



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 2203 del 2010, proposto da MASTERCARD Incorporated, MASTERCARD International Incorporated e da MASTERCARD Europe S.p.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea De Matteis, Filippo Lattanzi e Francesco Cardarelli, per il presente giudizio elettivamente domiciliate in Roma, alla via G. Pierluigi da Palestrina n. 47, presso lo studio LCA;

***contro***

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliata, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12;

***nei confronti di***

Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Unicredit S.p.A., Barclays Bank Plc, Deutsche Bank S.p.A., Intesa San Paolo S.p.A., Istituto Centrale Banche Popolari S.p.A., Banca Sella Holding S.p.A., in persona del legale rappresentante, non costituitesi in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento dell'AGCM del 22 dicembre 2009, notificato in data 28 dicembre 2009, recante rigetto degli impegni presentati da MASTERCARD ai sensi dell'art. 14-ter della legge 287/1990 nel procedimento 1720 – Carte di credito;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2010 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Premette parte ricorrente che l'oggetto del presente gravame è rappresentato dalle commissioni interbancarie (intercharge fees) pagate all'interno del circuito di pagamento MASTERCARD.

In particolare, la commissione interbancaria viene pagata dalla banca acquirer (che convenziona l'esercente) alla banca issuer (che emette la carta di pagamento in favore del cliente) per ogni transazione effettuata con carta di credito.

L'intercharge fee viene trattenuta dalla banca issuer a copertura dei costi di emissione e gestione della carta, altrimenti a carico dei titolari di carta.

Agli esercenti fa invece carico, nei confronti delle banche acquirers, la merchant discount fee (chiamata anche merchant service charge – MSC) per l'accettazione dei pagamenti tramite carta ed i servizi resi dagli acquirers (noleggio delle apparecchiature per i pagamenti, autorizzazioni al pagamento, saldo della transazione, fatturazione).

Gli acquirers recuperano le commissioni interbancarie dagli esercenti includendole nelle MSC.

Se le commissioni bancarie transfrontaliere vengono corrisposte dalle banche acquirers alle banche issuers per i pagamenti transfrontalieri con carte MASTERCARD o MAESTRO, le commissioni interbancarie domestiche vengono riconosciute dalle prime in favore delle seconde per i pagamenti domestici effettuati con le suindicate carte.

Con provvedimento del 15 luglio 2009, AGCM ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della legge 287/1990, nei confronti di MASTERCARD e di taluni Istituti di credito, al fine di accertare una possibile violazione dell'art. 101(1) del TFUE (già art. 81(1) del Trattato CE) relativamente alle commissioni interbancarie domestiche per l'Italia di MASTERCARD.

In particolare, nell'atto di avvio dell'istruttoria si ipotizzava che le intercharge fees domestiche dell'Italia potessero configurare un'intesa in violazione dell'art. 81 TCE.

A seguito dell'audizione delle parti coinvolte nel procedimento, MASTERCARD presentava (16 ottobre 2009) i propri impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge 287/1990 (successivamente rivisti in data 4 dicembre 2009) volti ad eliminare le criticità sostenute da AGCM nella decisione di avvio dell'istruttoria.

Il 22 dicembre 2009 AGCM decideva di rigettare i suindicati impegni, assumendo l'inidoneità degli stessi a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

Avverso tale determinazione vengono, con il presente mezzo di tutela, dedotte le doglianze di seguito sintetizzate:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 14-ter della legge 287/1990. Violazione e falsa applicazione della deliberazione 16015/2006 della medesima Autorità. Eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti determinazioni.

Nell'osservare come l'Autorità, con deliberazione 16015/2006, abbia stabilito che gli impegni assunti ex art. 14-ter della legge 287/1990 possono essere rigettati solo ove "manifestamente infondati", rileva parte ricorrente come nel provvedimento gravato si dia invece atto della inidoneità degli impegni MASTERCARD – peraltro definiti, ancorché a carattere "temporaneo", "pro-concorrenziali" – a far venire meno i rilevati profili anticoncorrenziali.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 par. 2 del Regolamento 1/2003 e, ob relationem, dell'art. 14-ter della legge 287/1990 e successive modificazioni ed integrazioni. Violazione dei principi del diritto comunitario (supremazia del diritto comunitario, cooperazione nell'applicazione del diritto della concorrenza, principio del legittimo affidamento e principio di certezza del diritto). Eccesso di potere per difetto di motivazione.

In ragione dell'affermata identità dei principi di diritto applicabili alle commissioni interbancarie domestiche e transfrontaliere, sostiene parte ricorrente che l'Autorità avrebbe dovuto tenere necessariamente conto dei contenuti dell'Interim Arrangement concluso fra MASTERCARD ed il Commissario europeo per la Concorrenza.

La discrezionalità facente capo all'Autorità con riferimento all'accettazione degli impegni (con riveniente chiusura dell'avviato procedimento), ovvero alla reiezione degli stessi, è suscettibile di essere esercitata nell'ambito dei principi posti dal diritto comunitario: pertanto assumendosi l'illegittimità del diniego di accoglimento dei suindicati impegni per contrasto con la decisione della Commissione europea (che ha, appunto, definito, nelle more della decisione del Tribunale a fronte del ricorso proposto da MASTERCARD, un accordo – il sopra citato Interim Arrangement –

relativamente alle commissioni transfrontaliere), anche in ragione dell'omessa ostensione delle ragioni sottese al mancato recepimento dei contenuti del richiamato Arrangement.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del Regolamento 1/2003 e, ob relationem, dell'art. 14-ter della legge 287/1990. Eccesso di potere per difetto di motivazione e contraddittorietà. L'AGCM non ha motivato perché non ha accettato impegni che hanno una durata determinata e che essa stessa ha ritenuto essere pro-competitivi.

A fronte del rilievo in ordine alla temporanea efficacia (18 mesi) degli impegni assunti da MASTERCARD – da AGCM assunta a fondamento del diniego di accoglimento – osserva parte ricorrente (la quale aveva anche prospettato l'ipotesi di poter concordare una eventuale proroga della durata come sopra indicata) che la stessa Autorità, nel riconoscere l'attitudine pro-concorrenziale degli impegni stessi, non avrebbe tuttavia motivato in ordine alle ragioni preclusive all'accoglimento di una soluzione ad tempus (proposta dalla ricorrente stessa in attesa della decisione del Tribunale europeo a fronte del ricorso dinanzi a questo proposto).

Assume pertanto MASTERCARD che l'avversata decisione dell'Autorità si porrebbe in contrasto con il diritto comunitario, nella misura in cui – relativamente ad una vicenda omogeneamente caratterizzata rispetto a quella all'attenzione del Tribunale europeo – è stata immotivatamente riusata l'accettazione degli impegni, diversamente dal contegno osservato dalla Commissione europea in sede di sottoscrizione dell'Interim Arrangement.

4) Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti. Eccesso di potere per sviamento.

Con ulteriore specificazione motivazionale, l'Autorità ha ravvisato il fondamento dell'espresso rigetto degli impegni proposti da MASTERCARD nella circostanza che essi sono stati "condizionati al diritto di recesso in capo a MASTERCARD in funzione, tra l'altro, del giudizio dello stesso circuito sugli impegni presentati dalle banche parti del procedimento".

Il diritto di recesso che MASTERCARD ha inteso riservarsi era subordinato:

- al mancato compimento del procedimento contro le banche in un tempo ragionevole;
- alla conclusione del procedimento nei confronti delle banche – o di taluna di esse – in base ad impegni in contrasto con gli accordi di licenza fra la ricorrente e le banche o con le regole/procedure e/o pratiche di MASTERCARD.

Nel sottolineare come una clausola di recesso fosse compresa anche nel sopra citato Interim Arrangement, soggiunge parte ricorrente che l'Autorità avrebbe in realtà inteso svolgere un precluso ruolo di regolazione (dei prezzi) del mercato, promuovendo un meccanismo di trasposizione automatica della riduzione delle commissioni interbancarie di MASTERCARD in una riduzione delle merchant service charges – MSCs: cercando, per l'effetto, di realizzare un effetto equivalente ad un accordo di fissazione del prezzo massimo.

E, d'altro canto, laddove le banche ribaltassero una riduzione delle commissioni interbancarie di MASTERCARD in una riduzione delle MSCs – come richiesto da AGCM – ciò determinerebbe una compressione dell'indipendenza della ricorrente stessa nel determinare autonomamente il livello appropriato delle commissioni interbancarie.

5) Eccesso di potere per difetto di motivazione. Eccesso di potere per sviamento e violazione del principio di proporzionalità (AGCM non ha motivato perché sarebbe necessaria, ai fini dell'accoglimento degli impegni, una specifica metodologia).

Viene poi contestata la parte della motivazione dell'avversata determinazione, nella quale AGCM afferma che gli impegni sono stati rigettati in quanto "stabiliscono una riduzione delle MIF sulla base di motivazioni che non rispondono, trattandosi di commissioni interbancarie multilaterali che definiscono identiche voci di costo, ad un'analisi economica di efficienza del sistema basata su valutazioni costi/benefici e comparazioni tra diversi prezzi di pagamento".

Contesta, sul punto, la ricorrente di non essere tenuta a fornire un'analisi economica di efficienza del sistema basata su valutazioni costi/benefici e comparazioni tra diversi prezzi di pagamento; né di essere stata in grado, sulla base del carattere sommario delle indicazioni contenute nella

determinazione di avvio del procedimento, di elaborare una giustificazione economica differente rispetto a quella fornita.

Comunque, la stessa ricorrente rammenta di aver assunto l'impegno, nei sei mesi successivi alla sentenza del Tribunale europeo di primo grado, a stabilire una metodologia per la definizione delle intra-country fallback interchange fees applicabili in Italia per transazioni con carte di credito consumer con marchio MASTERCARD non contraria alla decisione dello stesso organo giudiziario europeo.

6) Eccesso di potere per carenza di motivazione sotto altro profilo. Eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità. Eccesso di potere per contraddittorietà nella motivazione.

Pur a fronte della riconosciuta pro-concorrenzialità degli impegni assunti da MASTERCARD, AGCM ha tuttavia omesso di esplicitare le ragioni a fondamento della ritenuta "non sufficienza" degli impegni stessi.

Risulterebbe, per l'effetto, violato il principio di proporzionalità – di promozione comunitaria – nella misura in cui il gravato provvedimento recherebbe disposizioni eccedenti quanto è appropriato e necessario per il conseguimento dello scopo al quale è preordinato.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Autorità intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 27 ottobre 2010.

#### DIRITTO

1. Ad integrazione di quanto esposto in narrativa, giova condurre, preliminarmente alla disamina dei dedotti argomenti di censura, una breve ricognizione sui contenuti dell'avversata determinazione, adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in data 22 dicembre 2009.

1.1 Va al riguardo preliminarmente sottolineato che, con atto del 15 luglio 2009, l'Autorità aveva avviato, nei confronti di MASTERCARD, un procedimento preordinato a verificare la sussistenza di condotte anticompetitive.

Veniva al riguardo rilevato da AGCM che "la struttura ed il funzionamento del circuito MASTERCARD e dei contratti di licenza stipulati tra lo stesso circuito e i licenziatari acquirer ... sembrano configurare fattispecie restrittive della concorrenza", in quanto:

- "da un lato il circuito MASTERCARD definisce, nella veste di associazione di imprese, l'interchange fee, che rappresenta una voce omogenea e comune per gli acquirer";
- "dall'altro, tale interchange fee, sulla base dei contratti di licenza tra il circuito ed i licenziatari, viene poi applicata – attraverso la merchant fee - da questi ultimi nell'erogazione dei vari servizi ai propri merchant convenzionati".

Nell'analizzare il funzionamento del sistema, l'Autorità constatava che "i contratti di licenza sottoscritti da MASTERCARD e gli acquirer del circuito prevedono l'applicazione, da parte delle banche operanti in qualità di acquirer, delle regole del circuito che indicano esplicitamente, per ogni singola transazione in circolarità effettuata con carta di credito, che l'acquirer corrisponda all'issuer la interchange fee"; ulteriormente rilevando che "tali interchange fee sono, da un lato previste e definite anche quantitativamente dal circuito, dall'altro, accettate e applicate dagli acquirer nei successivi rapporti che pongono in essere con i merchant. Ciò si verifica sia nel modello integrato che vede presente solo l'acquirer, sia nel modello che vede presente anche un distributore oltre al soggetto che assume il ruolo di acquirer. E' infatti sempre l'acquirer che, licenziatario del marchio del circuito, stipula il contratto di acquiring con gli esercenti convenzionati e applica la merchant fee (definita dallo stesso acquirer o dal distributore)".

Dalle constatazioni in precedenza riportate veniva argomentato che "l'esistenza e l'applicazione di tali regole da parte degli acquirer per il circuito MASTERCARD determina ... una soglia minima al di sotto della quale la concorrenza tra acquirer non può ridurre la merchant fee, ciò sia nel modello integrato che con distributori"; e che "trattandosi di una interchange fee multilaterale (MIF), tale soglia è comune a tutti gli acquirer appartenenti al circuito MASTERCARD", con la conseguenza

che “quanto più elevate sono le MIF, tanto più elevate saranno le merchant fee pagate dagli esercenti ed, in ultima analisi, dai consumatori finali”.

Nel notare “come sia il circuito MASTERCARD sia le banche licenziatricie che operano in qualità di acquirer per il medesimo circuito sono reciprocamente avvantaggiati dall’esistenza e dal livello elevato delle MIF” e che “con riferimento al circuito, MASTERCARD beneficia da livelli delle MIF più elevati rispetto ai concorrenti in quanto ciò impatta positivamente sul numero di carte emesse (dagli issuer) sul proprio circuito, sull’utilizzo del medesimo e quindi sui propri ricavi”, l’Autorità rilevava, ulteriormente, che “interchange fee più alte comportano una maggior diffusione delle carte dello stesso circuito e quindi, potenzialmente, maggiori transazioni con tale circuito presso gli esercenti con conseguente vantaggio per gli acquirer”.

A fronte delle condotte considerazioni AGCM affermava che “i licenziatari di MASTERCARD non sono dei meri soggetti passivi nel rapporto con il circuito, ma assumono invece un ruolo attivo e determinante”, in quanto “l’acquirer è un soggetto che opera nell’erogazione di vari servizi nel mercato rilevante in oggetto, presentandosi presso il merchant con le proprie specificità e tipologie di servizi/prodotti” e “stipula con il circuito il contratto di licenza applicando conseguentemente le regole che definiscono l’esistenza e l’ammontare dell’interchange fee; commissione, quest’ultima, che le licenziatricie di fatto delegano al circuito nella loro definizione”.

Nel sostenere che “la definizione delle interchange fees domestiche per l’Italia da parte di MASTERCARD possa configurare una intesa in violazione dell’articolo 81 TCE, trattandosi di una decisione di una associazione di imprese che fissa in modo omogeneo una rilevante variabile economica”, la precedente Autorità affermava che “l’insieme dei contratti di licenza tra circuito MASTERCARD e gli acquirer rappresenta un insieme di intese verticali che, comportando l’applicazione uniforme e coordinata di uguali voci di costo (interchange fee) determinano una fattispecie restrittiva della concorrenza in violazione dell’articolo 81 TCE, limitando il confronto competitivo nel mercato dell’acquiring”; soggiungendo che “si tratta di intese nel loro complesso consistenti in quanto riguardano uno dei principali circuiti, MASTERCARD, ed i suoi acquirers attivi in Italia costituiti dalle principali banche nazionali”.

1.2 Nel corso del procedimento come sopra avviato dall’Autorità, MASTERCARD proponeva (in data 4 dicembre 2009) l’assunzione di taluni impegni, relativi esclusivamente alle commissioni interbancarie domestiche applicabili in Italia per le transazioni con carte consumer con marchio MASTERCARD, i cui tratti essenziali possono come di seguito compendiarsi:

- data di efficacia: “la data a partire dalla quale i presenti Impegni hanno efficacia e che corrisponde alla data di notifica a MASTERCARD della decisione dell’Autorità di chiudere l’istruttoria nei confronti di MASTERCARD ai sensi dell’art. 14-ter della legge 287/1990”;
- periodo di efficacia: “18 mesi dalla data di efficacia, o ove più breve, il periodo compreso tra la data di efficacia e la sentenza definitiva del Tribunale di Primo Grado nella causa T-111/08 (MASTERCARD c. Commissione) relativa al ricorso per l’annullamento della Decisione della Commissione”;
- interchange fees ridotte: “durante il periodo di efficacia, MASTERCARD ridurrà l’attuale media ponderata, pari a 0,83%, per le Carte di Credito consumer con marchio MASTERCARD di 17 bps (i.e., di una percentuale leggermente superiore al 20%). Entro sei mesi dalla sentenza del TPG nella suindicata causa T-111/08, MASTERCARD stabilirà una metodologia per la definizione delle intra-country fallback interchange fees applicabili in Italia alle transazioni con Carte di Credito consumer con marchio MASTERCARD che non sia contraria a quanto stabilito dal TPG nella sentenza definitiva nella stessa causa T-111/08”;
- trasparenza delle interchange fees ridotte: “MASTERCARD intende adattare l’impegno sulla trasparenza già contenuto nell’Interim Arrangement rendendolo ancora più trasparente e specifico per le transazioni domestiche con carta di credito. A tal fine, MASTERCARD pubblicherà in lingua italiana sul proprio sito internet le interchange fees ridotte. MASTERCARD renderà più semplice per gli esercenti italiani reperire tali informazioni sul sito internet di MASTERCARD. MASTERCARD richiederà alle banche acquirers (per esempio, nei contratti con gli esercenti) di

informare gli esercenti della disponibilità di tali specifiche informazioni in lingua italiana sul sito internet di MASTERCARD”;

- implicazioni economiche degli impegni: “I presenti impegni hanno lo scopo di risolvere i rilievi mossi dall’Autorità in base alla sentenza definitiva del TPG nella causa T-111/08 e sono offerti alla luce delle giustificazioni economiche e delle altre considerazioni di cui all’Allegato”;

- tempi di attuazione: “Le interchange fees ridotte saranno rese note entro un mese dalla data di efficacia attraverso una comunicazione di MASTERCARD indirizzata ai propri clienti e saranno implementate entro quattro mesi al massimo dalla data di efficacia”;

- relazioni e cooperazioni continue: “MASTERCARD riferirà all’Autorità sul rispetto dei presenti Impegni entro la fine di gennaio e di luglio di ogni anno durante il periodo di efficacia ed entro il mese successivo alla fine del periodo di efficacia. Durante il periodo di efficacia, MASTERCARD continuerà a cooperare con l’Autorità rispondendo in maniera tempestiva ad ogni richiesta di informazioni dell’Autorità relativa ai presenti Impegni e fornendo le informazioni rilevanti a propria disposizione”;

- durata e revisione: “I presenti Impegni avranno efficacia limitatamente al periodo di efficacia. L’Autorità e MASTERCARD discuteranno, in buona fede, possibili revisioni agli Impegni di MASTERCARD in caso, per esempio, di:

- cambiamento delle condizioni di mercato;

- cambiamento del contesto regolamentare applicabile ai sistemi a quattro parti sulla base di decisioni della Commissione Europea, di nuova legislazione, giurisprudenza o altri sviluppi regolatori;

- altre specifiche circostanze”.

- proroga: “Entro tre mesi dalla fine del Periodo di Efficacia, l’Autorità e MASTERCARD si incontreranno e discuteranno in buona fede se gli Impegni potranno essere prorogati. Tale clausola non pone in capo all’Autorità né a MASTERCARD un obbligo di estendere la durata dei presenti Impegni”;

- recesso: “MASTERCARD si riserva il diritto di recedere dai presenti Impegni se (1) l’Autorità non termina il presente procedimento contro le Banche in un tempo ragionevole o (2) termina il presente procedimento nei confronti delle Banche, o di alcune di esse, in base ad impegni che, secondo il giudizio di MASTERCARD, sono in contrasto con gli accordi di licenza tra MASTERCARD e le Banche o con le regole/procedure e/o pratiche di MASTERCARD”.

1.3 A fronte della comunicazione con la quale MASTERCARD aveva sottoposto all’attenzione di AGCM i contenuti degli impegni che la stessa si era dichiarata disposta ad assumere, l’Autorità ne valutava l’inidoneità “a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria” in quanto:

- “sono limitati temporalmente, prevedendo una riduzione delle commissioni interbancarie multilaterali ... per una durata massima di 18 mesi, decorsa la quale il circuito non è più vincolato agli impegni”;

- “sono condizionati al diritto di recesso da parte di MASTERCARD in funzione, tra l’altro, del giudizio dello stesso circuito sugli impegni presentati dalle banche parti del procedimento”;

- “stabiliscono una riduzione delle MIF sulla base di motivazioni che non rispondono, trattandosi di commissioni interbancarie multilaterali che definiscono voci di costo, ad una analisi economica di efficienza del sistema basata su valutazioni costi/benefici e comparazioni tra diversi mezzi di pagamento”.

Nella stessa delibera, peraltro, si dava atto che “la portata pro-concorrenziale delle condotte” conseguenti alla sollecitata approvazione degli impegni presentati “risulta temporanea, difficilmente monitorabile, condizionata e con impatti non effettivamente apprezzabili”: per l’effetto concludendosi nel senso della inidoneità/insufficienza degli impegni stessi “a far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria”.

2. Ciò osservato, non può esimersi il Collegio dall'individuazione delle coordinate di riferimento – di carattere normativo ed interpretativo – che caratterizzano la configurazione (e le rivenienti modalità di applicazione) dell'istituto degli “impegni” in materia anticoncorrenziale.

2.1 Introdotto dall'art. 9 del Regolamento CE n. 1/2003, tale istituto prevede che:

- “1. Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato”;

- “2. La Commissione, su domanda o d'ufficio, può riaprire il procedimento:

a) se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione;

b) se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti; oppure

c) se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti”.

Gli obblighi assunti dalle imprese hanno carattere vincolante e, pertanto, la loro violazione comporta, oltre la riapertura del procedimento, l'applicazione di un'ammenda ai sensi dell'art. 23, par. 2, del cit. Reg. n. 1/2003.

Le misure correttive proposte debbono essere “pertinenti” rispetto all'oggetto del procedimento e, quindi, funzionali alla soluzione del problema evidenziato dalla Commissione; né è, evidentemente compatibile con le finalità dell'istituto un uso strumentale dello stesso, rilevabile laddove esso si dimostri esclusivamente preordinato a scongiurare l'applicazione della sanzione, depotenziando, così, l'efficacia deterrente della missione affidata alle Autorità nazionali e alla Commissione.

L'istituto, piuttosto, appare concepito per fornire una rapida risposta all'interesse pubblico al mantenimento di un mercato concorrenziale, in fattispecie complesse o nuove, rispetto alle quali si appalesa opportuno raggiungere una soluzione di tipo negoziato.

Le decisioni con impegni, infatti, non producono quell'effetto di chiarimento della regola giuridica che deriva, invece, dalle decisioni di infrazione.

In questo senso va tenuto presente che, secondo il “considerando” n. 13 del Regolamento n. 1/2003, le decisioni concernenti gli impegni non sono “opportune” nei casi in cui la Commissione intenda comminare un'ammenda, il che induce a ritenere applicabile l'istituto soprattutto nei casi meno gravi.

Ciò osservato, va ulteriormente dato atto che costituisce jus receptum il principio secondo cui la Commissione gode di un'ampia discrezionalità nel valutare se accettare le misure proposte dalle imprese, e quindi rendere obbligatoria una decisione ai sensi dell'art. 9 del Reg. n. 1/2003.

Al riguardo, nel leading case di cui alla sentenza 11 luglio 2007 (Alrosa c. Commissione, in causa T 170/06), il Tribunale di Primo Grado ha chiaramente affermato che “la Commissione non è mai tenuta, in forza dell'art. 9, n. 1 del regolamento n. 1/2003 a decidere di rendere obbligatori degli impegni piuttosto che ad agire ai sensi dell'art. 7 del medesimo regolamento. Non è pertanto tenuta a fornire le ragioni per le quali degli impegni non le sembrano idonei ad essere resi obbligatori in modo da concludere il procedimento” (punto 130).

Nella stessa decisione, il TPG ha anche affermato “che l'obiettivo dell'art. 7, n. 1 del regolamento n. 1/2003 è lo stesso di quello perseguito dall'art. 9, n. 1, e coincide con l'obiettivo principale del regolamento n. 1/2003, che è quello di garantire un'efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato” (punto 95) e che “per il conseguimento di tale obiettivo la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta offertale dal regolamento n. 1/2003 di rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate e di adottare una decisione ai sensi dell'art. 9 o di seguire la via prevista dall'art. 7, n. 1 del medesimo regolamento, che esige l'accertamento di un'infrazione” (punto 96). Tuttavia “l'esistenza di tale margine di valutazione discrezionale [...] non esonera la Commissione dall'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità quando decide di rendere obbligatori impegni offerti ai sensi dell'art. 9 n. 1 del regolamento n. 1/2003” (punto 97). Inoltre “sarebbe [...] in contrasto con l'economia del

regolamento n. 1/2003 che una decisione la quale, ai sensi dell'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, dovrebbe essere considerata non proporzionata all'infrazione accertata, possa essere adottata facendo ricorso al procedimento ex art. 9, n. 1, sotto la forma di impegno reso obbligatorio, per il motivo che l'infrazione non ha potuto essere formalmente provata in tale contesto" (punto 101).

La Commissione Europea, dal canto suo, aveva già in precedenza chiarito, relativamente all'applicazione dell'art. 9 del Regolamento n. 1/2003 (Memo/04/217 in data 17 settembre 2004) che "This instrument is novel and the conditions for its use are flexible" e "efficiency reasons justify that the Commission limits itself to making the commitments binding, and does not issue a formal prohibition decision".

L'unico limite di opportunità all'adozione di una decisione con impegni è, secondo la Commissione, quello dei procedimenti riguardanti i cartelli segreti c.d. "hardcore" ("the case is not one where a fine would be appropriate [this therefore excludes commitment decisions in hardcore cartel cases]").

Nelle sue prime decisioni in materia (cfr. in particolare, il provvedimento n. 16151 del 15 novembre 2006, caso I646, Produttori vernici marine, il cui impianto argomentativo è stato pienamente avallato da questa Sezione con sentenza n. 14157 del 29 dicembre 2007), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è sembrata propensa a ritenere che l'idoneità delle misure correttive proposte dalle imprese debba essere rapportata all'oggetto dell'istruttoria, con riguardo non solo ai profili concorrenziali in atto, ma anche agli effetti eventualmente già prodottisi.

L'Autorità ha, in particolare, valutato "non appropriati" gli impegni relativi a condotte che hanno già pienamente realizzato i loro effetti restrittivi e che non siano in grado di rimuovere questi ultimi con efficacia retroattiva; precisando, ulteriormente, che gli impegni presentati debbano comunque essere suscettibili di un'attuazione piena, tempestiva e facilmente verificabile.

2.2 La disciplina comunitaria in materia è stata recepita dall'art. 14-ter della legge 287/1990, il quale stabilisce che, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli artt. 2 o 3 della stessa legge o degli artt. 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria; l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione.

L'articolo è stato aggiunto dall'art. 14 del decreto-legge 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione 248/2006, entrata in vigore il 12 agosto 2006.

In materia di accettazione degli impegni, la norma ha attribuito all'Autorità un potere discrezionale, da esercitare nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario.

Il procedimento di cui all'art. 14-ter della legge 287/1990, pertanto, è un procedimento ad istanza di parte in cui, a fronte degli impegni presentati dall'impresa nei cui confronti sia stata avviata un'istruttoria, l'Autorità procedente valuta la loro idoneità a determinare il venire meno dei profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria stessa: potendo, in caso di valutazione positiva, arrestare il procedimento senza accertare l'infrazione rendendo gli impegni obbligatori per il proponente.

Va da sé che l'imposizione di obblighi all'impresa postula che gli impegni siano esattamente quelli che l'impresa ha proposto, non potendo l'Autorità aggiungere ulteriori obblighi a quelli che l'impresa si è dichiarata pronta ad accettare.

In altri termini, l'Autorità esercita un potere discrezionale nella valutazione degli impegni proposti, ma, se ritiene che detti impegni siano idonei a fare venire meno i profili concorrenziali in relazione ai quali ha avviato la procedura di accertamento, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi senza avere la possibilità di aggiungere integrazioni non previste dall'impresa e, quindi, con la stessa non previamente concordate.

In definitiva, l'Autorità ha il potere di valutare il grado di satisfattività – o meno – degli impegni proposti ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, cui è istituzionalmente preposta; con la conseguenza che, nel caso di giudizio positivo, arresta il procedimento e rende obbligatori gli stessi

e non anche altri, mentre, in caso contrario, prosegue il procedimento volto all'accertamento dell'infrazione.

2.4 Tale configurazione dell'assetto normativo dell'istituto in rassegna consente, rispetto alle opposte deduzioni delle parti del presente giudizio, di fissare un primo punto nella sollecitata definizione della controversia.

Va infatti esclusa la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità del gravame, che l'Avvocatura dello Stato ha sollevato, con memoria depositata l'11 ottobre 2010, in ragione dell'affermato carattere endoprocedimentale della determinazione di rigetto assunta ex art. 14-ter: in proposito sostenendo la non autonoma impugnabilità della determinazione con la quale l'Autorità rigetti gli impegni presentati da una delle parti coinvolte nell'apertura di un procedimento istruttorio, trattandosi di atto a mero rilievo endoprocedimentale.

Tale affermazione non è, invero, condivisibile.

L'accettazione degli impegni, infatti, determina la chiusura del procedimento dinanzi ad AGCM; e scongiura, quindi, l'applicabilità di sanzioni a fronte della valutata portata anticoncorrenziale della condotta oggetto di indagine.

In tal senso, l'assunzione di tale determinazione viene a costituire, in capo al soggetto i cui comportamenti abbiano formato oggetto di attenzione da parte dell'Autorità, una posizione giuridica evidentemente tutelabile, atteso che – in difetto dell'accoglimento degli impegni – il procedimento avviato non potrebbe non essere portato a conclusione, con riveniente attitudine della conclusiva effusione provvedimento non soltanto ad arrecare un pregiudizio patrimoniale (in ragione della irrogabilità delle previste sanzioni amministrative pecuniarie), ma anche (eventualmente) ad indurre una valenza di “conformazione” delle condotte imprenditoriali a peculiari modalità di svolgimento (divieto di reiterazione di comportamenti, individuazione del corretto alveo di svolgimento delle dinamiche pro-concorrenziali, ecc.).

Se questa Sezione ha più volte dato atto della impugnabilità delle determinazioni di accoglimento degli impegni (ad opera di soggetti terzi, la cui posizione processuale venisse, ovviamente, a dimostrarsi necessariamente qualificata e differenziata: si confronti, esemplarmente, la sentenza 10 maggio 2010 n. 10571 nel caso Adiconsum contro AGCM), esigenze di coerenza logico-giuridica impongono di applicare la medesima sistematica – individuativa della sussistenza dell'interesse alla sollecitazione del sindacato giurisdizionale – nella vicenda speculare, connotata dalla assunzione di una determinazione di rigetto degli impegni.

In tale evenienza, come in precedenza accennato, la portata (autonomamente) lesiva dell'atto consegue alla mancata adesione, da parte di AGCM, alla sistemazione di interessi prospettata dal soggetto “indagato” (con proposizione evidentemente auto-limitativa), nonché alla mancata interruzione del procedimento che avrebbe, diversamente, fatto seguito all'accettazione degli impegni stessi.

Non può conseguentemente escludersi – anzi, va affermato con assoluta convinzione – che tale atto abbia, rispetto al provvedimento conclusivo del procedimento, autonoma portata effettuale ed altrettanto autonoma idoneità a costituire una posizione legittimante ai fini dell'attivazione del controllo giurisdizionale: per l'effetto dovendosi escludere la fondatezza dell'eccezione in rito sollevata dalla difesa erariale.

2.5 Nel ricondurre il filo logico dell'intrapreso percorso argomentativo al fondamentale tema di indagine prospettato con la proposizione del mezzo di tutela all'esame, va dato atto che le conclusioni rassegnate ai precedenti punti tengono conto delle coordinate interpretative elaborate in materia dalla Sezione (si confronti, in proposito, le sentenze 7 aprile 2008 n. 2902 e 19 novembre 2008 n. 10428).

Va tuttavia precisato il diverso alveo applicativo che caratterizza l'operatività della norma ex art. 14-ter rispetto a quella contenuta nell'art. 15, comma 2-bis, della stessa legge 287/1990 (anch'essa introdotta dall'art. 14 del decreto-legge 223/2006, come modificato dalla relativa legge di conversione): secondo cui l'Autorità, in conformità all'ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle

imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario. Le decisioni di accettazione degli impegni si dimostrano, in particolare, attributarie di una ratio diversa da (ed inassimilabile, quindi, a) quella dei programmi di clemenza di cui al citato comma 2-bis dell'art. 15 della legge 287/1990: non trattandosi – quanto alla previsione normativa all'esame – né di un meccanismo di mero sconto della sanzione, né di un sistema “premiale” a fronte della collaborazione all'accertamento di un'infrazione, in quanto, ove gli impegni siano accettati, l'accertamento manca del tutto, sicché l'estensione dell'accettazione degli impegni anche alle intese hard core potrebbe ostacolare l'efficacia dei programmi di clemenza essendo preferibile per l'impresa interessata che il procedimento si concluda senza l'accertamento dell'infrazione.

3. Ulteriore passaggio ai fini della valutazione in ordine alla rimessa questione relativa alla correttezza del percorso-logico motivazionale sotteso all'assunzione della determinazione circa l'accettazione – o meno – degli impegni è rappresentato dalla individuazione dei relativi presupposti e dal connesso apprezzamento della sussistenza/consistenza degli stessi: elementi che, al fine di anettere apprezzabile carattere di legittimità all'esercizio del relativo potere da parte dell'Autorità, inevitabilmente debbono refluire nell'apparato motivazionale a corredo della decisione da quest'ultima assunta.

3.1 Sulla base di quanto precedentemente esposto, va evidentemente osservato come la decisione in ordine all'accettazione – ovvero al rigetto – degli impegni presentati dalla parte intervenga in una fase nella quale il quadro cognitivo e fattuale in ordine alla vicenda oggetto di indagine non necessariamente è perfezionato con carattere di compiutezza.

In difetto del completamento degli accertamenti istruttori – e, quindi, dell'acquisizione di tutti i necessari elementi suscettibili di refluire nella conclusiva valutazione in ordine alla portata anti-concorrenziale (o meno) di una determinata condotta – il giudizio che precede la determinazione in ordine agli impegni:

- se da un lato può assumere carattere necessariamente prognostico;
- e se, conseguentemente, non può essere parametrato, quanto alla valutazione dell'idoneità degli impegni stessi ad eliminare profili anti-competitivi, se non sul contenuto delle contestazioni mosse con l'atto di apertura del procedimento istruttorio;
- in ogni caso, non può prescindere dall'osservanza delle coordinate fondamentali rappresentate dalla compiuta idoneità delle condotte rivenienti dall'attuazione degli impegni a rimuovere i profili anticompetitivi oggetto di contestazione e dal rispetto del principio di proporzionalità, alla stregua di quanto specificato infra sub 3.3.

3.2 Sotto il primo degli indicati profili, la disamina si dimostra invero priva di profili particolarmente problematici.

Non può, infatti, essere pretermessa la rilevanza assunta dalla previsioni di cui al rammentato tredicesimo “considerando” del Regolamento comunitario (in precedenza citato) n. 1/2003, laddove si puntualizza che le decisioni concernenti gli impegni non sono opportune nei casi in cui la Commissione intende comminare un'ammenda.

Nel ribadire come l'Autorità nazionale sia tenuta a procedere anche alla stregua dei parametri previsti in ambito comunitario, consegue che, allorché la stessa Autorità ritenga di dovere irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria in considerazione della natura e dell'entità dell'intesa, correttamente può respingere gli impegni, senza che sia tenuta ad esplicitare un apparato motivazionale particolarmente diffuso.

Se l'accettazione degli impegni è sconsigliata nei casi di intese che appaiano, al momento in cui va assunta la decisione, di rilevante gravità (cc.dd. violazioni hard core), viene a delinarsi un (primo) punto di arresto, ai fini della valutazione in materia rimessa all'Autorità, al momento in cui venga prospettata, ad opera di taluna delle parti, l'assunzione di impegni: nel senso che, laddove il quadro degli elementi fattuali e giuridici di valutazione sia già tale da rendere doverosa l'irrogazione della sanzione pecuniaria (e, comunque, laddove sia emersa, con carattere di incontrovertibile consistenza, la

presenza di una fattispecie restrittiva della concorrenza avente obiettivo, quanto dimostrabile, carattere di rilevante gravità), allora:

- non soltanto gli impegni non possono formare oggetto di accoglimento;
- ma la motivazione relativa al rigetto può concretamente connotarsi in maniera congruamente sintetica, atteso che l'inaccogliabilità degli impegni viene a dimostrarsi in re ipsa laddove si sia in presenza (di elementi di valutazione tali da dimostrare la consistenza) di una fattispecie "importante" di violazione dei meccanismi proc-competitivi.

3.3 Il giudizio in materia rimesso all'Autorità si rivela, peraltro, attributivo di ulteriori due profili di valutazione, consistenti:

- nell'apprezzamento in ordine all'idoneità (dei comportamenti conseguenti all'assunzione) degli impegni a rimuovere i profili anticoncorrenziali già oggetto di constatazione in sede di apertura del procedimento;

- e, ulteriormente, nella considerazione del carattere di "proporzionalità" degli impegni medesimi rispetto al complesso delle condotte suscettibili di indurre, sul mercato preso in considerazione, effetti contrastanti con una fisiologica dialettica della competitività.

Ancora una volta, è necessario ricorrere ai principi esemplarmente esplicitati dal Tribunale di Primo Grado nella già citata sentenza 11 luglio 2007 (Alrosa/Commissione).

Il ragionamento in proposito condotto dall'organo giudiziario europeo di prima istanza muove dall'ineccepibile presupposto che "l'obiettivo dell'art. 7, n. 1, del Regolamento n. 1/2003 è lo stesso di quello perseguito dall'art. 9, n. 1, e coincide con l'obiettivo principale del regolamento n. 1/2003, che è quello di garantire una efficace applicazione delle regole di concorrenza previste dal Trattato".

Se "per il conseguimento di tale obiettivo la Commissione dispone di un margine di valutazione discrezionale nella scelta offertale dal regolamento n. 1/2003 di rendere obbligatori gli impegni proposti dalle imprese interessate e di adottare una decisione ai sensi dell'art. 9 o di seguire la via prevista dall'art. 7, n. 1, del medesimo regolamento, che esige l'accertamento di una infrazione", tuttavia "l'esistenza di tale margine di valutazione discrezionale circa la scelta della via da seguire non esonera la Commissione dall'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità quando decide di rendere obbligatori impegni offerti ai sensi dell'art. 9, n. 1, del regolamento n. 1/2003".

Il rispetto del suindicato principio, secondo quanto osservato dal medesimo TPG, "esige che gli atti delle istituzioni comunitarie non vadano oltre quanto è idoneo e necessario per conseguire lo scopo prefisso (sentenze del Tribunale 19 giugno 1997, causa T-260/94, Air Inter/Commissione, Racc. pag. II-997, punto 144, e Van den Bergh Foods/Commissione, cit., punto 201), fermo restando che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva, e che gli oneri imposti non devono essere sproporzionati in relazione agli scopi perseguiti (sentenze della Corte 11 luglio 1989, causa 265/87, Schröder HS Kraftfutter, Racc. pag. 2237, punto 21 e 9 marzo 2006, causa C-174/05, Zuid-Hollandse Milieufederatie e Natuur en Milieu, Racc. pag. I-2443, punto 28)".

Ecco che, per effetto dell'immanenza del principio di proporzionalità – e, conseguentemente, in ragione dell'esigenza che la decisione in ordine all'accogliibilità, o meno, degli impegni, sia conseguenza dell'osservanza di un rapporto di logica congruità fra interruzione della pratica anticompetitiva e/o rimozione dei relativi effetti e condotta "validata" dall'Autorità antitrust sulla base degli impegni volontariamente assunti dall'operatore economico "indagato" – "il controllo della proporzionalità di una misura [viene ad assumere connotazione di] un controllo oggettivo, poiché l'idoneità e la necessità della Decisione impugnata debbono essere valutati rispetto allo scopo perseguito dall'istituzione".

Se "per le decisioni adottate in applicazione dell'art. 7 del Regolamento n. 1/2003, lo scopo è di porre termine all'infrazione accertata", "per quelle adottate in applicazione dell'art. 9 del medesimo Regolamento, lo scopo è di rispondere alle preoccupazioni espresse dalla Commissione nell'ambito della valutazione preliminare, le quali giustificano che essa preveda l'adozione di una decisione che disponga la cessazione di una infrazione".

Ne consegue che:

- laddove “nell’ipotesi dell’applicazione dell’art. 7, n. 1, del Regolamento n. 1/2003 la Commissione deve accertare l’esistenza di una infrazione, il che implica una definizione precisa del mercato di cui trattasi e se del caso dell’abuso addebitato all’impresa di cui trattasi”

- “nel contesto dell’art. 9, n. 1, del medesimo Regolamento, effettivamente la Commissione non è tenuta a dimostrare formalmente l’esistenza di una infrazione, come è del resto indicato nel tredicesimo ‘considerando’ del Regolamento n. 1/2003, ma deve ciò nondimeno dimostrare l’effettività delle preoccupazioni concorrenziali che giustificavano che essa prevedesse l’adozione di una decisione ai sensi degli artt. 81 CE e 82 CE e che le consentono di imporre all’impresa interessata di rispettare taluni impegni, il che presuppone un’analisi del mercato ed una identificazione dell’infrazione prevista meno definitive che nell’ambito dell’applicazione dell’art. 7, n. 1, del regolamento n. 1/2003, benché quest’ultima debba essere sufficiente per consentire un controllo dell’idoneità dell’impegno”.

4. Alla stregua di quanto posto in evidenza – e, segnatamente, in relazione ai parametri che segnano l’ambito di espansione della valutazione discrezionale in materia rimessa all’Autorità – si ha motivo di ritenere che la decisione nella fattispecie assunta da AGCM presenti profili denotanti un non corretto esercizio del relativo potere.

4.1 Viene in primo luogo in considerazione, nel quadro del contesto motivazionale esplicitato a supporto della reiezione degli impegni proposti da MASTERCARD, il carattere “temporaneo” che le relative condotte avrebbero assunto.

Va al riguardo rammentato come AGCM non abbia mosso rilievi alla durata degli impegni presentati dall’odierna ricorrente; quanto, piuttosto, abbia giudicato ex se inidonea l’adozione di condotte – si badi, astrattamente qualificate “pro-competitive” – aventi delimitazione temporale; per l’effetto assumendosi (implicitamente, ma univocamente) che l’accettazione degli impegni avrebbe potuto transitare univocamente attraverso una vigenza degli stessi aventi estensione non predeterminata.

Se tale assunto, in linea di principio, non rivela elementi di intrinseca illogicità, tuttavia la concreta fattispecie all’esame avrebbe potuto (e dovuto) indurre un diverso apprezzamento, in ragione del quadro complessivo a fondamento del carattere temporaneo degli impegni stessi.

Come ampiamente illustrato nell’atto introduttivo del giudizio, la vicenda in esame dinanzi all’Autorità nazionale trova, sotto il profilo della consistenza giuridica delle problematiche coinvolte, significativi elementi di corrispondenza con altra vicenda che, tuttora pendente dinanzi al TPG, ha visto, nelle more della decisione dell’organo di giustizia europeo, il raggiungimento di un’intesa (l’Interim Arrangement) tra Commissione UE e MASTERCARD, la cui funzione trova significativi punti di assimilabilità con l’accettazione degli impegni, per come disciplinata dall’ordinamento comunitario (e, derivativamente, nazionale).

Se è vero – né negli atti causa, sul punto, sono riscontrabili difformi elementi di giudizio – che le medesime criticità sul funzionamento del mercato rilevate da AGCM in sede di avvio dell’Istruttoria hanno portata sostanzialmente coincidente con quelle formulate dalla Commissione Europea e se non può non convenirsi in ordine alla rilevanza che i principi che verranno affermati dal Tribunale lussemburghese sono suscettibili di riverberare anche sull’odierna vicenda (in quanto la conclusiva decisione sul contenzioso aperto in sede comunitaria ben potrà essere idonea a conformare l’intera disciplina delle commissioni interbancarie in ambito UE), allora:

- non soltanto il carattere temporaneo degli impegni assunti dinanzi ad AGCM da MASTERCARD avrebbe potuto opportunamente coordinarsi con l’esigenza di attendere il pronunciamento del TPG sulla questione al medesimo sottoposta;

- ma, vieppiù, uno standstill sulla conclusiva effusione provvedimento dell’Autorità nazionale potrebbe scongiurare, nel caso di disomogeneità determinative di quest’ultima rispetto alle indicazioni che vorrà fornire il Giudice comunitario, il verificarsi di (possibili) dissonanze tra disciplina nazionale ed europea.

Se l'adito Organo di giustizia ben è consapevole dei limiti dell'esercitabile sindacato – il cui svolgimento non può trasmodare in preclusi apprezzamenti di merito, che finiscano per giustapporre (e/o per sostituire) alle valutazioni dell'Autorità (ed al discrezionale apprezzamento che ne connota l'atteggiarsi) diversi opinamenti – va tuttavia rimarcato, nel quadro della verificabilità di profili di illegittimità della determinazione avversata sub specie dell'eccesso di potere per errata considerazione dei presupposti di fatto e di diritto, ovvero per inadeguata effusione dell'apparato motivazionale, come il giudizio sul punto espresso nel provvedimento gravato non sia suscettibile di condivisione.

Nel dare atto dell'apoditticità dell'affermazione secondo cui la temporaneità degli impegni, ex se riguardata, non avrebbe potuto suscitare se non un giudizio di "insufficienza" da parte dell'Autorità (come sostenuto dalla difesa erariale nella memoria difensiva depositata in giudizio l'11 ottobre 2010), in quanto gli impegni stessi avrebbero denotato "una volontà attenuata e condizionata ... all'eliminazione dei profili anticoncorrenziali", va invece ribadito che proprio la pendenza del contenzioso dinanzi agli organi europei di giustizia ed il perfezionamento del ripetuto Interim Arrangement con il Commissario UE per la Concorrenza (successivamente alla contestazione della Commissione della non ottemperanza alla decisione della Decisione della Commissione C (2007) 6474 del 19 dicembre 2007, sulle commissioni interbancarie di MASTERCARD) avrebbero dovuto imporre alla precedente Autorità una più attenta valutazione dei presupposti a fondamento della decisione in ordine ai proposti impegni.

Ancorché nella determinazione di apertura dell'istruttoria AGCM dia conto del fatto che "Le interchange fees attualmente applicate in Italia non sono ... quelle in vigore per le transazioni cross-border, oggetto del procedimento comunitario MasterCard", nondimeno l'identità dei principi di diritto applicabili alle commissioni interbancarie domestiche (intra-country fallback interchange fees) e transfrontaliere (cross border o inter-country fallback o intra-EEA fallback interchange fees) avrebbe dovuto orientare le valutazioni di AGCM (e, quindi, informare l'esplicitato apparato motivazionale) nel senso della ostensione di una congrua giustificazione a sostegno della decisione (di non accettazione degli impegni) affatto difforme dalla determinazioni assunte in sede europea (quantunque a fronte di problematiche concernenti le sole commissioni transfrontaliere).

Pur non condividendosi l'assunto di parte ricorrente, secondo cui la determinazione dell'Autorità antitrust si porrebbe in contrasto con l'ordinamento europeo (non potendosi, invero, ravvisare nell'Arrangement di che trattasi una fonte giuridica comunitaria), va invero rilevato come la decisione di AGCM, pretermettendo ogni considerazione in ordine all'esigenza (più ancora che all'opportunità) di conformare l'esercizio del potere ad essa rimesso alla posizione assunta dal competente organismo europeo (e, quindi, di sospendere l'iter procedimentale nelle more della decisione di TPG), si presenti viziata per eccesso di potere, sotto i profili:

- dell'omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto rilevanti;
- e, conseguentemente, della inadeguatezza motivazionale, laddove il divisato carattere di temporaneità degli impegni assunti da MASTERCARD viene ex se giudicato insufficiente, senza peraltro esplicitare congruamente le ragioni che, in presenza del quadro sovranazionale in precedenza esposto, ben avrebbero potuto suggerire una dilazione (anche solo) temporale della definizione della vicenda procedimentale di che trattasi.

Se, infatti, l'Interim Arrangement è stato concluso al fine di non dare seguito alla contestazione della Commissione nei confronti di MASTERCARD (e, quindi, di chiudere anticipatamente un possibile percorso procedimentale senza giungere all'accertamento della inottemperanza), va allora ribadito come omogeneo ordine di considerazioni risulti essere stato affatto pretermesso da AGCM: dovendosi per l'effetto escludere che la temporaneità degli impegni, ove come sopra raccordabile con l'illustrato quadro comunitario, rilevi – in disparte ogni considerazione in ordine alla pregressa adesione, da parte dell'Autorità, ad impegni parimenti delimitati temporalmente – quale legittimo presupposto dell'avversata determinazione.

4.2 Ulteriore elemento che ha dimostrato valenza dissuasiva ai fine dell'accettazione degli impegni MASTERCARD viene dall'Autorità rappresentato con riferimento alla natura "condizionata" di questi ultimi.

Con apposita clausola, infatti, MASTERCARD si è riservata il diritto di recedere dai proposti impegni nelle ipotesi:

- di non completamento del procedimento, da parte dell'Autorità, nei confronti delle Banche "in un tempo ragionevole"
- ovvero, di perfezionamento del procedimento stesso nei confronti delle banche, o di taluna di esse, in base ad impegni, secondo il giudizio di MASTERCARD, in contrasto con gli accordi di licenza tra la ricorrente medesima e le banche, ovvero con "le regole/procedure e/o pratiche di MASTERCARD".

Le ragioni giustificative al riguardo esplicitate dalla parte ricorrente dapprima nell'atto introduttivo del giudizio e, quindi, con memoria del 15 ottobre 2010, rivelano la presenza di non indivisibili elementi valutativi, soprattutto con riferimento:

- alla contestata presenza di un'intesa verticale MASTERCARD/Banche
- ed alla conseguente irragionevolezza di una prosecuzione procedimentale che, in caso di accoglimento degli impegni, sarebbe avvenuta esclusivamente nei confronti delle seconde, con l'ipotizzabile irrogabilità di sanzioni anche nei confronti della ricorrente medesima, pur in presenza dell'accettazione degli impegni da essa assunti, laddove AGCM avesse concluso ritenendo effettivamente integrata l'ipotesi "accusatoria" di intesa anticompetitiva.

Se pure un'accettazione degli impegni "incondizionata" ben avrebbe potuto condurre agli esiti da MASTERCARD paventati, laddove la conclusione dell'istruttoria avesse denotato la presenza di un'intesa, va tuttavia soggiunto che l'esercitabilità del potere di recesso che la ricorrente ha inteso far valere si pone in netto ed insanabile contrasto con la natura giuridica dell'istituto.

Si è già avuto modo di osservare che, in sede di accettazione, all'Autorità è preclusa ogni implementazione del contenuto degli impegni: i quali, conseguentemente, si dimostrano suscettibili di accoglimento o di rigetto, senza che possa aprirsi fra la precedente Autorità e la parte proponente una sorta di "negoziato" che conduca ad una contrattazione sulla portata effettuale degli impegni.

L'insuscettibilità degli impegni a subire una sorta di "manipolazione additiva" da parte dell'Autorità non può non trovare elementi di speculare (quanto necessaria) corrispondenza nella inconfigurabilità di una (successiva) manifestazione di volontà ad opera della parte proponente, che si sostanzia nell'esercizio di una potestà ad libitum di ritiro degli impegni stessi.

Se, da un lato, la formulazione della clausola di recesso si dimostra – invero inaccettabilmente – preordinata a "conformare" l'esercizio delle potestà rimesse ad AGCM (ricongiungendo la recedibilità dagli impegni stessi al mancato perfezionamento procedimentale entro un dato orizzonte temporale; ovvero all'accettazione di impegni, proposti dalle banche, "dissonanti" con "le regole/procedure e/o pratiche di MASTERCARD"), va d'altro canto escluso che la deducibilità stessa della prerogativa che MASTERCARD ha, come sopra, inteso esercitare, sia conforme alla configurazione dell'istituto.

Infatti, al momento della presentazione degli impegni, la riveniente posizione giuridica rappresentata all'attenzione della precedente Autorità è suscettibile, come sopra rammentato, esclusivamente di accettazione o rigetto: con la conseguenza che, esclusa ogni negoziabilità in ordine al contenuto degli impegni stessi, va parimenti confutato che rimanga nella giuridica disponibilità della parte proponente – una volta perfezionatasi la decisione di accettazione degli impegni – la potestà di determinare, unilateralmente, il "ritiro" della proposta, mediante l'esercizio di un diritto – a matrice meramente potestativa – invero estraneo al corretto atteggiarsi della fattispecie.

Altrimenti opinandosi, verrebbe infatti a costituirsi, in capo all'Autorità, una posizione giuridica di soggezione, la cui concreta traduzione verrebbe a consentire alla parte proponente la deducibilità, negli impegni (anzi, a presupposto della presentazione degli impegni), di elementi a carattere

condizionante suscettibili di vanificare, con unilaterale manifestazione di volontà, la determinazione di accettazione.

Tale atteggiarsi delle ricadute giuridiche conseguenti alla rivendicata formulabilità della clausola di recesso – che l’Autorità ha, sulla base delle condotte considerazioni, correttamente respinto – non trova nel Collegio profili di condivisibilità: dovendosi escludere, conclusivamente, che la sottrazione alla disponibilità di entrambe le parti del contenuto degli impegni successivamente alla loro presentazione (fuori dalla tipizzazione delle decisioni che l’Autorità è in proposito chiamata ad adottare), consenta l’inserimento di clausole e/o condizioni suscettibili di incidere sulla conclusiva effusione provvedimento e/o sui successivi effetti da essa derivanti.

4.3 Terzo profilo motivazionale a fondamento del disposto rigetto degli impegni proposti da MASTERCARD va ravvisato, alla stregua di quanto esposto nel gravato provvedimento AGCM, nel rilievo per cui gli impegni medesimi “stabiliscono una riduzione delle MIF sulla base di motivazioni che non rispondono, trattandosi di commissioni interbancarie multilaterali che definiscono identiche voci di costo, ad una analisi economica di efficienza del sistema basata su valutazioni costi/benefici e comparazioni tra diversi mezzi di pagamento”.

4.3.1 Una migliore comprensione dell’argomentazione sopra riportata transita attraverso l’individuazione della conformazione del sistema e delle relative modalità di funzionamento, per come dalla stessa Autorità tratteggiate nella determinazione di apertura del procedimento a carico di MASTERCARD.

Va innanzi tutto osservato come il settore dei sistemi di pagamento operi come circuito che adotta un cd. sistema a quattro parti, o anche sistema/circuito non proprietario, caratterizzato dalla separazione tra soggetto proprietario del marchio che contraddistingue la carta di pagamento (il circuito) ed i soggetti emittenti (issuer) e/o che convenzionano gli esercenti (acquirer).

Il funzionamento del circuito MASTERCARD prevede dei contratti di licenza attraverso i quali i licenziatari del marchio (banche o in generale società finanziarie) emettono carte di pagamento (nel ruolo di issuer) e/o contrattualizzano gli esercenti (nel ruolo di acquirer).

Per ogni transazione, quando acquirer ed issuer sono due soggetti diversi, l’acquirer della transazione corrisponde all’issuer della carta una commissione interbancaria multilaterale o MIF.

La definizione e la modalità di applicazione di tali commissioni interbancarie sono contenute nelle regole del circuito MASTERCARD e applicate attraverso i contratti di licenza.

L’attività di MASTERCARD (soggetto che gestisce il circuito) si sostanzia nella definizione delle regole (c.d. network rules) volte a garantire la circolarità del sistema; in particolare, oltre a promuovere il marchio e dettare le regole tecniche di funzionamento, il circuito stabilisce gli oneri di adesione allo stesso (costo della licenza), nonché alcune variabili economiche che regolano i rapporti tra gli aderenti come l’ammontare dell’interchange fee (espressamente prevista nelle network rules e definita nel suo livello quantitativo dal circuito stesso), che rappresenta una delle principali voci di costo per la definizione delle commissioni (merchant fees) che regolano i rapporti tra ogni acquirer ed i propri esercenti convenzionati.

Nei sistemi a quattro parti, quale quello operato da MASTERCARD, il gestore del circuito concede a titolo oneroso, ai soggetti terzi richiedenti in possesso di pre-determinati requisiti, la licenza per effettuare l’attività di emissione (issuing) e convenzionamento (acquiring).

La prima modalità organizzativa, ovvero quella nella quale vi è coincidenza tra soggetto issuer/acquirer e distributore (di seguito, anche, modello integrato), è tipicamente adottata dalle banche di dimensioni più grandi che sono dotate di propria licenza e svolgono direttamente l’attività verso i clienti finali e gli esercenti.

La seconda, ovvero quella nella quale le carte e/o i contratti di convenzionamento vengono collocati da un distributore diverso dall’issuer/acquirer, è invece generalmente adottata dalle banche di dimensioni medio/piccole, le quali, per scelta strategica o per il mancato raggiungimento di un volume di servizi tale da rendere economicamente conveniente l’emissione in proprio di carte di pagamento e/o il convenzionamento degli esercenti, ricorrono a società terze.

Il soggetto issuer/acquirer, oltre a detenere il rapporto a monte con il circuito, è anche il detentore del rapporto a valle con il cliente finale, titolare di carta o esercente, e che sottoscrive i contratti.

Dal momento che le licenze vengono concesse a più di un soggetto, le transazioni possono realizzarsi in circolarità coinvolgendo un issuer diverso dall'acquirer.

Nel caso del circuito MASTERCARD la regolazione di tali transazioni dà luogo al pagamento a livello interbancario della interchange fee definita dal soggetto gestore e proprietario del circuito. In particolare, le interchange fee sono pagate dall'acquirer all'issuer per ogni transazione di acquisto di beni o servizi realizzata da un determinato debitore titolare della carta presso un creditore esercente. Nelle regole del circuito Mastercard viene precisato che "Interchange fee means an amount paid by the Acquirer to the Issuer with respect to the interchange of a Transaction".

Le regole del circuito, richiamate espressamente nei contratti di licenza stipulati tra i licenziatari ed il gestore del circuito, prevedono l'applicazione delle interchange fees.

In particolare, "a transaction [...] cleared and settled between Members gives rise to the payment of the appropriate interchange fee [...], as applicable" e "the Corporation [Mastercard] will inform Members, as applicable, of all fees it establishes and may periodically publish fee tables."

Tali commissioni interbancarie sono uniformi, a parità di tipologia di carta e di transazione, e note a tutti i licenziatari, ovvero ai soggetti che le implementeranno sulla base dei contratti di licenza stipulati con il circuito.

Prima della quotazione e ristrutturazione di MASTERCARD le interchange fee erano definite dall'European Board, mentre successivamente è il Global Board che ha delegato un manager (Chief Operating Officer) interno a definire tali commissioni interbancarie.

A livello nazionale, solo in assenza di specifiche commissioni interbancarie (intra-country fallback interchange fee) si applicano le commissioni interbancarie transfrontaliere (cross border o inter-country fallback o intra-EEA fallback interchange fees).

Le commissioni interbancarie (intra-country fallback interchange fees) attualmente applicate in Italia sono state definite nel loro ammontare dal circuito MasterCard.

Le interchange fees rappresentano una delle principali componenti di costo per la successiva definizione delle variabili economiche da parte degli acquirer, in particolare delle c.d. merchant fees.

Infatti, i soggetti acquirer, una volta diventati licenziatari del marchio MASTERCARD, sono coloro che stipulano i contratti di convenzionamento con gli esercenti.

Tali contratti prevedono il pagamento all'acquirer, per i vari servizi resi da quest'ultimo, di una commissione (c.d. merchant fee) da parte dell'esercente.

Nel modello integrato in cui l'acquirer coincide con il soggetto distributore è esso stesso a stabilire la commissione che il merchant dovrà corrispondergli per l'accettazione dei pagamenti attraverso le carte MASTERCARD (merchant fee).

Nell'ipotesi di modello non integrato (caratterizzato dalla presenza di un distributore terzo), il contratto di acquiring è sempre stipulato tra l'esercente stesso e l'acquirer sulla base di una merchant fee definita, in tal caso, dal distributore.

Anche in tale modello, è determinante il ruolo dell'acquirer e della interchange fee che egli deve poi corrispondere all'issuer, in quanto la merchant fee è determinata sulla base di varie voci di costo derivanti dall'accordo di distribuzione tra acquirer e distributore (che includono l'interchange fee, i costi di circuito ed i compensi).

L'interchange fee è, quindi, una componente che incide sulla definizione della merchant fee:

- direttamente, laddove acquirer e distributore coincidano;
- indirettamente, laddove non coincidano, rappresentando una voce di costo che determina l'ammontare complessivo dei costi a carico del distributore.

4.3.2 La difesa di MASTERCARD (memoria del 15 ottobre 2010) assume che la posizione adottata da AGCM sulla riduzione delle Commissioni interbancarie sia viziata sotto un duplice profilo:

- in primo luogo, sostenendo che non sussista “alcun obbligo, da parte di MASTERCARD, di fornire una metodologia a sostegno della determinazione delle proprie commissioni interbancarie, come peraltro confermato dalle regole del circuito MASTERCARD”;

- secondariamente, che “il livello delle commissioni interbancarie proposto negli impegni era circa la metà del livello ottenuto in base ai risultati di analisi economiche specifiche dei costi sostenuti dagli issuer”; collocandosi “la proposta commissione interbancaria” ad un livello “di molto inferiore ai costi, costi che erano stati misurati secondo una metodologia molto simile ed analoga a quella ... approvata dall’AGCM il 30 settembre scorso nel procedimento I724 – COMMISSIONE INTERBANCARIA in relazioni alle commissioni interbancarie di Pago Bancomat”: conclusivamente sostenendosi che “la riduzione del 20% proposta da MASTERCARD avrebbe portato ad una delle commissioni interbancarie più basse in tutto lo Spazio Economico Europeo”.

Impregiudicata la fondatezza, in punto di fatto, dei sopra riportati rilievi (anche con riferimento alla utilizzabilità del cd. “tourist test”, quale benchmark affidabile per la determinazione delle commissioni interbancarie, alla stregua di quanto indicato dalla difesa di AGCM, ma tuttora non operante atteso che, come soggiunto dalla stessa Avvocatura Generale dello Stato, “la Commissione sta conducendo (gli studi) sui dati necessari all’applicazione del “tourist test”), va innanzi tutto esclusa la sindacabilità del merito tecnico-discrezionale delle valutazioni compiute da AGCM.

Nella misura in cui le argomentazioni sopra esposte – per quanto logicamente sostenibili – si rivelino, infatti, preordinate a “sostituire” all’apprezzamento dell’Autorità un diverso ordine di considerazioni, deve darsi atto della non espandibilità del sindacato giurisdizionale a fronte del prospettato “slittamento” dalla verifica dell’eventuale illegittimità dell’atto per eccesso di potere al (diversamente atteggiato) sindacato del “merito” delle scelte di AGCM.

Se pure va dato atto del sottilissimo crinale suscettibile di integrare il discrimen fra le due distinte tipologie di sindacabilità sopra indicate, va tuttavia rammentato – ancorché superfluo – come il controllo esercitabile nella presente sede giurisdizionale non può comunque trasmodare nella pratica “sostituzione”, ad opera dell’adito organo di giustizia, della scelta discrezionalmente operata dall’Autorità (segnatamente, in una materia, quale quella propria del profilo motivazionale all’esame, caratterizzata da elevati contenuti di opinabilità), pena – come precedentemente sottolineato – il precluso svolgimento di apprezzamenti di merito.

Tali considerazioni – svolte sulla base di un noto precipitato logico-assertivo dell’insegnamento giurisprudenziale in ambito nazionale – incontrano significativi elementi di validazione anche nella pronuncia (resa in data 29 giugno 2010 nel procedimento C-441/07 P) che la Corte di Giustizia europea ha rassegnato nell’ambito della decisione resa a fronte dell’impugnazione della sopra citata sentenza del Tribunale di Primo Grado sulla controversia Alrosa Company Ltd./Commissione.

Nella citata decisione (particolarmente pertinente alla fattispecie in esame, in quanto relativa all’accettazione di impegni in materia antitrust), il Giudice europeo d’appello ha osservato che “il Tribunale avrebbe potuto decidere che la Commissione aveva commesso un errore manifesto di valutazione unicamente qualora avesse constatato che la citata conclusione cui è pervenuta la Commissione era evidentemente infondata, alla luce degli elementi di fatto da essa stabiliti”.

Nel rilevare come il TPG abbia, diversamente, “esaminato altre soluzioni meno onerose ai fini dell’applicazione del principio di proporzionalità, ivi comprese eventuali modifiche degli impegni congiunti”, la Corte ha ritenuto che il predetto organismo di primo grado abbia, conseguentemente, “presentato una propria valutazione di circostanze economiche complesse ed [abbia] quindi sostituito la propria valutazione a quella della Commissione, violando in tal modo il margine discrezionale di quest’ultima, invece di verificare la legittimità della valutazione della Commissione”.

Ciò osservato, se è vero che anche la massima latitudine espansiva del sindacato dell’eccesso di potere deve, comunque, arrestarsi laddove non siano riscontrabili:

- carenze e/o incongruità del percorso motivazionale
- travisamenti e/o errati apprezzamenti delle circostanze di fatto e/o di elementi di diritto
- o, ancora, manifeste emersioni di elementi di illogicità,

allora l'accogliibilità della doglianza all'esame viene a dimostrarsi consentita nella sola parte in cui – impregiudicata, si ribadisce, la legittima valutabilità (in parte qua) degli impegni ad opera dell'Autorità – risulta non aver trovato emersione l'esigenza, da AGCM pur ravvisata, che la proponente MASTERCARD evidenziasse lo svolgimento di una "analisi economica di efficienza del sistema basata su valutazioni costi/benefici e comparazioni tra diversi mezzi di pagamento".

In altri termini, a fronte del ravvisato profilo di criticità degli impegni MASTERCARD, l'Autorità ben avrebbe potuto (rectius: dovuto) sollecitare quest'ultima a fornire dettagliati (quanto adeguati) elementi valutativi in ordine alla condotta analisi economica.

Né tale – eventuale – interlocuzione (pienamente rispondente al paradigma, costituzionalmente sancito, di corretto esercizio della funzione e, più in generale, di "buona" amministrazione) avrebbe potuto rappresentare una (come si è visto, preclusa) implementazione modificativa degli impegni presentati dalla parte sottoposta a procedimento: ipotesi, quest'ultima, che una legittima applicazione dell'istituto esclude, atteso che non è consentito all'Autorità "modificare" e/o "emendare" il contenuto degli impegni stessi.

Piuttosto, essa ben avrebbe potuto atteggiarsi quale doveroso svolgimento endoprocedimentale volto a chiarificare il percorso logico-argomentativo (e, con esso, le connesse analisi di sistema), per effetto del quale gli impegni in discorso (segnatamente, per quanto riguarda la determinazione del livello delle commissioni interbancarie) avevano assunto una particolare connotazione.

In tale ristretto limite (ulteriormente ribadita l'esclusa sindacabilità nel merito delle scelte di AGCM) le censure appuntate avverso il profilo motivazionale all'esame meritano accoglimento, ancorché esclusivamente con riferimento alla riscontrata inadeguatezza istruttoria che, riverberandosi sull'insufficienza dell'apparato motivazionale esposto nel provvedimento gravato, inficia alla luce dei riscontrati profili, la determinazione di che trattasi.

5. Nei limiti indicati in motivazione (sub 4.1 e 4.3.2), il ricorso si dimostra quindi fondato: corrispondentemente imponendosi, nei limiti medesimi, l'annullamento della gravata determinazione AGCM.

Ne deriva che, a seguito dell'annullamento in parte qua della delibera impugnata, l'Autorità procedente dovrà nuovamente valutare se gli impegni proposti siano soddisfattivi al fine di eliminare i profili anticoncorrenziali in relazione ai quali è stato avviato il procedimento, nel qual caso la delibera del 22 dicembre 2009, per come emendata dalle parti illegittime, rimarrà vincolante per la ricorrente ed il procedimento sarà suscettibile di chiusura senza l'accertamento di alcuna infrazione. Sussistono, in relazione alle peculiarità rivelate dalla presente vicenda contenziosa, nonché in ragione della riscontrata solo parziale fondatezza del proposto mezzo di tutela, giusti motivi per compensare integralmente fra le parti costituite le spese di lite.

P.Q.M.

accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, in tali limiti annulla – riservate alla competente Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato le successive e consequenziali determinazioni – l'impugnata delibera del 22 dicembre 2009.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/11/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)