

Diritto e politica dei trasporti

Rivista semestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza e documentazione

Fascicolo 1/2025

Con i contributi di
**Fernando Elorza Guerrero, Manuel Guillermo Sarmiento García,
Emilio Romualdi, Christina Zournatzi, Lucrezia Magli,
Nicola Pierpaolo Barbuzzi, Gino Fontana, Martina Baltuzzi,
Vincenzo Palo, Paolo Felix Iurich, Marco Di Giugno,
Paolo Sabra Piazza, Francesca Di Monaco, Emma Maresca**

ISSN 2612-5056

LUISS



La Rivista è promossa dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli, anno 8, n. 14 (I-2025), ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Air Transport Observatory "Antonio Catricalà" at Luiss G. Carli, and it is registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi "G. Marconi" di Roma e Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

La rivista è promossa dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli, anno 7, n. 12 (I-2024)

ISSN 2612-5056

Luiss University Press

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT) Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista online e open-access, classificata dall'Anvur tra le riviste di classe A nell'area disciplinare 12 (Scienze giuridiche), indicizzata da DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an online, open-access, Anvur class A Journal, subject area 12 (Law). It is indexed in DOAJ - Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS - European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Ente Nazionale Aviazione Civile e Luiss University Press

Pubblicato nel mese di ottobre 2025

Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file ".doc" alla direzione della Rivista (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) o alla Segreteria editoriale (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell'Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese e uno in lingua italiana, che non deve superare le 1.000 battute ciascuno (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l'autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall'Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

- a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
- b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista, salvo espresso consenso del Direttore o del Comitato di direzione;
- c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la Rivista;
- d) che l'Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge o nei casi previsti dal Codice etico adottato dalla Rivista;
- e) che l'Autore rispetta tutte le altre indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista.

Il Direttore o il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli "estratti" con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell'apposita sezione della Rivista.

Submission of contributions

Manuscripts are sent in ".doc" format to the Journal's Executive Editors (direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) or to the Editorial Staff (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author's personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) an abstract in Italian language and an abstract in English of not more than 1.000 characters each (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:

- a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
- b) that the manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another Journal, except for express consent by the Editor-in-Chief or the Executive Editors;
- c) that the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
- d) that the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions or in the cases laid down in the Code of Ethics adopted by the Journal.
- e) that the Author abides by all other provisions of the Journal's Code of Ethics.

The Editor-in-Chief and the Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted. All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Francesco Gaspari (Università degli studi di Roma "Guglielmo Marconi")
 Prof.ssa Laura Lamberti (Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Comitato scientifico e tecnico /Scientific and Technical Board Presidente

Prof. Aristide Police (Luiss "G. Carli")

Componenti

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International – Montreal)
 Prof. Marco Calabrò (Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli")
 †Prof. Antonio Catricalà (Link Campus University)
 Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università degli studi di Roma "Guglielmo Marconi" e Pontificia Università Gregoriana)
 Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)
 Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE – York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation – ECU, Perth, Australia)
 Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
 Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
 Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco – Spagna)
 Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial – Argentina)
 Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
 Prof. Francesco Gaspari (Università degli studi di Roma "Guglielmo Marconi")
 Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
 Prof. Brian Havel (McGill University – Montreal)
 Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
 Prof. Mario Libertini (Università degli studi di Roma "La Sapienza")
 Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
 Prof. Sergio Marchisio (Università degli studi di Roma "La Sapienza")
 Prof. José Manuel Martin Osante (Universidad del País Vasco – Spagna)
 Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
 Prof. Roberto Miccù (Università degli studi di Roma "La Sapienza")
 Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Brasile)

Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")
 Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università degli studi di Roma "Tor Vergata")
 Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università degli studi di Milano)
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Corte costituzionale)
 Prof. Mario Sebastiani (Università degli studi di Roma "Tor Vergata")
 Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen – Germania)
 Prof. Franco Gaetano Scoca (Università degli studi di Roma "La Sapienza")
 Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università degli studi di Roma "La Sapienza")
 Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" – Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

Prof.ssa Flaminia Aperio Bella
 Avv. Patrizia Beraldi
 Prof.ssa Yolanda Bustos Moreno
 Avv. Luigi Cameriero
 Avv. Marco Cappai
 Prof. Luigi De Propriis
 Avv. Marco Di Giugno
 Dott. Federico Di Palma
 Avv. Fabrizio Doddi
 Avv. Francesco Ferrara
 Dott. Simone Francario
 Avv. Raissa Frascella
 Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè
 Prof.ssa Annarita Iacopino
 Prof.ssa Maria Assunta Icolari
 Avv. Emanuela Lanzi
 Dott. Antonio Mitrotti
 Avv. Andrea Nardi
 Dott. Simone Paoli
 Avv. Anton Giulio Pietrosanti
 Prof. Marco Ragusa
 Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
 Dott.ssa Ersilia Sanginario
 Avv. Francesco Scalia
 Prof.ssa Martina Sinisi
 Dott.ssa Veronica Sordi
 Avv. Giovanni Terrano
 Avv. Francesco Tomasicchio
 Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Le alleanze tra vettori aerei limitative della concorrenza: il caso della North East Alliance*

Paolo Felix Iurich

Avvocato presso la Direzione Analisi Giuridiche e Contenzioso dell'ENAC

Marco Di Giugno

Dirigente ENAC, già Professore a contratto di diritto della navigazione nell'Università degli Studi di Enna "Kore"

Abstract

TAirline alliances that restrict competition: the case of the North East Alliance.

The United States Court of Appeals for the First Circuit upheld a lower court ruling that deemed the Northeast Alliance (NEA), a close collaboration agreement between American Airlines and Jet-Blue, anti-competitive. The alliance involved joint market planning, profit-sharing, code-sharing, reciprocal slot allocation and restrictions, and a reciprocal loyalty program. The Court considered this alliance unprecedented in the airline industry and, upholding the lower court ruling, found that the NEA had eliminated competition between the participants and had not produced benefits for consumers. The Court therefore ruled the alliance illegal.

La Corte d'Appello del Primo Circuito degli Stati Uniti ha confermato la sentenza di primo grado che qualificava come anticoncorrenziale la Northeast Alliance (NEA), un accordo di stretta collaborazione tra American Airlines e JetBlue. L'alleanza prevedeva una pianificazione congiunta del mercato, la condivisione dei profitti, il code-sharing, la locazione e restrizione reciproca degli slot e un programma di fidelizzazione reciproco. La Corte ha considerato tale alleanza senza precedenti nell'industria aerea e, confermando la sentenza di primo grado, ha rilevato che la NEA aveva eliminato la concorrenza tra i partecipanti e non aveva prodotto benefici per i consumatori. La Corte ha ritenuto, pertanto, illecita l'alleanza.

* Sottoposto a referaggio. Sebbene il lavoro sia il frutto di una riflessione e redazione congiunta degli autori, i paragrafi 1, 3 e 4 sono da attribuirsi a Paolo Felix Iurich, mentre i paragrafi 2, 5 e 6 sono da attribuirsi a Marco Di Giugno.

Key words: Airline Alliances – Competition – Consumer Protection – Restrictive Agreements - Antitrust - Disruptive role – Burden of proof – joint venture.

Parole chiave: Alleanze tra Vettori Aerei – Concorrenza – Tutela dei Consumatori – Intese restrittive – Antitrust - Disruptive role – Onere della prova – Joint Venture.

Sommario – 1. La sentenza n. 23-1802 della United States Court of Appeals for the first circuite – 2. Le alleanze tra le compagnie aeree – 3 La North Est Alliance – 4. Le motivazioni della sentenza – 4.1. Il modello di alleanza tra vettori aerei ritenuto legittimo dalla Corte – 4.2. La tutela dei consumatori – 4.3. Il danno alla concorrenza ed al mercato – 4.4. Le carenze probatorie dei convenuti – 4.5. Le potenziali minacce alla concorrenza – 4.6. La NEA quale joint venture – 5. Un confronto tra il sistema antitrust Americano e quello Europeo – 6. Conclusioni.

1. La sentenza n. 23-1802 della United States Court of Appeals for the first circuite

La Corte di appello del primo circuito degli Stati Uniti ha adottato – il 5 marzo 2024 – una importante sentenza in materia di alleanze tra vettori aerei. La sentenza è stata resa in sede di appello rispetto un provvedimento della Corte distrettuale del Massachusetts. La Corte, confermando la sentenza di primo grado, ha qualificato come anticoncorrenziale la Northeast Alliance (NEA), un accordo di stretta collaborazione tra American Airlines e JetBlue. L'alleanza in questione era finalizzata a distribuire il mercato aeronautico degli Stati Uniti nord-orientali, un territorio che va dal New England (Massachusetts, Maine, New Hampshire) e si spinge sino alle porte del Midwest (Ohio e Pennsylvania). All'interno di tale bacino vi sono le città di New York e Boston, rappresentanti due HUB aeroportuali a livello internazionale.

Ebbene, in primo grado, la Corte Distrettuale ha rilevato che la NEA aveva totalmente eliminato la concorrenza tra i partecipanti all'alleanza e che non vi fossero apprezzabili effetti benefici e positivi a favore dei consumatori. L'alleanza prevedeva i seguenti punti fondamentali:

- Pianificazione di una rete di mercato e capacità di coordinamento comune;
- Condivisione dei profitti;
- *Codesharing* reciproco;
- Locazione e restrizione reciproca degli *slots*;
- Programma di fedeltà reciproco.

Questa combinazione di azioni è stata considerata senza precedenti nell'industria aerea, anche perché l'operazione si esponeva a rischi legali con riferimento al rispetto della normativa antitrust. La NEA era stata predisposta secondo lo schema delle alleanze aeree internazionali necessitanti di una autorizzazione dalle autorità di regolazione in quanto caratterizzate da elementi di difformità nei confronti della normativa *antitrust*.

2. Le alleanze tra le compagnie aeree

Come noto, nell'ambito del settore aeronautico, la collaborazione tra vettori aerei è un fenomeno comune, che spesso si traduce in accordi e contratti di cooperazione tra i vettori (es. contratti di wet lease, franchising, interchange agreement, etc.) che realizzano una intensa integrazione funzionale e produttiva tra i componenti dell'alleanza¹.

Il fenomeno delle alleanze, nato dalla fine degli anni 80 a seguito del processo di liberalizzazione che ha coinvolto il settore aeronautico, si è sviluppato dapprima negli Stati Uniti poi in Europa² diventando successivamente un fenomeno a rilevanza mondiale, coinvolgendo tutti i continenti del globo: non solo l'Europa e il Nord America, quindi, ma anche l'America Latina e l'Asia³. Le alleanze, pur rappresentando delle intese potenzialmente lesive della concorrenza, sono state repute un fenomeno economico compatibile con i principi del mercato concorrenziale, purché rispettino determinate condizioni⁴. In primo luogo, le alleanze non devono eliminare completamente la concorrenza tra i partecipanti. I componenti di una alleanza, dunque, pur potendo integrare reciprocamente le proprie attività, devono continuare a concorrere l'uno con l'altro. In secondo luogo, le alleanze devono garantire un vantaggio per i consumatori, gli utenti finali del servizio aereo, al fine di poter giustificare un parziale effetto distorsivo della concorrenza. Quest'ultima condizione può ritenersi soddisfatta laddove concorrano taluni elementi, come ad esempio la riduzione del prezzo del biglietto, ovvero un aumento qualitativo del servizio⁵.

Una delle forme più rilevanti di alleanze in ambito aeronautico è rappresentato dal code sharing, definito quale un contratto tra vettori aerei che consente a uno di essi di estendere i propri servizi aerei internazionali di linea, pubblicati con il proprio codice e i numeri di linea da esso stesso gestiti, che serve con i propri servizi, includendo nella pubblicazione della propria rete i servizi di collegamento di un altro vettore o di vettori aerei come servizio proprio⁶.

Negli Stati Uniti, ove il diritto *antitrust* è nato, è vigente un articolato apparato normativo in materia di concorrenza in materia di trasporti. In via preliminare e generale, si ricorda che il testo

1. Cfr. R.F. SURYAWAN, JULIATER SIMARMATA, *Legal Aspects in Business Alliances and Strategic Partnerships Between Airlines*, in *Journal of law, politic and humanities*, 2023, p. 3.

2. Per una ricostruzione ampia della storia recente delle alleanze si rinvia a K. BUTTON, *Wing Across Europe, Toward an efficient european air transport system*, Aldershot, 2004.

3. Al riguardo, si veda R.A. NUGRAHA, *Legal issues surrounding airline alliances and codeshare arrangements: insights for the indonesian and asean airline industries*, in *Indonesia Law Review*, 2018.

4. Cfr. J.K. BRUECKNER, D. LEE, E.S. SINGER, *Alliances, Codesharing, Antitrust Immunity, and International Airfares: Do Previous Patterns Persist?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 7, n. 3, 2011, p. 573-602.

5. Cfr. J.K. BRUECKNER, *International airfares in the age of alliances: The effects of codesharing and antitrust immunity*, in *Review of Economics and Statistics*, 2003, p. 105-118; J.K. BRUECKNER, W.T. WHALEN, *The price effects of international airline alliances*, in *Journal of Law and Economics*, 2000, p. 503-545; W.T., WHALEN, *A panel data analysis of code sharing, antitrust immunity and open skies treaties in international aviation markets*, in *Review of Industrial Organization*, 2007, p. 39-6.

6. Cfr. H. WASSENBERGH, *Principles and Practices in Air Transport Regulation*, Parigi, 1993, p. 166.

normativo di riferimento in materia *antitrust* è il c.d. *Sherman Act*, a cui la normativa in materia specifica di trasporti si conforma. Nell'esaminare la disciplina vigente, si rende necessario delineare il quadro delle competenze dei vari organi ed autorità. Al Dipartimento dei Trasporti è conferito il potere di esentare le imprese dal rispetto della normativa concorrenziale, attraverso l'esercizio di un potere che si traduce in un provvedimento di carattere concessorio nei confronti delle imprese interessate.

Diversamente, le fusioni e le altre operazioni societarie di concentrazione devono essere approvate dal Dipartimento di Giustizia⁷. Pertanto, mentre al Dipartimento dei trasporti compete il riconoscimento dell'esenzione per le concentrazioni c.d. orizzontali, al Dipartimento di giustizia è riconosciuto un potere autorizzativo delle concentrazioni c.d. verticali. La differenza tra i due poteri, inoltre, è rinvenibile anche in ragione del diverso potere esercitato dai due organi. Infatti, mentre nel caso del potere di esenzione si è in presenza di un potere di carattere concessorio, l'approvazione di concentrazioni verticali, invece, dovrebbe assumere una veste di tipo autorizzatorio. Tale circostanza si evince perché, mentre nel caso delle concentrazioni orizzontali, l'impresa beneficiaria gode di un regime normativo derogatorio, nel caso delle fusioni, invece, la fusione è un'operazione tendenzialmente ammessa dalla legge e, dunque, vi è la mera rimozione di un limite legale all'esercizio di facoltà previste dalla legge. Pertanto, mentre l'esenzione costituisce un potere di carattere costitutivo, l'approvazione della fusione (o concentrazione verticale) è un potere dichiarativo. Tuttavia, per altra ricostruzione plausibile, anche l'esenzione è ascrivibile alla categoria dei poteri autorizzatori, essendo annoverabile quale dispensa dal regime giuridico ordinario⁸.

Il procedimento per il rilascio delle concessioni di esenzione prevede l'applicazione di criteri che prendono le mosse dalla scienza economica, finalizzati ad esaminare l'impatto effettivo e concreto sul mercato dei singoli accordi. Tale controllo ha lo scopo di verificare le posizioni dei consumatori e degli altri operatori economici in presenza della potenziale efficacia dell'accordo.

Si procede, pertanto, con la verifica del c.d. test del *Clayton act*⁹, con il quale si esamina se la alleanza sia in grado di ridurre concretamente la concorrenza e facilitare l'esercizio del potere di mercato. In seguito, il procedimento di rilascio prevede che l'Amministrazione osservi il c.d. "*Horizontal Merger Guidelines*"¹⁰, redatto dagli organi preposti alla tutela della normativa concorrenziale. Il metodo utilizzato dalle predette linee guida verifica il potere di mercato delle imprese dell'accordo. Il potere di mercato viene considerato come l'attitudine delle imprese partecipanti all'accordo, per un periodo di tempo significativo, di incrementare la propria capacità di profitto in un determinato prodotto e in certi mercati geografici, aumentando i prezzi di mercato, ovvero riducendoli, rispetto le condizioni in un mercato competitivo. Nel contesto del settore

7. Cfr. la legge sull'esenzione della normativa antitrust del 1988 (49 U.S. Code § 41308).

8. Cfr. J. REITZES, D. MOSS, *Airline alliances and systems competition*, in *Houston Law Review*, 45, 2008, p. 303.

9. Quest'ultimo prende il nome dal *Clayton Antitrust Act* of 1914 (15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53).

10. "*Linee guida sui raggruppamenti orizzontali*". Cfr. W. GILLESPIE, O. M. RICHARD, *Antitrust immunity and international airline alliances*, *Economic Analysis Group Discussion Paper*, No. EAG 11-1, U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Economic Analysis Group (EAG), Washington, DC, February 2011, p. 7.

aeronautico, i servizi aerei di linea rappresentano il mercato rilevante da considerare per verificare l'impatto dell'alleanza¹¹.

Pertanto, applicando il Test di *Clayton*, si verifica se, nel mercato di riferimento (segnatamente i servizi aerei di linea), si può accertare se la concorrenza non risulti totalmente annullata e se le imprese esercitino o meno il potere di mercato, nei termini sopra descritti. Il test si reputa positivamente superato se l'accordo, dopo un significativo periodo temporale, non annulli totalmente la concorrenza nel mercato di riferimento, inteso come prodotto o area geografica rilevante, e sempre che le imprese non esercitino il potere di mercato. In caso di superamento positivo del Test di *Clayton*, il Dipartimento dei Trasporti può concedere l'immunità alla alleanza¹².

Nell'ambito del diritto antitrust statunitense, la giurisprudenza¹³ ha la funzione di qualificare i comportamenti come contrari o meno ai principi concorrenziali. Al riguardo, si distinguono le azioni che sono considerate automaticamente illecite (c.d. *unlaw di per se*), come ad esempio la fissazione di prezzi comuni, da azioni che devono essere analiticamente esaminate, all'esito del quale si verifica, che la stessa produca irragionevoli effetti anticoncorrenziali (si parla di c.d. "*rule of reason*"). Attraverso il criterio in questione, le Corti prendono in considerazione una serie di molteplicità di fattori ed elementi: le peculiarità delle imprese e del contesto di mercato delle imprese coinvolte, le condizioni di mercato prima e dopo l'attuazione della intesa restrittiva, la natura delle restrizioni, gli scopi ed i fini perseguiti¹⁴. In quest'ultimo caso, la giurisprudenza è chiamata ad effettuare un giudizio di ragionevolezza, il cui fine è verificare se gli effetti anticoncorrenziali prodotti siano giustificati¹⁵. Tale criterio richiede che le corti valutino specificamente gli effetti restrittivi della concorrenza.

Invero, pur richiamando il concetto di ragionevolezza, non sembra lo stesso possa attagliarsi al principio di ragionevolezza conosciuto dal diritto italiano: in verità, la *rule of reason* appare più simile al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., poiché avente il fine di verificare concretamente se la condotta posta in essere sia tutelabile dal diritto vigente.

Sotto il profilo procedimentale, il Dipartimento dei Trasporti gode di un potere di controllo in ordine all'efficacia dello stesso, che si traduce nell'emanazione di un provvedimento di carattere autorizzativo, attraverso il quale approva od oppone un diniego all'efficacia dell'accordo¹⁶.

11. Cfr. W. GILLESPIE, O. M. RICHARD, *Antitrust immunity*, cit., p. 7.

12. Cfr. W.L. DEAN, J.N. SHANE, *Alliances, Immunity, and the Future of Aviation*, in *Issues in Aviation Law and Policy*, 11(2), 2012, p. 2.

13. Cfr. R. S. KHEMANI, L. WAVERMAN, *Strategic Alliances: A Threat to Competition?* in *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, in L. WAVERMAN, W.S. COMANOR, A. Goto (editors), London, New York, 1997.

14. Cfr. *Brown Shoe vs United States*, 1962.

15. Cfr. *Cal. Dental Ass'n vs FTC*, 1999.

16. Cfr. S. KIMPEL, *Antitrust Considerations in International Airline Alliances* in *International Airline Alliances*, in *Journal of Air Law and Commerce*, 1997, p. 481.

Il procedimento di approvazione avviene attraverso due principali fasi¹⁷. In primo luogo, il Dipartimento dei Trasporti verifica se la proposta di accordo sia sostanzialmente in grado di ridurre od eliminare la concorrenza¹⁸. In caso positivo, il Dipartimento dei Trasporti adotta un provvedimento di diniego nei confronti dell'accordo; tuttavia, il Dipartimento dei Trasporti può approvare l'accordo, anche se anticoncorrenziale, ove motivi in presenza di un interesse pubblico, ovvero per soddisfare una necessità urgente nell'ambito del trasporto¹⁹. In seguito al positivo accertamento che l'accordo non provochi una riduzione della concorrenza, occorre verificare la compatibilità dell'accordo con l'interesse pubblico.

Il Dipartimento dei Trasporti può altresì prevedere specifiche condizioni all'accordo, come, ad esempio, escludere talune località geografiche dall'applicazione degli accordi delle alleanze, imponendo così un regime concorrenziale tra i partecipanti nelle località in cui l'accordo non si applica. In tal modo, il Dipartimento dei Trasporti incide su talune località geografiche inerenti l'alleanza, applicandosi il normale regime concorrenziale nelle località selezionate, attraverso un potere di selezione²⁰ degli effetti della alleanza sulle singole rotte.

Lo stesso dovrebbe valere anche nel caso di modifiche sostanziali, le quali mutino sensibilmente il contenuto originario dell'accordo. In tale ultima evenienza, il Dipartimento dei Trasporti dovrebbe esercitare una forma di potere di secondo grado sulle modifiche dell'accordo, subordinando l'efficacia delle modifiche all'approvazione delle stesse.

Le immunità nell'ordinamento statunitense sono state sovente concesse sulla base di accordi bilaterali o multilaterale tra gli Stati Uniti ed altri paesi²¹. Nel contesto di collaborazione internazionale in ambito aeronautico, il Dipartimento dei Trasporti ha concesso la prima immunità alla prima storica alleanza tra vettori, l'accordo del 1993 tra *Northwest* e *KLM*. Pertanto, le più importanti alleanze tra vettori aerei, quanto meno nell'area euro-atlantica, sono state favorite dalle politiche pubbliche e diplomatiche statunitensi, mediante i propri organi di governo che hanno permesso lo sviluppo di tale forma di collaborazione commerciale.

Infatti, analizzando il diritto antitrust statunitense, emerge come le condizioni affinché una alleanza sia conforme alla normativa stessa sono essenzialmente due:

1) effetti benefici per gli utenti del servizio. Nel dettaglio, l'alleanza deve aumentare la qualità del servizio e ridurre il prezzo dello stesso. Questo risultato spesso si raggiunge attraverso una serie di servizi combinati tra le compagnie partecipanti all'accordo, come ad esempio i *frequent flyer*, che assicurano un innalzamento degli *standard* qualitativi del servizio;

17. Cfr. P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, 2017, p. 1501.

18. Cfr. H. HOVENKAMP, The rule of reason, in *Florida Law Review*, 70, 2018, p. 85.

19. Cfr. 49 U.S.C. §41309(b).

20. Si veda, al riguardo, W. GILLESPIE, O. M. RICHARD, *Antitrust immunity*, cit., p. 16.

21. A tal riguardo, si veda A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, Torino, 2023, p. 107 ss.

2) assenza di eliminazione completa della concorrenza. Le imprese partecipanti alla alleanza, pur coordinando insieme le proprie attività economiche, non possono mai eliminare completamente la reciproca concorrenza, potendo essere solamente attenuata, ma non totalmente annichilita. Se difetta una sola delle condizioni, l'alleanza produce effetti distorsivi della concorrenza e non può reputarsi lecita. Sulla base della teoria economica, infatti, le alleanze tra imprese, determinando una deroga alla regola della libera concorrenza, deve essere in grado di apportare maggiori benefici che si avrebbero in regime di totale libero mercato. I benefici sono la riduzione dei prezzi, l'aumento della qualità dei beni e la più efficiente ed ottimale allocazione della produzione. È la medesima ragione per cui sono giustificati i monopoli naturali.

3. La north east alliance

La “Northeast alliance” (NEA) è una alleanza nata da una serie di accordi tra American Airlines e JetBlue, finalizzati sia a superare l'importante concorrenza tra le due compagnie, che ad incrementare la propria posizione di mercato nelle città di New York e Boston e, più in generale, negli Stati Uniti nord-orientali²². Nei confronti di tali accordi, il Dipartimento di Giustizia e i Procuratori generali di sei Stati²³ e del Distretto di Columbia hanno ricorso alla Corte distrettuale del Massachusetts.

La Corte del Massachusetts, in data 19 marzo 2023²⁴, ha accolto il ricorso, accertando che il NEA eliminasse effettivamente la concorrenza tra i partecipanti all'accordo e che le stesse esercitassero un potere di mercato non consentito; parimenti, le difese dei partecipanti alla NEA, mediante le quali le imprese avevano cercato di dimostrare che l'alleanza avrebbe reso le compagnie più efficienti ed attraenti per i passeggeri, sono state disattese. Avverso la sentenza di primo grado, in sede di appello²⁵ è stata confermata la pronuncia gravata, rilevando la violazione della normativa concorrenziale. L'adita Corte ha rilevato come l'accordo avesse completamente eliminato la concorrenza tra le due imprese partecipanti all'alleanza incriminata²⁶, senza riuscire a generare un significativo effetto benefico per i consumatori.

Quando la NEA è stata annunciata, il Dipartimento dei Trasporti ed il Dipartimento di Giustizia hanno avviato degli specifici procedimenti, diretti a verificare la compatibilità della alleanza alla

22. Da cui deriverebbe il nome della alleanza, vista la collocazione geografica ove l'alleanza si rivolgeva.

23. Arizona, California, Florida, Massachusetts, Pennsylvania, Virginia.

24. Cfr. United States District Court for the District of Massachusetts, No. 1:21-cv-11558 (Hon. Leo T. Sorokin).

25. Cfr. United States Court of Appeals for the First Circuit No. 23-1802 del 3 maggio 2024.

26. Il giudice di appello, infatti, ha affermato che *“The court found that the NEA caused ‘serious anticompetitive harm,’ ADD84, by eliminating the aggressive competition between Defendants; weakening JetBlue’s incentive and ability to act as a maverick competitor; allocating markets; reducing consumer choice; lowering output on key NEA routes; and putting upward pressure on prices. All of this ‘substantially upset[] the competitive balance in a highly concentrated industry’”*.

normativa antitrust. Il Dipartimento dei Trasporti ha accertato come vi fossero delle criticità in ordine alla conformità della normativa vigente e, perciò, ha deferito il Dipartimento di Giustizia dell'esame della compatibilità dell'accordo. In seguito, il Dipartimento di Giustizia ha provveduto ad avviare il procedimento giudiziario in esame.

Le pronunce summenzionate costituiscono importanti precedenti per l'ordinamento statunitense, costituendo una storica battuta di arresto per il fenomeno delle alleanze.

4. Le motivazioni della sentenza

Per poter comprendere appieno il contenuto della sentenza oggetto della presente analisi, occorre sinteticamente ripercorrere il contenuto della sentenza di primo grado, richiamata nel testo della sentenza di appello. La Corte distrettuale ha accertato plurimi caratteri anticoncorrenziali e l'assenza di effetti benefici per la concorrenza ed i consumatori. Tale accertamento è avvenuto con il criterio della *rule of reason*, il cui funzionamento è stato spiegato sopra.

La Corte ha rilevato che l'alleanza fosse contraria alla concorrenza, in violazione dello *Sherman Act*, testo normativo contenente le regole fondamentali del diritto antitrust statunitense. Lo *Sherman Act* positivizza le ricostruzioni teoriche della scienza economica sulla libera concorrenza, considerando la concorrenza come lo strumento ideale per allocare in modo ottimale la produzione, ridurre il prezzo dei beni, massimizzare l'utilità dei consumatori. Sul punto, si segnala che nella Sentenza *N. Pac. Ry. Co. contro gli Stati Uniti* (1958), richiamata nel processo di primo grado, la Corte Suprema ha affermato che la concorrenza degli operatori economici produce una ottimale allocazione delle risorse economiche, determinando prezzi più bassi ed una maggiore qualità dei beni offerti.

Prima della NEA, tra le due imprese esisteva un rapporto di forte concorrenza reciproca. La decisione in commento ha rilevato, infatti, come una simile concorrenza avesse da un lato ridotto il prezzo complessivo del mercato, soprattutto in ragione della concorrenza dei servizi *low cost* di JetBlue; dall'altro lato, la concorrenza aveva indotto le parti ad implementare e migliorare il proprio servizio, aumentando la utilità globale dei consumatori. Al 2019, prima della alleanza, i due vettori erano due delle quattro imprese più grandi operanti a New York e due tra le più grandi a Boston.

In primo grado, è stato accertato che le azioni combinati tra le due imprese ha determinato la creazione di un potere di mercato, riducendo complessivamente la produzione nel mercato di riferimento. Attraverso la NEA, la Corte di primo grado ha rilevato come fosse indebolita la posizione di JetBlue, capace di esercitare un potere dirompente all'interno del mercato, e che, del pari, vi fosse stato un significativo aumento dei prezzi. La Corte di primo grado ha altresì affermato come, nell'ambito della collaborazione tra imprese, fosse possibile configurare una tipologia di collaborazione alternativa meno restrittiva rispetto la NEA. Ciò premesso, anche nel processo di secondo grado è stato accertato che la NEA praticasse delle condotte che hanno pregiudicato la libera concorrenza. La Corte ha rilevato che la controversia fosse un caso senza precedenti, avendo

completamente eliminato la concorrenza tra le due compagnie aeree più grandi degli Stati Uniti orientali. Innanzitutto, la Corte di appello ha dichiarato che American Airlines non ha dedotto chiaramente gli errori processuali che avrebbe compiuto la Corte di primo grado. Viene, dunque, rilevato, in primo luogo, un difetto di precisa allegazione rispetto alle doglianze da effettuare alla sentenza impugnata. In particolare, American Airlines non contesta precisamente e dettagliatamente le risultanze fattuali provate nel processo di primo grado, ignorando tali elementi probatori. Invero, la Corte afferma come American Airlines cerchi di mutare i precedenti giurisprudenziali della Corte, cercando di introdurre nuovi principi, interpretazioni e regole (*novel legal standard*). Allo stesso modo, American Airlines cerca di distorcere il criterio della *rule of reason*, che si presta ad interpretazioni ed impieghi interpretativi flessibili, per poter giustificare la propria condotta, la quale è stata accertata come incompatibile rispetto alla concorrenza. La Corte rileva come non venga dedotta l'erroneità delle risultanze istruttorie del processo di primo grado. Sotto questo profilo, sembrerebbe che non venga contestato quanto provato nel processo di primo grado. Una simile condotta processuale, nel processo civile italiano, determinerebbe verosimilmente la non contestazione dei fatti provati e, in sede di appello, la mancata impugnazione del capo della sentenza, con contestuale formazione del giudicato interno del capo stesso. Pertanto, appare corretto il ragionamento della Corte circa l'omessa prova ed allegazione dei vizi e degli errori del giudice di primo grado.

La Corte in sede di appello, invero, ha ritenuto rilevanti le seguenti questioni:

1. se la Corte di primo grado ha correttamente accertato che i ricorrenti abbiano provato gli effetti anticoncorrenziali, sia direttamente, che indirettamente;
2. se la Corte di primo grado ha correttamente reputato come non soddisfatto l'onere probatorio dei convenuti;
3. se la Corte di primo grado, avendo accertato risultati fattuali incontrovertibili ed incontestabili, ha correttamente reputato che gli obiettivi della NEA potessero essere conseguiti con misure o modalità meno restrittive della NEA stessa.

Per quanto riguarda l'onere probatorio, preme evidenziare che, come è naturale pensare, agli attori spetta la prova degli effetti anticoncorrenziali, mentre ai convenuti incombe dimostrare che gli asseriti effetti anticoncorrenziali producessero, invero, effetti benefici per la concorrenza e per i consumatori.

La NEA ha eliminato la concorrenza tra i partecipanti alla alleanza. Lo stesso Amministratore delegato di JetBlue ha ammesso che le due società non avrebbero dovuto competere tra di essi negli Stati Uniti nord-orientali. Tale dichiarazione viene utilizzata quasi come avente un valore confessorio, nel ricostruire i presupposti per dichiarare la NEA una intesa vietata. Le alleanze già esistenti non avevano mai eliminato completamente la reciproca concorrenza, elemento che, invero, rimane imprescindibile per poter qualificare come lecite le alleanze. Ebbene, nel processo di primo grado, la Corte distrettuale ha rilevato come la NEA avesse totalmente eliminato la concorrenza delle imprese partecipanti. Attraverso la NEA, invero, le parti dell'accordo hanno esercitato un potere di mercato, aumentando i prezzi e disincentivando la reciproca concorrenza, sino ad

eliminarla totalmente. L'accumulo di potere di mercato, dunque, comporta un sostanziale effetto anticoncorrenziale, vietato dalla normativa e dal diritto antitrust.

Prima della NEA, American Airlines e JetBlue erano in forte concorrenza l'uno con l'altro. Il ruolo di JetBlue nel mercato, quale impresa *low cost*, era rilevante, in quanto in grado di poter modificare i prezzi al ribasso, favorendo così gli interessi dei consumatori. A tal proposito, la Corte ha affermato che è stato empiricamente provato che l'entrata in un mercato da parte di JetBlue determinava il ribasso dei prezzi, mentre nel momento in cui essa usciva, i prezzi salivano. Tale meccanismo veniva chiamato "JetBlue effect": JetBlue, quale impresa che applicava prezzi *low cost*, era in grado di abbassare il prezzo complessivo del mercato, in quanto proponente delle tariffe ridotte per gli utenti del servizio. La politica aggressiva di JetBlue aveva degli importanti impatti sul mercato e, in sostanza, concorreva a creare delle condizioni concorrenziali benefiche per gli utenti del servizio. Tale effetto era dovuto al modello di impresa di JetBlue, nel quale vi sono bassi costi di struttura, che gli permettevano di fissare prezzi bassi. JetBlue veniva considerata una impresa caratterizzata dal c.d. "*disruptive role*" (o "*Maverick firm*"), con la funzione di alterare le condizioni di mercato, nell'ottica di fornire servizi o beni a costo basso, con l'effetto di ridurre il prezzo complessivo del mercato e, di conseguenza, di aumentare l'utilità globale dei consumatori. Le *Maverick firm* vengono considerate degli operatori essenziali all'interno del mercato, poiché riescono a modificare i prezzi a vantaggio dei consumatori. Perciò, JetBlue assumeva una importante funzione all'interno del mercato dei vettori aerei, riuscendo a modificare i prezzi verso il basso, incrementando l'utilità dei consumatori e, allo stesso tempo, riducendo le eventuali barriere all'ingresso nel mercato. Il *disruptive role* di JetBlue deriva dal suo modello di *business* e di politiche commerciali, consistenti e tendenti ad offrire servizi aerei *low cost*. La sentenza in commento ha affermato che, secondo la giurisprudenza statunitense (cfr. *United States contro H&R Block, Inc.*), le imprese che detengono un ruolo c.d. "dirompente" all'interno del mercato possono creare benefici per consumatori e per le altre imprese, per quanto concerne le politiche di prezzo.

In sostanza, la concorrenza tra JetBlue e American Airlines aveva creato delle condizioni ottimali ed un complessivo miglioramento dei rispettivi servizi, incrementando così l'utilità dei consumatori. Le parti dell'alleanza, prima della nascita della stessa, avevano l'intenzione di espandersi negli Stati Uniti nord-orientali. Prima ancora della costituzione della NEA, le parti avevano già tentato di creare una alleanza simile alla NEA: si parlava, infatti, di creare la "East Coast International Alliance", similmente ad una alleanza già esistente, la "West Coast International Alliance", intercorrente tra American Airlines e Alaska Airlines. La Corte, tuttavia, ha rilevato come la NEA non avesse i caratteri propri della "West Coast International Alliance", ma sembrerebbe atteggiarsi come un unico centro di imputazione di interessi e di manifestazione di volontà. A tal proposito, le parti costituenti la NEA si sono comportate come se fossero un unico soggetto, avviando delle politiche commerciali unitarie.

Nella sentenza in commento, si parla addirittura di una "quasi-fusione" ("*a merger-like arrangement*") per evidenziare l'elevato grado di coordinamento produttivo tra le due imprese. Tale qualifica, infatti, parrebbe evincibile dalla circostanza che, nella NEA, le parti dell'alleanza hanno

totalmente eliminato la concorrenza reciproca tra essi e che le due imprese agissero come un unico soggetto nel mercato degli Stati uniti nord-orientali. Infatti, la Corte ha affermato che, negli aeroporti di Boston, di New York e negli aeroporti di Newark, la NEA agiva come una vera e propria compagnia aerea unica. In realtà, non può parlarsi tecnicamente di una fusione, poiché la stessa presuppone la nascita di un nuovo soggetto, con eliminazione delle soggettività giuridiche dei soggetti fusi, ovvero una incorporazione di una società rispetto all'altra. Quello che la Corte sembrerebbe dire è che le politiche commerciali di entrambe le società erano così reciprocamente coordinate da creare una volontà strettamente correlata ad uno scopo unitario, in quanto convergenti ad obiettivi e fini intrecciati e comuni. Volendo qualificare giuridicamente la NEA con le categorie dell'ordinamento giuridico italiano, si può supporre che la stessa sia configurabile come una specie di consorzio, nel quale le imprese partecipanti, pur mantenendo la propria autonoma soggettività giuridica, coordinano reciprocamente le proprie attività produttive, ovvero, in alternativa, come un contratto di rete. In ogni caso, la NEA costituisce una concentrazione orizzontale tra imprese, un accordo restrittivo della concorrenza tra due o più imprese che mantengono comunque la propria soggettività giuridica.

La creazione della NEA ha comportato l'allocazione del mercato. Le imprese della NEA hanno suddiviso il mercato con lo scopo di assegnare ad ogni singolo mercato un solo vettore tra i due partecipanti della NEA. Uno dei due partecipanti, infatti, cedeva all'altro la totalità delle rotte nel mercato interessato, lasciando a quest'ultimo una posizione di sostanziale dominio nel mercato, non dovendosi confrontare in concorrenza con l'altro *partner* commerciale. Tale accordo aveva carattere reciproco e, pertanto, in taluni scali una delle due parti lasciava all'altro la totalità del mercato e, di converso, accadeva il contrario in altri scali. Come effetto collaterale, l'allocazione del mercato ha attenuato la capacità delle rotte degli Stati uniti nord-orientali. Tale effetto è dovuto al fatto che nei mercati considerati, la mancanza di una delle imprese della NEA ha di fatto ridotto la capacità complessiva degli aeroporti.

Peraltro, tali effetti si sono rivolti negativamente nei confronti di JetBlue. Per JetBlue, la NEA ha comportato un aumento dei costi e una riduzione delle possibilità di accedere a nuovi mercati. Tali effetti hanno diminuito la capacità di JetBlue di comportarsi come una "*disruptive firm*". La NEA, tuttavia, aveva impostato delle politiche comuni finalizzate a privare JetBlue del suo ruolo "*dirompente*"; la situazione descritta era stata determinata dall'assenza di una continua concorrenza tra le due imprese, le quali hanno agito come un unico soggetto all'interno del mercato di riferimento. La sentenza ha accertato, come già effettuato dalla sentenza di primo grado, che l'effetto anticoncorrenziale non fosse circoscritto alla concorrenza tra le due imprese (c.d. concorrenza *end to end*), ma che fosse estesa in modo generalizzato a tutto il mercato. Ciò ha altresì ridotto la qualità dei servizi di JetBlue, aumentando, peraltro, ulteriori effetti negativi: è stato, ad esempio, ravvisato un incremento significativo dell'*overbooking*.

Per imputare la responsabilità conseguente la violazione del diritto antitrust, la Corte ha accertato che gli attori hanno soddisfatto l'onere della prova degli effetti concorrenziali negativi della NEA, nel rispetto del criterio della *rule of reason*. In particolare, agli attori spettava l'onere di provare

che la intesa restrittiva producesse effetti anticoncorrenziali negativi irragionevoli; dall'altro lato, i convenuti dovevano provare l'esistenza di effetti concorrenziali positivi, ovvero che gli effetti anticompetitivi fossero ragionevoli. Nella specie, gli attori sono riusciti a dimostrare che gli effetti e l'efficienza procompetitiva fosse ragionevolmente raggiungibile con mezzi meno restrittivi della concorrenza. In particolare, nel bilanciamento tra gli effetti negativi e quelli positivi per la concorrenza, si è provato che i primi superassero e prevalessero sui secondi. La Corte ha così accertato che la NEA avesse danneggiato la concorrenza. I danni alla concorrenza sono stati ravvisati innanzitutto con la eliminazione della concorrenza diretta tra American Airlines e JetBlue: la Corte ha affermato come la NEA operasse come una unica compagnia aerea nel mercato degli Stati Uniti nord-orientali; in secondo luogo, la NEA ha indebolito il ruolo dirompente di JetBlue nel mercato. Infine, il mercato è stato allocato tra le due imprese partecipanti alla NEA, esercitando, in tal modo, un potere di mercato illegittimo. Il potere di mercato è stato esaminato nell'ottica del mercato rilevante accertato dalla Corte: sotto il profilo del prodotto, lo stesso coincide con il servizio aereo passeggeri di linea; sotto il profilo geografico, il mercato rilevante è stato individuato nelle rotte tra New York e Boston. L'esercizio di tale potere di mercato ha determinato delle forti barriere all'ingresso nei mercati di riferimento, atteso che la NEA deteneva una quota di mercato dominante. La quota detenuta era così alta da scoraggiare l'entrata nel mercato da parte di altre imprese. La presenza negli scali degli Stati Uniti nord-orientali, infatti, ha determinato una situazione di sostanziale scarsità di gates e slots in tali aeroporti, impedendo ad altre imprese di potersi interfacciare nel mercato. Tale situazione determinava una significativa influenza dei prezzi, visto anche l'indebolimento del ruolo dirompente di JetBlue. In tal modo, la NEA ha potuto esercitare un potere di mercato, con l'effetto di fissare il prezzo e la produzione. Peraltro, per effetto della già citata riduzione della capacità degli aeroporti, l'alleanza ha altresì determinato una riduzione complessiva della produzione. La NEA, quindi, ha cagionato un grave danno alla concorrenza e agli interessi dei consumatori e degli utenti finali del servizio. Del resto, in giudizio è stato dimostrato che la compartecipazione agli utili, da parte di entrambe le imprese dell'alleanza, spingeva le stesse ad incrementare i prezzi del servizio.

Pertanto, dato che gli attori hanno positivamente soddisfatto il proprio onere probatorio, spettava ai convenuti dimostrare l'esistenza di effetti benefici per la concorrenza. Le difese dei convenuti non sono state ritenute convincenti. In primo luogo, sulla base delle risultanze fattuali, la Corte ha rigettato la tesi dei convenuti, secondo cui la NEA avrebbe massimizzato le utilità dei consumatori. Dal compendio probatorio è emerso che lo scopo sottostante alla NEA fosse anticoncorrenziale. La Corte ha confutato le ricostruzioni dei convenuti, ritenendo che la NEA avesse provocato dei seri danni alla concorrenza. La Corte ha affermato che la NEA non avesse elementi innovativi per i passeggeri, posto che, in ogni caso, l'oggetto del trasporto veniva eseguito senza innovare l'erogazione del trasporto. In tal senso, pertanto, la NEA non ha rivoluzionato in alcun modo il servizio. Né la NEA ha incrementato la propria attrattività e fidelizzazione nei confronti degli utenti finali del servizio. La NEA ha avuto, come principale effetto, quello di rendere più economicamente potenti le imprese partecipanti all'alleanza, esercitando un potere di mercato

significativo. Allo stesso modo, sia la Corte distrettuale, che la Corte in appello, hanno rigettato l'idea che la NEA abbia incrementato la capacità degli aeroporti degli Stati Uniti nord-orientali. Invero, come era stato già detto in precedenza, la NEA aveva diminuito tale capacità per effetto della eliminazione, in determinati scali, di una delle due compagnie della NEA. Sotto tale profilo, i giudici hanno accertato come la capacità di taluni scali fosse stata artificialmente incrementata, attraverso il trasferimento di velivoli della NEA da uno scalo all'altro. I convenuti hanno dichiarato che la NEA avrebbe allargato le proprie flotte, producendo un effetto benefico per la concorrenza, dato dall'acquisto di nuovi beni. Tuttavia, è stato provato che un simile effetto era stato programmato prima della costituzione della alleanza, sicché solo parzialmente la NEA aveva contribuito all'allargamento delle flotte. Inoltre, l'incremento del mercato degli Stati Uniti nord-orientali, vantato dai partecipanti alla NEA, non dipendeva tanto dalla presenza della NEA, quanto da altri fattori, già presenti prima della NEA. Infine, le imprese convenute hanno detto che la NEA avrebbe indotto nuove rotte aeree, ma tale elemento non è stato sufficientemente provato.

4.1. Il modello di alleanza tra vettori aerei ritenuto legittimo dalla Corte

La NEA, dunque, è stata giudicata come una intesa restrittiva della concorrenza illecita, in quanto determinante una serie di effetti negativi per la concorrenza. In proposito, la Corte, nel motivare la propria decisione, ha individuato un modello di alleanza meno restrittivo della concorrenza, che le parti avrebbero potuto impiegare per evitare di porre in essere una intesa non consentita. Il modello di alleanza rinvenuto è quello della "West Coast International Alliance", tra American Airlines e Alaska Airlines. Tale alleanza prevedeva accordi di *code sharing*, reciproci accessi ai programmi di *frequent flyers* ed una compartecipazione agli utili più limitata, non prevedendo una allocazione del mercato e, in definitiva, il permanere del regime di concorrenza. Le imprese convenute avrebbero potuto utilizzare il modello descritto per evitare di incorrere in una intesa restrittiva illecita.

L'allocazione del mercato prevedeva una distribuzione delle rotte disponibili attraverso la divisione del mercato rilevante mediante l'assegnazione, a ciascun membro dell'alleanza, di un preciso scalo aeroportuale. All'interno di ciascuno scalo, assegnato pattiziamente ad uno dei vettori, l'altro si ritirava, lasciando all'altro la possibilità di condurre la propria attività indisturbato, senza la presenza ingombrante dell'alleato, ma al contempo *competitor*, della alleanza.

In verità, secondo quanto risulta provato, in origine le parti avrebbero voluto creare una alleanza che fosse simile alla West Coast International Alliance, prevedendo delle modalità analoghe e con scopi affini. Tuttavia, le parti hanno poi deciso di creare una alleanza molto più dannosa per la concorrenza.

4.2. La tutela dei consumatori

Gli attori hanno provato che attraverso la NEA i partecipanti alla alleanza hanno aumentato i prezzi generali nel mercato. Infatti, la partecipazione congiunta agli utili, permetteva alle due imprese di coprire le perdite comuni mediante l'aumento del prezzo. Di contro, i partecipanti alla NEA non sono riusciti a provare che gli effetti sul prezzo e sulla produzione non fossero pregiudizi alla concorrenza, atteso che le prove dimostrano il contrario.

Attraverso l'esame delle evidenze probatorie è stato provato che la condotta dei convenuti fosse pregiudizievole per la concorrenza. I convenuti hanno accusato che l'accertamento della Corte distrettuale fosse avvenuto attraverso il criterio del c.d. *quick look*, in base alla quale determinate condotte possono risultare agevolmente contrarie alla concorrenza²⁷. Tale criterio si distingue dalla "*per se unlawful*", in base alla quale determinate condotte sono automaticamente contrarie alla concorrenza, ma anche dal criterio della *rule of reason*, che presuppone un accertamento pieno e complesso con elevato grado di certezza. Il *quick look*, dunque, è un criterio intermedio tra la *rule of reason* e la *per se unlawful*²⁸, in quanto non si limita a censurare automaticamente determinate condotte, ma sanziona dei comportamenti che *prima facie*, all'esito di un accertamento sommario, possano risultare contrastanti con la tutela della concorrenza.

Pertanto, attraverso l'utilizzo del criterio *quick look*²⁹, si vuol contestare la pienezza dell'istruttoria del procedimento, inducendo così il giudice di appello a considerare come insufficienti le prove prodotte dagli attori. Sul punto, la Corte ha dichiarato come il giudice di prime cure non avesse applicato la regola del *quick look*, troncando così l'istruttoria del procedimento, ma ha proceduto ad analizzare la fattispecie secondo la pienezza della regola della *rule of reason*: il giudice di primo grado, difatti, ha identificato il prodotto e l'area geografica dei rilevanti mercati, ha riscontrato l'esistenza del potere di mercato, ha accertato un danno anticoncorrenziale sulla base di prove sia dirette che indirette, ha esaminato con attenzione le giustificazioni dei convenuti, ha effettuato accertamenti concreti su alternative meno restrittive³⁰.

La Corte ricorda che, secondo la giurisprudenza³¹, la prova della responsabilità in materia antitrust può essere assolta da una condotta automaticamente illecita (c.d. *unlawful purpose*), ovvero anche in presenza di effetti anticoncorrenziali creati dal comportamento tenuto dalle parti. Allo

27. Per un approfondimento, vedi J. BERMAN, *The Failure of "Quick-Look" Analyses of Antitrust Claims*, in *American University Business Law Review*, 4(2), 2015, p. 297-331.

28. Cfr. M. R. SHULMAN, *The quick look rule of reason: retreat from binary antitrust analysis*, in *The Sedona Conference Journal*, 2, 2001, p. 89.

29. Cfr. A. J. MEESE, *Against The Sliding Scale*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 173 (1), 2025.

30. Cfr. A. L. WICKELGREN, *Determining the Optimal Antitrust Standard: How to Think About Per Se Versus Rule of Reason*, in *S. Cal. L. Rev. Postscript*, Vol. 85 (PS 52), 2012, spec. p. 53 ss., sull'inadeguatezza, nei casi più complessi, del criterio del "*per se unlawful*".

31. Cfr. Bd. Of Trade of City of Chi. Vs United States, 1918.

stesso modo, la Corte ricorda che è irrilevante che le parti siano animate da buone intenzioni, risultando unicamente rilevante il risultato concretamente prodotto³².

Pertanto, all'esito di tale accertamento, la Corte ha affermato come gli effetti sul prezzo e sulla produzione fossero nocivi per la concorrenza. Oltre al criterio *quick look*, la Corte ha impiegato il criterio del *per se unlaw* per accertare la contrarietà della alleanza alla normativa vigente in materia concorrenziale. In particolare, la Corte ha dichiarato come l'allocazione del mercato e la divisione degli utili fossero condotte automaticamente contrastanti con la concorrenza³³. I convenuti hanno cercato di dimostrare che, anche durante la NEA, ciascun vettore ha continuato a fissare autonomamente i prezzi. Invero, dalle prove raccolte è emerso il contrario: attraverso il criterio della *rule of reason*, in particolare, è risultato come le politiche di prezzo non fossero determinate autonomamente da ciascuna società, bensì dall'alleanza stessa. L'eliminazione della reciproca concorrenza è stata giudicata come il più significativo effetto anticoncorrenziale secondo la Corte, citando, a tal proposito, la Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Lexington Bank* (1964). Sotto il profilo probatorio, l'attore assolve all'onere probatorio se dimostra la cessazione della concorrenza da parte dei convenuti³⁴, spettando poi al convenuto dimostrare che l'intesa abbia prodotto effetti favorevoli alla concorrenza ed ai consumatori. Allo stesso modo, i convenuti non sono riusciti a dimostrare alcun effetto benefico per la concorrenza. Dalle risultanze istruttorie è stato provato che la NEA avesse la capacità di fissare la quantità dei voli, mediante l'allocazione dei voli, il potere di determinare i prezzi e di dividere gli utili tra i partecipanti. Tali effetti non solo hanno diminuito e scoraggiato la concorrenza all'interno degli aeroporti degli Stati Uniti nord-orientali, ma hanno insoddisfatto la domanda dei consumatori. La NEA, infatti, non ha previsto alcun effetto innovativo rispetto i consumatori, comportando una ordinaria e normale esecuzione del servizio del trasporto aereo, senza prevedere vantaggi di sorta per i consumatori. Inoltre, non solo le modalità di prestazione del servizio aereo non sono mutate, ma i prezzi erano destinati ad aumentare, anche per effetto del depotenziamento del ruolo "dirompente" di JetBlue, quale impresa a prezzi *low cost* che avrebbe dovuto indurre a ridurre il prezzo globale del servizio.

Nel dettaglio, la Corte afferma che la NEA ha ridotto concretamente le scelte dei consumatori, in ragione della allocazione degli *slots*, limitando così le scelte disponibili per i consumatori. Tale effetto ha comportato una indebita interferenza con le scelte dei consumatori, cagionando così un rilevante pregiudizio alla concorrenza e agli utenti³⁵. Egualmente, la NEA ha ridotto la produzione complessiva nel mercato di riferimento, diminuendo gli *slots* e le rotte negli scali aeroportuali considerati: in particolare, secondo gli accordi dell'alleanza, nei vari scali interessati, uno dei due vettori si ritirava in uno specifico scalo, lasciando all'altro la possibilità di operare senza

32. *Ibidem*.

33. Cfr. *Palmer vs BRG of Georgia, Inc.*, 1990, *Citizen Pub. Co. vs United States*, 1969.

34. Cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti *United States vs Rockford Mem'l Corp.*

35. Cfr. *Glen Holly Ent., Inc. vs Tektronix, Inc.*, 2003, *United States vs Dentsply Int'l, Inc.*, 2005.

la presenza dell'alleato; lo schema descritto operava reciprocamente e, quindi, ove non era presente JetBlue, rimaneva American Airlines e viceversa. In tal modo, la Corte ha dichiarato che un simile meccanismo avesse ridotto la produzione complessiva nel mercato di riferimento, atteso che l'assenza di una delle due compagnie determinava una diminuzione dei voli disponibili all'interno del mercato globalmente considerato. E tale riduzione si rifletteva anche nelle scelte dei consumatori, fattualmente ridotte per effetto della mancanza di uno dei due vettori negli scali ove operava l'altro.

4.3. Il danno alla concorrenza ed al mercato

La sussistenza dei danni al mercato è stata provata sia direttamente, attraverso le risultanze probatorie raccolte nei due gradi di giudizio, sia indirettamente, mediante la dimostrazione dell'esercizio di un vero e proprio potere di mercato. Il potere di mercato, come già detto, è l'attitudine di taluni operatori economici di influenzare il mercato, ad esempio fissando direttamente il prezzo e a provocare altri effetti rilevanti, quale, ad esempio, la realizzazione di barriere all'ingresso. L'esistenza del potere di mercato viene valutato secondo il criterio della *rule of reason*: il potere di mercato provoca con palmare evidenza il danno concorrenziale al mercato.

Ebbene, gli attori hanno dimostrato come il potere di mercato sia stato esercitato dalla NEA e dai suoi componenti. L'approccio probatorio degli attori non si è limitato a dimostrare l'esistenza di un potere di mercato, ma ha altresì compreso la dimostrazione della potenzialità anticoncorrenziale del contengo dei componenti della NEA. L'onere probatorio, quindi, è stato soddisfatto con un approccio indiretto, il quale, valutato alla luce della *rule of reason*, ha condotto a provare come la NEA producesse effetti distorsivi per la concorrenza. La Corte ha affermato che un simile approccio fosse corretto rispetto alla giurisprudenza in materia antitrust³⁶.

Secondo la Corte, il potere di mercato può essere dimostrato attraverso due criteri alternativi. Un primo criterio si fonda sulla dimostrazione di due elementi essenziali³⁷:

- una sufficiente percentuale della quota di mercato rilevante;
- l'esistenza di barriere all'ingresso nel mercato.

In alternativa, il potere di mercato può essere dimostrato laddove un operatore economico sia in grado di influire sulla formazione del prezzo, ovvero di escludere altri operatori dal mercato³⁸. Nel caso di specie, la complessiva condotta della NEA ha comportato l'esercizio del potere di mercato, accertato attraverso entrambi i criteri summenzionati. Quindi, l'esercizio del potere di mercato avveniva attraverso un controllo diretto del mercato, esercitato con la titolarità di una rilevante quota di mercato, capace di incidere sulla formazione del prezzo, determinando barriere all'ingresso.

36. Cfr. *Addamax Corp vs Open Software Found, Inc.*, 1998, *Realcomp II, Ltd. Vs FTC*, 2011.

37. Cfr. *E. Food Servs., Inc. vs Pontifical Cath. Univ. Servs. Ass'n, Inc.*, 2004.

38. Cfr. *United States vs Visa U.S.A., Inc.*, 2003.

4.4. Le carenze probatorie dei convenuti

I convenuti non sono riusciti a fornire la prova contraria avverso alle prospettazioni degli attori. In particolare, i convenuti dovevano provare l'esistenza di effetti benefici per la concorrenza e per i consumatori.

In merito, American Airlines non è riuscita a disattendere le risultanze probatorie del processo di primo grado concernenti la quota di mercato detenuta, così come l'esistenza di barriere all'ingresso nel mercato: per entrambi i criteri ne è stata dimostrata la sussistenza, provando, quindi, come la NEA abbia significativamente determinato un pregiudizio alla concorrenza. Per quanto riguarda la quota di mercato, è stato dimostrato che la NEA avesse una quota di mercato che superasse la soglia minima imposta per valutare l'esistenza del potere di mercato³⁹. La Corte distrettuale ha altresì provato che le limitazioni imposte dalla NEA agli *slots* e ai *gates* impedisse agli altri vettori di poter entrare nel mercato. Allo stesso modo, i vettori della NEA erano in grado di determinare la formazione del prezzo finale del mercato. In definitiva, nel giudizio di appello in commento, è stato affermato che il giudice di prime cure fosse riuscito a provare l'esercizio del potere di mercato attraverso entrambi i criteri delineati dalla giurisprudenza.

American Airlines, inoltre, ha affermato che in primo grado il giudice avrebbe ommesso di individuare concretamente la prova del danno alla concorrenza. Secondo le prospettazioni dei convenuti, infatti, l'unico modo di provare il danno alla concorrenza era provare effettivamente l'aumento di prezzo, ovvero la riduzione della produzione. La Corte confuta le argomentazioni dei convenuti, ritenendo che fossero provati entrambi gli effetti anticoncorrenziali. Con l'utilizzo della *rule of reason*, gli effetti anticoncorrenziali accertabili non sono solo quelli della limitazione della produzione e dell'aumento del prezzo, ma ne possono essere individuati una molteplicità di altri. La Corte afferma che, attraverso l'utilizzo della *rule of reason*, la giurisprudenza ha individuato una serie di effetti anticoncorrenziali diversi dal solo aumento del prezzo e della diminuzione della produzione. Ad esempio, la Corte ricorda come sia stata giudicata contraria alla concorrenza un accordo tra società e professionisti dentisti sulla fornitura di raggi X, anche in assenza di un aumento di prezzi, in quanto si trattava di una intesa fortemente restrittiva della concorrenza e sulla fornitura di tali beni⁴⁰; allo stesso modo, è stata considerata contraria alla normativa concorrenziale la regola della *National Football League* (NFL) che proibiva la vendita al pubblico delle quote e delle azioni delle squadre della NFL, in quanto restrittiva delle scelte dei consumatori, anche in assenza di effetti sui prezzi⁴¹.

Pertanto, l'accertamento della illiceità di una intesa restrittiva della concorrenza non dipende esclusivamente dagli effetti sulla produzione e sul prezzo. Invero, la flessibilità della *rule of reason* permette di poter verificare la liceità di una intesa attraverso una molteplicità di criteri, senza il

39. Negli scali considerati, la quota di mercato variava dal 30 al 96% circa delle rotte.

40. Cfr. *FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 1986.

41. Cfr. *Sullivan v. NFL*, 1994.

ricorso a meccanismi e schemi rigidi e formali, ma mediante un esame penetrante e funzionale ad accertare che le singole intese rispettino le condizioni dettate dalla normativa antitrust. Ed infatti, la Corte Suprema ha avuto modo di precisare che, sulla base del criterio della *rule of reason*, può risultare addirittura più significativamente dannoso per la concorrenza un accordo restrittivo che abbia determinato prezzi o livelli produttivi non rispondenti agli interessi dei consumatori, rispetto al semplice effetto di aumento dei prezzi o diminuzione della produzione⁴².

I convenuti, inoltre, hanno cercato di contestare il corredo probatorio degli attori, ritenendo che le prove fondate su un approccio empirico non fossero adeguate a dimostrare i presupposti per accertare la violazione della normativa antitrust. In merito, la Corte ha affermato che una simile ricostruzione risulta priva di pregio, poiché si scontra con la prassi e la giurisprudenza in materia. La Corte, sul punto, ha dichiarato come fosse eccessivamente difficoltoso, se non impossibile, accertare il danno alla concorrenza in modo assolutamente preciso: tale difficoltà è stata ravvisata nella possibilità di isolare gli effetti del mercato per esaminare il comportamento degli operatori economici circa l'andamento della produzione e del prezzo. Ad esempio un prezzo apparentemente costante nel tempo può mascherare un danno alla concorrenza, laddove la concorrenza avrebbe abbassato il prezzo considerato. Un simile dato è di difficile accertamento, se non attraverso criteri empirici, e si presta altresì ad alterazioni, proprio durante la pendenza di un procedimento giudiziario. Peraltro, nel caso specifico della NEA, mancano alcuni dati riferibili al periodo pandemico e post-pandemico, rendendo così arduo verificare in modo assolutamente preciso gli effetti sui prezzi e sulla produzione.

Pertanto, viste le prove a favore degli attori, i convenuti si sono trovati nella ardua posizione di dover provare effetti benefici alla concorrenza. Sotto tale profilo, i convenuti non sono riusciti a provare che vi fosse una diretta connessione tra le restrizioni pattuite con la NEA e la domanda dei consumatori. Inoltre, i convenuti non sono riusciti a provare che i nuovi voli e rotte programmate fossero efficienti e che non sarebbero stati istituiti anche in mancanza della NEA.

Inoltre, l'assenza di benefici concorrenziali è stata dimostrata anche attraverso la consulenza tecnica operata nel corso del giudizio. I convenuti hanno presentato una relazione nella quale vi era un raffronto comparativo tra in uno scenario in cui è presente la NEA ed uno scenario in cui essa è assente. Il consulente tecnico delle parti ha cercato di dimostrare effetti economici positivi, attraverso l'aumento del traffico generato nella simulazione in cui era presente la NEA, convertiti poi economicamente in dollari. Tale consulenza, tuttavia, è stata giudicata inaffidabile e sostanzialmente irrealizzabile, in quanto lo scenario senza NEA tiene conto dei dati antecedenti alla NEA stessa, senza, dunque, considerare gli elementi economici che si sarebbero potuti generare, come ad esempio l'aumento della flotta, già programmato prima della istituzione della NEA. La Corte ha disatteso le prospettazioni dei convenuti, ritenendo che la NEA non avesse provocato alcun effetto concorrenziale positivo. A tal proposito, la Corte ha preso a riferimento i seguenti elementi e criteri:

42. Cfr. *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 1984.

1. inattendibilità del consulente: il consulente tecnico di parte avrebbe già collaborato con le imprese facenti parte della NEA e, pertanto, non è stato considerato affidabile nella redazione della propria consulenza. A tal fine, si è ritenuto che la consulenza dei convenuti si basava sull'idea che il settore del trasporto aereo sarebbe tornato nelle condizioni economiche pre-pandemiche, circostanza disattesa dalla Corte distrettuale di primo grado;
2. capacità di volo: i convenuti hanno dichiarato che avrebbero soddisfatto il loro onere probatorio, dimostrando le differenze di capacità prima e dopo la costituzione della alleanza: secondo i convenuti, la NEA avrebbe incrementato la capacità delle compagnie aeree interessate. Tuttavia, la Corte ha ritenuto non provata una simile correlazione, tra l'incremento della capacità e l'esistenza della NEA. Il mero fatto che tra il 2021 ed il 2022 sia aumentato il traffico e la capacità aerea non è dimostrato che esso sia dipeso dalla presenza della NEA, poiché tale effetto si sarebbe verosimilmente verificato in virtù della ripresa della industria aeronautica, successivamente al termine dell'emergenza pandemica.
3. flotte: la Corte ha ritenuto che la NEA non avesse provocato un aumento delle rispettive flotte. La crescita delle flotte dei partecipanti, prospettata dai convenuti, non è stata provata come effetto conseguente e correlato alla istituzione della NEA; infatti, tale allargamento risultava programmato già prima della costituzione della NEA. Peraltro, sembrerebbe che, per modificare artificialmente i dati a proprio favore, i convenuti avrebbero spostato degli aeromobili nelle rotte e negli scali degli Stati uniti nord-orientali, al fine di provare la esistenza di effetti economici positivi creati dalla NEA. Parimenti, le cessioni di aeromobili effettuate durante la pendenza del procedimento giudiziario, sono state ritenute artificiali, finalizzate a far ridurre e limitare l'effetto anticoncorrenziale dell'intesa. Allo stesso modo, la Corte distrettuale ha ravvisato che una modalità meno restrittiva della NEA avrebbe potuto garantire un effettivo aumento della capacità dei convenuti e, in generale, del mercato, poiché sarebbero stati sterilizzati gli effetti restrittivi provocati dalla NEA;
4. rotte: la Corte ha dichiarato che i convenuti non hanno dimostrato che le nuove rotte dipendessero dalla costituzione della NEA, ma, anzi, anche in questo caso parrebbe che l'istituzione delle nuove rotte fosse già programmata da tempo;
5. ottimizzazione dei voli di linea e del *network*: la Corte ha rigettato l'idea secondo cui la NEA avesse incrementato ed ottimizzato i voli di linea, posto che l'allocatione del mercato non era in grado di produrre un simile effetto. In particolare, è stato provato che la suddivisione del mercato tra i partecipanti alla NEA non fosse in grado di promuovere l'offerta di voli competitivi e che, in sostanza, la NEA non abbia rivoluzionato l'offerta del servizio;
6. benefici per i programmi di *frequent flyer*: infine, la Corte ha rilevato come la NEA non avesse prodotto alcun beneficio per i titolari di programmi *frequent flyer*. Tale assenza costituisce un'altra prova dell'assenza di effetti positivi per i consumatori e gli utenti finali del servizio. Invece, la simulazione del consulente tecnico d'ufficio⁴³ ha riscontrato una serie di pregiudizi alla concorrenza e al mercato, come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

43. Si fa riferimento al Dott. Miller, il consulente tecnico del procedimento.

Infine, la Corte ha rigettato la tesi secondo cui l'alleanza avrebbe permesso alle imprese partecipanti di spiegare un potenziale concorrenziale in altre aree geografiche, diverse dal mercato di riferimento. In effetti, non è possibile giustificare le restrizioni concorrenziali attraverso potenziali effetti concorrenziali in altre aree, laddove sia pregiudicata la concorrenza in uno dei mercati rilevanti in cui la restrizione opera. In altri termini, non è possibile giustificare restrizioni in determinati mercati rilevanti, laddove si incrementi la capacità concorrenziale in altri mercati rilevanti.

4.5. *Le potenziali minacce alla concorrenza*

La Corte ha, inoltre, rilevato come gli attori fossero riusciti a soddisfare un ulteriore criterio riferibile all'approccio probatorio indiretto. In particolare, attraverso l'approccio indiretto, gli attori sono riusciti a provare che la NEA avesse prodotto non solo danni concreti alla concorrenza, ma anche minacce virtuali alla stessa⁴⁴. In primo luogo, la Corte ha ricordato come taluni pregiudizi alla concorrenza, quali la eliminazione reciproca alla concorrenza, l'indebolimento del ruolo di JetBlue e l'allocatione del mercato, avessero prodotto la riduzione complessiva della produzione e l'aumento del prezzo globale. In aggiunta a tali effetti, se ne sarebbero prodotti degli ulteriori. Il ridimensionamento della funzione svolta da JetBlue, ad esempio, avrebbe ridotto ulteriormente la concorrenza tra le imprese e determinato una ulteriore crescita del prezzo. La pressione sul prezzo, ovviamente in aumento, sembrerebbe essere stata provata dalle risultanze probatorie acquisite; in particolare, un simile effetto sarebbe destinato ad essere incrementato se la NEA non fosse stata sanzionata. Questa tendenza allo incremento del prezzo, inoltre, era dovuta altresì dalla compartecipazione agli utili. La tendenza all'aumento del prezzo è dimostrata dalla circostanza che la convenienza all'aumento del prezzo è sorta solamente per effetto delle politiche congiunte comuni da parte dei partecipanti alla NEA. Precedentemente, infatti, non v'era convenienza ad attuare politiche di aumento di prezzo, attuabili solo da American Airlines, atteso che JetBlue operava in modo tale da poter solamente produrre un effetto di riduzione complessiva del prezzo. In ogni caso, per American Airlines non sarebbe stato conveniente aumentare il prezzo, in quanto, in virtù del ruolo "dirompente" di JetBlue, American Airlines avrebbe verosimilmente diminuito le vendite totali, posto che, presenza di un aumento di prezzo alle condizioni precedenti alla NEA, la domanda si sarebbe probabilmente rivolta verso altri operatori del settore. A differenza della consulenza tecnica presentata dai convenuti, la consulenza tecnica d'ufficio ha dimostrato una serie di danni alla concorrenza, al mercato e ai consumatori. Il consulente d'ufficio ha ipotizzato che l'aumento tendenziale di prezzo potesse produrre un danno complessivo di almeno 627 milioni di dollari. Il consulente tecnico ha dimostrato che la NEA ha complessivamente aumentato la crescita del prezzo, a danno dei consumatori finali del servizio. Inoltre, la NEA ha rafforzato le barriere all'ingresso nel mercato, rendendo più difficile la possibilità per gli

44. In particolare, la Corte parla di "threatened effects".

operatori di poter accedere agli scali aeroportuali degli Stati uniti nord-orientali; di conseguenza, la condotta della NEA ha arrecato un grave nocumento alla possibilità di accedere al mercato, producendo l'effetto limitante di ridurre la trasferibilità degli *slots* agli altri vettori concorrenti.

4.6. La NEA quale joint venture

Una delle difese avanzate dai membri della NEA era quella secondo cui l'alleanza fosse qualificabile come una "*joint venture*". In tal modo, secondo le difese dei convenuti, si sarebbe spiegato la riduzione della competitività tra le due imprese partecipanti alla NEA e la relativa compartecipazione agli utili. La qualità di *joint venture*, secondo i convenuti, escluderebbe l'illiceità della propria attività, posto che è nella natura delle *joint venture* ridurre la concorrenza reciproca tra le imprese ivi partecipanti.

La Corte ha dichiarato, ciò nonostante, che la mera denominazione della NEA quale "*joint venture*" non esimeva la stessa dal rispetto della normativa antitrust. Innanzitutto, alle *joint venture* non si applica un regime normativo differenziato, essendo anch'esse assoggettate alla disciplina sul rispetto della concorrenza. La Corte ricorda che le *joint venture* non sono automaticamente lecite⁴⁵, ma, anzi, vanno analizzati con attenzione con il criterio della *rule of reason*. A tal proposito, la Corte afferma che l'interpretazione dello *Sherman Act* conduce a ritenere vigente il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, dovendo così valutare concretamente ciascun accordo tra imprese, al fine di verificare che la denominazione formale dell'accordo non si traduca in una intesa restrittiva vietata e che sia funzionale a creare effetti distorsivi della concorrenza. Inoltre, si rammenta l'orientamento pretorio secondo cui la buona fede non esclude la responsabilità delle imprese che abbiano posto in essere comportamenti che abbiano prodotto effetti negativi sulla concorrenza. La Corte precisa che gli effetti anticoncorrenziali non sono di certo impediti dalla mera presenza di una *joint venture*, la quale deve essere oggetto di attenta analisi da parte degli organi giudiziari. Invero, ogni accordo orizzontale tra soggetti anche solo potenzialmente concorrenti è intrinsecamente portatore del rischio di creare effetti nocivi per la concorrenza⁴⁶. Pertanto, gli accordi che pongano limitazioni alla concorrenza, lungi dal considerare esistente una presunzione di liceità, vanno valutati secondo i criteri scrupolosi della normativa e giurisprudenza antitrust. La Corte ricorda, tuttavia, che molte *joint venture* sono lecite in quanto prive di danni alla concorrenza e ai consumatori. Ma in quest'ultimo caso, precisa la Corte, le *joint venture* garantiscono la continuazione della concorrenza tra i partecipanti dell'accordo⁴⁷ e producono effetti benefici per la concorrenza, quali la riduzione del prezzo, l'aumento della produzione, l'innalzamento della qualità dei beni e dei servizi. Tali effetti non sono stati riscontrati nella NEA, la quale, invero, si è posta come un accordo del tutto restrittivo della concorrenza, per i motivi già

45. La Corte parla, al riguardo, precisa che le *joint venture* non sono di "*per se legal*".

46. Cfr. *Copperweld vs Independence Tube Corp*, 1984, *Constr. Aggregate Transp., Inc. vs Fla. Rock Indus, Inc.*, 1983.

47. Cfr. *SCFC ILC, Inc. vs Visa USA, Inc.*, 1994.

ampiamente descritti. L'esistenza di una rilevante quota di mercato in numerosi mercati rilevanti e l'eliminazione della concorrenza tra i partecipanti sono stati giudicati come effetti particolarmente dannosi sulla concorrenza, accertabile anche ad un sommario esame. In sostanza, la Corte ha dichiarato come la mera denominazione formale di joint venture non sia in grado di ergersi ad esimente degli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'intesa restrittiva della concorrenza.

5. Un confronto tra il sistema antitrust Americano e quello Europeo

Il diritto antitrust, nato negli Stati Uniti sul finire del XIX secolo con l'emanazione dello Sherman Act nel 1890⁴⁸, ha esercitato una profonda influenza sull'evoluzione delle normative a tutela della concorrenza a livello globale. L'Unione Europea, pur avendo recepito i principi cardine del sistema statunitense, presenta peculiarità che richiedono un'analisi comparativa accurata, essenziale per comprendere le sfide e le opportunità che le imprese affrontano in un contesto economico sempre più interconnesso.

Sia il sistema statunitense che quello europeo convergono nell'obiettivo primario di preservare la concorrenza, vietando condotte anticoncorrenziali che pregiudichino i consumatori e il corretto funzionamento del mercato. In particolare, entrambe le giurisdizioni sanzionano: a) Intese restrittive della concorrenza: accordi tra imprese volti a limitare la concorrenza, come la fissazione concordata dei prezzi o la ripartizione dei mercati. Tali intese, che ledono il libero gioco della domanda e dell'offerta, costituiscono una grave violazione del diritto antitrust in entrambi gli ordinamenti; b) Abusi di posizione dominante: condotte di imprese che, godendo di un significativo potere di mercato, ne abusano per danneggiare i concorrenti o i consumatori. Tra gli esempi di abuso di posizione dominante si annoverano i prezzi predatori, la discriminazione di prezzo e il rifiuto di fornire input essenziali; c) Concentrazioni: operazioni di fusione o acquisizione che riducono significativamente la concorrenza sul mercato. Le autorità garanti della concorrenza di entrambi i sistemi valutano attentamente le concentrazioni per scongiurare la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti che possano ledere i consumatori.

Nonostante queste convergenze di fondo, emergono significative divergenze tra i due sistemi, espressione di differenti tradizioni giuridiche, approcci economici e priorità politiche.

Una delle principali divergenze attiene alla disciplina dello scambio di informazioni tra imprese. Mentre negli Stati Uniti lo scambio di informazioni è illecito solo se strumentale a un accordo esplicito tra le imprese per coordinare le proprie azioni, in Europa è sufficiente che tale scambio riduca l'incertezza competitiva tra le imprese per integrarne la fattispecie di violazione. Questa differenza testimonia una maggiore sensibilità dell'Unione Europea verso il rischio che lo scambio di informazioni possa agevolare comportamenti collusivi, anche in assenza di un accordo formale.

48. Il quadro normativo americano è stato completato dal "Clayton Act" del 1914 e dal "Federal Trade Commission Act" del 1914 ai quali si sono aggiunti, nel corso degli anni, altri provvedimenti minori e le leggi dei singoli Stati.

Un'ulteriore divergenza riguarda l'enfasi posta sulla monopolizzazione. Lo Sherman Act statunitense pone un forte accento sulla "monopolizzazione o tentata monopolizzazione", prevedendo sanzioni severe, incluso lo smembramento di grandi gruppi, come avvenuto in passato per la Standard Oil e per AT&T. In Europa, l'abuso di posizione dominante è sanzionato con multe, che possono raggiungere importi considerevoli, ma non con lo scioglimento dell'impresa. Questa differenza riflette una diversa concezione del ruolo dello Stato nell'economia: negli Stati Uniti, lo Stato interviene in modo più incisivo per limitare il potere economico delle grandi imprese, mentre in Europa si predilige un approccio meno interventista.

I due sistemi si distinguono anche per l'approccio metodologico adottato nell'analisi delle condotte anticoncorrenziali. L'Europa adotta un approccio prevalentemente formalistico, incentrato sul rispetto delle regole e sulla verifica della conformità delle condotte alle norme antitrust. Gli Stati Uniti, invece, privilegiano un approccio effettista, concentrandosi sugli effetti concreti delle condotte anticoncorrenziali sui prezzi e sui consumatori. Questa differenza di approccio si manifesta, ad esempio, nella valutazione delle integrazioni verticali, che negli Stati Uniti sono spesso oggetto di maggiore *scrutiny* rispetto all'Europa, in quanto potenzialmente idonee a facilitare l'esercizio di un potere di mercato a danno dei consumatori.

Anche la disciplina delle deroghe al diritto antitrust differisce tra i due sistemi. L'Unione Europea prevede un sistema di deroghe più ampio rispetto agli Stati Uniti, consentendo esenzioni per accordi che promuovano il benessere dei consumatori, lo sviluppo tecnologico o attività di interesse economico generale. Negli Stati Uniti, le deroghe sono più limitate e settoriali, riguardando specifici ambiti come i media, le utilities e le banche. Questa differenza riflette diverse priorità politiche: in Europa, si tende a dare maggiore peso alla promozione di obiettivi di politica industriale o sociale, anche a scapito di una minore concorrenza in alcuni settori, mentre negli Stati Uniti si privilegia la tutela della concorrenza come principio cardine.

Infine, anche le procedure di applicazione del diritto antitrust presentano differenze significative. Negli Stati Uniti, le controversie antitrust sono devolute alla cognizione di un giudice, con la possibilità per cittadini, Stati o agenzie governative di agire in giudizio. In Europa, la Commissione Europea ha la competenza esclusiva ad avviare procedimenti antitrust e irrogare sanzioni. Questa differenza riflette una diversa concezione del ruolo delle istituzioni: negli Stati Uniti, si attribuisce maggiore importanza al ruolo del potere giudiziario nel garantire il rispetto delle leggi, mentre in Europa si affida alla Commissione Europea il compito di tutelare la concorrenza sul mercato. Le divergenze tra il sistema statunitense e quello europeo hanno importanti implicazioni pratiche per le imprese che operano su entrambi i mercati. Ad esempio, le integrazioni verticali, valutate con maggiore severità negli Stati Uniti, potrebbero essere più facilmente autorizzate in Europa. Analogamente, le imprese che si impegnano in scambi di informazioni dovranno adottare maggiori cautele in Europa, dove tale condotta è considerata più rischiosa.

La crescente globalizzazione dei mercati e la digitalizzazione dell'economia pongono nuove sfide per le autorità garanti della concorrenza di entrambi i sistemi. La cooperazione internazionale tra autorità antitrust è essenziale per garantire l'efficace applicazione delle norme a livello globale e per affrontare le sfide poste dai nuovi modelli di business e dalle nuove tecnologie.

In definitiva, il diritto antitrust statunitense ed europeo, pur condividendo principi fondamentali, presentano differenze significative che riflettono diverse tradizioni giuridiche, approcci economici e priorità politiche. Le imprese che operano a livello internazionale devono essere consapevoli di tali differenze per evitare di incorrere in sanzioni e massimizzare le opportunità offerte dai diversi mercati. L'analisi comparativa del diritto antitrust è un tema complesso e in continua evoluzione, che richiede un costante aggiornamento e una profonda comprensione dei diversi contesti giuridici ed economici.

6. Conclusioni

La sentenza analizzata costituisce una importante battuta di arresto per le alleanze tra vettori aerei.

La giurisprudenza americana è stata storicamente favorevole al tema delle alleanze tra vettori, in quanto finalizzata a rafforzare le imprese statunitensi in ambito internazionale. Parimenti, è visibile come un simile *favor* sia presente anche nella politica aerea europea, avente lo scopo di creazione di uno spazio aereo europeo nel quale porre in diretta concorrenza i vettori europei proprio con quelli statunitensi. In merito, la politica dell'UE, nel corso degli anni, è stata piuttosto favorevole alle alleanze, permettendo il consolidamento del trasporto aereo europeo, caratterizzato da una forte frammentazione⁴⁹. Lo scopo è quello di creare un mercato unico che competa con i vettori dei Paesi terzi, in particolare proprio con quelli nordamericani⁵⁰. È stato poi notato che se da un lato gli accordi orizzontali restringono la concorrenza, dall'altro, ciò nonostante, gli stessi possano favorire l'attivazione di nuovi servizi o vantaggi di costo che si riflettono in tariffe più basse⁵¹.

La dottrina economica ha evidenziato che le alleanze tra compagnie aeree apportano numerosi vantaggi economici ai vettori che ve ne fanno parte. Secondo gli studi economici⁵², le collaborazioni tra vettori possono portare la diminuzione del prezzo dei biglietti nei collegamenti tra diverse città, aumentare la capacità di carico degli aeromobili nei voli operati dalle alleanze, ridurre le spese di viaggio, l'effettuazione del servizio su aree e località meno remunerative (perché, ad es. periferiche), grazie ad un utilizzo più efficiente degli aeromobili ed altri vantaggi per il mercato e per i consumatori.

La stessa *Authority* per il mercato italiano ha affermato che le alleanze, nonostante la loro implicita restrittività, sono funzionali ad acuire le concentrazioni tra imprese, in ragione delle implicazioni dimensionali dell'industria a rete⁵³.

49. Cfr. A. BATTISTEL, *La concorrenza in materia di trasporto aereo nei rapporti fra Unione europea e Stati terzi*, Padova, 2012, p. 88.

50. *Ibidem*.

51. Cfr. G. COLANGELO, *Gli accordi di codesharing*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XVII, Torino, 2004, p. 3.

52. Cfr. ICAO, *Worldwide air transport conference (atconf) sixth meeting*, Montréal, 18-22 marzo 2013.

53. *Ibidem*.

Dunque, le stesse alleanze sono state spesso viste come un mezzo per il miglioramento della qualità del servizio, assolvendo, quindi, ad interessi pubblici di cui all'art. 101 TFUE, legittimandone così la formazione.

E tuttavia, nella sentenza analizzata, la Corte di appello del primo circuito degli Stati Uniti ha ravvisato la violazione delle norme fondamentali della concorrenza. La Corte, infatti, ha rintracciato nella NEA una intesa restrittiva della concorrenza, i cui effetti dannosi non erano giustificati da alcun interesse pubblico: nella NEA è stato individuato un modello di alleanza vietato, in quanto i partecipanti hanno totalmente eliminato la reciproca concorrenza, provocando così dei seri pregiudizi non solo alle altre imprese, ma anche ai consumatori. Nella fattispecie, è stato provato che l'alleanza avesse ridotto le capacità degli aeroporti degli Stati Uniti nord-orientali, riducendo le scelte a disposizione dei consumatori, aumentato il prezzo complessivo, abbassato la qualità del servizio e la produzione, introdotto delle barriere all'ingresso e, attraverso il ridimensionamento di JetBlue, eliminato quel ruolo "dirompente" ("*disruptive role*") esercitato da questi, in grado di diminuire il prezzo globale del servizio, di aumentarne il valore qualitativo e, più in generale, permettendo la dinamicità del mercato.

Secondo la Corte di appello, la NEA agiva quale unico operatore economico, riducendo così la capacità dei partecipanti a fungere da centro di imputazione decisionale nel mercato.

Al fine di valutare se anche dal punto di vista europea questo tipo di alleanza sarebbe stata ritenuta illegittima, può risultare utile ricostruire sinteticamente la natura giuridica della alleanza in questione, utilizzando le categorie dogmatiche del diritto europeo e/o italiano. Tale ricostruzione può risultare opportuna per indagare meglio le finalità e le modalità operative della NEA.

A più riprese, la Corte di appello ha parlato di "fusione" del conglomerato ("*merger*"), anche se tale ricostruzione non appare corretta e plausibile. Sotto il profilo societario, infatti, non risulta che fosse stato costituito un nuovo soggetto, né che una delle imprese avesse incorporato l'altra. Pertanto, sembra corretto ricercare altre forme giuridiche da associare alla NEA.

Innanzitutto, a parere di chi scrive, ferme restando le differenze tra i vari sistemi giuridici, dovrebbe escludersi la natura di *Gentlemen's Agreement*, poiché si tratterebbe di un accordo privo di alcuna validità giuridica, perché la NEA prevedeva un complesso ed articolato coordinamento comune delle rispettive politiche strategiche, inattuabile attraverso un accordo privo di validità giuridica. Il *Gentlemen's Agreement* non pare possa essere uno strumento idoneo a qualificare quello che è stato effettivamente la NEA, in virtù della necessità di una validità giuridica agli impegni presi, un *enforcement* giuridico capace di tutelare i rilevanti interessi sottesi alla NEA, soddisfacibili attraverso uno strumento giuridico capace di imprimere la forza cogente della legge. Pertanto, nella causa in concreto perseguita dalle parti, parrebbe emergere la esigenza di mantenere validità giuridica dell'accordo, al fine di tutelare efficacemente le proprie posizioni economiche, non potendosi negare giuridica validità alle pattuizioni relative alla NEA. Le stesse parti hanno qualificato l'accordo come *joint venture*, quindi attraverso un modello negoziale dotato di validità giuridica.

Una prima opzione interpretativa, rispetto il sistema giuridico italiano, potrebbe indurre ad ipotizzare che la NEA possa essere ricondotta al contratto di consorzio, previsto dall'art. 2602 c.c.

Come noto, il consorzio è una organizzazione comune, formata da più imprenditori, con lo scopo di svolgere determinate fasi delle proprie imprese. La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il consorzio non crea una nuova struttura giuridica assorbente le imprese partecipanti, bensì un semplice soggetto che preveda lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive attività⁵⁴. Il consorzio, peraltro, può prevedere l'istituzione di strutture amministrative e produttive comuni, anche se, nel caso di specie, non sembra siano state istituite delle strutture comuni, ma un mero centro direzionale di coordinamento delle politiche comuni.

Pertanto, in virtù della assenza di strutture comuni, parrebbe più opportuno qualificare la NEA come un contratto di rete⁵⁵. Come noto, il contratto di rete è finalizzato a coordinare le politiche commerciali tra più imprese, collaborando in comune in una o più attività inerenti le rispettive imprese. A differenza del consorzio, la rete non implica necessariamente la creazione di una organizzazione comune: ebbene, nel caso della NEA la stessa era sprovvista una organizzazione comune, se non di fatto, posto che la stessa si è manifestata con la definizione ed attuazione di precise politiche ed obiettivi strategici. Pertanto, ciò induce a ritenere che le imprese fossero associate in un complesso insieme di politiche coordinate, simile ad un contratto di rete.

La Corte di appello ha ricostruito l'illiceità attraverso l'utilizzo dei criteri previsti dalla giurisprudenza americana. La Corte ha accertato che l'eliminazione totale della concorrenza fosse ascrivibile ad una condotta di "per se unlawful", automaticamente vietata dalla normativa concorrenziale, così come la compartecipazione agli utili in modo significativo e l'allocatione del mercato, mediante la suddivisione delle rotte e degli scali aeroportuali del mercato rilevante considerato. Alla Corte distrettuale era stato recriminato di aver condotto il proprio giudizio attraverso il criterio "quick look" (una specie di esame *prima facie*), quando, in realtà, la Corte di appello ha negato una

54. Cass. 6569/2020; Cass. 1636/2014.

55. Il 10 febbraio 2009 è stato introdotto nell'ordinamento italiano il contratto di rete di impresa, la cui disciplina oggi vigente è il risultato della seguente evoluzione legislativa: la norma è stata introdotta con l'art. 3, commi 4 ter e ss. del d.l. 10 febbraio 2009 n. 5, convertito dalla l. 9 aprile 2009 n. 33, modificata ed integrata con la l. 23 luglio 2009 n. 99 e con la l. 30 luglio 2010 n. 122, che ha convertito il d.l. 78/2010, nonché modificata in forza della l. 134/2012 (che ha convertito con modifiche il d.l. 83/2012) e del d.l. 179/2012, convertito con modifiche dalla l. 17 dicembre 2012 n. 221, in vigore dal 19 dicembre 2012. Nella versione attuale (art. 3, comma 4-ter, l. 33/2009 e successive modifiche sopra richiamate) è previsto: "Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti pre-determinati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte".

simile ricostruzione, affermando che l'accertamento operato dal giudice di primo grado non fosse carente di istruttoria. Infatti, la Corte di appello ha ritenuto che le statuizioni del giudice di primo grado fossero state condotte attraverso il pieno e rigoroso criterio “*rule of reason*”, dimostrando che la alleanza producesse effetti negativi e distorsivi per la concorrenza, per il mercato e per i consumatori. Tale criterio è stato impiegato per valutare se vi fosse una giustificazione agli effetti restrittivi della alleanza; lo scrutinio assolto con il criterio predetto ha dato esito negativo, da cui consegue la illiceità dell'accordo in commento.

Un passo rilevante della sentenza è quello dove viene affermata che non è importante che la intesa restrittiva fosse animata necessariamente da uno scopo anticoncorrenziale, risultando unicamente importante la produzione di effetti negativi per la concorrenza. In questo passo, dunque, sembrerebbe che venga affermata l'irrelevanza dell'elemento soggettivo nell'illecito antitrust e che, anche in caso di buona fede, non è esclusa la responsabilità delle imprese che abbiano posto in essere comportamenti che abbiano prodotto effetti negativi sulla concorrenza. Tale orientamento è confermato da una serie di precedenti giurisprudenziali⁵⁶. Pertanto, si evince come la mera produzione di effetti contrari alla concorrenza comporti la responsabilità delle imprese che abbiano posto in essere contegni che siano risultati pregiudizievoli per la concorrenza.

In conclusione, può essere utile chiedersi se le autorità amministrative statunitensi avrebbero potuto ricondurre la fattispecie a liceità. Infatti, come detto in premessa, il Dipartimento dei trasporti americano avrebbe potuto rendere meno invasiva l'alleanza attraverso l'esercizio del potere di mitigare gli effetti della alleanza. Al Dipartimento dei Trasporti, infatti, compete l'esercizio del potere di esenzione sui singoli accordi restrittivi, potendo anche determinare che gli effetti restrittivi non si applichino in determinate circostanza. In particolare, ciò può avvenire attraverso l'imposizione di “tagli” agli effetti della alleanza, ad esempio applicando un regime pienamente concorrenziale in determinate rotte. Tale approccio poteva essere seguito dal Dipartimento dei Trasporti, rimodellando l'alleanza secondo schemi più adatti rispetto la normativa concorrenziale. In tal modo, si sarebbe potuto ridimensionare l'alleanza entro un modello più concorrenziale, come ad esempio la “*West Coast International Alliance*”, invocata dalla Corte distrettuale e dalla Corte di appello. O ancora, un'altra modalità di riconduzione a liceità avrebbe potuto essere rappresentata dalla cessione obbligatoria di alcuni *slots* da parte delle imprese partecipanti alla alleanza. Sul punto, preme osservare come in Europa un simile potere viene esercitato anche dalla Commissione europea, la quale, proprio in affinità con le modalità procedurali previste dal diritto statunitense, ha adottato un vero e proprio “*remedy approach*”⁵⁷, attraverso una valutazione “caso

56. Si veda, ad esempio, il caso *Bd. Of Trade of City of Chi. Vs United States* (1918), della Corte Suprema.

57. Cfr. A. BATTISTEL, *La concorrenza in materia di trasporto aereo nei rapporti fra Unione europea e Stati terzi*, cit., p. 88, la quale cita tale espressione dai seguenti Autori: J. STRAGER, *Outlook of European Commission's Competition Policy and Enforcement Priorities in Air Transport*, in P.D. DAGTOGLOUS, S. UNGER, *European Air Law and Policy-Recent Developments*, The Hague, London, New York, 2003, p. 88 ss.; H. S. RUTGER JAN TOE LAER, *Kick-starting cross-border alliances: approval and clearance; the past, the present and the future*, in *Air & Space Law*, Vol. 32 (4-5), 2007, p. 304.

per caso”⁵⁸ delle intese, le quali, dunque, vanno esaminate con un metodo analitico fattuale e concreto, proprio come dovrebbe accadere con l’applicazione della *rule of reason*. In Europa, proprio la cessione di bande orarie rappresenta il principale criterio con il quale le alleanze sono state spesso ricondotte a modelli con un impatto restrittivo minore, di recente avvenuto con la nota fusione tra ITA Airways e Lufthansa.

In conclusione, l’effetto della pronuncia avrà verosimilmente un impatto rilevante sul mercato del trasporto aereo. Si vedrà se tale arresto giurisprudenziale influenzerà gli anni a venire circa il tema delle alleanze tra vettori aerei trasferendo i principi enunciati dall’ordinamento americano a quello europeo.

58. Si veda anche A. ADDESSI, *Concorrenza nel settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali*, Tesi di Dottorato di Ricerca in Diritto e impresa (XXVIII ciclo), Luiss Guido Carli, Roma, 2017, p. 4.