

## ANALISI ANTITRUST DEGLI ACCORDI DI *CODE SHARING*.

### 1. Alleanze e concorrenza nel trasporto aereo.

Il panorama del trasporto aereo internazionale è segnato dall'emergere di nuovi modelli di business sia per la creazione di *partnership* tra vettori sia per l'utilizzo degli aeromobili, sintomo della crescente tendenza al consolidamento e alla creazione di alleanze tra vettori. Sotto il cappello di *alliance agreements*, ritroviamo tutta una serie di forme di collaborazione, che differiscono per il grado di integrazione delle parti coinvolte e che vanno dalle *joint ventures* al *code sharing*, dal *leasing* al *franchising* e ad altre forme di *marketing strategies*<sup>1</sup>.

Ad accomunare questa eterogenea gamma di accordi sono sia le motivazioni strategiche, da ricercarsi nella condivisione del rischio commerciale e nell'allargamento dell'offerta, tramite la possibilità di accedere a nuove rotte ed espandere la capacità nei mercati già coperti, sia i dubbi di matrice antitrust tradizionalmente connessi all'impatto concorrenziale degli accordi orizzontali: queste diverse forme di collaborazione, infatti, coinvolgono operatori attualmente o potenzialmente concorrenti e abbracciano tutta una serie di aspetti essenziali per lo sviluppo della concorrenza nel settore aereo, come gli orari e le frequenze dei voli, le tariffe, l'utilizzo in comune delle infrastrutture aeroportuali e la condivisione di programmi *frequent flyer*<sup>2</sup>.

Il *code sharing* è un accordo fra due (o più) vettori aerei per la messa in comune dei codici di volo e di fatto del servizio di trasporto aereo su una o più rotte previamente

---

<sup>1</sup> G. Callegari – S. Prati, *I nuovi contratti di utilizzazione dell'aeromobile*, in AA.VV., *Il nuovo diritto aeronautico*, Milano, 2002, 539; R.I.R. Abeyratne, *Outsourcing and the 'Virtual' Airline. Legal Implications*, in *Air & Space Law*, 1997, 182; Id., *Franchising in the Airline Industry. Some Implications at Common Law*, in *Air & Space Law*, 1997, 284; J. Balfour, *Airline Mergers and Marketing Alliances. Legal Constraints*, in *Air & Space Law*, 1995, 112.

<sup>2</sup> G.E. Bamberger – D. W. Carlton – L.R. Neumann, *An Empirical Investigation of the Competitive Effects of Domestic Airline Alliances*, NBER Working Paper n. W8197, 2001, disponibile presso [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=264452](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=264452); D.R. Biggar, *Airline Mergers and Alliances*, OECD Best Practice Roundtables in Competition Policy n. 26, 2000; J. W. Young, *Airline Alliance. Is Competition at the Crossroads?*, in *Air & Space Law*, 1999, 287; J. M. Nannes, *The Importance of Entry Conditions in Analyzing Airline Antitrust Issues*, in [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speeches.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speeches.htm) (1999); Association of European Airlines (AEA), *Report on Airline alliances and competition in transatlantic airline markets*, 1998, disponibile presso [www.aea.be](http://www.aea.be); R. Miller, *International Airline Alliances – A Review of Competition Law Aspects*, in *Air & Space Law*, 1998, 125.

determinate<sup>3</sup>: l'accordo prevede che vi sia un vettore *operativo* (VO) responsabile materialmente, economicamente e legalmente del servizio di trasporto aereo, e uno o più vettori *marketing* (VM) che svolgono esclusivamente la distribuzione e commercializzazione dei biglietti relativi ai servizi effettuati dal VO<sup>4</sup>. In altre parole, trattasi di un accordo commerciale in base al quale uno o più VM pongono il proprio codice sui servizi operati da un VO e vendono posti sui voli oggetto dell'accordo, realizzando un coordinamento in merito all'operatività dei voli in comune.

Se il *code sharing* si presenta come uno strumento efficiente per la gestione della flotta, consentendo al tempo stesso sia la riduzione dei costi operativi, conseguente al minor impiego dei propri aerei, sia una maggiore copertura delle aeree geografiche ovvero un ampliamento dell'offerta agli utenti, è altresì vero che, nel mercato del trasporto aereo, la scelta delle fasce orarie rappresenta uno strumento di concorrenza tra i vettori e, di conseguenza, il coordinamento determinato dagli accordi di *code-sharing* è suscettibile di alterare la concorrenza sulle rotte interessate<sup>5</sup>.

Il potenziale effetto anticoncorrenziale di tali accordi è legato alla circostanza che essi, come un qualsiasi accordo orizzontale, possono comportare una riduzione della

---

<sup>3</sup> Si vedano C. Conti, *Code-Sharing and Air Carrier Liability*, in *Air & Space Law*, 2001, 4; E. Chiavarelli, *Code sharing: an approach to the open skies concept?*, in *Annals of Air and Space Law*, 1995, 195; B. Franchi, *Gli accordi di codesharing*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1995, 1031; J.E.C. De Groot, *Code-Sharing*, in *Air Law*, 1994, 62.

<sup>4</sup> A seconda della ripartizione dei rischi e del livello di coordinamento tra vettore operativo e vettore *marketing*, è possibile individuare principalmente due tipologie di *code sharing*: i) nel *free flow*, i vettori non fissano una quantità specifica di posti riservata al VM e, pertanto, la capacità viene messa a disposizione dal VO solo su richiesta del VM e sempre che vi sia disponibilità di posti; ii) nel *block space*, invece, la distribuzione dei posti tra i due vettori all'interno del medesimo aereo è predeterminata, distinguendosi a sua volta tra l'ipotesi in cui il VM può entro un certo termine rilasciare o cedere i posti pattuiti, in modo da ridurre le perdite per i posti invenduti (*give back* o *soft block space*), e quella in cui il VM non ha alcuna possibilità di rilasciare i posti invenduti e dovrà accollarsi il corrispettivo dell'intero blocco a sua disposizione. Strettamente funzionale all'accordo di *code sharing* è il c.d. *class mapping*, meccanismo di classificazione comune consistente in una tavola di conversione delle tariffe che serve a definire l'equivalenza tra le classi di prenotazione dei vettori parte dell'accordo al fine di pervenire ad una sostanziale corrispondenza di tali classi e delle relative tipologie tariffarie: in altre parole, uno strumento che consente il 'dialogo' tra i sistemi di prenotazione delle due compagnie, permettendo al VO di determinare la tipologia dei posti vendibili dal VM all'interno dell'aereo, riducendo o eliminando la disponibilità di posti in determinate classi di prenotazione.

<sup>5</sup> J.K. Brueckner, *International Airfares in the Age of Alliances: The Effect of Codesharing and Antitrust Immunity*, University of Illinois, Center for Economic Studies and Ifo Institute for Economic Research, disponibile presso [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=281328](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=281328) (2001); Id., *The Economics of International Codesharing: an Analysis of Airline Alliances*, 19 *Int. J. Ind. Org.* 1475 (2001); H. Harris – E. Kirban, *Antitrust Implications of International Code-Sharing Alliances*, in *Air & Space Law*, 1998, 166; A.K. Bingaman, *Consolidation and Code Sharing: Antitrust Enforcement in the Airline Industry*, disponibile presso [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/) (1996); T.H. Oum – J.H. Park – A. Zhang, *The Effect of Airline Codesharing Agreements on Firm Conduct and International Air Fares*, 30 *J. Transp. Econ. and Policy* 187 (1996).

reciproca esposizione competitiva, derivante sia dal minor numero di operatori che saranno attivi sulle rotte interessate sia dai rischi connessi allo scambio di informazioni sensibili e alla condivisione della strategia tariffaria. E, tuttavia, se è vero che un accordo di *code-sharing* comporta il coordinamento commerciale tra i vettori che lo stipulano, riducendo la concorrenza tra gli stessi, allo stesso tempo, in alcuni casi tali accordi possono favorire l'attivazione di nuovi servizi o vantaggi di costo che si riflettono in tariffe più basse.

Queste sono le ragioni che inducono a ritenere che essi non possano subire una valutazione pregiudizialmente negativa, ma richiedano una ponderazione tra effetti anticompetitivi, guadagni di efficienza e vantaggi per i consumatori: un'analisi caso per caso che tenga conto delle caratteristiche soggettive delle parti, del contenuto e della tipologia dell'accordo, del grado di coordinamento raggiunto in virtù di specifiche pattuizioni, della numerosità e delle caratteristiche delle rotte interessate nonché del contesto economico complessivo nel quale si inquadra l'accordo.

## **2. La lezione di *Alitalia/Meridiana*.**

L'approccio appena delineato è stato affermato con vigore dal Consiglio di Stato nella pronuncia del 29 ottobre 2002, con la quale ha confermato la precedente sentenza del TAR Lazio, che aveva disposto l'annullamento del provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) in merito all'accordo di *code sharing* tra Alitalia e Meridiana<sup>6</sup>.

L'Agcm aveva dichiarato l'illiceità degli accordi intercorsi nel 1997 tra le due compagnie aeree per l'effettuazione, in regime di *code sharing*, dei voli sulle tratte Bologna–Palermo, Torino–Catania, Roma Fiumicino–Milano Malpensa e Pisa–Catania, con impegno di acquisto, da parte del vettore commerciale, di un numero prestabilito di posti (*block space*) sulle prime tre rotte e senza predeterminazione dei posti vendibili sulla quarta rotta (formula *free sale*), ritenendo che gli accordi avessero prodotto effetti restrittivi della concorrenza e un danno per i consumatori.

Di tutta risposta le compagnie aeree hanno sottolineato come la conformità alle regole della concorrenza dovesse essere valutata caso per caso, in relazione alle caratteristiche delle specifiche pattuizioni e del mercato: nella specie, sulle tratte

---

<sup>6</sup> Consiglio di Stato, 29 ottobre 2002, n. 7028. Si vedano anche TAR Lazio, 7 settembre 1999, n. 1917 e Agcm, 13 gennaio 1999, n. 6793, *Alitalia/Meridiana*, in *Boll.* n. 2/1999.

considerate dalle intese si sarebbe avuto un eccesso di offerta ed una domanda insufficiente cosicché non sarebbe stato possibile alle due compagnie porsi in concorrenza in quanto ciò non sarebbe stato sufficientemente remunerativo, con conseguente soppressione del collegamento da parte della compagnia più debole; al contrario, l'orientamento su un unico volo delle clientele delle due compagnie avrebbe permesso di svolgere il collegamento con ricavi accettabili. Per giunta, l'analisi dei quattro collegamenti oggetto di accordo evidenzerebbe che sulle tratte interessate non vi era, prima dell'intesa, una situazione di concorrenza né che tale situazione si sarebbe potuta instaurare se non fosse intervenuto accorto.

Il TAR Lazio prima, il Consiglio di Stato poi, hanno annullato il provvedimento, rilevando difetto e contraddittorietà della motivazione, in quanto l'Autorità, dopo aver premesso che gli accordi di *code sharing* non erano illeciti di per sé, ma andavano valutati caso per caso in ragione della loro specificità, aveva finito per sanzionare le specifiche intese, sulla base della loro esistenza, in quanto comportavano un coordinamento commerciale e rendevano assai improbabili azioni competitive tra i due vettori.

In altre parole l'Autorità, nell'esame delle quattro tratte, ha tratto conclusioni di indifferenziata illiceità per le relative intese, ancorché le situazioni di contesto economico apparivano differenziate, ritenendole restrittive della concorrenza, in ragione delle clausole di coordinamento commerciale in esse contenute –come la fissazione delle frequenze e degli orari dei voli e la ripartizione della vendita dei posti-, le quali, tuttavia, rappresentano quelle minime necessarie per la configurazione di un accordo di *code sharing*, non essendo ipotizzabile che, in seno ad una tale tipologia di accordo, ciascun vettore possa fissare autonomamente orari e frequenze dei voli i cui posti sono, pro quota, utilizzabili anche dall'altro. Indiscutibilmente, affermare che le suddette clausole sono restrittive della concorrenza equivale a definire l'accordo di *code sharing* come avente in sé un oggetto vietato ai sensi dell'art.2 della legge 287/1990, il che finisce con il contraddire le premesse circa la necessità di un apprezzamento caso per caso.

Una siffatta “apodittica impostazione” dell'Agcm emergerebbe chiaramente in relazione sia alle due rotte già precedentemente condivise dai vettori, in cui l'affermata restrizione della concorrenza sarebbe stata dedotta dal semplice passaggio da un regime in cui operavano due voli a un regime di condivisione, sia alle due altre linee ove operava

un solo vettore, dove l'illiceità si fonderebbe su un'ipotetica ed indimostrata assenza di competitività fra le stipulanti l'accordo. Su quest'ultimo punto è, infatti, opportuno sottolineare che se è vero che, nel valutare l'illiceità di un'intesa, deve tenersi conto anche della sua attitudine ad impedire il futuro libero sviluppo di una concorrenza non ancora attuale, il relativo apprezzamento non può, tuttavia, prescindere dalla verifica del periodo di operatività dell'intesa e della esistenza di un mercato effettivamente contendibile, nel quale sia ipotizzabile l'ingresso di nuovi operatori: dall'esame dell'Agcm, invece, non risulta dimostrato che le tratte coinvolte fossero potenzialmente suscettibili di costituire, nel periodo interessato dagli accordi, un mercato realmente contendibile da parte di una pluralità di imprese

Come ha rilevato il Consiglio di Stato, l'Autorità è apparsa più che altro dolersi del fatto che la situazione di intensa concorrenza che si è verificata su altri mercati nazionali del trasporto aereo, a seguito dell'ingresso di vettori esteri, non sembra corrispondere alla situazione attualmente esistente nei collegamenti interni in Italia.

### **3. Il provvedimento *Alitalia/Volare*.**

Le motivazioni della sentenza del Consiglio di Stato sembrano aver avuto un certo peso sulla recente decisione in merito all'accordo di *code sharing* tra Alitalia e Volare<sup>7</sup>.

L'accordo in questione, siglato in data 1° luglio 2002 e destinato a restare in vigore sino al 25 ottobre 2003 (con possibilità di una proroga automatica), ha per oggetto la condivisione dei codici su 22 rotte, di cui 14 nazionali ed 8 internazionali, e si qualifica come un *code sharing free flow/segment availability*, ossia una formula che consente ad ognuno dei vettori di vendere spazio sugli aeromobili altrui senza rigida ripartizione del numero dei posti offerti e con il solo limite della residua disponibilità dei posti venduti sull'aeromobile interessato.

L'avvio del procedimento istruttorio è stato motivato dal timore che, dati il contenuto dell'accordo, il contesto concorrenziale del mercato in cui esso si inserisce, nonché il ruolo delle parti coinvolte, l'intesa fosse in grado di restringere la concorrenza sulle rotte interessate e facilitare il coordinamento tra i due vettori, riducendo la loro esposizione competitiva e propiziando la ripartizione dei mercati. L'accordo, infatti, (a)

---

<sup>7</sup> AGCM, provvedimento 10 luglio 2003, n. 12185, in *Boll.* n. 28/03.

coinvolge il primo e il quarto operatore nazionale, con quote di traffico rispettivamente pari al 66% e 5,5% del totale dei passeggeri trasportati in ambito nazionale; (b) s’inserisce in un contesto caratterizzato da un grado di concorrenza limitato; e (c) appare idoneo a eliminare qualsiasi concorrenza di prezzo tra i due vettori con riguardo al singolo volo, in ragione del livello di autonomia assolutamente marginale di cui gode Volare rispetto ad Alitalia.

Particolarmente rilevante è l’incidenza del suddetto accordo di *code sharing* sulla difficile situazione venutasi a creare nello scalo di Linate<sup>8</sup>. Come la stessa Agcm ha avuto modo di segnalare in merito alla ripartizione del traffico aereo sul sistema aeroportuale di Milano, l’interpretazione resa in sede di applicazione del Decreto Ministeriale del 5 gennaio 2001 da parte di Assoclearance (Associazione italiana gestione clearance e slot), ente designato all’assegnazione delle bande orarie negli aeroporti italiani, risulta idonea a favorire ingiustificatamente alcuni vettori aerei, influenzando negativamente sull’assetto concorrenziale delle rotte che collegano altri scali con l’aeroporto di Linate<sup>9</sup>. Le bande orarie, infatti, vengono attualmente assegnate a società, le quali, ancorché appartenenti ad un medesimo gruppo, sono considerate *uti singulae*, ossia riguardate come vettori autonomi in quanto munite di relativa licenza: se ne ricava una distribuzione delle bande orarie vistosamente favorevole alle compagnie articolate in gruppi societari, in chiaro contrasto con la *ratio* della disciplina che dovrebbe regolare) l’accesso allo scalo. Si determina, cioè, un vero e proprio effetto moltiplicativo di assegnazione degli *slots* ad esclusivo vantaggio delle compagnie organizzate secondo logica di gruppo societario, le quali finiscono per ottenere un numero di bande più elevato di quelle che spetterebbe loro qualora fossero considerate come un unico soggetto economico, con l’ovvia conseguenza di ridurre lo spazio e la visibilità riservati agli altri operatori.

---

<sup>8</sup> Il rilievo del ruolo svolto dallo scalo di Linate ai fini del procedimento in questione è dimostrato dalla circostanza che, delle 14 rotte nazionali interessate dall’accordo di *code sharing*, ben 5 riguardano il suddetto aeroporto (nello specifico, quelle di Linate-Palermo, Linate-Bari, Linate-Brindisi, Linate-Catania, Linate-Napoli), oltre a quella internazionale in direzione Barcellona. Le risultanze istruttorie hanno confermato il carattere strategico dello scalo di Linate, il quale continua ad essere preferito come *city airport* rispetto a quello di Milano Malpensa, che invece svolge la diversa funzione di *hub* per il transito dei passeggeri in prosecuzione: i tests di mercato effettuati evidenziano come “gli aeroporti di Milano Linate e Milano Malpensa non possano essere considerati tra loro sostituibili, sia dal lato della domanda sia da quello dell’offerta” e, allo stesso tempo, che “i due scali milanesi non si possono considerare sostituibili con l’aeroporto di Bergamo Orio al Serio, situato anch’esso nell’area geografica a nord di Milano”.

<sup>9</sup> Segnalazione del 20 febbraio 2003, AS254 – Ripartizione del traffico aereo sul sistema aeroportuale di Milano, in *Boll.* n. 8/2003.

Per giunta, nel mentre l'Agcm ha evidenziato il pericoloso assetto anticompetitivo venutosi a creare sullo scalo di Linate per via delle modalità con le quali Assoclearance ha proceduto ad assegnare le bande orarie, il TAR del Lazio ha rimandato al mittente gli addebiti, laddove, pronunciandosi sul ricorso presentato da Air One avverso i provvedimenti di assegnazione degli *slots* nello scalo di Linate, ha assolto Assoclearance da ogni responsabilità, sottolineando che “il coordinatore, una volta accertato che un vettore è titolare di una licenza di esercizio [...], è tenuto, proprio in applicazione della regola dell'imparzialità, ad attivare le procedure per l'assegnazione al richiedente delle bande orarie, secondo i criteri stabili in sede comunitaria, senza avere il potere, allo stato della legislazione, di procedere ad una previa verifica dell'eventuale esistenza di situazioni di controllo tra più vettori, che possano portare all'identificazione di un unico soggetto economico, né quello di negare l'assegnazione, di *slots* a causa di una particolare situazione societaria o commerciale, già valutata come non ostativa all'esercizio del trasporto aereo in sede di rilascio delle licenze”<sup>10</sup>.

In un tale scenario, l'intesa tra Volare e Alitalia ha permesso a quest'ultima di gestire sullo scalo di Linate un numero di voli decisamente più elevato di quello dei concorrenti, il che le avrebbe consentito –secondo le denunce dei concorrenti- di attuare pratiche di chiara vocazione *exclusionary*, quali una politica di *selective pricing* e il ‘francobollaggio’ dei voli dei concorrenti<sup>11</sup>.

Sulla scia degli ammonimenti del Consiglio di Stato, l'Agcm ha posto in evidenza le ragioni che l'hanno indotta a considerare illecito lo specifico accordo tra Alitalia e Volare alla luce delle caratteristiche soggettive delle parti, del contenuto e della tipologia dell'accordo, del grado di coordinamento raggiunto, delle caratteristiche delle rotte interessate nonché del contesto economico complessivo nel quale si inquadra l'accordo.

L'Autorità ha rilevato che, in seguito alla conclusione dell'accordo, da un lato si è incrementata l'asimmetria nella disponibilità di *slot* a favore di Alitalia e Volare rispetto

---

<sup>10</sup> Sentenza 27 febbraio 2003, n. 4267. Il TAR ributta sostanzialmente la palla nel campo dell'Agcm, rilevando come “la presumibile lesione dei principi della libera concorrenza derivante dalla situazione di appartenenza ad un gruppo controllante o da accordi commerciali, se effettivamente provata, non resta priva di tutela in misura tale da configurare una lacuna, nella disciplina comunitaria delle assegnazioni, che ne evidenzia, allo stato, un possibile profilo di illegittimità”: a suo dire, “esistono infatti nell'ordinamento, sia dello Stato che comunitario, strumenti di garanzia e di tutela appositamente istituiti per contrastare turbative del libero mercato”.

<sup>11</sup> Alitalia, peraltro, non è nuova alla strategia di sovrapporre l'orario dei propri voli a quello dei concorrenti con il chiaro intento di catturarne la clientela e estrometterli dalla tratta interessata: si segnala, in proposito, il provvedimento dell'Agem n. 4398 del 7 novembre 1996, *Associazione Consumatori Utenti/Alitalia*, in *Boll.* n. 45/1996.

ai concorrenti e ai potenziali entranti<sup>12</sup>, dall'altro si è verificato un peggioramento delle condizioni di offerta. In particolare, mentre i collegamenti internazionali non risultano caratterizzati da barriere all'ingresso e, pertanto, su di essi l'accordo in esame non produce alcun effetto restrittivo, i dati contenuti nelle risultanze istruttorie, relativamente alle frequenze settimanali sulle rotte nazionali operate dalle parti, inducono a ritenere che su diverse rotte nazionali, invece dell'apertura di nuove rotte, si sia verificata una riduzione dell'offerta: solo 5 rotte delle 14 interessate dall'intesa sono risultate immuni ed esentate ai sensi dell'art. 4, in quanto compatibili con le condizioni cumulative ivi indicate (ossia, miglioramento delle condizioni di offerta, sostanziali benefici ai consumatori, proporzionalità della restrizione, non eliminazione della concorrenza in una parte sostanziale del mercato).

In merito alla tipologia e al contenuto dell'accordo, l'Autorità ha posto particolare risalto alle peculiarità del contratto stipulato da Alitalia e Volare che lo contraddistinguono rispetto ad altre tipologie di *code sharing*, con particolare riguardo alla ripartizione dei ruoli fra vettore operativo e vettore marketing, e che spingono a ritenere che il tipo di *code sharing* realizzato sia idoneo a ridurre la concorrenza tra i due vettori con riguardo al singolo volo. Nello specifico, in ragione dei poteri conferitigli dall'accordo, il VO è il soggetto che controlla la capacità disponibile sull'aereo ed è in grado di determinare la politica tariffaria per ciascun volo, mentre il VM non è in grado di esercitare una pressione concorrenziale effettiva nei confronti del VO.

Per queste ragioni, l'Agcm ha ritenuto l'accordo di *code sharing* idoneo a restringere la concorrenza sulle rotte nazionali interessate, in quanto ha determinato sia un significativo innalzamento delle barriere all'ingresso sulle rotte relative allo scalo Linate sia una ripartizione dei mercati fra il primo e il quarto operatore nazionale.

GIUSEPPE COLANGELO

---

<sup>12</sup> Sulle 5 rotte che interessano l'aeroporto di Linate, l'accordo consente, infatti, ai due vettori di disporre di un numero di *slot* doppio rispetto a quello detenuto dall'insieme dei concorrenti e pari a tre volte quello di ogni singolo vettore,