



Il triplice mercato dei sistemi di pagamento con carta di credito. La Corte di Giustizia si pronuncia sulla nozione di restrizione della concorrenza “per oggetto” nel caso *Budapest Bank* valorizzando un approccio controfattuale

📅 28/04/2020

📖 DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, DIRITTO BANCARIO E DEI MERCATI FINANZIARI, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 2 aprile 2020, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata nella Causa C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt., ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe, OTP Bank Nyrt., Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt., Erste Bank Hungary Zrt., Visa Europe Ltd e MasterCard Europe SA*, sull'interpretazione dell'articolo 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). La domanda pregiudiziale era stata presentata

nell'ambito di una controversia tra la *Gazdasági Versenyhivatal* (Autorità ungherese garante della concorrenza, “AUC”) e sei istituti finanziari, tra cui la *Budapest Bank Nyrt.* (“Budapest Bank”), in relazione ad una decisione con cui la AUC aveva constatato l'esistenza di un accordo anticoncorrenziale vertente sulle commissioni interbancarie relative ai pagamenti mediante carta di credito.

Questa, la fattispecie. Nell'ambito della procedura di cooperazione multilaterale (“Forum”) avviata tra il 1995 ed il 1996, sette banche, che per la maggior parte avevano aderito ai sistemi di carte di



credito delle società *Visa Europe Ltd* ("Visa") e *MasterCard Europe SA* ("MasterCard"), avevano concluso un accordo relativo alla determinazione del livello minimo della commissione di servizio uniforme dovuta dagli esercenti ("Accordo CSC"). L'accordo, tuttavia, non era mai entrato in vigore. Inoltre, le parti avevano stipulato un'ulteriore accordo, invece entrato in vigore il 1° ottobre 1996, con il quale avevano uniformato l'importo delle spese per commissioni interbancarie relative ai pagamenti effettuati mediante carte emesse da una banca partecipante al sistema di pagamento proposto dalla Visa o dalla MasterCard ("Accordo CMI"). Ad esito di un'indagine, l'AUC aveva sanzionato le sette banche parte dell'accordo CMI, nonché la Visa e la MasterCard, in quanto, nell'aver definito il livello e la struttura della commissione interbancaria uniformemente applicabile, nell'aver previsto un quadro operativo connesso nei propri regolamenti interni e nell'averlo promosso, le parti avevano posto in essere una restrizione della concorrenza tanto "per oggetto" quanto "per effetto" in violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE.

La Visa, la MasterCard e sei delle banche sanzionate avevano proposto ricorso dinanzi al *Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest-Capitale), che aveva respinto la domanda. Tuttavia, in sede d'appello il *Fővárosi Törvényszék* (Corte d'Appello di Budapest-Capitale) aveva annullato la decisione dell'AUC, rinviandole la controversia affinché quest'ultima si pronunciasse nuovamente. A sua volta, l'AUC aveva proposto ricorso per cassazione avverso alla decisione di secondo grado dinanzi alla *Kúria* (Corte suprema ungherese; "giudice del rinvio") che, ritenendo necessaria l'interpretazione dell'articolo 101 TFUE,

aveva deciso di sospendere il procedimento e di rivolgere alla Corte di Giustizia quattro quesiti pregiudiziali.

Con il primo quesito, il giudice del rinvio chiedeva se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che osta a che un medesimo comportamento anticoncorrenziale sia considerato come avente al contempo l'oggetto e l'effetto di restringere il gioco della concorrenza.

La Corte ha preliminarmente ricordato che l'alternatività della condizione di avere "per oggetto o per effetto" di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE rende necessario considerare *in primis* l'oggetto dell'accordo¹ in quanto, qualora ne venisse dimostrata la natura anticoncorrenziale, non sarebbe necessario indagarne gli effetti sulla concorrenza². La possibilità che certi comportamenti collusivi, quali quelli che portano alla fissazione orizzontale dei prezzi da parte di cartelli, abbiano effetti negativi, in particolare, sul prezzo, sulla quantità o sulla qualità dei prodotti e dei servizi, infatti, è talmente alta che può essere ritenuto inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, dimostrare che tali comportamenti abbiano in concreto prodotto effetti sul mercato³. Tuttavia, il fatto che una restrizione della concorrenza "per oggetto" esoneri il giudice competente dalla necessità di esaminarne gli effetti non implica necessariamente che tale giudice non possa procedere al suddetto esame qualora lo ritenga opportuno. Inoltre, come rilevato dall'Avvocato Generale Bobek nelle sue conclusioni⁴, la possibilità offerta al giudice competente di qualificare un medesimo comportamento anticoncorrenziale come restrizione tanto "per oggetto" quanto "per effetto" non lo esime dall'obbligo di

¹ CGUE 20.01.2016, Causa C-373/14 P, *Toshiba Corporation/Commissione*, punto 24; CGUE 26.11.2015, Causa C-345/14 *Maxima Latvija*, punto 16.

² CGUE 20.01.2016, Causa C-373/14 P, *Toshiba Corporation/Commissione*, punto 25; CGUE 26.11.2015, Causa C-345/14 *Maxima Latvija*, punto 17.

³ CGUE 26.11.2015, Causa C-286/13 P, *Dole Food e Dole Fresh Fruit Europe/Commissione*, punto 19; CGUE 11.09.2014, Causa C-67/13 P, *CB/Commissione*, punto 51.

⁴ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

avvalorare le proprie constatazioni con le prove necessarie e di precisare in quale misura dette prove si riferiscano all'uno o all'altro tipo di restrizione accertata.

Con il secondo quesito, il giudice del rinvio chiedeva di conoscere se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che un accordo interbancario che fissi ad un medesimo livello la commissione dovuta sulle operazioni di pagamento tramite carta, dalle società di servizi di pagamento alle banche emittenti nel mercato nazionale considerato, possa essere qualificato come accordo avente "per oggetto" di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

La Corte ha preliminarmente ricordato che, per valutare se un accordo tra imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerato come restrizione della concorrenza "per oggetto" occorre riferirsi al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che mira a raggiungere nonché al contesto economico e giuridico nel quale si colloca, prendendo in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione⁵. Inoltre, le autorità garanti della concorrenza e i giudici possono anche tenere conto dell'intenzione delle parti⁶. Qualora, invece, non si possa ritenere che l'accordo abbia un oggetto anticoncorrenziale, occorrerà valutare se esso possa essere considerato vietato a motivo delle alterazioni della concorrenza che ne costituiscono l'effetto, esaminando il gioco della concorrenza nel contesto effettivo in cui esso si svolgerebbe se tale accordo non fosse esistito (c.d. scenario controfattuale)⁷.

Nel caso di specie, potevano essere identificati tre mercati distinti nell'ambito dei sistemi di carte bancarie aperti, ossia i) il "mercato intersistemico", nel quale i diversi sistemi di carte si fanno

concorrenza tra di loro, ii) il "mercato dell'emissione", nel quale le banche emittenti si fanno concorrenza per intercettare la clientela dei titolari di carte, ed iii) il "mercato dell'affiliazione", in cui le banche di affiliazione si fanno concorrenza per intercettare la clientela degli esercenti. In tale articolato contesto, l'Accordo CMI era stato ritenuto restrittivo per oggetto poiché aveva neutralizzato l'elemento più importante della concorrenza sui prezzi nel mercato intersistemico in Ungheria. Inoltre, le stesse banche avevano derivato dall'accordo un ruolo restrittivo e pregiudizievole della concorrenza nel mercato dell'affiliazione. Infine, l'Accordo CMI costituiva una restrizione della concorrenza per oggetto in quanto implicava una determinazione indiretta delle commissioni di servizio, che fungevano da prezzo nel mercato dell'affiliazione in Ungheria.

Nell'Accordo CMI, infatti, erano stati fissati nuovi livelli uniformi di commissioni interbancarie per diverse operazioni di pagamento effettuate mediante le carte proposte dalla Visa e dalla Mastercard. Più particolarmente, una quota delle spese uniformi precedenti era stata aumentata mentre un'altra era stata mantenuta allo stesso livello di prima, ed i livelli delle commissioni interbancarie erano diminuiti più volte. Tuttavia, in mancanza di dannosità accertata per la concorrenza delle disposizioni dell'Accordo, ciò non è era necessariamente indicativo di una restrizione per oggetto. Secondo la Corte, inoltre, per quanto riguarda sistemi di pagamento tramite carta c.d. duale (vale a dire, che prevedono sia attività di emissione che di affiliazione) come quelli proposti dalla Visa e dalla MasterCard, spetta al giudice competente valutare le esigenze di equilibrio tra le attività di emissione e quelle di affiliazione nell'ambito del sistema di pagamento di cui trattasi, per determinare se il tenore di un accordo riveli l'esistenza di una restrizione della

⁵ CGUE 11.09.2014, Causa C-67/13 P, *CB/Commissione*, punto 53.

⁶ *Ibidem*, punto 54.

⁷ CGUE 11.09.2014, Causa C-382/12 P, *MasterCard e a./Commissione*, punti 161 e 164.

concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE⁸.

Nel caso concreto, le commissioni interbancarie erano state uniformate non già mediante limiti minimi o massimi, e bensì tramite importi fissi, e benché la commissione interbancaria venisse versata alle banche emittenti come corrispettivo dei servizi attivati mediante l'utilizzo di una carta di pagamento, nel periodo 2006-2007 le banche erano state informate dalla MasterCard e dalla Visa che taluni studi sui costi che entrambe avevano realizzato rivelavano che i livelli dei costi fissati nell'Accordo CMI non erano sufficienti a coprire tutti quelli sostenuti. Secondo la Corte, non si può escludere che tali elementi fossero indicativi del fatto che l'Accordo CMI perseguiva un obiettivo consistente non già nel garantire una soglia minima per le commissioni di servizio, e bensì nell'instaurare un equilibrio tra le attività di emissione e quelle di affiliazione nell'ambito di ciascuno dei sistemi di pagamento tramite carta, al fine di garantire che taluni costi generati dall'utilizzo di carte nell'ambito di operazioni di pagamento fossero coperti. L'Accordo CMI, inoltre, neutralizzando la concorrenza tra i due sistemi di pagamento tramite carta per quanto riguardava il costo rappresentato dalle commissioni interbancarie, aveva invece favorito la concorrenza tra tali sistemi sotto altri profili⁹. Qualora, pertanto, il giudice del rinvio confermasse tale circostanza, una restrizione della concorrenza nel mercato dei sistemi di pagamento in Ungheria, contraria all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, potrebbe essere accertata soltanto ad esito di una valutazione controfattuale del gioco della concorrenza che sarebbe esistito in assenza dell'accordo CMI, valutazione che rientra nell'esame dei suoi effetti.

Per quanto riguarda la concorrenza tra i due sistemi di pagamento tramite carta, la Corte ha ritenuto di non disporre di

elementi sufficienti per stabilire se il fatto di eliminare la concorrenza tra la Visa e la MasterCard per quanto attiene al costo rappresentato dalle commissioni interbancarie rivelasse, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si potesse ritenere l'esame dei suoi effetti non necessario. Similmente, per quanto riguarda il mercato dell'affiliazione in Ungheria, anche supponendo che l'Accordo CMI avesse avuto l'obiettivo di fissare una soglia minima applicabile alle commissioni di servizio, la Corte non si è ritenuta investita di elementi sufficienti a dimostrare che tale accordo presentasse un grado di dannosità per la concorrenza in tale mercato sufficiente per poterne constatare la natura di restrizione per oggetto.

Infine, per quanto riguardava il contesto in cui l'Accordo CMI si iscriveva, né la complessità dei sistemi di pagamento tramite carta del tipo di quello di cui al procedimento principale, né la natura bilaterale di tali sistemi in quanto tale, né l'esistenza di relazioni verticali tra le diverse categorie di operatori erano di per sé tali da ostare alla qualificazione come restrizione per oggetto dell'Accordo CMI¹⁰. Inoltre, la concorrenza tra i sistemi di pagamento tramite carta in Ungheria non aveva comportato una riduzione, e bensì un aumento delle commissioni interbancarie, contrariamente all'effetto di disciplina sui prezzi che la concorrenza esercita abitualmente in un'economia di mercato. Di conseguenza, qualora il giudice del rinvio dovesse altresì constatare l'esistenza, anche *a priori*, di seri indizi idonei a dimostrare che l'Accordo CMI aveva comportato una siffatta pressione al rialzo o, quantomeno, di elementi contraddittori o ambivalenti al riguardo, tali elementi non potrebbero essere ignorati nella valutazione dell'esistenza, nel caso concreto, di una restrizione per oggetto. Ed ancora, se dovessero sussistere seri indizi nel senso che, se l'Accordo CMI

⁸ CGUE 11.09.2014, Causa C-67/13 P, *CB/Commissione*, punti 76-77.

⁹ Si veda il punto 74 della sentenza.

¹⁰ CGUE 14.03.2013, Causa C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító e a.*, punto 43.

non fosse stato concluso, ne sarebbe seguita una pressione al rialzo sulle commissioni interbancarie, di modo che non si potrebbe sostenere che esso avrebbe costituito una restrizione per oggetto della concorrenza sul mercato dell'affiliazione in Ungheria, occorrerebbe ancora esaminarne gli effetti secondo una metodica controfattuale al fine di valutarne l'impatto.

Con il terzo ed il quarto quesito, il giudice del rinvio aveva chiesto se l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che è necessario precisare la natura del coinvolgimento delle società che forniscono servizi di pagamento tramite carta che non hanno partecipato direttamente alla determinazione del contenuto di un accordo interbancario ritenuto anticoncorrenziale, ma che hanno consentito la conclusione di tale accordo e l'hanno parimenti accettato e applicato e, in caso affermativo, se tali società debbano essere considerate parti di detto accordo oppure parti di una pratica concordata con le banche che lo hanno concluso. Tuttavia, poiché l'interpretazione del diritto dell'Unione che il giudice del rinvio intendeva ottenere non è necessaria per la risoluzione del caso concreto, la Corte ha considerato tali quesiti irricevibili in quanto ipotetici.

Per questi motivi, la Corte ha statuito che:

“L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che non osta a che un medesimo comportamento anticoncorrenziale sia considerato come avente al contempo per oggetto e per effetto di restringere il gioco della concorrenza, ai sensi di tale disposizione.

L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che un accordo interbancario che fissi a un medesimo importo la commissione interbancaria dovuta, quando è effettuata un'operazione di pagamento tramite carta, alle banche di emissione di siffatte carte proposte dalle società di servizi di pagamento tramite carta attive sul mercato nazionale considerato non può essere qualificato come accordo avente «per oggetto» di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, ai sensi di tale disposizione, salvo che si possa ritenere che detto accordo, in considerazione del suo tenore letterale, dei suoi obiettivi e del suo contesto, presenti il grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per essere qualificato in tal modo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.

.



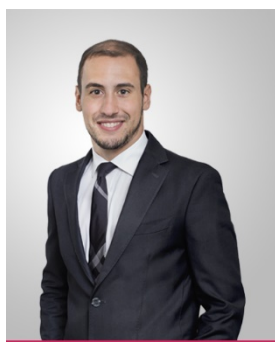
Roberto A. Jacchia

PARTNER

 r.jacchia@dejalex.com

 +39 02 72554.1

 Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

 m.stillo@dejalex.com

 +32 (0)26455670

 Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com

