mercati¹⁰¹.

Dalla fine dell’anni settanta tale strumento, però, si rivelò del tutto inadatto al sostanziale mutamento della situazione economica e ciò rese necessario pervenire a nuove soluzioni: anche quella tentata con il *revival* del nuovo accordo, denominato “*Bermuda II*”¹⁰², tuttavia, non rivelò soddisfacente.

I nuovi accordi, infatti, furono giudicati ancora più protezionistici rispetto a quelli del 1946 (soprattutto in materia di tariffe) e, comunque, mal si conciliavano con la nascente e dirompente politica di liberalizzazione, inaugurata dall’Amministrazione Carter del 1977 che ben si armonizzava con un clima politico che, in generale, era decisamente orientato a limitare l’eccesso di intervento pubblico in numerosi settori dell’economia.

¹⁰⁰ CFR. SILINGARDI G., o.u.c.. In proposito, è stato osservato che, anche, tale accordo rappresenta un compromesso fra il dirigismo economico propugnato dalla Gran Bretagna e l’indirizzo liberistico degli Usa

¹⁰¹ ARRIGO U., GIURICIN A., *Gli effetti della liberalizzazione del trasporto aereo ed il ruolo delle compagnie Low cost, un confronto Usa – Europa*, in occasione della XVII conferenza della Società Italiana di Economia Pubblica, Pavia 2006.

¹⁰² Sottoscritto il 23 Luglio 1977

Prevalse dunque un nuovo modello bilaterale¹⁰³, in alternativa ai tradizionali, e i vecchi accordi furono oggetto di una rinegoziazione tra gli Stati Uniti e i paesi maggiormente aperti ad un politica liberalistica (su cui v. *infra* par.9 di questo capitolo).

2. *Cenni sul passaggio dal dirigismo statale alla deregolamentazione dei traffici aerei statunitensi*¹⁰⁴

Si è osservato¹⁰⁵ come la politica dei trasporti americani si è caratterizzata per un circolare alternarsi di fasi di libero mercato e di regolamentazione.

La necessità di regolamentare in modo incisivo il settore si presentò, negli Usa, intorno agli anni '30, nella speranza di evitare forme di concorrenza drastiche che avrebbero portato al risultato opposto di annientarne gli effetti positivi.

Nel 1938, a tal fine, venne promulgato il *Civil Aeronautics Act* (C.A.A.) col quale si posero in essere regole capaci di disciplinare il settore, e venne ideata un'agenzia federale, la *Civil Aeronautics Agency*, riorganizzata successivamente col nome di *Civil Aeronautics Board* (C.A.B.), il cui

¹⁰³ I successivi accordi stipulati dagli Stati Uniti, c.d. "*liberal agreements*" o "*open sky*" regolano attualmente una vasta fetta dei collegamenti aerei internazionali e sono connotati da un esiguo margine di intervento delle autorità pubbliche.

¹⁰⁴ Per un quadro completo si veda: BAILEY E.E., *Deregulation, causes and consequences*, Scienze, 234, 1986; BORENSTEIN S., *The evolution of US Airline competition*, in *Journal of Economic Perspectives*, April, 1992; BUTTON K.J., MORRISON S.A., *Riforme della regolamentazione e loro effetti: il caso dell'aviazione civile negli Stati Uniti*, in *Economia Pubblica*, 7-8, 1989; DEMPSEY P. S., GOETS A., R., *Airline deregulation and Laissez-faire Mithology*, Quorum Book, Londra, 1992; PANZER J.C., *Regulatory theory and the U.S airline experience*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 139, 1983;; TUCCI G. *Fondamenti economici della de-regulation nei trasporti*, Quaderno della Scuola di Specializzazione in Economia e Politica dei Trasporti, Roma 1998;

¹⁰⁵ TUCCI G., *Regolamentazione e contestabilità nella formulazione di una politica comunitaria per il trasporto aereo*, in *Rivista di Politica Economica*, 7, 1985

compito era quello di applicare le disposizioni del CAA e di regolamentare e controllare lo sviluppo del settore del trasporto aereo statunitense¹⁰⁶.

Nonostante l'istituzione del CAA abbia segnato una svolta fondamentale nella politica dei trasporti degli Usa, tuttavia, venne rilevato da più parti come gli orientamenti del CAB furono, invece, alquanto ostruzionistici nei confronti dell'ingresso di nuovi operatori sul mercato e, quindi, nei confronti di un sistema realmente competitivo¹⁰⁷.

Non è un caso che, a quarant'anni da tale fase di regolamentazione, le quote di mercato dei primi quattro vettori (*American, Eastern, United e TWA*) rimasero pressoché inalterate e rari, se non inesistenti, furono casi di fallimenti societari.

E migliori risultati non si ebbero neanche in campo tariffario: anche su tale versante, infatti, la regolamentazione del CAB fu caratterizzata da una scarsa rispondenza alle esigenze di sviluppo del mercato e di efficienza industriale privilegiandosi maggiormente l'aspetto della qualità dell'offerta in termini di frequenza del servizio e capillarità della rete.

Le spinte inflazionistiche, la crisi petrolifera e la stagnazione economica, che caratterizzarono la società americana degli anni settanta, suggerivano invece un'inversione di tendenza nelle politiche di molti settori dell'economica tra cui, appunto, quello dei trasporti.

Accolta con entusiasmo fu, pertanto, l'inversione, a 360 gradi, compiuta, nel settore del trasporto aereo, con la nomina di Alfred Kahn alla guida del CAB: il rapporto Autorità Statale – libero mercato fu infatti rovesciato ed improntato al convincimento che qualunque forma di intervento

¹⁰⁶Al CAB furono conferiti poteri concernenti la definizione delle tariffe, la designazione dei vettori e l'assegnazione delle rotte, la concessione di sussidi pubblici e l'approvazione degli accordi tra le compagnie, cioè la possibilità di annullare, in determinati casi, gli effetti della legislazione *antitrust*.

¹⁰⁷Tale atteggiamento, tra l'altro, era coerente con un sistema in cui, al fine di tutelare l'interesse pubblico, si privilegiavano l'accessibilità e continuità dell'offerta rispetto all'allocazione delle risorse. La necessità di creare barriere all'entrata era, inoltre, favorita dalla volontà di salvaguardare le quote di mercato dei vettori già operanti molti dei quali versavano in condizioni di crisi finanziaria.

pubblico non fosse paragonabile - in termini di risultati allocativi - alla completa libertà di concorrenza.

Si instaurò, allora, un processo di graduale allentamento della *regulation* che portò, nel 1978, all'emanazione dell'“*Airlines Deregulation Act*” con il quale si annullarono i poteri del CAB in materia tariffaria e di accesso al mercato fino ad arrivare alla sua soppressione definitiva avvenuta nel 1985.

I risultati, primo fra tutti la completa libertà di accesso al mercato del trasporto aereo interno, si concretizzarono inoltre in termini di: innovazioni tariffarie e conseguenti riduzioni di prezzo; incremento di efficienza economica ed equità sociale; riduzione della pressione inflazionistica; diminuzione degli shock finanziari dell'industria, anche per il diffondersi di processi di acquisizioni e fusioni societarie; proliferazione di nuove compagnie destinate, in particolare, all'esercizio di collegamenti locali ad elevata densità di traffico; rapida crescita delle dimensioni aziendali e in una concentrazione dell'offerta che, nella seconda metà degli anni '80, trasformò radicalmente l'assetto industriale.

Il tutto fu favorito dalla diffusione di una struttura incentrata sui sistemi *hub and spoke* e dalla nascita e dal graduale inserimento dei *low cost carrier* (vettori a basso costo).

3. *Il trasporto aereo nei paesi europei prima della realizzazione del mercato unico*

Il trasporto aereo in Europa si è sviluppato in un ambiente monopolistico e fortemente regolamentato che ha fatto sì che le compagnie nazionali usufruissero di un elevato grado di protezione da parte dei rispettivi governi¹⁰⁸.

¹⁰⁸ CARLUCCI F., in *Trasporto aereo, Regolamentazione e concorrenza*, Padova, 2003. Sul punto è stato osservato che la limitata estensione geografica e il buon livello di dotazione ferroviaria e stradale che caratterizzano la maggior parte dei paesi dell'Unione, essendo causa delle ridotte potenzialità del trasporto aereo nei mercati interni e producendo

In **Italia**, per quanto riguarda i *servizi aerei di linea*¹⁰⁹, l'accesso al mercato era subordinato alla concessione governativa che, in determinate circostanze, prevedeva l'esclusività dell'esercizio del collegamento, rimandando ad apposite convenzioni tra il concessionario e il Ministero dei Trasporti la definizione dei parametri qualitativi e quantitativi dell'offerta, le modalità di svolgimento del servizio e, per i soli collegamenti nazionali, la struttura tariffaria.

E, sostanzialmente, il sistema era analogo anche per i *servizi aerei non di linea*: questi, infatti, essendo subordinati unicamente ad un'autorizzazione preventiva del Ministero dei Trasporti godevano, in teoria, di un'ampia libertà nell'espletamento del servizio.

Tuttavia essi divennero, ben presto, oggetto di un controllo pubblico non solo sui requisiti dell'esercente ma anche sulle modalità di svolgimento del servizio (che, in particolare per i voli charter, avrebbero dovuto costituire un campo di esclusivo appannaggio della sfera privata).

Di conseguenza nella pratica la disciplina regolamentare ha sostanzialmente uniformato il trattamento dei servizi regolari e di quelli a domanda.

Anche in Gran Bretagna il trasporto aereo, fino all'avvento della deregulation del mercato interno, è stato sottoposto ad una vincolante regolamentazione in particolar modo riguardo alle autorizzazioni necessarie allo svolgimento delle attività di viaggio e delle attività terminali in senso lato, e ciò sia per il trasporto di linea che per i voli a domanda.

scarsi volumi di traffico sui collegamenti nazionali hanno contribuito ad elevare in misura notevole il grado di concentrazione dell'offerta. D'altra parte, a livello europeo, l'orientamento prevalente prima della liberalizzazione è da sempre consistito nell'affidamento dell'esclusiva, quasi totale, dei voli interni e del traffico internazionale ad un unico vettore, la compagnia di bandiera.

¹⁰⁹ Con tale definizione, utilizzando i criteri enunciati dall'art. 2 lett. D del regolamento (CEE) n. 2408/92, il legislatore comunitario si riferisce a: "*una serie di voli che presenta le seguenti caratteristiche: ... i) i voli sono effettuati a titolo oneroso, da aeromobili adibiti al trasporto di passeggeri, di merci e/o posta in modo tale che, su ogni volo, siano messi a disposizione del pubblico posti per acquisti individuali ... ii) i voli sono effettuati in modo da assicurare il collegamento tra i medesimi due o tre aeroporti; in base ad un orario pubblicato oppure con regolarità e frequenza tali da costituire una seri sistematica evidente*"

Nel Regno Unito la regolamentazione del trasporto aereo ebbe inizio nel 1972 e fu affidata al CAA (*Civil Aviation Authority*), organo indipendente dal potere politico ma soggetto al controllo del *Council on Tribunals* secondo quanto stabilito dalle *Civil Aviation Authority Regulations*.

Il trasporto aereo in Francia è stato sempre considerato un servizio pubblico essenziale e, come tale, è stato costantemente sottoposto all'intervento del potere politico¹¹⁰ estrinsecatesi in interventi amministrativi miranti al controllo degli standard tecnici e di sicurezza e, più in generale, dell'efficienza economica dell'industria aeronautica.

La storia del trasporto aereo in Germania, invece, è segnata inevitabilmente dagli eventi bellici della Seconda Guerra Mondiale al termine dei quali i Paesi vincitori imposero alla Germania la completa cessazione di qualunque attività aeronautica, lo scioglimento del Ministero dell'Aviazione ed la sospensione del controllo governativo sul trasporto aereo.

L'attività riprese, sotto la supervisione dei Paesi alleati, nel 1949 con la nascita della Repubblica Federale Tedesca: la regolamentazione fu affidata all'"Amministrazione Federale dei Servizi di Navigazione Aerea" (*Bundesanstalt für Flugsicherung – FBS*), quale agenzia subordinata al Ministero dei Trasporti (*Verkehrsministerium*) ed era esercitata nel pieno rispetto delle pratiche e delle raccomandazioni degli organismi internazionali, in particolare dell'ICAO (*International Civil Aviation Organization*).

Il mercato del trasporto aereo è tornato ad essere di esclusiva competenza del governo tedesco solo nel 1990.

¹¹⁰ La pubblicizzazione del settore è iniziata nel 1941 quando, con legge dello stato, fu sancito il carattere pubblico dell'aviazione civile e si completò nel 1945 con la nazionalizzazione delle tre maggiori compagnie, l'*Air France*, l'*Air Bleu* e l'*Air Atalntique*.

4. *Il processo di liberalizzazione del Trasporto Aereo nell'Unione Europea: introduzione.*

È stato osservato¹¹¹ che, nonostante la contiguità nel Trattato istitutivo della Comunità Europea del 1957, trasporti e concorrenza non sono stati così vicini nella vicenda concreta dei paesi aderenti alla Comunità economica prima e all'Unione poi, almeno fino alla fine degli anni '80 quando – timidamente – ha preso avvio il processo di rottura dei monopoli pubblici, nazionali o locali¹¹².

Fino a quel momento la trama delineata dalla Convenzione di Chicago e la fittissima rete di accordi bilaterali¹¹³ su di essa innestatisi garantirono, infatti, un elevato livello di stabilità del settore che se da una parte era vista di buon occhio dalle compagnie, dall'altra - dando vita a crescenti fenomeni di duopolio - determinava conseguenze sfavorevoli per l'utenza¹¹⁴.

Un tale stato di cose spinse la Commissione Europea – nell'ambito dei programmi per la realizzazione del mercato unico – a far sì che anche i vari comparti dei trasporti si aprissero alla concorrenza.

Almeno all'inizio, tuttavia, tale spinta non fu particolarmente energica: a ciò contribuirono, in misura prevalente, le configgenti volontà politiche nazionali¹¹⁵ e il freno spesso tirato dal Parlamento di Strasburgo, ma determinante fu, altresì, la consapevolezza degli effetti negativi prodotti

¹¹¹ BOITANI A. *Concorrenza e regolazione nei Trasporti*, in *Economia e politica industriale n. 124, 2004*;

¹¹² Tale processo di liberalizzazione è iniziato dapprima in Gran Bretagna e Svezia, ma qui è stato sollecitato dall'interno più che dai regolamenti e dalle direttive comunitarie e si è estesa al trasporto passeggeri, sia pure nella forma di concorrenza per il mercato.

¹¹³ Erano circa duecento gli accordi tra coppie di Stati membri sino a quel momento vigente.

¹¹⁴ Essi contemplavano forme estremamente rigide di controllo sull'entrata e sulla capacità offerta. In genere veniva autorizzato un unico vettore per Paese (aerolinea di bandiera) ad operare i collegamenti tra le due nazioni. Le tariffe erano concordate attraverso accordi tra le compagnie aeree interessate per lo più in sede IATA e fissate ad un livello estremamente elevato, in modo da poter compensare gli alti costi operativi che la realtà europea prevedeva e prevede tuttora. Con gli accordi bilaterali, si stabilì persino che le avioilinee operanti avrebbero dovuto dividere equamente costi e ricavi sulle tratte servite tra i due Paesi (*cost and revenue poling*).

¹¹⁵ Le prime direttive e regolamenti emanate dalla Commissione, nonostante molto prudenti, furono recepite in ritardo dai paesi membri e ancor più spesso solo nominalmente.

dall'incontrollato processo di *deregulation* che aveva travolto i cieli americani.

5. *(segue) Un raffronto tra la deregulation americana e la liberalizzazione europea*

L'esperienza americana ha costituito certamente un importante punto di riferimento per la politica europea del trasporto aereo: gli organi comunitari, sulla base della valutazione dei risultati raggiunti nel decennio precedente dai colleghi americani hanno, infatti, provveduto ad elaborare un percorso di deregolamentazione che si è avvantaggiato molto dei suggerimenti provenienti dal nuovo continente calibrandoli in relazione alle peculiarità del proprio contesto ambientale.

Differirono, tuttavia, sia il meccanismo procedurale che le linee strategiche del processo di liberalizzazione europea.

Quanto alla procedura di attuazione, si è partiti dalla considerazione che la drastica e repentina rivoluzione attuata negli Usa, pur avendo inizialmente prodotto un evidente aumento della concorrenza (grazie alla libertà di accesso al mercato introdotta con l'*Air Deregulation Act*), una conseguente diminuzione dei prezzi ed una migliore qualità del servizio, alla lunga ha generato effetti pregiudizievoli conseguenti all'instaurarsi di un'accesa *price competition*: le forsennate politiche di riduzioni dei costi e le guerre tariffarie, per accaparrarsi fette di clientela, hanno interessato, infatti, non solo i costi superflui ma anche quelli essenziali, connessi alla qualità e alla sicurezza dei voli e, con il tempo, hanno portato all'uscita dal mercato di un elevato numero di compagnie aeree e alla creazione di un regime di oligopolio, con un ribaltamento (in termini di aumenti) dei prezzi e maggiore insicurezza per gli utenti.

Sul fronte europeo, dove il fenomeno della *deregulation* veniva seguito con attenzione¹¹⁶, è prevalsa quindi la convinzione che, per meglio sfruttare i benefici unanimemente collegati all'introduzione di un regime concorrenziale, sarebbe stato necessario procedere ad una liberalizzazione graduale o, almeno, dilazionata per successive tappe¹¹⁷ e che, nelle more, sarebbe stato opportuno mantenere in capo all'autorità pubbliche non solo poteri di controllo dell'andamento del mercato, ma anche facoltà di intervento e di restrizione della libera concorrenza nei casi in cui quest'ultima, per le caratteristiche del settore, avesse rischiato di sortire effetti negativi pregiudizievoli degli interessi collettivi.

La diversità delle linee strategiche andava, invece, ricercata nelle caratteristiche geografiche, storiche e politiche dei due mercati.

Innanzitutto, in Europa, l'attività di trasporto aereo internazionale prevale di gran lunga su quella interna; al contrario l'unità politica, le vaste dimensioni del territorio americano e la scarsa concorrenza dei vettori di superficie, fanno sì che i collegamenti *domestic* assumano rilevanza importante.

Un'altra diversità va ricercata nel fatto che, al contrario degli Stati Uniti dove le principali compagnie aeree sono di proprietà di investitori privati, in Europa c'era una diffusa presenza pubblica nel trasporto aereo. È, gioco forza allora, che dovendosi salvaguardare anche rilevanti interessi pubblici la politica di liberalizzazione si svolgesse in maniera differente e più graduale¹¹⁸.

Di non poco conto sono anche la grave carenza infrastrutturale, principalmente in termini di strutture terminali e di forte congestione e la

¹¹⁶ E anche con un certa preoccupazione, poiché rappresentava un'evidente minaccia al predominio delle tradizionali compagnie di bandiera sui mercati europei. Cfr. MASUTTI A., *Il diritto aeronautico, Lezioni, casi e materiali*, Torino, 2004.

¹¹⁷ Il contrario, insomma, della procedura con cui si è originata la *deregulation* americana definita "*Big Bang*" per l'immediatezza con cui la riforma è stata introdotta Cfr. BUTTON K.J., STOUGH R., *Air Transport Networks, theory and policy iumplication*, Edward Elgar Publishing limited, Cheltenham, UK.

¹¹⁸ L'ingerenza dei singoli governi è maggiore e presente non solo e direttamente nelle compagnie ma anche a livello di gestione delle infrastrutture aeroportuali.

presenza nel mercato europeo della diffusa offerta “*charteristica*”, fortemente competitiva non essendo mai stata sottoposta a regolamentazione tariffaria¹¹⁹.

6. *L’avvio del processo di liberalizzazione del Trasporto Aereo in Europa ad opera della Corte di Giustizia Europea*

L’atteggiamento, al contempo, titubante e prudente degli organi comunitari nel dare avvio al processo di liberalizzazione in esame trova la sua conferma nella circostanza per cui il primo passo in tale direzione non venne mosso dal legislatore¹²⁰, bensì dal giudice comunitario e mirava, in via propedeutica, a sgombrare il campo da ogni dubbio circa l’applicabilità al settore dei trasporti delle regole del mercato e della concorrenza.

Il dubbio era se, ai fini della creazione di una politica comune dei trasporti, obiettivo dichiarato del Trattato di Roma, fosse necessaria o meno una specifica disciplina della concorrenza: così, infatti, lasciava intendere l’allora art. 84 (ora art. 80) del Trattato di Roma secondo cui tale obiettivo era realizzabile attraverso l’adozione di regole “*speciali*”¹²¹.

Con una prima sentenza del 1974¹²², la Corte di Giustizia riuscì solo parzialmente a diradare i dubbi in proposito vigenti: l’applicazione integrale dei principi del Trattato al settore dei trasporti, affermata dai giudici comunitari, fu, infatti, limitata dall’art. 51 (ex art. 61) del Trattato CE secondo cui la libera circolazione dei servizi in materia di trasporti è disciplinata dalle norme emanate in attuazione del Titolo V (ex titolo IV) sui

¹¹⁹ Il segmento di voli a richiesta (*charter flight*) ha toccato punte di presenza nel mercato pari al 30% dell’*output* totale del settore.

¹²⁰ Anche se questi già era intervenuto in materia con la *Direttiva 416/83* sulla “*Liberalizzazione dei servizi aerei interregionali*” che introdusse un primo timido segnale di cambiamento nel mercato in un settore che gli Stati avevano tradizionalmente ritenuto di loro esclusiva competenza.

¹²¹ Il par. 2 dell’art. 84 del Trattato (oggi art. 80) così recita: << *Il Consiglio, con deliberazione a maggioranza qualificata, potrà decidere se, in quale misura e con quali procedure potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima ed aerea*>>.

¹²² Sentenza “*Marinai Francesi*” del 4 Aprile 1974, C-167/73, *Commissione c. Francia*, in Racc. 395.

trasporti, attuazione cui il legislatore comunitario non aveva ancora proceduto.

Con una successiva sentenza¹²³, di dieci anni successiva, la Corte riuscì – in maniera definitiva – a superare i residui dubbi proclamando la diretta applicabilità delle norme sulla concorrenza da parte dei giudizi nazionali a tutti i voli effettuati all'interno del mercato comune e, a certe condizioni, ai voli con paesi terzi, <<anche in assenza di alcuna disposizione attuativa dell'art. 80.2 del Trattato>>.

7. La politica europea dei <<Pacchetti Aviazione>>

7.1 Il <<Primo pacchetto>> ed il <<secondo pacchetto>>¹²⁴

Resa pacifica l'applicazione al settore in esame degli artt. 81 e 82 (ex artt. 85 e 86) del Trattato di Roma, poteva – finalmente e, soprattutto, con le cautele di cui si è detto in precedenza – prendere avvio il processo di liberalizzazione ed armonizzazione delle norme sui trasporti aerei nella Comunità.

Fu, infine, l'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo del 1986 a segnare l'ultima tappa di un processo lungo e travagliato che, iniziato con la direttiva 416/83 sulla “*Liberalizzazione dei servizi aerei interregionali*”,

¹²³ Sentenza 30 aprile 1986, cause riunite 209-213/84, *Asjes e a. (Nouvellese Frontieres)*, in Racc. 1425

¹²⁴ In argomento si cfr. anche: BUSTI S., *Verso un mercato comune aeronautico, in Trasporti*, 1991; Busti S., *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in *Trasporti*, 1993 PIZZINO R., *Verso la seconda fase di liberalizzazione del trasporto aereo comunitario: le proposte della Commissione CEE*, in *Dir. Comm. Int.*, 1989; RIANALDI BACCELLI G., *La liberalizzazione del trasporto aereo in Europa*, in *Trasporti*, 1987; GRIGOLI M., *La liberalizzazione e sicurezza nel trasporto aereo comunitario*, in *Trasp.*, 59/1993; MANZINI P., *I principi comunitari in materia di concorrenza nella nuova disciplina del trasporto aereo*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 1988 Munari F., *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano 1996; MUSCHEL L., *The EU Air Transport Policy Realization and Perspectives*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*, Messina; SGUEGLIA A., *L'aviazione civile e la liberalizzazione del trasporto aereo*, Napoli 1999;

trovò il suo primo sbocco ufficiale in quella serie di misure adottate dalle autorità comunitarie in vista dell'attuazione di una politica comune nel settore dei trasporti aerei meglio note come “*primo pacchetto*”.

Il primo gruppo di provvedimenti, noto anche come *Fase I*, è il frutto della volontà della Commissione di scardinare i vincoli posti agli operatori del trasporto intracomunitario dall'esistenza dei richiamati accordi bilaterali fino a quel momento vigenti, rendendo il sistema più flessibile e competitivo.

A tale gruppo vanno ascritti: la direttiva del Consiglio n. 87/601/CEE¹²⁵, riguardante i criteri e le procedure da seguire per la fissazione delle tariffe aeree di linea da praticare per i servizi esercitati sulle rotte che collegano gli Stati della Comunità, definendo la diversità dei ruoli tra i vettori e le autorità aeronautiche dei singoli Stati e la decisione del Consiglio (emanata e pubblicata in pari data) n. 87/602/CEE sulla ripartizione della capacità dei passeggeri tra vettori aerei nei servizi di linea tra Stati membri e sull'accesso dei vettori alle rotte di servizi aereo di linea tra Stati membri.

Alla prima fase del processo di liberalizzazione vanno, infine, ricondotti i regolamenti del Consiglio CEE n. 3975 e 3976: il primo disciplina le modalità di applicazione delle regole della concorrenza alle imprese di trasporti aerei; il secondo attribuisce alla Commissione il potere di dichiarare mediante regolamento l'inapplicabilità dell'art. 85, comma 1 (ora art. 81) del Trattato UE a talune categorie di accordi tra imprese, decisioni di associazione tra imprese e pratiche concordate aventi per oggetto la programmazione in comune ed il coordinamento delle capacità, la ripartizione degli introiti, le consultazioni tariffarie e l'assegnazione delle bande orarie¹²⁶.

Dopo pochi anni il legislatore comunitario, che già avevo marcato la sua presenza in materia tariffaria e di accesso alle *rotte intracomunitarie*, è intervenuto nuovamente in materia proponendo misure, contenute nel

¹²⁵ Tali direttive sono datate 14 dicembre 1987 ed hanno trovato successiva pubblicazione in G.U.C.E., 31 dicembre 1987, n. L. 374,12.

¹²⁶ Tali regolamenti sono datati 14 dicembre 1987 ed hanno trovato successiva pubblicazione in G.U.C.E., 31 dicembre 1987, n. L. 374, 1 ss.

“*secondo pacchetto*” ed articolare in tre regolamenti¹²⁷, dirette a: superare la differenza di disciplina per i trasporti di linea e non; permettere agli operatori di effettuare servizi su qualunque rotta negli aeroporti delle Comunità; eliminare le restrizioni relative alle designazioni multiple e ai diritti di traffico di terza, quarta e quinta libertà¹²⁸.

7.2. *Il <<Terzo pacchetto>>*¹²⁹

È solo con l’approvazione - nel giugno del 1992 - del <<*Terzo Pacchetto*>>, però, che il settore venne definitivamente deregolamentato!

Sulla scia del successo (almeno iniziale) della riforma attuata un decennio prima negli Stati Uniti, le ultime misure rappresentano l’impulso finale del processo di organizzazione del mercato dei trasporti aerei comunitari in vista della creazione di un mercato comune dei trasporti.

La definitiva scomparsa del regime bilaterale e la sostituzione di questo con un sistema, per definizione, multilaterale recano con loro l’esigenza di garantire, attraverso una politica di *laissez faire*, l’armonizzazione delle norme e degli standard esistenti in vari settori di tale mercato ed assicurare – attraverso i principi del libero accesso al mercato e di libera fissazione del regime tariffario - una concorrenza leale non solo tra i vettori comunitari (indipendentemente dal paese di provenienza) ma,

¹²⁷ Tutti pubblicati in G.U.C.E., 11 agosto 1990, n.L 217;

¹²⁸ Si tratta dei regolamenti CEE: 1) n. 2342/90 sulle tariffe dei servizi aerei di linea; b) 2343/90 sull’accesso dei vettori aerei alle rotte intracomunitarie e sulla capacità operativa degli stessi. Il regolamento modificava la decisione del Consiglio n. 602/87 in tema di liberalizzazione dell’accesso alle rotte infracomunitarie; c) n. 2344/90, che modificava il regolamento CEE n. 3976/87, relativo all’applicazione delle regole della concorrenza (art. 85, par. 3, ora 81 par.3).

¹²⁹Sul punto si cfr. anche: FERMEZZA O., *La riserva di cabotaggio aereo e ordinamento comunitario*, in Dir. Prat. Acfr.CiCfr., n. 1, 1994; GIRARDI P., *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi*, in Dir. Trasp., 1993 2000; RINALDI-BACCELLI G., *La terza fase di liberalizzazione del trasporto aereo nella CEE*, in Dir. Prat. Acfr.CiCfr., 1991; ZUZZHETTI R., RAVASIO M. (2001), *Trasporti e concorrenza: dal monopolio pubblico al libero mercato*, Egea, Milano

promuovendosi – altresì - lo sviluppo dell'industria aerea comunitaria, anche nei confronti dei vettori e gruppi di vettori internazionali .

La nuova disciplina si applica indistintamente al trasporto di linea di passeggeri e bagagli, e anche a quello di merci e *charter*¹³⁰, sia che si tratti di voli intracomunitari che di cabotaggio (vale a dire interni al territorio di uno Stato membro) e consta di cinque regolamenti.

I primi tre di essi meritano un migliore approfondimento, rappresentando non solo il punto di arrivo di un lungo studio del settore, ma anche il riferimento sui cui gli operatori del settore dovranno confrontarsi e da cui dovranno prendere le mosse per pianificare le prossime linee di sviluppo dell'industria del trasporto aereo.

7.2.1. Il regolamento n. 2407/92 sul rilascio delle licenze ai vettori¹³¹

Il Reg. 2407/92¹³² del Consiglio introduce una disciplina uniforme, di carattere pubblicistico, in materia di requisiti per l'ammissione di un soggetto comunitario (in possesso di determinati requisiti che verranno *infra* esposti) alla “professione”¹³³ di vettore aereo subordinando, tale ammissione, al

¹³⁰ L'annullamento delle differenziazioni tra vettori scheduled e charter, fa sì che entrambi possano effettuare operazioni comuni alle due categorie. Nel primo caso si parlerà di vettori aerei con programmazione di voli (scheduling) ossia con l'obiettivo di programmare voli, rotte, turni del personale in modo da soddisfare le esigenze dei clienti e al tempo stesso massimizzare gli utili. Il secondo tipo di volo è oggetto, invece, di programmazione per conto di gruppi, di collettività, di organizzazione con i quali sono concordati di volta in volta date, orari e prezzi spesso inferiori a quelli medi.

¹³¹ Sull'argomento cfr. anche: BOCCHESI D., CRUSCAMAGNA T., GALDI M., *Il rilascio delle licenze di esercizio ai vettori aerei*, in *Aspetti della normativa comunitaria sui trasporti aerei*, Cagliari 1999; CESARINI C., CHIOCCI P., *Certificato di operatore aereo*, in *Aspetti della normativa comunitaria sui servizi aerei*, Cagliari 1999; FERMEZZA O., *Licenza comunitaria del vettore aereo*, in *Dir. Prat Acfr.CiCfr.*, 1998

¹³² Pubblicato in G.U.C.E., 24 agosto 1992, n. L 240, 1

¹³³ Zunarelli S., *Lezioni di diritto dei Trasporti*, Bologna, III ed., 2006

riconoscimento del diritto alla *licenza d'esercizio*¹³⁴ dell'attività di trasporto aereo, a titolo oneroso, di passeggeri, posta e/o merci¹³⁵.

Il primo requisito richiesto, ai fini di tale riconoscimento, è quello dell'ubicazione, nello Stato membro destinatario della richiesta, “*del principale centro di attività e (se esiste) della sede sociale*” dell'impresa istante.¹³⁶

Il legislatore centrale ha quindi previsto la necessità dello svolgimento di un completo *check up* in ordine allo stato di salute del vettore istante (che per la prima volta richiede la licenza) dal punto di vista economico – finanziario: è infatti, previsto che questo, in qualsiasi momento, debba possedere un'affidabilità tecnica e finanziaria tale da poter affrontare (convincendone lo Stato autorizzante) i suoi impegni effettivi e potenziali ed i costi fissi e operativi connessi con le operazioni secondo i suoi piani economici¹³⁷.

L'importanza di una solida stabilità economico finanziaria è tale da poter indurre lo Stato autorizzante, nel caso in cui essa venga meno e non sia più recuperabile, a *revocare* o *sospendere* la licenza precedentemente concessa o a tramutarla da definitiva in *provvisoria* in attesa di una ristrutturazione finanziaria che venga portata a termini in modo da non pregiudicare, tuttavia, superiori esigenze di sicurezza.

Proprio per garantire le esigenze di sicurezza appena menzionate il legislatore comunitario ha, altresì, previsto la necessità che il vettore richiedente sia dotato del “*Certificato di operatore aereo*” (COA), una sorta

¹³⁴ È ben, si da subito, precisare che il riconoscimento della “*licenza d'esercizio*” non reca implicitamente, con se, quello del diritto di accesso a rotte o mercati specifici subordinato, invece, alla conformità alle norme di cui al Reg. 2408/92.

¹³⁵ Il riconoscimento è finalizzato esclusivamente all'esercizio di tale attività di trasporto aereo <<*esclusivamente o in combinazione con qualsiasi altro impiego commerciale di aeromobili, ovvero riparazione e manutenzione di aeromobili*>>, (art. 4, par. 1 lett. b.)

¹³⁶ È, altresì, precisato che <<*...l'impresa deve essere e rimanere di proprietà, direttamente o attraverso una partecipazione di maggioranza, degli Stati membri e/o cittadini degli Stati membri, il controllo effettivo sull'impresa deve essere sempre esercitato da questi Stati o da questi cittadini*>> (art. 4, par. 2).

¹³⁷ A tal fine l'impresa, almeno nei primi due anni, deve presentare un *piano economico* in cui indica i legami finanziari esistenti con qualsiasi altra attività commerciale cui partecipi direttamente o in via associativa. Ad ogni esercizio finanziario, inoltre, devono presentare alle autorità i propri bilanci debitamente certificati relativi all'anno finanziario precedente.

di patente di vettore comunitario riconosciuta e valida in tutti gli stati dell'Ue, con cui è certificata la sussistenza, in capo ad esso, della capacità professionale e dell'organizzazione aziendale.

Il compito di verificare l'esistenza dei requisiti a tal fine necessari (in materia di operazioni di volo o di operazioni a terra, di manutenzione delle macchine, di addestramento dei piloti) spetta alle autorità competenti di ciascuno Stato¹³⁸ le quali, esperito tale accertamento ed in caso di suo esito positivo procedono al rilascio del certificato e della licenza, senza potersi spingere oltre come, invece, avveniva nella vigenza del precedente sistema¹³⁹.

Al fine del mantenimento o della concessione della licenza d'esercizio, infine, viene precisato che non è necessaria la proprietà, in capo al richiedente, degli aeromobili destinati al servizio ma la loro semplice disponibilità ed utilizzabilità sulla base di qualsiasi contratto¹⁴⁰; è invece necessaria la stipulazione di un contratto di assicurazione.

7.2.2. Il regolamento 2408/92 sulla libertà di accesso ai servizi aerei intracomunitari

Il principio enunciato all'art. 3, n. 1, del regolamento in commento – essenza principale della nuova normativa - secondo il quale un vettore in

¹³⁸ In Italia tale compito spetta è affidato all'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile – ENAC.

¹³⁹ Circostrandosi il compito delle Autorità Statali ai richiamati accertamenti di ordine tecnico, infatti, le si priva di quell'ampia discrezionalità amministrativa relativa alla ponderazione circa l'esistenza di pubblici interessi connessi o meno all'immissione nel mercato di un nuovo vettore.

¹⁴⁰ Frequenti sono i casi di locazione (*dry lease*) consistenti nell'impiego, da parte della società locataria, di un aeromobile non di proprietà ma utilizzato nell'ambito della propria Licenza di esercizio; in questo caso il contratto di utilizzazione ha per oggetto un bene che è l'aeromobile (l'aeromobile è ceduto a 'secco'). Nel caso, invece, di noleggio (*wet lease*) si assiste all'utilizzo da parte della società noleggiatrice di un aeromobile operato nell'ambito della Licenza di esercizio della società noleggiante; in questo caso il contratto di utilizzazione ha per oggetto un servizio rappresentato da uno o più voli effettuati con l'aeromobile noleggiato. (l'aeromobile è ceduto con tutto l'equipaggio ed i voli sono 'operati' dal proprietario). L'argomento è disciplinato, oltre che dalle norme nazionali, dall'art. 83 bis della Convenzione di Chicago (ICAO).

Sull'argomento cfr. FOGLIANI E., *Il leasing e la proprietà dell'aeromobile nel Codice della Navigazione*, atti del Convegno di Genova "Un nuovo codice della Navigazione", pubblicato su "Il diritto marittimo".

possesso di licenza è libero di predisporre, all'interno della Comunità, servizi di trasporto aereo (di linea e non), su rotte preferenziali e offrendo la capacità ritenuta più conveniente, da il senso della portata rivoluzionaria compiutasi con la normativa in oggetto.

Essa decreta il passaggio da un accentuato ed ancora imperante dirigismo, concretizzatosi nel riconoscimento allo Stato della potestà di sfruttamento a fini commerciali degli spazi aerei nazionali¹⁴¹, ad uno sfrenato liberismo in cui è proclamato il principio opposto dell'autonomia di scelta degli operatori economici abilitati ad operare nel settore.

Viene, in tal modo, sancita la piena apertura del mercato alla concorrenza ed il definitivo abbandono degli strumenti bilaterali e multilaterali che, fino a quel momento, avevano monopolizzato il settore.

Il regolamento rappresenta il naturale prosieguo del reg. 2407/92, con cui si sono poste le basi per l'individuazione dei requisiti abilitativi allo svolgimento dell'attività di trasporto aereo e costituisce il quadro di riferimento degli interventi normativi in materia che, successivamente, vi hanno dato specifica e settoriale innovazione.

La sua entrata in vigore ha comportato, per gli Stati membri, la necessità di un repentino adeguamento alle sue novità¹⁴².

Tale cambiamento, tuttavia, è avvenuto sulla base delle cautele che lo stesso legislatore comunitario, preoccupato degli effetti incontrollati di una tale dirompente politica liberalizzatrice, ha saggiamente previsto.

Dopo aver affermato la piena libertà dei vettori comunitari di esercitare liberamente traffici commerciali sulle rotte intracomunitarie, infatti, il legislatore, da una parte ha subordinato tale libertà al rispetto di

¹⁴¹ Lo Stato era l'unico detentore de potere di rilascio della concessione o licenza per i servi interni e della designazione o accreditamento per quelli internazionali.

¹⁴² In Italia, ad esempio, la normativa di attuazione consta di due momenti: un primo, immediato, caratterizzata dall'emanazione di una regolamentazione amministrativa per prevedere la possibilità per tutti i vettori comunitari, in possesso di licenza, di effettuare servizi di linea e non sugli aeroporti italiani in provenienza/destinazione da Paesi della Comunità; un secondo, previsto dalla Legge Comunitaria 128/1998, che ha determinato una drastica modifica del Codice della Navigazione, in chiaro contrasto con la nuova normativa, e introdotto meccanismi di totale parità in materia a favore di tutti gli operatori commerciali comunitari del settore.

taluni interesse di carattere pubblico previsti all'art. 8 (la sicurezza, l'ambiente, la razionale assegnazione delle bande orarie ed utilizzazione delle infrastrutture); dall'altra, al fine di garantire la continuità dei servizi anche nei primi periodi di frenetica applicazione del regolamento, ha previsto – all'art. 5 - che <<le rotte nazionali che, al momento dell'entrata in vigore del presente Regolamento, sono oggetto di concessione esclusiva in forza di una legge o di un contratto e comunque, dove altre forme di trasporto non possono garantire un servizio adeguato ed ininterrotto, tale concessione può sussistere fino alla sua data di scadenza, limitatamente comunque ad un periodo di tre anni>>.

Sia le limitazioni di cui all'art. 5, che le successive previste dall'art. 8 sono state oggetto di interessate interpretazioni da parte di alcuni Stati membri.

La previsione normativa di cui all'art. 5, per esempio, ha costituito, immediatamente dopo l'introduzione dei "pacchetti comunitari", la giustificazione cui gli Stati hanno fatto sovente ricorso per rifiutare l'esercizio dei diritti di traffico su rotte interne; tale rifiuto, appunto, era motivato dalla necessità (solo apparente) di garantire la continuità dei servizi¹⁴³.

In merito, invece, all'applicazione dell'art. 8 è dovuta intervenire la Corte di Giustizia delle Comunità Europee¹⁴⁴ per chiarire la portata della disposizione citata in materia di ripartizione di diritti di traffico tra gli aeroporti appartenenti ad un medesimo sistema aeroportuale¹⁴⁵.

¹⁴³ In Francia, ad esempio, ne è conseguita una furibonda disputa giudiziaria conclusasi con un intervento del Tribunale delle Comunità Europee (*sentenza n. 260/94*, del 19 giugno 1997) che ha ristretto il campo di applicazione della norma in commento nel tempo (transitoria) e nello spazio (interruzione dei collegamenti tra città e regioni e non tra aeroporti). Sul punto RINALDI BACCELLI G., *La liberalizzazione del trasporto aereo in Europa*, in *Trasporti* 1987; MASUTTI A. *Diritto Aeronautico, Lezioni, casi, materiali*, Torino, 2004.

¹⁴⁴ Sentenza del 18 gennaio 2001, C-361/98, *Repubblica Italiana c. Commissione delle Comunità Europee*;

¹⁴⁵ La Corte è intervenuta, su richiesta dell'Italia, per annullare la decisione della Commissione di censurare il decreto n. 46-T del 1996 che, nell'ambito della riorganizzazione del sistema aeroportuale milanese (poi completato con il decreto n. 70-T del 97'), prevedeva il trasferimento da Linate a Malpensa di tutto il traffico intracomunitario e

7.2.2.1. *Gli oneri di pubblico Servizio*

Conscio degli effetti negativi maturati nell'esperienza americana dell'*Airline Deregulation Act* del 1978 ed al contempo della necessità di garantire, ad ogni livello, la realizzazione del diritto alla libera circolazione dei cittadini comunitari all'interno della Comunità - *ex art. 18, par. 1, Trattato CE* – il legislatore ha cercato di evitare che la totale apertura del mercato comportasse, a sua volta, l'abbandono, da parte dei vettori, di rotte considerate economicamente e geograficamente inappetibili e di conseguenza l'isolamento di fette rilevanti del territorio comunitario.

Da una parte, infatti, il processo di deregolamentazione in atto aveva prodotto il venir meno della possibilità (abusata ed) implicita nel "vecchio mercato" di imporre, alla compagnia concessionaria del servizio di trasporto aereo, l'esecuzione di specifici collegamenti che, sia pur non corrispondenti a criteri di mercato, trovavano, ugualmente, la loro giustificazione nell'ambito del rapporto nascente dalla concessione; dall'altra le istanze sociali, che sollecitavano, invece, un intervento nella direzione opposta, oltre che perifericamente, erano state fatte proprie ed amplificate sia nell'Atto Unico Europeo¹⁴⁶ che nel Trattato di Maastricht¹⁴⁷.

intercontinentale creando, a parere della Commissione, effetti discriminatori a favore di Alitalia che, in un sistema così configurato (in cui si prevedeva un'eccezione a favore di quei vettori che superassero il volume annuale di 2 milioni di passeggeri) risultava essere l'unico vettore a poter accedere al suo centro aeroportuale di Fiumicino da Milano utilizzando sia l'aeroporto di Malpensa che quello di Linate diversamente dagli altri vettori comunitari che, a tal fine, potevano partire solo da Malpensa

¹⁴⁶ Introducendo una regola del tutto nuova nell'ambito dei principi ispiratori del Trattato di Roma, l'Atto Unico stabiliva (art. 158, comma 1, del Trattato) che la Comunità stessa deve tendere al rafforzamento della coesione economica e sociale mirando, in particolare, a ridurre il divario esistente fra le diverse ragioni nonché il ritardo delle regioni meno favorite o insulari.

¹⁴⁷ Ivi si è rimarcato come la Comunità "concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee anche nel settore dei trasporti, così da tutelare l'esigenza di collegare le regioni insulari, prive di sbocchi sul mare e periferiche con le regioni centrali, al fine di fornire gli strumenti idonei a dare concreta attuazione all'obiettivo della coesione economica e sociale" (art. 154 Trattato CE, come modificato dal Trattato sull'Unione Europea ed inserito nel nuovo titolo XV relativo alle reti transeuropee).

Si poneva, pertanto, la necessità di pensare ad un meccanismo per il tramite del quale lo Stato stesso, su determinate rotte di rilevante interesse economico e sociale¹⁴⁸, potesse imporre lo svolgimento del servizio pubblico di trasporto aereo e garantire la pari opportunità di mobilità per tutti i cittadini da e per qualunque parte del suolo nazionale secondo le caratteristiche proprie del servizio universale¹⁴⁹.

Si trattava di prevedere un meccanismo che fosse, soprattutto, in grado di ben districarsi in un settore in cui erano stati introdotti i nuovi principi del libero accesso al traffico di cabotaggio e della libera concorrenza (o, come specificato dal richiamato art. 154 Trattato CE, “*nel quadro di un sistema di mercati aperti e concorrenziali [...]*”)¹⁵⁰.

¹⁴⁸ CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, III ed., 2004, individua proprio nei contenuti sociali l'essenza di quel “terzo tipo di regolazione” che “*mira a garantire la fruizione diffusa ed uniforme di servizi essenziali.*”

¹⁴⁹ Il concetto di *servizio universale* indica una serie di requisiti di interesse generale atti a garantire che “*taluni servizi siano messi a disposizione di tutti gli utenti (copertura territoriale totale) al livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi ed ad un prezzo accessibile.*” Le sue caratteristiche principali sono, pertanto, l'estensione del servizio (accessibile da parte di tutti), le caratteristiche in termini di prezzo (abbordabile) e di qualità (soddisfacente alla luce dei livelli qualitativi prestabiliti). Sul servizio universale v.: CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale* in *Dir. Pubbl.*, 1998; DE FALCO V. *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003; GASPARINI CASARI V., *Il servizio universale*, in *Dir.ec.*, 2000; NAPOLITANO G. *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; TORRICELLI S., *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano, 2007; VETRO', *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005

¹⁵⁰ Cfr. il punto 3 della Relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken del 2001, COM (2001) 598, avente ad oggetto “*Servizi di interesse generale*”, ove si sottolinea che laddove il mercato non riesca “*a conseguire obiettivi socialmente desiderabili e fornisca servizi in misura insufficiente*” può essere necessario l'intervento del settore pubblico, trattandosi, appunto, di “*intervento del settore pubblico in caso di fallimento del mercato*”. Il legislatore, sottraendo il servizio al mercato, predilige - in tal caso - il “*modello del servizio pubblico*” quale approccio utile a garantire l'idoneo svolgimento di un'attività che ritiene di particolare rilievo per la collettività, assegnandolo in titolarità ad un'amministrazione che lo può gestire direttamente o affidarlo in gestione ad'impresa terza così gravata da specifici obblighi di servizio pubblico e conseguente compensazione finanziaria dei costi. Tale modello, tuttavia, non è utilizzato solo in casi di “*fallimenti del mercato*” ma, al fine di conseguire precise finalità politico-sociali, potrebbe essere anche calato in sistemi di mercato (reali o simulati) efficienti. Sul punto v. BERTONAZZI L. e VILLATA RICCARDO, *Servizi di interesse economico generale* in (a cura di) CHITI M. P. - GRECO G. *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., Milano 2007.

Tali premesse hanno animato il legislatore comunitario che, nell'estendere al trasporto aereo, i cc.dd. *oneri di servizio pubblico*¹⁵¹ - già introdotti a livello di trasporto ferroviario, su strada e per via navigabile¹⁵² - ha ipotizzato una soluzione per la quale fosse possibile restringere l'accesso su alcune rotte ad un unico vettore prevedendo, anche e sia pure a condizioni particolari, la possibilità di un rimborso economico.

Le motivazioni economiche, giuridiche e sociali dell'imposizione dell'*onere di un servizio pubblico*¹⁵³ vanno ricercate nel seguente

¹⁵¹ La nozione di "*obblighi di servizio pubblico*" deve essere necessariamente letta in "combinato disposto" con quella di "*servizi di interesse economico generale*" utilizzata negli artt. 16 e 86, par. 2, del Trattato ma non definita né da questo né dal diritto comunitario derivato. Nella prassi e nella giurisprudenza comunitaria si identificano, con tale locuzione, servizi di natura economica o di <<mercato>> (in particolare, quelli forniti dalle grandi industrie di rete del trasporto, postali, dell'energia e telecomunicazioni ma anche quelli idrici, o relativi alla gestione dei parcheggi ed alla gestione dei rifiuti etc.) che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la stessa Comunità sottopongono a puntuali obblighi di servizio pubblico. Gli obblighi di servizio pubblico, quindi, "*si atteggiavano a guisa di tratto caratterizzante, elemento costitutivo della nozione di servizio di interesse economico generale*" identificando "*i requisiti specifici che i pubblici poteri (nazionali e qualche volta comunitari) impongono all'erogatore del servizio onde garantire il conseguimento di taluni obiettivi di interesse generale*". L'universalità del servizio, nell'accezione che si è data alla precedente nota 139, è uno dei possibili obblighi di servizio pubblico, cioè "*una delle missioni che possono essere assegnate ai gestori di servizi per ciò solo qualificati di interesse economico generale*". Sul punto v. BERTONAZZI L. e VILLATA RICCARDO, *Servizi di interesse economico generale* in (a cura di) CHITI M. P. - GRECO G. *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., Milano 2007. Cfr., inoltre, *Libro Verde sui servizi di interesse generale* adottato dalla Commissione Europea il 21 Maggio 2003, COM (2003) 270; Reg. CE 1191/69, in materia di Trasporti.

Prendendo spunto da quest'ultimo assunto si comprendono, altresì, le motivazioni che stanno alla base della tesi che fa coincidere la nozione comunitaria di "servizio di interesse economico generale" con quella italiana di servizio pubblico (di rilevanza economica) indipendentemente se questa nozione debba o meno intendersi nella sua accezione soggettiva (servizio reso al pubblico, la cui titolarità, anche se non necessariamente la sua gestione, compete ad una pubblica autorità) o oggettiva. Sul punto V. CORSO G. *I servizi pubblici nel diritto comunitario* in Riv. Quadr. Serv. Pubb., 1999, 8; VILLATA R., *Pubblici servizi, Discussioni e problemi* Milano, 2006 1-28;

¹⁵² Regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, *relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile*

¹⁵³ Sul tema si cfr. ANTONINI A. *Gli oneri di pubblico servizio e gli aiuti di stato nel trasporto aereo*, in *Diritto dei Trasporti*, 2000; ANTONINI A. *L'attività di trasporto aereo dopo la liberalizzazione del cabotaggio*, in *Resp. civ.e prev.*1998, 2, 518; FOIS P., *Il principio della continuità territoriale nel trasporto aereo e l'ordinamento comunitario*, in *Diritto dei Trasporti*, 2000; DEIANA M., *Gli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002; MASALA L., *Gli aiuti a carattere sociale nel trasporto aereo*, in *Diritto dei Trasporti*, 2000; SILINGARDI G., *Gli obblighi di pubblico servizio nel trasporto aereo comunitario*, in *Diritto dei Trasporti*, 2000; WILLIAMS G. e

ragionamento: se il trasporto aereo non è servizio pubblico in sé, in quanto al principio di liberalizzazione economica porta a concedere all'iniziativa privata l'effettuazione di tali servizi e, ciò nonostante, alcune rotte o alcune frequenze risultano - contemporaneamente - socialmente necessarie e commercialmente sconvenienti, lo Stato, che valuta la loro effettuazione necessaria, o offre personalmente (e in perdita) il servizio o impone ai soggetti che effettuano servizi commerciali complementari o assimilabili l'onere di sostenere anche il pubblico servizio a fronte della garanzia di copertura delle perdite registrate.

E, infatti, il reg. 2408/92 definisce - all'art. 2, lett. o) - l'onere di servizio pubblico come: *“qualsiasi onere imposto ad un vettore aereo di prendere tutte le misure necessarie, relativamente a qualsiasi rotta sulla quale sia abilitato ad operare da parte di uno stato membro, per garantire la prestazione di un servizio che soddisfi determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione, criteri cui il vettore stesso non si atterrebbe se tenesse conto unicamente del suo interesse commerciale”*.

L'intervento pubblico, correttivo delle distorsioni prodotte dal mercato nei livelli di offerta dei servizi e rispondente alla domanda di mobilità proveniente da realtà territoriali periferiche ed economicamente non redditizie o da trainare nel processo di sviluppo che ha interessato il territorio circostante¹⁵⁴, si articola in due fasi.

La prima, come ha dimostrato l'esperienza e come verrà chiarito nel prosieguo, ha - congiuntamente - caratteristiche di necessità (in merito alla sua esplicazione) e di potenzialità (con riguardo ai suoi esiti): lo Stato membro, laddove valuti un servizio aereo di linea essenziale per lo sviluppo di una parte del suo territorio può, previa consultazione con gli altri Stati membri interessati e dopo aver informato la Commissione ed i vettori aerei

PAGLIARI R., *A comparative analysis of the application and use of public service obligation in air transport within the EU*, in *Journal of Transport Policy*, Vol. 11, 2004,

¹⁵⁴ Emblematico è il caso della Germania dove, ad esempio, si è inserito il meccanismo in esame all'interno di una vasta strategia economica volta a ridurre il divario esistente tra i differenti sistemi socio-economici delle ex repubbliche federali e democratiche al fine di favorirne l'integrazione.

operanti su una determinata rotta, “ *imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati verso un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto regionale nel suo territorio [...]*”.

La valutazione dell'essenzialità del servizio è effettuata prendendo a parametro una serie di elementi: il pubblico interesse, la possibilità, in particolare per le regioni insulari, di ricorrere ad altre forme di trasporto che siano, comunque, idonee a soddisfare il concreto fabbisogno di mobilità, le tariffe e le condizioni proposte agli utenti, nonché l'insieme degli effetti prodotti (in termini di traffico, disponibilità, tariffe, etc.) da tutti i vettori aerei che operano o intendono operare sulla rotta in questione.

Nella prima fase, dunque, lo Stato individua i servizi aerei di linea per i quali possono essere imposti gli oneri e, una volta identificati, rende obbligatorio – attraverso una comunicazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea – lo svolgimento del servizio alle richiamate condizioni, imponendo una sorta di regolamentazione generale con riferimento ad una rotta determinata l'accesso alla quale è sottoposto al regime della licenza in un sistema di mercato ad iniziativa privata.

In realtà, nel corso degli anni, la concretizzazione di tale previsione si è avuta, essenzialmente, ad un mero livello cartaceo attraverso, cioè, la pubblicazione delle diverse comunicazioni nella G.U.C.E. cui non è, automaticamente, seguito il concreto assoggettamento dei vettori all'imposizione degli oneri sulle rotte onerate comunicate dagli stati: più spesso, infatti, in mancanza di vettori pronti ad istituire servizi di trasporto di linea conformi ad essi, si è passati – come si evince dalle numerose comunicazioni pervenute alla Commissione nell'ultimo decennio dalla quasi totalità dei Paesi membri - alla seconda fase.

I motivi del “fallimento” di questo primo stadio della procedura, facilmente identificabili, vanno, essenzialmente, ricercati nel contenuto pratico degli oneri, abbastanza limitativo dell'autonomia gestionale propria

dell'impresa di trasporti e, di conseguenza, non proprio invogliante¹⁵⁵: tali limitazioni hanno determinato la scarsa capacità attrattiva di una misura statale che, su rotte di per se già economicamente poco remunerative, ne rendevano ulteriormente gravoso l'esercizio.

D'altra parte, per stessa definizione normativa, l'imposizione degli oneri si atteggia come un insieme di modalità di esplicazione di un servizio di una tale gravosità cui i vettori “*non si atterrebbero se tenessero unicamente conto del loro interesse commerciale*”.

Può succedere, in alcuni casi, che il vettore si “accontenti” di assumere la posizione di monopolista legale sulla rotta per un dato periodo o che, in altri, ne approfitti per mettere, concordandole con altri colleghi, “dubbie” pratiche¹⁵⁶ (tali, finanche, da portare all'accettazione senza compensazione).

Così come è vero che sono, comunque, previsti dei meccanismi di salvaguardia a favore di chi decidesse di sobbarcarsi, *sic et simpliciter*, l'accettazione degli oneri in prima istanza¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Si pensi, infatti, alla difficoltà, per i vettori, di dover garantire contemporaneamente: a) frequenze minime (individuate – analiticamente - con riferimento alla periodicità, al numero annuo e ad eventuali scali intermedi); b) orari (a volte stabiliti dettagliatamente altre volte a titolo esemplificativo); c) periodo di tempo minimo (qualora altre forme di trasporto non possano garantire servizi adeguati e ininterrotti); d) tipo di aeromobili (stabiliti avendo a riferimento standards qualitativi, livelli di comfort e l'idoneità all'esercizio della linea); e) capacità (diversificata in relazione all'arco della settimana e alle stagioni ma sempre indicata analiticamente al fine di garantire l'idoneità dell'offerta a far fronte alla domanda); f) tariffe (stabilendo, spesso, l'importo massimo e prevedendo meccanismi di adeguamento automatico e agevolazioni per particolari categorie di soggetti, quali giovani, anziani, studenti, residenti, famiglie); g) continuità dei servizi (potendosi imporre - ex art. 4, lett. C - un periodo minimo di fornitura dei servizi o contenendosi la possibilità di annullare voli per motivi riconducibili al vettore); h) criteri commerciali (imponendo livelli qualitativi nella distribuzione al pubblico delle prenotazioni e dei biglietti con procedure informatizzate).

¹⁵⁶ Il problema è stato colto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che in una segnalazione approvata nella riunione del 27 luglio 2006 e inviata al Ministro dei Trasporti ha evidenziato che l'imposizione degli oneri di servizio pubblico, così come attualmente configurato, “*crea incentivi al coordinamento tra vettori aerei concorrenti che, dopo aver accettato il regime onerato nella sua interezza, si ripartiscono tra loro le rotte onerate sottoscrivendo apposite convenzioni con l'Enac al fine di ridurre l'eventuale sovracapacità*”. In tal prospettiva, l'accordo di *code sharing* sottoscritto tra i vettori Meridiana ed Alitalia, per l'esercizio delle rotte in continuità in Sardegna, è apparso un evento patologico, che segnala quanto sia invalsa tra gli operatori concorrenti l'abitudine a colludere in contesti caratterizzati da un uso estensivo di tali oneri.

¹⁵⁷ Si pensi, in particolare, al favor nell'assegnazione degli slots sulle rotte onerate (per il vettore che li accetta e non ha disponibilità di bande orarie) di cui al Reg. CEE n. 95/93 e alla previsione ex art. 4, comma 1, lettera c, Reg. CEE 2408/92, in base al quale, in assenza

Tali correttivi, tuttavia, non hanno in alcun modo scalfito l'effetto altamente disincentivante della fase impositiva degli oneri così che, alla quasi totalità dei casi di comunicazione dell'imposizione ha corrisposto la contestuale (o poco posteriore) pubblicazione di un bando di gara che, di fatto, preannunciava l'introduzione, quasi automatica, della "seconda fase" di cui alla lettera *d*) dell'art. 4 del regolamento caratterizzata, per i vettori, da elementi di maggiore "appetibilità" .

Avendo l'esperienza pratica, ben presto, certificato l'atavica, quanto costante, mancanza di vettori disposti ad accollarsi servizi non remunerativi, è toccato, quindi, allo Stato assumersi l'iniziativa sul mercato effettuando una "*chiamata per l'offerta*": ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera *d*, del regolamento, infatti "*l'accesso ad una rotta sulla quale nessun vettore aereo abbia istituito o si appresti a istituire servizi aerei di linea conformemente all'onere di servizio pubblico imposto su tale rotta, può essere limitato dallo Stato membro ad un unico vettore aereo per un periodo non superiore a tre anni [...] tramite appalto pubblico, per rotte singole o serie di rotte*".

Tale scelta del legislatore comunitario, ("*non applicabile alle rotte su cui altre forme di trasporto possano garantire un servizio adeguato e ininterrotto, laddove la capacità offerta superi i 30.000 posti l'anno*") consente, allora, di comprendere sia la preferenza dei vettori per la gara (di cui gli oneri sostanzialmente costituiscono il capitolato), a seguito della quale essi ottengono la rotta bandita in affidamento esclusivo per un periodo di tempo ragionevole e, soprattutto, la compensazione di carattere finanziario; sia la prassi seguita dagli stati membri nel momento in cui, per evitare il rischio di lasciare senza copertura una rotta sottoposta ad oneri, sono usuali pubblicare sulla G.U.C.E., quasi in contemporanea alla comunicazione relativa all'imposizione degli oneri, il bando di gara in cui è contenuta la previsione esplicita dell'erogazione finanziaria per le imprese aggiudicatarie.

di altri servizi di trasporto adeguati ed ininterrotti, gli Stati Membri "*hanno facoltà di prescrivere [...] che i vettori aerei che intendono operare sulla rotta garantiscano tali prestazioni per un periodo da precisare, conformemente alle altre condizioni degli oneri di servizio pubblico*".

Il legislatore, invece, non è molto chiaro nell'indicazione della priorità dei criteri determinanti ai fini di tale aggiudicazione limitandosi a precisare che essa viene effettuata “*tenendo conto della qualità del servizio offerto e in particolare delle tariffe aeree e delle condizioni proposte agli utenti, nonché del costo dell'eventuale compenso richiesto allo Stato o agli Stati membri interessati*”.

Risulta, quindi, essere richiamato per ultimo - ma non per ordine d'importanza - il criterio dell'ammontare dei compensi finanziari che, come precisa la Commissione¹⁵⁸ è da considerare, invece, il valore di selezione principale da cui divergere solo in casi eccezionali nei quali (e solo in essi) il vettore selezionato potrà essere diverso da quello che ha chiesto il compenso più basso.

Quanto al compenso è importante avere riguardo al finanziamento a disposizione e alla circostanza che la vigente disciplina comunitaria, ex art. 86, par. 2 del Trattato, consente la compensazione al vettore selezionato, delle pure perdite d'esercizio sostenute sulla rotta, ivi compresa una ragionevole remunerazione per il capitale investito¹⁵⁹.

È questo il senso della limitazione – del legislatore comunitario – della compensazione ai *costi e ricavi derivanti dal servizio* (è il caso in cui gli introiti del servizio non siano sufficienti a coprire i costi di esercizio e a garantire un'equa remunerazione al vettore selezionato) e del riferimento – da parte della Commissione (nella richiamata C-350/50) - alla *trasparenza nello sviluppo e nell'applicazione di tali procedure* esigendo che l'impresa di trasporto debba dotarsi di un sistema di contabilità analitica tali da poter consentire dettagliatamente di scomporre costi ed entrate derivanti dall'esercizio degli oneri di servizio pubblico¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Comunicazione della Commissione, del 10.1.94, C-350/50, sull'applicazione degli artt. 92 e 93 – ora art. 87 e 88 – del Trattato CE;*

¹⁵⁹ Tale orientamento è stato anche confermato, nel nostro paese, da *Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2003, n. 246.*

¹⁶⁰ Cfr. LOTTINI M., *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa* in Riv.it.dir pubbl.com., 2005, 1351, osserva che una tale valutazione economica è resa più agevole dall'obbligo che la direttiva 2000/52/CE impone ad ogni impresa che fruisca di diritti speciali o esclusivi, ovvero sia incaricata della gestione di un servizio di interesse

L'importanza del rispetto rigoroso di tali formalità è tale che la Commissione stessa – detentrica della titolarità del potere di verificare la legittimità del compenso accordato, previa valutazione effettuata secondo il tradizionale principio “*dell'investitore in un economia di mercato*” - ha precisato che la loro violazione comporterebbe l'attribuzione al compenso per oneri di servizio pubblico della qualificazione giuridica di “*aiuti di stato*” illeciti *ex art. 87, par. 1, Trattato CE*¹⁶¹, con conseguente obbligo per l'amministrazione di notificarne preventivamente il progetto alla Commissione.

Il ruolo della Commissione in materia è, pertanto, penetrante e si estende oltre le competenze appena richiamate potendo essa svolgere di propria iniziativa o “... *a richiesta di qualsiasi Stato membro il quale ritenga che lo sviluppo di una rotta venga indebitamente limitato dalle condizioni di cui al paragrafo 1...*” un'indagine per verificare, entro due mesi dal ricevimento della richiesta e in base agli elementi rilevanti, se tali condizioni di favore debbano continuare, o meno, ad applicarsi alla rotta onerata.

È vero anche che l'atteggiamento della Commissione non è mai stato a senso unico: almeno inizialmente, infatti, l'organo comunitario ha evitato di ergersi a censore facendo, anzi, costantemente, ricorso a criteri interpretativi di particolare favore per l'applicazione della disciplina sugli oneri di servizio pubblico¹⁶².

Di recente, tuttavia, tale linea di favore è sembrata sfumare: l'organo comunitario, il cui intento non è mai stato quello di promuovere una

generale e riceva, in relazione a tali servizi, aiuti di stato in qualsiasi forma, l'obbligo di tenere una contabilità separata, quando eserciti anche altre attività.

¹⁶¹ A tal proposito c'è da precisare che la richiamata disposizione non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o scopo, definendoli unicamente in funzione dei loro effetti; tuttavia la compensazione può risultare compatibile con le pertinenti norme comunitarie qualora si avvalga delle specifiche esenzioni previste nell'art. 87, paragrafi 2 e 3, o nell'art. 7 per i trasporti, ovvero della delega generale di cui all'art. 86, par. 2 del Trattato

¹⁶² Tale “larghezza di vedute” è, ad esempio, constatabile laddove si richiami la riunione del 14 luglio 1998 in cui, alla presenza delle autorità governative italiane, il suo rappresentante ufficiale ha espressamente riconosciuto che “*la regione Sardegna ha il carattere dell'insularità e che ciò, per se, comporta difficoltà di collegamento dovute a limitate modalità di trasporto con conseguente possibilità di imposizione di oneri di servizio pubblico*” (secondo una valutazione, evidentemente, ancora oggi attuale sia pur temperata proprio negli ultimissimi mesi, come si vedrà in seguito).

«*deregulation all'americana*», ma quello di favorire una competitività nei cieli pur mantenendo i valori di un'economia sociale, è intervenuto - nel tentativo di porre un freno all'eccessiva dilatazione del servizio - avviando un procedimento formale d'indagine sulle norme imposte dalle autorità nazionali il 2 maggio 2006 su 16 collegamenti aerei tra tre aeroporti della Sardegna e grandi aeroporti dell'Italia continentale¹⁶³.

In tale prospettiva, infine, è da leggersi la *Proposta di Regolamento del Consiglio e del Parlamento* recante norme comuni per la prestazione di servizi di trasporto aereo nella comunità (e finalizzata alla revisione ed all'unificazione dei tre regolamenti comunitari 2407/92, 2408/92 e 2409/92 in un unico testo legislativo) che - sul punto - mira a ridurre il ricorso alla procedura, imponendo una istruttoria più articolata che giustifichi appieno la necessità della imposizione stessa.

7.2.2.2. *Il superamento della riserva di cabotaggio aeronautico*

Il regolamento in esame, infine, apre la strada alla piena liberalizzazione (poi realizzatasi con decorrenza dal primo aprile 1997) del cabotaggio¹⁶⁴ (*9° libertà*).

¹⁶³ L'Euroesecutivo, che per la prima volta si è pronunciato ufficialmente su tale principio, se da una parte, infatti, ha definitivamente deciso di non mettere in discussione l'impianto della continuità per la parte che riguarda gli oneri di servizio pubblico sui collegamenti in questione, definendola necessaria al popolo sardo, dall'altra ne ha autorizzato l'applicazione solo a condizione che diversi criteri previsti dai decreti che li introducono siano soppressi o modificate, concedendo termine fino al primo agosto prossimo perché gli vengano notificate le misure adottate. E le novità introdotte non sono di poco conto: salta subito agli occhi come, nell'ottica di consentire al maggiore numero di compagnie aeree di volare da e per i cieli sardi si è, ad esempio, stabilito che la prima fase degli oneri, che riguarda le rotte per Roma e Milano, avviate senza compensazioni in denaro, debba rimanere aperta a qualsiasi operatore che rispetti le condizioni previste derivandone, in sostanza, che qualsiasi compagnia potrà accettare gli oneri di servizio e decidere di coprire quella rotta.

¹⁶⁴ Il termine *cabotaggio*, preso in prestito dalla navigazione marittima, indica i servizi di trasporto aereo effettuati tra due o più aeroporti posti all'interno del territorio di uno stesso Stato. Sulla nozione di cabotaggio cfr. FERMEZZA A., *La riserva di cabotaggio aereo e ordinamento comunitario*, in Dir. Prat. Acfr.CiCfr., n. 1, 19954

La materia è stata a lungo caratterizzata dalla tradizionale politica degli Stati membri di negare interamente, o di concedere con molta parsimonia, diritti di traffico sul proprio territorio così determinando l'instaurarsi di vere e proprie riserve (*c.d. riserve di cabotaggio*) a favore delle compagnie nazionali.

È evidente, alla luce di quanto sopra detto, come una tale previsione si presentasse assolutamente inconciliabile con il nuovo clima imperante e, in particolare, con i seguenti principi del Trattato di Roma: il principio d'integrazione e non discriminazione in base alla nazionalità; il diritto di stabilimento, cioè di insediamento di un'attività produttiva in qualunque paese della Comunità, il diritto alla libera prestazione dei servizi; (ovviamente) tutte le disposizioni in materia di mercato, regole, concorrenza ed aiuti di Stato.

In tale scenario, favorito anche dal riconoscimento dell'applicazione al trasporto aereo dei principi contenuti nel Trattato, si poneva al legislatore comunitario, l'obbligo di superare, sia pur gradualmente, tale retaggio favorendo l'indiscriminato accesso dei vettori comunitari nei traffici domestici.

Anche in questo caso è prevalsa una soluzione di compromesso: il reg. 2408/92, infatti, ha previsto – transitoriamente – la liberalizzazione del solo *cabotaggio consecutivo* consistente, cioè, nella libertà per i vettori di effettuare unicamente servizi che costituiscono l'estensione di un servizio iniziato nello Stato di immatricolazione del vettore, con la posticipazione della completa liberalizzazione ad una data successiva¹⁶⁵.

7.3 *Il regolamento n. 2409/92 sulle tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e merci*

¹⁶⁵ La ragione di tale liberalizzazione postuma va ricercata nella volontà del legislatore di consentire alle imprese di far fronte, con notevole lasso di tempo, alla possibile concorrenza delle altre colleghe comunitarie.

Il Regolamento CEE 23 luglio 1992, n. 2409, affermando il principio generale che le tariffe debbono essere liberamente determinate dalle forze di mercato (superando, in questo modo, i previgenti sistemi di doppia approvazione e disapprovazione ad opera delle Autorità competenti dei due Stati capolinea) completa il processo di liberalizzazione delle tariffe in ambito comunitario.

La materia tariffaria in tal modo è lasciata alla libera contrattazione delle parti (*c.d. free pricing*)¹⁶⁶ il che comporta: la possibilità per le imprese di determinare, in base alle proprie valutazioni, un prezzo del servizio che sia, al contempo, appetibile all'utente e più rispondente alle proprie strategie di marketing finanziario, ma soprattutto crea la condizione basilare (la scelta del prezzo appunto) per la nascita di un mercato effettivamente concorrenziale.

Anche in questo, però, il legislatore comunitario, affermato il principio generale di libera formazione dei prezzi del trasporto aereo intracomunitario, si è preoccupato di codificare delle deroghe che consentissero di neutralizzare effetti negativi che sarebbero potuti derivare dalla totale mancanza di regole.

È noto, infatti, come il settore presenti delle caratteristiche (prima tra tutte quella di rispondere ad esigenze di pubblico servizio e di sicurezza), che spesso finiscono con il contrastare con gli interessi esclusivamente imprenditoriali del vettore!

Consapevole di questo rischio, il legislatore si è preoccupato di introdurre correttivi che evitassero sia "corse al rialzo" che "corse al ribasso" e che potessero mascherare abusi di posizioni dominanti o, comunque manovre anticoncorrenziali¹⁶⁷.

In tale ottica si colloca la facoltà, contemplata all'art. 6 del regolamento, dello Stato membro di intervenire sul versante tariffario, al fine di: << a) *ritirare una tariffa normale che, tenuto conto dell'intera struttura*

¹⁶⁶ La materia, più di altre, ha - a lungo - risentito della qualificazione dell'attività di trasporto aereo come servizio pubblico essenziale il che ha comportato che anche le tariffe nazionali sono state determinate in base a provvedimenti di legge ed atti amministrativi interni.

¹⁶⁷ Al riguardo cfr. PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., *Struttura di mercato e regolamentazione del traffico aereo*, Bologna, 1995, 80.

tariffaria per la rotta in questione e di altri fattori pertinenti, compresa la situazione concorrenziale del mercato, sia eccessivamente elevata per gli utenti, in connessione all'insieme dei costi a lungo termine del vettore aereo compresa un'adeguata remunerazione del capitale;b) bloccare in modo non discriminatorio ulteriori riduzioni di tariffe su un mercato, sia che si tratti di una rotta che di un gruppo di rotte, quando le forze del mercato hanno prodotto una persistente tendenza al ribasso delle tariffe aeree che si discosta significativamente dagli abituali movimenti stagionali dei prezzi comportando perdite generalizzate per tutti i vettori aerei che operano i servizi aerei in questione, tenuto conto dell'insieme dei costi a lungo termine dei vettori aerei>>

Con riferimento a tale ultima eventualità, che consegue alla presenza di un numero elevato di compagnie sulla stessa rotta, essendo evidente che ciò finirebbe con il tradursi in un impoverimento della qualità del servizio offerto (anche sotto il profilo della sicurezza), e nel fallimento e nell'abbandono del mercato da parte di numerosi vettori aerei (causative del sorgere di forme di oligopolio e successivo aumento dei prezzi), un intervento dello Stato sul piano tariffario appare opportuno al fine di tutelare gli interessi tanto degli utenti, quanto dei vettori¹⁶⁸.

Per scongiurare tali evenienze gli Stati possono esigere- ex art. 5, comma 2 – il preventivo deposito delle tariffe.

Infine, sono escluse dal campo di applicazione del Reg. CEE 2409/92 le tariffe aeree passeggeri e merci fissate nel quadro di un onere di servizio pubblico, rimaste di competenza statale.

Da ricordare, infine, che nel 2006, allo scopo di favorire un'applicazione più omogenea della normativa comunitaria sul mercato

¹⁶⁸ Non sempre, tuttavia, per gli Stati membri è facile verificare se una determinata tariffa aerea, presente sul mercato, sia troppo elevata o, viceversa, troppo bassa rispetto ad un livello normale. Tale verifica, infatti, implica la necessità di conoscere con precisione l'organizzazione dell'impresa di trasporto, la struttura dei suoi costi, nonché le caratteristiche del mercato in quel determinato momento storico, informazioni che l'autorità pubblica non sempre riesce facilmente a reperire, anche perché i vettori sono spesso restii a fornire dati che, se divulgati ai propri concorrenti, potrebbero recare loro danno.

interno dell'aviazione civile, è stata presentata una proposta di regolamento che dovrebbe modificare e riunire in unico testo il terzo pacchetto di liberalizzazione composto dai regolamento 2407-8-9/92 CEE¹⁶⁹.

8. *Gli effetti della liberalizzazione in Europa. Brevi considerazioni sui risultati prodottisi in Italia.*

Quanto appena detto, a proposito dell'ultimo pacchetto comunitario, con un legislatore intento, da una parte a favorire il libero gioco delle forze di mercato, dall'altra a comprimerlo nel momento in cui un regime di libera concorrenza non sia in grado di sortire effetti positivi per il benessere collettivo, conferma il filo conduttore della politica comunitaria dei trasporti: la preferenza accordata al regime di mercato concorrenziale non si traduce, automaticamente, in un incondizionato *laissez faire*, ma ritorna allo Stato nel momento in cui il mercato, lasciato a se stesso, finirebbe inevitabilmente con il generare situazioni pregiudizievoli per l'utente.

Ciò, testimonia un nuovo modo di concepire il ruolo svolto dallo Stato nel settore dei trasporti: da un potere di determinazione ed imposizione si è passati ad una funzione di vigilanza e controllo, finalizzata ad accertare il corretto funzionamento delle dinamiche di mercato.

Quanto agli effetti, nell'Unione Europea, del processo di liberalizzazione del trasporto aereo va fatta, invece, una riflessione più approfondita.

Sicuramente essa, anche grazie alla progressività con cui è stata portata a termine, ha permesso l'instaurarsi di una maggiore pressione concorrenziale, recando conseguente beneficio alla collettività: addirittura alcuni¹⁷⁰ fanno risalire già alla prima fase della liberalizzazione (quella del

¹⁶⁹ CFR. Proposta di regolamento europeo e del Consiglio recante norme comuni per la prestazione di servizi di trasporto aereo nella Comunità, COM (2006) 396

¹⁷⁰ MARIN P.L. (1995), in *Competition in European Aviation: Pricing Policy and Market Structure*, in «Journal of Industrial Economics», vol. 43, n. 2, pp.141-159.

c.d. primo pacchetto) benefici in termini diminuzione dei prezzi ed aumento della qualità del servizio.

Tuttavia, (forse anche a causa di tale gradualità e dei controlli che gli Stati hanno continuato ad esercitare) questi effetti sono apparsi piuttosto limitati per tutto l'arco del decennio '90 ed hanno iniziato a manifestarsi con intensità solo col diffondersi del modello *low cost* anche nell'Europa continentale, avvenuto nei primi anni del decennio successivo.

I dati che seguono paiono confermare una tale tendenza: 1) A metà degli anni '90, due terzi delle rotte sul segmento intraeuropeo erano ancora servite da un solo vettore, meno del 30% da due compagnie aeree e soltanto il 6% da più di due; sui mercati nazionali, non ancora aperti al cabotaggio, oltre il 90% delle rotte erano servite da un solo operatore¹⁷¹; 2) non si evidenziano, dopo il 1993 e quindi in regime di concorrenza, dinamiche del traffico intraeuropeo più accentuate né rispetto agli anni precedenti né, in relazione nello stesso periodo, rispetto ai mercati internazionali non aperti alla concorrenza: considerato il traffico in termini di passeggeri chilometro, si è visto¹⁷² che la crescita media annua intraeuropea è stata del 6,7% nel periodo 93-99 contro il 7% del periodo 85-1993; per contro il traffico tra l'Europa ed il resto del mondo è cresciuto del 6,8% in media all'anno nel periodo 93-99 contro il 6,5% nel periodo 85-93; 3) quanto alle dinamiche tariffarie, prendendo muovendo dai ricavi per passeggero/km dichiarati annualmente dall'AEA¹⁷³ si è osservato come la riduzione avutasi sul segmento infraeuropeo (del 18% tra il 1993 e il 1999) è tuttavia simile a quella registrata sui collegamenti extraeuropei, non toccati dei provvedimenti

¹⁷¹ CFR.Berechman J. e de Wit J., An analysis of the Effects of European Aviation Deregulation on an Airline's Network Structure and Choice of a Primary West European Hub Airport, in *Journal of Transport Economics and Policy*, Vol.3, 1996

¹⁷² Fonte: Current Market Outlook 2000.

¹⁷³ L'AEA, *Association of European Airlines*, rappresenta prevalentemente compagnie di bandiera. Al suo interno le compagnie di bandiera dei paesi dell'ex Unione a 15 rappresentano circa l'80% dei passeggeri totali AEA, cifra che aumenta all'85% se si includono le compagnie di bandiera dei paesi di nuova adesione ai quali è stato esteso nel 2004 il regime di liberalizzazione; le compagnie dei paesi non aderenti pesano poco più dell'11. Possiamo pertanto considerare i valori aggregati AEA come sufficientemente rappresentativi delle dinamiche relative ai vettori di bandiera comunitari.

comunitari¹⁷⁴ e che la riduzione è stata, innanzitutto, frutto di una politica tariffaria promozionale da parte delle compagnie *leaders* che aspiravano a rimanere tali sul loro mercato; 4) le compagnie di bandiera non sembra abbiano risentito in maniera negativa neanche in termini di livelli di traffico¹⁷⁵: i passeggeri/km dei vettori aderenti ad AEA trasportati in Europa salgono, infatti, nel periodo 93-99 da 138 a 198 miliardi (con un incremento del 44%, non molto inferiore al +48% relativo all'intero mercato europeo); i passeggeri trasportati aumentano invece da 84 a 128 milioni, con una crescita complessiva del 52%¹⁷⁶.

Gli effetti positivi, a medio termine, riscontrabili vanno individuati invece nell'aumento del numero e del ruolo delle compagnie regionali che hanno visto quasi triplicare i passeggeri km trasportati e, quindi, nella nascita del fenomeno dei vettori *low cost* i quali si caratterizzano per un rigido controllo dei costi interni ed esterni e per un'elevata produttività del fattore lavoro.

È vero che, anche in tale settore, il rapporto con il post-deregulation statunitense è in sofferenza: è, infatti, stato osservato¹⁷⁷ che alla fine degli anni '90, la quota di mercato in Europa delle compagnie indipendenti, cioè non legate alle compagnie di bandiera nazionale, era inferiore al 10%¹⁷⁸ un valore molto inferiore rispetto a quello del 29%, raggiunto negli Stati Uniti dalle compagnie regionali nel periodo di massima intensità della concorrenza in Europa.

¹⁷⁴ Fonte: AEA Statistical Yearbook 2005.

¹⁷⁵ LIJESSEN M.G., RIETVELD P. e NIJKAMP P., *Do European Carriers Dominate Their Hubs?*, in *Tinbergen Institute Discussion Paper*, n. 071/3, 2000, individuano quale causa limitativa degli effetti della deregolamentazione proprio la presenza delle compagnie di bandiera che, almeno nei loro *hub* di riferimento, sono in grado di esercitare un significativo potere di mercato.

¹⁷⁶ Fonte: AEA Statistical Yearbook 2005.

¹⁷⁷ SPAGNOLO A., *Concorrenza e deregolamentazione del trasporto aereo in Italia*, in *Working Paper 3.96*, Università degli Studi di Salerno, 2000.

¹⁷⁸ Trattasi di una stima che considera compagnie come Ryanair e Virgin Express che non rientravano fra le compagnie regionali e non quelle regionali come Go, Alitalia Express, etc strettamente legate alle compagnie di bandiera;

Tuttavia il nascere di tali compagnie¹⁷⁹, generando nuovo traffico fino a quel momento inesistente, ha determinato benefici per l'industria nel suo complesso.

Tra gli altri effetti positivi, infine, vanno menzionate le alleanze e gli accordi commerciali che, dal 1990, hanno iniziato a susseguirsi tra le compagnie per la risoluzione dei problemi legati all'insufficienza dei diritti di traffico e, come diremo appresso, il sensibile ridimensionamento del ruolo degli ex monopolisti nazionali.

In Italia, la deregolamentazione ha sicuramente prodotto un'accelerazione della domanda aggregata di mobilità aerea ed un aumento del numero delle compagnie operanti sul territorio¹⁸⁰; tuttavia, da una parte, è stato osservato¹⁸¹, come all'incremento dei volumi non si è accompagnato un apprezzabile calo dei prezzi e dall'altra, comunque, il mercato è rimasto molto concentrato se è vero, come è vero, che nel 2003 le prime tre compagnie detenevano una quota congiunta pari a circa l'84%.

Una riflessione, sia pur breve, sugli effetti della liberalizzazione nel nostro paese non può, tuttavia, essere condotta disgiuntamente dalle vicende che hanno caratterizzato l'ex compagnia di bandiera che, all'apertura del mercato, ha reagito in misura diversa: in misura aggressiva nella prima fase, più conciliante nella seconda¹⁸².

¹⁷⁹ In Italia la completa liberalizzazione del trasporto domestico è di fatto avvenuta solo negli anni 1999-2000 con l'ingresso delle nuove compagnie aeree *Volare e Windjet* e con l'espansione di altri operatori già esistenti sul mercato quali *Air One, Meridiana, Alpi Eagles e Airdolomiti*.

¹⁸⁰ All'inizio degli anni Novanta operavano essenzialmente tre operatori (Alitalia, Ati e Alisarda/Meridiana13), i primi due a controllo pubblico, che controllavano il 98% del mercato. Il completamento dei tre stadi del processo di deregolamentazione ha favorito, in modo particolare dal 1994, la nascita di nuovi vettori, operanti su diversi segmenti: domestico e internazionale, di linea e charter. In generale i nuovi entranti, tra i quali non vi sono compagnie di bandiera straniere, hanno differenziato l'offerta rispetto agli *incumbent*, operando su segmenti di mercato marginali (ad eccezione di Air One),

¹⁸¹ SPAGNUOLO A., *Concorrenza e deregolamentazione del mercato del trasporto aereo in Italia*, in «Studi economici», vol. 75, n. 3, pp. 101-125, 2001.

¹⁸² BARONE G., BENTIVOGLI C., *Il trasporto aereo in Italia: ancora un caso di liberalizzazione incompiuta?* in *Mercato concorrenza regole* / a. VIII, n. 1, aprile 2006

Dapprima, basandosi su interpretazioni a proprio favore della normativa in vigore¹⁸³ e speculando sul ruolo di gestore degli slot (mantenuto, come vedremo successivamente fino a ottobre del 1996), per ostacolare l'accesso dei concorrenti alle tratte nazionali, Alitalia ha mirato, infatti, a mantenere l'esclusiva sul territorio nazionale¹⁸⁴.

L'affacciarsi sul mercato di nuovi concorrenti e la crescita di nuovi scali, nonché le difficoltà ad attuare strategie basate su vantaggi di costo o, in generale, su una maggiore efficienza hanno fatto sì che maturasse in Alitalia un atteggiamento più collaborativo concretizzatosi nel ricorso ad accordi di *code sharing*.

Tali pratiche, tuttavia, spesso si traducevano in un aumento del potere di mercato dei partecipanti all'accordo (e, pertanto, restrittive della concorrenza) e, talvolta, sfociavano in concordati aumenti tariffari¹⁸⁵ alcuni dei quali scaturenti da strategie *c.d. di obfuscation*¹⁸⁶.

9. Gli accordi "Open skies"¹⁸⁷ e la recente Decisione 2007/339/CE sui trasporti aerei tra la Comunità e gli Stati Uniti

Nonostante il libero accesso al mercato del trasporto aereo sia ancora ostacolato dalla presenza di alcune barriere - di cui si avrà modo di dire nei

¹⁸³ La compagnia ha infatti impugnato di fronte al TAR del Lazio le autorizzazioni a operare sulle rotte nazionali rilasciate da Civilavia ad alcune compagnie aeree.

¹⁸⁴ In due istruttorie del 1994 (*Assoutenti/Alitalia*, in «*Bollettino*», n. 30-31) e del 1996 (*Associazione consumatori Utenti/Alitalia*, in «*Bollettino*», n. 45) l'Antitrust ha rilevato abusi di posizione dominante collegati all'allocation degli slot a proprio favore da parte della compagnia di bandiera. Per un approfondimento sulla problematica della *slot allocation* v. *infra*, cap. III.

¹⁸⁵ AGCM (2002), *Compagnie aeree/Fuel charge*, in «*Bollettino*», n. 31.

¹⁸⁶ MOTTA M., COURTY P., FABRA N. e FUMAGALLI C., *Identical Price Categories in Oligopolistic Markets. Innocent Behaviour or Collusive Practice?*, Report for the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 2004

¹⁸⁷ Per un approfondimento cfr. LEGA A., *La competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 35 SS.; COMENALE PINTO M., *Gli open skies nella prospettiva della Corte di giustizia CE*, in *Diritto del turismo*, 2003, p. 57 ss.; SICO L., *Il diritto comunitario del trasporto aereo e gli accordi Open Sky individualmente conclusi con gli Stati Uniti da alcuni Stati membri*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 475;

capitoli che seguono - può comunque ritenersi che il processo di liberalizzazione in Europa sia quasi completato.

Il fatto che, invece, al di fuori del territorio comunitario via sia un diverso approccio nei confronti dei servizi di trasporto¹⁸⁸ ha portato la Commissione a ritenere che, come in altri settori del mercato, l'eliminazione degli ostacoli interni al commercio debba andare di pari passo con una politica estera comune nei confronti dei paesi terzi con conseguente divieto per gli Stati membri di stipulare autonomamente ulteriori accordi bilaterali con paesi extracomunitari.

Si è rilevato¹⁸⁹, infatti, come fosse illogico esigere, da parte dei vettori comunitari, ai fini del riconoscimento di tale *statuts*, il rispetto delle rigide condizioni finora menzionate e, contestualmente, consentire ai vettori di altri paesi di operare su uno o più mercati nazionali con l'avallo della normativa del paese in cui sono stabiliti anche in assenza di tali condizioni.

È palese la discriminazione ed il potenziale pregiudizio alle norme comunitarie in materia di stabilimento, libera prestazione dei servizi e libertà di concorrenza.

Le preoccupazioni innanzi esplicate hanno determinato la contrarietà della Commissione nei confronti degli accordi c.d. "*Open Skies*" (*cieli aperti*) conclusi dagli Stati Uniti, a partire dai primi anni novanta, per la liberalizzazione del trasporto aereo tra le parti contraenti¹⁹⁰, incluso i diritti di "*quinta libertà*".

A dire della Commissione tali accordi posti individualmente in essere da alcuni Stati membri non tengono conto del fatto che l'UE è già diventato un unico grande mercato liberalizzato e finiscono per concedere alle compagnie aeree statunitensi notevoli vantaggi operativi sul mercato interno europeo, in condizioni di non perfetta reciprocità.

¹⁸⁸ Il trasporto aereo internazionale continua ad essere regolato da accordi bilaterali.

¹⁸⁹ ROSSI DAL POZZO F., *servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Bologna, 2008.

¹⁹⁰ Gli otto stati membri primi contraenti sono stati l'Austria, il Belgio, la Danimarca, la Finlandia, la Germania, il Lussemburgo, la Svezia ed il Regno Unito.

Tali orientamenti sono alla base delle procedure di infrazione che la Commissione ha avviato - *ex art. 226 TCE* – nei confronti degli Stati membri firmatari e delle successive pronunce con cui la Corte di Giustizia, in data 5 novembre 2002¹⁹¹, ha evidenziato il loro venir meno agli obblighi ad essi incombenti in forza degli artt. 5 e 52 del Trattato CE, nonché dei regolamenti 2409/92/CEE e 2299/89/CEE.

La Corte, in sostanza, ha messo in evidenza come gli Stati membri in questione avessero ignorato la competenza esclusiva che – *ex art. 80 par. 2 Trattato CE* - spetta all'Unione nel negoziare con i paesi terzi gli accordi in materia di trasporto aereo per loro conto.

D'altra parte su profili istituzionali analoghi la Corte si era già espressa con la storica sentenza *AETS*¹⁹² in cui aveva affermato (applicando per la prima volta la *teoria dei poteri impliciti a livello internazionale*) il principio secondo cui è sufficiente che la Comunità emani una normativa ad hoc in un determinato settore per attrarre a sé la competenza esclusiva a condurre negoziati internazionali in quello stesso settore e, di conseguenza, fare venire meno per gli Stati membri il potere di contrarre direttamente con paesi terzi obblighi che ne pregiudichino l'effettività.

Di pari passo con l'azione repressiva nei confronti delle violazioni consumate dai singoli Stati membri, la Comunità, tuttavia, ha portato avanti, non senza difficoltà, un negoziato con gli Stati Uniti che si è concluso con la firma, apposta il 2 marzo 2007 e approvata il 25 aprile dello stesso anno con la decisione 2007/339/CE¹⁹³, di un accordo generale sui trasporti aerei.

¹⁹¹ Sentenze della Corte di giustizia, *Commissione c. Regno Unito*, causa C-466/98, in Raccolta, p. 1-9427; *Commissione c. Danimarca*, causa C-46 7/98, in Raccolta, p. 1-9519; *Commissione c. Svezia*, causa C-468/98, in Raccolta, p. 1-9575; *Commissione c. Finlandia*, causa C-469/98, in Raccolta, p. 1-9627; *Commissione c. Belgio*, causa C-471/98, in Raccolta, p. 1-9681; *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-472/98, in Raccolta p. 1-9741; *Commissione c. Austria*, causa C-475/98, in Raccolta p. 1-9797, e *Commissione c. Germania*, causa C-476/98, in Raccolta, p. 1-9855.

¹⁹² Sentenza della Corte di Giustizia, del 31 marzo 1971, *Commissione c. Consiglio*, causa C-22/70, in Raccolta , p. 1-263.

¹⁹³ Decisione 2007/339/CE del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri dell'Unione europea, riuniti in sede di Consiglio, del 25 aprile 2007, concernente la firma e l'applicazione provvisoria dell'accordo sui trasporti aerei tra la Comunità europea e i suoi

L'accordo trova applicazione in via provvisoria, ai sensi dell'articolo 300, comma 2, TCE, a decorrere dal 30 marzo 2008.

A grandi linee, l'accordo UE- USA poggia su due capisaldi: in primo luogo, grazie ad una serie di regole interamente ispirate al principio di reciprocità superabile solo in via eccezionale o per motivi attinenti alla sicurezza e protezione interna, viene cancellata qualsiasi restrizione sul numero di aerei, voli o rotte operativi fra gli Stati Uniti e l'Unione europea¹⁹⁴.

In secondo luogo, ai vettori aerei di ciascuna parte sono consentite una serie di opportunità di natura commerciale: essi potranno stabilire uffici nel territorio dell'altra parte, provvedere autonomamente a operazioni di assistenza a terra o scegliere, in piena discrezionalità un soggetto esterno; potranno fissare i prezzi dei servizi in base alla domanda del mercato, purché in un quadro di assoluta e reciproca trasparenza e stringere accordi di cooperazione, inclusi quelli di *code sharing*, *franchising*, di uso del marchio (*branding*) e di leasing.

Altre condizioni dell'accordo riguardano i dazi doganali e le altre imposizioni di natura fiscale, gli oneri di utilizzo delle infrastrutture e dei servizi aeroportuali, imposti in via autoritativa dalle rispettive autorità competenti, i quali dovranno essere ispirati a criteri ragionevolezza e non discriminazione, oltre ad una serie ulteriore clausole, alcune di natura meramente programmatica, a protezione dei consumatori, dell' ambiente e della concorrenza.

Stati membri, da un lato, e gli Stati Uniti d'America, dall'altro, in G.U.C.E. L 134 del 25 maggio 2007, p. 1.

¹⁹⁴ Ai sensi dell'*articolo 3 dell'accordo* ciascuna parte è tenuta a concedere ai vettori dell'altra parte, a cui viene data ampia discrezionalità nel decidere le proprie strategie commerciali, il diritto di sorvolare il proprio territorio senza atterrarvi; il diritto di effettuare scali nel proprio territorio per scopi non di traffico e, soprattutto, il diritto di effettuare trasporti aerei internazionali da e per scali diversi, sul rispettivo territorio. Resta, invero, fermo il divieto di operare voli esclusivamente interni al territorio dell'altra parte contrattuale. Per rendere effettivi questi diritti, Stati Uniti e Unione europea si impegnano a concedere alle compagnie aeree le autorizzazioni ed i permessi tecnici, prescritti dalla propria normativa interna, senza ritardi procedurali. Le autorizzazioni così concesse potranno essere revocate solo nel caso in cui il vettore interessato non risulti in possesso di una licenza valida all' interno del territorio d'origine, o all'interno dello stesso non risulti stabilito, oppure nel caso in cui abbia violato le disposizioni regolamentari vigenti nel territorio di destinazione.

Con riferimento al tema della concorrenza, di particolare interesse sono gli allegati 2 (*Cooperazione in materia di concorrenza nel settore del trasporto aereo*) e 4 (*Questioni aggiuntive in materia di proprietà, investimenti e controllo*) dell'accordo.

Quanto all'allegato 2, nel rispetto delle reciproche fonti normative, vengono individuate modalità di cooperazione, in cui si dovrà dare atto di procedimenti interni per l'approvazione di intese, incluse alleanze o altre forme di cooperazione, fra compagnie aeree, ovvero della concessione per le stesse di esenzioni alla concorrenza.

Sotto il profilo degli investimenti, l'allegato 4 dell'accordo consente che le imprese comunitarie possano acquisire la proprietà di azioni di una compagnia aerea statunitense, purché non venga superato il limite del 25% delle azioni con diritto di voto o venga, altro modo, ottenuto, anche tramite una partecipazione di minoranza il controllo effettivo su di essa.

A parti invertite, viene stabilito che la proprietà di una compagnia aerea comunitaria da parte di imprenditori statunitensi debba, più semplicemente, essere minoritaria, così come il controllo effettivo debba permanere in capo a soggetti comunitari, inclusi i governi nazionali.

Infine, l'accordo prevede l'istituzione di un Comitato misto (articolo 18), che si riunisce almeno una volta l'anno, la cui funzione è quella di risolvere questioni relative all'interpretazione o all'applicazione delle norme in esso contenute.

Ancora è presto per dare un giudizio sulla portata di questo accordo che, in ogni caso, può dirsi storico. Un aspetto senza dubbio positivo che si può cogliere sin da subito riguarda l'accettazione da parte degli Stati Uniti del concetto di vettore comunitario.

Per il futuro, si può ipotizzare che la parziale liberalizzazione del trasporto aereo internazionale, realizzata con l'accordo UE-USA, dovrebbe consentire anche a quei vettori decisi a sposare la filosofia low cost di affacciarsi sul mercato delle rotte intercontinentali a vantaggio della concorrenza e, soprattutto, dei consumatori.

10. *La disciplina comunitaria delle infrastrutture aeroportuali: il Libro bianco del 2001 su “La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte”*¹⁹⁵

Nella seconda metà degli anni novanta, alle politiche c.d. del “*terzo pacchetto*”, si affiancano una serie di misure destinate ad incidere sullo sviluppo e l'utilizzazione delle infrastrutture aeroportuali.

Primi riferimenti si rinvengono nella decisione n. 1692/96 del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli “*orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete trans europea dei trasporti*” che, nella VI sezione si occupa, in particolare, degli aeroporti includendo nella rete aeroportuale transeuropea¹⁹⁶ gli scali situati nel territorio comunitario e aperti alla circolazione aerea commerciale, che rispondono a determinate caratteristiche contenute in un apposito allegato.

Nel *Libro bianco* del 12 settembre 2001, la Commissione preso atto della crescita del traffico aereo e della necessità di “*riorganizzare gli aeroporti per ottimizzare l'uso delle capacità esistenti*” ha inaugurato una “*prima fase di una strategia a lungo termine*” che, constatato altresì, uno sviluppo non omogeneo delle diverse modalità di trasporto (squilibrato soprattutto verso il trasporto stradale), si è posta come obiettivi il conseguente riequilibrio e la crescita del modello intermodale.

Nella prima direzione, accanto alla prospettiva di un maggiore sviluppo dei sistemi di trasporto meno inquinanti (come quello ferroviario e quello marittimo e fluviale), va la proposta di un più incisivo controllo sullo

¹⁹⁵ Per approfondimenti cfr.: ZUNARELLI S., Il libro bianco sui trasporti; elementi di novità e di continuità della politica dell'Unione europea nel settore dei trasporti in Dir. trasp., 2002

¹⁹⁶ Essa è definita, nella decisione, come quella che comprende “*lo spazio aereo destinato alla circolazione aerea generale, le rotte aeree, i supporti alla navigazione aerea, i sistemi di pianificazione e gestione dei flussi di traffico e il sistema di controllo del traffico aereo [...] necessari allo smaltimento sicuro ed efficace del traffico aereo nello spazio aereo europeo*”

sviluppo del trasporto aereo da realizzare attraverso: a) la promozione di un uso più efficace delle capacità aeroportuali (su cui v., *infra*, *Cap. III*); b) la creazione del richiamato (*supra*, *par. 9, Cap. II*) «cielo unico europeo».

Quanto, invece, all'intermodalità: per quella delle merci si è dato vita al programma, denominato «*Marco Polo*» con il compito di curare il loro trasporto integrato utilizzando diverse modalità; quella dei passeggeri è stata promossa rendendo più agevole il passaggio da un modo di trasporto ad un altro attraverso biglietterie integrate, un idoneo servizio bagagli, la garanzia della continuità degli spostamenti; un rafforzamento dei diritti dei viaggiatori.

Nella seconda parte, al fine di orientare lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti verso un migliore funzionamento del mercato si propone, accanto al potenziamento delle sovvenzioni comunitarie, una politica di promozione dell'investimento privato.

La terza parte, dedicata all'utenza, si pone l'obiettivo di rendere l'utente consapevole dei costi e di attuare una progressiva tariffazione dell'uso delle infrastrutture (che comprenda anche i costi esterni, ovvero i costi legati agli incidenti, all'inquinamento atmosferico, al rumore e alla congestione, senza tuttavia produrre effetti distorsivi della concorrenza)¹⁹⁷.

¹⁹⁷ INVERNIZZI R. e SANDULLI M.A., *Trasporti Aerei ed Aeroporti* in (a cura di) CHITI M.P. e GRECO G., *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., 2007, pp.2044-2046

CAPITOLO III

IL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE DELLE INFRASTRUTTURE TERMINALI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il problema della “congestione” aeroportuale – 3. L’assegnazione della capacità aeroportuale: dalle “*Scheduling Procedures*” al Regolamento CE 793/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio – 4. Il procedimento di assegnazione delle bande orarie (*slot allocation*) – 5. “*Slots mobility*” e “*secondary trading*”: i chiarimenti offerti dalla Comunicazione del 30 aprile 2008 (COM-2008-227) – 6. Gli aeroporti congestionati: gli *slots* come barriera all’entrata nel mercato del trasporto aereo – 7. La liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra: la direttiva 96/67/CE – 8. Gli ostacoli all’accesso del mercato dei servizi di handling: premessa – 8.1. Il procedimento di selezione dei prestatori in presenza di vincoli di sicurezza, capacità e spazio disponibile – 8.2. Le infrastrutture centralizzate: un caso di monopolio naturale – 8.3 Gli obblighi di separazione contabile: l’influenza della direttiva n. 200/52/CE sulla trasparenza nelle relazioni finanziarie – 8.4 I limiti derivanti dall’organizzazione dei servizi aerei: obblighi di servizio pubblico e organizzazione delle bande orarie (*supra*) – 8.5 Ulteriori fattori suscettibili di impedire o condizionare l’accesso al mercato: le esigenze di protezione sociale –

1. *Premessa*

L’intervento del legislatore comunitario nell’ambito del trasporto aereo non si è esaurito con l’emanazione del cosiddetto “Terzo Pacchetto”.

Nonostante, infatti, i Regolamenti del Consiglio 2407 - 2408 - 2409 del 1992 avessero contribuito a disciplinare, nel clima di liberalizzazione dominante, gli aspetti e i meccanismi più rilevanti dell’assetto commerciale dell’industria dei servizi di trasporto aereo, si avvertiva l’esigenza di estendere il processo di liberalizzazione in atto anche a quelle attività e settori che, impropriamente, considerati sussidiari rispetto ai servizi di trasporto aereo¹⁹⁸,

¹⁹⁸ Cfr. GIRARDI P. – COLETTA C., *La nuova ed attuale disciplina dell’assegnazione delle bande orarie negli aeroporti comunitari*, in *Trasporti* 1994, n. 64, 44. Si sottolinea il nesso di interdipendenza funzionale tra ciascuno di questi settori ed il trasporto aereo, nonché l’esigenza di eliminare tutti gli aspetti monopolistici e le pratiche anticoncorrenziali che spesso hanno caratterizzato tali settori.

costituiscono, invece, per la loro stessa esistenza e funzionalità, la premessa e la condizione essenziale per il loro normale svolgimento¹⁹⁹.

La *deregulation* europea aveva condotto il sistema verso un assetto di mercato sufficientemente flessibile ma la potenzialità concorrenziale dei vettori risultava ancora limitata a causa del persistere, da una parte, del congestionamento delle aerovie e dei terminali, dall'altra delle inefficienze proprie delle politiche di gestione delle infrastrutture e di assegnazione della capacità aeroportuale

I benefici derivanti dalla rivalutazione dell'economia di mercato nel settore del trasporto aereo risultavano, dunque, compromessi da un insufficiente grado di competitività delle attività terminali, la cui liberalizzazione ha, a lungo, risentito delle difficoltà insite nei processi di apertura alla concorrenza di servizi offerti in monopolio naturale dai singoli aeroporti²⁰⁰.

Si è posto, dunque, il problema del recupero dei meccanismi di concorrenza in ambito propriamente aeroportuale che ha condotto a: a) ridisegnare la politica di assegnazione delle capacità aeroportuali; b) liberalizzare le attività di assistenza a terra (servizi di *handling*); c) privatizzare e rendere competitive le società di gestione aeroportuali.

Tale processo, è stato condotto nel tentativo di impedire che le posizioni dominanti dei gestori all'interno degli scali si riflettessero anche su mercati che avrebbero potuto funzionare più efficientemente con meccanismi concorrenziali.

¹⁹⁹ Tale esigenza era avvertita dalla stessa Commissione che, consapevole dell'interdipendenza di tali settori, aveva elaborato, anche prima dell'emanazione del terzo pacchetto, specifiche normative: Regolamento CEE della Commissione n. 82/91 del 5 Dicembre 1990 sugli accordi, decisioni e pratiche concordate per i servizi di assistenza a terra; Regolamento CEE della Consiglio n. 2299/89 del 24 Luglio 1989 per un codice di condotta per i sistemi computerizzati di prenotazione; Regolamento CEE della Commissione n. 83/91 del 5 Dicembre 1990 per l'applicazione dell'art. 85.3 del Trattato a talune categorie di accordi tra imprese relativi ai sistemi computerizzati di prenotazione per i servizi di trasporto aereo. Cfr. GIRARDI P. – COLETTA C., *o.u.c.*, 45

²⁰⁰ Cfr. CARLUCCI F., *Trasporto aereo, regolamentazione e concorrenza*, Padova, 2003, 119, il quale osserva come essendo le infrastrutture non immediatamente riproducibili, costituiscono un fattore fondamentale ai fini dei processi di regolazione del grado di competitività del mercato.

L'analisi che segue tenterà di guardare al processo di apertura che ha caratterizzato il sistema, utilizzando la stessa prospettiva problematica di un aereo che sta per atterrare su uno scalo: il suo pilota (*rectius*, la compagna datrice di lavoro), nell'affrontare la manovra di atterraggio, dovrà, innanzitutto, fare i conti con problemi di spazio in aeroporto; successivamente, necessiterà di essere supportato da una serie di servizi che gli consentano (alla macchina, così come ai passeggeri ed alle merci) un'agevole sosta ed una successiva ripartenza; infine, dopo aver usufruito di tale assistenza, regolerà i rapporti di tipo burocratico, amministrativo e finanziario con il proprietario/gestore della struttura aeroportuale che lo ha ospitato.

Nel capitolo che segue, pertanto, verranno affrontati il problema di assegnazione delle bande orarie ai vettori (*slot allocation*), considerato come uno dei principali residui ostacoli al pieno sviluppo della concorrenza nel settore dei trasporti aerei²⁰¹, e quello della loro assistenza a terra (*handling*).

Nel successivo quello del regime giuridico – concorrenziale degli aeroporti (concessioni aeroportuali).

2. Il problema della “congestione” aeroportuale

L'ottimizzazione, a fini concorrenziali, del funzionamento delle infrastrutture non consegue solo ed esclusivamente all'espansione, o comunque alla riorganizzazione fisica e gestionale, degli impianti (*su cui si dirà nel capitolo successivo*).

Ai fini di una riduzione delle barriere all'entrata nei mercati nazionali dei vettori degli altri paesi è, infatti, necessaria anche una razionale politica di riequilibrio temporale e spaziale della domanda di capacità: una tale esigenza, in tal modo, potrebbe venire a trovare soddisfazione in un arco di tempo inferiore rispetto ad interventi da fare direttamente a livello infrastrutturale.

²⁰¹ CASSESE S., *La nuova Costituzione Economica*, III ed., Bari, 2004, p. 109

La necessità di intervenire con una disciplina armonica in materia d'assegnazione della capacità aeroportuale, vale a dire della *potenzialità* del singolo sistema aeroportuale (generalmente espressa in termini di numero massimo di voli che in una data ora possono utilizzare lo scalo) si è presentata in conseguenza del sorgere di una patologia, propria delle strutture aeroportuali e, nota come *congestione aeroportuale*.

Il continuo ed incessante incrementarsi del traffico aereo, in conseguenza dei processi di liberalizzazione del settore, ha causato proprio il sorgere di tale situazione configurando, in molti dei più importanti aeroporti internazionale, problemi di insufficienza della capacità.

La congestione aeroportuale (prima conseguenza, dunque, del congestionamento del traffico aereo) si produce quando, date le tariffe prevalenti per l'accesso alla infrastruttura, la domanda di *slot* (bande orarie) da parte dei vettori in un determinato periodo della giornata eccede la capacità disponibile.

La capacità delle infrastrutture di ricevere aeromobili, infatti, non è illimitata ma è condizionata da tutta una serie di fattori (struttura fisica, ragioni ambientali, motivi di sicurezza) per le quali in uno scalo è possibile consentire, in un periodo determinato, solo un numero massimo di movimenti.

Fenomeni di congestione non segnalano necessariamente un eccesso di domanda di servizi di trasporto rispetto alla capacità aeroportuale esistente, giacché possono essere spesso risolti distribuendo in modo più uniforme la capacità utilizzata nel tempo o tra diversi aeroporti di uno stesso sistema aeroportuale (mediante procedure amministrative o l'attivazione di meccanismi di prezzo) ovvero incrementando il numero di *slot* disponibili in particolari fasce orarie attraverso riorganizzazioni dell'attività aeroportuale finalizzate ad un più efficiente utilizzo delle infrastrutture al livello dei sottosistemi²⁰².

²⁰² I sottosistemi di un impianto aeroportuale che risultano rilevanti ai fini della potenzialità dell'infrastruttura sono le piste, i piazzali e gli ATCS (sistemi di controllo del traffico).

Quando, tuttavia, queste soluzioni non sono praticabili perché, ad esempio, il razionamento degli *slot* si verifica in un numero molto ampio di fasce orarie, le possibilità di riallocazione del traffico sono scarse e non sono possibili guadagni di efficienza nella sua gestione, la riduzione dei fenomeni di congestione richiede, ove sia tecnicamente possibile, adeguati aggiustamenti della capacità aeroportuale che comportano ingenti investimenti con lunghi tempi di realizzazione.

In tali casi è inevitabile una selezione dei vettori cui attribuire i diritti di decollo ed atterraggio, specie nelle fasce orarie maggiormente ambite perché economicamente redditizie.

Il problema è rilevante, in termini di costi e benefici, sia per le compagnie²⁰³ che per l'utente: i costi associati alla congestione, infatti, sono internalizzati solo parzialmente dai gestori aeroportuali e dai vettori (come avviene per esempio in relazione ai costi legati al maggiore consumo di carburante o all'uso più intenso di capitale e lavoro nell'assicurare il controllo di volo), ricadendo invece in modo significativo sui passeggeri che dispongono di limitatissime possibilità di sostituzione.

Inoltre, i vincoli di capacità, limitando l'accesso agli scali per i vettori nuovi entranti, possono ostacolare l'evoluzione concorrenziale del trasporto aereo, soprattutto nelle rotte a traffico più intenso, impedendo agli utenti di beneficiare dei connessi vantaggi in termini di gamma, qualità e prezzi dei servizi.

Ulteriori elementi che condizionano la potenzialità sono costituiti dai fattori ambientali e dalla caratteristica della domanda.

²⁰³ L'ERAA (*European Regional Airlines Association*) ha stimato che ogni anno in Europa vengono spercate oltre 350.000 ore di volo a causa di ritardi dovuti all'Air Traffic Management System e del sistema di *routing* non ottimale ed il Rapporto Ambientale di Lufthansa indica come ogni giorno, a causa dell'insufficienza capacità di gestione del traffico aereo da parte delle autorità competenti, venga perso circa mezzo milione di Euro.

3. *L'assegnazione della capacità aeroportuale: dalle "Scheduling Procedures" al Regolamento CE 793/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio*²⁰⁴

Dinnanzi al susseguirsi di fenomeni di congestione che, come abbiamo detto, hanno interessato i più importanti aeroporti internazionali e comunitari²⁰⁵, ci si è posti, pertanto, il problema di dar vita ad una regia di coordinamento di azioni e di attori che procedesse ad una ripartizione del tempo in bande orarie in cui effettuare operazioni di decollo ed atterraggio.

L'obiettivo, sin da subito, è stato quello di cercare una soluzione che non fosse esclusivamente frutto di un'imposizione autoritativa e, quindi, estranea alle norme in tema di concorrenza, ma neanche altrettanto estranea alle logiche del mercato.

Il primo passo in tale direzione è stato compiuto, intorno agli anni 70', dalla IATA²⁰⁶ che, rivolgendosi ai tre principali protagonisti del settore - le autorità statali, i vettori e le direzioni aeroportuali - ha promosso le *Scheduling Procedures*, una sorta di atto d'indirizzo in cui particolare

²⁰⁴ Per un quadro completo cfr. ANTONINI A., *La slot allocation: problemi giuridici*, in Il nuovo diritto aeronautico, in ricordo di Gabriele Silingardi, Milano, 2002; BELLAN P.G., *L'assegnazione degli slot aeroportuali: problematiche giuridiche*, in AA.VVCFR., Milano, 1998; Coopers & Lybrand, *The application and possible modification of Council Regulation 95/93 on Common Rules for the allocation of Slot at Community Airports. Final Report*, 1995; GIARDINA A., *La concorrenza nel trasporto aereo e il problema della ripartizione delle bande orarie negli aeroporti*, in Dir. comm. int. 1991, 513 ss.; GIRARDI P. e COLETTA C., *La nuova ed attuale disciplina dell'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti comunitari*, in Dir. Trasp., 1993; C. GRISELLI, *Slot allocation: normativa e prassi in Italia*, in La nuova disciplina del trasporto aereo (a cura di Fanara), Messina, 2000; POZZI C., *Il ritiro dello slot e della serie di slot nel reg. (CEE) N. 95/93*, in Dir. trasp., 1999; PURELLI S., *La riforma del regolamento Cee 95/1993 per l'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti della Comunità Europea*, in Dir. del Turismo, n. 4/2005, IPOA; Silingardi G., Maffeo D., *Gli slots. Il caso Italia fra esperienza statunitense e comunitaria*, Torino, 1997;

²⁰⁵ Il sistema attuale, secondo la IATA, oggi conta almeno 26 grandi aeroporti già "saturi".

²⁰⁶ L'*International Air Transport Association* è un'organizzazione internazionale non intergovernativa (adotta, infatti, decisioni autonome rispetto a quelle dei singoli governi nazionali), fondata a La Habana - Cuba, nel 1945, che associa 276 compagnie aeree appartenenti a 130 nazioni) che svolgono servizi di linea (c.d. "scheduled") parti al 98% del traffico aereo mondiale (mentre gli esercenti di linee aeree non regolari sono associati dal 1971 nell'IACA, *International Air Carrier Association*).

importanza assumeva, ed assume ancora oggi, la figura del Coordinatore, principale protagonista nella procedura di assegnazione degli *slot*.

Il sistema prevedeva che i singoli coordinatori d'aeroporto, unitamente alle compagnie aeree, facessero parte del foro di consultazione che, in occasione di conferenze periodicamente indette, provvedeva ad organizzare, in modo organico, il sistema degli orari di volo sulla base delle richieste precedentemente recapitate ad ognuno di essi.

L'assegnazione (di un'autorizzazione detta *clearance*) avveniva – nel caso di molteplici ed analoghe richieste relative allo stesso slot – sulla base di un criterio di priorità che poteva, a seconda dei casi, concretizzarsi:

- nella regola dei *grandfather's* in base alla quale gli slot erano assegnati (*rectius* confermati, previa loro richiesta) a quei vettori che, nella stagione precedente, li avevano già utilizzati riservando, invece, ai vettori c.d. *new entrants* il 50% degli slot non utilizzati (*rectius*, non confermati);

- nella regola del c.d. *use-it or lose-it* in base alla quale era data precedenza al vettore che avesse dato garanzia di utilizzarlo per un arco temporale maggiore nella stagione di riferimento.

L'eventuale diniego, invece, doveva essere necessariamente sorretto da un'adeguata e ragionevole motivazione.

Il sistema di assegnazione elaborato dalla IATA, e sopra tracciato nei suoi punti fondamentali, ha costituito il modello di riferimento al quale, nel *mare magnum* originatosi a seguito del processo di liberalizzazione del trasporto aereo, si sono ispirate le istituzioni comunitarie nel dar vita alla normativa vigente, tardiva rispetto alla procedura IATA.

Un vuoto legislativo, infatti, ha caratterizzato il settore almeno fino agli anni 90' allorquando non si è stati più in grado di sostenere, con gli strumenti a disposizione, il sempre più crescente divario tra la richiesta (di bande orarie) e la disponibilità (di infrastrutture aeroportuali).

In tali condizioni, infatti, la regola generale della libera scelta, da parte del vettore, degli orari di decollo e di atterraggio (codificata dal reg. 2408/92 sul diritto di accesso a tutte le rotte comunitarie) ha subito una necessaria

deroga con riferimento ad aeroporti (congestionati) in cui il divario sopra richiamato è diventato insostenibile.

Il sistema è stato, allora, puntellato con una normativa volta ad introdurre norme comuni per l'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti comunitari che superasse il regime vigente nel quale alla fissazione degli orari nei singoli stati membri erano, di fatto, deputate le compagnie di bandiera, quasi sempre di proprietà statale, già concessionarie dei diritti di traffico²⁰⁷.

Tale obiettivo, tuttavia, si è perfezionato solo in due fasi: a molti, infatti, il primo intervento del legislatore comunitario, concretizzatosi nel reg. 95/93 del Consiglio²⁰⁸, volto ad introdurre *<<norme comuni per l'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti comunitari atte a garantire l'accesso al mercato di tutti i vettori secondo regole trasparenti, imparziali e non discriminatorie>>*, è sembrato non raggiungere in pieno gli obiettivi prefissati.

Le perplessità maggiori, fatte proprie dalla stessa Commissione²⁰⁹, riguardavano la possibilità di raggiungere un adeguato livello di concorrenza tra i vettori (sia tra quelli presenti che tra questi e i “nuovi entranti”) in presenza di una rigida applicazione del principio dei “diritti acquisiti” (la c.d. *grandfather's rule*) e la fuorviante interpretazione che si è diffusa a proposito del rapporto intercorrente tra lo slot ed il vettore che ne era assegnatario.

Definito lo slot come *<<il tempo programmato di arrivo o di partenza disponibile o assegnato per un movimento aereonavale ad una data determinata in un aeroporto coordinato in base al presente regolamento >>*, non ci si è, infatti, preoccupati di disciplinare, nel citato regolamento, né la natura giuridica di tali *slots* né quella del rapporto sopra richiamato.

²⁰⁷ Lo Stato si limitava a confermare la ripartizione delle bande orarie che era sostanzialmente già operata dalle compagnie di bandiera in qualità di coordinatrici del procedimento di ripartizione. In Italia, ad esempio, tale ruolo è stato delegato dalla Direzione Generale dell'aviazione civile del Ministero dei Trasporti ad Alitalia in base alla circolare n. 2824 del 29 ottobre 1971;

²⁰⁸ In G.U.C.E., 22 gennaio 1993, L. 14, 1 ss;

²⁰⁹ La Commissione ha espresso tali perplessità per bocca del Responsabile della Air Transport Policy Unit, Frederick Sorensen;

È, pertanto, prevalsa (anche sulla base del dato normativo-letterale del IX considerando del Regolamento che parla di “*diritti acquisiti*”) un’interpretazione degli *slots* come diritti o beni di proprietà (rivendicati, a seconda dei casi, dai vettori aerei o dagli aeroporti) che, tuttavia, non è stata per nulla condivisa dalla dottrina prevalente.

Questa, infatti, nel rilevare l’impropria traduzione (vista anche l’espressione “*grandfather’s rights*” contenuta nella versione inglese), ha – più correttamente – osservato come la “*grandfather’s rule*” si riferisse ad una precedenza storica riferibile più all’uso che non alla piena disponibilità delle bande orarie²¹⁰.

Sta di fatto che molti Stati membri non hanno appieno compreso la portata del regolamento ed altri lo hanno applicato con lentezza ed in maniera difforme dalla reale volontà del legislatore.

La conseguenza è stata che, ai vettori dei singoli paesi, è stato riservato un trattamento, di volta in volta, diverso e quindi potenzialmente distorsivo del sistema di concorrenza: un evidente fallimento se parametrato agli obiettivi diametralmente opposti che la nuova normativa mirava a realizzare.

A molti, quindi, l’operazione effettuata dal legislatore comunitario è parsa, più che altro, mirare a raggiungere uno sterile compromesso tra le esigenze di salvaguardia del mercato, conseguenti al processo di deregulation in atto, e la necessità di preservare, in ogni caso, gli interessi conservatori dei grandi vettori ancora inclini all’utilizzo di vecchie pratiche.

Quando, dunque, la Commissione – *ex art. 13 Reg. CEE 95/93* – ha proceduto all’analisi triennale dei risultati applicativi della normativa vigente, sono palesemente emerse contraddizioni che ne hanno suggerito una profonda revisione²¹¹.

²¹⁰ Sul punto Cfr. BIANCA F., *Appunti sulla natura giuridica degli slots aeroportuali*, in Spunti di studio su: Aspetti della normativa comunitaria sui servizi aerei (a cura di G. Romanelli e L. Tullio), Cagliari, 1999, 139; ANTONINI A., *La slot allocation: problemi giuridici*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002.

²¹¹ Da qui la proposta di modifica del Regolamento del 22 giugno 2001 formulata alla luce delle indicazioni emerse nel Consiglio Europeo tenutosi a Stoccolma il 23 ed il 24 marzo 2001.

Tale revisione è avvenuta con un ulteriore Regolamento, entrato in vigore il 30 Luglio 2004 e recante il numero 793, con il quale si è tentato di colmare le lacune e le incertezze interpretative della normativa sino a quel momento in vigore, mirando ad un generale riassetto della materia.

Al legislatore del 2004 spettava, preliminarmente, il delicato compito di chiarire la natura giuridica degli *slot*.

Egli lo ha fatto, innanzitutto, da un punto di vista terminologico: il definire analiticamente la banda oraria come <<*il permesso assegnato da un coordinatore, ad una data e in un orario specifici di utilizzare l'intera gamma di infrastrutture aeroportuali necessarie al fine di atterrare o decollare*>> ha, infatti, consentito di superare in maniera definitiva il vecchio retaggio di un diritto di proprietà ora “*derubricato*” ad un diverso e più consono “*diritto d'uso*” che la compagnia può vantare nei confronti di altri concorrenti.

In tal modo, la banda oraria, oltre che ulteriormente circoscritta e specificata nel tempo, è limitata nel suo contenuto-oggetto: è un permesso – dato dal coordinatore – di utilizzare le infrastrutture aeroportuali²¹².

Si è ribadito, poi, il campo di applicazione della normativa circoscrivendola (come già fatto dal precedente reg. 95/93) a quegli aeroporti (congestionati), identificati – a seconda dei casi – in “*coordinati*” o “*ad orari facilitati*” (definizioni sostitutive, rispettivamente, di quelle contenute nel 95/93, di “*pienamente coordinati*” e “*coordinati*”).

I primi sono quelli in cui la capacità è talmente ridotta che, al fine di evitare sicuri ritardi, è obbligatorio per un vettore aereo ottenere la preventiva assegnazione della banda oraria da un Coordinatore previa una valutazione che non è definitiva (ma è revocabile allorché i limiti di capacità vengano meno) e che deve tener conto di casi eccezionali in cui possono essere

²¹² Si noti il *revirement* attuatosi nel passaggio dal “*diritto di proprietà*” interpretato, strumentalmente, alla luce della vecchia normativa, al “*titolo*” contenuto nella proposta di modifica del 2001 ed al successivo “*permesso*” adottato, infine, su iniziativa del consiglio in quanto considerato maggiormente flessibile nella prospettiva di eventuali successive modifiche.

coinvolti voli di Stato o si verificano, atterraggi di emergenza e voli umanitari.

La previsione di un coordinatore, rientra nelle politiche di Regolazione asimmetrica (*ex ante*) che prevedono l'introduzione di misure a svantaggio degli ex-monopolisti come possibile strumento di attuazione della concorrenza.

Il Coordinatore, che può essere una persona fisica o giuridica²¹³, è designato dallo Stato membro <<previo parere dei vettori aerei che usano regolarmente l'aeroporto, delle organizzazioni che li rappresentano e dell'ente di gestione dell'aeroporto e del comitato di coordinamento>>(art. 4 paragrafo 1 reg. CEE n. 793/2004).

La rilevanza delle funzioni che gli sono attribuite (oltre all'assegnazione in se dello *slot*, il coordinatore è, infatti, deputato al controllo del regolare utilizzo da parte degli assegnatari delle bande orarie e della conformità o meno dei loro atti con gli *slots* assegnati e gli orari, alla partecipazione alle conferenze internazionali per il coordinamento degli orari

²¹³ In Italia, nell'ambito del processo di adeguamento della disciplina nazionale al regolamento del 1993 (incoraggiato dalle note critiche dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) si è arrivati, solo nel 1997, alla costituzione di *Assoclearance* (Associazione Italia Gestione Clearance Aeroportuale e slots, soggetto di diritto privato, avente natura giuridica di associazione priva di scopi di lucro) ed alla contestuale approvazione, da parte di tutti gli associati, di un "*codice di condotta*", in base al quale essi si impegnano ad orientare la propria attività al rispetto delle regole del Tratto di Roma sulla concorrenza ed a rispettare ed attuare quanto previsto dalla legislazione nazionale e comunitaria, adottando modelli comportamentali ispirati ai principi dell'eguaglianza, dell'imparzialità e dell'indipendenza. Con decreto n. 44/T dello stesso anno, inoltre, il Ministero dei Trasporti e della navigazione, incaricava, a tempo indeterminato, l'*Assoclearance*, ai sensi del reg. 95/93, del coordinamento nell'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti designati come coordinati o pienamente coordinati in sostituzione di Alitalia che, fino a quel momento, aveva fatto "il bello ed il cattivo tempo", suscitando le perplessità degli operatori stranieri. Oltre alla gestione della *clearance* aeroportuale e degli slot in tutto il territorio nazionale, lo stesso decreto (che prevede la partecipazione ad *Assoclearance* delle compagnie di navigazione aerea e dei gestori aeroportuali) le affida, tra l'altro, il compito di prendere parte alle Conferenze IATA e di monitorare l'utilizzo degli *slots*. Esulano, invece, da tali competenze sia le attività di amministrazione connesse al rilascio delle licenze (competenza dell'Enac), sia le funzioni di vigilanza e di eventuali repressioni di assetti societari che falsano la libera concorrenza. Le funzioni di vigilanza sull'organismo preposto alla *slots allocation* negli aeroporti italiani furono originariamente affidate alla competenza del Ministero dei Trasporti e della Navigazione – Direzione generale dell'Aviazione Civile e successivamente trasferite all'ENAC.

a livello mondiale, etc.) e la necessità che le svolga in misura imparziale, trasparente e non discriminatorio, ne consigliano – caricando del relativo onere lo Stato membro - la sua indipendenza funzionale e di servizio da qualsiasi altra parte interessata.

Sul punto, la condotta degli Stati non sempre è stata impeccabile se è vero come è vero che la Commissione, in una recente comunicazione²¹⁴ si duole – nei loro confronti – della presenza di frequenti casi di insufficiente applicazione dei requisiti di imparzialità, trasparenza e non discriminazione sopra richiamati.

Negli “*aeroporti ad orari facilitati*”, invece, una figura diversa – quella dell’”*addetto alla facilitazione della programmazione degli orari*” – in alcuni periodi stagionali, <<*consiglia i vettori aerei e raccomanda orari alternativi di arrivo e/o di partenza quando possono insorgere fenomeni di congestione*>>.

Alle due figure sopra richiamate si aggiunge, infine, un terzo soggetto, il “*Comitato di Coordinamento*”, composto da rappresentanti dei vettori aerei che utilizzano regolarmente l’aeroporto e delle loro organizzazioni rappresentative, dell’ente di gestione dell’aeroporto, delle autorità di controllo del traffico aereo e dei rappresentanti del settore aviazione generale che utilizzano abitualmente la struttura aeroportuale.

Il Comitato, previsto come obbligatorio in ogni aeroporto coordinato, ha funzioni (che il reg. 793/2004 ha incrementato notevolmente rispetto al precedente) di consultazione e mediazione effettuate sulla base di parametri, relativi alla capacità di assorbimento del traffico aereo che esso stesso – nell’unitarietà dei soggetti che rappresenta – provvede ad elaborare.

²¹⁴ COM(2008) 227, del 30 Aprile, al parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale Europeo al Comitato delle Regioni relativa all’applicazione del Regolamento (CEE) 95/93 *relativo a norme comuni per l’assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità*, come modificato;

4. *Il procedimento di assegnazione delle bande orarie (slot allocation) nella versione consolidata del Regolamento 95/93/CEE*

Ebbene, le figure summenzionate sono le principali protagoniste del riformato procedimento di *slots allocation*.

Quest'ultimo, coerentemente con la prassi internazionale inaugurata dalla IATA e sopra richiamata, è imperniato sulla regola della *grandfather's rule* che trova, nell'art. 8.2 del reg. 95/93 riformato, la sua espressione nel criterio di priorità nell'assegnazione in favore del vettore aereo che abbia utilizzato una serie di bande orarie per l'esercizio di servizi aerei di linea e di servizi aerei programmati e non di linea e possa <<*comprovare debitamente al coordinatore che la serie di bande orarie in questione è stata operata, conformemente all'autorizzazione iniziale del coordinatore, da detto vettore aereo per almeno l'80% del tempo nel corso della stagione di traffico, se chiesto dal vettore aereo entro i termini di cui all'art. 7, par. 1*>>.

Tale meccanismo, nell'intenzione del legislatore comunitario, porterebbe vantaggi sia ai vettori i cui ingenti investimenti di capitale richiedono una somministrazione nel tempo che avvenga sulla base di una rigorosa programmazione che agli utenti i quali, da una tale modalità di investimento, traggono benefici prolungati e stabili.

L'assegnazione delle bande orarie residuali (e non confermate in base al criterio *de quo*) avviene, invece, facendo riferimento ad una sorta di contenitore – il “*pool*” – al quale affluiscono: le bande orarie di nuova creazione, quelle restituite al coordinatore per essere riattribuite prima dello scadere della stagione di riferimento ed, infine, tutte quelle che, secondo il principio *use-it or lose-it*, non siano state utilizzate all'80%.

Il legislatore, in una prospettiva dichiaratamente concorrenziale, ha voluto in tal modo stigmatizzare l'occupazione improduttiva della bande orarie che è spesso attuata dagli *incumbents* per ridurre la possibilità di ingresso nel mercato ad opera di altri vettori.

Ha inoltre previsto che, a tale ultima applicazione fanno, tuttavia, eccezione le ipotesi in cui tale mancato utilizzo sia dipeso da: a) circostanze imprevedibili ed inevitabili indipendenti dal controllo del vettore aereo; b) interruzione dei servizi aerei a causa di un'azione intesa ad influire su detti servizi impedendo, praticamente e/o tecnicamente, al vettore di effettuare operazioni come previsto; c) gravi difficoltà finanziarie del vettore aereo comunitario interessato, in seguito alle quali le autorità competenti rilasciano una licenza provvisoria in attesa della ristrutturazione finanziaria che avvenga in conformità alle disposizioni di cui all'art. 5, par. 5 reg. CEE n. 2407/92; d) procedimenti giudiziari riguardanti l'applicazione dell'art. 9 per rotte sulle quali sono stati imposti oneri di pubblico servizio a norma dell'art. 4 del reg. CEE 2408/92 e che comportano la sospensione temporanea delle attività su tali rotte.

In tutti questi casi, infatti, non sembra giusto far sopportare ai vettori – in termini di perdita di diritti acquisiti – eventi eccezionali ed imprevedibili non dipesi da loro (si pensi ad esempio agli eventi bellici o ai fatti, tristemente noti, dell'11 Settembre).

L'assegnazione delle bande orarie contenute nel *pool* avviene, invece, previa richiesta al coordinatore sulla base di una serie di criteri che, pur lasciandogli ampi margini di discrezionalità, sono orientati al rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione e trasparenza.

Una certa priorità, ad esempio, viene data ai servizi aerei commerciali e tra questi, in particolare, quelli di linea e quelli programmati non di linea (innanzitutto quelli che si protraggono per tutto l'anno) o a quelli in programma su rotte sulle quali siano previsti oneri di pubblico servizio.

Ma una riserva particolare (pari al 50% delle bande del *pool*) viene prevista (e rafforzata) dalla nuova normativa a favore di quei vettori *c.d. new entrant* o nuovi concorrenti.

Tale qualifica è attribuita ai vettori che: *<<hanno ottenuto, come parte di una serie di bande orarie (series of slot), uno slot in un aeroporto se nel medesimo detengono meno di cinque bande orarie, programmate per lo*

stesso giorno; compiono un servizio di linea senza scalo tra due aeroporti comunitari e, a tale scopo, hanno chiesto ed ottenuto una serie di bande orarie, qualora nell'aeroporto, quello stesso giorno e per il medesimo servizio, solo altri due vettori svolgono lo stesso servizio, ed in cui vengono comunque a detenere meno di cinque bande orarie; effettuano un servizio da un aeroporto verso uno scalo regionale, per cui hanno chiesto ed ottenuto una serie di bande orarie, qualora per tale data detengono un numero di slots inferiore a cinque e nessun altro vettore effettua un servizio diretto tra questi aeroporti>>(art. 2 Reg. CE 793/2004).

Contestualmente, tenendo conto anche del nuovo scenario commerciale venutosi a creare a distanza di dieci anni dall'entrata in vigore del primo regolamento, la nuova normativa, sempre al fine di facilitare l'accesso al mercato anche ai vettori non storici, ha elevato, rispettivamente al 5% ed al 4% (prima erano al 3% ed al 2%) la quantità massima di bande orarie detenibili – rispettivamente in un aeroporto o in un sistema aeroportuale – ai fini della legittima assunzione della qualifica di *new entrant*.

Sono state, quindi, apprestate tutele per i casi in cui vettori già insediati potessero, furbescamente, tentare di usufruire di tale qualifica e dei vantaggi ad essa connessi attraverso il ricorso a rapporti di tipo societario o a forme commerciali di esercizio comune del servizio come il *code sharing* o il *franchising*: a tale fine si è precisato il contenuto della nozione di gruppo stabilendo che, in tali casi, solo <<*uno dei vettori che vi appartiene può far richiesta di bande orarie e laddove le bande siano utilizzate da altri vettori esercitante l'attività comune il codice del vettore aereo assegnatario continui a contraddistinguere il volo in condivisione ai fini del coordinamento e del controllo*>>.

Perplessità circa la riserva di slots a favore dei nuovi entranti sono state espresse dalla Commissione²¹⁵, secondo la quale tale riserva è comunque insufficiente a consentire la programmazione di voli ad alta

²¹⁵ *Commission Decision concerning advantages granted by the Wallon Region and Brussels South Charleroi Airport to the airline Ryanair in Connection with its establishment at Charleroi*, C (2004) 516, Bruxelles, Commissione Europa, 2004

frequenza e la concorrenza potenziale non risulta sufficiente a porre serie pressioni sugli operatori dominanti su una tratta.

Quale norma di chiusura del sistema di assegnazione, il reg. CEE 95/93 riformato prevede la possibilità per il Coordinatore (che in caso di diniego dello slot richiesto deve motivare tale rifiuto offrendo al vettore l'alternativa più vicina) di soddisfare <<*singole richieste di bande orarie presentate con breve preavviso per ogni tipo di attività aeronautica*>>.

Da ricordare, infine, il sistema sanzionatorio previsto per i casi di non utilizzo o di utilizzo non corretto delle procedure di assegnazione su ricordate: una tale eventualità, infatti, costituisce un evidente pericolo per la sicurezza dei passeggeri e delle infrastrutture aeroportuali ed in generale per la sicurezza del traffico aereo.

Tale sistema, tuttavia, non è analiticamente previsto dalla normativa comunitaria in oggetto ma è, da questa, delegato agli Stati membri che hanno il compito di elaborare una specifica disciplina volta a prevenire o scoraggiare, con <<*sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive*>> pratiche sistematiche e deliberate di utilizzo non corretto degli slots da parte delle compagnie aeree.

5. *Slots mobility e secondary trading: i chiarimenti offerti dalla Comunicazione del 30 aprile 2008 (COM-2008-227)*

Anche le modifiche apportate dal Reg. CE 793/2004 sono state oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale perché non tutte sono riuscite a chiarire i dubbi interpretativi e dissolvere le critiche sorte sui punti maggiormente contestati del precedente Regolamento.

Tra questi, senza dubbio, è da annoverarsi quello della “mobilità degli slots” (“*slots mobility*”) che ha determinato un recente intervento chiarificatore della Commissione Europea annotato nella portando alla *Comunicazione del 30 aprile 2008 (COM-2008-227) al parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale Europeo al Comitato delle*

Regioni relativa all'applicazione del Regolamento (CEE) 95/93 relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, come modificato;

La materia, infatti, fino a quel momento, è stata oggetto di una controversa discussione dottrinale e giurisprudenziale che ha riguardato, in particolare, il problema della vendita degli *slots*.

Il reg. 793/2004, infatti, era - per lo meno - riuscito a chiarire alcune questioni controverse: 1) la possibilità di trasferimento degli *slots* da una controllata ad una controllante o tra società affiliate dalla controllante, in caso di acquisizione della maggioranza di capitale o di rilevazione totale o parziale di un'impresa e qualora gli *slots* ceduti fossero funzionali o comunque connessi alla rilevazione dell'impresa (previa conferma del coordinatore e salvo pregiudizi alle operazioni aeroportuali); 2) la possibilità di spostamento degli *slots* da una rotta o tipo di servizio ad un'altra rotta o tipo di servizio operati dal medesimo vettore aereo; 3) il divieto, prima che siano trascorsi due stagioni di traffico, di scambio o trasferimento degli *slots* assegnati ai vettori *new comers*.

In tal modo, si erano riuscite ad arginare le perplessità maggiori legate al problema della tassatività delle forme tipiche di mobilità; tuttavia, non si era, ancora, formata una base unanime di convincimento in materia di vero e proprio commercio secondario di slots (*secondary trading*).

L'orientamento prevalente, confortato dall'interpretazione della normativa vigente a livello comunitario che consentiva esclusivamente lo scambio, era - infatti - nel senso di vietare la vendita in quanto strumento utilizzabile dai vettori dominanti per rafforzare il loro potere.

Vi erano, tuttavia, consolidate prassi mercantili come quella degli scambi di *slots* unite a forme di compensazione ed integrazioni economiche (utilizzate in Inghilterra e legittimate dalla giurisprudenza di quel paese) che erano, chiaramente, orientate in senso contrario; ma soprattutto, vi sono strutture congestionate (quelle londinesi in primis) ove il commercio secondario era di fatto già praticato.

Tale stato di cose, unitamente alla presa d'atto che tale pratica, ove applicata, *“ha consentito la creazione di servizi addizionali su specifiche rotte”* e che è necessario evitare che le compagnie continuino a *“trattenere gli slots anche quando il loro valore di mercato è di molto superiore a quello che può essere generato dal loro mantenimento o uso”*, ha spinto la Commissione ad ammettere che *“non c'è nessun chiaro ed esplicito divieto di tali scambi...ove questi si effettuino in modo trasparente”*.

L'ex Commissario Europeo ai Trasporti – Jaques Barrot – ha dichiarato, in particolare, che *“bisogna far sì che gli slots siano usati in maniera più efficiente garantendo a tutti la possibilità di condurre i rispettivi business e bandendo ogni forma di discriminazione”* per poi aggiungere, con il suo capo di gabinetto Benit Le Bret che l'organo collegiale comunitario, davanti alla prospettiva di veder proliferare, nell'ambito dell'Ue, mercati nazionali degli slots gestiti con norme diverse tra loro si è limitata a precisare *“quali devono essere le regole del gioco basandosi su un doppio principio: la trasparenza e la non discriminazione”*.

Gli slots, quindi, potranno essere comprati e venduti dalle compagnie a cui sono stati assegnati, ma anche scambiati o offerti come contropartita nell'ambito di accordi di *co-sharing* o per l'acquisto di servizi.

6. *Gli aeroporti congestionati: gli slots come barriera all'entrata nel mercato del trasporto aereo. Conclusioni.*

Per le tratte che interessano aeroporti congestionati gli *slot* costituiscono la principale barriera al mercato del settore del trasporto aereo pregiudicandone, per quanto riguarda la nostra ricerca, l'effettiva accessibilità all'infrastruttura aeroportuale: è gioco forza, quindi, che la loro gestione e il loro possesso sollevino delicate questioni in tema di tutela della concorrenza.

La locale Authority, ad esempio, più volte ha avuto modo di rilevare come determinati comportamenti strategici da parte di un vettore, finalizzati ad accentrare a suo favore gran parte dei diritti di traffico, producessero effetti

distorsivi della concorrenza con ripercussioni sulla organizzazione dei servizi aeroportuali.

In simili casi, infatti, il vettore può beneficiare, contestualmente alla titolarità (*rectius del diritto d'uso*) degli *slots*, dell'utilizzo esclusivo di determinate infrastrutture aeroportuali con esclusione di altri utenti.

E' accaduto, infatti, che un vettore abbia posto in essere comportamenti in violazione delle norme antitrust riservandosi diritti di traffico al solo scopo di precludere l'ingresso sul mercato alla concorrenza, salvo poi, non utilizzare, per ragioni organizzative, tali diritti.

L'impiego strategico di slot aeroportuali contribuisce, inevitabilmente, ad ostacolare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori, al pari di quanto può accadere per effetto della oggettiva carenza degli stessi: una tale constatazione aveva già originato una prima censura – da parte dell'Autorità Garante – nei confronti di Alitalia per abuso di posizione dominante nel momento in cui, prima dell'istituzione di *Assoclearance*, aveva utilizzato in maniera discriminatoria il suo ruolo di gestore del processo di *clearance*²¹⁶.

Recentemente, ancora, l'Autorità ha inviato una segnalazione al ministero delle Infrastrutture contestando ad *Assoclearance* un'interpretazione restrittiva delle regole di allocazione presso l'aeroporto di Linate che favorisce, a dire dell'Authority, le imprese riunite in gruppi societari (Alitalia, suddivisa in quattro società, e Volare, divisa in due).

Osserva, infatti, il garante come la ripartizione degli slot nell'aeroporto milanese, da parte di *Assoclearance*, avvenisse a favore di società “*le quali, ancorché appartenenti ad un medesimo gruppo, sono considerate uti singulae, ossia riguardate come vettori autonomi in quanto munite di relativa licenza*”

È evidente, insomma, come la distribuzione delle bande orarie fosse vistosamente favorevole alle compagnie articolate in gruppi societari, in

²¹⁶ Autorità Garante della Concorrenza e del mercato caso A102 - *Associazione Consumatori Utenti/ Alitalia*.

chiaro contrasto con la *ratio* della disciplina che dovrebbe regolare l'accesso allo scalo.

Considerazioni critiche di diverso tenore emergevano in tema di concentrazione; per la precisione di alla concentrazione nella disponibilità di slot in rapporto alla situazione di congestione nei principali aeroporti europei.

Gli studi condotti sul punto²¹⁷ hanno dimostrato, chiaramente, che gli aeroporti maggiormente congestionati tendono a essere quelli con più concentrazione di slot nelle mani di un vettore dominante, probabilmente a causa del fatto che molti degli aeroporti principali sono impiegati come centri di interconnessione per le compagnie di bandiera che operano secondo il principio *hub and spoke*²¹⁸.

Tale dato, fino a qualche mese fa, non ha costituito un elemento di preoccupazione dal punto di vista concorrenziale e ciò sulla base di due considerazioni pacificamente riconosciute: innanzitutto, si riteneva che gli *slots*, non essendo negoziabili, non avessero valore economico e, inoltre, gli stessi non sono stati mai considerati *essential facility* dalla giurisprudenza comunitaria.

In relazione a tale ultimo punto, si è osservato²¹⁹, tuttavia, come la partecipazione al meccanismo di allocazione vada, comunque, considerato tale nel senso che, per i gestori aeroportuali o i coordinatori, non è possibile escludere compagnie aeree di tal che un'indebita discriminazione nell'allocazione degli slot da parte di chi gestisce il processo di allocazione rappresenterebbe un comportamento illegittimo

²¹⁷ Sul punto esauriente è, NERA – NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES, *Study to Assess the effects of different Slot Allocation Schemes*, preparato per DG TREN, Commissione Europea, Bruxelles, 2004

²¹⁸ I network di tipo *hub and spoke* sono caratterizzati da una formula di organizzazione basata su un fulcro aeroportuale che funge da nodo centripeto e centrifugo dei flussi di traffico. Tale rete è minimamente connessa, cioè tutti i nodi periferici sono collegati tramite un'unica connessione con al conseguenza che ogni arco è indispensabile per la sopravvivenza della rete stessa. Anche se non vi è una definizione precisa, generalmente, sono considerati hub gli aeroporti sui quali convergono tre o più ondate di traffico giornaliero da circa 40 città diverse. Cfr. BUTTON K.J, STOUGH R., *Air transport networks: theory and policy implications*, Edward Egar publishing limited, Cheltenham, UK, 1999;

²¹⁹ CONDORELLI D., *L'allocazione degli slots negli aeroporti congestionati*, Bologna, 2006;

La recente COM-2008-227 poi, ha messo in crisi anche il primo assunto: la riconosciuta, lecita, negoziabilità degli *slots* potrebbe, infatti, fare ben sorgere profili di “abuso di posizione dominante”, nel mercato rilevante del trasporto aereo, relativamente a condotte di compagnie aeree perpetrate nel corso dello svolgimento dei meccanismi di 'uso o la cessione degli *slots*.

La “freschezza” della novità introdotta dalla Commissione non ha determinato recenti prese di posizione sul punto, ma impone un riflessione sulle conseguenze che essa determina: si configurerebbe, infatti, un vero e proprio mercato degli *slots*, anzi, ogni aeroporto e ogni rete di aeroporti che servono la stessa città costituirebbe un mercato rilevante.

Ne deriverebbe, pertanto, all'interno di essi un potere di mercato delle compagnie che detengono tanti *slots* e relative posizioni dominanti che potrebbero anche conseguire a processi di alleanze, fusione, acquisizione: dinnanzi a tale rischio la previsione di un tetto massimo di *slots*, nonché la regolamentazione del *secondary trading* (ad esempio rendendo pubblici gli scambi) si configurano, in astratto, come strumenti idonei ad evitare comportamenti abusivi.

Bisogna, infine, dare conto dei casi in cui, al contrario, l'interesse prevalente degli organi comunitari è stato quello di promuovere l'ingresso nel mercato di nuovi vettori (per evitare un suo restringimento a pochi soggetti), ancorché perché questo si realizzi fosse necessaria un'applicazione meno rigorosa delle norme *antitrust*.

Si pensi al caso della concentrazione tra *Air France e KLM*²²⁰ autorizzata dalla Commissione, nonostante essa generasse uno dei più grandi colossi aerei europei, in vista dell'impegno - da parte delle due compagnie - di cedere una cinquantina di coppie di *slots* giornalieri su quattordici rotte, relative agli *hubs* di Amsterdam e Parigi.

²²⁰ Decisione della Commissione dell'11/02/2004 che dichiara la compatibilità con il mercato comune di una concentrazione (Caso IV/M. 380 Air France-Klm) in base al regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, in G.U.C.E. C 60 del 9 marzo 2004

E così è stato per numerosi altri casi di alleanze strategiche la cui autorizzazione è stata condizionata alla cessione di slot o negata per motivi collegati al loro possesso²²¹.

Il quadro delineato relativamente al procedimento di allocazione degli slots risulta, pertanto, abbastanza confusionario e ciò è dovuto, soprattutto, ai fenomeni di congestionamento che, in misura sempre più intensa, interessano gli scali aeroportuali: una tale presa d'atto ha fatto prendere, ben presto²²², coscienza della necessità di un cambiamento nelle regole di assegnazione degli slots e di una revisione del principio del *grandfather's right*.

Non c'è, infatti, un filo conduttore in materia: sicché, alcuni hanno suggerito soluzioni, sul modello degli Stati Uniti, come l'asta pubblica degli slots o, addirittura, la loro assegnazione mediante sorteggio.

Più sensate (e avvalorate dalla recente comunicazione della Commissione) sembrano, invece, essere soluzioni (del resto già praticate nel Regno Unito sin dal 1986) che vanno nella direzione di un commercio secondario degli *slots* affiancato dall'introduzione di tariffe più elevate e differenziate (per i consumatori) che avrebbero come effetto quello di mitigare l'eccesso di domanda nelle ore di punta (da parte dei consumatori) e ridurre le rendite oligopolistiche degli attuali possessori di *slots* mantenendo un equilibrio tra gli interessi delle compagnie già stabilite e quelli degli *entranti*.

²²¹ Nella stessa direzione vanno gli interventi comunitari che hanno autorizzato l'alleanza (denominata *Star Alliance*) tra Lufthansa/SAS/United Airlines e quelli della nostra Autorità Garante che, con provvedimento n. 15666, del 5 marzo 2006, hanno autorizzato l'alleanza Alitalia/Volare

²²² Già il Libro bianco, presentato dalla Commissione il 12 settembre 2001: "La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte" richiama tra i suoi obiettivi quello di "... *controllare la crescita del trasporto aereo, combattere la saturazione del cielo ...*".

7. *La liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra: la direttiva 96/67/CE*

Nel processo di graduale apertura dei mercati europei, un ruolo decisivo viene giocato, a livello aeroportuale, dai servizi di assistenza a terra, nella consapevolezza della loro importanza per il regolare e sicuro esercizio del trasporto aereo.

I servizi di assistenza a terra fanno parte di quell'insieme articolato di prestazioni che, complessivamente considerate, garantiscono il funzionamento dell'infrastruttura aeroportuale intesa come struttura organizzata (e non come bene demaniale) al servizio di vettori e passeggeri.

I servizi aeroportuali complessivamente intesi possono essere così classificati: a) servizi che attengono alla gestione dell'infrastruttura e che contemplano, quindi, tutte le attività di costruzione e manutenzione della stessa (aerostazione, piste, aree di sosta, parcheggi, strade di accesso all'aeroporto e di raccordo etc.) e dell'attrezzature fisse in generale; servizi commerciali finalizzati a facilitare la sosta dei passeggeri e potenziare l'efficienza commerciale dell'infrastruttura aeroportuale (negozi, ristoranti, servizi informativi per i passeggeri, *duty free shops* etc.); attività finalizzate a fornire assistenza a terra ai vettori aerei, ed – appunto – indicate come *handling o groundhandling*.

Propedeutica è la consapevolezza, raggiunta dalla Commissione in alcune sue decisioni²²³ e confermata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²²⁴, di un esatto parallelismo, all'interno della gestione aeroportuale, tra le tre tipologie di servizi elencati e l'esistenza di tre mercati distinti in funzione della natura dei servizi offerti.

²²³ Cfr. Decisione del 25 marzo 1997, caso IV/M. 786 – *Birmingham international Airport*, in G.U.C.E, 3 maggio 1997, C 137, 3, del 22 dicembre 1997; caso IV/M. 1035 – *Hochtief/Aer Rianta/Dusseldorf Airport* in G.U.C.E., 26 febbraio 1998, C. 61, 5 e 21 maggio 1999.

²²⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, decisione del 20 settembre 2000, n. 8692, *ADR/tariffe del Groundhandling*, in *Boll.*, N, 38, 2000

Uno di tali mercati, appunto, è costituito da quello dei servizi di assistenza terra e all'interno di esso, verrà condotta l'analisi che segue.

Sull'esatta identificazione di tali servizi si è, a lungo dibattuto: ci si è limitati a definirli come “*coacervo di attività e prestazioni che gli operatori aeroportuali forniscono sia al mezzo aereo che a ciò che l'aereo trasporta (passeggeri e merci)*”²²⁵; così come li si è indicati in misura più analitica²²⁶.

Esaustiva è l'elencazione che degli stessi può farsi alla luce degli elementi risultanti dalla combinazione tra lo SGHA (*Standard Ground Handling Agreement*)²²⁷ e la direttiva in commento.

In particolare la direttiva, rinvia ad una tabella che contempla undici categorie di servizi di assistenza a terra distinguendo i “*servizi di assistenza pista*” dai “*servizi di assistenza aeroporto*”.

I primi comprendono l'assistenza bagagli, merci e posta, operazioni in pista e carburante ed olio; i secondi l'assistenza amministrativa e di supervisione prima, durante e dopo il volo e quelli richiesti dal vettore, l'assistenza ai passeggeri in arrivo, partenza e transito, servizi di pulizia e di scalo, di manutenzione dell'aeromobile, assistenza degli equipaggi, di trasporto e di ristorazione (c.d. *catering*).

Le autorità comunitarie non hanno mai avuto dubbi in merito alla circostanza che le attività svolte negli aeroporti, e finalizzate ad offrire un'assistenza del tipo sopra elencato, si potessero qualificare come vere e proprie attività d'impresa e pertanto assoggettabili alle norme sancite dal trattato in tema di concorrenza²²⁸, né tali dubbi hanno, pervaso, più di tanto i tribunali nostrani²²⁹.

²²⁵ Cfr. DOMINICI D., *La gestione aeroportuale nel sistema del trasporto aereo*, Milano, 1962,

²²⁶ Cfr. Decisione dell'Autorità Antitrust n. 1017 del 17 marzo 1993, in *Boll.* N. 6, 1993

²²⁷ Trattasi di un documento standard elaborato dalla IATA utilizzato nella formazione dei contratti di assistenza a terra tra i vettori associati ed impiegato anche tra vettori e operatori di handling specializzati, come i gestori aeroportuali.

²²⁸ Cfr., in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza 24 ottobre 2002, causa C-82/01, in *Racc.* 2003 in cui la Corte, nel censurare le tesi dell'*Aéroport de Paris (ADP)* secondo cui non sono imprese le persone giuridiche pubbliche le cui attività dipendono dall'esercizio di pubblici poteri loro spettanti e pertanto tale attività non rientra tra quelle previste dall'art. 86 del trattato, affermava che: “*nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa*

La liberalizzazione dell'accesso a tali servizi rappresentava senza dubbio un tappa obbligata al fine di contribuire alla riduzione dei costi di gestione da parte dei vettori aerei comunitari nonché per favorire il processo di graduale innalzamento della qualità dei servizi offerti.

Fino all'adozione della direttiva in commento, tuttavia, il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra è stato, sostanzialmente, precluso nella maggior parte degli scali europei nei quali molteplici sono state le denunce²³⁰ per abuso di posizione dominante e, più in generale, per violazione delle regole di concorrenza da parte dei gestori incaricati di effettuare tali servizi in regime pressoché di monopolio²³¹.

Tale monopolio si concretizzava nella concessione in esclusiva dei servizi di handling a favore del gestore aeroportuale e ciò provocava ai vettori il danno di non poter ricorrere all'autoproduzione o alla scelta di uno o più prestatori di servizi più adeguati alle proprie esigenze, nonché la beffa di

abbraccia qualsiasi entità che è servita un'attività economica prescindere dallo status giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento...(Omissis). Il Tribunale ha giustamente considerato che costituisce un'attività di natura economica la messa disposizione delle compagnie aeree e dei vari prestatori di servizi, contro il pagamento di un canone il cui tasso è fissato liberamente dall'ADP, di installazioni aeroportuali. Infatti, risulta da una giurisprudenza costante che costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato".

²²⁹ Cfr., in tal senso, Consiglio di Stato, sez. VI, 4 gennaio 2003, n. 33, in *Foro it.* 2002, n. 401 secondo il quale l'impresa concessionaria incaricata, per legge o sulla base di una legge, di diritti esclusivi e servizi economici (in questo caso dello svolgimento dei servizi aeroportuali) non è per ciò solo esonerata dall'applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza salvo che questi non siano oggettivamente incompatibili con le finalità della concessione e/o contrari ai provvedimenti impositivi dell'Amministrazione concedente o il loro esercizio possa compromettere l'interesse della Comunità. Ove non si verta nei casi eccezionali ora richiamati, è evidente che siamo in presenza di scelte imprenditoriali dell'impresa concessionaria, concretizzanti un abuso di posizione dominante ed effettuate in violazione dell'art. 3 della L. 287/90.

²³⁰ Cfr., per quanto riguarda l'Italia, Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, 17 Marzo 1993, n. 1017, in *Boll.*, n. 6, 1993; Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, 16 Marzo 1994, n. 1845, in *Boll.*, n. 11, 1994.

²³¹ Ancora agli inizi degli anni '90, in buona parte degli aeroporti comunitari il solo gestore aeroportuale era legittimato a fornire i servizi in questione, mentre il *selfhandling* veniva consentito con maggiore favore alle compagnie di bandiera. Tale situazione era leggermente attenuata negli aeroporti del nord Europa ove si intravedevano politiche di liberalizzazione favorite da normative nazionali, a differenza di quelli del sud in cui era saldamente vigente un regime monopolistico

dover spesso corrispondere, a titolo di diritti aeroportuali²³², tariffe non eque che coprivano, in parte, prestazioni non effettuate.

Un tale stato di cose non fu sopportato a lungo dalle maggiori compagnie europee e dalle società indipendenti fornitrici dei servizi di handling le quali iniziarono a fare pressioni (*rectius*, denunce) alla Commissione lamentando la violazione dell'art. 86 del Trattato di Roma.

È, in questo clima, che si è advenuti all'emanazione della direttiva del 15 ottobre 1996, n. 67 relativa all'accesso al mercato dei servizi di handling negli aeroporti dell'Unione Europea²³³.

Gli organi di Bruxelles non vedevano di buon occhio, in quanto poco coerenti con la politica di liberalizzazione che permeava il settore del trasporto aereo, le forme di organizzazione e gestione monopolistica degli scali europei che rappresentavano un ostacolo all'innalzamento della qualità dei servizi aeroportuali (impedendo la libera prestazione dei servizi) e la riduzione degli oneri per le compagnie²³⁴.

Accertata l'equazione "libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra - buon funzionamento degli aeroporti comunitari", il legislatore comunitario ha previsto quindi una serie di misure che gli Stati membri devono adottare al fine di garantire <<ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra a terzi>> (art. 6) ed ai vettori <<la libera effettuazione dell'autoassistenza a terra>> (art. 7).

8. Gli ostacoli all'accesso del mercato dei servizi di handling: premessa

²³² Per un approfondimento sulla natura giuridica dei diritti aeroportuali alla luce della recentissima Legge Finanziaria 2008 (Art 39-bis D.L. n. 159/2007, del collegato alla Finanziaria 2008, recante importanti novità in materia economico-finanziaria, per lo sviluppo e l'equità sociale, convertito, con modificazioni, in Legge 29 novembre 2007, n. 222) si v. GUIDO V. *La natura giuridica dei diritti aeroportuali, tra giurisprudenza e legislazione* in *Diritto del Turismo*, 3, 2008, Ipsoa;

²³³ La direttiva, nel nostro paese, è stata totalmente trasfusa nel D.Lgs. del 13 gennaio 1999, n. 18 in ordine che vi ha dato attuazione completando il procedimento interno di adeguamento. Per un approfondimento v. CIRCI M., *L'Apertura al mercato dei servizi aeroportuali di handling* in *Giornale di diritto amministrativo* n. 11/1999, Ipsoa;

²³⁴ È evidente che un miglior controllo delle spese di gestione consente alle compagnie di meglio adeguare i propri servizi alle esigenze delle compagnie.

La direttiva, tuttavia, solo parzialmente ha adempiuto a tale compito: anche in tal caso, infatti, coerentemente con lo spirito che ha animato il processo di liberalizzazione del settore, il legislatore si è preoccupato di salvaguardare esigenze di sicurezza, insite nell'alto livello di qualità del servizio, e capacità (derivanti dai problemi di allocazione e gestione dei traffici).

L'apertura del mercato dei servizi di assistenza a terra alla concorrenza ha incontrato, pertanto, una serie di restrizioni e limitazioni che ne hanno edulcorato la portata dirompente e suggerito una maggiore gradualità.

Tale processo è stato, pertanto, condotto sulla base dei seguenti criteri direttivi: ²³⁵ a) previsione di una disciplina transitoria che consentisse una gradualità nell'apertura del mercato alla concorrenza; b) limitazioni alla liberalizzazione in presenza di particolari ragioni di spazio e capacità dell'aeroporto, sicurezza e modalità di fornitura dei servizi; c) principio dell'*unbundling*; d) configurabilità di deroghe alla liberalizzazione.

Una preliminare limitazione, infine, ha trovato giustificazione nella necessaria presenza di particolari volumi di traffico: il legislatore, infatti, ha circoscritto l'ambito di applicazione dei nuovi principi a quegli aeroporti che presentano un traffico annuale superiore o pari a tre milioni di movimenti passeggeri o a settantacinquemila tonnellate di merci non richiedendo invece una tale condizione per i servizi di autoassistenza i quali, a partire dal gennaio 2008, sono ammessi incondizionatamente in tutti gli aeroporti.

²³⁵ Confermati nel Parere del Comitato Economico e sociale *in merito alla proposta del Consiglio relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità*, in G.U.C.E., 13 novembre 1995, C 301, 28.

8.1 Il procedimento di selezione dei prestatori in presenza di vincoli di sicurezza, capacità e spazio disponibile

Il legislatore, ha previsto che, in presenza di problemi di sicurezza, capacità e spazio disponibile e limitatamente ai c.d. *air side service*²³⁶ (assistenza bagagli, assistenza operazioni di pista, carburante, olio, merci e posta, rampa) gli Stati potessero limitare il numero dei prestatori ammessi.

Parallelamente, tuttavia, ha precisato che, in situazioni tali, il numero di tali prestatori non potesse essere inferiore alle due unità²³⁷ almeno una delle quali completamente indipendente sia dal gestore che dalla compagnia dominante²³⁸.

Sulla portata più ideologica che, effettivamente, tesa ad aumentare l'efficienza dei servizi interessati, di tale ultima previsione si è molto discusso²³⁹: in particolare, si è osservato come non sia scontato che i duopoli o, al più, oligopoli che si determineranno sul mercato siano idonei a garantire il raggiungimento di risultati, in termini di *performance*, di qualità, e di prezzo, così tanto più elevati rispetto a quelli ottenibili sui medesimi mercati in presenza di assetti invece regolamentati.

D'altra parte, è lo stesso legislatore che, già in questa sede (all'art. 9, intitolato, appunto "*deroghe*") ha previsto delle eccezioni, a favore degli Stati membri, per quegli aeroporti che presentano caratteristiche tali da rendere

²³⁶ Tali servizi, diversamente da quelli *land side*, svolti nella parte dell'aeroporto che costituisce l'interfaccia con il territorio circostante e che non comportano l'accesso in rampa, sono maggiormente condizionati dalla disponibilità di spazio e capacità aeroportuali e comportano, quindi, esigenze di sicurezza maggiori che aumentano man mano che ci si avvicina alla pista e all'aeromobile.

²³⁷ Questa limitazione è, invece, prevista anche per i servizi di autoassistenza (art. 7).

²³⁸ Cfr. l'art. 6.3 della Direttiva n. 96/67 che impone che, a partire dal 1° gennaio 2001, nel mercato sia in ogni caso presente almeno un prestatore di servizi "puro", non controllato, cioè, né dall'ente/società di gestione, né da vettori aerei detentori di quote superiori al 25% del traffico merci o passeggeri transitante per l'aeroporto in cui vengono erogati i servizi di cui trattasi.

²³⁹ Alcuni si spingono fino ad osservare come, in tale contesto, vi sia più di un elemento suscettibile di far ritenere che, ivi, possa concretamente applicarsi la nota teoria di Oliver Williamson, secondo cui, quando i costi della concorrenza sono troppo elevati per la società, ... allora è meglio il monopolio. CFR., a proposito, CARBONE S.M., MUNARI F. *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in Dir. comm. internaz. 2000, 1, 95

necessario la limitazione del numero dei prestatori anche per quei servizi non elencati all'art. 6, par. 2 ed all'art. 7 par. 2 (*land side service* e autoassistenza e si parlerà, successivamente, delle infrastrutture centralizzate) subordinandole, tuttavia, alla condizione che lo Stato che intende avvalersi della deroga << a) *specifica la categoria o le categorie cui si applica la deroga e i vincoli specifici di spazio o di capacità disponibili che la giustificano; b) ci sia un piano di misure adeguate mirante a superare questi vincoli*>> e che tale deroga non sia tale da << i) *pregiudicare indebitamente gli obbiettivi della presente direttiva; ii) dar luogo a distorsioni della concorrenza tra i prestatori di servizi e/o gli utenti che praticano l'autoassistenza ; iii) essere più ampia del necessario*>>.

La concessione o meno della deroga è, quindi, il risultato di una procedura che prevede la preventiva comunicazione alla Commissione la quale, previa pubblicazione delle deroghe sulla G.U.C.E. ed invito alle parti a presentare osservazioni e successivamente ad un'approfondita discussione, può approvare la decisione dello Stato membro, invitarlo a modificare la portata della deroga o, nella peggiore delle ipotesi, può opporvisi.

In tutti i casi in cui il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra sia limitato, in presenza delle motivazioni sopra delineate, si instaura un ulteriore meccanismo – affidato dalla direttiva agli Stati - che porta alla selezione del prestatore abilitato.

La stessa direttiva, tuttavia, detta precise condizioni cui gli stati debbono uniformarsi in modo da orientare il meccanismo di selezione al massimo rispetto di rigide regole di trasparenza ed obbiettività.

In particolare tale meccanismo è ispirato alla formula tradizionale applicata ad ogni test di legalità di restrizioni alle libertà fondamentali previste nel Trattato CE (necessarietà, proporzionalità, trasparenza e non discriminazione).

In tale ottica è da leggersi, ad esempio, la scelta caduta sulla gara d'appalto (*strumento di regolazione concorrenziale*) come strumento di selezione, pubblicata sulla G.U.C.E. e aperta a tutti i prestatori interessati.

La direttiva prevede, inoltre, che i prestatori sono scelti: <<i>i) sentito il comitato degli utenti, dall'ente di gestione se quest'ultimo non fornisce - servizi analoghi ... - non controlla, direttamente o indirettamente, nessuna impresa fornitrici di tali servizi, - non detiene alcuna partecipazione in detta impresa; ii) dalle competenti autorità degli stati membri indipendenti dagli enti di gestione, previa consultazione del comitato degli utenti e delle autorità di gestione in tutti gli altri casi>> (art. 11, par. 1, lett. b)²⁴⁰.

8.2 Le infrastrutture centralizzate: un caso di monopolio naturale

Ulteriori limiti al libero accesso delle infrastrutture aeroportuali trovano la loro ragione in motivazioni di carattere strutturale individuabili nella rilevante complessità, costo o impatto ambientale propri di determinati servizi che ne sconsigliano la duplicazione: in tutti questi casi, la direttiva in commento, comprimendo inevitabilmente il regime concorrenziale, prevede una sorta di “riserva di gestione” di tali infrastrutture centralizzate a favore dell'ente di gestione dell'aeroporto.

Il riferimento è a tutti quei servizi *che sono stati organizzati in modo centralizzato* all'interno dell'aeroporto, sia per la configurazione "fisica" dello stesso, sia per le scelte organizzative che, nel realizzare lo scalo aeroportuale, si è ritenuto di perseguire.

A titolo di esempio, e prendendo spunto dall'elenco che la direttiva ne fa all'art. 8, tali sono considerati i sistemi di smistamento dei bagagli, antighiaccio, depurazione dell'acqua o di distribuzione del carburante e “*tutti quei servizi a terra che esigano spazi considerevoli, sia nelle aerostazioni a*

²⁴⁰ La normativa italiana di recepimento, in sede di individuazione della stazione appaltante, ha – ingiustificatamente e indiscriminatamente – dilatato i compiti del gestore aeroportuale non tenendo in alcun conto la richiamata distinzione in spregio di ogni regola di trasparenza ed imparzialità. Tale comportamento è stato più volte censurato dalla stessa Autorità Garante la quale, anche in sede di esame del disegno di legge di attuazione della direttiva (cfr. *Parere del 19 febbraio 1998, n. 12, in Boll. n. 7, 1998*), evidenziando come una tale situazione risenta dei caratteri monopolistici che hanno tipicamente permeato la gestione aeroportuale italiana, sia evidentemente pregiudizievole per la trasparenza e l'imparzialità del servizio provocando un'ulteriore restrizione della concorrenza.

contatto con i passeggeri, che nelle aree riservate per i servizi che richiedono un accesso diretto degli aeromobili”²⁴¹.

In questi casi, l'ente di gestione può rendere obbligatorio l'impiego di queste infrastrutture per i prestatori di servizi e per gli utenti che effettuano l'autoassistenza e può riscuotere un corrispettivo per l'uso delle strutture.

Si configura, in tal caso, un evidente situazione di monopolio naturale in ragione del fatto che la presenza di imprese in concorrenza nell'offerta dei servizi in parola non consentirebbe vantaggi economici per l'utenza: è evidente, infatti, che la quantità di attrezzature necessarie per la fornitura di tali servizi e gli spazi richiesti sono spesso maggiori quando i prestatori dei servizi sono vari, con la conseguenza che ben possono verificarsi, oltre a problemi di carattere strutturale connessi allo spazio necessario per le attrezzature, delle diseconomie di scala²⁴².

In tal senso, la caratteristica che appare costante nell'individuazione delle infrastrutture centralizzate è rappresentata dal fatto che i servizi ad esse relativi utilizzano impianti fissi, la cui duplicazione (o il cui accesso da parte di più operatori) si risolve in realtà nella creazione di inefficienze o dispendio di risorse, talché il *trade-off* tra benefici (attesi) derivanti dalla pluralità di operatori sul mercato e costi (sociali) di tale scelta rende preferibile mantenere assetti e modelli monopolistici all'interno dello scalo aeroportuale²⁴³.

Tale meccanismo porta, tuttavia, con se due potenziali conseguenze negative: innanzitutto c'è il rischio l'ente gestore possa procedere ad un sovradimensionamento (rispetto al reale fabbisogno) degli investimenti complessivi nell'aeroporto la cui organizzazione infrastrutturale sarebbe, di conseguenza, determinata non tanto da criteri oggettivi (e rispondenti ad economie di scala) quanto piuttosto da una scelta strategica che mira a

²⁴¹ Dal Parere espresso dal Comitato Economico e Sociale in merito alla proposta direttiva 96/67/CE, in G.U.C.E., 123 novembre 1995, C 301,28.

²⁴² Sul tema Cfr., fra gli altri, RADICATI DI BROZOLO L.G., *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, p. 65 ss.

²⁴³ Il modello esaminato richiama altri esempi propri della legislazione comunitaria in tema di liberalizzazione dei mercati regolamentati, quali l'omologa scelta operata dalla Direttiva n. 91/440 per le infrastrutture ferroviarie di rete rispetto alle quali si è conservato il modello monopolistico.

precludere l'accesso all'infrastruttura da parte di altri operatori; inoltre si potrebbe determinare una tendenza del gestore ad avviare meccanismi di "dipendenza" nei suoi confronti tanto da rendere insostituibili i servizi offerti.

Non è affatto escluso che in simili situazioni di mercato, come peraltro è già accaduto in alcuni scali europei²⁴⁴, l'ente gestore adotti dei comportamenti suscettibili di porsi in contrasto con le norme di concorrenza²⁴⁵ non tanto rifiutandosi di concedere alla concorrenza l'accesso alle infrastrutture aeroportuali affinché possa svolgere in proprio i servizi di assistenza a terra, quanto piuttosto adottando misure tariffarie non competitive²⁴⁶.

Uno dei casi più recenti è quello dei reclami²⁴⁷ presentati, ex art. 82 del trattato CE, da parte dei vettori *Air France, KLM e British Airways* nei

²⁴⁴ Si vedano in proposito, fra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, Bronner, causa C-7/97, in Raccolta, p. 1-7791 e del 29 aprile 2004, IMS Health, causa C-418/01, in Raccolta, p. 1-5039. Sul tema, fra gli C.M. SARACINO, *Il caso IMS Health: proprietà intellettuale e diritto antitrust*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2005, p. 676 ss; PARDOLESI R., GRANIERI M., *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in Rivista di diritto industriale, 2004, p. 323 ss; PILLITTERI P., *La Corte di giustizia circoscrive rigorosamente i confini di applicazione della C.d. "essential facilities doctrine" nella repressione dell'abuso di posizione dominante*, in Diritto del commercio internazionale, 1999, p. 1024 ss.

²⁴⁵ La nostra giurisprudenza è intervenuta, al proposito, osservando come "la concessione per legge ad un'impresa di diritti esclusivi in ordine alla produzione ed erogazione di servizi aeroportuali, non esime per ciò stesso dall'osservanza delle disposizioni in materia di concorrenza che non siano oggettivamente incompatibili con il raggiungimento delle finalità della concessione con la conseguenza che sono sottratti al rispetto delle norme a tutela della concorrenza esclusivamente i comportamenti imposti dall'Amministrazione" V. Cons. St., Sez. VI, 02.07.2002, n. 363 *Aeroporti di Roma/Gruppo Sicurezza*;

²⁴⁶ In taluni casi, l'ente gestore è ricorso alla negoziazione di contratti con gli utenti improntati a meccanismi di sconti tariffari sul fatturato complessivo anche di quello relativo all'utilizzo delle infrastrutture centralizzate fornite dal gestore in via esclusiva o dei corrispettivi per servizi centralizzati a richiesta. Si Cfr., in proposito, Provvedimento Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 20 settembre 2000, n. 3692, *Aeroporti di Roma – Tariffe di groundhandling*, in *Boll.* n. 38/2000. In tale occasione si è sottolineato come, dovendo il vettore ricorrere per una rilevantissima parte dei servizi all'ente gestore, le possibilità che in ipotesi egli si rivolgesse, per la restante parte dei servizi, a concorrenti del gestore aeroportuale avrebbe trovato un significativo ostacolo nella commisurazione dello sconto quantità di Aeroporti di Roma al fatturato relativo all'intera gamma dei servizi di assistenza a terra acquistati dal vettore, sconto non replicabile con la stessa ampiezza da parte di ipotetici concorrenti di Aeroporti di Roma. Sul problema in esame v. SBORDONE F., *I corrispettivi per i servizi aeroportuali offerti in regime di «esclusiva»* in *Rivista di Diritto dei Trasporti*, 2007, Napoli

²⁴⁷ Decisione 98/190/CE della Commissione, del 14 gennaio 1998, *FAG/Flughafen Frankfurt/Main A. G.*, in GUCE L 72 dell' 11 marzo 1998, p. 30.

confronti della società proprietaria dell' aeroporto di Francoforte alla quale contestavano un abuso di posizione dominante consistente nel non avere accordato alle compagnie aeree il diritto di fornire servizi di autoassistenza a terra (inclusi la gestione dei passeggeri, i servizi di rampa e di rifornimento carburante, l'emissione e la vendita di biglietti, la gestione del *lounge*, i servizi cargo e postale) e nel non avere permesso a soggetti terzi di offrire i medesimi servizi.

In tali situazioni le medesime autorità comunitarie hanno auspicato, sin dai primi passi mossi verso la liberalizzazione del mercato in parola, che l'ente di gestione aeroportuale chieda, ai prestatori dei servizi e agli utenti che intendono ricorrere all'autoassistenza, il pagamento di un corrispettivo adeguato per l'utilizzazione dell'infrastruttura aeroportuale comune (diritto di infrastruttura) e di un altro corrispettivo (diritto di concessione) per l'esercizio di una attività lucrativa organizzata.

8.3 *Gli obblighi di separazione contabile: l'influenza della direttiva n. 200/52/CE sulla trasparenza nelle relazioni finanziarie.*

Al fine di prevedere meccanismi di apertura al mercato quanto più possibilmente concorrenziali, la direttiva n. 96/67/CE – all'art. 4 - subordina l'accesso dei prestatori di servizi e dei *self-handler* al rispetto di rigidi obblighi di separazione contabile in relazione alle diverse attività da essi esercitate.

Ciò al fine di rendere trasparente la loro situazione contabile e smascherare l'eventuale presenza di sussidi alle attività di assistenza a terra o *self-handling* che si incrociano e si mischiano con ricavi scaturenti da altre attività²⁴⁸.

²⁴⁸ Tale obbiettivo è, "inseguito" in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 6.3 che impone, a partire dal 1° gennaio 2001, che nel mercato sia in ogni caso presente almeno un prestatore di servizi "puro", non controllato, cioè, né dall'ente/società di gestione, né da vettori aerei detentori di quote superiori al 25% del traffico merci o passeggeri transitante per l'aeroporto in cui vengono erogati i servizi di cui trattasi.

Un tale principio è affermato con maggiore determinatezza nei confronti dei gestori aeroportuali – prestatori di servizi²⁴⁹.

Il legislatore comunitario, infatti, dopo averne declamato la sua portata generale esige che il verificatore indipendente – a tal fine – “*designato dallo stato membro per controllare l’effettiva separazione contabile ... verifica anche l’assenza di flussi finanziari tra l’attività dell’ente di gestione in quanto autorità aeroportuale e la sua attività di assistenza a terra*”.

Evidente la *ratio* che ha animato il legislatore nell’introduzione di tale regola: se lo Stato membro conferisce un diritto speciale o esclusivo ad un impresa che svolge più di un’attività e contestualmente non le impone obblighi di separazione contabile è facile che tale impresa sia portata ad avvantaggiarsi di tale mancanza di controlli per porre in essere sussidi incrociati tra le attività dove opera in “esclusività” o, comunque, beneficate e quelle esercitate in regime di concorrenza con altre imprese²⁵⁰.

Anche su tale ultimo versante, infatti, la concorrenza verrebbe meno nell’impossibilità per le imprese che non godono di tali diritti speciali di svolgere la stessa attività nelle medesime condizioni.

“Tracciando” l’entità del vantaggio che si è conseguito grazie al diritto speciale o esclusivo si evita che questo sia utilizzato per l’insieme dell’attività

²⁴⁹ Tale diversa intensità di affermazione del principio nei confronti degli enti gestori rispetto agli altri prestatori di servizi ha suscitato, in sede applicativa, dubbi relativamente ad ipotesi di preferenza che, in tal modo, si praticerebbero a favore dei prestatori non gestori quali ad esempio i *self-handler* che, oltre ai servizi di handling svolgono anche servizi non contemplati dalla normativa sull’obbligo di separazione. CFR., a proposito, CARBONE S.M., MUNARI F. *L’attuazione nell’ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in Dir. comm. internaz. 2000, 1, 95;

²⁵⁰ COMENALE PINTO, M., MORANDI F. *Le gestioni aeroportuali, problemi attuali e nuove prospettive* in (a cura di) COMENALE PINTO M., MORANDI F., MASALA L., *Le gestioni aeroportuali. Privatizzazione del sistema e sicurezza del Trasporto aereo*, Milano, 2005 si interrogano, in proposito, sulla possibilità di adottare una politica più restrittiva analoga a quella che in Italia, per in principali porti, è stata adottata con la L. 84/1994 che ha istituito le Autorità portuali, vietando di esercitare, né direttamente, né tramite la partecipazione in società, operazioni portuali ed attività ad esse strettamente connesse.

d'impresa e non solo, come invece si dovrebbe, a favore del servizio (di *handling*) per cui è stato specificatamente concesso.

Una tale previsione normativa, del resto, anticipa (ponendosi come “speciale” rispetto ad essa), la direttiva n. 2000/52/CE sulla “*trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche*”²⁵¹, che ha innovato la prima “*direttiva sulla trasparenza*”²⁵², introdotta dal legislatore comunitario, al fine di estendere gli obblighi di trasparenza e di separazione contabile²⁵³ in essa previsti nei confronti delle solo imprese controllate dallo stato a tutte quelle, pubbliche o private che siano, con cui lo Stato intrattenga relazioni tali da riconoscere loro un vantaggio rispetto alle concorrenti.

Il legislatore comunitario, infatti, ha preso atto che esistono situazioni complesse legate alla diversità delle forme di imprese, pubbliche e private, cui siano riconosciuti, *ex art. 86, par. 1 del Tratto*, diritti speciali o esclusivi o che siano incaricate ricevendo aiuti, *ex art. 86, par. 2 del Trattato*, della gestione di servizi di interesse economico generale, nonché della varietà delle attività che possono essere esercitate da una singola impresa e dei diversi gradi di liberalizzazione del mercato nei vari Stati membri che possono ostacolare l'applicazione delle regole di concorrenza, e in particolare dell'articolo 86 del Trattato.

Per assicurare, in quei mercati ora aperti al processo di liberalizzazione ma precedentemente caratterizzati da situazioni di monopolio, l'applicazione efficace delle regole di concorrenza, e per evitare che si verifichi lo sfruttamento abusivo di posizioni dominanti²⁵⁴ ai sensi dell'articolo 82 del

²⁵¹ Pubblicata in G.U.C.E., 29 Luglio 2000, L 193, 75

²⁵² Direttiva n., 80/723/CE del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche, in G.U.C.E., 29 luglio 1980, L 195, 35

²⁵³ Si evince dai *considerando* della direttiva che la contabilità a tal fine prevista deve essere tale da <<riportare, da un lato i prodotti ed i servizi per i quali lo Stato membro ha riconosciuto all'impresa diritti speciali o esclusivi o ha affidato all'impresa la gestione di servizi d'interesse economico generale e, dall'altro, ogni altro prodotto o servizio sul mercato dei quali opera l'impresa medesima>>.

²⁵⁴ Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, a proposito dell'abuso di posizione dominante del gestore aeroportuale e della pratica dei canoni discriminatori, v. C. Giust. 24 ottobre 2002, nel procedimento C-82/01 che ha confermato Trib. I grado, 12 dicembre 2000 in causa T-1287/98.

trattato e/o che vengano erogati aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 87 del trattato che non siano compatibili con il mercato comune, si è previsto come “*indispensabile che gli Stati membri e la Commissione abbiano accesso ad informazioni dettagliate sulla struttura finanziaria ed organizzativa interna di tali imprese, e in particolare a dati contabili distinti ed attendibili in relazione alle diverse attività esercitate da una stessa impresa*”.

In tale contesto si inserisce la direttiva in esame che, diligentemente e sia pur attirandosi critiche al riguardo²⁵⁵, ha avuto premura che gli obblighi di separazione cui si è fatto cenno venissero adottati in primo luogo nei confronti delle imprese che all'interno del mercato dei servizi aeroportuali esercitano di fatto una posizione dominante: gli enti gestori.

La direttiva, tuttavia, ha altresì previsto analoghi obblighi anche nei confronti dei prestatori di servizi aeroportuali e dei vettori. In tale operazione, però, è stata mossa da uno spirito diverso che non poteva essere quello di evitare la pratica dei sussidi incrociati ma, più semplicemente, quello di vanificare i tentativi di vendita sotto costo dei servizi di handling che potrebbero conseguire alla possibilità – di tali imprese – di finanziare i servizi di handling grazie ai proventi provenienti da altre attività non aeroportuali e da mercati contigui in cui già si trovano in posizione dominante.

Tale preoccupazione, rafforzata da interventi giurisprudenziali che si erano susseguiti in materia²⁵⁶, ha suggerito la necessità di assoggettare agli obblighi di separazione tutte le attività diverse dai servizi a terra esercitate dagli operatori aeroportuali, indipendentemente dai volumi di traffico e di fatturato estendo tale obbligo anche ai prestatori di servizi non utenti (anche a quelli, cioè, che non possono operare in regime di *self-handling*).

²⁵⁵ CFR.riflessioni contenute nella nota n. 219.

²⁵⁶ CFR.sent. 6 marzo c. riun. 6 e 7/73 *Commercial Solvens Corp. c. Commissione*, in Racc. I-223; sent. 3 ottobre 1985, C-311/84, *Telemarketing*, in Racc., 3261; sent. 6 ottobre 1994, T.-83/91, *Tetra Pak c. Commissione*, in Racc. II-762

8.4 I limiti derivanti dall'organizzazione dei servizi aerei: obblighi di servizio pubblico e organizzazione delle bande orarie (supra).

8.5 Ulteriori fattori suscettibili di impedire o condizionare l'accesso al mercato: esigenze di protezione sociale

Ulteriori ostacoli all'ingresso nel mercato dei servizi di handling aeroportuale sono rappresentati dalle esigenze di salvaguardare, innanzitutto, il mantenimento dei livelli occupazionali.

L'argomento necessita di essere affrontato in parallelo con la normativa interna di attuazione che appare, sul punto, assai più dettagliata (ma, come vedremo, anche più ostica rispetto all'accesso dei *new comers* al mercato) rispetto alla disciplina comunitaria prevista dalla direttiva 96/67/CE.

Quest'ultima, infatti, nella disposizione di cui all'art. 18 intitolata "*Protezione sociale*" si limita ad un'esortazione di carattere generale, indirizzata agli Stati membri, e volta alla tutela dei diritti dei lavoratori nella adozione delle disposizioni di liberalizzazione dei servizi di handling aeroportuale, il decreto legislativo italiano di attuazione, n. 18/99, invece contiene sul punto previsioni diverse che hanno suscitato perplessità diffuse.

Il *casus belli* è sorto in relazione all'imposizione, prevista all'art. 14 del decreto, dell'obbligo - nei trenta mesi successivi all'entrata in vigore della normativa in esame - di "*salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore (al nuovo entrante) ... in relazione alla quota di traffico o di attività acquisito da quest'ultimo*".

Tale previsione ha inizialmente fatto insorgere l'*Antitrust*²⁵⁷ che l'ha giudicata altamente disincentivante per i nuovi operatori che intendessero intraprendere l'attività di handling²⁵⁸ e limitativa dei benefici della

²⁵⁷ *Autorità Garante della Concorrenza e del mercato*, Parere del 19 febbraio 1998, n. 12, in *Boll.*, n. 7, 1998

²⁵⁸ Si pensi, ad esempio, all'obbligo conseguente di garantire il trattamento economico retributivo riservato precedentemente dal vecchio gestore

liberalizzazione in termini di riduzione dei prezzi e miglioramento della qualità²⁵⁹, salvo poi confermare la bontà della procedura, prevista al n. 2, dell'art. 14, che attribuisce al gestore l'individuazione del numero e dell'identità dei dipendenti da trasferire posticipando ad un secondo momento l'intervento del nuovo entrante e della rappresentanze sindacali per la verifica della correttezza della modalità di individuazione richiamate²⁶⁰.

Più vibrante è stata la censura della Commissione²⁶¹ che, invece, ne ha rilevato l'incompatibilità con l'art. 18 della direttiva in quanto, nonostante essa contemplasse effettivamente la possibilità per gli Stati membri di adottare quelle misure che risultino “*necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori*”, quelle previste dal testo italiano avevano oltrepassato abbondantemente la protezione già garantita dalla direttiva 77/187/CEE²⁶² del consiglio concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli stati relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti, o di parti di stabilimenti.

In sostanza la Commissione riteneva che l'art. 14 andava oltre quelle che sono considerate le misure ammissibili per garantire la tutela dei diritti dei lavori di cui all'art. 18 della direttiva.²⁶³

Tale clima ostile ha suggerito al legislatore italiano di intervenire, in sede di riforma della parte aeronautica del Codice della Navigazione (art. 3, ottavo comma, D. Lgs. 96/2005) sostituendo la formulazione dell'art. 14 nel senso di imporre all'E.N.A.C. “*salva restando l'applicazione di specifiche*

²⁵⁹ Un tale meccanismo avrebbe come inevitabile conseguenza quella di prescindere, nell'assolvere a tale obbligo, da valutazioni squisitamente qualitative, organizzative e di fabbisogno aziendale, per privilegiare il criterio di proporzionalità con la quota dei servizi acquisiti dall'ente gestore prescritto dal legislatore

²⁶⁰ Autorità Garante della Concorrenza e del mercato, Decisione del 29 maggio 2003, n. 12047, in *Boll*, N. 22/03

²⁶¹ Ricorso del 19 dicembre 2002, *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-460/02, in G.U.C.E., 8 marzo 2003, n. 55

²⁶² Direttiva poi modificata dalla direttiva 98/50/CE del Consiglio e codificata dalla direttiva 2001/23/CE del Consiglio del 12 marzo 2001

²⁶³ Del resto, nella pratica, non erano neanche facilmente riscontrabili in cui si erano sfruttati i possibili risvolti positivi della norma (contribuire ad una migliore offerta dei servizi aeroportuali, laddove le maestranze assorbite dal *newcomer* attraverso tali meccanismi fossero suscettibili di garantire più elevati standard di sicurezza, in ragione della maggiore professionalità vantata ed acquisita nel corso del rapporto alle dipendenze del gestore).

norme contrattuali di tutela ... senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica” l’obbligo di assicurare, nelle ipotesi di trasferimenti sopra richiamate, “l’applicazione delle misure di protezione sociale previste dalla normativa vigente, privilegiando il ripiego del personale in attività analoghe che richiedono il possesso di particolari requisiti di sicurezza da parte del personale addetto.

CAPITOLO IV

IL PROCESSO DI LIBERALIZZAZIONE NELLE INFRASTRUTTURE TERMINALI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L’ “aeroporto-infrastruttura” nel Codice della Navigazione. Le Fonti del diritto aeronautico: il riparto di competenze tra Stato e Regioni – 3. Le Istituzioni aeronautiche – 4. Il regime giuridico degli aeroporti: l’impostazione originaria del Codice della Navigazione e l’introduzione delle prime forme di gestione “totale” e “parziale”. – 5. Le riforme degli anni '90: le privatizzazioni e i tentativi di consolidamento dell' esistente. La gara come sistema residuale – 6. La l. n. 265/2004 e le principali modifiche al codice della navigazione - 7. La scelta del concessionario, profili di compatibilità con la normativa comunitaria – 8. La vicenda delle concessioni aeroportuali nella prospettiva della Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato- 9. L’accesso dei privati e la concorrenza sul mercato – 10. Profili concorrenziali del rapporto di gestione Stato – concessionario. Gli investimenti pubblici. 11. Considerazioni finali sull’evoluzione della disciplina e dei controlli sugli aeroporti

1. *Premessa*

La liberalizzazione del trasporto aereo e quella dei servizi di assistenza a terra hanno fatto mutare velocemente la realtà del settore aeroportuale che, in presenza di eventi di una tale portata dirompente, si è dovuta adeguare ai processi di recupero della concorrenza allora in atto.

Una tal mutamento, che ha portato all’ingresso del capitale privato nelle società di gestione e all’allentamento delle situazioni di monopolio naturale, è potuto iniziare man mano che si è acquisita consapevolezza del ruolo “imprenditoriale” degli aeroporti e della loro importanza nel sistema di sviluppo del territorio circostante.

Fino a quel momento è infatti prevalsa una concezione unicamente “statica” dell’aeroporto come “infrastruttura aeroportuale”, lontana da quella dinamica di “bene – impresa” priva di qualsiasi riferimento normativo.²⁶⁴

Il cambiamento è rilevante: le società di gestione diventano imprese aeroportuali, con obiettivi di massimizzazione del profitto, alla stregua di qualsiasi altra impresa.

Così come ogni impresa, l’aeroporto deve essere ora in grado di gestire, pianificare e potenziare le capacità infrastrutturali, di attuare politiche promozionali e di marketing per sfruttare appieno le potenzialità e le capacità disponibili e per posizionarsi sul mercato dove attrae investimenti; così come ogni impresa diventa oggetto di osservazione della lente d’ingrandimento della Comunità ogni suo sovvenzionamento.

Prima di ripercorre le tappe che, nel nostro paese, hanno portato al cambiamento di strategia e ruolo degli aeroporti, foriero – a sua volta – di intrecci con le previsioni normative comunitarie a tutela della concorrenza, necessitano, sia pur brevemente, richiami “ricognitivi” al sistema italiano delle fonti ed ai soggetti istituzionali coinvolti in tale processo.

Sarà, solo successivamente, che verrà richiamato il percorso che ha delineato l’attuale regime giuridico degli aeroporti e delle società di gestione calati, non senza difficoltà, nel nuovo contesto normativo – concorrenziale.

²⁶⁴ È stato osservato da BALLARINO T., BUSTI S., *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, 1988, come nella normativa in esame, mancasse qualsiasi riferimento al momento gestorio dell’aeroporto;

2. *L'aeroporto - infrastruttura nel Codice della Navigazione. Le Fonti del diritto aeronautico: il riparto di competenze tra Stato e Regioni*

La nozione di “Aeroporto” è contenuta nell’art. 6 del R.D. 11 gennaio 1925, n. 356, laddove esso è definito come “*ogni località, sia terrestre che acqua, destinata anche in via temporanea alla partenza, all’approdo ed allo stazionamento degli aeromobili*”.

La definizione ha un contenuto analogo a quella di “aerodromo”, area, su terra o acqua, comprensiva di edifici, installazioni ed attrezzature e destinata ad analoga funzione, che è formulata dall’Annesso 14 ICAO ed è ripresa dal più recente “*regolamento per la costruzione e l’esercizio degli aeroporti*” adottato dall’ENAC il 30 settembre 2002.

Si deve, invece, al Piano Generale dei Trasporti del 1986²⁶⁵ la classificazione degli aeroporti in cinque categorie:

- prima categoria: comprensiva degli aeroporti continentali in cui affluisce un traffico di lungo raggio;
- seconda categoria: comprensiva degli aeroporti che ospitano un traffico internazionale (di linea o charter) di medio o breve raggio;
- terza categoria: comprensiva delle strutture che contemplano un traffico prevalentemente domestico ed, eventualmente, una limitata attività caratteristica internazionale e stagionale;
- quarta categoria: comprensiva degli aeroporti regionali caratterizzati da una breve densità di traffico effettuato con aeromobili di dimensioni contenute su rotte a bassa frequentazione per servizi aerei domestici e transfrontalieri;
- quinta categoria: comprensiva degli aeroporti locali in cui si svolge traffico a brevissimo raggio, normalmente utilizzati per servizi di taxi aereo, per lavoro o attività sportive o di *aeroclubs*;

²⁶⁵ Approvato con decreto del Presidente del Consiglio del 10 Aprile 1986

Il codice della navigazione come modificato dal D. Lgs. 9 maggio 2005, n. 96 (di “*revisione della parte aeronautica del codice della navigazione*”), contiene l’ulteriore classificazione tra “*aeroporti statali*”, che trovano la loro disciplina agli artt. 692 e 693 c. nav. e gli “*aeroporti privati*” cui fanno riferimento gli artt. 694 e 695 c. nav.

L’art. 1 del Codice della Navigazione, dopo aver messo al primo posto tra le fonti del diritto aeronautico lo stesso codice e previsto al secondo le leggi e gli atti normativi adottati dal governo e ad esse equiparati (decreti legislativi e legge) attribuisce rilievo alle leggi regionali, emanate in virtù dell’art. 117 Cost., la cui adozione ha ricevuto forte impulso a seguito della riforma degli enti territoriali locale attuata attraverso le ll. nn. 59 e 127 del 1997 (*c.d. Leggi Bassanini*).

In relazione a tali novità legislative, che hanno attuato il decentramento di funzioni e compiti alle Regione ed agli enti locali in coerenza con l’art. 5 Cost. e con il *principio di sussidiarietà*, espresso dall’art. 4, comma 3, lett. a), della L. 59/97²⁶⁶, si è determinato un problema di riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Mentre, infatti, con riferimento al settore aeronautico, all’inizio si è provveduto a delegare alle Regioni unicamente le funzione ed i compiti amministrativi in materia di servizi aerei che operino dei collegamenti esclusivamente nell’ambito di una regione e dei servizi elicotteristici, a seguito della riforma costituzionale del 2001, non si è inserita la materia del trasporto aereo tra quelle contemplate dal nuovo art. 117.

Ciò tuttavia, non deve far pensare ad una competenza esclusiva delle regioni: innanzitutto numerosi interventi legislativi statali trovano la loro giustificazione in funzioni e materie rimesse alla competenza esclusiva e concorrente dello Stato (concorrenza, ambiente, reti di trasporto).

²⁶⁶ Tale legge, nel prevedere che deve essere la comunità o l’ente più vicino al cittadino a provvedere ai bisogni di quest’ultimo e, solo in caso di inerzia o insufficienza strutturale di questi, attribuisce la competenza all’ente gerarchicamente superiore, ha ricompreso nell’ambito della delega alle regioni i compiti di programmazione in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse locale e regionale.

La normativa vigente riserva, inoltre, allo stato, in materia di funzioni amministrative, i compiti relativi ai servizi di trasporto pubblico locale di interesse nazionale: tali sono tutti i servizi di trasporto aereo (eccezion fatta per quelli delegati alle regioni ai sensi della L. 59/97) in cui spetta, altresì, allo Stato la definizione di standard e prescrizioni tecniche in materia di sicurezza (sicurezza del volo e funzione dell'Enac).

Quanto al settore aeroportuale la materia aeroportuale va ora intesa come materia a competenza ripartita con riferimento alla quale spetta allo Stato stabilire i principi fondamentali, mentre resta riservata alla Regioni l'introduzione delle norme di dettaglio²⁶⁷.

Non si fa alcuna distinzione tra aeroporti di interesse nazionale e non. Non è chiaro, tuttavia, l'effettiva portata di tale competenza concorrente laddove, in tale settore, vi sono rilevanti profili riconducibili alla competenza esclusiva dello stato (dogane, protezione dei confini nazionali, tutela della concorrenza) sia pur gestiti perifericamente.

Quanto al riparto delle funzioni amministrative, invece, allo Stato sono riservate la programmazione, costruzione, ampliamento e gestione dei soli aeroporti di interesse nazionale; alle regioni e agli enti locali quelle relative ad aeroporti di interesse non nazionale.

Ai fini di una chiara delimitazione delle rispettive competenze ostacoli, derivano, tuttavia, sia dalla mancata individuazione, in sede normativa, dei criteri e delle procedure per la identificazione degli scali di interesse nazionale che, ulteriormente, dalla partecipazione delle Regioni e degli enti locali al capitale delle società aeroportuali²⁶⁸.

²⁶⁷ COMENALE PINTO M., MORANDI F. *Le gestioni aeroportuali, problemi attuali e nuove prospettive*, in (a cura di) Comunale Pinto M., Morandi F, Masala L. *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005

²⁶⁸ SIRIANNI G. *Gli aeroporti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

3. *Le istituzioni aeronautiche italiane*

Le principali responsabilità politiche e competenze amministrative in materia sono devolute ai Ministeri delle Infrastrutture e Trasporti²⁶⁹, ai sensi del d.lgs. n. 300/1999 ed al suo interno, in particolare, alla Direzione Generale dell'aviazione civile, o anche Dipartimento dell'Aviazione Civile, che ha compiti di analisi del mercato, intrattiene rapporti con le sedi internazionali e monitora la politica comunitaria, valuta i piani di investimento nel settore e supporta il Ministro nell'attività di vigilanza, indirizzo e controllo nonché nella definizione di tariffe, tasse e diritti aeroportuali.

In tali delicati compiti, il Ministero è coadiuvato dall'Ente Nazionale per l'aviazione Civile, l'*ENAC*, cui sono attribuite mansioni - in precedenza svolte da una pluralità di enti pubblici – sia in materia aerea che prettamente aeroportuale.

Esso esercita²⁷⁰: a) compiti di controllo sull'accesso al mercato e di regolamentazione tecnica dell'attività (vi rientrano l'attività ispettiva, sanzionatoria, di certificazione, di autorizzazione, di coordinamento e di controllo, nonché la tenuta dei registri e degli albi nelle materie di competenza); b) compiti di regolazione dei servizi resi agli operatori e agli utenti (tra questi, la definizione e il controllo dei parametri di qualità dei servizi aeroportuali e di trasporto aereo e l'istruttoria degli atti concernenti tariffe, tasse e diritti aeroportuali); c) compiti che attengono specificamente allo sviluppo e all'apertura del sistema aeroportuale (in particolare, razionalizzazione e modifica delle procedure attinenti ai servizi aeroportuali; regolamentazione, esame e valutazione dei piani regolatori aeroportuali, dei programmi di intervento e dei piani di investimento aeroportuale, nonché eventuale partecipazione all'attività di gestione degli aeroporti di preminente

²⁶⁹ I due ministeri, in attuazione di quanto previsto dalla norma contenuta nella legge finanziaria 2008 (art.1 comma 376 - Legge 244/2007), sono stati nuovamente accorpati dopo alterne vicende conseguenti all'avvicinarsi delle varie compagini governative.

²⁷⁰ Come si evince dall'art. 8 del d.lgs. n. 250 del 25 luglio 1997, istitutivo dell'Ente;

interesse turistico e sociale, ovvero strategico-economico); d) affidamento dei beni del demanio aeroportuale; e) compiti di coordinamento a livello nazionale e internazionale, con soggetti pubblici e privati (con l'Enav e con l'Aeronautica militare piuttosto che con enti, società e organismi nazionali e internazionali)

All'ENAC, insomma, come può ben evincersi dall'elenco appena menzionato, oltre alle tradizionali funzioni di programmazione e gestione proprie delle originarie forme di intervento pubblico nel settore, sono stati attribuiti specifici compiti di regolazione e vigilanza, nella logica di funzionamento propria di un mercato aperto e liberalizzato²⁷¹.

Una conferma ulteriore di ciò che si è appena detto va trovata nella scelta, avvenuta nel 1999²⁷², del modello istituzionale dell'ente pubblico economico il quale, com'è noto, si caratterizza tra le varie forme di organizzazione amministrativa, per essere tradizionalmente quella deputata all'esercizio di attività imprenditoriali.

L'Enac, dotato, quindi, di piena autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria, rimane comunque sottoposto all'indirizzo, vigilanza e controllo dell'autorità governativa, cui spetta: a) emanare le direttive generali per la programmazione dell'attività dell'Ente; b) stabilire gli indirizzi generali in materia di politica tariffaria; c) approvare le proposte di pianificazione e di sviluppo del sistema aeroportuale nazionale; d) vigilare che l'attività dell'Ente corrisponda ai fini pubblico-istituzionali e si attui con criteri di efficacia, efficienza, economia e sicurezza, nel rispetto delle direttive generali impartite e in conformità agli impegni assunti con il contratto di programma; e) sciogliere gli organi di amministrazione e nominare un commissario straordinario per la gestione dell'Ente in caso di gravi e reiterate violazioni²⁷³.

²⁷¹ NAPOLITANO G., *Il sistema di regolazione del Trasporto aereo*, in *Mercato e Politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo* (a cura di) Macchiati A. e Piacentino D., Bologna 2006;

²⁷² Cfr. art. 1, d.lgs, n. 250/97

²⁷³ Cfr. art. 11, d.lgs, n. 250/97

Tale potere di indirizzo del Ministero è rimasto inalterato anche nella recente novella al Codice della Navigazione, che lo ribadisce all'art. 687, pur confermandosi il ruolo di autorità di regolazione tecnica, certificazione e vigilanza, proprio dell'Enac, che - nel rispetto del contratto di programma triennale sottoscritto con il Ministero - ha acquisito, altresì, nuovi rilevanti compiti in materia di infrastrutture ed impianti aeroportuali dei quali, nelle pagine a venire, meglio si dirà

Oltre al Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture ed all'ENAC, che potremmo definire una sorta di *longa manus* di questo, la commistione cui puntualmente si assiste tra trasporto aereo e rilevanti interessi pubblici, fa sì che il Governo sia sovente presente nel settore con altri dicasteri.²⁷⁴

Una particolare funzione è svolta, infine, dal *Comitato Interministeriale per la programmazione economica* - CIPE il quale – previa istruttoria di un Nucleo tecnico di Valutazione (*Nars*) appositamente istituito presso di esso e composto da professionalità indipendenti e che colma le lacune tecniche presenti nel ministero – esercita alcune competenze regolative in materia di tariffe, contratti di programma e di servizio su tutti i settori non regolati da autorità indipendenti.

La sua natura regolatoria si è spesso rivelato per più ragioni preziosa: a) poiché il carattere trasversale delle competenze attribuisce al CIPE coscienza delle implicazioni che i provvedimenti relativi a un settore possono avere, anche come precedenti, per altri settori; b) perché la collegialità dell'organo e dell'istruttoria accresce la forza dell'amministrazione proponente e ne riduce i rischi di cattura, da parte dello Stato, a favore di altri obiettivi propri del processo di liberalizzazione²⁷⁵.

²⁷⁴ Tra questi i più presenti sono senza dubbio il Ministero dell'Economia che viene quotidianamente tirato in ballo a proposito delle sorti dell'ex compagnia di bandiera (di cui è azionista), così come il Ministero della Difesa per la presenza dell'Aeronautica Militare.

²⁷⁵ Normalmente le decisioni che sono sottoposte alla sua istruttoria sono generalmente meno «benevole», nei confronti dei soggetti regolati, rispetto al profilo ed al contenuto con cui vi sono state sottoposte

Da segnalare, quindi, l'importante attività svolta, tra gli altri enti aeronautici, dall'*Ente nazionale di assistenza al volo* – ENAV²⁷⁶ il quale fornisce i servizi di assistenza al volo in tutti gli spazi aerei di pertinenza italiana.

All'Ente competono, in particolare, l'organizzazione e l'erogazione dei servizi: a) di traffico aereo, consistenti nel servizio di controllo della circolazione aerea, nel servizio di informazione di volo, nel servizio consultivo e di allarme; b) di meteorologia aeroportuale; c) di informazione aeronautica; d) di telecomunicazioni aeronautiche; e) di radio-navigazione e radio-diffusione.

L'attività dell'Enav è regolata da un contratto di programma e da un contratto di servizio, stipulati con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il contratto di programma: a) regola le prestazioni e definisce gli investimenti e i servizi, anche di rilevanza sociale o comunque resi in condizione di non remunerazione dei costi, stabilendo i corrispettivi economici e le modalità di erogazione; b) definisce gli obiettivi e gli standard, nonché le modalità e i tempi di adeguamento, relativi ai livelli di sicurezza e di qualità dei servizi, alla produttività dei fattori impiegati, inclusi gli investimenti, ed ai rispettivi costi; c) definisce i servizi istituzionali da svolgere in proprio e quelli da concedere in appalto o in gestione a terzi; d) prevede verifiche, obblighi di adeguamento e sanzioni per i casi di inadempienza (art. 9, commi 1-3, L. 665/96).

Il contratto di servizio, che ha durata almeno triennale,; a) regola le prestazioni e definisce i servizi di rilevanza sociale che l'Enav è tenuto a erogare in condizioni di non remunerazione dei costi e ne stabilisce i corrispettivi economici e le modalità di erogazione; b) definisce altresì gli standard di sicurezza e di qualità dei servizi erogati, anche in base alla

²⁷⁶ Istituita con L. 665/1996, è una società per azioni a capitale integralmente pubblico, le cui azioni sono attribuite al Ministro dell'economia e delle finanze, che esercita i diritti dell'azionista d'intesa con il Ministro dei trasporti e della navigazione.

normativa comunitaria; c) individua le sanzioni per i casi di inadempienza. (art. 9, comma 5, L. 665/96)

Ai sensi dell'*art. 691 bis* del nuovo Codice della Navigazione, infine, l'Enav, sotto la vigilanza dell'Enac e coordinandosi con il gestore aeroportuale, disciplina e controlla, per gli aeroporti di competenza, la movimentazione degli aeromobili, degli altri mezzi e del personale sull'area di manovra e assicura l'ordinato movimento degli aeromobili sui piazzali.

La società Enav cura, altresì, la gestione e la manutenzione degli impianti di assistenza visiva luminosa (AVL) di sua proprietà.

Merita, infine, un cenno l'*Agenzia Nazionale per la sicurezza del volo*²⁷⁷ che, ai fini della garanzia della sicurezza aerea, sempre più tutelata a livello europeo, propone l'adozione di provvedimenti diretti a salvaguardare e migliorare la sicurezza del volo; collabora con l'autorità giudiziaria nello svolgimento di inchieste correlate a fatti aeronautici; monitora gli incidenti e gli indicatori di rischio emersi nell'attività di indagine.

4. *Il regime giuridico degli aeroporti: l'impostazione originaria del Codice della Navigazione e l'introduzione delle prime forme di gestione "totale" e "parziale".*

Si è detto, nella premessa del corrente capitolo, che per molto tempo ci si è limitati a guardare all'aeroporto nella sua accezione statica di "infrastruttura aeroportuale" senza sforzarsi di andare oltre e di iniziare un processo che ha portato, dopo varie tappe che saranno di seguito elencate, ad una consapevolezza "dinamica" dello stesso come "bene – impresa": l'aeroporto, infatti, è stato inizialmente concepito come un'infrastruttura strategica con implicazioni e funzioni di tipo soprattutto militari²⁷⁸ e non di tipo, si potrebbe dire, commerciale.

²⁷⁷ Istituita dal d. lgs. 25 febbraio 1999, n. 66;

²⁷⁸ Significative, al riguardo, erano le competenze in materia del ministero della Difesa, poi ridefinite dalla l. n. 141/1963, art. 1.;

Lo stesso Codice della Navigazione, come riferito in precedenza, mantiene distinta la disciplina degli aeroporti civili istituiti dallo Stato da quella che riguarda gli aeroporti privati: i primi rientrano nel demanio aeronautico e sono, naturalmente, aperti al traffico civile potendovi approdare, sostare e partire gli aeromobili privati, corrispondendo i diritti d'uso fissati in via amministrativa (artt. 692, 700 e 701 del codice); i secondi sono permessi e sottoposti a controlli pubblici di vario genere.

In ogni caso, a prescindere cioè dal carattere pubblico o privato, l'aeroporto aperto al traffico civile è tenuto a restare in esercizio in modo continuativo e a essere accessibile a tutti gli aeromobili.

È l'amministrazione, comunque, che definisce le condizioni di costruzione dell'aeroporto, ha poteri di direzione, vigilanza e repressione, assume su di sé l'onere principale della attività aeroportuale, istituendo o acquisendo la proprietà di un'impresa aeroportuale mentre i privati si possono affiancare per integrare l'azione pubblica, soggiacendo a controlli di qualità e quantità tali da lasciar presumere un effetto omologante rispetto alle gestioni pubbliche.

Ne deriva che il codice tratta in modo assai limitato le possibili vicende dell'impresa pubblica aeroportuale, appunto perché i modi della gestione sono assorbiti dal fatto dell'appartenenza allo Stato.

E non deve confondersi la possibilità (prevista all'art. 694 del Codice) di concedere ai privati il suolo o singoli beni compresi nel demanio aeronautico per svolgere attività legate al traffico aereo (ad esempio, per costruire o impiegare aviorimesse; art. 694) come un'iniziale figura di concessione di servizio pubblico: la concessione, infatti, qui è da intendersi in senso proprio avendo ad oggetto beni produttivi di cui l'imprenditore aeronautico fa uso nella sua attività²⁷⁹.

²⁷⁹ FONDERICO G., *Il regime giuridico degli aeroporti*, in Mercato e Politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo (a cura di) Macchiati A., Piacentino, D. Bologna 2006;

In sede di adozione del Codice, quindi, era difficilmente ipotizzabile una gestione degli aeroporti pubblici ad opera di imprese private o di società a capitale misto con partecipazione pubblica.

La forte connotazione internazionale delle infrastrutture aeroportuali, l'incremento del traffico aereo²⁸⁰ e le implicazioni di carattere commerciale di questi, l'incalzare delle dinamiche del mercato deregolamentato hanno tuttavia, imposto politiche di adeguamento delle infrastrutture che non facessero perdere (almeno del tutto) il passo rispetto agli altri aeroporti internazionali.

L' "*aeroporto come impresa*" è il nuovo, grande cambiamento che prende a registrarsi nell'ultimo decennio quale effetto di tale preoccupazione: esso, infatti, trae origine dalla consapevolezza della necessità di disporre di imprese aeroportuali che fossero capaci non solo di gestire le esigue capacità infrastrutturali esistenti, ma, soprattutto, di pianificarle e potenziarle per il futuro; di ottimizzarne l'utilizzo attraverso idonee politiche promozionali; di diversificare e differenziare le aree di *business*; di generare introiti idonei a coprire i fabbisogni della gestione ed a sostenere le strategie di sviluppo; a conseguire livelli di redditività tali da rendere gli investimenti, e le stesse imprese, attrattive sul mercato dei capitali.

Di qui la necessità di coinvolgere nuovi investitori e di acquisire conoscenze specialistiche di cui l'impresa aeroportuale italiana era evidentemente sfornita.

È in tal modo, insomma, che si vanno, delineando, sia pur timidamente, i caratteri di una gestione aeroportuale in forme imprenditoriali.

L'impreparazione rispetto a ciò che stava avvenendo ha, tuttavia, portato a soluzioni assai "guardinghe" e confuse.

²⁸⁰ Il traffico passeggeri in Italia, nel decennio 1990 – 2000, è aumentato di una percentuale pari al 94 % ;

Dal primo punto di vista, è storia che l'impianto del codice non sia stato modificato nella sua impostazione originale se non in tempi recentissimi²⁸¹.

Lo sbandamento iniziale era, invece, riscontrabile nelle diverse forme con cui il mutamento di natura (imprenditoriale) consistente nell'affidamento (ad enti di gestione pubblici o privati) dei vari servizi aeroportuali ed in primis della gestione commerciale dei principali scali italiani, era, volta per volta, diversamente, affrontato: in talune occasioni si è fatto ricorso a leggi speciali; in altri a strumenti messi a disposizione dal codice per affrontare le situazioni caso per caso; in altri ancora, sono state le situazioni di fatto a divenire la regola della gestione.

Attraverso l'adozione di una nutrita serie di leggi speciali²⁸², ad esempio, si è provveduto ad affidare la gestione aeroportuale degli aeroporti di maggiore dimensioni.

La preferenza è stata accordata a forme di gestione c.d. "*unitaria*" (o "*totale*" nella pratica) secondo il seguente schema: lo Stato attribuisce alla direzione, organizzazione e coordinamento dei terzi (gestori) il complesso delle attività²⁸³ che interessano l'intera area aeroportuale; i terzi assumono gli oneri relativi alla manutenzione ed organizzazione dell'intera infrastruttura, collaborando alla predisposizione di nuovi piani di sviluppo e di adeguamento secondo le esigenze dei tempi.

Al di fuori delle leggi speciali, le gestioni aeroportuali sono state concesse, invece, con provvedimenti amministrativi che hanno avuto contenuto variabili.

²⁸¹ Una delle poche novità è consistita nel trasferimento al ministero dei Trasporti delle competenze che erano prima della Difesa;

²⁸² Tra le più importanti si ricordino: l'affidamento ad una società a partecipazione statale e con capitale sottoscritto dall'IRI (l. n. 755/1973 e l. n. 985/1977) per Roma; la gestione - anche qui unitaria - di una società per azioni controllata dagli enti locali (l. n. 194/1962) per Milano e le altre leggi speciali adottate per gli aeroporti di Venezia (l. n. 938/1986), Genova (r.d. n. 1803/1938 e l. n. 156/1954) e Torino (l. n. 914/1965).

²⁸³ Rimangono, ovviamente, esclusi i servizi prettamente statali di sanità, dogana, pubblica sicurezza.

Alle gestioni “unitarie” sopra viste, che coprono tutto il sistema aeroportuale, si sono così contrapposte gestioni a carattere “parziale” estese, *ex art. 694* del codice, soltanto all’aerostazione passeggeri, merci e relative pertinenze per lo svolgimento dei principali servizi aeroportuali negli aeroporti di minori dimensioni.

Le differenze tra le gestioni totali e parziali non sono, dunque, soltanto quantitative: le prime sono state attribuite con leggi speciali, perché si è ritenuto che il codice non consentisse tale genere di soluzione; le seconde, per restare negli schemi codicistici, hanno invece assunto la forma di concessione di beni produttivi (il suolo demaniale o le costruzioni ivi realizzate) ai sensi degli artt. 694-697 del Codice mentre il riferimento all’attività di gestione era totalmente omissivo.

Gli stessi disciplinari di concessione ponevano in secondo piano il servizio espletato nei siti aeroportuali, come se non si trattasse di un incarico del concedente bensì di un’attività propria del concessionario²⁸⁴

Tale modello è stato ben presto oggetto di critiche ed ha portato, come vedremo, ad un processo di definitiva trasformazione da parziale in totale delle forme di gestione aeroportuali.

5. Le riforme degli anni '90: le privatizzazioni e i tentativi di consolidamento dell'esistente. La gara come sistema residuale.

Gli anni novanta²⁸⁵ sono stati caratterizzati da un risveglio dell’interesse dei privati stimolato, oltre che dalla scarsa fiducia verso la figura dello *Stato imprenditore*, dall’ulteriore sviluppo delle infrastrutture aeroportuali, dalla crescita del trasporto aereo e dal conseguente relativo miglioramento delle condizioni di redditività, ad entrare direttamente nelle

²⁸⁴ Per un approfondimento cfr. DOMINICI D., *La gestione aeroportuale nel sistema del trasporto aereo*, Milano, 1982, 136 e 189 ss.;

²⁸⁵ Al tempo, la crisi della finanza pubblica suggeriva di diminuire l’indebitamento pubblico e dare dimensioni più efficienti alle imprese pubbliche che, nel frattempo, si erano ingigantite a dismisura;

attività aeroportuali, attraverso nuove società, ovvero ad acquisire il controllo di società pubbliche già operanti.

Ne è derivata una forte sollecitazione alla loro *deregulation* e privatizzazione²⁸⁶ da attuare attraverso modifiche nelle politiche pubbliche, insoddisfacenti in tale ottica, e profonde revisioni dell'assetto normativo e regolatorio.

Ciò spiega una prima iniziale linea di intervento, condotta lungo un percorso iniziato con l. n. 537/93²⁸⁷ ed il d.l. 251/1995²⁸⁸ e compiuto con il d.m. n. 521/1997²⁸⁹, che ha portato alla trasformazione in società per azioni degli enti gestori (laddove già non avessero tale forma) e all'abbandono della proprietà pubblica maggioritaria, nella direzione della progressiva privatizzazione²⁹⁰.

²⁸⁶ Nell'uso corrente l'espressione *privatizzazione* è riferita ad attività pubbliche aventi natura economica (è il nostro caso) ma possono esservi, anche, privatizzazioni di attività non imprenditoriali. In questo caso le attività trasferite a privati non sono economicamente autosufficienti e quindi i poteri pubblici debbono intervenire finanziando l'attività conferita. Nel caso specifico, in particolare, si tratta di privatizzazioni di soggetti – enti e non di privatizzazioni di beni, servizi o rapporti. Le privatizzazioni che caratterizzano questo periodo storico (e che seguono gli “*smobilizzi*” e la “*respirazione del settore pubblico*” degli anni 1933-1990) vengono realizzate attraverso provvedimenti di tre tipi: a) la soppressione di imprese pubbliche – organo (costituite in forma di organo o articolazione dello Stato o di altro ente pubblico che attraverso un proprio organo esercitano, non in misura prevalente ma sussidiaria, un'attività imprenditoriale) e l'attribuzione delle relative attività a società per azioni; b) la trasformazione di imprese pubbliche – enti (imprese pubbliche ordinate in forme di ente in cui l'attività economica è, invece, prevalente se non esclusiva e la cui attività viene sottoposta interamente al diritto privato) in società per azioni; c) la trasformazione di imprese pubbliche – organo in imprese pubbliche – enti con previsione di successiva trasformazione in società per azioni a partecipazione statale (es. le Poste). Riflessioni contenute in CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, III ed., 2004, Bari pp. 117-170 al quale si rimanda per un approfondimento. In argomento si v. : IRTI N., *Il diritto della transizione* in *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni* in *Giur. Comm.*, 2001, 1, 465 ss; BONELLI F., *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2002, 8.

²⁸⁷ Reca *interventi correttivi di finanza pubblica*, è stata pubblicata nel Supp. Ord. n. 121 alla G.U., 28 aprile 1993, n. 303.

²⁸⁸ Pubblicato in G.U., 29 giugno 1995, n. 150

²⁸⁹ Intitolato *Regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 13 della L. 24 dicembre 1993, n. 537 con cui è stata disposta la costituzione di società di capitali per la gestione di servizi e infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dalla Stato*, è stata pubblicata in G.U., 9 aprile 1998, n. 83

²⁹⁰ L'art. 2 del citato regolamento precisa che le società di gestione aeroportuale dovranno essere costituite esclusivamente sotto forma di società di capitali, secondo la disciplina del codice civile, cui potranno partecipare, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, le regioni, le province, i comuni e gli enti locali, nonché le camere di commercio.

Il secondo passo ha riguardato la definitiva sistemazione dei rapporti concessori esistenti, da formalizzare – come previsto dal d.l. n. 251/1995 – con atti rilasciati con decreti dei Trasporti e del Tesoro previa valutazione dei programmi di intervento presentati dalle società di gestione.

La legge qui introduce una prima significativa innovazione sulla disciplina del codice della navigazione, prevedendo espressamente l'istituto della concessione del servizio aeroportuale (*art. 1, co. 1-quater*)²⁹¹.

I termini di entrambi gli interventi sono, quindi, precisati dalla disciplina regolamentare del D.M. n. 521/1997 che ha stabilito le norme di attuazione dell'articolo 10, comma 13 della legge n. 537 del 1993 affrontando le materie degli affidamenti concessori e della trasformazione della natura delle concessioni in essere in maniera unitaria e funzionale con quelle della trasformazione societaria dei gestori e della privatizzazione delle società aeroportuali.

In base a tali norme: l'affidamento in concessione, che può avere una durata massima di quaranta anni (in relazione alle valutazioni formulate sui contenuti del programma di intervento), è disposto con decreto del Ministro dei trasporti, di concerto con i Ministri del tesoro, delle finanze e dei lavori pubblici ed ha per oggetto la progettazione, lo sviluppo, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e l'uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali, comprensivi dei beni demaniali costituenti il sistema aeroportuale.

La concessione è condizionata alla sottoscrizione del contratto di programma e delle convenzioni, che dovranno regolare, tra l'altro, i rapporti tra le società e le pubbliche amministrazioni relativamente alla disponibilità

²⁹¹ Le gestioni aeroportuali rientrano nelle condizioni di monopolio naturale e, dunque, di monopolio legale nella forma di concessione di pubblico servizio. Per l'accesso ad esse il modello concorrenziale utilizzato, tra le due diverse forme indicate supra alla nota n. 9, la *concorrenza per il mercato* che può prendere due diverse vie: (i) la concorrenza per l'affidamento della concessione e (ii) la concorrenza per l'acquisizione della proprietà o del controllo del soggetto che sia già affidatario della concessione. Per un approfondimento v. SEBASTIANI M. *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: assetti istituzionali e conflitti tra obiettivi*, in (a cura di) COMENALE PINTO M., MORANDI F., MASALA L., *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005, pp. 135 ss.;

degli spazi inerenti l'espletamento dei compiti istituzionali, anche ai fini della determinazione dei relativi canoni di utilizzo.

La scelta del socio privato di maggioranza è stata rimessa a un procedimento concorrenziale, con un limite minimo di partecipazione pubblica del 25 %.

L'affidamento della concessione avviene in modo “unitario”²⁹² e di preferenza ai gestori già attivi - a qualunque titolo lo siano, anche precario - e solo in subordine con gare a evidenza pubblica ex d.lgs. n. 158/1995; la gara diventa, insomma, una soluzione residuale, cui far ricorso laddove l'amministrazione non preferisse una domanda ritenendola rivolta a usi “*di più rilevante interesse pubblico*”.

La struttura e il contenuto del rapporto concessorio sono stati ulteriormente precisati in una circolare dei Trasporti (n. 12479 AC/1999), dove si trovano schemi di convenzione, contratto di programma, programma di intervento, piano degli investimenti, piano economico finanziario.

I vari passaggi sono stati compiuti soltanto in parte: mentre, infatti, la trasformazione degli enti di gestione e la cessione ai privati delle quote di capitali è stata in certi casi completata ed in altri comunque avviata, è rimasto a lungo incompiuto, invece, il progetto di sistemazione dei rapporti concessori.

È toccato, pertanto, prima ad un d.l. – n. 67/1997 – prevedere una disciplina di raccordo che autorizzasse i titolari di gestioni parziali (anche precarie) alla «*anticipata occupazione del demanio aeroportuale*», vincolando la destinazione dei relativi diritti percepiti agli interventi

²⁹² COMENALE PINTO, M., MORANDI F. in (a cura di) COMENALE PINTO, M., MORANDI F. MASALA L. *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005, fanno risalire la “normalità” di questa scelta anche alla necessità di garantire, in materia di diritti aeroportuali, i principi di congruità rispetto ai costi, trasparenza e non discriminazione su cui si fondava la proposta di direttiva del Consiglio del 20 giugno 1997. Per un approfondimento su modelli di organizzazione della struttura aeroportuale v. ROMANELLI T., *Il vigente sistema normativo aeroportuale italiano nel rapporto con la disciplina antitrust*, in atti del convegno *Il nuovo ruolo dell'aeroporto cit.* 3,6; MASTRANDEA G., *La gestione aeroportuale nella riforma dell'aviazione civile*, in *La liberalizzazione dell'attività di assistenza aeroportuale a terra*, pubblicato su Air Press raccolta 1999 e su "Studi in ricordo di Gabriele Silingardi";

indifferibili e urgenti; e successivamente ad una direttiva del Ministero dei Trasporti (n. 141-T/2000) consentire per una durata limitata e sulla base di una valutazione sommaria del piano finanziario, affidamenti temporanei destinati ad essere assorbiti dagli (eventuali) affidamenti definitivi.

L'Enac, nella prima fase di applicazione del d.m. 521, ha concluso convenzioni definitive per gli affidamenti totali soltanto per le gestioni di Napoli, Firenze e Bari.

Nel 2001, l'ente di regolazione ha sottoscritto convenzioni triennali con i restanti gestori parziali - approvate dal ministero con l'invito a procedere con gli affidamenti quarantennali - ma poi non ha compiuto le valutazioni utili all'affidamento definitivo.

Nel 2003 - anche per i rilievi mossi dalla Corte dei Conti²⁹³ - il ministero ha abrogato la direttiva n. 141/T (atto di indirizzo del 21 maggio 2003).

L'Enac avrebbe perciò dovuto svolgere una nuova istruttoria per l'affidamento delle convenzioni a titolo definitivo. Nel frattempo, i gestori interessati sono stati retrocessi alla condizione "parziale" o comunque "precaria".

6. *La l. n. 265/2004 e le principali modifiche (e conferme) alla parte aeronautica del Codice della Navigazione*

Il quadro normativo ha trovato un sostanziale consolidamento con il d.l. n. 237/2004²⁹⁴ e con la legge di conversione n. 265/2004²⁹⁵, che in parte hanno disciplinato direttamente la materia aeroportuale ed in parte hanno

²⁹³ Corte dei Conti, *Relazione sul risultato del controllo sulla gestione finanziaria dell'Ente nazionale per l'aviazione civile del 2002*, Roma, 2003

²⁹⁴ Recante *"Interventi urgenti nel settore dell'aviazione civile"*, è stato pubblicato nella G. U. del 10 settembre 2004, n. 213, 2004;

²⁹⁵ *"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 settembre 2004, n. 237, recante interventi urgenti nel settore dell'aviazione civile. Delega al Governo per l'emanazione di disposizioni correttive ed integrative del codice della navigazione"* è stata pubblicata nella G. U. del 10 novembre 2004, n. 264, 2004

delegato al governo la riforma delle disposizioni aeronautiche del codice della navigazione, così dando una formulazione definitiva all'art. 704 del Codice che disciplina l'affidamento delle gestioni aeroportuali.

Il d.l. n. 237 e la l. n. 265 hanno in primo luogo rinforzato i poteri di vigilanza, sui gestori aeroportuali, da parte dell'Enac che dovrà integrare nelle convenzioni di concessione le discipline delle verifiche periodiche sui requisiti del concessionario e sugli impegni assunti da quest'ultimo, le sanzioni e le altre cause di decadenza o revoca della concessione nonché le disposizioni necessarie alla regolazione ed alla vigilanza e controllo del settore (*d.l. n. 237/2004, art. l-bis*).

Non è stato, invece, possibile rinvenire nella delega contenuta nella l. n. 265/2004, che ha consentito al governo di ridisegnare la parte aeronautica del codice della navigazione, puntuali indicazioni per la specifica materia aeroportuale: sicché quelli che sono stati introdotti con i successivi d.lgs. n. 96/2005 e 151/2006 si sono rivelati più che altro provvedimenti di sistemazione e riordino di interventi legislativi precedenti.

Il nuovo testo del codice conferma, in primo luogo, lo schema della concessione aeroportuale - già adottato dalle leggi speciali e poi disciplinato con la l. n. 537/1993, e il d.l. n. 251/1995 - che diviene la modalità normale di esercizio degli aeroporti statali²⁹⁶.

I compiti espressamente attribuiti al concessionario sono quelli di amministrazione e gestione ma essi non si esauriscono in tali attività perché non si esclude che a questo possano spettare attribuzioni ulteriori (in particolare, l'art. 705, *co. 1*, considera l'affidamento di "altre attività")²⁹⁷.

²⁹⁶ Cfr. il par. successivo;

²⁹⁷ DI PALMA P. *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice delle navigazioni: le concessioni aeroportuali*, in (a cura di) SANDULLI A., *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice delle navigazioni*, Milano, 2006, p. 29. Il gestore totale viene richiamato come l'ente cui le disposizioni normative o regolamentari nazionali affidano, assieme ad altre attività, il compito di amministrare e gestire le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori presenti nello scalo, riconoscendolo quindi come soggetto responsabile dell'efficienza ed operatività dello scalo nell'ambito dei poteri di vigilanza e polizia comunque spettanti all'Enac ed agli organi dello Stato.

Il codice, come si vedrà successivamente, riproduce anche l'obbligo di selezionare il gestore tramite evidenza pubblica (art. 704), con l'eccezione dei titoli già rilasciati e dei procedimenti in corso sulle istanze dei gestori “parziali” (art. 716, co. 2).

La definizione degli strumenti di vigilanza è definita soltanto nelle grandi linee sicché, seguendo il modello definito dal d.l. n. 237/2004 (art. 1-bis), le discipline di dettaglio andranno incorporate nelle convenzioni di concessione (art. 704, co. 5).

Quanto alla disciplina degli aerodromi privati (su cui si dirà meglio *infra*), la nuova normativa apporta un significativo alleggerimento rispetto all'originario testo del codice: le sole attività soggette ad autorizzazione dell'Enac, infatti, sono la realizzazione e l'ampliamento degli impianti (art. 694), mentre l'apertura al traffico civile, così come gli atti di disposizione della struttura, sembrano rientrare tra le facoltà generali dell'imprenditore autorizzato, salva la valutazione tecnica di idoneità da parte dell'Enac.

7. La scelta del concessionario, profili di compatibilità con la normativa comunitaria

Il nuovo testo del codice, quindi, conferma, in termini di principio, l'obbligo di scegliere il concessionario “*all’esito di una selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, con idonee forme di pubblicità*”.

Allo stesso tempo, tuttavia, ricorrendo ad una deroga collocata forzatamente²⁹⁸, in una disposizione sull'inquinamento acustico, fa salve (rendendole impermeabili alle disposizioni del primo e secondo comma dell'art. 704) le concessioni già rilasciate, anche in base a legge speciale, nonché i procedimenti di rilascio della concessione già iniziati (più

²⁹⁸ L'aggiunta è stata disposta in accoglimento di una condizione posta nel parere della IX Commissione della Camera, giustificata per «una fondamentale esigenza di certezza normativa e di salvaguardia dei diritti acquisiti [...]» (seduta del 4 maggio 2005).

precisamente, originati da istanze presentate antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, ai sensi del DM 521/1997).

Bene, il *favor* del legislatore verso il mantenimento ed il consolidamento dei rapporti già esistenti (si precisa che tali procedimenti devono concludersi entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo ed è previsto anche un potere ministeriale di sostituzione, in caso di inerzia, ad opera di un commissario *ad acta*) ha suscitato, in dottrina²⁹⁹, dubbi circa la coesistenza dell'affidamento diretto di cui si è detto e la circolazione dell'impresa aeroportuale in un sistema concorrenziale e liberalizzato.

In particolare, poco o nulla si è obiettato³⁰⁰ in riferimento ai titoli già rilasciati, indipendentemente dalle modalità con cui sia avvenuto l'affidamento originario.

Si è, anzi, osservato³⁰¹, come l'introduzione tardiva della gara incontrasse un limite nella più generale esigenza di preservare la credibilità dello Stato nel mantenimento degli impegni assunti (ciò ancor più nei confronti di operatori privati che, in funzione di quegli impegni, hanno pagato un prezzo).

Diverso, tuttavia, è stato il giudizio sul rinnovo o sull'automatica trasformazione delle gestioni precarie, le quali, anche ai fini del diritto comunitario, vanno considerate alla stregua di nuove concessioni.

A favore di una soluzione alternativa, rispetto a quella dell'affidamento diretto, militano infatti varie ragioni di opportunità ma soprattutto di compatibilità con l'ordinamento comunitario.

Sotto il primo profilo, si è rilevato che definendosi in sede di affidamento della concessione le linee di crescita dell'aeroporto ed assumendosi impegni che sono rigidi nel tempo, almeno dal lato del

²⁹⁹ FONDERICO G., *Il regime giuridico degli aeroporti*, in Mercato e Politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo (a cura di) Macchiati A., Piacentino, D. Bologna 2006

³⁰⁰ FORMICA G., *L'industria aeroportuale italiana tra incertezze del passato e sfide del futuro* in Mercato, Concorrenza e regole, Milano, 2, 2007;

³⁰¹ SEBASTIANI M., *Le gestioni aeroportuali tra Stato e mercato*, in «L'Industria», n. 3, 2004, Milano;

concessionario, omettere le gare vuole dire precludersi, o quantomeno rinviare, il confronto sulle soluzioni organizzative, i piani di sviluppo etc. laddove, invece, tale confronto sarebbe di aiuto anzitutto per il regolatore, che dovrebbe trovarsi più a suo agio nel comparare offerte concorrenti invece che nel valutare in termini assoluti la sola proposta del gestore³⁰².

Più in generale, si è osservato³⁰³ come la previsione di un obbligo di procedura concorsuale può essere utile, a seconda dei casi, “*a prevenire frodi e corruzione, a ridurre la spesa pubblica, ad incrementare i ricavi delle dismissioni, a garantire la concorrenza nel e per il mercato*”.

A queste ragioni di opportunità si possono sommare motivi formali di dubbio sulla legittimità della soluzione perseguita alla luce dei principi comunitari almeno sotto tre diversi profili: per la parte relativa alla costruzione delle infrastrutture, per quella attinente alla gestione delle infrastrutture esistenti e con riferimento alla prestazione dei servizi aeroportuali.

Quanto alla prima questione, a fronte degli impegni di costruzione cui il gestore aeroportuale è stato storicamente deputato³⁰⁴, la gestione dell'infrastruttura assume la funzione di corrispettivo, secondo il modello - ricorrente nei servizi pubblici - della concessione di costruzione e gestione previsto dalla Legge quadro sui lavori pubblici n. 109/94 ed oggi evolutosi nella forma del *project financing* attraverso le novelle del 1998 (l. 415/98 c.d. Merloni-ter) e del 2002 (l. 166/2002 c.d. Merloni - quater)³⁰⁵.

³⁰² Sulla mancanza di un'adeguata ponderazione dei piani di investimento nel rilascio delle concessioni quarantennali agli aeroporti di Bari, Napoli e Firenze, si cfr. la “*Relazione sul risultato del controllo sulla gestione finanziaria dell'Ente nazionale per l'aviazione civile del 2002*”, della Corte dei Conti, Roma, 2003. cit. *supra*

³⁰³ NAPOLITANO G., *Pubblico e Privato nel Diritto Amministrativo*, Milano, 2003, p. 257;

³⁰⁴ Tutte le leggi speciali di concessione dichiaravano come scopo principale quello della costruzione o della riattivazione di aeroporti statali (cfr. le già citate leggi relative agli aeroporti di Roma, Milano, Bergamo e Genova; *supra*). Lo stesso schema è stato seguito anche per talune concessioni parziali (ad esempio, Pisa e Bologna).

³⁰⁵ Il *project financing* è un'innovativa tecnica di realizzazione e finanziamento di opere pubbliche (tra cui, a pieno titolo, rientrano le infrastrutture del trasporto) che si caratterizza per il coinvolgimento dei privati nella fase della progettazione (in precedenza, appannaggio esclusivo della p.a.) e finanziamento del lavoro consentendo loro di remunerare i capitali investiti attraverso i ricavi della gestione dell'opera stessa. In tal modo il legislatore intende perseguire un duplice obiettivo: da un lato quello di alleggerire i bilanci dello Stato e degli

L'impostazione di fondo del rapporto è ancora oggi attuale: nella circolare n. 12479 AC, i piani di sviluppo e la realizzazione delle opere mantengono, infatti, un ruolo cruciale nella valutazione del concessionario (cfr. gli artt. 5 e 12 nonché l'allegato 4 dello schema di convenzione; v. anche il D.M. n. 521/1997, art. 7, *co.* 1); dall'altra parte, lo schema tariffario vigente per i servizi all'utenza prevede una componente a remunerazione degli investimenti finanziati dal gestore (art. 2.4., lett. b), 2, dell'allegato alla deliberazione Cipe n. 86/2000).

enti pubblici di almeno una parte dell'onere finanziario necessario alla realizzazione dell'infrastruttura inaugurando, così, una modalità alternativa di *Finanza d'impresa*; dall'altro, favorire il ricorso al *know-how* e alle conoscenze tecniche specialistiche dei privati nella fase ideativa e di attuazione dell'opera in modo da sopperire all'inerzia e inadeguatezza manifestata sovente dalla p.a. Come detto nel *corpus* del testo, il *project financing* costituisce l'evoluzione della Legge quadro 109/94 sui lavori pubblici, evoluzione che, positivamente, è stata attuata con le cc.dd. Leggi Merloni che hanno aggiunto, alla precedente normativa, gli artt. 37 *bis/nonies* con cui si è delineata una disciplina generale dell'istituto. In particolare, si sono individuati i soggetti abilitati a presentare proposte di realizzazione di opere pubbliche; si è regolata la procedura per il rilascio della concessione di costruzione e gestione da parte della p.a.; si sono disciplinate le società di progetto nonché le vicende del rapporto concessorio e le forme di tutela dei finanziatori (la *quater*, poi, ha ampliato il numero dei potenziali soggetti promotori abilitandovi le *Camere di commercio* e le *fondazioni bancarie*, ed ha abolito il limite temporale di durata della concessione). Le prime modifiche alle "Merloni" sono state introdotte con la c.d. *Legge comunitaria 2004* e sono conseguite alle osservazioni formulate dalla Commissione europea nella procedura d'infrazione n. 2001/2182, con cui si sono contestate all'Italia alcune difformità rispetto alla normativa comunitaria in materia di *appalti* pubblici: tali novità hanno riguardato, sostanzialmente, il contenuto dell'avviso pubblico che le Amministrazioni committenti sono tenute a pubblicare per indicare quali opere possono realizzarsi con capitali privati. Da ultimo, il Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 163/2006, in vigore dal 1° luglio 2006), ha riunito in un unico corpo le disposizioni sulla contrattazione pubblica e, negli articoli da 153 a 160 ha riscritto la disciplina nazionale del *project financing*, abrogando tutte le leggi precedenti. Tuttavia la sostanza della disciplina è rimasta pressoché identica. In Italia le maggiori aspettative di applicazione dell'istituto hanno riguardato il settore dei servizi pubblici e, soprattutto, delle infrastrutture (in quanto in possesso di caratteristiche di tipo economico – finanziario che meglio si conciliano con le aspettative dei privati e dei loro investimenti). Sia pure in ritardo rispetto alla media europea, il nostro paese negli anni novanta, ha incrementato gli investimenti in costruzioni di pubblica utilità, proprio attraverso importanti interventi di *project financing*. La prima grande opera italiana di questo genere è riconducibile proprio al tema della nostra ricerca: il "*Progetto Malpensa 2000*" operazione, promossa dalla SEA, di tipo BOOT e finanziata dallo Stato italiano, dalla Banca Europea per gli Investimenti (in quanto opera riconosciuta ad alta priorità a livello comunitario) e da altre banche nazionali mirante alla conversione di Malpensa da aeroporto minore in primo aeroporto italiano. Riflessioni contenute in ROLLI R., COMITE U., *Il project financing: tra legislazione, dottrina e giurisprudenza amministrativa. Verso tecniche di "aziendalizzazione" della pubblica amministrazione*, Roma, 2008;

Bene, l'incarico di realizzare opere pubbliche per trarne un corrispettivo richiederebbe - una volta superate certe soglie di valore³⁰⁶ - una procedura di affidamento comunitaria (v., da ultimo, il titolo III della direttiva 2004/18/Ce³⁰⁷ contenente “*disposizioni nel settore delle concessioni di lavori pubblici*”).

L'affidamento della costruzione andrebbe dunque scisso da quello della gestione e affidato con una procedura autonoma, a meno che non si prevedesse una gara unitaria per entrambe le attività.

Di questo ostacolo sembra esservi consapevolezza nel nuovo testo del codice della navigazione le cui norme, tuttavia, non solo non indicano apertamente una soluzione, ma addirittura, nella definizione del gestore aeroportuale, neanche fanno menzione della costruzione delle infrastrutture!

Vero è, come abbiamo detto, che vi è un'elencazione delle sue funzioni aperta anche ad «altre attività» (art. 705) e che è affidata all'Enac l'approvazione dei progetti relativi alle infrastrutture aeroportuali, «*ferma restando la normativa generale applicabile alla realizzazione delle opere pubbliche*» (art. 702).

Se però si vuole applicare correttamente quest'ultima normativa ed ammettere che il gestore potrebbe essere anche il realizzatore delle infrastrutture diretto o indiretto a monte dell'affidamento è più giusto che vi sia una gara.

La stessa necessità di dar luogo ad una procedura competitiva è stata avvertita anche in relazione all'affidamento in gestione di un'infrastruttura esistente sia pur per ragioni differenti da quelle appena viste.

Il punto, in questo caso, è quello di rendere coerente i meccanismi di affidamento diretto (di infrastrutture realizzate con risorse pubbliche) con le

³⁰⁶ Sul frazionamento artificioso degli appalti finalizzato ad eludere la norma sul limite dei € 100.000 per l'uso della trattativa privata v. *Consiglio di Stato, Sez. V, 9/6/2008 n. 2803*, in cui è evidenziato come il metodo della trattativa privata rappresenta una eccezione ai principi di libera concorrenza ed al rispetto della pari condizione dei potenziali interessati e dell'interesse della Amministrazione alla convenienza economica dei lavori.

³⁰⁷ Direttiva del 31 marzo 2004 relativa al “*coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*”, pubblicata in G.U.C.E. n. 134 del 30 aprile 2004)

recenti novità introdotte dalla Commissione in materia di aiuti di Stato alle imprese aeroportuali cui è stato esteso lo scrutinio preventivo *ex art. 88*.

In tale prospettiva, affinché l'affidamento sia remunerato a prezzi di mercato (e non configuri, quindi, un aiuto di stato), è necessario che l'assegnazione consegua ad una procedura trasparente e non discriminatoria.

Procedere lungo un percorso inverso costringerebbe, infatti, la Commissione a richiedere che l'assegnazione sia notificata secondo la procedura dell'art. 88 del Trattato, per essere sottoposta a un esame puntuale (sulla problematica degli *aiuti di stato alle infrastrutture aeroportuali v. infra*).

Il discorso in esame vale anche per le concessioni ancora da rilasciare o in corso *ex art. 716, co. 2*³⁰⁸: anche queste, infatti, nella misura in cui comportino l'uso di infrastrutture finanziate con risorse pubbliche, andrebbero attribuite con gara o, in alternativa, quantomeno notificate alla Commissione affinché ne valuti la compatibilità con il Trattato³⁰⁹.

In merito, infine, all'affidamento del servizio aeroportuale in quanto tale, la stella polare in materia è la consolidata posizione della Commissione in tema di concessioni di servizi, notoriamente orientata nel senso della sottoposizione alle regole di trasparenza e non discriminazione desumibili dal Trattato Ce³¹⁰.

Il codice ha implicitamente fatto propria tale impostazione, nel momento in cui ha previsto l'affidamento delle concessioni con gare a evidenza pubblica «*secondo la normativa comunitaria*» (art. 704, co. 2, da

³⁰⁸ I nuovi orientamenti della Commissione sono in vigore dalla data della loro pubblicazione, sicché rispetto a essi dovrebbe cedere la disposizione transitoria del codice sui procedimenti di rilascio delle concessioni già avviati (art. 716, co. 2).

³⁰⁹ “*Community Guidelines on Financing of Airports and Start-Up Aid to Airlines Departing from Regional Airport*”, Bruxelles, Commissione Europea, 2005. La Commissione chiede anche di adeguare i regimi di aiuto già esistenti entro giugno 2007, il che non vuole dire che le concessioni già assentite debbano essere rimesse in discussione, ma quantomeno che i relativi canoni siano proporzionati al valore delle infrastrutture messe a disposizione.

³¹⁰ Cfr. *Comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 200/C 121/02, in G.U.C.E. C 121, 29 Aprile, 2000

interpretare anche alla luce dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006³¹¹, che sembra altresì superare la norma transitoria contenuta nell' art. 716, co. 2, del codice).

Il problema è che l'obbligo di gara dovrebbe trovare applicazione anche nei confronti di proroghe o rinnovi dei rapporti già in essere che, per il diritto comunitario, dovrebbero valere come nuove concessioni *tout court*.

I giudici nazionali, invece, sono più propensi a distinzioni sottili, nate con riferimento all'ormai abrogato art. 6, co. 2, l. n. 537/1993³¹² (V. in proposito, Cons. Stato, n. 9302/2003 che da atto di una distinzione tra proroga e rinegoziazione³¹³).

La questione non è da sottovalutare alla luce della constatazione che, nel nostro caso, non sarebbe sempre applicabile neppure il principio dell'affidamento *in house*³¹⁴, visto che molte società di gestione hanno visto il loro capitale ceduto, in tutto o in parte, a privati³¹⁵.

³¹¹ Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, pubblicato in G.U. n. 100 del 2 maggio 2006

³¹² L'abrogazione è avvenuta ad opera dell'art. 23 della Legge n. 62/2005 a seguito di una procedura di infrazione promossa dalla Commissione Europea (Procedura istruttoria n. 2110/2003) che ha contestato l'uso troppo disinvolto del rinnovo - di cui all'articolo richiamato - dei contratti delle PP. AA. in scadenza al quale si è fatto ricorso per la gestione ordinaria degli appalti, specie di servizi e di forniture.

³¹³ Si veda Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 29 marzo 2003, n. 1767; Consiglio di Stato, sez. V, Sentenza del Consiglio di Stato del 31 dicembre 2003, n. 9302, con nota di N. Beccati, *Rinnovo e proroga dei contratti delle PP.AA.: la sentenza del Consiglio di Stato n. 9302/2003*, in Altalex.it, del 16.01.2004;

³¹⁴ Per un approfondimento su tale modalità di gestione dei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust si v. VESSIA F., *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Il diritto industriale*, 1/2008, Ipsoa;

³¹⁵ Si Cfr., in proposito, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 11 gennaio 2005 (proc. C-26/03) in cui si è affermato il principio secondo il quale “*nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate*”. Cfr. anche nota a sentenza di DEL LOTTO A., *Appalti di servizi: illegittimo l'affidamento diretto a società mista pubblico-privata*, in Altalex, del 4 aprile 2005. Sul tema generale delle procedure e degli strumenti selettivi “a cavallo” tra diritto pubblico e privato, si v. NAPOLITANO G., *Pubblico e Privato nel Diritto Amministrativo*, Milano, 2003 che richiama, altresì, MARZUOLI C., *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pub.*, 1995 cit. p. 425 secondo il quale “*siccome alla forma privata può corrispondere una diversa sostanza pubblica occorrono apposite disposizioni per compensare la situazione, per regolare appunto quella divaricazione*”;

8. *La vicenda delle concessioni aeroportuali nella prospettiva della Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato.*

I richiamati meccanismi di concessione sono stati oggetto dell'attenzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, in una "Segnalazione" al Parlamento del febbraio 2004³¹⁶, ha rilevato i deficit di concorrenza nel settore aeroportuale in Italia censurando, in particolare, le modalità di rilascio e di rinnovo delle concessioni nonché la durata delle stesse, ritenuta ingiustificatamente elevata e tale da contrastare con l'obiettivo di introdurre forme di concorrenza per il mercato nel settore.

L'Autorità, individua come fattore ostativo all'ingresso di nuovi operatori nel settore la mancanza di procedure concorrenziali atte a determinare i soggetti più efficienti cui affidare la gestione delle infrastrutture aeroportuali.

In particolare essa evidenzia la facilità con cui un gestore già titolare della concessione può sottrarsi alle procedure concorrenziali e stipulare una nuova convenzione con l'ENAC alla sola condizione di aver conseguito una certificazione relativa al rispetto di determinati requisiti di sicurezza.

Fa presente, invece, come *"laddove le condizioni strutturali del mercato non consentono l'efficace operare al suo interno di meccanismi concorrenziali, tipicamente nel caso di monopolio naturale, l'efficiente utilizzo delle risorse e la protezione dei consumatori [...] possono essere perseguiti attraverso la creazione di condizioni di concorrenza per il mercato"*.

CERULLI IRELLI V. *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, Relazione al 47° Convegno di studi amministrativi su "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna, 20-22 settembre 2001; GALLO C.E., *Licitazione privata e vicende della discrezionalità amministrativa in Dir. Amm.*, 1999. Per un approfondimento giurisprudenziale si v. Cons. St., sez. V, 24 dicembre 2001, n. 6383 e Cons. St., sez. V 10 giugno 2002, n. 3208.

³¹⁶ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Segnalazione/Parere AS 274 "Liberalizzazione e Privatizzazione delle Attività Aeroportuali" inviata al Parlamento in data 05/02/2004.

È evidente, insomma, il *favor* proprio anche dell'Antitrust, verso procedure di gara che prevedano criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori per il rilascio delle concessioni ancora pendenti, al fine di incentivare l'efficienza e lo sviluppo degli scali, prevedendo nel contempo meccanismi idonei a consentire un sistematico monitoraggio della attività svolta dal gestore per promuoverne l'efficacia.

L'*Authority*, contemporaneamente, si esprime a favore dell'eliminazione di tutte le forme di rinnovo automatico delle concessioni, ritenute contrastanti con l'obiettivo di migliorare l'efficienza e lo sviluppo nel settore e stigmatizza la durata delle concessioni aeroportuali, prevista dall'attuale normativa in quaranta anni.

Il legislatore ha giustificato tale previsione temporale con la necessità di consentire al gestore di attuare strategie di lungo termine e disporre di un periodo di tempo congruo alla programmazione degli investimenti e al recupero degli stessi: una durata inferiore, infatti, da un lato, indurrebbe il gestore all'utilizzo di tecniche di ammortamento finanziario qualora l'ammortamento tecnico non gli consenta di rientrare degli investimenti entro la scadenza della concessione, con conseguenti oneri aggiuntivi sugli utenti; dall'altro, fornirebbe un disincentivo alla realizzazione di nuovi investimenti tanto maggiore quanto più si avvicina la data della scadenza.

Una tale tesi, tuttavia, non convince l'Autorità: innanzitutto, è evidente che solo al momento della scadenza della concessione è possibile un confronto competitivo tra il titolare ed i potenziali concorrenti ed è altrettanto evidente che quaranta anni rendono così raro il momento della concorrenza per il mercato da vanificarla.

Inoltre, una durata così prolungata riduce la minaccia per l'*incumbent* anche perché amplifica l'effetto esperienza, ovvero quel vantaggio che l'impresa già titolare ha al momento del rinnovo della concessione sui concorrenti e che non favorisce l'ingresso nella gestione da parte di nuovi soggetti.

In dottrina si è, altresì, sostenuto che: a) il termine quarantennale per il recupero degli investimenti appare troppo esteso anche sulla base di un raffronto con altre tipologie di infrastrutture³¹⁷; b) non ha senso risolvere la questione del tempo di recupero degli investimenti prolungando la durata temporale delle concessioni, in quanto i programmi d'espansione sono per loro stessa natura un processo continuo³¹⁸; c) il valore residuo degli investimenti potrebbe essere posto a base d'asta e corrisposto al concedente nel caso di subentro di un nuovo concessionario, come previsto, peraltro, dallo stesso Codice novellato.

9. *L'accesso dei privati e la concorrenza sul mercato*

Al di là di ciò, va rammentato che la disciplina vigente già oggi consentirebbe, comunque, un certo grado di concorrenza sul mercato.

Questa possibilità sarebbe praticabile anche in un regime di riserva di attività, qualora si evitasse di concentrare in capo al medesimo gestore gli aeroporti che, per collocazione geografica, si possano trovare in competizione diretta: la volontà del legislatore, tuttavia, è andata sino a oggi in direzione opposta (si pensi ai «sistemi aeroportuali» di Roma e Milano, il secondo dei quali esteso di fatto anche a Bergamo).

Il regime dell'attività aeroportuale, a ogni modo, non è quello della riserva originaria; il codice lasciava sin dall'inizio uno spazio per l'ingresso diretto di imprese private e tale spazio oggi appare essersi sensibilmente ampliato.

La competizione, dunque, non deve necessariamente risolversi nella conquista dell'ufficio di concessionario pubblico.

³¹⁷ ADANI M., *Il livello di concorrenza e di apertura al mercato della gestione aeroportuale*, relazione al convegno GRIF su «Aeroporti e crescita economica: infrastrutture, mercato ed implicazioni per lo sviluppo del Paese», Roma, Università LUISS Guido Carli.

³¹⁸ DE VINCENTI C., *Non solo telecomunicazioni ed energia: i problemi della liberalizzazione avviata nella regolazione delle altre utilities*, intervento alla XIII Conferenza SIEP su «Stato o Mercato? Intervento Pubblico ed Architettura del Mercato», Pavia, Università di Pavia, 2001

Ora, infatti, i controlli sull'imprenditore privato, come abbiamo anticipato al *par. 6*, sono numericamente più limitati e in ogni caso meno invasivi.

Non è più previsto, ad esempio, il regime di tariffa per l'erogazione dei servizi aeroportuali (v., nel testo originario del codice, l'art. 704, co. 2), mentre gli atti di disposizione dell'impianto non vedono dipendere la loro efficacia dall'autorizzazione amministrativa (id. artt. 710 e 711, nel confronto con il nuovo art. 695) e la comunicazione preventiva di tali atti è solo a scopo di mera informazione, «*ai fini dell'esercizio dei poteri di vigilanza*».

Un'altra innovazione di fondo riguarda l'uniformazione, almeno per taluni aspetti, delle discipline applicabili agli aeroporti rispettivamente statali e privati.

Questi ultimi possono essere aperti al traffico civile alle stesse condizioni previste per gli impianti statali (l'idoneità al servizio) e senza più il limite della destinazione a «usi speciali» (come era previsto all'art. 709 del testo originario).

L'aeroporto privato appare equiparabile a quello statale anche per la possibilità di beneficiare della dichiarazione di pubblico interesse, da parte dell'Enac, delle opere che lo riguardano (*art. 696*).

Rimane, invece, una differente disciplina con riferimento ai poteri di vigilanza dell'Enac: il codice, infatti, evoca tali poteri in entrambi i casi ma poi li lascia in larga misura indefiniti (v., ad esempio, l'art. 695).

Per gli aeroporti statali ciò, sia pur con diverse cautele, appare coerente con il ruolo che l'imprenditore privato è chiamato a coprire, che è pur sempre quello dell'incaricato di un ufficio pubblico.

Le regole a contenuto sia condizionale che finalistico caratteristiche dei rapporti concessori - in cui lo Stato ha un interesse diretto non soltanto al modo di conduzione dell'attività ma anche ai suoi risultati - sono in genere rinviate agli atti convenzionali di disciplina del rapporto.

La disciplina primaria, per questa parte, definisce unicamente la cornice generale.

Per gli aeroporti privati, al contrario, i poteri di vigilanza dell'Enac devono trovare un fondamento sufficientemente determinato nelle funzioni legalmente previste (art. 41 Cost.).

Nella specie, tali funzioni hanno essenzialmente un contenuto tecnico (v. il d.lgs. n. 250/1997, art. 2).

Le autorizzazioni alla realizzazione dell'impianto privato e alla sua apertura al traffico civile, perciò, non dovrebbe coinvolgere valutazioni sulla bontà del programma industriale o sull'entità e la tipologia di domanda da soddisfare.

L'Enac dovrà limitarsi ad accertare l'idoneità e l'affidabilità tecnica dell'aeroporto.

Nello stesso senso deve essere inteso il richiamo ai poteri di vigilanza che accompagna l'obbligo di comunicazione preventiva degli atti di disposizione dell'aeroporto.

L'Enac potrà intervenire, in occasione di tali vicende, nei limiti dei suoi poteri di verifica sulla funzionalità e sulla sicurezza dell'impianto aeroportuale.

10. *Profili concorrenziali del rapporto di gestione Stato - concessionario. Gli investimenti pubblici.*

Ritornando, invece, agli aeroporti statali, una prospettiva d'analisi utile alla nostra indagine è quella avente ad oggetto il rapporto Stato - concessionario, nei confronti del quale l'Amministrazione esercita sia le funzioni di proprietario/concedente dell'infrastruttura sia quelle di regolatore dei servizi resi all'utenza.

Il primo profilo interessa in questa sede.

Come proprietario, in passato, lo Stato si è fatto carico della gran parte degli investimenti in ammodernamenti e ampliamenti; la situazione attuale, invece, propone problematiche diverse.

Il gestore spesso provvede in proprio e tale eventualità del resto trova richiami sia nella deliberazione Cipe n. 86/2000 che prevede ora un'apposita voce per computare i nuovi investimenti (parametro K) e al contempo esclude che possa essere considerato in tariffa l'ammortamento degli investimenti finanziati dallo Stato, sia nella circolare del Ministero dei Trasporti n. 12479 AC (all. 4, scheda A) che, nel richiedere che il piano degli investimenti indichi le fonti di copertura, prevede tra queste l'autofinanziamento alla pari dei contributi in conto capitale e dei prestiti con ammortamento.

Si è osservato, però, come il passaggio alle gestioni totali non sia coinciso con il ritirarsi dei finanziamenti pubblici (v. ll. n. 135/1997; 194/1998; 166/2002; oltre ai programmi operativi comunitari per le infrastrutture «portuali», il tutto elencato in Corte dei conti (cit. *supra nota* 257)³¹⁹.

Non poteva, pertanto, non sorgere – con riferimento a tali interventi statali – il problema della loro compatibilità con i limiti provenienti dall'ordinamento comunitario soprattutto alla luce dell'inversione di tendenza messa in atto dalla Commissione in materia di aiuti aeroportuali.

La posizione originaria, espressa inizialmente negli “*Orientamenti per il settore dell'aviazione*”³²⁰ del 1994 e ribadita in recenti decisioni³²¹, consisteva in una indifferenza al tema degli aiuti al settore aeroportuale, considerati irrilevanti, ex artt. 87 e 88 del Trattato nel caso in cui non comportassero trattamenti di favore per singole linee aeree.

³¹⁹ Cranfield University, Air Transport Group, *Study on competition between airports and the Application of State Aid Rules*, abbastanza chiara nell'osservare «*Even at Rome Fiumicino, which handled approximately 26 million passengers in 2000, 55% of funding for capital expenditure in 2000 was secured from the Italian government*», 2002, I, cap. 5.3.1.

³²⁰ Pubblicato in G.U.C.E., C 350, 10 dicembre 1994

³²¹ Ancora nella Decisione *Charleroi/ Ryanair* del 2004, la Commissione ha ritenuto che parte degli aiuti corrisposti possono risultare compatibili con il mercato comune nella misura in cui consentono di sviluppare e valorizzare le infrastrutture aeroportuali secondarie, che sono attualmente sottoutilizzate e che costituiscono un costo per la collettività. Una sostanziosa parte di tali incentivi, pari circa al 70%, sono a tal fine considerati *una tantum* legittimi in quanto aiuti all'avviamento di nuovi collegamenti aerei che favoriscono una migliore utilizzazione degli aeroporti regionali.

Il principio è valso per tutti i comparti del trasporto³²² nel momento in cui è stato possibile accertare che l'accesso alle infrastrutture è stato aperto a tutti i potenziali utenti in base a criteri oggettivi e non discriminatori.

L'*outing* di Bruxelles è conseguito alla constatazione che gli aeroporti, divenuti veri e proprie imprese, esercitano - congiuntamente ad alcune funzioni a carattere pubblicistico - un ruolo marcatamente commerciale e operano, almeno in certa misura, in concorrenza tra loro.

La sottrazione dal regime di controllo ex art. 88 del Trattato, perciò, non può più trovare giustificazione, quando è diretto a singoli aeroporti, a prescindere che vi siano o meno vantaggi differenziali per specifiche linee aeree e pur continuando ad essere, in astratto, ipotizzabile la possibilità che azioni per la costruzione o lo sviluppo di infrastrutture siano classificabili come misure generali di politica infrastrutturale insuscettibili di provocare distorsioni concorrenziali.

Tale inversione di tendenza, espressa per la prima volta nel "*Documento di consultazione sugli Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti*"³²³, con alcuni aggiustamenti, ha trovato formalizzazione nelle "*Community guidelines on financing of airports and start-up aid to airlines departing from regional airports*"³²⁴.

³²² Cfr., *ex multis*, punto 42 del Libro Verde sui porti e sulle infrastrutture marittime, cit.; Decisione della Commissione relativa all'aiuto NN 109/98 – United Kingdom, Manchester Airport, cit.; Decisione della Commissione relativa all'aiuto N815/A/99 – Italia, cit.; Decisione della Commissione del 20 dicembre 2000 (SG(2000) D/ 109423), Aiuto di Stato N 755/1999 – Italia (Provincia autonoma di Bolzano). Aiuto per il trasporto combinato; Decisione della Commissione relativa all'aiuto N 58/2000 –Italia, cit..

³²³ Commissione Europea, "*Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici per l'avvio di attività delle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali*", Documento di consultazione, Bruxelles, 2005;

³²⁴ Commissione Europea "*Community guidelines on financing of airports and start-up aid to airlines departing from regional airports*", Bruxelles, 2005;

11. *Gli aiuti di Stato al settore aeroportuale nella prospettiva della Commissione Europea*

L'intervento della Commissione, finalizzato a soddisfare le pressanti richieste di una regolazione esplicita dei finanziamenti pubblici degli aeroporti e lo *start-up* di nuove linee aeree³²⁵, ha avuto come riferimento prevalente, quegli aeroporti che, essa stessa, (al punto 11 degli Orientamenti del 2005) classifica come regionali³²⁶: ciò, nella consapevolezza che esiste competizione non solo fra le grandi piattaforme internazionali, ma anche fra gli *hubs* ed i grandi aeroporti regionali (i quali, peraltro, contendono traffico pure al trasporto terrestre).

Le linee guida, infatti, sono rivolte a precisare in che modo le regole di concorrenza debbano applicarsi anche ai diversi tipi di finanziamento degli aeroporti (sez. 4) e agli aiuti pubblici di ampliamento concessi alle compagnie aeree operanti sugli scali regionali (sez. 5)³²⁷.

Il principio delineato è quello dell' "*investitore privato*" per cui i finanziamenti pubblici che, considerate le previsioni di profitto, sarebbero stati effettuati anche da un investitore privato non sono giudicati aiuti e lo Stato può erogarli alla pari di qualunque altro soggetto che intenda valorizzare le infrastrutture di sua proprietà.

I finanziamenti che invece non soddisfino il test dell'investitore privato vanno esaminati alla luce degli artt. 87 e 88 del Trattato Ce mediante e

³²⁵ Uno dei fattori alla base dell'emanazione delle linee guida in esame è sicuramente la Decisione della Commissione del 12 febbraio 2004 concernente i vantaggi concessi dalla regione Vallonia e da Brussels South Charleroi Airport alla compagnia aerea Ryanair in relazione al suo insediamento a Charleroi (2004/393/CE), in GUCE L 137, del 30 aprile 2004, 1 e ss..

³²⁶ Gli "*Orientamenti*" dettano una nuova classificazione degli aeroporti individuandone quattro categorie: la prima, denominata A, comprende i c.d. grandi aeroporti comunitari, con un traffico di passeggeri superiore ai dieci milioni di unità all'anno; la categoria B, invece, raccoglie i c.d. aeroporti nazionali, con un volume di passeggeri all'anno compreso fra cinque e dieci milioni; la classe C è costituita dai c.d. grandi aeroporti regionali, che servono annualmente da un milione ai cinque milioni di passeggeri; infine, la categoria D si riferisce ai c.d. piccoli aeroporti regionali, con meno di un milione di passeggeri ogni anno

³²⁷ INVERNIZZI R. e SANDULLI M.A., *Trasporti Aerei ed Aeroporti* in (a cura di) CHITI M.P. e GRECO G., *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., 2007, p.2048

sottoposti a controlli procedurali e sostanziali, volti a verificare le ragioni dell'intervento e il suo impatto sul mercato comunitario.

Con riferimento agli indici in base ai quali la Commissione effettua una tale indagine una prima scrematura, di carattere tendenziale, è operabile sulla base della nuova classificazione degli aeroporti richiamata alla nota *n.* 283 di questo paragrafo³²⁸; inoltre, essendo il mercato delle infrastrutture aeroportuali economicamente connesso a quello dei servizi aerei, anche i criteri di selezione delle compagnie aeree possono essere impiegati quali elementi sui quali valutare l'assetto concorrenziale del primo mercato³²⁹.

Requisito essenziale per la configurabilità di un aiuto di Stato ex art. 87, co. 1, Tratt. CE è la natura imprenditoriale dell'attività sovvenzionata: restano, quindi, escluse dall'ambito di applicazione della norma in questione le attività che costituiscono esercizio dei poteri pubblici dello Stato (sicurezza, polizia, dogane e controllo del traffico aereo)³³⁰, a patto che eventuali finanziamenti ad esse devoluti siano limitati alla compensazione dei costi dalle stesse prodotti e non siano sviati per la sovvenzione di altre attività aventi natura economica³³¹.

Gli Orientamenti della Commissione distinguono, poi, tre categorie di attività che possono essere interessate da finanziamenti: la realizzazione di

³²⁸ Secondo gli Orientamenti della Commissione le misure aventi ad oggetto aeroporti appartenenti alle prime due categorie costituiscono, in linea di massima, aiuti di Stato idonei a falsare la concorrenza e ad incidere sugli scambi fra Stati membri, mentre quelli diretti ai piccoli aeroporti regionali non rientrano, sempre in linea di massima, nella categoria degli aiuti di Stato.

³²⁹ Si guarda, ad esempio, al tipo di clientela interessata, alla natura dei servizi aeroportuali forniti, al livello di congestione e alle condizioni dell'area ove l'aeroporto sorge, come l'esistenza di accessi di superficie, la popolazione residente e l'attività economica, al livello dei diritti aeroportuali riscossi per l'utilizzazione delle infrastrutture e dei servizi (stante il rischio che il finanziamento pubblico sia volto a mantener basso il suddetto livello, a discapito degli scali concorrenti).

³³⁰ Corte di Giustizia, 19 gennaio 1994, in casua C-364/92, *Fluggelshaft/Eurocontrol*

³³¹ Cfr., *ex plurimis*, C.G.C.E. 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Calì & Figli - .Servizi Ecologici Porto di Genova*, in *Racc.*, 1997, I-1547; Decisione della Commissione del 19 marzo 2003 (C(2003) 797 fin), Aiuto di Stato N 309/2002 – *France, Sûreté aérienne – compensation des coûts à la suite des attentats du 11 septembre 2001*; Decisione della Commissione del 16 ottobre 2002 (C(2002) 3763 fin), Aiuto di Stato N 438/2002 – *Belgique-België, Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique*.

infrastrutture ed impianti aeroportuali in senso stretto o di supporto diretto³³², lo sfruttamento delle infrastrutture aeroportuali, comprese la loro gestione e manutenzione, ed i servizi aeroportuali.

Di tali categorie, già commentate - sotto altro profilo - al par. 7, interessano, in questa sede, le prime due.

Con specifico riferimento alla prima delle suddette attività, traendosi spunto e rinviandosi ai criteri elaborati in sede comunitaria con riferimento alla vendita di terreni o fabbricati ed alla privatizzazione di imprese³³³ (considerati, tendenzialmente, applicabili anche al settore in esame) la Commissione afferma non essersi in presenza di *aiuti di Stato* se tali operazioni sono realizzate al prezzo di mercato, all'esito di una "*procedura di offerta aperta, incondizionata, non discriminatoria, sufficientemente pubblicizzata e tale da garantire la parità di trattamento dei potenziali candidati*".

Al contrario, si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 87, Tratt. CE, in assenza di gara pubblica per l'assegnazione delle infrastrutture, oppure nel caso di discrepanza ingiustificata fra il prezzo al quale l'infrastruttura è stata venduta ed il recente corrispettivo per la sua costruzione, dal quale potrebbe dedursi un illegittimo vantaggio per il suo acquirente.

Quanto, invece, allo sfruttamento delle infrastrutture aeroportuali già esistenti, affinché la sua assegnazione ad altro gestore non configuri un aiuto di stato, è richiesto il rispetto di alcune condizioni di tipo economico – finanziario e contrattuale.

³³² Si tratta, rispettivamente, di piste, terminali, aree di stazionamento, torre di controllo aereo, e di impianti antincendio, attrezzature per la sicurezza della navigazione aerea e per la protezione contro atti ostili. Sono, al contrario, escluse dall'ambito di applicazione degli Orientamenti del 2005 tutte quelle attività commerciali che sono considerate non direttamente connesse alle "attività di base" né propriamente afferenti al settore del trasporto (ad es.: costruzione, finanziamento, utilizzazione e locazione di spazi e beni immobili nell'area aeroportuale, per uso ufficio, magazzinaggio, alberghiero o industriale, oppure negozi, ristoranti e parcheggi. Le attività summenzionate sono, quindi, soggette alla disciplina specifica.

³³³ Cfr., rispettivamente, Comunicazione della Commissione relativa agli elementi di aiuto di Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità, in GUCE C 209, del 10 luglio 1997, 3 e ss., e COMMISSIONE EUROPEA, *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza*, 1993, punti 402 e ss.

Dal primo punto di vista è necessario il versamento, da parte del gestore, di un canone di affitto che corrisponda al valore di mercato e tale da riflettere il costo della nuova infrastruttura e la sua durata d'uso.

Da quello contrattuale, è richiesto che le nuove infrastrutture supplementari risultino strettamente connesse allo sfruttamento di quelle esistenti e che sia salvaguardato l'oggetto del contratto iniziale del gestore, laddove in quest'ultimo non fosse compreso lo sviluppo dell'infrastruttura aeroportuale³³⁴.

Non costituiscono, altresì, aiuti di Stato le compensazioni erogate con riferimento ad attività che, seppur aventi natura economica, sono qualificabili come servizi di interesse economico generale³³⁵ a condizione che siano ottemperati i requisiti richiesti in relazione al caso concreto.: il beneficiario deve essere effettivamente incaricato di obblighi di servizio pubblico esplicitamente e chiaramente definiti, espressamente stabilite, secondo parametri oggettivi, devono essere le modalità di determinazione della compensazione (così avviene nell'ipotesi di oneri di servizio pubblico di cui si è detto, *supra*, al Cap. II).

Qualora, invece, la misura rivesta effettivamente natura di aiuto di Stato, essa potrà rientrare nelle deroghe stabilite dagli artt. 86, secondo comma, e 87, terzo comma, Tratt. CE, oppure da discipline settoriali specifiche³³⁶.

In particolare, per quanto concerne il finanziamento per la costruzione o adeguamento di infrastrutture, è richiesto che l'intervento corrisponda ad un obiettivo di interesse generale chiaramente definito, in rapporto al quale l'infrastruttura sovvenzionata risulti essere necessaria e proporzionata.

³³⁴ Punto 60 degli Orientamenti.

³³⁵ Secondo gli Orientamenti (punti 34 e ss.), in casi eccezionali le autorità pubbliche possono configurare come servizio di interesse economico generale la complessiva gestione dell'aeroporto. In tale caso, tuttavia, questa non dovrebbe comprendere le summenzionate attività, aventi natura commerciale, di cui al punto 53.iv degli Orientamenti.

³³⁶ Quale, ad esempio, la Comunicazione della Commissione *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale* del 1998, come successivamente modificata ed integrata (in GUCE C 74, del 10 marzo 1998, 9 e ss.) e la Comunicazione della Commissione *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale 2007-2013* del 2006 (in GUCE C 54, del 4 marzo 2006, 13 e ss.).

Ciò può avvenire nel caso in cui la finalità perseguita con le sovvenzioni consista nell'adeguare l'impianto alle prescrizioni in materia di sicurezza; nonché nell'ipotesi in cui la misura intenda perseguire lo sviluppo di una regione isolata ed economicamente svantaggiata³³⁷.

L'infrastruttura, infine, deve offrire prospettive soddisfacenti d'uso a medio termine, in particolare in relazione all'utilizzo degli impianti già esistenti³³⁸ ed è necessario che essa sia aperta a tutti i potenziali utenti in modo paritario e non discriminatorio.

In tali casi la misura concessa non deve alterare lo sviluppo degli scambi in contrasto con gli interessi della Comunità: ciò avviene quando la rete dei trasporti della regione ove è situato lo scalo beneficiato sia scarsamente sviluppata e, dal punto di vista geografico e merceologico, il mercato presenti uno scarso livello di concorrenza, tale che l'intervento non sia in grado di produrne alterazioni significative³³⁹.

11. Considerazioni finali sull'evoluzione della disciplina e dei controlli sugli aeroporti

Il nuovo codice della navigazione segna un punto di arrivo nel processo che ha visto lo Stato uscire dall'impresa aeroportuale facendo ergere la concessione di servizio pubblico a modello normale di gestione e sviluppo dell'aeroporto.

Tale evento formalizza una situazione che nei fatti già era affermata ma che - nell'incertezza giuridica e nella precarietà dei rapporti - aveva visto

³³⁷ Decisione della Commissione del 16 maggio 2006 (C (2006) 1843 final), Aiuto di Stato NN 21/2006 – *United Kingdom. City of Derry Airport*, punti 53 e ss..

³³⁸ La condizione in questione è rispettata, ad esempio, qualora il finanziamento sia diretto a permettere sia un migliore utilizzo dell'aeroporto complessivamente considerato sia il futuro sviluppo dello stesso in conformità con le crescenti esigenze dell'area sulla quale insiste.

³³⁹ Decisione della Commissione relativa all'aiuto NN 21/2006 – *United Kingdom*, cit., punti 61 e ss..

confondersi compiti e responsabilità, con conseguenze gravi sullo sviluppo e sulla competitività degli aeroporti³⁴⁰.

Il codice, tuttavia, mantenendo l'impianto della legislazione precedente con riferimento alla trasformazione delle concessioni - da parziali sui beni a totali sull'attività - e al regime preferenziale accordato ai gestori esistenti, dà vita ad una soluzione che presenta degli inconvenienti gravi nell'immediato e nasce comunque precaria.

Il confronto concorrenziale per la scelta del concessionario avrebbe, come più volte detto, offerto informazioni utili per l'attività di regolazione e consentito di indirizzare in modo innovativo i piani di sviluppo delle infrastrutture e delle gestioni: le privatizzazioni dei capitali delle imprese - ammettendo che si completino e che seguano procedure concorrenziali - potranno correggere solo in parte gli eventuali difetti dell'impostazione originaria.

La conferma delle gestioni attuali, oltre a essere inopportuna, potrebbe essere messa in discussione in tempi brevi perché, come si è visto, il diritto comunitario solleva limiti di diversa natura

Le amministrazioni di regolazione dovrebbero perciò seriamente considerare la compatibilità degli affidamenti diretti con il quadro normativo complessivo, non soltanto con quello definito dal codice, disapplicando la norma interna laddove si dovesse rilevare il contrasto con il diritto comunitario.

Se, poi, non si volesse giungere a una soluzione così drastica, vi sarebbe la strada della notifica ex art. 88 del Trattato per la verifica sull'eventuale esistenza di aiuti di Stato³⁴¹.

³⁴⁰ CLO' A., *Concorrenza e sviluppo nel sistema aeroportuale italiano*, in "L'industria", n. 3, Milano, 2004;

³⁴¹ Rispetto alla quale, peraltro, la Commissione, nelle guide linea sul finanziamento agli aeroporti (cfr. *supra*, par. precedente) ha espressamente affermato di operare «*Without prejudice to the obligations deriving from the rules and principles applicable to public procurement and concessions*».

CONCLUSIONI

Il lavoro che precede è stato condotto nell'ambito di un settore che, per molto tempo, è stato trascurato dal dibattito scientifico nonostante la sua riconosciuta rilevanza ai fini dello sviluppo e della competitività del paese.

Nell'orientarci lungo un tale (districato) percorso ricognitivo ci si è resi conto: da una parte, dell'incertezza delle regole; dall'altra, del lento dispiegarsi della concorrenza.

Il perché di una tale duplice presa d'atto è facilmente spiegato ove si tiene conto della presenza – ingombrante - nel settore aeroportuale di un'azione pubblica che, nel corso degli anni, ed anche dopo la traumatica introduzione della *deregulation*, si è caratterizzata per la sua confusione, instabilità e scarsa credibilità delle scelte, e per l'affermazione, incondizionata e costante, degli strumenti della regolazione rispetto agli esiti del mercato rimasto soffocato nelle sue spontanee dinamiche d'apertura.

Della regolazione sono sembrati da stigmatizzare, innanzitutto, gli assetti istituzionali: macchinosi, elefantiaci, incerti, incoerenti, ambigui, inidonei ad assecondare istanze di sviluppo e tutela dell'utenza.

In molti, pertanto, hanno visto – di fronte ad una tale situazione - nella creazione di un'Autorità Indipendente dei Trasporti un provvidenziale strumento di razionalizzazione e chiarificazione del sistema istituzionale³⁴².

Si è constatato, infatti, come lo Stato esercitasse, indifferentemente e contemporaneamente, ruoli diversi: azionista, concedente, investitore, regolatore, garante di interessi collettivi e diffusi, spesso configgenti.

La mancanza di un tale punto di riferimento ha condotto, come si è avuto modo di vedere nel corso del testo, ad un intervento suppletivo dell'*Autorità Garante della Concorrenza del Mercato* che, sia pur puntuale e spesso risolutivo, ha finito, tuttavia, con l'aumentare l'incertezza degli

³⁴² La proposta, senza fortuna, è stata fatta per la prima volta nel 1995, sotto il Governo Dini, dal Ministro Caravale.

operatori, favorendo comportamenti opportunistici tradottisi, sistematicamente, nel mancato rispetto delle regole di cui erano destinatari.

L'indipendenza potrebbe, invece, servire: a) a soddisfare legittime istanze di certezza del diritto, assecondando l'interesse degli operatori a confrontarsi con istituzioni forti, credibili nell'imporre le regole e nell'assicurarne l'esecuzione, nonché ispirate alla logica del dialogo e della partecipazione allargata ai processi decisionali; b) rendere più efficiente e snello il processo regolatorio; c) sensibilizzare verso obiettivi di promozione del mercato e diffusione della concorrenza.

L'attuale vicenda "Alitalia" che, sancendo la dismissione del controllo azionario pubblico dovrebbe portare – per come previsto dalla l. 474/94 – alla creazione obbligatoria di autorità indipendenti nel campo delle *utilities*, nonché le continue sollecitazioni degli organi comunitari nella direzione di creare tali organismi, suggeriscono ora un'accelerazione verso la costituzione di tale Autorità.

Lo sforzo riformatore, tuttavia, non deve limitarsi ai soli aspetti istituzionali ma deve anche portare alla semplificazione dell'intero quadro normativo e ad una programmazione che privilegi: la promozione degli investimenti, una scelta più convinta a favore del privato e, più di tutto, l'apertura del mercato.

Nel testo abbiamo osservato come sia auspicabile l'utilizzo di procedure trasparenti e non discriminatorie per l'assegnazione delle concessioni di gestione ben oltre i limiti angusti in cui la circoscrivono le attuali disposizioni del Codice.

Nella stessa prospettiva si colloca anche l'auspicio di una riduzione del termine quarantennale di durata del titolo.

Si è ben consci, ovviamente, che tali soluzioni non siano ottimali e che molte delle condizioni che la concorrenza per il mercato esige (elevato numero di concorrenti, possibilità per il banditore di scrivere un contratto completo, equilibrio nelle posizioni di partenza) sono spesso impossibili da ottenere.

Tuttavia la concorrenza per il mercato offrirebbe, comunque, un minimo di incentivo addizionale all'efficienza (da parte dell'*incumbent*) che sarebbe illogico trascurare e consentirebbe, quantomeno, di estrarre informazioni ulteriori rispetto a quelle ricavabili dal semplice confronto chiuso tra vettore storico e regolatore.

Una tale situazione risulta, inoltre, complicata o quanto meno non agevolata dagli attuali assetti di *governance* degli scali italiani che risultano estremamente eterogenei: i pochi scali a prevalente partecipazione privata (Roma, Napoli, Venezia e Firenze), infatti, convivono - in analogia a quanto avviene in gran parte dell'Europa - con la moltitudine di gestioni a controllo pubblico maggioritario o integrale.

Da più parti, si è sollecitata, tuttavia, una scelta più convinta a favore delle privatizzazioni: l'esistenza di un incentivo privato al profitto risulta, infatti, senz'altro funzionale a contesti di mercato sempre più dinamici e competitivi, nei quali la qualità del servizio - ancor più del prezzo - costituisce leva critica del successo.

La scelta di puntare sul privato trova anche fondamento nel sempre più sollecitato (da parte degli organi comunitari) contenimento della spesa pubblica a fronte (delle carenze infrastrutturali) di un'industria abituata a vivere di elargizioni statali, spesso erogate a pioggia e senza un minimo di pianificazione e monitoraggio sui risultati³⁴³.

In Italia, in particolare, l'opzione per il privato - suggellata dall'*“Operazione CAF”* - consentirà anche di sciogliere le residue contraddizioni tipiche di un settore pubblico che, da un lato, ha un ovvio interesse a proteggere le sue imprese (e le loro rendite) e, dall'altro, si propone di tutelare le istanze dell'utenza.

In tale prospettiva, di fronte, cioè, alla conseguenza di rendere l'onere d'investimento una pertinenza quasi esclusiva del gestore, oltre alla (già

³⁴³ Nonostante l'appello della Corte dei Conti al ridimensionamento dei finanziamenti statali, essi rimangono ancora molto generosi: tra 1997 ed il 2004 lo Stato ha finanziato investimenti per complessivi 74 milioni di euro, ai quali vanno aggiunti i 616 milioni provenienti da Bruxelles.

richiamata) maggiore certezza del quadro giuridico – istituzionale³⁴⁴, si appalesa come imprescindibile il ricorso a forme nuove di investimento che si fondino sulla più efficace condivisione del rischio tra settore pubblico e privato o tra diversi operatori privati (si pensi al *project financig* cui si è fatto riferimento nel testo).

Grosse perplessità suscita, poi, il meccanismo di assegnazione degli *slot* che trova oggi una boccata d'ossigeno nei recenti orientamenti della Commissione che, nella su menzionata *Comunicazione del 30 aprile 2008 (COM-2008-227)*, ha posto una parola d'ordine a favore del loro commercio c.d. secondario.

È chiaro, tuttavia, come una soluzione del genere possa apparire isolata ed ininfluente ove continuasse a permanere, non scalfito, il meccanismo di allocazione primaria degli *slot*.

Ad esempio, una parziale e progressiva sottrazione dei diritti detenuti a titolo di *grandfathering* e una successiva riassegnazione tramite procedure concorrenziali – per lo più basate su meccanismi d'asta – assicurerebbe l'assegnazione ai vettori che ad essi attribuiscono maggior valore o che sono in grado di farne l'uso più efficiente.

Necessario, ancora, appare ripensare - in ottica di razionalizzazione -il sistema degli aiuti pubblici agli aeroporti, nel senso di assicurarne una preliminare verifica in termini di razionalità economico-finanziaria e di impatto distorsivo sulla concorrenza (in linea, peraltro, con i più recenti orientamenti comunitari in materia).

A tutto ciò si aggiunga, infine, l'auspicio di una maggior trasparenza nelle condizioni praticate dai gestori, che ponga il consumatore nella condizione di poter confrontare ed operare, pertanto, scelte più consapevoli³⁴⁵.

³⁴⁴ Che da questo punto di vista, significano urgenza di iniziative in grado di assicurare la sistemazione dei rapporti precari, una più chiara definizione delle competenze istituzionali in materia di investimenti, una trasparente definizione delle modalità con cui le spese in conto capitale sono ammesse in tariffa.

³⁴⁵ Primi apprezzabili interventi in tal senso si trovano nel c.d. pacchetto Bersani (si pensi al divieto di pubblicizzare tariffe aeree nette, non comprensive, cioè, dell'ammontare degli

In definitiva, insomma, le più recenti evoluzioni competitive sollecitano una progressiva riformulazione del ruolo della regolazione e l'abbandono di schemi concettuali tradizionali nella direzione: da un lato, di restringere gli spazi dell'intervento pubblico correttivo; dall'altro, di sollecitare maggior sensibilità verso istanze di promozione del mercato e della concorrenza.

Si vedrà nel prossimo futuro se, nel mercato domestico, l' "*Operazione CAP*" abbia avuto come effetto quello di rinsavire esperienze monopolistiche fin'ora sopite o, piuttosto, quello di affrontare e vincere la sfida della concorrenza che il mercato lancia.

Una più oculata distribuzione delle risorse (soprattutto nei mercati collegati) ed una politica pubblica, chiara e convinta, che non oscilli tra la tutela della concorrenza e la protezione di rendite consolidate, appaiono – tuttavia – non più differibili.

oneri aeroportuali). Scelte ancor più incisive (ad esempio, una separata e chiara evidenziazione delle singole componenti del prezzo del biglietto) sarebbero parimenti auspicabili

BIBLIOGRAFIA

- AEA *Statistical Yearbook* [2005], Bruxelles;
- ADANI M. [2006], *Il livello di concorrenza e di apertura al mercato della gestione aeroportuale*, relazione al convegno GRIF su «Aeroporti e crescita economica: infrastrutture, mercato ed implicazioni per lo sviluppo del Paese», Roma, Università LUISS Guido Carli.
- AMATO G. [1992], *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*;
- AMATO G. [1998], *Il potere e l'antitrust*, Bologna;
- ANTONINI A. [2002], *La slot allocation: problemi giuridici*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, in ricordo di Gabriele Silingardi, Milano;
- ARAGIUSTO M. [2006], in *Dinamiche della concorrenza*, Padova;
- ARRIGO U., GIURICIN A. [2006], *Gli effetti della liberalizzazione del trasporto aereo ed il ruolo delle compagnie Low cost, un confronto Usa – Europa*, in occasione della XVII conferenza della Società Italiana di Economia Pubblica, Pavia;
- ASCARELLI T. [1960], *Teoria della concorrenza e beni materiali*, Milano;
- BAILEY E.E., [1986] *Deregulation, causes and consequences*, Scienze, 234;
- BALDASSARRE A. [1971], *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano;
- BALLARINO T., BUSTI S. [1988] *Diritto Aeronautico e spaziale*, Milano;
- BARONE G., BENTIVOGLI C. [2006], *Il trasporto aereo in Italia: ancora un caso di liberalizzazione incompiuta?* in *Mercato concorrenza regole* / a. VIII, n. 1;
- BELLAN P.G. [1998], *L'assegnazione degli slot aeroportuali: problematiche giuridiche*, in AA.VV., Milano;

- BERECHMAN J. e DE WIT J. [1996], *An analysis of the Effects of European Aviation Deregulation on an Airline' s Network Structure and Choice of a Primary West European Hub Airport*, in *Journal of Transport Economics and Policy*, Vol.3;
- BERTONAZZI L., VILLATA RICCARDO [2007], *Servizi di interesse economico generale* in (a cura di) CHITI M. P. - GRECO G. *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed., Milano;
- BIANCA F. [1999], *Appunti sulla natura giuridica degli slots aeroportuali*, in *Spunti di studio su: Aspetti della normativa comunitaria sui servizi aerei* (a cura di G. ROMANELLI e L. TULLIO), Cagliari;
- BISHOP M. [1999], *Microsoft sotto processo*, in *Mercato concorrenza regole*;
- BOCCHESI D., CRUSCUMAGNA T., GALDI M. [1999], *Il rilascio delle licenze di esercizio ai vettori aerei*, in *Aspetti della normativa comunitaria sui trasporti aerei*, Cagliari;
- BOGNETTI G. [1997], *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e comunitario*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova;
- BONELLI F. [2002], *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 8;
- BOITANI A [2004]. *Concorrenza e regolazione nei Trasporti*, in *Economia e politica industriale n. 124*;
- BORESTEIN S. [1992], *The evolution of US Airline competition*, in *Journal of Economic Perspectives*;
- BRUZZONE G. [1995], *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, *Temi e Problemi*, 1 (a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato);
- BUONOCORE V. [2004], *L'interesse dei consumatori e le norme antitrust*, in *Il diritto dei consumi*, II, a cura di P. PERLINGIERI e E. CATERINI, Napoli;

- BUSTI S. [1993], *La nuova disciplina comunitaria dei servizi aerei*, in *Trasporti*;
- BUSTI S. [1991], *Verso un mercato comune aeronautico*, in *Trasporti*;
- BUTTON K.J., MORRISON S.A. [1989], *Riforme della regolamentazione e loro effetti: il caso dell'aviazione civile negli Stati Uniti*, in *Economia Pubblica*, 7-8;
- BUTTON K.J, STOUGH R. [1999], *Air transport networks: theory and policy implications*, Edward Egar publishing limited, Cheltenham, UK;
- CARBONE S.M., MUNARI F. [2000], *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. comm. internaz.* 2000,
- CARLTON D.W. e J.M. PERLOFF [1997], *Organizzazione industriale*, Milano;
- CARLUCCI F. [2003], in *Trasporto aereo, Regolamentazione e concorrenza*, Padova;
- CATERINI E., PERLINGIERI P. (a cura di) [2007], *Il diritto dei consumi*, Napoli;
- CASSESE S. [2004], *La nuova Costituzione economica*, III ed., Bari;
- CESARINI V., CHIOCCI P. [1999], *Certificato di operatore aereo*, in *Aspetti della normativa comunitaria sui servizi aerei*, Cagliari;
- CERULLI IRELLI V. [2001] *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, Relazione al 47° Convegno di studi amministrativi su "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna, 20-22 settembre 2001;
- *Community Guidelines on Financing of Airports and Start-Up Aid to Airlines Departing from Regional Airport* [2005], Bruxelles, Commissione Europea;
- *Concorrenza, intese, posizioni dominanti nel diritto comunitario* [1998], in *Dig. disc. priv., Sez. comm., IV*, Torino;

- CLO' A. [2004], *Concorrenza e sviluppo nel sistema aeroportuale italiano*, in "L'industria", n. 3, Milano;
- CLARICH M. [1998], *Servizio pubblico e servizio universale* in *Dir. Pubbl.*, n. 2, Bologna;
- CLARICH M. [2005], *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna;
- CIRCI M. [1999], *L'Apertura al mercato dei servizi aeroportuali di handling* in *Giornale di diritto amministrativo* n. 11 Ipsoa;
- CONDORELLI D. [2006], *L'allocazione degli slots negli aeroporti congestionati*, in *Mercato e Politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo* (a cura di) Macchiati A., Piacentino, D. Bologna;
- COOPERS & LYBRAND [1995], *The application and possible modification of Council Regulation 95/93 on Common Rules for the allocation of Slot at Community Airports*. Final Report;
- COMENALE PINTO M., MORANDI F., MASALA L. [2005], *Le gestioni aeroportuali, privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano;
- CORSO G. *I servizi pubblici nel diritto comunitario* in *Riv. Quadr. Serv. Pubbl.*, 1999,
- CRAMPTON P.S., *Alternative approaches to competition law*, *World competition*, vol. 17, n. 3, 1994
- CRANFIELD UNIVERSITY, Air Transport Group, *Study on competition between airports and the Application of Stat Aid Rules*, [2002];
- CRISCUOLO F. [2003], *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli;
- CRISCUOLO F. [2006], *I poteri ispettivi e sanzionatori delle autorità indipendenti fra conflitti di attribuzione e garanzie procedurali*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) R. DI RAIMO e V. RICCIUTO, Napoli;

- DI PALMA P. [2006], *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice delle navigazioni: le concessioni aeroportuali*, in (a cura di) Sandulli M.A., *Il diritto degli aeroporti nel nuovo codice delle navigazioni*, Milano;
- DE FALCO V. [2003], *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova;
- DEL LOTTO A. [2005], *Appalti di servizi: illegittimo l'affidamento diretto a società mista pubblico-privata*, in *Altalex*, del 4 aprile 2005;
- DELLI PRISCOLI L. [2002], *Le restrizioni verticali della concorrenza*, Milano;
- DEMPSSEY P. S., GOETZ A.,R. [1992], *Airline deregulation and Laissez-faire Mithology*, Quorum Book, Londra;
- DENOZZA F. [1988], *Il disegno di legge antitrust: qualche problema tecnico*, in *Giur. Comm.*;
- DENOZZA, F. [1998], *Antitrust, Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna;
- DOGANIS R [1992], *The Airport Business*, London, Routledge;
- DOMINICI D. [1982], *La gestione aeroportuale nel sistema del trasporto aereo*, Milano;
- DONATIVI V. e C.L. APPIO [2004], in *Commentario diritto della concorrenza*, a cura di L.C. UBERTAZZI, Padova;
- DONATIVI V. [1996], *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano;
- FATTORI P. e M. TODINO [2004], *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna;
- FATTORI P. [2000], *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Raccolta degli atti antitrust tra diritto nazionale e diritto interno*, a cura di E.A. RAFFAELLI, Milano; 3392804426
- FERMEZZA A. [1994], *La riserva di cabotaggio aereo e ordinamento comunitario*, in *Dir. Prat. Av. Civ.*;

- FERMEZZA A. [1998], *Licenza comunitaria del vettore aereo*, in Dir. Prat Av. Civ.;
- FISHWICK F. [1986], *Definition of the Relevant Market in Community Competition Policy*, Luxembourg;
- FLAMINI A. [1999], *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli;
- FOGLIANI E. [2001], *Il leasing e la proprietà dell'aeromobile nel Codice della Navigazione*, atti del Convegno di Genova "Un nuovo codice della Navigazione", pubblicato su "Il diritto marittimo".
- FONDERICO G. [2006], *Il regime giuridico degli aeroporti*, in Mercato e Politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo (a cura di) Macchiati A., Piacentino D., Bologna;
- FORSYTH. *et al.* [2004], *The Economic Regulation of Airports*, Ashgate;
- FRIGNANI A., WAELBROECK M. [1996], *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino;
- GASPARINI CASARI V. [2000], *Il servizio universale*, in Dir.ec.;
- GALGANO F. [2004], *Diritto civile e commerciale*, 4 ed., III, Padova;
- GALLO C.E. [1999], *Licitazione privata e vicende della discrezionalità amministrativa* in Dir. Amm.;
- GIANNELLI G. [2000], *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano;
- GIARDINA A. [1991], *La concorrenza nel trasporto aereo e il problema della ripartizione delle bande orarie negli aeroporti*, in Dir. comm. int.;
- GIRARDI P., COLETTA C. [1994], *La nuova ed attuale disciplina dell'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti comunitari*, in Trasporti;
- GIRARDI P. [1993], *La terza fase della liberalizzazione del trasporto aereo in Europa: contenuti e problemi applicativi*, in Dir. Trasp.;

- GRIGOLI M. [1993], *La liberalizzazione e sicurezza nel trasporto aereo comunitario*, in *Trasp.*;
- GRISELLI C. [2000], *Slot allocation: normativa e prassi in Italia*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di Fanara), Messina;
- GUARINO A. [1994], *Disciplina della concorrenza e imprese "pubbliche": alcune riflessioni di ordine sistematico*, in *Concorrenza e mercato*;
- GUIDO V [2008]. *La natura giuridica dei diritti aeroportuali, tra giurisprudenza e legislazione* in *Diritto del Turismo*, 3, Ipsoa;
- IBBA C. [2001], *La tipologia delle privatizzazioni* in *Giur. Comm*, 1, 465 ss;
- INVERNIZZI R. e SANDULLI M. A. [2007], *Trasporti Aerei ed Aeroporti* in (a cura di) CHITI M.P. e GRECO G., *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, II ed.;
- IRTI N. [1997], *Iniziativa privata e concorrenza*, in *Giur. it.*;
- IRTI N. [1998], *L'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari;
- IRTI N. [2000], *La concorrenza come statuto normativo*, Roma-Bari;
- LASSANDRO A. [1984], *L'ordinamento del trasporto aereo internazionale*, in *Trasporti*;
- LEGA A. [2004], *La competenza esterna della Comunità in materia di trasporto aereo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*;
- LOTTINI M. (2005), *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa* in *Riv.it.dir.pubbl.com.*;
- LIBERTINI M. [1981], *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, vol. IV, Padova;
- LIJESSEN M.G., RIETVELD P. e NIJKAMP P. [2000], *Do European Carriers Dominate Their Hubs?*, in *Tinbergen Institute Discussion Paper*, n. 071/3;
- LUCIANI M. [1990], *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino;

- MANGINI V. [1995], *La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90*, in *Riv. Dir. Ind.*, I;
- MANSANI L., [1995] *La disciplina delle intese restrittive della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*;
- MANZINI P. [1998], *I principi comunitari in materia di concorrenza nella nuova disciplina del trasporto aereo*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*;
- MARIN P.L. [1995], in *Competition in European Aviation: Pricing Policy and Market Structure*, in «*Journal of Industrial Economics*», vol. 43, n. 2,
- MARLETTO G. [2006], *L'applicazione della concorrenza ai trasporti italiani: una valutazione critica*. Rapporto realizzato per Isfort, Roma;
- MARZUOLI C. [1995], *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pub.*;
- MASUTTI A. [2004], *Il diritto aeronautico, Lezioni, casi e materiali*, Torino;
- MAZZONI A. [1996], *Privatizzazione e diritto antitrust: il caso italiano*, in *Riv. soc.*;
- MENGONI L.(1997), *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*;
- MERUSI F. e PASSARO M. [2003], *Le autorità indipendenti*, Bologna;
- MORBIDELLI G. (1989), *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma;
- MOTTA M., COURTY P., FABRA N. e FUMAGALLI C. [2004], *Identical Price Categories in Oligopolistic Markets. Innocent Behaviour or Collusive Practice?*, Report for the Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;
- NAPOLITANO G. [2003], *Pubblico e Privato nel Diritto Amministrativo*, Milano;

- NAPOLITANO G. [2006], *Il sistema di regolazione del Trasporto aereo*, in Mercato e Politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo (a cura di) Macchiati A. e Piacentino D., Bologna;
- NAPOLITANO G. [2006], *Il ruolo delle Autorità indipendenti di regolazione: riflessioni e proposte*, in ASTRID, risorsa on-line (www.uilpadirigentiministeriali.com);
- NIUTTA A. [1993], *Il mercato rilevante*, in GHIDINI G., LIBONATI B. e MARCHETTI P., *Concorrenza e mercato. Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 1/1993, Milano;
- NERA – NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES [2004], *Study to Assess the effects of different Slot Allocation Schemes*, preparato per DG TREN, Commissione Europea, Bruxelles;
- NERVI A. [2005], *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*;
- NOCITO W. [2005], *Dinamiche costituzionali ed esigenze unitarie. Il regionalismo italiano come 'federalismo incerto'*, Cosenza;
- NOTARI M. M.[1996], *La nozione di "controllo" nella disciplina antitrust*, Milano;
- OCSE [1999], *A framework for the design and implementation of competition law and policy*;
- OPPO G. [1993], *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*;
- OSTI C. [1993], *Operazioni di concentrazione. Aspetti sostanziali*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, vol. I, Bologna;
- OSTI C. [1995], *Antitrust e oligopolio*, Bologna;
- PACE A. [1997], *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *La Costituzione economica* (Ferrara, 11-12 ottobre 1991), Padova,
- PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F. [1995], *Struttura di mercato e regolamentazione del traffico aereo*, Bologna;

- PALMIERI A., R. PARDOLESI [2005], *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, I;
- PAPPALARDO A. [1990], *Il regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni fra imprese*, in *Foro it.*,
- PERA A. [1998], *Concorrenza e antitrust*, Bologna;
- PERLINGIERI P. [2003], *Economia in bilico tra pubblico e privato: una formula in crisi?*, in *Il Diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli;
- PERLINGIERI P. [2003], *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *ID.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli;
- PICCIOLI C. [1996], *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (cd. legge antitrust)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*;
- PIZZINO R. [1989], *Verso la seconda fase di liberalizzazione del trasporto aereo comunitario: le proposte della Commissione CEE*, in *Dir. Comm. Int.*;
- POLO M., F. GHEZZI, D. PREITE [1997], *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A. DEL MONTE, Bologna;
- POZZI C. [1999], *Il ritiro dello slot e della serie di slot nel reg. (CEE) N. 95/93*, in *Dir. Trasp.*;
- PURELLI S. [2005], *La riforma del regolamento Cee 95/1993 per l'assegnazione delle bande orarie negli aeroporti della Comunità Europea*, in *Dir. del Turismo*, n. 4, IPOA;
- RADICATI DI BROZOLO L.G. [2001], *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino;
- RINALDI BACCELLI G. [1987], *La liberalizzazione del trasporto aereo in Europa*, in *Trasporti*;
- RINALDI BACCELLI G. [1991], *La terza fase di liberalizzazione del trasporto aereo nella CEE*, in *Dir. Prat. Av. Civ.*;

- ROLLI R., COMITE U. [2008], *Il project financing: tra legislazione, dottrina e giurisprudenza amministrativa. Verso tecniche di “aziendalizzazione” della pubblica amministrazione*, Roma;
- ROSSI DAL POZZO F. [2008], *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Bologna;
- SANTORO PASSARELLI G. [2005], *Le «ragioni» dell’impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell’orizzonte della normativa europea*, in G. Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova;
- SATTA F. [2002], Voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. del diritto*, VI aggiornamento, Milano;
- SBORDONE F. [2003], *La scelta della legge applicabile al contratto*, Napoli;
- SBORDONE F. [2007], *I corrispettivi per i servizi aeroportuali offerti in regime di «esclusiva»* in *Rivista di Diritto dei Trasporti*, Napoli;
- SGUEGLIA A. [1999], *L’aviazione civile e la liberalizzazione del trasporto aereo*, Napoli ;
- SEBASTIANI M [2005]. *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: assetti istituzionali e conflitti tra obiettivi*, Milano;
- SILINGARDI G. [1984], *Attività di trasporto aereo e controlli pubblici*, Padova;
- SILINGARDI G., MAFFEO D. [1997], *Gli slots. Il caso Italia fra esperienza statunitense e comunitaria*; Torino;
- SIRIANNI G. [2003], *Gli aeroporti*, in (a cura di) S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano;
- SIRAGUSA C. [1993], *La nozione di abuso di posizione dominante*, in *Diritto italiano antitrust*, Bologna;
- SPAGNUOLO A. [2001], *Concorrenza e deregolamentazione del mercato del trasporto aereo in Italia*, in «Studi economici», vol. 75, n. 3;

- SPOLIDORO M.S. [1995], *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*;
- TESAURO G. [2001], *Diritto Comunitario*, II ed., Padova;
- TORRICELLI S. [2007], *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano;
- TUCCI G. [1985], *Regolamentazione e contestabilità nella formulazione di una politica comunitaria per il trasporto aereo*, in *Rivista di Politica Economica*, 7;
- TUCCI G. [1998] *Fondamenti economici della de-regulation nei trasporti*, Quaderno della Scuola di Specializzazione in Economia e Politica dei Trasporti, Roma;
- TURCO E. BULGHERINI [1984], *La disciplina giuridica degli accordi bilaterali*, Padova;
- VESSIA F. [2008], *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Il diritto industriale*, 1, Ipsoa;
- VETRO' F. [2005], *Il servizio pubblico a rete*, Torino;
- VILLATA R. [2006], *Pubblici servizi, Discussioni e problemi* Milano;
- ZITO A. [1998], *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino;
- ZUCCHETTI R., RAVASIO M. [2001], *Trasporti e concorrenza: dal monopolio pubblico al libero mercato*, Egea, Milano;
- ZUNARELLI S. [2002], *Il libro bianco sui trasporti: elementi di novità e di continuità della politica dell'Unione europea nel settore dei trasporti* in *Dir. trasp.*;
- ZUNARELLI S. [2006], *Lezioni di diritto dei Trasporti*, Bologna, III ed;

