

Le sentenze del Tribunale dell'Unione sulla vicenda *Air Berlin* (cause T-240/18 e T-296/18): *to O&D or not to O&D?*

Mario Barbano (Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Genova) – 2 dicembre 2021

SOMMARIO: 1. Introduzione: la concorrenza nel settore del trasporto aereo – 2. La vicenda *Air Berlin*: la crisi del vettore e le decisioni della Commissione – 3. L'analisi secondo il criterio O&D non è sempre necessaria – 4. Le operazioni che coinvolgono vettori in crisi – 5. Possibili condotte anticoncorrenziali legate all'uscita dal mercato di un vettore – 6. Sintetiche considerazioni conclusive.

1. Con due sentenze del 20 ottobre scorso il Tribunale dell'Unione europea si è pronunciato nuovamente sulla concorrenza nel settore del trasporto aereo, affrontando il tema delle operazioni di concentrazione che coinvolgono vettori in crisi (T-240/18, [Polskie Linie Lotnicze c. Commissione e Easyjet plc](#); T-296/18, [Polskie Linie Lotnicze c. Commissione e Deutsche Lufthansa AG](#)).

Le pronunce in commento originano da due ricorsi presentati dalla compagnia aerea polacca Polskie Linie Lotnicze (di seguito: «LOT») per l'annullamento delle decisioni con cui la Commissione europea aveva autorizzato la cessione di alcuni beni del vettore Air Berlin a due operatori concorrenti (rispettivamente, Easyjet e Lufthansa). Nel respingere tali impugnazioni, il Tribunale ha avallato le tesi della Commissione, in particolare circa la definizione del mercato rilevante e il mancato utilizzo del criterio “origine e destinazione” (*Origin and Destination*, «O&D»), e ha anche fornito importanti precisazioni sulle caratteristiche concorrenziali delle bande orarie (*slots*, ossia il diritto di un operatore di utilizzare le infrastrutture di un aeroporto ai fini del decollo e dell'atterraggio ad una data e ora precise). Prima di entrare nel merito delle sentenze, tuttavia, occorre una breve premessa circa la vicenda Air Berlin.

2. Fondata da un *ex* pilota Pan Am nel 1978 come operatore *charter* da e per Berlino Ovest, Air Berlin si è progressivamente evoluta nei decenni, divenendo il secondo vettore in Germania (e il settimo nell'Unione) per numero di passeggeri trasportati (Commissione europea, 4.9.2017, [Rescue Aid in favour of Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG](#), SA.48937, punti 7-10). Nell'ultimo decennio la compagnia ha affrontato un periodo di crisi e, a partire dal 2012 è stata sostenuta finanziariamente da Etihad Airways (in qualità di

azionista di maggioranza relativa: si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 4, lett. f del Reg. (UE) n. 1008/2008 una licenza di esercizio nell'Unione può essere detenuta solo da un'impresa di cui almeno il 50% dei capitali appartenga a cittadini degli Stati membri).

Venute meno le garanzie finanziarie offerte da Etihad, nell'agosto 2017 Air Berlin ha avviato una procedura di insolvenza del tipo *debtor-in-possession* (*Eigenverwaltung* secondo l'*Insolvenzordnung* tedesca), beneficiando allo stesso tempo di un prestito garantito dal governo tedesco (EUR 150 mln per tre mesi). Tale misura è stata dichiarata compatibile con il mercato interno dalla Commissione ai sensi degli orientamenti sugli aiuti per il salvataggio (T-240/18, punti 4-5 e T-296/18, punti 7-8; cfr. Commissione europea, 4.9.2017, cit., punti 22-24; Id., [Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà](#), 2014/C 249/01).

Nello specifico, il prestito di cui sopra era finalizzato a consentire ad Air Berlin di mantenere la titolarità di certificati e licenze fino alla cessione degli *asset*, così da preservarne il valore (in particolare, le bande orarie), e garantire, nel complesso, un'uscita "ordinata" dal mercato.

Pertanto, nell'ottobre 2017 Air Berlin ha concluso due accordi: (i) con il primo, il suddetto vettore, attraverso una società controllata, cedeva a Lufthansa i contratti concernenti gli aeromobili e gli equipaggi (impiegati già in precedenza in regime di *wet lease*), nonché le bande orarie detenute in diversi aeroporti; (ii) con il secondo, altri *asset* (in particolare, gli *slots* relativi all'aeroporto Berlino-Tegel) erano trasferiti a Easyjet. Gli accordi sono stati approvati dalla Commissione con due decisioni ai sensi del Reg. (CE) n. 139/2004 (cfr., rispettivamente, Commissione, 12.12.2017, [Easyjet/certain Air Berlin assets](#), M.8633; Id., 21.12.2017, [Lufthansa/certain Air Berlin assets](#), M.8672). Si segnala, peraltro, che l'approvazione dell'accordo Air Berlin-Lufthansa, concluso in deroga all'obbligo di *stand still*, è stata subordinata all'assunzione di impegni da parte dell'acquirente (la cessione di alcuni *slot* detenuti da Lufthansa presso l'aeroporto di Düsseldorf). Una volta raggiunti gli accordi, Air Berlin ha cessato le proprie attività ed è stata dichiarata insolvente dal giudice tedesco.

3. Chiamato a pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'Unione della concorrenza delle decisioni sopra menzionate, il Tribunale è intervenuto sulla definizione di mercato rilevante, accogliendo una nuova metodologia di analisi elaborata dalla Commissione basata sulla detenzione di bande orarie.

Secondo giurisprudenza e prassi consolidate, il mercato rilevante nelle concentrazioni di vettori aerei è individuato tenendo conto della prospettiva del consumatore (sostituibilità della domanda): sono esaminate tutte le possibili alternative che un passeggero può prendere in considerazione per spostarsi da un punto di partenza ad un punto di arrivo (criterio O&D, cfr. , cfr. CG, 11.4.1989, [Ahmed Saeed Flugreisen c. Silver Line Reisebüro GmbH](#), C-66/86, punti 39-41; Trib. UE, 19.5.1994, [Air France/Commissione](#), T-2/93, punto 84; Id., 6.7.2010, [Ryanair/Commissione](#), T-342/07, punto 102; Id.,

4.7.2006, [Easyjet/Commissione](#), T-177/04, punto 56; Commissione, 9.10.2013, [Aegean/Olympic II](#), M.6796, punti 41-43; Id., 27.2.2013, [Ryanair/Aer Lingus III](#), M.6663, punti 49-54; Id., 30.3.2012, [IAG/bmi](#), M.6447, punti 31-35; Id., 27.7.2010, [United Air Lines/Continental Airlines](#), M.5889, punti 9-12; Id., 26.1.2011, [Olympic/Aegean I](#), M.5830, punti 41-44; Id., 11.2.2004, [Air France /Klm](#), M.3280, punto 9). Tra queste opzioni rientrano anche i voli diretti serviti da aeroporti vicini (sostituibilità tra aeroporti), quelli indiretti (con scalo) presso gli aeroporti interessati (purché non determinino un aumento eccessivo del tempo di viaggio), i collegamenti che prevedono l'utilizzo di altri mezzi di trasporto (come, ad esempio, il treno; in dettaglio, cfr. E. OLMEDO-PERALTA, [Market Definition and Conditions to Ensure Competition in the European Market for Air Transport Services: An Analysis of Past and Upcoming Merger Cases](#), in *Market and Competition Law Review*, vol. 4, no. 1, 2020, pp. 87-126, spec. p. 97 ss.).

In virtù di tale criterio, ciascun collegamento tra una coppia di città (*city pairs*) costituisce un mercato del prodotto separato («mercato O&D»). Una volta identificate le rotte servite da entrambi i vettori e calcolate le rispettive quote di mercato, la Commissione verifica se l'impresa risultante dalla concentrazione è in grado di acquisire una posizione dominante.

Discostandosi dalla prassi decisionale illustrata sopra, nelle decisioni *Air Berlin*, la Commissione ha preferito al criterio O&D un'analisi in forma aggregata, tale da considerare l'insieme dei collegamenti da e per gli aeroporti interessati all'interno dello stesso mercato rilevante (T-296/18, punto 18; T-240/18, punto 52).

Il Tribunale ha confermato sia la ricostruzione di fatto sia l'approccio metodologico della Commissione, escludendo che l'acquisizione degli *slot* da parte di Lufthansa e di Easyjet possa determinare un ostacolo alla concorrenza effettiva. Sotto il primo profilo, si è accertato che (i) in concreto, Air Berlin aveva cessato le attività prima del perfezionamento della concentrazione, ritirandosi da ciascun mercato O&D e, quindi, (ii) le bande orarie oggetto della concentrazione erano oramai «svincolate» dall'impiego in rotte finora servite da Air Berlin e potevano essere utilizzate per altri collegamenti in partenza e in arrivo dagli aeroporti interessati (quest'ultima circostanza, peraltro, si sarebbe verificata indipendentemente dalla concentrazione).

Sotto il profilo dell'argomentazione giuridica, il Tribunale premette che «le compagnie aeree si trovano sul lato della domanda di servizi di infrastruttura aeroportuale e sul lato dell'offerta dei servizi di trasporto ai passeggeri» (T-240/18, punto 45 e T-296/18, punto 68). Pertanto, laddove le bande orarie non siano utilizzate per una determinata rotta, occorre concentrarsi non tanto sul lato dell'offerta di trasporto ai passeggeri (ossia i singoli mercati O&D), bensì su quello della domanda di accesso all'infrastruttura (l'insieme dei mercati O&D di un certo aeroporto). Tale approccio ha delle ricadute anche sull'accertamento del potere di mercato: l'elemento discrezionale è rappresentato dalla qualificazione degli *slot* sotto il profilo concorrenziale.

Infatti, secondo il criterio O&D ciascuna banda oraria è considerata per l'uso che ne viene fatto (cioè per una rotta piuttosto che un'altra) e, conseguentemente, l'eventuale posizione dominante è accertata mediante il calcolo di quote di mercato. Invece, nel *test* adottato in *Air Berlin* - che si potrebbe definire "del detentore di slot" (cfr. L. BOLZ, *Lufthansa/Certain Air Berlin Assets: The European Commission's New Dominant Slot Holding Position Test for Assessing Market Power*, in *Annals of Air and Space Law*, 42, 2017, p. 317-340, spec. p. 327 ss.) - è la mera detenzione (e non l'uso) delle bande orarie a incidere sulla concorrenza sotto forma barriera all'entrata. In tal caso, infatti, la circostanza che l'impresa risultante dalla concentrazione detenga un numero maggiore di *slot* in un determinato aeroporto può precludere a nuovi operatori l'accesso all'insieme di mercati O&D dell'aeroporto stesso: ciò emerge con particolare evidenza nel caso di aerostazioni con un elevato livello di congestione.

Nelle pronunce in esame, peraltro, il Tribunale si premura di qualificare il "test del detentore di slot" come una deroga al più generale criterio O&D, ammissibile solo quando una delle compagnie coinvolte è, in sostanza, già uscita dal mercato (cfr. T-240/18, punti 63-64; T-296/18, punto 88).

4. La vicenda *Air Berlin* presenta una certa somiglianza con il caso *Aegean/Olympic II* (Commissione, 9.10.2013, cit.), relativo all'acquisto di un vettore in crisi (*Olympic*) da parte di un concorrente (*Aegean*): come nella concentrazione *Air Berlin/Lufthansa*, anche qui si trattava rispettivamente del secondo e del primo operatore nel mercato di riferimento (quello dei voli domestici in Grecia); allo stesso tempo, si è posta la questione del destino degli *asset* del vettore in caso di cessazione delle attività, inclusi gli *slot*. Sotto quest'ultimo profilo, occorre evidenziare che in *Aegean/Olympic II* ha trovato applicazione l'eccezione di crisi o insolvenza (c.d. *failing firm defence* - FFD), secondo cui una concentrazione che presenta possibili effetti restrittivi della concorrenza può essere comunque autorizzata sul presupposto dell'assenza del nesso di causalità: la struttura del mercato si sarebbe deteriorata indipendentemente dalla concentrazione stessa. I presupposti della teoria sono: (i) probabile uscita dal mercato di una delle imprese interessate; (ii) assenza di alternative meno anti-concorrenziali; (iii) uscita dal mercato degli *asset* dell'impresa in crisi in di assenza della concentrazione (in dettaglio, cfr. A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, 2^a ed., Milano, 2018, p. 808 ss.; OECD, 9.10.2009, [Roundtable on Failing Firm Defence - Contribution by the United States](#), DAF/COMP/WD(2009)99).

Sebbene nei casi *Air Berlin* la *failing firm defence* non sia stata eccepita, è possibile riscontrare, tra le righe delle sentenze, un richiamo a tale teoria. Infatti, secondo il Tribunale, qualora gli *slot* non fossero stati ceduti nell'ambito delle concentrazioni in esame, essi sarebbero confluiti in un fondo comune presso ciascun aeroporto coordinato (*pool*, art. 10, par. 1 Reg. CE n. 95/1993) e da qui ridistribuite ai nuovi concorrenti solo in misura del 50%. Conseguentemente, le bande orarie detenute rispettivamente da Easyjet e Lufthansa sarebbero comunque aumentate: la Commissione, perciò, ha tenuto

conto del solo aumento netto degli *slots* ai fini dei potenziali effetti preclusivi (T-240/18, punti 106-107; T-296/18, punti 112-113).

La qualità di vettore in crisi rileva, inoltre, in relazione ad uno degli ultimi motivi di ricorso esaminati dal Tribunale in ciascuna sentenza, ossia la presunta omessa valutazione degli effetti dell'aiuto per il salvataggio nell'ambito della concentrazione (T-240/18, punti 129 ss.; T-296/18, punti 158 ss.). Al riguardo, il Tribunale respinge l'argomento del ricorrente secondo cui l'aiuto avrebbe impedito a operatori più efficienti di acquistare gli attivi di Air Berlin perché non provato ed esclude che il prestito possa aver inciso sulla posizione sul mercato degli *asset* della suddetta. Quest'ultimo punto avrebbe meritato, forse, una trattazione più ampia, tenuto conto che interessa un ambito in cui l'esigenza di conservare il valore degli *asset*, propria del diritto della crisi di impresa, può entrare in conflitto con gli obiettivi propri della politica della concorrenza, prima tra tutti la necessità di garantire parità di trattamento tra imprese attive sullo stesso mercato (c.d. *level playing field*, cfr. M. MAGGIOLINO, F. GHEZZI, *Crisi d'impresa e diritto antitrust*, in *Riv. soc.*, nn. 2-3, 2011, p. 334 ss.; P. BENINTENDI, [Bankrupt in Europe: A Case Study of Three Recent Airline Insolvencies](#), in *Air & Space Law* vol. 44, n. 3, 2019, pp. 241-260). Questo tema potrebbe trovare riscontro nelle decisioni relative alla vicenda *Alitalia-ITA*, ad oggi non ancora pubblicate (cfr. Commissione, 10.9.2021, [SA.4871](#) e [SA.58173](#)).

Ad ogni modo, l'approccio di *policy* resta comunque molto diverso da quello adottato da altri ordinamenti, primo fra tutti il Regno Unito, dove la mancata previsione di un "atterraggio morbido" per i vettori Monarch (2017) e Thomas Cook (2019) ha richiesto l'organizzazione di voli di emergenza per il rimpatrio di passeggeri rimasti bloccati all'estero (cfr. S. PARKER, *Thomas Cook's collapse and airline insolvency – lessons for the UK*, in *Insolvency and Restructuring International*, vol. 14, no. 1, 2020, p. 11 ss.; T. MACEY-DARE, *If a Tree Falls in the Forest ... Shouldn't the Saplings in the Clearing Benefit?*, in *International Corporate Rescue*, vol. 15, n. 4, 2017, p. 216 ss.).

5. Da ultimo, occorre evidenziare un aspetto che resta sullo sfondo dei casi *Air Berlin*, ma fornisce un'importante chiave di lettura della vicenda: quella delle possibili condotte anticoncorrenziali legate all'uscita dal mercato di un vettore in crisi.

Il rafforzamento di un operatore all'interno di un aeroporto o di determinate rotte, infatti, può porre le premesse per future condotte di abuso di posizione dominante. Al riguardo, si osserva che poco dopo la dichiarazione di insolvenza di Air Berlin, il *Bundeskartellamt* (BKamt) tedesco aveva aperto una indagine nei confronti di Lufthansa: quest'ultima era accusata di aver ottenuto una posizione di monopolio su alcune rotte precedentemente servite da Air Berlin e di aver aumentato le tariffe in misura pari al 25-30% rispetto a quelle registrate l'anno precedente (BKamt, 29.5.2018, [Lufthansa - abusive prices](#), B9-175-17).

Ciononostante, il BKamt ha deciso di non avviare un procedimento formale sulla base di due argomenti: (i) l'ingresso di Easyjet dopo l'acquisto

di alcuni *asset* del vettore insolvente, circostanza che ha determinato il ritorno dei prezzi a livelli competitivi sulle rotte servite da entrambi; (ii) il fatto che l'aumento dei prezzi potesse trovare giustificazione diversa dalla condotta abusiva, a causa della riduzione dell'offerta determinata dall'uscita di Air Berlin dal mercato (cfr. F. SCIAUDONE ET AL., [The Impact of Unfair Commercial Practices on Competition in the EU Passenger Transport Sector, in particular Air Transport](#), Report for the ECON Committee of the European Parliament, PE 642.381, April 2020, pp. 51-52). L'esito della vicenda, ben diverso da quello di un noto caso che aveva coinvolto Lufthansa in passato (in relazione alla concorrenza con il vettore Germania, cfr. BKamt, 22.1.2002, [Deutsche Lufthansa AG](#), B9-144-01) sottolinea l'importanza che ha avuto nella vicenda la cessione degli *asset* a due operatori distinti, nonché l'assunzione di impegni da parte della stessa Lufthansa. Si rileva, tuttavia, come l'impatto nel lungo periodo di tali concentrazioni sia ancora dibattuto (S. BINGEMER, W. GRIMMEB, S. MAERTENS, [Market Exit of Air Berlin: An Analysis of Competitive Pricing on Domestic O&Ds in the German Market](#), in *Transportation Research*, vol. 52, 2021, pp. 420–427).

6. Alla luce di quanto sopra, è possibile formulare alcune prime considerazioni sulle pronunce in esame.

Innanzitutto, il Tribunale affronta la questione della natura delle bande orarie sotto il profilo concorrenziale e, in relazione all'accesso all'infrastruttura aeroportuale, sottolinea la relazione verticale sussistente tra servizi aeroportuali e servizi di trasporto.

In secondo luogo, le pronunce in esame si collocano in un contesto più ampio, quello dei vettori aerei in crisi, riscontrando una certa continuità nella prassi della Commissione, segnatamente la decisione *Aegean/Olympic II*: in questo caso, però, aveva trovato applicazione la *failing firm defence*. In tale prospettiva, le indagini *antitrust* connesse all'uscita dal mercato di una delle imprese interessate presentano un elemento di complessità maggiore, alla luce delle divergenze tra obiettivi di politica della concorrenza ed esigenze proprie del diritto dell'insolvenza. In caso di una valutazione errata, il rischio è quello di porre le premesse per future condotte escludenti o di altre forme di abuso di posizione dominante.

Le pronunce in commento sembrano offrire strumenti di analisi adeguati alle caratteristiche di queste fattispecie, grazie all'inquadramento teorico al “*test del detentore di slot*” quale criterio di individuazione del mercato rilevante alternativo alla tradizionale analisi basata sui mercati O&D. Seppur il Tribunale si affretti a precisare che ciò si giustifica proprio per le particolari circostanze di fatto (i.e. la cessazione delle attività di Air Berlin), questo nuovo *test* potrebbe avere ricadute significative sulla prassi della Commissione.

La definizione del mercato rilevante nel settore del trasporto aereo, infatti, resta un tema molto dibattuto, come dimostra la vicenda *Air Canada/Transat* (M.9489, cfr. G. DEASY, [European Union and United Kingdom Competition Law Developments in the Aviation Sector: January to June 2020](#), in *Air &*

Space Law, vol. 45, n. 6, 2020, p. 503–536, spec. pp. 517-518). Nonostante tale concentrazione avesse avuto l’approvazione delle autorità canadesi, le imprese interessate hanno scelto di rinunciare a causa delle perplessità avanzate dalla Commissione circa le sovrapposizioni tra le rotte servite (Commissione, 2.4.2021, [Statement by Executive Vice-President Vestager on announcement by Air Canada and Transat to withdraw from proposed merger](#), STATEMENT/21/1562). Sull’epilogo della vicenda ha pesato indubbiamente la scelta della Commissione di tenere fermo lo scenario controfattuale elaborato prima della pandemia. L’esigenza di non allentare l’*enforcement* del diritto della concorrenza pare condivisibile nel breve periodo; tuttavia, l’impatto del COVID-19 sul trasporto aereo ha ricadute più durature, aprendo la strada a un ripensamento della disciplina sotto il profilo normativo, tra l’altro anche per esigenze di carattere ambientale (cfr. F. MUNARI, [Lifting the veil: COVID-19 and the Need to Re-consider Airline Regulation](#), in *European Papers*, vol. 5, n. 1, 2020, pp. 533-559).

In tale contesto, potrebbe consolidarsi una prassi della Commissione che tenga conto più della concorrenza da e per i grandi aeroporti (in cui la detenzione di bande orarie ha un peso elevato) piuttosto che quella sulle singole rotte. Allo stesso modo, maggiore considerazione dovrebbe essere data alla sostituibilità tra modi di trasporto (soprattutto aereo-treno ad Alta Velocità) nei collegamenti O&D: il tema non è affrontato nelle sentenze in commento, ma è destinato a riproporsi con le politiche di potenziamento della rete AV inaugurate dalla Commissione (Commissione, 9.12.2020, [Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente](#), COM(2020) 789 final) e fatte proprie dagli Stati membri (si pensi agli stanziamenti del PNRR italiano).

In ultima analisi, il dubbio amletico a cui si è accennato nel titolo di questo *post* pare destinato a riproporsi anche nel controllo delle concentrazioni post pandemia.