

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 3 novembre 2010;

SENTITO il Relatore Professor Piero Barucci;

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTA la legge 28 dicembre 2005, n. 262;

VISTO l'articolo 101 del Trattato CE;

VISTO il Regolamento n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del Trattato CE;

VISTA la propria delibera del 15 luglio 2009, con la quale è stata avviata l'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90 per presunta violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE nei confronti delle società MasterCard Incorporated, MasterCard International Incorporated, MasterCard Europe S.p.r.l., Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Banca Sella Holding S.p.A., Barclays Bank plc, Deutsche Bank S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., ICBPI S.p.A. e Unicredit S.p.A.;

VISTA la propria delibera del 22 dicembre 2009 con la quale sono stati rigettati gli impegni proposti dalle parti del Procedimento;

VISTA la comunicazione delle risultanze istruttorie, trasmessa alle parti in data 28 maggio 2010;

VISTA la propria delibera del 16 giugno 2010, con la quale è stato prorogato al 5 novembre 2010 il termine di conclusione del procedimento;

VISTE le memorie conclusive delle parti, pervenute in data 7 e 8 ottobre 2010;

SENTITI in audizione finale, in data 13 ottobre 2010, i rappresentanti di MasterCard Incorporated, MasterCard International Incorporated, MasterCard Europe S.p.r.l., Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Banca Sella Holding S.p.A., Barclays Bank plc, Deutsche Bank S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., ICBPI S.p.A. e Unicredit S.p.A.;

VISTA la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

PREMESSA

1. In data 15 luglio 2009 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un'istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 287/90, per presunta violazione dell'art. 101, paragrafo 1, TFUE (già articolo 81, paragrafo 1, del Trattato CE) nei confronti delle società MasterCard Incorporated, MasterCard International Incorporated, MasterCard Europe S.p.r.l., Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Banca Sella Holding S.p.A., Barclays Bank plc, Deutsche Bank S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., ICBPI S.p.A. e Unicredit S.p.A..

2. Oggetto del procedimento sono la struttura ed il funzionamento del circuito MasterCard e i contratti di licenza stipulati tra lo stesso circuito e i licenziatari *acquirer* i quali configurano fattispecie restrittive della concorrenza. Infatti, da un lato il circuito Mastercard definisce, nella veste di associazione di imprese, la *multilateral interchange fee* (nel seguito anche MIF), 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, ciò anche attraverso specifiche politiche commerciali. Tale

commissione viene così a rappresentare una delle principali e uniformi voci di costo nella determinazione della *merchant fee*, elemento quest'ultimo che invece dovrebbe rappresentare la variabile competitiva tra soggetti convenzionatori.

1. LE PARTI

1.1. Il gruppo MasterCard

3. MasterCard è un gruppo attivo a livello mondiale nella prestazione di servizi di pagamento (relativi a vari prodotti quali carte di credito, carte di debito, prelievi ATM) e titolare dei marchi MasterCard, Maestro e Cirrus. Le banche e società finanziarie licenziatrici di MasterCard emettono carte e/o convenzionano esercenti sulla base dei rapporti contrattuali stipulati con tale circuito. Il gruppo MasterCard ha come società *holding* MasterCard Incorporated, la quale controlla MasterCard International Incorporated, società registrata negli Stati Uniti e MasterCard Europe S.p.r.l., società registrata in Belgio. MasterCard Incorporated è stata quotata presso il New York Stock Exchange (di seguito, anche, NYSE) il 25 maggio 2006.

1.2. Gli acquirer licenziatari di MasterCard

4. Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. (di seguito anche BMPS) è la *holding* a capo dell'omonimo gruppo attivo nei diversi segmenti dell'attività bancaria e finanziaria. BMPS è oggi, anche a seguito della concentrazione con Banca Antonveneta S.p.A.¹, uno tra i principali gruppi bancari italiani con quote di rilievo in tutte le aree di *business* in cui opera. Il gruppo BMPS è licenziatario del marchio MasterCard in Italia².

5. Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. (di seguito anche BNL) opera nell'erogazione di servizi bancari e finanziari ed è attiva nella gestione delle transazioni di pagamento effettuate con terminali POS. BNL è parte del gruppo BNP Paribas S.A. e licenziataria del marchio MasterCard in Italia³.

6. Banca Sella Holding S.p.A. (di seguito anche Banca Sella) è la società posta a capo dell'omonimo gruppo bancario attivo nell'erogazione di vari servizi bancari-finanziari e di sistemi di pagamento. Banca Sella è licenziataria del marchio MasterCard in Italia⁴.

¹ Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria C9182 - *Banca Monte dei Paschi di Siena/Banca Antonveneta*, in Boll. n. 18/08, con il quale è stata autorizzata con misure l'operazione di concentrazione.

² Cfr. risposta di BMPS del 21 aprile 2009, doc. n. 15.

³ Cfr. risposta di BNL del 20 aprile 2009, doc. n. 14.

⁴ Cfr. risposta di Banca Sella del 27 maggio 2009, doc. n. 33.

7. Barclays Bank Plc (di seguito anche Barclays) è una società, con sede legale nel Regno Unito e con una sede secondaria in Italia, che appartiene all'omonimo gruppo bancario internazionale attivo in vari settori bancari e finanziari: *retail banking*, *commercial banking*, *investment banking*. Il gruppo Barclays, inoltre, è attivo nel settore dei servizi di pagamento. Barclays è licenziataria del marchio MasterCard in Italia⁵.

8. Deutsche Bank S.p.A. (di seguito anche Deutsche Bank) è una società, parte del gruppo internazionale Deutsche Bank, attiva nell'offerta di vari servizi bancari, finanziari e di risparmio gestito. Deutsche Bank è licenziataria del marchio MasterCard in Italia⁶.

9. Intesa SanPaolo S.p.A. (di seguito anche Intesa SanPaolo o ISP) è la capogruppo dell'omonimo gruppo bancario. Il gruppo Intesa SanPaolo, nato dall'integrazione di Banca Intesa S.p.A. e Sanpaolo IMI S.p.A.⁷, è attivo nell'offerta dei servizi bancari, finanziari ed assicurativi ed è uno dei principali gruppi bancari in Italia con una rete diffusa a livello nazionale. Intesa SanPaolo controlla, tra l'altro, Setefi S.p.A., società attiva nei sistemi elettronici di pagamento. Il gruppo Intesa SanPaolo è licenziatario del marchio MasterCard in Italia⁸.

10. Istituto Centrale delle Banche Popolari Italiane S.p.A. (di seguito anche ICBPI) è la società posta a capo dell'omonimo gruppo, specializzato nell'ideazione, progettazione e gestione di vari servizi rivolti alle banche e alle società finanziarie. ICBPI controlla, tra l'altro, Key Client Cards & Solutions S.p.A. e Sì Holding S.p.A.⁹, società attive nell'*issuing*, nell'*acquiring* e nel *processing* delle carte di pagamento. Il gruppo ICBPI è licenziatario del marchio MasterCard in Italia¹⁰.

11. Unicredit S.p.A. è la capogruppo dell'omonimo gruppo bancario (di seguito anche Unicredit), riorganizzato a seguito del perfezionamento dell'operazione di fusione per incorporazione di Capitalia S.p.A. in UniCredito Italiano S.p.A.¹¹. In Italia, il gruppo Unicredit è attivo nell'offerta di servizi bancari, finanziari ed assicurativi. Il gruppo Unicredit è

⁵ Cfr. risposta di Barclays del 27 maggio 2009, doc. n. 34.

⁶ Cfr. risposta di Deutsche Bank del 24 aprile 2009, doc. n. 18.

⁷ Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria C8027 - *Banca Intesa/SanPaolo IMI*, in Boll. n. 49/06, con il quale è stata autorizzata con misure l'operazione di concentrazione.

⁸ Cfr. risposta di ISP del 3 giugno 2009, doc. n. 38.

⁹ Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria C9817 - *Istituto Centrale delle Banche Popolari/Sì Holding*, in Boll. n. 12/09, con il quale è stata autorizzata con misure l'operazione di concentrazione.

¹⁰ Cfr. risposte di Sì Holding e ICBPI del 15 maggio 2009, rispettivamente doc. n. 25 e n. 26.

¹¹ Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria C8660 - *Unicredito Italiano/Capitalia*, in Boll. n. 33/07, con il quale è stata autorizzata con misure la concentrazione.

licenziatario del marchio MasterCard in Italia¹².

2. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

2.1. L'attività istruttoria

12. Nel corso del procedimento sono stati svolti accertamenti ispettivi presso MasterCard (sede di Roma), Deutsche Bank (sede di Milano), Intesa SanPaolo (sede di Milano), ICBPI (sedi di Milano), Unicredit (sede di Milano e Cologno Monzese) Nel corso di tali accertamenti è stata acquisita ampia documentazione relativa all'oggetto del presente procedimento. In data 31 agosto 2009 e 25 gennaio 2010, a seguito di apposite istanze, le società Sky Italia S.r.l., Visa Europe Limited e il Consorzio Bancomat, sono state ammesse a partecipare al procedimento.

13. Sono stati sentiti in audizione: Mastercard (in data 28 settembre 2009, 12 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 17 novembre 2009, 15 aprile 2010 e 27 luglio 2010), ICBPI (in data 7 ottobre 2009 e 28 aprile 2010), BNL (in data 8 ottobre 2009, 25 novembre 2009 e 29 aprile 2010), BMPS (in data 13 ottobre 2009, 24 novembre 2009 e 26 aprile 2010), Intesa SanPaolo (in data 13 ottobre 2009, 25 novembre 2009 e 4 maggio 2010), Unicredit (in data 14 ottobre 2009 e 27 novembre 2009), Barclays Bank (in data 16 ottobre 2009), Banca Sella (in data 23 ottobre 2009) e Deutsche Bank (in data 14 aprile 2010).

14. Inoltre, sono state inviate richieste di informazioni, oltre a quelle contenute nei verbali di audizione, a: Mastercard (in data 8 febbraio 2010 e 21 luglio 2010), ICBPI (in data 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010), BNL (in data 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010), BMPS (in data 3 novembre 2009, 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010), Intesa SanPaolo (in data 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010), Unicredit (in data 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010), Barclays Bank (in data 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010), Banca Sella (in data 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010) e Deutsche Bank (in data 3 novembre 2009, 26 febbraio 2010 e 21 luglio 2010).

15. Durante l'istruttoria le parti hanno più volte effettuato accesso agli atti: Mastercard (in data 24 settembre 2009, 16 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 24 novembre 2009, 22 dicembre 2009, 17 marzo 2010, 10 giugno 2010 e 12 ottobre 2010), ICBPI (in data 30 settembre 2009, 7 ottobre 2009, 15 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 24 novembre 2009, 14 maggio 2010, 16 giugno

¹² Cfr. risposte di Unicredit del 25 maggio 2009, doc. n. 31, e primo giugno 2009, doc. n. 37.

2010 e 12 ottobre 2010), BNL (in data 30 settembre 2009, 8 ottobre 2009, 16 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 23 novembre 2009, 25 novembre 2009, 20 aprile 2010, 15 giugno 2010 e 12 ottobre 2010), BMPS (in data 2 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 23 novembre 2009, 24 novembre 2009, 20 aprile 2010, 11 giugno 2010 e 12 ottobre 2010), Intesa SanPaolo (in data 29 settembre 2009, 16 ottobre 2009, 23 novembre 2009, 25 novembre 2009, 19 gennaio 2010, 19 aprile 2010, 10 giugno 2010, 28 settembre 2010 e 12 ottobre 2010), Unicredit (in data 29 settembre 2009, 16 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 23 novembre 2009, 8 febbraio 2010, 15 giugno 2010 e 12 ottobre 2010), Barclays Bank (in data 30 settembre 2009, 16 ottobre 2009, 23 novembre 2009, 29 dicembre 2009, 20 aprile 2010, 14 maggio 2010, 16 giugno 2010 e 12 ottobre 2010), Banca Sella (in data 30 settembre 2009, 15 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 23 novembre 2009, 29 dicembre 2009, 24 marzo 2010, 14 giugno 2010 e 12 ottobre 2010), Deutsche Bank (in data 1° ottobre 2009, 15 ottobre 2009, 3 novembre 2009, 24 novembre 2009, 14 maggio 2010, 16 giugno 2010 e 12 ottobre 2010).

16. Durante l'istruttoria i terzi hanno più volte effettuato accesso agli atti: Sky Italia (in data 9 ottobre 2009 e 30 marzo 2010), Visa Europe (in data 9 ottobre 2009, 8 marzo 2010, 22 giugno 2010 e 29 ottobre 2010), Consorzio Bancomat (in data 1° febbraio 2010 e 24 marzo 2010).

17. L'Autorità ha rigettato, in data 22 dicembre 2009, gli impegni proposti dalle parti del procedimento.

18. In data 28 maggio 2010 è stata trasmessa alle parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie.

19. Su richiesta delle parti, con delibera del 16 giugno 2010, l'Autorità ha prorogato al 5 novembre 2010 il termine di conclusione del procedimento.

20. Le memorie conclusive delle parti sono pervenute in data 7 e 8 ottobre 2010. Infine, in data 13 ottobre 2010, i rappresentanti delle parti sono stati sentiti in audizione di fronte all'Autorità.

2.2. I mercati rilevanti e la posizione delle parti

2.2.1. I mercati rilevanti

21. Nel settore delle carte di pagamento è possibile distinguere due ambiti di attività: uno a monte dove operano i circuiti di pagamento e uno a valle ove sono attive le banche e le società finanziarie per le attività relative alle

carte di pagamento ovvero, principalmente, l'emissione delle carte (*issuing*) ed il convenzionamento degli esercenti (*acquiring*).

22. Il mercato a monte è quello dove operano i circuiti. I circuiti svolgono numerose attività che essenzialmente assicurano che i pagamenti effettuati con carte di pagamento si concludano e si realizzino in condizioni di sicurezza. Sui mercati a valle gli operatori attivi, tipicamente banche, operano, da un lato, nell'emissione di carte con il marchio del circuito e con la propria denominazione che ne differenzia il prodotto e i servizi e, dall'altro, nel convenzionamento degli esercenti per l'accettazione di pagamenti effettuati con carte di pagamento.

23. Nei precedenti comunitari¹³ e nazionali¹⁴ sono stati, pertanto, definiti un mercato a monte tra circuiti ed i mercati a valle dell'*issuing* e dell'*acquiring*.

24. La dimensione geografica del mercato a monte tra circuiti e di quelli a valle dell'*issuing* e dell'*acquiring* può essere circoscritta nell'ambito del territorio nazionale in quanto le modalità di offerta appaiono sufficientemente uniformi all'interno dello stesso. Viceversa, permangono differenze a livello di operatori attivi, di modalità di utilizzo delle licenze nazionali, di condizioni economiche, tra i vari paesi tali da escludere che i mercati rilevanti del prodotto sopra individuati abbiano un ambito geografico rilevante più ampio di quello nazionale.

2.2.1.1. Il mercato tra circuiti

25. I circuiti come MasterCard forniscono delle piattaforme alle banche ad essi aderenti attraverso le quali vengono eseguite e regolate, secondo specifiche *network rules*, le transazioni effettuate con le carte di pagamento. Più precisamente, i circuiti definiscono gli standard tecnici e le regole comuni necessari al proprio funzionamento come, ad esempio, le regole che governano la gestione delle autorizzazioni e del *processing* delle transazioni concluse sul proprio *network*. Tutte le regole del circuito sono accettate e applicate, via i contratti di licenza, dai soggetti licenziatari che operano in qualità di *issuer* e/o di *acquirer* per il circuito stesso. I circuiti sono inoltre proprietari dei marchi che li contraddistinguono.

26. Nel mercato a monte tra circuiti, che può essere definito come la

¹³ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007 COMP/34.579 - MasterCard, COMP/36.518 - EuroCommerce, COMP/38.580 - Commercial Cards.

¹⁴ Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria C9817 - Istituto Centrale delle Banche Popolari/Sì Holding, in Boll. n. 12/09, con il quale è stata autorizzata con misure l'operazione di concentrazione.

prestazione di servizi connessi al funzionamento dei circuiti di pagamento, i gestori di questi sistemi di pagamento competono tra loro al fine di incentivare le società finanziarie a partecipare al proprio circuito e a utilizzare il proprio sistema. L'utilizzo dei servizi forniti attraverso il circuito avviene a titolo oneroso (e.g. attraverso il pagamento delle *scheme fees*), così come risulta, ad esempio, dalla “*Principal Licence Agreement*” tra MasterCard ed Unicredit: “*licensees agrees to pay promptly any dues, assessments, fees, fines or penalties that are at any time properly levied upon it or allocated to it under Licensor’s bylaws and rules [...]*”¹⁵.

27. Il circuito MasterCard applica a carico dei propri licenziatari le cd. *scheme fees* sia per l'emissione delle carte che per il loro utilizzo presso gli esercenti convenzionati. In particolare, MasterCard prevede, tra l'altro, che per ciascuna carta emessa sia corrisposta i) una commissione con cadenza periodica (*card fee*), ii) una commissione, con cadenza periodica, sia lato *issuing* che lato *acquiring* in percentuale del valore delle transazioni (*volume fee*), iii) una *fee* in capo agli *issuers*, con cadenza periodica, per ciascuna transazione effettuata nel periodo (*authorization fee*) e iv) una commissione, con cadenza periodica, sia lato *issuing* che lato *acquiring* per ciascuna transazione effettuata nel periodo (*clearing & settlement fee*)¹⁶. Relativamente alle *scheme fees* si osserva che, dai dati forniti dagli *acquirer* parti del procedimento, esse incidono in misura non rilevante sui costi sopportati da questi ultimi, essendo la MIF la variabile principale. Infatti, come nel seguito precisato, nell'analisi della MIF, per gli *acquirer* - ad esempio per un operatore come Unicredit, nonché per Barclays¹⁷ - la *scheme fees* rappresenta non più del 5% della *merchant fee*. Sono, inoltre, le stesse banche ad aver affermato che, in generale, tra i costi sostenuti nel mercato dell'*acquiring* sono le MIF a rappresentare la voce prevalente e non gli oneri di circuito; è il caso di BNL la quale afferma che “... *le MIF sono una parte importante delle merchant fee. In estrema sintesi la merchant fee è definita come somma di varie componenti: la MIF (mediante la voce tra le più rilevanti), i costi tecnologici (quali i costi per i terminali POS, il loro ammortamento, etc), i costi di telecomunicazione, i costi di servizio (call center), i costi per l'apertura della pratica, gli oneri dei circuiti e il processing....Ad esempio, per la GDO, dove ci sono degli importanti fattori*

¹⁵ Cfr. art. 5 del “*Mastercard Principal Licence Agreement*” allegato alla risposta di Unicredit del 25 maggio 2009, doc. n. 31.

¹⁶ Cfr. risposta di Mastercard del 26 aprile 2010, doc. n. 667, allegato Q7.

¹⁷ Cfr. risposta di Unicredit del 29 ottobre 2009, doc. n. 424 e risposta di Barclays del 2 aprile 2010, doc. n. 624, rielaborazioni AGCM.

di scala, le MIF possono pesare sino al 90% delle merchant fee. Per i clienti medio/piccoli i costi di fornitura del servizio da parte di BNL sono invece maggiori e pertanto l'incidenza delle MIF diminuisce"¹⁸; anche Deutsche Bank sostiene che: "Il sistema informatico utilizzato da Deutsche Bank contiene tutti ricavi (tra i quali le merchant fee) e tutti i costi (tra i quali le MIF) dell'attività di acquiring in modo da poter simulare la redditività del rapporto in funzione del mix atteso di carte di pagamento. In media il peso delle MIF sulle merchant fee di Deutsche Bank è circa il [70-75%]"¹⁹.

28. Il circuito definisce inoltre le commissioni, denominate *interchange fees*, che l'*acquirer* corrisponde all'*issuer* ogni volta che viene effettuato un pagamento in circolarità con carta. Il pagamento di tali commissioni è espressamente previsto dalle regole del circuito cui devono sottostare tutte le banche e/o le società finanziarie licenziate del circuito, così come previsto dalle licenze stesse.

29. In un mercato a due versanti, come quello delle carte di pagamento, dove, da un lato, vi sono gli utilizzatori delle carte e, dall'altro, gli esercenti che le accettano come mezzo di pagamento, il grado di diffusione e/o di notorietà del circuito rappresenta un ulteriore elemento competitivo di assoluto rilievo. Il grado di diffusione del circuito dipende, a sua volta, dal numero dei partecipanti in ciascuno dei due versanti.

30. In quest'ottica, MasterCard rappresenta uno dei principali gestori nel mercato dei circuiti di pagamento in Italia. Le banche licenziate di MasterCard in Italia sono le principali banche sul territorio nazionale.

2.2.1.2. Il mercato dell'acquiring

31. Il mercato dell'*acquiring* comprende le attività di contrattualizzazione degli esercenti, la gestione dei rapporti con i circuiti internazionali, la negoziazione e gestione delle commissioni a carico dell'esercente, l'installazione e la gestione di POS, la gestione delle frodi e, in generale, le attività di *customer service*.

32. Il servizio di accettazione di pagamenti con carte di pagamento avviene a titolo oneroso. In particolare, l'esercente è tenuto a corrispondere una commissione, espressa in percentuale del valore della transazione, alla banca

¹⁸ Cfr. verbale di audizione di BNL dell'8 ottobre 2009, doc. n. 360.

¹⁹ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640. Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.

che ha effettuato il convenzionamento. Tale commissione è denominata *merchant fee* e viene definita dall'*acquirer* (o dal distributore nel modello non integrato, che nel definirla tiene conto a sua volta della varie commissioni da pagare all'*acquirer*).

33. Nel caso in cui il collocamento dei contratti di convenzionamento presso gli esercenti venga effettuato da soggetti diversi dall'*acquirer*, il rapporto contrattuale si instaura tra esercente e *acquirer*; il collocatore definisce sempre il *pricing* applicato agli esercenti, come detto tenendo conto, però, delle commissioni definite dall'*acquirer* stesso.

34. In tali mercati operano banche o istituzioni finanziarie. Con specifico riferimento all'Italia, le banche o società finanziarie che operano come *acquirer* del circuito Mastercard sono BMPS, BNL, Banca Sella, Barclays Bank, Deutsche Bank, Intesa Sanpaolo, ICBPI, Unicredit.

2.2.1.3. Il mercato dell'issuing

35. L'attività di emissione delle carte di pagamento, *issuing*, comprende principalmente l'offerta della carta al cliente finale (che ne diviene il titolare), la definizione delle caratteristiche della carta e delle relative condizioni economiche (ammontare del canone annuo, commissioni per il servizio di anticipo contante, spese di invio estratto conto e altre commissioni), la valutazione creditizia del cliente, la contrattualizzazione dello stesso, la gestione dei rapporti con i circuiti internazionali, le attività di *customer service* e di *marketing* e la gestione del rischio creditizio e delle frodi.

36. L'insieme di tali attività è completamente definito dall'*issuer*, ovvero dal soggetto che emette la carta. La remunerazione dell'*issuer* comprende le commissioni applicate al titolare (commissione annua e di rinnovo, interessi *revolving*, commissione per l'invio dell'estratto conto) e l'*interchange fee*.

37. Il collocamento della carta presso la clientela finale può essere effettuato da un distributore diverso dal soggetto che assume il ruolo di *issuer*. In questo caso, la remunerazione del soggetto *issuer* è determinata da una commissione percentuale addebitata al distributore, applicata al valore delle transazioni ricollegabili alla carta (commissione per gestione transazioni), e una commissione per la gestione della carta su base annua. La banca o la società finanziaria collocatrice definisce il *pricing* nei confronti della clientela finale. Il rapporto contrattuale con il titolare della carta è sempre detenuto dall'*issuer*, anche nel caso in cui il collocamento della carta

è effettuato da un distributore diverso dall'*issuer* stesso.

38. L'*issuer* è il soggetto beneficiario della c.d. *interchange fee* sopra citata, fissata dal circuito in maniera omogenea a parità di tipologia di transazione e applicata dai licenziatari, nelle transazioni in circolarità che li riguardano, attraverso i contratti di licenza sottoscritti con il circuito stesso. Nel modello non integrato (con *issuer* diverso dal mero distributore), il distributore incassa l'*interchange fee* e pertanto la commissione che percepisce l'*issuer* risulta influenzata da quest'ultima; infatti, la commissione dell'*issuer* non può superare il livello della MIF (*interchange fee*) e può crescere con essa almeno sino al punto da non incentivare il passaggio ad un modello integrato.

2.2.2. La posizione delle parti

2.2.2.1. La posizione di MasterCard

39. La posizione di MasterCard può essere apprezzata considerando sia il numero di carte MasterCard e MAESTRO in circolazione che il numero degli esercenti convenzionati con i circuiti MasterCard e MAESTRO. Ciò in ragione degli effetti esistenti tra le due categorie di utenti (consumatori ed esercenti) che operano in maniera da far sì che la numerosità di una categoria (merchant) dipenda, tra le altre cose, dalla numerosità dell'altra (consumatori con carta o carte in circolazione) e viceversa (i.e. *two-sided markets*). Ulteriori indicazioni sul posizionamento di MasterCard in Italia possono essere fornite dalla numerosità e dalla rilevanza dei licenziatari di MasterCard e MAESTRO e dalle dinamiche sull'utilizzo dei circuiti MasterCard rispetto al concorrente principale.

40. Con riferimento alle carte di credito, Mastercard ha uno stock di circa [10-15]²⁰ milioni di carte di credito in circolazione (dato 2008). Considerando l'aggregato del mercato Mastercard e Visa, nonché altri operatori di minori dimensioni, il circuito Mastercard detiene una quota di mercato del [35-40%], rappresentando quindi uno dei principali circuiti.

²⁰ Cfr. risposta di MasterCard del 29 aprile 2010, doc. n. 671.

Tabella 1: Stock di carte di credito per circuito e loro dinamica nel tempo (%)

	2007	2008
MasterCard	[30-35]	[35-40]
VISA	[60-65]	[55-60]
Altri	[5-10]	[5-10]
Totale	100	100

Nota: i valori riportati in tabella sono stati ottenuti considerando le carte di credito consumer, commercial e le carte prepagate.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati VISA e MasterCard.²¹

41. Il posizionamento del circuito MasterCard può essere inoltre apprezzato considerando anche l'andamento nel tempo del numero e del valore delle transazioni effettuate attraverso i principali circuiti di riferimento. In quest'ottica, l'utilizzo delle carte di credito del circuito MasterCard appare caratterizzato da una crescita rapida e superiore a quella del circuito VISA, essendo il tasso di crescita del valore delle transazioni effettuato con MasterCard, nel periodo 2006-2008, più del triplo di quello effettuato con VISA nel medesimo periodo (Cfr. Tabella 2). Si tratta di un ulteriore indicatore della significatività del posizionamento di MasterCard.

Tabella 2: Evoluzione del numero e valore delle transazioni effettuate con carte di credito MasterCard e Visa nel periodo 2006-2008.

Circuito		2006	2007	2008
VISA	N° di transazioni	100	108	115
	Valore delle transazioni	100	108	112
MasterCard	N° di transazioni	100	124	143
	Valore delle transazioni	100	124	140

Nota: i valori riportati in tabella sono stati ottenuti considerando le carte di credito consumer, commercial e le carte prepagate.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati VISA e MasterCard²².

42. Si noti che MasterCard offre diverse tipologie di carte di credito (“*Card programme*”) tra le quali quelle *consumer* (a loro volta distinte in più sottocategorie quali *consumer standard*, *world*, *world signia*, *prepaid consumer*), quelle *commercial* (*corporate* e *business*), oltre alle carte di debito. Nell'ambito delle carte di credito, prendendo in considerazione il valore delle transazioni realizzate, la tipologia *consumer standard* è la più significativa, seguita dalle carte *business*. E' da notare anche la recente introduzione delle carte *prepaid consumer* che, dopo un solo anno dalla loro

²¹ Cfr. risposta di Mastercard del 29 aprile 2010, doc. n. 671, e risposta di Visa del 29 settembre 2008, doc. n. 4.

²² Cfr. risposta di Mastercard del 2 marzo 2010, doc. n. 593, Q(2) e Q(3), e risposta di Visa del 29 settembre 2008, doc. n. 4.

introduzione, pesano il [1-5%] del totale.

Tabella 3: Ripartizione delle tipologie di carte per valore delle transazioni in circolarità

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Consumer standard	[90-95%]	[90-95%]	[90-95%]	[90-95%]	[85-90%]	[85-90%]
Prepaid Consumer						[1-5%]
Commercial Corporate					[1-5%]	[1-5%]
Commercial Business	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[5-10%]	[10-15%]	[10-15%]

Fonte: elaborazione AGCM su dati forniti da MasterCard (cfr. doc. 593,Q(1))

43. Con riferimento alle carte di debito di Mastercard, le carte MAESTRO in circolazione sono pari a circa [25-30] milioni²³. Considerando l'aggregato delle carte di debito in circolazione in Italia, la quota delle carte del circuito MAESTRO è pari al [70-75%] del mercato (dato 2008). Si rileva che tale quota di mercato fa riferimento anche alle carte in *co-branding* tra Maestro e Pagobancomat, carte che, se utilizzate per transazioni con il marchio Maestro prevedono l'applicazione delle regole del circuito MasterCard²⁴.

Tabella 4: Stock di carte di debito per circuito e loro dinamica nel tempo (%)

	2006	2007	2008
MasterCard	[70-75]	[70-75]	[70-75]
Altri	[25-30]	[25-30]	[25-30]
Totale	100	100	100

Nota: i valori riportati in tabella sono stati ottenuti considerando le carte con il logo MAESTRO ed escludendo le carte prepagate.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati MasterCard e della Banca d'Italia²⁵.

44. Il posizionamento di MasterCard può essere ulteriormente apprezzato analizzandone il grado di diffusione presso gli esercenti. In particolare, dai

²³ Tale aggregato è ottenuto sommando le carte MAESTRO in *co-branding* con il circuito di debito nazionale (PagoBANCOMAT) e quelle emesse dall'operatore postale (carte Postamat), cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593, allegato Q(7).

²⁴ Si noti che, se misurata in termini di numero o di valore delle transazioni, la quota di mercato delle carte MAESTRO potrebbe risultare inferiore ai valori riportati in Tabella 4 in quanto le transazioni eseguite con le carte *co-branded* possono essere effettuate sia attraverso il circuito MAESTRO che attraverso il circuito domestico. Secondo quanto affermato da Mastercard, infatti, "la scelta del circuito attraverso il quale realizzare una determinata transazione mediante una carta di debito Maestro *co-branded* spetta al titolare della carta", cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593. La differenza tra tali quote non è indipendente da variabili quali le commissioni richieste ai merchant.

²⁵ Cfr. risposta di Mastercard del 2 marzo 2010, doc. n. 593, allegato Q(7) e Relazioni Annuali della Banca d'Italia.

dati raccolti nel corso dell'attività istruttoria è emerso che, con riferimento al 2009, gli esercenti attivi in Italia hanno in essere circa [950.000-1.000.000] contratti di convenzionamento con il circuito MasterCard e circa [900.000-950.000] con il circuito MAESTRO (Cfr. Tabella 5)²⁶. Si rileva, infine, che le banche licenziatricie di MasterCard sono le principali banche operanti in Italia.

45. I circuiti MasterCard e MAESTRO risultano pertanto tra i principali circuiti in Italia in termini di carte in circolazione, numero di esercenti convenzionati e numero e significatività dei propri licenziatari in Italia.

2.2.2.2. La posizione degli acquirer

46. Nel mercato dell'*acquiring*, con specifico riferimento alle carte di pagamento Mastercard, operano BMPS, BNL, Banca Sella Holding, Barclays Bank, Deutsche Bank, Intesa Sanpaolo, ICBPI, Unicredit²⁷, che sono anche le principali banche operanti in Italia.

47. Più in dettaglio, considerando il numero di contratti di convenzionamento con i circuiti MasterCard e MAESTRO in essere al 31 dicembre 2009, il posizionamento relativo delle otto banche *acquirers* parti del presente procedimento può essere desunto dalla successiva Tabella 5.

Tabella 5: Contratti di convenzionamento esercenti con i circuiti MasterCard e MAESTRO stipulati dalle parti del presente procedimento, anno 2009*

Acquirer	N. di contratti di convenzionamento con il circuito MasterCard	N. di contratti di convenzionamento con il circuito MAESTRO
BNL	[1-50.000]	[-50.000]
Intesa Sanpaolo	[100.000-150.000]	[100.000-150.000]
Unicredit	[1-50.000]	[1-50.000]
ICBPI	[700.000-750.000]	[650.000-700.000]
Deutsche Bank	[1-50.000]	[1-50.000]
Banca Sella	[50.000-100.000]	[50.000-100.000]
BMPS	[1-50.000]	[1-50.000]
Barclays	[1-50.000]	[1-50.000]
TOTALE	[950.000-1.000.000]	[900.000-950.000]

* Si osserva che alcune banche in tabella sono in fase di crescita nell'attività diretta di *acquiring* essendo uscite dall'azionariato di CartaSi.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti da: ICBPI (doc. n. 612), BNL (doc. n. 613), Banca Sella (doc. n. 618), Barclays (doc. n. 624), UniCredit (doc. n. 625), Deutsche Bank (doc. n. 628), Intesa Sanpaolo (doc. n. 629) e BMPS (doc. n. 634) in risposta alle domande n. 2 e 4 della richiesta di informazioni dell'Autorità del 26 febbraio 2010.

²⁶ Si rileva come il numero di esercenti convenzionati può essere inferiore al numero dei contratti di convenzionamento in quanto lo stesso esercente può aver stipulato più contratti con *acquirer* diversi.

²⁷ Cfr., tra l'altro, tabella 2 del provvedimento di chiusura istruttoria C9817 - Istituto Centrale delle Banche Popolari/Sì Holding, in Boll. n. 12/09.

2.3. Le MIF del circuito MasterCard in Italia

2.3.1. Il funzionamento del circuito

48. MasterCard offre vari servizi nell'ambito del settore dei sistemi di pagamento. Esso opera come circuito che adotta un c.d. sistema a quattro parti, o anche sistema/circuito non proprietario. Tale sistema si caratterizza per la 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*).

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

50. Il circuito MasterCard prevede che per ogni transazione in circolarità, ovvero quando *acquirer* ed *issuer* sono due soggetti diversi, l'*acquirer* della transazione corrisponda 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 MasterCard²⁸ e applicate, come sopra detto, attraverso i contratti di licenza stessi. I singoli contratti di licenza sottoscritti da MasterCard e dai licenziatari prevedono, infatti, espressamente il rispetto delle regole del circuito.²⁹ I soggetti licenziatari sono responsabili nei confronti di MasterCard anche del rispetto delle regole del circuito da parte dei propri affiliati³⁰.

51. Nel sistema a quattro parti di MasterCard occorre quindi distinguere, da un lato, il ruolo del soggetto che gestisce il circuito, dall'altro, il ruolo dei soggetti licenziatari.

2.3.1.1. Il soggetto che gestisce il circuito

52. L'attività del soggetto che gestisce il circuito, il gruppo MasterCard, si sostanzia nella definizione delle regole (c.d. *network rules*) volte a garantire

²⁸ Cfr., tra l'altro, il capitolo 9 delle "MasterCard Rules (February 2008)" allegate alla risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3.

²⁹ Cfr., ad esempio, art. 6, recante "rules", della licenza sottoscritta tra MasterCard International Incorporated e Key Client Cards & Solutions S.p.A. (allegato E alla risposta di ICBPI del 15 maggio 2009, doc. n. 26).

³⁰ Cfr., ad esempio, risposta di Unicredit S.p.A. pervenuta in data 20 maggio 2009, doc. n. 28.

la circolarità del sistema³¹. 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. Quest'ultima è espressamente prevista nelle *network rules* ed è definita nel suo livello quantitativo dal circuito stesso.

53. Considerato 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*”³².

54. 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*”³³. Inoltre, sulla base delle informazioni fornite da MasterCard, nelle *network rule* sono contenute anche altre regole, quali la “*honour all cards rule*”, ma non la “*non discrimination rule*”, eliminata da MasterCard in Europa dal gennaio 2005³⁴.

55. L'interchange fee rappresenta, a sua volta, una delle principali voci di costo, come riportato nel seguito, per la definizione delle commissioni (*merchant fees*) che ogni *acquirer* applica ai propri esercenti convenzionati.

³¹ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2009, doc. n. 3.

³² Cfr. paragrafo 9.1 delle “*MasterCard Rules (February 2008)*” allegate alla risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, cfr. doc. n. 3.

³³ Cfr. paragrafo 9.4 delle *MasterCard Rules (February 2008)* allegate alla risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3.

³⁴ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3. In particolare, “*as far as the Non-Discrimination Rule (NDR) is concerned, MasterCard effectively abolished the NDR rule in Europe since January 2005. Merchants accepting MasterCard and Maestro cards can therefore surcharge transactions with MasterCard and Maestro cards provided the amount of the surcharge is clearly indicated to the cardholder at the Point of Interaction and the surcharge bears a reasonable relationship to the merchant cost of accepting the cards*”.

2.3.1.2. I soggetti licenziatari

56. Relativamente ai soggetti licenziatari del marchio MasterCard, si rileva che essi aderiscono a MasterCard International Inc.³⁵.

57. I servizi offerti lungo la filiera delle carte di pagamento da parte dei licenziatari del circuito possono essere erogati secondo diversi modelli. Il soggetto *issuer* e/o *acquirer* può collocare esso stesso la carta di credito al consumatore o il contratto di convenzionamento all'esercente, oppure può avvalersi di una banca collocatrice terza stipulando un accordo commerciale³⁶.

58. 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 esercenti³⁷.

59. 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 (di seguito, anche, modello del mero distributore), 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 gruppo ICBPI, attraverso Key Client e CartaSì, è al momento l'unico operatore a svolgere tale attività per conto terzi.

60. Sono i licenziatari, non il mero distributore, a stipulare i contratti con i titolari di carte e con gli esercenti contrattualizzati. In particolare, 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. I licenziatari sono quindi soggetti che svolgono una serie di servizi sul mercato, che assumono i rischi e che

³⁵ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007 COMP/34.579 - *MasterCard*, COMP/36.518 - *EuroCommerce*, COMP/38.580 - *Commercial Cards*, paragrafo 2.1.1. "The concept of Membership".

³⁶ Cfr., ad esempio, provvedimento di chiusura istruttoria C9817 - *Istituto Centrale delle Banche Popolari/Sì Holding*, in Boll. n. 12/09, par. 23.

³⁷ Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria C9817 - *Istituto Centrale delle Banche Popolari/Sì Holding*, in Boll. n. 12/09, dal quale risulta come le banche, soprattutto di maggiori dimensioni, stiano evolvendo, a livello nazionale, verso assetti integrati di gruppo. I principali gruppi bancari nazionali, quali Unicredit, Intesa e BMPS, hanno infatti ceduto ad ICBPI la propria partecipazione in Sì Holding avendo internalizzato le attività di *issuing* e di *acquiring*.

definiscono il contenuto dei contratti stipulati (con gli esercenti e i clienti finali).

2.3.2. La metodologia per la definizione delle MIF nazionali da parte del circuito MasterCard

61. In base alle regole del circuito MasterCard le MIF nazionali, applicabili alle transazioni con carte di pagamento del circuito medesimo, possono essere definite, teoricamente, seguendo una delle seguenti modalità:

- MIF bilaterali, negoziate direttamente tra due soggetti licenziatari e quindi applicate alle loro transazioni;
- in assenza di accordi bilaterali vengono applicate le MIF nazionali definite a livello di circuito MasterCard (“*intra-country*”)³⁸;
- in assenza di MIF nazionali definite a livello di circuito si applicano le MIF che MasterCard definisce per le transazioni transfrontaliere (“*cross-border*”, “*intra-EEA*” o “*inter-country*”).

62. In Italia sono sempre state adottate le MIF definite a livello di circuito MasterCard (solo in pochi casi eccezionali hanno avuto applicazione quelle fissate in base ad accordi bilaterali³⁹ o tra licenziatari). Sono quindi le MIF del circuito a rilevare ai fini del presente procedimento. Infatti, in Italia, come meglio puntualizzato nel seguito, sono state adottate MIF del circuito uguali a quelle *crossborder* e poi MIF nazionali specifiche, sempre però definite da MasterCard stessa.

63. Si aggiunga che MasterCard applica livelli diversi di MIF (“*tier*”) in ragione: (i) delle caratteristiche tecniche delle carte di pagamento e/o del terminale POS dove la carta viene utilizzata⁴⁰; (ii) del settore merceologico

³⁸ Si rileva che possono essere applicate MIF nazionali definite non direttamente dal circuito MasterCard ma dai propri licenziatari in due contesti del tutto eccezionali: (i) in base alla c.d. regola del 75% *issuer* e *acquirer* in possesso delle licenze per il paese in questione e che rappresentano, nell’anno precedente l’accordo, almeno il 75% di ogni tipologia di transazioni nazionali Mastercard in circolarità, hanno il potere di definire le MIF applicabili a tutte le transazioni nazionali; (ii) in base alla regola che prevede che i licenziatari con almeno il 10% dei volumi congiunti di *issuing* ed *acquiring* possono chiedere a Mastercard di definire delle MIF nazionali, potendo Mastercard accettare o rifiutare tale richiesta. In Italia non si sono applicate tali regole, essendo sempre adottate le MIF fissate dal circuito MasterCard (nazionali o *crossborder*), fatta eccezione per un caso relativo alle MIF sulla distribuzione carburanti (dove si è adottata la regola del 75% sopra richiamata). Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, pagg. 17 - 19, e le “*MasterCard Rules*” allegate a tale doc., paragrafi “9.4 *Interchange and Service Fees*”, “9.5 *Establishment of Intracountry Interchange and Service Fees*”.

³⁹ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376, in particolare “*to MasterCard’s knowledge, the are currently four bilateral agreements between the licensees in Italy*”.

⁴⁰ Ad esempio, il livello “*Chip&PIN*” viene applicato quando la transazione viene realizzata su un POS c.d. EMV ed il titolare della carte autorizza il pagamento inserendo un PIN, sul punto si veda la risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3.

dell'esercente⁴¹. Conseguentemente, a parità di tipologia di carta e di settore della transazione, le commissioni interbancarie sono uniformi e note a tutti i licenziatari, ovvero ai soggetti che le implementeranno sulla base dei contratti di licenza stipulati con il circuito.

64. Procedendo nella descrizione delle modalità di definizione delle MIF, risulta agli atti che, in teoria, MasterCard dovrebbe svolgere, laddove adotta MIF nazionali e/o *crossborder* poi applicate automaticamente a livello domestico, delle analisi dei costi su base nazionale e regionale allo scopo di definire le commissioni interbancarie⁴². Sul punto MasterCard ha però precisato che non vi sono analisi di costo specifiche per l'Italia e che, sotto il profilo teorico, *“per le carte di credito si prendono in considerazione tre tipologie di costo di issuing (la dilazione di pagamento, il processing, il rischio di frodi) mentre per le carte di debito si prendono in considerazione tutti i costi di issuing. Per le carte di debito, MasterCard imputa i 2/3 dei costi sopra indicati agli acquirer attraverso le MIF, mentre il rimanente 1/3 lo imputa agli issuer. Ciò in quanto in base alle stime del 2005 di MasterCard i 2/3 della domanda dei servizi di carte di debito sono attribuibili agli esercenti e l'1/3 rimanente ai titolari di carte”*⁴³. La documentazione acquisita dimostra che a livello nazionale e per la definizione delle MIF applicate in Italia MasterCard non ha mai condotto una analisi economica specifica per l'Italia. Infatti, è lo stesso circuito MasterCard ad affermare di non aver *“mai svolto una specifica analisi dei costi dei propri licenziatari in Italia e che le ultime analisi dei costi, realizzate prima dell'introduzione di MIF specifiche per l'Italia nell'aprile 2007, sono quelle svolte nel 2005 relativamente ai costi cross-border per le carte di credito e debito. Le MIF attualmente in essere in Italia si basano, quindi, sul cross-border study del 2005”*⁴⁴ [sottolineatura aggiunta].

65. Quest'ultimo studio fa riferimento alle analisi dei costi transfrontalieri (*“cross-border”*) svolte nel 2005⁴⁵. Esso risulta condotto, relativamente alle carte di credito, su un campione di 15 paesi compresa l'Italia (le cui

⁴¹ Ad esempio, oltre alle MIF applicate al settore *“general”* (di seguito anche categoria *“MCC general”*) che si applica a tutti i settori merceologici, MasterCard distingue quelli *“petrol”* e, più recentemente, i *“very low value payment merchants.”*

⁴² Cfr. *“MasterCard Rules”* allegata alla risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, paragrafo *“9.6 Cost studies”* dove viene affermato *“The Corporation or its agent(s) may conduct one or more cost studies on a country-specific or regional or other basis for the purpose of establishing interchange and service fees”*.

⁴³ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644.

⁴⁴ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. 644 e risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.

⁴⁵ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.

transazioni *cross-border* pesano però in misura marginale per circa il 3% del campione) attraverso le società Unicredito, Capitalia (Fineco), Deutsche Bank, Banca Intesa, CartaSi.⁴⁶ Relativamente, invece, alle carte di debito, il campione era composto da cinque paesi (Francia, Svezia, Spagna, Repubblica Ceca, Ungheria) tra i quali non figura l'Italia.⁴⁷ I costi delle banche italiane non sono, pertanto, stati presi in considerazione in tale studio.

66. L'evidenza circa l'assenza di una metodologia basata su analisi economiche e rilevazioni specifiche (salvo lo studio del 2005 peraltro non specifico per l'Italia) emerge anche dal fatto che nel verbale di una riunione interna a MasterCard, datata 28 agosto 2008, nel corso della quale sono stati valutati i nuovi livelli di alcune categorie di MIF nazionali da introdurre in Italia nel gennaio 2009, viene precisato, sotto la voce "*Agenda Item 1: Italian Intra-Country MasterCard Consumer fallback POS Interchange Fees*", che "*the Committee endorsed the proposal noting that the proposed rates were set below the level of estimated interchange costs (extrapolated from the cross border study)*"⁴⁸ [sottolineatura aggiunta]. MasterCard ha al riguardo precisato che "*(...) l'analisi dei costi citata in tale documento è quella sulle carte di credito cross-border del 2005 (...)*"⁴⁹.

67. In merito alla metodologia di definizione delle MIF da parte di MasterCard rileva anche quanto affermato dalle stesse banche licenziatrici. Infatti, gli *acquirer* hanno confermato l'assenza di una analisi economica basata su specifiche rilevazioni in Italia.

68. Al riguardo Deutsche Bank ha affermato che "*il processo di definizione delle MIF di MasterCard in Italia è assolutamente top down, nel senso che Deutsche Bank non partecipa in alcun modo e non ha mai fornito i propri dati di costo a MasterCard o a soggetti incaricati da quest'ultima. Deutsche Bank precisa, inoltre, di non avere informazioni circa l'eventuale metodologia seguita da MasterCard per la definizione delle MIF in Italia*"⁵⁰.

69. Anche ICBPI, di cui fa oggi parte CartaSi, ha affermato che, con riguardo alla definizione della MIF, "*è escluso che sia definita sulla base di flussi informativi, quali i costi di issuing o altri dati, forniti dalle banche al*

⁴⁶ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q10(2).

⁴⁷ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q10(1).

⁴⁸ Cfr. doc. 66, pag. 3.

⁴⁹ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644.

⁵⁰ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

circuito”⁵¹.

70. Intesa ha precisato, altresì, di non aver “*alcun ruolo nel determinare le MIF di MasterCard. ISP, infatti, non conosce la metodologia che MasterCard ha adottato e adotta per definire la MIF e non è a conoscenza se e di quali dati quantitativi il circuito MasterCard si serva per la determinazione dell’ammontare delle MIF stesse. ISP, a sua conoscenza, non fornisce alcuna informazione e dato di costo, quali ad esempio costi di issuing e/o acquiring, a MasterCard al fine di definire le MIF del circuito stesso*”⁵².

71. Unicredit ha affermato che “*non conosce il modello di definizione delle MIF utilizzato da MasterCard e che UniCredit non ha mai fornito propri dati di costo, né relativi all’attività di issuing né relativi all’attività di acquiring, al circuito MasterCard*”⁵³.

72. Anche BNL⁵⁴, BMPS⁵⁵ e Banca Sella⁵⁶ hanno affermato di non partecipare al processo di definizione delle MIF di MasterCard in Italia, non fornendo dati di costo al circuito.

2.3.3. L’evoluzione delle MIF italiane adottate da MasterCard

73. Con riferimento alle MIF del circuito MasterCard in Italia, risulta agli atti la seguente evoluzione:

- anteriormente al mese di aprile 2007 in Italia si applicavano alle transazioni nazionali le MIF *cross-border* definite dal circuito MasterCard⁵⁷;
- nell’aprile 2007, MasterCard ha introdotto delle MIF specifiche applicabili alle transazioni realizzate in Italia (per tutte le carte MasterCard *consumer*, incluse quelle applicate al settore carburanti, *commercial*, nonché

⁵¹ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2010, doc. n. 357.

⁵² Cfr. verbale di audizione di Intesa SanPaolo del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

⁵³ Cfr. verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

⁵⁴ “(...) BNL non ha mai partecipato ad una analisi dei costi condotta da MasterCard per la definizione delle MIF in Italia, non ha quindi mai fornito al circuito propri dati che potessero servire a definirla e non è a conoscenza di come il circuito definisca le proprie MIF” (cfr. verbale di audizione dell’8 ottobre 2009, doc. n. 360).

⁵⁵ “BMPS, in merito alle *interchang fee*, non fornisce alcun dato di costo (né relativo all’*issuing* né all’*acquiring*) a MasterCard e non è a conoscenza della metodologia applicata da MasterCard per la definizione delle MIF” (cfr. verbale di audizione del 13 ottobre 2009, doc. n. 374).

⁵⁶ “(...) Banca Sella non fornisce alcun dato di costo a MasterCard, ma solo dati sui volumi di transazioni, e che non è a conoscenza della metodologia utilizzata da MasterCard per la definizione delle MIF” (cfr. verbale di audizione del 23 ottobre 2009, doc. n. 414).

⁵⁷ L’unica eccezione erano le MIF applicate al settore dei carburanti dove le MIF applicate alle carte *consumer* erano state definite, nel gennaio 2004, dai licenziatari italiani secondo la regola del 75% sopra descritta (cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376).

per le carte Maestro⁵⁸). In dettaglio, per le carte di credito MasterCard ha adottato MIF nazionali ad un livello uguale a quello sino ad allora fissato per le transazioni *cross border*, mentre per le carte di debito Maestro è stato introdotto un livello inferiore⁵⁹.

74. Rileva richiamare, come dettagliato nel seguito, che la ragione di un tale cambiamento nelle MIF nazionali da parte del circuito MasterCard, dalle evidenze agli atti, non discende da analisi economiche o di mercato bensì dall'aspettativa di "...*un esito negativo sul caso comunitario del dicembre 2007*"⁶⁰ esito che avrebbe determinato, modificando le MIF *cross border* (sino a zero), un automatico cambiamento anche nelle MIF nazionali laddove queste ultime non fossero state distinte anteriormente dal circuito a livello di ogni Stato.

75. Nel periodo successivo all'aprile 2007 MasterCard ha adottato ulteriori cambiamenti, distintamente per le carte di credito e per le carte di debito, nonché, all'interno di tali due categorie, per le varie tipologie di carte.

76. In particolare, quanto alle carte di credito, nell'aprile 2008 MasterCard ha modificato la propria struttura tariffaria sostituendo la categoria tariffaria c.d. "*Chip*" con quella "*Chip&Pin*". In considerazione del fatto che in Italia l'autenticazione attraverso un codice PIN è pressoché inutilizzata, le transazioni che erano nella classe "*Chip*" sono rientrate nella categoria "*Enhanced Electronic*"⁶¹. Essendo la MIF associata alla classe "*enhanced electronic*" più alta di quella "*Chip&Pin*" (0,95% contro 0,80%), la MIF media nazionale per le carte *consumer* è conseguentemente salita nell'aprile 2008, sulla base dei dati contenuti in un documento interno a MasterCard, da 0,87% a 0,96%⁶². Sono state, inoltre, introdotte specifiche MIF nazionali per l'Italia relative ad un nuovo prodotto, denominato "*World*", nel febbraio 2008, e per un nuovo prodotto denominato "*PayPass*", nel gennaio 2009⁶³.

77. Tali evoluzioni delle MIF nominali in Italia per le carte di credito sono riportate nella tabella che segue (con riferimento alla tipologia *consumer*

⁵⁸ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376.

⁵⁹ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644 e risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376.

⁶⁰ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644.

⁶¹ Cfr. doc. 74. La categoria "*enhanced electronic*" si applica "*when the transaction is captured electronically at a point of sale*", secondo la definizione contenuta nella risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3.

⁶² Cfr. doc. 74. In particolare, si tratta di un documento dell'agosto 2008 dove, a pag. 5, viene riportato "*This therefore resulted in an increase of the average domestic rate (from 0,87% to 0,96% for consumer standard cards)*" e, dalla tabella 3 a pagina 6, si desume che lo 0,87% è riferito al periodo "*January-March 2008*" e lo 0,96% è riferito a quello "*April-July 2008*".

⁶³ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376.

standard che è la più diffusa):

Tabella 6: Evoluzione MIF nominali relative a carte di credito *consumer standard*

	2004	Aprile 2007	Aprile 2008	Gennaio 2009
PayPass	-	-	0,80%	0,50%+0,02€
Chip	0,80%	0,80%	-	-
Chip&PIN	-	-	0,80%	0,70%
Enhanced Electronic	0,95%	0,95%	0,95%	0,80%
Merchant UCAF	0,95%	0,95%	0,95%	0,95%
Full UCAF	1,15%	1,15%	1,15%	1,15%
Base	1,30%	1,20%	1,20%	1,20%

Fonte: tali valori sono stati forniti da MasterCard nei docc. 376.Q2(1), 376.Q3(1), 3 – paragrafo 4, 376.Q1(1) e, da ultimo, doc. 593.Q(1).

78. I dati quantitativi agli atti evidenziano, oltre alle MIF nominali sopra riportate, l'evoluzione delle MIF medie nazionali sulle carte di credito, calcolate come rapporto tra l'ammontare delle MIF pagate per transazioni nazionali ed il corrispondente valore delle transazioni in circolarità; la tabella che segue sintetizza tali dati:

Tabella 7: Evoluzione delle MIF medie nazionali relative alle carte di credito MasterCard in Italia*

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Consumer Standard	0,96	0,96	0,92	0,87	0,92	0,83
Commercial Corporate	1,62	1,64	1,60	1,48	1,67	1,70
Commercial Business	1,40	1,39	1,36	1,25	1,36	1,39
MIF media nazionale	0,99	0,99	0,96	0,91	0,98	0,90

* Le MIF riportate in tabella corrispondono a tipologie di carte diverse.

Fonte: elaborazione AGCM su dati forniti da MasterCard (cfr. doc. 593,Q(1))

79. La MIF media annua sulle carte di credito *consumer standard* si riduce, dal 2004 al 2009, da 0,96% a 0,83%, mentre quella *corporate* è cresciuta, ciò a fronte di una stabilità di quella *business*. La MIF media su transazioni nazionali con carte di credito MasterCard si è così ridotta, ma in modo marginale, da 0,99% a 0,90%, rimanendo comunque a livelli molto elevati.

80. Le riduzioni nelle MIF medie evidenziate nella precedente tabella non corrispondono, tuttavia, a riduzioni nel valore assoluto delle commissioni interbancarie pagate dagli *acquirers* che è, infatti, aumentato del 23 % medio annuo nel periodo dal 2004 al 2009 (cfr. tab. 10).

81. Quanto alle carte di debito (Maestro), così come visto per le carte di credito, queste hanno sperimentato dei cambiamenti dal 2004 al 2009, sia a livello nominale che di tipologia. Infatti, dopo l'aprile 2007, quando sono state introdotte MIF specifiche per l'Italia, con una struttura diversa da quella *cross-border* applicata di *default* fino a quel momento, è stata

introdotta, nell'aprile 2008, la categoria "PayPass", con una ulteriore modifica avvenuta nel gennaio 2009.

Tabella 8: Evoluzione MIF nominali su carte di debito Maestro

	2004	Aprile 2007	Aprile 2008	Gennaio 2009
PayPass			0,35%+0,05€	0,40%+0,02€
Chip	0,50%	0,35%+0,05€	0,35%+0,05€	0,35%+0,05€
Chip-Late Presentment		0,40%+0,05€	0,40%+0,05€	0,40%+0,05€
PIN verified	0,55%	0,37%+0,05€	0,37%+0,05€	0,37%+0,05€
Signature verified	0,80%	0,40%+0,05€	0,40%+0,05€	0,40%+0,05€
E&M Commerce	1,15%	0,50%+0,05€	0,50%+0,05€	0,50%+0,05€
Electronic Commerce Full Set	0,95%			

Fonte: tali valori sono stati forniti da MasterCard nei docc. 376.Q2(1), 376.Q3(1), 3 – paragrafo 4, 376.Q1(1) e, da ultimo, doc. 593.Q(6).

82. Così come per le carte di credito anche per le carte di debito le evidenze agli atti consentono di definire la MIF media (come rapporto tra ammontare di MIF pagate sul valore delle relative transazioni in circolarità). La tabella che segue mostra l'andamento nel tempo.

Tabella 9: MIF medie sulle carte di debito

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
MIF media transazioni nazionali Maestro	0,68%	0,67%	0,63%	0,48%	0,44%	0,43%

Fonte: elaborazione AGCM su dati forniti da MasterCard (cfr. doc. 593,Q(6))

83. Ne emerge un andamento decrescente della MIF media sulle transazioni nazionali con carte di debito Maestro.

84. Tuttavia, come emerso per le carte di credito, anche per quelle di debito Maestro alla riduzione della MIF media non ha corrisposto una riduzione dell'ammontare complessivo corrisposto dagli *acquirers* in termini di *interchange fee*: dal 2004 al 2009 le MIF pagate sono aumentate del 16 % medio annuo (si veda tab. 10).

Tabella 10: Evoluzione MIF pagate

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Consumer Standard	100	133	170	205	250	244
Totale carte di credito	100	135	175	217	273	281
Maestro	100	125	150	143	175	208

Fonte: elaborazione AGCM su dati forniti da MasterCard (cfr. doc. 593,Q(4) e Q(6)).

85. I cambiamenti nella struttura, nel valore nominale e medio delle MIF su

carte di credito e debito definite dal circuito Mastercard sono da analizzare, come sopra indicato, con l'evoluzione, nello stesso periodo di tempo, del valore delle transazioni in circolarità. Tale valore, sul quale si applicano le MIF, è infatti cresciuto ad un tasso medio annuo del 25 %, per le carte di credito MasterCard e del 27 % circa per le carte di debito Maestro.

Tabella 11: Evoluzione valore transazioni in circolarità

	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Carte di credito MasterCard	100	135	181	237	278	310
Carte di debito Maestro	100	128	162	202	274	328

Fonte: elaborazione AGCM su dati forniti da MasterCard (cfr. doc. 593,Q(1) e Q(6)).

2.3.4 Le evidenze sulle motivazioni delle modifiche alle MIF in Italia apportate da MasterCard

86. Relativamente all'evoluzione delle MIF su carte (credito e debito) MasterCard è già stato rilevato che la prima data di rilievo è il mese di aprile 2007. Infatti, prima di tale data, MasterCard applicava in Italia, di *default*, le MIF *cross-border* alle transazioni nazionali. Nell'aprile 2007, come espressamente affermato dal circuito, temendo che l'intervento della Commissione Europea nell'ambito del caso comunitario⁶⁴ potesse incidere anche sulle MIF nazionali (se non separate da quelle *cross border*), MasterCard è intervenuta introducendo in alcuni paesi, tra i quali l'Italia, delle specifiche *interchange fee* nazionali. Infatti, MasterCard ha precisato che fino all'aprile 2007 *“alle transazioni nazionali in Italia, come in altri paesi, si applicavano di default le MIF cross-border essendo, prima della quotazione in borsa, solo il Global Board di MasterCard a poter introdurre MIF specifiche nazionali. Infatti, ciò è avvenuto in un solo caso in via eccezionale, quando nel dicembre 2004 il Global Board di MasterCard ha introdotto delle MIF specifiche nazionali nel Regno Unito. Dopo la quotazione in borsa, il management di MasterCard ha esercitato il suo nuovo potere di introdurre MIF nazionali in Italia diverse da quelle cross-border, mantenendole a quest'ultimo livello. MasterCard ha informato la Commissione Europea di tale nuova MIF aspettandosi un esito negativo sul caso comunitario del dicembre 2007.”*⁶⁵

87. È noto che dopo la decisione della Commissione Europea del 17 dicembre 2007 le MIF *cross border* di MasterCard sono state dapprima

⁶⁴ Decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007 COMP/34.579 MasterCard, COMP/36.518 EuroCommerce e COMP/38.580 Commercial Cards.

⁶⁵ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644.

azzerate, a partire dal 21 giugno 2008⁶⁶, e poi portate ad una media ponderata massima dello 0,30% per le carte di credito *consumer* e dello 0,20% per le carte di debito, a partire dal luglio 2009⁶⁷, circostanza che avrebbe comportato un impatto sulle transazioni nazionali di MasterCard qualora non fossero state distinte da quelle *cross-border*. L'effetto sarebbe stato evidente visto che il peso delle transazioni nazionali sulle transazioni totali in circolarità concluse su POS in Italia si è attestato, per le carte di credito nel 2009, a circa l'[80-85%]⁶⁸ e con carte di debito, sempre nel 2009, a circa il [90-95%]⁶⁹.

88. L'assenza di analisi economiche specifiche, anteriormente e successivamente all'adozione di MIF nazionali, e la ragione invece connessa al contesto europeo trova evidenza anche da quanto riportato agli atti dalle banche licenziatrici di MasterCard.

89. Infatti, le banche parti del procedimento hanno affermato di sostenere costi uguali di emissione delle carte di pagamento indipendentemente dallo specifico circuito, a fronte di MIF definite dai circuiti di livello diverso. Sulla base di documentazione acquisita in ispezione presso la sede italiana di MasterCard⁷⁰, risulta la ragione della definizione della MIF alla luce di quella applicata da Visa; in particolare, nel maggio 2009, MasterCard deteneva un vantaggio competitivo in termini di MIF nazionale in Italia sulle carte di credito *consumer standard* di 20-30 *basis point*, con una MIF media del 30-40% superiore a quella stimata di Visa. In tale documento viene, infatti, precisato “*currently MC has a competitive advantage in terms of domestic interchange of [20-30] bps (ie our average rate is [30-40%] higher than the Visa estimated average*”.

90. Le MIF più elevate di MasterCard rispetto a quelle di Visa, il cambiamento avvenuto in Italia con l'adozione di MIF specifiche nell'aprile 2007, nonché le successive descritte evoluzioni non risultano, quindi, dalle evidenze documentali, fondate su motivazioni economiche, ma sulla mera condivisione di una comune commissione fissata al fine di tenere un vantaggio competitivo con Visa.

91. ICBPI ha, al riguardo, affermato che“(…) *i costi di emissione (issuing)*

⁶⁶ Cfr. comunicato stampa della Commissione Europea del 12 giugno 2008 MEMO/08/397.

⁶⁷ Cfr. comunicato stampa della Commissione Europea del primo aprile 2009 IP/09/515.

⁶⁸ Elaborazioni AGCM su dati forniti da MasterCard il 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q(1) e Q(5).

⁶⁹ Elaborazioni AGCM su dati forniti da MasterCard il 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q(6), e il 29 aprile 2010, doc. n. 669.

⁷⁰ Cfr. doc. 61, in particolare *e.mail* interna di MasterCard dal “*Business Leader – Commerce Development – Interchange*” al “*Vice President Regional Account & National Accounts Leader*” del 14 maggio 2009.

connessi ai due marchi sono uguali essendo uguale la struttura di funzionamento di un circuito (...) la struttura dei costi di issuing per le carte dei due diversi circuiti è identica, essendo identiche le tipologie di costi presi in considerazione. Emettere una carta Visa o una carta MasterCard presenta per un issuer gli stessi costi.”⁷¹

92. Intesa ha affermato che *“per ISP i costi di emissione di una carta di credito sono gli stessi indipendentemente dal circuito utilizzato”⁷².*

93. Unicredit ha precisato che *“i costi di emettere carte dei circuiti Visa e MasterCard sono, per UniCredit, sostanzialmente gli stessi”⁷³.*

94. Banca Sella *“(.) precisa, infine, che il costo per la banca stessa di emettere carte di credito di circuiti diversi è assolutamente identico, facendo riferimento alle stesse procedure”⁷⁴.*

95. Deutsche Bank ha, al riguardo, affermato *“che i costi di emissione carta, fatte salve le scheme fee dei circuiti, prescindono dal circuito di riferimento, essendo del tutto uguali nel caso dell’emissione di una carta MasterCard o di emissione di una carta Visa. La differenza tra i circuiti non sono i costi di emissione bensì le MIF applicate dai circuiti stessi agli issuer; ad esempio, nel caso di Deutsche Bank, ciò spiega anche le ragioni dell’accordo di partnership con MasterCard del 2007.”⁷⁵*

96. BMPS ha precisato che *“tali costi, ad eccezione delle voci di costo determinate dai circuiti, non variano tra i circuiti MasterCard e VISA”⁷⁶.*

97. Infine, BNL ha precisato che *“relativamente, invece, ai costi di issuing per BNL nell’emettere carte Visa o MasterCard, i costi sono gli stessi essendo il processo identico”⁷⁷.*

98. La fissazione delle attuali MIF in Italia e l’evoluzione sopra riportata appaiono motivate, dalle evidenze agli atti, da strategie diverse. Oltre all’esplicito richiamo ai rischi connessi al caso comunitario, come emerge dal verbale di audizione di MasterCard già citato⁷⁸, rilevano i documenti successivi connessi alle altre modifiche.

99. Tra tali evidenze, rilevano, come descritto nel seguito, i verbali dello

⁷¹ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

⁷² Cfr. verbale di audizione di Intesa del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

⁷³ Cfr. verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

⁷⁴ Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. n. 414.

⁷⁵ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

⁷⁶ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 26 aprile 2010, doc. n. 665.

⁷⁷ Cfr. verbale di audizione di BNL del 29 aprile 2010, doc. n. 672.

⁷⁸ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644.

European Interchange Committee di MasterCard (di seguito anche EIC), che deve valutare le proposte di modifica alle MIF provenienti dalla struttura di MasterCard Europe, e le *e.mail* interne che lo hanno preceduto. In particolare, la riduzione del livello di alcune categorie di MIF, con decorrenza gennaio 2009, risulta essere l'esito di uno scambio di *e.mail* interne al circuito, con l'obiettivo di ridurre le MIF - aumentate per effetto dell'introduzione della classe "Chip&PIN" sopra descritta – al fine di non esasperare il differenziale diventato troppo elevato rispetto a Visa e per modificare comunque solo alcune tipologie di carte senza un effettivo impatto concorrenziale.

100. In merito all'introduzione di tali nuovi livelli delle MIF è di rilievo un prolungato scambio di *e.mail* all'interno del circuito a partire dal 18 agosto 2008, ovvero dieci giorni prima che l'EIC avallasse la proposta di modifica delle MIF. Lo scambio di *email* tra alcuni dipendenti di MasterCard prende inizio con la richiesta, inviata al Direttore Generale Italia & Grecia, "(...) *as we discussed 2 weeks ago when you were in Waterloo, we will bring a proposal to the next EIC (next week) in order to review the Chip&PIN and Enhanced Electronic domestic rates. The aim of this change being to address the issue of a too high average interchange rate due to the introduction of the Chip&PIN tier in April 2008. My question is the following: do you think only the consumer rates should be reviewed or all cards should be change? (..)*" (sottolineatura aggiunta)⁷⁹.

101. Risponde il "General Manager Italy&Greece" affermando "..., *especially in view of the response we have to provide to the Italian Antitrust Authority by September 19, I think that will be better to reduce also the Commercial cards rate. Indeed today we are competitive on the interchange even if the Intra-EU is zero because we have a large advantage on Visa domestic rate. For my understanding CHIP&Signature trx for Visa consumer has an IC of 0,55% while we are at 0,95% and even with CHIP & PIN (that are negligible in the Italian market) we are at 0,80%. So I fear that when the Authority will see such a big difference they could proceed against us soon. ...*

I suggest to consider a reduction of the enhanced electronic rate (that applies today to almost 100% of the card present trx) to a level not above the

⁷⁹ Cfr. doc. n. 74, in particolare *e.mail* del 18 agosto 2008 inviata da un dipendente di MasterCard (dal doc. 61, pag. 2, si evince che nel maggio 2009 tale soggetto aveva la qualifica di "Business Leader – Commerce Development – Interchange") al "General Manager Italy&Greece", con per conoscenza, un altro dipendente di MasterCard (dal doc. n. 61, pag. 2, si evince che nel maggio 2009 tale soggetto aveva la qualifica di "Senior Business Leader – Head of Interchange").

*current CHIP&PIN and to include also commercial cards in reduction”*⁸⁰ [sottolineatura aggiunta].

102. A tale affermazione viene risposto che l'importante è rimanere competitivi rispetto a Visa considerando anche l'azzeramento delle MIF cross border di MasterCard: *“Please also consider the weighted avg ic (dom, intra&inter) for Italian issuers in order to ensure overall competitiveness in the current environment (i.e. zero on intra)”*⁸¹.

103. Risponde il dipendente di MasterCard (*“Business Leader – Commerce Development – Interchange”*) che aveva iniziato lo scambio di *e.mail*, allegando la bozza di proposta da sottoporre all'EIC, e affermando *“as you will see, by adjusting the Chip&PIN and Enhanced Electronic rates we are still positioned competitively vs Visa except for Commercial cards where on average we are 5 bps below. If you think this is an issue, then we could only change the consumer rates and leave the commercial ones as they are today. In that case, our commercial average rate (all levels) would be at 1,43% compared to 1,42% for Visa”*⁸².

104. Nella proposta allegata si legge, infatti, *“The rationale for this proposal is the following: the proposed rates address the issue of an increased average domestic rate due to the Chip & PIN tier introduction and a too high differential with VISA; the proposed rates allow MasterCard consumer cards to remain overall competitively positioned (both domestic and cross-border)”*. Viene riportato, inoltre, che *“(...) MasterCard consumer interchange rates are still positioned competitively vs Visa at domestic level but also when looking at overall volumes (domestic and cross-border). MasterCard commercial interchange averages are slightly lower than Visa”*⁸³ [sottolineatura aggiunta].

105. A tale analisi risponde nuovamente il *“General Manager Italy&Greece”* proponendo di non includere le carte commerciali nelle revisioni dei livelli e di non ridurre la *“Chip&PIN”* fino a 0,65%, come proposto nel documento allegato, ma di fissarla allo 0,70%. In tale *e.mail* viene, infatti, riportato *“(..) based on your competitive analysis I suggest to exclude Commercial cards from the IC rate review (...) For consumer*

⁸⁰ Cfr. doc. n. 74, in particolare *e.mail* del 19 agosto 2008 inviata dal *“General Manager Italy&Greece”* ai due dipendenti di MasterCard sopra citati.

⁸¹ Cfr. doc. n. 74, in particolare *email* del 19 agosto 2008 inviata da un dipendente di MasterCard (il *“Senior Business Leader – Head of Interchange”* di cui sopra) agli altri due di cui sopra.

⁸² Cfr. doc. n. 74, in particolare *email* del 20 agosto 2008 inviata da un dipendente di MasterCard (il *“Business Leader – Commerce Development – Interchange”* di cui sopra) agli altri due di cui sopra.

⁸³ Cfr. doc. n. 74, pagg. 10-11.

*standard (and prepaid), maybe we could reduce to 0,70%, not 0,65%, the CHIP&PIN rate (by the way in this way for all the program the difference between CHIP&PIN and Enhanced Electronic will be 10 bps)*⁸⁴. La commissione deliberata prevede un livello pari a 0,70%, valore quindi definito al fine di evitare interventi antitrust e mantenere il differenziale con l'altro circuito. Inoltre, non vengono modificate le MIF commerciali, contrariamente a quanto inizialmente proposto⁸⁵. Il 28 agosto 2008 l'EIC ha, quindi, avallato la proposta di modifica delle MIF sopra descritte e limitate alle carte *consumer* con decorrenza gennaio 2009⁸⁶.

106. Tra l'altro, dalla documentazione agli atti risulta come tali modifiche non abbiano effetto sul mercato. Su tale profilo, infatti, si richiama una *email* interna a MasterCard con la quale il Direttore Generale dell'ufficio di Roma commenta i nuovi valori delle MIF per l'Italia appena pubblicati nel "*operations bulletin*", precisando che "*nonostante questa diminuzione la nostra IC media su carte consumer continua ad essere 0,84%*". Lo stesso afferma, inoltre, che "*per gli acquirer il messaggio è positivo, per gli issuer occorre far notare che, essendo il prossimo anno almeno l'80% dei volumi POS a CHIP, praticamente la variazione non ha impatto reale*"⁸⁷ (sottolineatura aggiunta).

107. Sempre in merito alle motivazioni circa l'evoluzione delle MIF in Italia, rileva anche il processo con il quale MasterCard perviene alla fissazione di diverse *interchange fee* nazionali per le carte di credito e di debito con modalità *PayPass*. Dallo scambio di *e.mail*, acquisito agli atti, emerge che l'ufficio commerciale di MasterCard Europe, sede di Roma, rileva l'opportunità di avere una stessa MIF per il prodotto di credito e quello di debito; tuttavia, a seguito delle indicazioni dell'ufficio "*Interchange*" di MasterCard vengono definite delle MIF diverse per le carte di debito e credito per non far emergere l'assenza di analisi di efficienza nel fissare uguali valori. In particolare, un dipendente dell'ufficio commerciale di Roma di MasterCard Europe⁸⁸ chiede "*just for our internal info: are you envisaging two different rates (one for MasterCard PayPass and one for*

⁸⁴ Cfr. doc. n. 74, in particolare *e-mail* del 21 agosto 2008 inviata dal "*General Manager Italy&Greece*" ai due dipendenti di MasterCard sopra citati.

⁸⁵ Cfr. doc. n. 54, pagg. 14-16.

⁸⁶ Cfr. doc. n. 66.

⁸⁷ Cfr. doc. n. 68, in particolare *email* del 7 ottobre 2008 inviata dal "*General Manager Italy&Greece*" ad altri dipendenti di MasterCard.

⁸⁸ Cfr. doc. n. 63, in particolare *email* datata 28 maggio 2008 dal "*Head of Advanced Payments Product Sales Specialists*" di MasterCard Europe, Rome Office al "*Senior Business Leader Interchange*" con, per conoscenza, il "*Director General Italy & Greece*".

Maestro PayPass) or a single one?'. A quest'ultima domanda risponde il "Senior Business Leader Interchange" affermando "Not sure yet, but in other countries we have defined different rates for Maestro & MC as the economics and/or PayPass strategy was different. So it's one of the elements we will need to investigate"⁸⁹. La corrispondenza prosegue in successivo documento, sempre contenente uno scambio di *email* interno a MasterCard, dove viene evidenziato, sempre da parte del "Head of Advanced Payments Product Sales Specialists", "...I am wondering if you could tell me what you think about this rate (same for Maestro PayPass and MasterCard PayPass)"⁹⁰ (sottolineatura aggiunta) ma il "Senior Business Leader – Head of Interchange" risponde negativamente affermando che questo sarebbe dannoso dal punto di vista regolatorio: "... has expressed strong concerns on having the same rate for credit and debit, even on low value trxs. There is no rationale for this knowing that IC is about balancing issuers and acquirers costs/demand and credit and debit costs are very different. Furthermore, this could be a very bad precedent from a regulatory perspective, and would contradict everything we have been arguing over the last 10 years"⁹¹ (sottolineatura aggiunta). A conclusione di tali scambi di *email* sono state adottate MIF diverse per i prodotti "PayPass" di credito e di debito.⁹²

2.3.5. Le commissioni agli esercenti e le altre condizioni contrattuali

108. L'accettazione, da parte degli esercenti, di pagamenti con carta avviene a titolo oneroso. In particolare, per ogni pagamento ricevuto con carta, l'esercente è tenuto a corrispondere una commissione, espressa in percentuale del valore della transazione, alla banca che ha effettuato il convenzionamento (*banca acquirer*). Tale commissione è denominata *merchant fee* e viene definita dall'*acquirer*.

109. Il convenzionamento degli esercenti può avvenire da parte degli stessi *acquirer* (modello integrato) o da parte di distributori terzi (modello non integrato). Nel primo caso, in cui l'*acquirer* è anche distributore dei contratti di convenzionamento, è esso stesso a stabilire la *merchant fee*. È il licenziatario, infatti, che "esercita tutte le attività inerenti i rapporti con gli

⁸⁹ Cfr. doc. n. 63, in particolare *email* datata 28 maggio 2008, dal "Senior Business Leader Interchange" agli altri due dipendenti di MasterCard sopra citati.

⁹⁰ Cfr. doc. n. 65, in particolare *email* datata 8 giugno 2008, dal "Head of Advanced Payments Product Sales Specialists" di MasterCard Europe, Rome Office a più dipendenti di MasterCard tra i quali il "Senior Business Leader – Head of Interchange" e il "Director General Italy&Greece".

⁹¹ Cfr. doc. n. 65, in particolare *email* datata 8 giugno 2008 dal "Senior Business Leader – Head of Interchange" agli altri dipendenti di MasterCard indicati al punto precedente.

⁹² Cfr. doc. n. 54, pagg. 14-17.

esercenti, compresa la stipula dei contratti di convenzionamento.” Il contratto prevede che “la commissione per accettazione delle carte collegata ai circuiti dei quali sono sempre riportati denominazione e logo viene fissata in [...] %”⁹³. Inoltre, nelle “Condizioni generali di adesione per l’esercente”, è previsto, all’art. 5, che “mensilmente la banca fornirà all’esercente un estratto conto delle operazioni effettuate nel mese, con evidenziate le commissioni che addebiterà sul conto corrente dell’esercente medesimo [...]”⁹⁴.

110. Nell’ipotesi, invece, 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 dei contratti di convenzionamento.

111. In entrambi i casi (modello integrato e non), le *interchange fees* sopra descritte sono, come risulta dalle evidenze agli atti e dalle stesse dichiarazioni delle licenziatarie, una delle principali componenti di costo per la successiva definizione, da parte degli *acquirer*, delle *merchant fees*. Infatti, nel caso del modello integrato, l’*acquirer* stesso è tenuto a corrispondere una percentuale del valore di ogni transazione (i.e. l’*interchange fee*) al soggetto che ha emesso la carta con la quale è stata effettuata la transazione. Ciò rappresenta una voce di costo per l’*acquirer* che deve essere recuperata attraverso i ricavi da *merchant fee*.

112. Le *interchange fees* rappresentano una delle principali componenti di costo per la successiva definizione delle *merchant fees* anche nel caso di modello non integrato. Infatti, nel caso in esame, la *merchant fee* è determinata sulla base di varie voci di costo derivanti dall’accordo di distribuzione tra *acquirer* e distributore; queste includono (i) l’*interchange fee*, (ii) i costi di circuito (iii) ed i compensi. I compensi, tipicamente espressi in percentuale sul valore di ogni transazione, sono la remunerazione dell’*acquirer* per i servizi resi alla banca distributrice, che incassa le *merchant fee*.

113. I dati e le informazioni raccolti nel corso dell’attività istruttoria mostrano come le MIF siano una importante voce di costo per la definizione della *merchant fee* da parte degli *acquirer*. Analizzando i vari possibili scenari - ovvero *merchant fees* specifiche per le carte di credito MasterCard, *merchant fees* specifiche per le carte di debito MAESTRO e *merchant fees*

⁹³ Cfr., ad esempio, risposta di Unicredit del 2 aprile 2010, doc. n. 625, allegato 1.

⁹⁴ Cfr., ad esempio, risposta di Unicredit del 2 aprile 2010, doc. n. 625, allegato 1.

uniche per i vari circuiti – l’incidenza delle MIF appare molto elevata superando anche il 90%. Più in dettaglio, la Tabella 12 mostra, per gli intervalli della *merchant fee* rappresentativi almeno del 2% del valore delle transazioni, l’incidenza della MIF sulla *merchant fee* per i contratti che prevedono una *merchant fee* differenziata per le carte di credito MasterCard. Dall’analisi della tabella emerge che la MIF ha una incidenza sulla *merchant fee* compresa tra il 43% e il 93% per oltre il 92% del valore delle transazioni e ha una incidenza superiore al 65% per l’83% delle transazioni.

Tabella 12: Incidenza della MIF sulla merchant fee per i contratti che prevedono una merchant fee differenziata per le carte di credito MasterCard, anno 2009.

Intervallo della <i>merchant fee</i> (%)	N° di contratti di convenzionamento*	Distribuzione del valore delle transazioni per classi di <i>merchant fee</i> (%)**	Incidenza della MIF sulla <i>merchant fee</i> (%)***
0.71 - 0.90	1.730	7,61	92,63
0.91 - 1.10	11.354	59,22	82,63
1.11 - 1.30	13.765	9,84	68,98
1.31 - 1.50	11.608	6,46	64,91
1.51 - 1.70	11.173	3,1	52,76
1.71 - 1.90	12.622	3,72	51,01
1.91 - 2.10	10.911	2,52	42,86

Note: *la colonna riporta il numero di esercenti fornito in risposta alle domanda n. 2 e n. 4 della richiesta di informazioni dell’Autorità del 26 febbraio 2010, **la colonna riporta la distribuzione del valore (totale) delle transazioni per ciascun intervallo della *merchant fee* e ***la colonna riporta, per ciascun intervallo della *merchant fee*, il rapporto tra la media ponderata (per il valore delle transazioni) delle MIF corrisposte dall’acquirer e la media ponderata (per il valore delle transazioni) delle *merchant fee* incassate.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti da ICBPI (doc. n. 612), BNL (doc. n. 613), Banca Sella (doc. n. 618), Barclays (doc. n. 624), UniCredit (doc. n. 625), Deutsche Bank (doc. n. 628), Intesa Sanpaolo (doc. n. 629) e BMPS (doc. n. 634) in risposta alle domande n. 2 e n. 4 della richiesta di informazioni dell’Autorità del 26 febbraio 2010.

114. La Tabella 13 riporta, per gli intervalli della *merchant fee* rappresentativi almeno del 2% del valore delle transazioni, l’incidenza della MIF sulla *merchant fee* per i contratti che prevedono una *merchant fee* differenziata per le carte di debito (MAESTRO). Dall’analisi della tabella emerge che la MIF ha una incidenza sulla *merchant fee* compresa tra il 13% e il 79% per circa il 97% del valore delle transazioni.

Tabella 13: Incidenza della MIF sulla merchant fee per i contratti che prevedono una merchant fee differenziata per le carte MAESTRO, anno 2009.

Intervallo della <i>merchant fee</i> (%)	N° di contratti di convenzionamento*	Distribuzione del valore delle transazioni per classi di <i>merchant fee</i> (%)**	Incidenza della MIF sulla <i>merchant fee</i> (%)***
0.50 o meno	1.942	4,32	78,5
0.51 - 0.70	6.852	16,53	42,65
0.71 - 0.90	12.577	31	35,64
0.91 - 1.10	18.778	21,03	11,61
1.11 - 1.30	22.443	7,6	15,37
1.31 - 1.50	17.725	4,91	17,63
1.51 - 1.70	15.034	2,83	17,77
1.71 - 1.90	15.402	2,62	17,03
1.91 - 2.10	18.967	3,07	17,28
2.71 - 2.90	19.045	3,12	12,98

Note: *la colonna riporta il numero di esercenti fornito in risposta alle domande n. 2 e n. 4 della richiesta di informazioni dell'Autorità del 26 febbraio 2010, **la colonna riporta la distribuzione del valore (totale) delle transazioni per ciascun intervallo della *merchant fee* e ***la colonna riporta, per ciascun intervallo della *merchant fee*, il rapporto tra la media ponderata (per il valore delle transazioni) delle MIF corrisposte dall'*acquirer* e la media ponderata (per il valore delle transazioni) delle *merchant fee* incassate.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti da ICBPI (doc. n. 612), BNL (doc. n. 613), Banca Sella (doc. n. 618), Barclays (doc. n. 624), UniCredit (doc. n. 625), Deutsche Bank (doc. n. 628), Intesa Sanpaolo (doc. n. 629) e BMPS (doc. n. 634) in risposta alle domande n. 2 e n. 4 alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 26 febbraio 2010.

115. Infine, la Tabella 14 riporta, per gli intervalli della *merchant fee* rappresentativi almeno del 2% del valore delle transazioni, l'incidenza della MIF sulla *merchant fee* per i contratti che prevedono una *merchant fee* unica per le carte di debito e di credito MasterCard e VISA. Dall'analisi della tabella emerge che la MIF ha una incidenza sulla *merchant fee* compresa tra il 16% e il 98% per circa il 93% del valore delle transazioni e ha una incidenza superiore al 24% per l'85% delle transazioni.

Tabella 14: Incidenza della MIF sulla merchant fee per i contratti che prevedono una merchant fee unica per le carte di credito e di debito MasterCard e VISA, anno 2009.

Intervallo della <i>merchant fee</i> (%)	N° di contratti di convenzionamento*	Distribuzione del valore delle transazioni per classi di <i>merchant fee</i> (%)**	Incidenza della MIF sulla <i>merchant fee</i> (%)***
0.50 o meno	20.071	5,22	98,11
0.71 - 0.90	6.731	4,4	51,31
0.91 - 1.10	50.816	25,84	44,94
1.11 - 1.30	118.712	23,64	39,11
1.31 - 1.50	111.853	13,39	31,57
1.51 - 1.70	61.460	6,65	28,5
1.71 - 1.90	67.331	5,22	26,55
1.91 - 2.10	94.845	5,77	23,75
2.91 - 3.10	76.265	2,76	15,55

Note: *la colonna riporta il numero di esercenti fornito in risposta alle domande n. 2 e n. 4 della richiesta di informazioni dell'Autorità del 26 febbraio 2010, **la colonna riporta la distribuzione del valore (totale) delle transazioni per ciascun intervallo della *merchant fee* e ***la colonna riporta, per ciascun intervallo della *merchant fee*, il rapporto tra la media ponderata (per il valore delle transazioni) delle MIF corrisposte dall'*acquirer* e la media ponderata (per il valore delle transazioni) delle *merchant fee* incassate.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti da: ICBPI (doc. n. 612), BNL (doc. n. 613), Banca Sella (doc. n. 618), Barclays (doc. n. 624), UniCredit (doc. n. 625), Deutsche Bank (doc. n. 628), Intesa Sanpaolo (doc. n. 629) e BMPS (doc. n. 634) in risposta alle domande n. 2 e n. 4 alla richiesta di informazioni dell'Autorità del 26 febbraio 2010.

116. Tali evidenze trovano conferma anche da quanto le stesse parti del procedimento hanno affermato. Infatti, secondo ICBPI le “(...) *merchant fee* sono la somma delle *interchange fee* di ciascun circuito (circa 0,90% per MasterCard e 0,70% per Visa), degli oneri di circuito (tipicamente superiori per MasterCard rispetto a Visa) e del margine di profitto per l’acquirer (...) Sicuramente l’*interchange fee* è una delle principali voci di costo che la compone (...) Quanto alla *interchange fee*, essa rappresenta, come indicato dall’esempio, una voce di costo importante della *merchant fee*”⁹⁵, per BNL “le MIF sono una parte importante delle *merchant fee*. In estrema sintesi la *merchant fee* è definita come somma di varie componenti: la MIF (mediamente la voce tra le più rilevanti) (...)”⁹⁶, per BMPS “la *merchant fee* viene definita da BMPS a partire da un insieme di voci di costo tra le quali le MIF, le quali incidono in maniera considerevole dato il loro peso rispetto alle altre voci (...)”⁹⁷, per Intesa Sanpaolo “(...) l’attività di *acquiring* comporta il sostenimento, per la contrattualizzazione dei *merchant*, di vari costi: la *interchange fee*, i costi tecnologici per l’installazione dei POS e vari altri costi per i servizi resi al *merchant*”⁹⁸, per Barclays essa “...usa un modello.. il quale prevede la fissazione della *merchant fee* come sommatoria della *interchange fee*...”⁹⁹, per Banca Sella “i costi lato *acquiring* sono le MIF, l’acquisto e gestione POS, le attività di *customer care*, i costi di *processing*, informatici, amministrativi e contabili”¹⁰⁰, per Deutsche Bank “in media il peso delle MIF sulle *merchant fee* di Deutsche Bank è circa il [70-75%]”¹⁰¹, e per UniCredit “*Interchange is a key driver of any acquirer expense stream (...) Interchange fee is the largest expense to the acquirer*”¹⁰².

117. Oltre alle evidenze sull’incidenza delle MIF sulla *merchant fee*, sopra sintetizzate, rileva, sempre in merito alle commissioni esercenti, la tipologia di contratti di convenzionamento che i licenziatari stipulano con gli esercenti. Tali contratti possono prevedere il contestuale convenzionamento con uno o più circuiti (e.g. MasterCard e Visa) e/o per uno o più prodotti (carte di credito e di debito) e quindi prevedere *merchant fee* differenziate per circuiti/prodotti (*unblended rates*) oppure una unica *merchant fee* per più

⁹⁵ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

⁹⁶ Cfr. verbale di audizione di BNL dell’8 ottobre 2009, doc. n. 360.

⁹⁷ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 13 ottobre 2009, doc. n. 374.

⁹⁸ Cfr. verbale di audizione di Intesa Sanpaolo del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

⁹⁹ Cfr. verbale di audizione di Barclays del 16 ottobre 2009, doc. n. 395.

¹⁰⁰ Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. n. 414.

¹⁰¹ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

¹⁰² Cfr. doc. n. 261, “*Acquiring: What Options for UCG?*”, pag. 14.

circuiti/prodotti (*blended rate*). Sulla base delle informazioni acquisite nell'ambito del presente procedimento istruttorio, risulta che Unicredit¹⁰³ e BMPS¹⁰⁴ prevedono contrattualmente un'unica *merchant fee* non distinta tra circuiti, non consentendo quindi agli esercenti di avere *merchant fee* differenziate. Infatti, Unicredit ha affermato che “(...) attualmente UniCredit offre il proprio servizio ai merchant sulla base di una *merchant fee* unica (c.d. *blended*)”¹⁰⁵ e BMPS ha precisato che “(...) i contratti di convenzionamento stipulati al momento da BMPS prevedono un'unica *merchant fee* tra circuiti, ossia per l'accettazione di pagamenti con carte di credito VISA e MasterCard la *merchant fee* è unica”¹⁰⁶.

118. Tuttavia, le evidenze quantitative mostrano, inoltre, che al di là della struttura dei contratti di convenzionamento, la quasi totalità delle *merchant fee* di fatto applicate è unica tra circuiti¹⁰⁷. In particolare, quasi l'87% dei contratti di convenzionamento stipulati dagli esercenti prevede una *merchant fee* per il circuito MasterCard non differenziata con quella degli altri circuiti/prodotti con i quali l'esercente è convenzionato (cfr. Figura 1). Quanto al circuito MAESTRO, l'81% dei contratti di convenzionamento stipulati prevede una *merchant fee* per tale circuito non differenziata da quella degli altri circuiti/prodotti.

¹⁰³ Cfr. verbale di audizione del 14 ottobre 2009, doc. n. 377 e risposta del 2 aprile 2010, doc. n. 625.

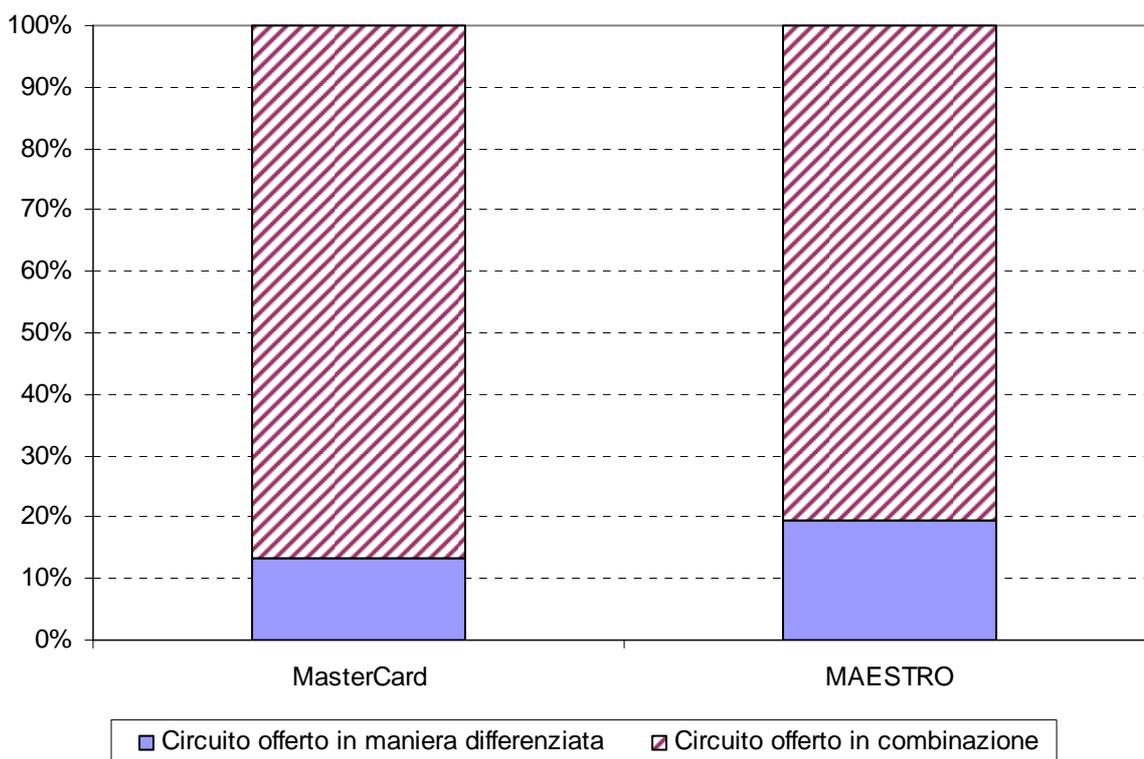
¹⁰⁴ Cfr. risposte di BMPS del 19 novembre 2009, doc. n. 472, allegato 1D e del 13 aprile 2010, doc. n. 634, allegato 1.

¹⁰⁵ Cfr. verbale di audizione di UniCredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

¹⁰⁶ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 13 ottobre 2009, doc. n. 374.

¹⁰⁷ Cfr. doc. n. 612, 613, 618, 624, 625, 628, 629 e 634.

Figura 1: Incidenza percentuale dei contratti di convenzionamento con merchant fee differenziate per i circuiti MasterCard e MAESTRO, anno 2009.



Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti da: ICBPI (doc. n. 612), BNL (doc. n. 613), Banca Sella (doc. n. 618), Barclays (doc. n. 624), UniCredit (doc. n. 625), Deutsche Bank (doc. n. 628), Intesa Sanpaolo (doc. n. 629) e BMPS (doc. n. 634) in risposta alle domande n. 2 e 4 della richiesta di informazioni dell’Autorità del 26 febbraio 2010.

119. Tale peculiarità è stata espressamente chiarita dalle licenziatarie nel corso del presente procedimento. Infatti, ICBPI ha affermato che “*il contratto di convenzionamento predisposto da ICBPI (...) prevede l’offerta congiunta dei circuiti VISA e MasterCard applicando un’unica merchant fee*”¹⁰⁸, BNL “*le merchant fee applicate da BNL ai propri clienti merchant convenzionati sono identiche per i due circuiti Visa e MasterCard nel 90% dei casi*”¹⁰⁹, Intesa Sanpaolo “*Il totale di contratti con i merchant in essere presso ISP sono circa [200.000-250.000], dei quali il [15-20%] con grandi clienti (soggetti che tipicamente chiedono merchant fee differenziate), e il restante [85-90%] piccoli clienti (soggetti con unica merchant fee anche tra circuiti)*”¹¹⁰, Banca Sella “*(...) Banca Sella (...) applica tipicamente una merchant fee unica per i due circuiti Visa e MasterCard*”¹¹¹ e Deutsche Bank “*negli anni 2007-2008 DB offriva ai propri esercenti una merchant fee*

¹⁰⁸ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

¹⁰⁹ Cfr. verbale di audizione di BNL dell’8 ottobre 2009, doc. n. 360.

¹¹⁰ Cfr. verbale di audizione di Intesa Sanpaolo, del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

¹¹¹ Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. n. 414.

*unica per tutte le carte di pagamento. Solo a partire dal 2009, DB ha per la prima volta dato inizio ad una gestione differenziata delle merchant fee*¹¹².

120. I contratti di convenzionamento stipulati tra *acquirers* e esercenti si caratterizzano, inoltre, per prevedere *merchant fee* non differenziate per le transazioni “*on-us*” e per la presenza di alcune clausole che regolano le condotte degli esercenti in relazione all’accettazione di pagamenti con carta. Sotto il primo profilo, la quasi totalità degli *acquirer* parti del presente procedimento hanno affermato di non prevedere *merchant fees* differenziate per le transazioni *on-us*, ovvero transazioni per le quali l’*acquirer* è anche l’*issuer* della carta. In particolare, BMPS ha affermato che “*La Banca specifica che attualmente non vi è alcuna differenza tra le merchant fee applicate alle transazioni on us e quelle applicate alle transazioni in circolarità (...)*”¹¹³, ICBPI “*(...) la merchant fee (...) non è differenziata tra transazioni “on us” ed in circolarità “not on us.”*”¹¹⁴, BNL “*(...) non c’è alcuna differenza tra la merchant fee applicata alle transazioni effettuate con carte emesse da BNL (cd. transazioni on us) e quella applicata alle transazioni effettuate con carte emesse da altri issuers (cd. transazioni in circolarità)*”¹¹⁵. UniCredit ha rilevato che “*(...) non applica alle transazioni on-us una merchant fee diversa da quella sulle transazioni in circolarità*”¹¹⁶. Deutsche Bank ha affermato che “*(...) quanto alle transazioni on-us, si conferma che di norma alle stesse non viene applicata da DB una merchant fee diversa da quella prevista per le transazioni in circolarità*”¹¹⁷ e, infine, Barclays “*(...) non effettua differenziazioni tra transazioni on-us e transazioni in circolarità nel definire le merchant fee in Italia*”¹¹⁸.

121. Le transazioni *on-us* si differenziano da quelle in circolarità in quanto per le prime (*on-us*) non vengono svolte tutte le fasi del processo produttivo previsto per le seconde (quelle in circolarità), così come risulta dalle dichiarazioni rese da BMPS “*(...) in teoria per le transazioni on-us non intervengono i circuiti e, essendo lo stesso soggetto sia ad emettere sia ad accettare la carta, sono possibili delle sinergie. Nelle attività in circolarità ci possono essere delle attività ulteriori derivanti dalla circostanza che soggetto issuer ed acquirer non coincidono*”¹¹⁹. Anche Intesa Sanpaolo ha

¹¹² Cfr. risposta Deutsche Bank del 2 aprile 2010, doc. n. 628.

¹¹³ Cfr. risposta di BMPS del 13 aprile 2010, doc. n. 634.

¹¹⁴ Cfr. risposta di ICBPI del 23 marzo 2010, doc. n. 612.

¹¹⁵ Cfr. risposta di BNL del 23 marzo 2010, doc. n. 613.

¹¹⁶ Cfr. risposta di UniCredit del 2 aprile 2010, doc. n. 625.

¹¹⁷ Cfr. risposta di Deutsche Bank del 2 aprile 2010, doc. n. 628.

¹¹⁸ Cfr. risposta di Barclays del 2 aprile 2010, doc. n. 624.

¹¹⁹ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 26 aprile 2010, doc. n. 665.

rilevato che “... in caso di transazione on us, ISP non sostiene i costi di clearing e settlement e risparmia alcuni costi di personale e commercializzazione. Tali risparmi di costo possono tradursi in una riduzione delle merchant fee per le transazioni on us che può essere del 5-10%”¹²⁰. Banca Sella ha sostenuto che “la merchant fee viene ridotta della componente legata alla componente interbancaria...”¹²¹, tuttavia “la quasi totalità dei contratti con gli esercenti non prevede, comunque, una distinzione quando le transazioni sono on-us”¹²².

122. Quanto alle altre clausole che regolano le condotte degli esercenti in relazione all'accettazione di pagamenti con carta, i contratti di convenzionamento stipulati dagli *acquirer* in larga parte prevedono che l'esercente i) debba applicare al titolare della carta gli stessi prezzi praticati alla clientela con altri strumenti di pagamento (nel seguito anche NDR ovvero *non discrimination rule*), ii) debba accettare tutte le carte del circuito con il quale si è convenzionati (nel seguito anche HACR ovvero *honour all cards rule*).

123. In sintesi, i contratti di convenzionamento stipulato dagli *acquirer* sotto specificati prevedono una o più delle clausole sopra descritte come specificato nella tabella che segue.

124. Dalla Tabella 15 si evince, infatti, che i) tutti gli *acquirer* parti del presente procedimento, ad eccezione di Barclays, prevedono che gli esercenti debbano applicare al titolare della carta gli stessi prezzi praticati alla clientela con altri strumenti di pagamento (NDR), ii) tutti gli *acquirer* parti del presente procedimento, ad eccezione di Banca Sella, prevedono che gli esercenti debbano accettare tutte le carte del circuito con il quale si è convenzionati (HACR), iii) tutti gli *acquirer* parti del presente procedimento, ad eccezione di Banca Sella e Intesa SanPaolo, prevedono che gli esercenti corrispondano *merchant fee* non differenziate per le transazioni *on-us*, e iv) Unicredit e BMPS applicano il *blending* contrattuale e tutte le altre (IntesaSanPaolo, ICBPI, BNL, Deutsche Bank, Banca Sella), ad eccezione di Barclays, convenzionano gli esercenti prevedendo la stessa *merchant fee* per più circuiti/prodotti. Infatti, le evidenze agli atti mostrano che tale *blending* può avvenire sia attraverso l'utilizzo di contratti che non consentono *merchant fee* differenziate per circuiti/prodotti (*blending* contrattuale) o attraverso contratti che pur prevedendo la possibilità di differenziare la

¹²⁰ Cfr. verbale di audizione di Intesa Sanpaolo del 4 maggio 2010, doc. n. 676.

¹²¹ Cfr. risposta di Banca Sella del 24 marzo 2010, doc. n. 618.

¹²² Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. 414.

merchant fee, di fatto prevedono un'unica *merchant fee* (*blending* di fatto).

Tabella 15: Clausole contrattuali previste nei contratti di convenzionamento

Acquirer	Clausole contrattuali				
	Prezzi non diversi per le transazioni con carta (NDR)	Accettazione di tutte le carte con le quali si è convenzionati (HACR)	<i>Merchant fee</i> non differenziate per le transazioni <i>on-us</i>	<i>Blending</i> contrattuale	<i>Blending</i> di fatto
Banca Sella	SI	NO	NO	NO	SI
Barclays	SI (solo per MAESTRO)	SI	SI (solo per MAESTRO)	NO	NO
Deutsche Bank	SI	SI	SI (con alcune eccezioni per alcuni clienti)	SI (fino al 31/12/2008)	SI
UniCredit	SI	SI	SI	SI	-
BNL	SI	SI	SI	NO	SI
Intesa Sanpaolo	SI	SI	NO	NO	SI
ICBPI	SI	SI	SI	SI*	SI
BMPS	SI	SI	SI	SI (ad eccezione di MAESTRO)	-

Note: * tale condotta è stata realizzata da Key Client fino a tutto il 2007 e da CartaSi fino a tutto il 2008.

Fonte: elaborazioni AGCM su dati forniti da ICBPI (doc. n. 612), BNL (doc. n. 613), Banca Sella (doc. n. 618), Barclays (doc. n. 624), UniCredit (doc. n. 625), Deutsche Bank (doc. n. 628), Intesa Sanpaolo (doc. n. 629) e BMPS (doc. n. 634) in risposta alle domande n. 5 e n. 6 della richiesta di informazioni dell'Autorità del 26 febbraio 2010.

125. Rileva precisare che dalle informazioni fornite dalle parti del presente procedimento, gli *acquirer* hanno, sulla base dei contratti di licenza stipulati, margini di discrezionalità riguardo all'inserimento delle suddette clausole nei contratti di convenzionamento esercenti. Ciò si evince sia dal grado di differenziazione dei contratti che emerge dalla Tabella 15 sia dalle dichiarazioni delle parti del presente procedimento. Sul punto, BNL ha affermato che “*Si tratta, quindi, di clausole che BNL prevede nei contratti con i merchant e che non sono direttamente derivanti dai circuiti disponendo di un margine di discrezionalità con i clienti. Il margine di discrezionalità di cui godono gli acquirer è dimostrato, tra l'altro, dall'esempio degli acquisti su Internet dei voli aerei di determinate compagnie per le quali è previsto un sovrapprezzo per l'utilizzo di carte di pagamento indipendentemente dalle regole dei circuiti*”¹²³ e Intesa SanPaolo che “*Le clausole in esame sono la declinazione fatta da ISP del principio di carattere più generale contenuto nella licenza tra ISP e MasterCard, che obbliga gli esercenti ad accettare tutte le carte del circuito per il quale sono convenzionati. Tali clausole sono contenute nel contratto standard di convenzionamento di ISP e vengono applicate per qualsiasi circuito/prodotto con il quale l'esercente ha deciso di*

¹²³ Cfr. verbale di audizione di BNL del 29 aprile 2010, doc. n. 672.

convenzionarsi”¹²⁴.

2.4. La governance di MasterCard

126. La *governance* di Mastercard ha avuto una modifica nel 2006, in corrispondenza con la quotazione in borsa, presso il NYSE, di MasterCard Incorporated. In estrema sintesi, sino al mese di maggio 2006 MasterCard Incorporated (la capogruppo del circuito MasterCard) era una società non quotata, i cui azionisti erano le banche e società finanziarie licenziatarie del marchio a livello mondiale¹²⁵ e con una presenza significativa di banche europee (circa 32% sul totale di azioni¹²⁶).

127. In tale contesto MasterCard era una associazione di imprese¹²⁷ ed esisteva uno specifico *board* europeo (“*European Board*”) composto da delegati di banche europee che definivano, tra l’altro, le MIF *cross-border* (anche “*Intra-EEA fallback interchange fee*”) sino alla quotazione in borsa di MasterCard Incorporated¹²⁸.

128. Successivamente alla quotazione in Borsa di MasterCard Incorporated, l’assetto sia dell’azionariato che degli organi di *governance*, in termini di composizione e poteri/attività svolte, viene modificato, almeno a livello di atto costitutivo, come nel seguito dettagliato.

¹²⁴ Cfr. verbale di audizione di Intesa Sanpaolo del 4 maggio 2010, doc. n. 676.

¹²⁵ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007, COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards, par. 64, in particolare “*in 2002 MasterCard Incorporated was converted from a membership association into a private stock corporation whose shares were entirely held by MasterCard member banks (the Principal Members)*”. Inoltre, la stessa MasterCard ha affermato che “*in particolare, nel maggio 2006, MasterCard ha subito un fondamentale cambiamento nel proprio assetto proprietario e di governance, in quanto è passata dall’essere posseduta e controllata al 100% dalle proprie banche licenziatarie alla proprietà e al controllo diffuso attraverso la quotazione della maggioranza delle azioni con diritto di voto presso il New York Stock Exchange (“NYSE”)*” (cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348).

¹²⁶ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q11.b1.

¹²⁷ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007, COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards, par. 331, in particolare “*MasterCard does not contest that it was an association of undertakings within the meaning of article 81(1) of the Treaty in the period before 25 May 2006 that is until the day when the IPO of MasterCard Incorporated took place.*”

¹²⁸ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007, COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards, glossary, in particolare “*European Board: a board of European bank delegates whose meetings are organized by staff of MasterCard Europe S.p.a. and which set Intra-EEA fallback interchange fees until the IPO of MasterCard Incorporated on 25 May 2006*”. Per una descrizione dei poteri dello *Europe Board* prima dell’IPO cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376, pagg. 8 e 9.

2.4.1. Le tipologie di azionisti

129. A seguito della quotazione in Borsa, avvenuta in data 25 maggio 2006, le azioni di MasterCard Incorporated sono state riclassificate in tre categorie, ovvero azioni di Class A, Classe B e Classe M¹²⁹.

Tabella 16: Azionariato di MasterCard Incorporated

Tipologia azionisti	N° azioni	Quota %
Totale Classe A	110.4441.542	84,7
di cui:		
-azionariato diffuso	96.944.609	74,3
-MasterCard Foundation	13.496.933	10,4
Classe B	19.977.657	15,3
Classe M	1.846	Azioni attribuite in numero di una per ogni licenziatario

Fonte: Sito *Internet* di MasterCard

130. In merito all'azionariato rileva notare che:

- la classe A rappresenta l'azionariato diffuso e la quota attribuita alla MasterCard Foundation, dotati di tutti i diritti sociali;
- le classi B ed M rappresentano azioni detenute da banche e società finanziarie detentrici di licenze MasterCard. La distinzione tra classe B ed M deriva dai diversi diritti riconosciuti. Infatti, le azioni di classe M, attribuite in misura di una azione per ogni banca e società finanziaria licenziataria di MasterCard, attribuiscono il potere di nomina dei rappresentanti negli organi di *governance* (come nel seguito precisato) anche di soggetti aventi incarichi nelle stesse licenziatarie¹³⁰. Inoltre, come indicato nel nuovo atto costitutivo, il voto favorevole di almeno una maggioranza dei voti attribuiti ai detentori di azioni di Classe M è espressamente previsto per l'approvazione di alcune materie rilevanti¹³¹. I voti vengono attribuiti ai detentori di azioni di Classe M in base al c.d. “*Global Proxy Calculation*”, un indicatore basato sui volumi

¹²⁹ Cfr. sito Internet www.mastercard.com, “*investor relations*”, “*classes of stock issued*”, informazioni all'11 febbraio 2010.

¹³⁰ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo IV, sezione 4.3.(A).(3).(b). In particolare, “*for so long as any shares of Class M common stock are outstanding, holders of outstanding Class M common stock, voting separately as a class, shall be entitled to elect a number of directors of the Corporation (each, a “Class M Director”) that is equal to the lesser of (x) three and (y) the product of 1/4 multiplied by the total number of directors that will be in office immediately following such election (...)*”.

¹³¹ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5). In particolare, l'articolo IV, sezione 4.3.(A).(3).(a) prevede che “*(...) for so long as any shares of Class M Common Stock remain issued and outstanding, the affirmative vote of at least a majority of the votes cast thereon by the holders of the Class M Common Stock, voting separately as a class, shall be required for (...)*”. Secondo quanto affermato da MasterCard, cfr. doc. 376, tali diritti “*can be referred to as – minimal minority protection rights – (e.g. right of approval for the sale of all the assets, a merger of the company, liquidation of its business)*”.

di *issuing, acquiring* e delle commissioni corrisposte a MasterCard da ogni licenziataria¹³². Le azioni di classe B, invece, non risultano avere diritti di voto¹³³. Ne emerge, pertanto, da un lato, il ruolo rilevante riconosciuto alle licenziatarie e proprio in funzione a tale attività; dall'altro, la presenza delle stesse banche e finanziarie in più classi così in grado, come emerge dalle evidenze sotto riportate, di esercitare il potere di nomina nella *governance* nella capogruppo del circuito MasterCard.

2.4.2. Gli organi di MasterCard

2.4.2.1. Il Global Board

131. In MasterCard Incorporated il consiglio di amministrazione (di seguito anche *Global Board of Directors* o *Global Board*) è composto da non meno di tre a non più di quindici *directors* (di seguito anche amministratori), di espressione degli azionisti di Classe A e di Classe M come sopra definiti¹³⁴.

132. I soggetti nominati nel *Global Board* presentano caratteristiche diverse in funzione degli azionisti dei quali sono espressione. Infatti, essi non devono essere, negli ultimi tre anni, dipendenti di un licenziatario di MasterCard o della MasterCard Foundation, fatta eccezione per i rappresentanti degli azionisti di classe M, per i quali, conseguentemente, è possibile l'assunzione di un incarico anche se dipendenti di una licenziataria. Rileva notare, come nel seguito evidenziato, che effettivamente si sono verificati nel passato e si verificano tutt'oggi tali doppi incarichi. Tutti i membri del *Global Board*, inoltre, non devono essere dipendenti di un concorrente o di una società presente negli organi di un concorrente. Infine, possono prestare servizio come amministratori contemporaneamente al massimo due dipendenti di MasterCard.¹³⁵

¹³² Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo IV, sezione 4.3.(A).(3).(c).

¹³³ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo IV, sezione 4.3.(A).(2), in particolare “*to the fullest extent permitted by law, holders of Class B Common Stock, as such, shall have no voting power and shall not be entitled to vote on any matter.*”

¹³⁴ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.1.(A). Nel 2006 gli amministratori sono stati eletti con mandati di durata variabile: quelli “*Class I*” con una scadenza all'assemblea dell'anno successivo (2007), quelli di “*Class II*” con una scadenza all'assemblea del secondo anno successivo (2008), quelli di “*Class III*” con una scadenza all'assemblea del terzo anno successivo (2009). Alla scadenza del mandato degli amministratori di una determinata Classe (I, II o III), i successori sono eletti per un mandato con scadenza alla terza successiva assemblea degli azionisti (cfr. articolo VI, sezione 6.1.(B)).

¹³⁵ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.4. (B). In particolare, “*a person shall qualify for election and continued service as a director of the Corporation only if the Board shall have*

133. I candidati per la nomina al *Global Board* vengono scelti da un comitato all'interno dello stesso *Global Board* (il “*Nominating and Corporate Governance Committee of the Board of Directors of MasterCard Incorporated*”)¹³⁶. In particolare, tale comitato si compone di tre o più membri del *Global Board*.¹³⁷

134. Relativamente alle funzioni attribuite al *Global Board*, rileva evidenziare che esso è l'organo con il potere, tra l'altro, di definire le MIF ed eventuali MIF specifiche nazionali¹³⁸. Il *Global Board* ha attribuito, nella riunione del 14 settembre 2006, tale funzione al *management* di MasterCard, precisamente al Presidente e Amministratore Delegato che, a sua volta, ha delegato questa funzione al “*Chief Operating Officer*” (di seguito anche COO)¹³⁹ e, successivamente, al “*President Global Markets*”¹⁴⁰. MasterCard ha affermato che le MIF possono essere, tuttavia, oggetto di discussioni nel *Global Board*, laddove ha precisato che “*Le interchange fees, pertanto, sono discusse in dettaglio soltanto nel corso degli aggiornamenti regolatori che consentono ai membri del Board di essere informati sui procedimenti in tutto il mondo. Gli aggiornamenti regolatori sono preparati da legali esterni e presentati ai boards dal General Counsel di MasterCard o, talvolta, dagli stessi legali esterni*”¹⁴¹.

135. Sulla base di tali ripartizioni di ruoli, la procedura interna di definizione delle MIF prevede che sia il “*MasterCard Interchange Department*” a

determined that such person shall not (1) except in the case of a Class M Director or a director who is an officer of the corporation, be a director, officer, employee or agent of, or represent or otherwise be affiliated with, a Member or Similar Person, or have been a director, officer, employee or agent of, or have represented otherwise been affiliated with, a Member or Similar Person during the prior three years or otherwise have any business relationship with a Member or Similar Person that is material to such person or (2) be a trustee, officer, employee or agent of, or represent or otherwise be affiliated with, The MasterCard Foundation, or have been a director, officer, employee or agent of, or have represented or otherwise been affiliated with, The MasterCard Foundation during the prior three years or otherwise have any business relationship with the MasterCard Foundation that is material to such person. In addition, each director of the Corporation (including Class M Directors) shall not be a director, regional board director, officer, employee or agent of, or represent (1) an entity that owns and/or operates a payment card program competitive with the Corporation's comparable card programs, as determined in the sole discretion of the Board (a “Competitor”), or (2) an institution that is represented on any board of a Competitor. At any time, no more than two persons who are at such time then actively serving as an officer or an employee of the Corporation or any of its subsidiaries shall qualify for service as a director of the Corporation.”

¹³⁶ Cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667.

¹³⁷ Cfr. sito Internet di MasterCard www.mastercard.com, in particolare il documento “*Charter of The Nominating and Corporate Governance Committee of The Board of Directors of MasterCard Incorporated*” laddove viene affermato che “*the Committee shall be comprised of three or more members of the Board of Directors (...)*”

¹³⁸ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593, pag. 5.

¹³⁹ Cfr. risposta di MasterCard del 29 aprile 2010, doc. n. 671.

¹⁴⁰ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376, pag. 11.

¹⁴¹ Cfr. nota di MasterCard del 14 settembre 2009, doc. n. 315.

proporre eventuali modifiche nella struttura o livello delle MIF. La proposta così definita viene portata all'attenzione di uno specifico comitato interno di MasterCard (*“European Interchange Committee”*, anche EIC), composto da dipendenti di MasterCard ed, in caso di valutazione positiva, viene sottoposta ad approvazione del Presidente e Amministratore Delegato di MasterCard o di altra persona da quest'ultimo designata (sopra indicate). Una volta approvata dall'organo delegato dal *Global Board*, la modifica alle MIF viene comunicata ai licenziatari di MasterCard¹⁴².

2.4.2.2. Il Board europeo: Europe Board

136. A seguito della quotazione in Borsa alcune delle attività del circuito MasterCard in Europa sono state demandate ad uno specifico *board* denominato *“European board”* (anche *“Europe Board”*¹⁴³ o *board* europeo). Tra tali attività non figura più, come precedentemente riportato, la determinazione delle MIF essendo questo tipo di potere attribuito al *Global Board*¹⁴⁴. Nel seguito, tuttavia, le evidenze mostreranno le effettive modalità di azione, anche su tale tematica, tra *Global Board* ed *Europe Board*.

137. La documentazione agli atti esplicita la motivazione di tale scelta e più in generale del ruolo del *board* europeo, alla luce della presenza nello *Europe Board* di soggetti aventi legami con le licenziatrici e quindi delle possibili criticità antitrust. Infatti, il *Global Board*, nella riunione del 14 settembre 2006, ha approvato le *“European board guidelines”*¹⁴⁵ precisando che *“the Europe Board must place precedence on ensuring that the exercise of its authorities does not create antitrust concerns for the Company. Because Europe Board members are generally employed by customer financial institutions, it is all the more critical that all fiduciary obligations to MasterCard are understood and respected”* (sottolineatura aggiunta).

138. In merito alla sua struttura, lo *Europe Board* si compone di non meno di

¹⁴² Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, pag. 19.

¹⁴³ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.7.(A). In particolare, *“the Corporation’s operations in Europe in respect of (1) review of applications for membership; (2) fines; (3) intraregional operative rules; (4) assessments and fees to the extent that such assessments and fees do not have an exclusionary effect; (5) intraregional product and enhancement development to the extent that the development initiatives do not relate to competitively sensitive matters; (6) annual expense budget; (7) surplus funds; and (8) affinity and co-branding rules shall be managed by or under the direction of a regional board (the “Europe Board”); provided, however, that with respect to the matters listed in clauses (1) – (4) above, such authority shall only be exercised subject to guidelines established by the Board from time to time.”*

¹⁴⁴ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376, pag. 9.

¹⁴⁵ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376.Q7(11).

12 e non più di 25 membri con mandati di due anni, eletti dagli azionisti di Classe M europei (“*European Class M Holders*”). Si osservi, come collegamento strutturale tra *Global Board* ed *European Board*, che il rappresentante degli azionisti di classe M (di area europea) del *Global Board* è automaticamente membro dello *Europe Board*¹⁴⁶. Inoltre, membri dello *Europe Board*, sono sempre il Presidente e Amministratore Delegato di MasterCard Incorporated (a sua volta membro del *Global Board*) ed il Presidente di MasterCard Europe.¹⁴⁷ Il primo *Europe Board*, dopo la quotazione, è stato costituito dai rappresentanti del precedente “*Europe Region Board*” che ne avevano i requisiti¹⁴⁸.

139. Dal punto di vista dei requisiti, i membri dello *Europe Board* sono soggetti dipendenti delle stesse licenziatarie in Europa, come mostrano le informazioni acquisite. Attualmente, infatti, i membri dello *Europe Board* sono tutti rappresentanti delle stesse licenziatarie azioniste di classe M (“*17 eligible shareholder banks’ representatives*”¹⁴⁹), nonché dipendenti delle stesse¹⁵⁰, la cui scelta risulta motivata sulla base di ragioni commerciali. Risulta, infatti, agli atti che tali soggetti sono nominati nel *board* europeo “*based on proxy (top 10 European shareholder banks – on a consolidated basis ..)*”, e di ragioni strategiche, ovvero “*7 designated by management based on strategic and commercial considerations and seeking an overall balance in geographic and customer representation*”¹⁵¹.

140. Infine, il *Global Board* ha il potere di assumere tutti i poteri attribuiti allo *Europe Board*¹⁵², può assumere permanentemente qualsiasi specifico

¹⁴⁶ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.7.(c).

¹⁴⁷ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, Attachment 2 e doc. n. 234.19.

¹⁴⁸ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.7.(c). Sulla base delle informazioni fornite da MasterCard, dei 18 membri dello *Europe Board* che hanno partecipato alla prima riunione dopo la quotazione in borsa di MasterCard Incorporated, 13 avevano partecipato anche all’ultima riunione prima della quotazione dello “*Europe Region Board*” (cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376 pagg. 11 e 12).

¹⁴⁹ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, Attachment 2 e doc. n. 234.19.

¹⁵⁰ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376.

¹⁵¹ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, Attachment 2 e doc. n. 234.19.

¹⁵² Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.7.(B). “*the board, acting by the affirmative vote of at least 75% of the entire Board at any meeting at which a quorum is present (...) may assume the authority granted to the European Board (...) in its entirety and may terminate the existence of the European Board; ciò, tuttavia, ammesso che gli European Class M Holder “(...) acting with approval thereof by the affirmative vote of at least a majority of the votes cast thereon. voting for such purpose as a separate class, shall approve any such assumption of authority and termination.”* (sottolineatura aggiunta).

potere conferito allo *Europe Board*¹⁵³ e può annullare qualsiasi decisione dello *Europe Board*¹⁵⁴.

2.4.3. L'evoluzione della *governance* di MasterCard dopo la quotazione

2.4.3.1. Global Board

141. Precedentemente alla quotazione in Borsa di MasterCard Incorporated gli azionisti di MasterCard Incorporated erano i licenziatari del circuito stesso ed i loro rappresentanti nominati nella *governance* (*board of directors*) di MasterCard erano di norma dipendenti di tali licenziatari.¹⁵⁵

142. Subito dopo la quotazione in Borsa, il *Global Board* risulta composto da nove membri¹⁵⁶, poi eletti dall'Assemblea degli Azionisti il 18 luglio 2006, otto dei quali in rappresentanza degli azionisti di classe A e uno in rappresentanza degli azionisti di classe M¹⁵⁷. Relativamente a tali membri rileva distinguere, da un lato, la modalità seguita per la loro

¹⁵³ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.7.(B). In particolare, “*in addition, the board, acting by the affirmative vote of at least 75% of the entire board at any meeting at which a quorum is present (...) may permanently assume from the European Board any specific authority granted to the European Board* (...)” (sottolineatura aggiunta).

¹⁵⁴ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.7.(B). In particolare, “*In addition, the Board, acting by the affirmative vote of a majority of the entire board at any meeting at which a quorum is present (...), may override any decision or otherwise temporarily assume any authority of the European Board if, in the Board's solo judgement and discretion, any action or failure to take action by the European Board (1) could subject the Corporation or any of its subsidiaries to risk of legal or regulatory liability, (2) would be contrary to the Corporation's global strategy, (3) would be reasonably likely to have an effect outside Europe or on U.S. commerce or (4) relates to any matter outside of the authority granted to the European Board* (...)” (sottolineatura aggiunta).

¹⁵⁵ Cfr. *MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: March 25, 2005*, pag. 6, in particolare “*the Company is a private share corporation whose stockholders are financial and other institutions that are principal members of MasterCard International, a Delaware non-stock corporation and Company's principal operating subsidiary. Pursuant to the Company's bylaws, the Company's directors must be selected from officers of member institutions of MasterCard International or must be individuals who are uniquely qualified to provide guidance as to the Company's affairs, subject to certain limitations described in the bylaws (...) The Company's directors are generally officers or representatives of the Company's stockholders.*”. Inoltre, cfr. *MasterCard Incorporated, Filed Pursuant to Rule 424(b)(4), maggio 2006*, pag. 106, in particolare, “*our current directors are officer of, or otherwise affiliated with, our member financial institutions*” (sottolineatura aggiunta).

¹⁵⁶ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q11.c(2), *MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: June 16, 2006*, pag. 6, in particolare, in tale comunicazione, datata 16 giugno 2006, viene riportato “*the Company's Board of Directors currently consists of nine members*”.

¹⁵⁷ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q11.d(1), *MasterCard Inc, Form 10-Q, Filed: November 01, 2006*, pag. 52, in particolare “*the annual meeting of stockholders (the – Annual Meeting-) of MasterCard Incorporated (the –Company-) was held on July 18, 2006. Stockholders approved each of the proposals on the agenda for the Annual Meeting, which included the following: 1. election of eight persons to serve on the Board of Directors as Class A Directors, 2. election of one person to serve on the Board of Directors as a Class M Director, 3. election of seventeen persons to serve on the European Board.*”

individuazione/selezione, dall'altra la modalità nomina.

143. Quanto ai primi otto membri, risulta che la loro individuazione è avvenuta come segue¹⁵⁸:

- due sono stati individuati da tre dei membri del precedente *board* di MarterCard Incorporated (tra i quali lo stesso Presidente e Amministratore delegato di MasterCard Incorporated)¹⁵⁹;
- quattro sono stati individuati dai primi due membri, selezionati come indicato al punto precedente, e dal Presidente e Amministratore delegato del precedente *board*;
- uno è stato individuato, successivamente, dai membri del nuovo *Global Board* come sopra selezionati, nel giugno 2006;
- un ultimo membro risulta essere il Presidente e Amministratore delegato, già membro del *board* precedente la quotazione.

144. Relativamente al nono ed ultimo membro del *Global Board*, rappresentante degli azionisti di classe M (le licenziatarie), lo stesso era già membro del *board* di MasterCard Incorporated anteriore alla quotazione.

145. Quanto alle modalità di nomina, le evidenze agli atti mostrano che sei degli otto rappresentanti nel *Global Board* degli azionisti di Classe A, ed il rappresentante degli azionisti di Classe M, sono stati eletti dai precedenti membri del *board* di MasterCard Incorporated, nel maggio 2006, prima della Assemblea degli Azionisti datata 18 luglio 2006¹⁶⁰.

146. Il processo sopra riportato mostra, quindi, due profili: (i) la partecipazione di membri del precedente *board* di MasterCard (in particolare di “*tre dei precedenti directors*”)¹⁶¹, espressione delle licenziatarie del circuito, alla individuazione di una parte del futuro *Global Board*; (ii) la nomina di quest'ultimo da parte del precedente *board* di MasterCard, espressione delle licenziatarie del circuito; la stessa MasterCard afferma, infatti, che i citati soggetti sono stati “...*eletti dai precedenti Directors di MasterCard Incorporated, i quali si sono dimessi a maggio 2006...*”¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667, pagg. 1-2 e risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q11.c(2), MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: June 16, 2006, pag. 15.

¹⁵⁹ Tale selezione è stata effettuata, da quanto riportato da MasterCard (cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667, pag. 1), anche tramite la partecipazione nella scelta di due soggetti qualificati come aventi requisiti di “*indipendenza per operare nel Board of Directors*”.

¹⁶⁰ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q11.C(2), Proxy filed June 16, 2006 (Period: July 18, 2006), pag. 15, e risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667, pag. 1.

¹⁶¹ Cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667.

¹⁶² Cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667.

147. Il primo *Global Board*, selezionato ed eletto come sopra descritto, ha subito una evoluzione a seguito di nuove nomine nel corso degli anni.

148. In estrema sintesi, l'attuale *Global Board*¹⁶³ è composto da 12 membri¹⁶⁴ dei quali nove membri in rappresentanza degli azionisti di classe A, di questi:

- sette facevano già parte del primo *Global Board* dopo la quotazione in Borsa, selezionato ed eletto, come sopra descritto;¹⁶⁵ uno di loro era già membro del *board* prima della quotazione in borsa;
- due sono stati eletti dallo stesso *Global Board*, rispettivamente il 17 gennaio 2007 e il 22 gennaio 2008¹⁶⁶.

149. La tabella seguente contiene per ognuno degli attuali amministratori di Classe A di MasterCard i dettagli del rispettivo mandato.

Tabella 17: Mandati rappresentanti azionisti di Classe A nel Global Board

Termine mandato	Prima Elezione	Mandato/i
Class I (2010)	Assemblea 2007	Primo mandato
Class I (2010)		Primo mandato
Class I (2010)	Assemblea 2006	Secondo mandato, rinnovato dall'assemblea degli azionisti 2007
Class II (2011)	Assemblea 2006	Secondo mandato, rinnovato dall'assemblea degli azionisti 2008
Class II (2011)	Assemblea 2006	Secondo mandato, rinnovato dall'assemblea degli azionisti 2008
Class II (2011)	Assemblea 2006	Secondo mandato, rinnovato dall'assemblea degli azionisti 2008
Class III (2012)	Assemblea 2006	Secondo mandato, rinnovato dall'assemblea degli azionisti 2009
Class III (2012)	Assemblea 2006	Secondo mandato, rinnovato dall'assemblea degli azionisti 2009
Class III (2012)	Assemblea 2006(già membro del <i>board</i> prima della quotazione in borsa)	Secondo mandato, rinnovato dall'assemblea degli azionisti 2009

Fonte: Elaborazioni AGCM su informazioni MasterCard.

150. Quanto ai tre membri in rappresentanza degli azionisti di Classe M rileva notare che:

¹⁶³ Analisi svolta dalla quotazione in borsa di MasterCard nel maggio 2006 fino all'Assemblea degli Azionisti del 2009, ancora in carica all'aprile 2010.

¹⁶⁴ Cfr. MasterCard Inc., Form 10Q, Filed: July 31, 2009, pag. 53 e 54.

¹⁶⁵ Di questi 7: (i) tre sono stati rinnovati per un secondo mandato dall'Assemblea degli Azionisti del 2009 (“...were each elected to the Board of Directors at the Company’s 2006 annual meeting of stockholders”, cfr. MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: April 23, 2009, pag. 8), (ii) altri tre sono stati rinnovati per un secondo mandato dall'Assemblea degli Azionisti del 2008 (“...were each elected to the Board of Directors at the 2006 Annual Meeting of Stockholders”, cfr. MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: April 24, 2008, pag.8), (iii) uno è stato rinnovato per un secondo mandato dall'Assemblea degli Azionisti del 2007 (“...was elected to the Board of Directors at the 2006 Annual Meeting of Stockholders, following his appointment to the Board of Directors after the Company’s initial public offering of its Class A Common Stock in May 2006”, cfr. MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: April 26, 2007).

¹⁶⁶ Cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667, pag. 5.

- uno era già membro del *board* di MasterCard Incorporated, dall’aprile 2003 al maggio 2006, ovvero prima della quotazione in borsa, poi è stato “*non-voting observer*” nel *Global Board* dal giugno 2007 al gennaio 2008 quando è diventato rappresentante degli azionisti di Classe M; è stato, inoltre, membro del “*Europe Region Board*” di MasterCard dal 2001 al maggio 2006 ed è membro dello “*European Board*” dal maggio 2006, di cui è presidente dal giugno 2007; tale soggetto ha cariche nell’ambito del gruppo Unicredit (Presidente Unicredit Family Financing S.p.A. ed Executive Vice-President del gruppo Unicredit);
- uno è stato membro del “*US region Board*” dal gennaio 2001 al maggio 2006, e presidente di tale *board* dal 2004; è rappresentante degli azionisti di Classe M nel *Global Board* dal Settembre 2006.¹⁶⁷

2.4.3.2 Europe Board

151. Lo *Europe Board* “(..) è ancora oggi composto da rappresentanti delle banche (..)”.¹⁶⁸ Si tratta di soggetti nominati dagli azionisti europei di classe M di MasterCard, tra i quali, di diritto essendo licenziatari europei, gli *acquirers* parti del presente procedimento, ovvero Unicredit, Intesa SanPaolo, BMPS, BNL, Banca Sella, Barclays, Deutsche Bank, ICBPI. In particolare, nell’assemblea degli azionisti di MasterCard del 2006, sono stati eletti, dagli azionisti di Classe M europei, per un mandato di due anni, 17 membri, ai quali va sommato, di diritto, il rappresentante degli azionisti di Classe M nel *Global Board* di area europea. Tra tali membri figurano un soggetto, con incarichi nel gruppo Unicredit, che, come si è visto nel paragrafo precedente, diventerà rappresentante degli azionisti di Classe M nel *Global Board* nel gennaio 2008¹⁶⁹, nonché il Presidente di MasterCard Europe ed il Presidente e Amministratore Delegato di MasterCard Incorporated.

152. Tale organismo di *governance* ha avuto una successiva evoluzione con le nuove nomine nell’assemblea degli azionisti del 3 giugno 2008. Tra i membri dello *Europe Board* figurano, come rappresentanti delle stesse licenziatarie europee, un soggetto con incarichi in Unicredit e un soggetto con incarichi in Intesa SanPaolo. Sono, inoltre, sempre presenti il Presidente

¹⁶⁷ Cfr. sito Internet www.mastercard.com, Investor Relations, Corporate Governance.

¹⁶⁸ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348, pag. 5.

¹⁶⁹ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q11.C(2), *MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: June 16, 2006*, pag. 10, e doc. 593.Q11. d(1), *MasterCard Inc., Form 10-Q, Filed: November 01, 2006*, pag. 54.

di MasterCard Europe sia il Presidente ed Amministratore Delegato di MasterCard Incorporated¹⁷⁰.

153. Le evidenze mostrano quindi come esistano collegamenti tra il *Global Board* e lo *Europe Board* di MasterCard. In primo luogo, il rappresentante nel *Global Board* degli azionisti di Classe M europei è automaticamente membro dello *Europe Board*¹⁷¹. Inoltre, il Presidente ed Amministratore Delegato di MasterCard Incorporated è membro dello *Europe Board* con diritto di voto¹⁷².

154. I citati collegamenti, oltre alla descritta evoluzione storica tra i *board*, mostrano sia la relazione, anche dopo la quotazione, tra licenziatarie e *governance* di MasterCard Incorporated (quindi con il circuito), sia la relazione in tale *governance* tra il *Global Board*, il *management* teoricamente delegato a fissare le MIF e lo *Europe Board*¹⁷³, astrattamente privato di poteri su tali materie ma, per la struttura sopra indicata, strettamente connesso al *Global Board*.

2.4.4. I rapporti tra Global Board ed Europe Board

155. Oltre alle modalità di selezione e nomina dei membri degli organi di *governance* di MasterCard Incorporated, al ruolo assunto in tali fasi dal *board* in carica prima della quotazione borsa, espressione dei licenziatari del circuito, alle relazioni strutturali – ovvero in termini di membri - tra *Global Board* ed *Europe Board*, nonché tra questi organi e le licenziatarie, sopra descritte, si aggiunga che gli atti istruttori evidenziano anche modalità organizzative che portano a collegamenti tra gli stessi.

156. Infatti, risultano riunioni del *Global Board*, aventi per oggetto anche le MIF in Europa, alle quali ha partecipato il Presidente di MasterCard Europe, membro dello *Europe Board*, nonché riunioni tra alcuni membri del *Global Board*, dello *Europe Board* e del *management* di MasterCard, nonostante l'organizzazione post quotazione avrebbe teoricamente dovuto separare alcune funzioni, tra le quali proprio le strategie sulle *interchange fees* in Europa.

157. In particolare, risulta agli atti che alla riunione del *Global Board* del 8-9

¹⁷⁰ Cfr. MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: April 24, 2008 e MasterCard Inc., Form 10-Q, Filed: August 01, 2008.

¹⁷¹ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. 376.Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.7.(c).

¹⁷² Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, Attachment 2 e doc. n. 234.19.

¹⁷³ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007 COMP/34.579 - MasterCard, COMP/36.518 - EuroCommerce, COMP/38.580 - Commercial Cards, par. 57.

Settembre 2008, avente tra i punti all'ordine del giorno le “*Europe Board Authorities*” e “*European MIF update*” (sottolineatura aggiunta) ha partecipato, oltre ai membri del *Global Board*, anche il Presidente di MasterCard Europe, membro dello *Europe Board*¹⁷⁴.

158. La documentazione relativa a tale riunione mostra che nella trattazione del tema “*European MIF update*”, il presidente di MasterCard Europe ha svolto una presentazione dal titolo “*Business Response to Market Condition Post-EC Decision – Global Board Meeting – Waterloo, Belgium – September 9, 2008*”¹⁷⁵; in cui viene descritto il contesto di riferimento sulle MIF dopo la decisione della Commissione Europea e vengono poi indicate le possibili risposte/misure di MasterCard in tale contesto. In particolare, viene inizialmente descritto lo scenario al momento della presentazione circa le MIF in Europa, ovvero “*Current situation: - Cross- border interchange fees currently at “0”, not clear if or when Commission will endorse positive fees at a business sustaining level, appeal may take three or more years (...)*”. Nell’ambito delle “*short term responses: pricing measures*” viene precisato che l’obiettivo è di rimanere competitivi fornendo gli appropriati incentivi economici per fare in modo che i licenziatari continuino ad emettere carte MasterCard, quantificando gli incentivi necessari sulla base di quelli stimati del concorrente Visa. Viene, infatti, affermato che “*objective is to ensure that MCE has adequate revenues to remain competitive, e.g., by being able to provide necessary and appropriate financial inducements to ensure that customers continue – in the short term – to issue MasterCard products (...) up to [omissis] M€ in 2008 and [omissis] M€ in 2009 is required (estimate based on current Visa compensation level)*”. Tra le misure di breve termine vengono indicate “*five pricing or interchange amendments involved*”, mentre in una delle misure di lungo termine previste viene precisato “*can be extended to domestic level if and when required*” e “*very positive preliminary feedback from MasterCard European business leader*” (sottolineatura aggiunta).

159. Inoltre, da documentazione acquisita in sede ispettiva risulta che, nell’agosto 2007, quindi successivamente alla quotazione in Borsa di MasterCard, si sia svolta una riunione, convocata dal Presidente di MasterCard Europe, avente per oggetto le MIF - denominata “*brainstorming meeting*”¹⁷⁶. A tale riunione risultano convocati:

¹⁷⁴ Cfr. doc. n. 247.

¹⁷⁵ Cfr. doc. n. 246.

¹⁷⁶ Cfr. doc. n. 236.

- sette soggetti che erano all’epoca della riunione membri dello *Europe Board*, compreso il Presidente di MasterCard Europe che ha convocato l’incontro;¹⁷⁷ tra questi figura un soggetto, con incarichi nel gruppo Unicredit, che in quel momento era “*non-voting observer*” nel *Global Board*; si osservi, inoltre, che cinque di tali soggetti erano già stati membri dello “*Europe Region board*” di MasterCard prima della quotazione in borsa;
- un soggetto che sarebbe diventato membro dello “*European Board*” nel successivo ottobre 2007 ed eletto nell’assemblea degli azionisti del 2008;
- un soggetto rappresentante degli azionisti di Classe A nel *Global Board* di MasterCard dal maggio 2006 e Presidente (“*chairman*”) del *Global Board* stesso dal 14 settembre 2006¹⁷⁸;
- *manager* di MasterCard e consulenti esterni.

160. Oggetto della riunione risulta essere, tra l’altro, quello: “*to discuss how the European payment industry can better respond to merchant criticisms and PR and any future legislative initiatives regarding interchange fees and related aspects of the payment card business (e.g., “honor all cards rule”).*”

161. In particolare, è prevista la trattazione della tempistica e dei possibili scenari riguardanti la decisione della Commissione sulle MIF *cross-border* di MasterCard ed una analisi delle MIF specifiche introdotte a livello nazionale, tra le quali, come sopra descritto, figura l’Italia dall’aprile 2007. Viene, infatti, riportato come punto 2 all’ordine del giorno della riunione il “*Timing and possible scenarios regarding EU decision on MasterCard cross-border interchange fees, and overview of country-specific interchange fee situations*” (sottolineatura aggiunta).

162. L’esistenza di tali riunioni tra membri dello *Europe Board* e membri del *Global Board* (in particolare, il Presidente del *Global Board*, peraltro espressione degli azionisti di Classe A, oltre al “*non-voting observer*”) appare significativo, in termini fattuali, in quanto, mentre teoricamente dovrebbe essere solo il *Global Board* ad avere il potere di definire le *interchange fees* (direttamente o delegandole a *manager* di MasterCard), risultano flussi informativi anche con membri del *board* europeo che, come sopra descritto, è nominato ed è composto da soggetti in rappresentanza

¹⁷⁷ In particolare, (i) sei sono stati eletti dall’assemblea degli azionisti del 2006 (Cfr. doc. n. 593.Q11.C(2), *MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: June 16, 2006*, pag. 10, e doc. 593.Q11. d(1), *MasterCard Inc., Form 10-Q, Filed: November 01, 2006*, pag. 54) (ii) uno era membro dello “*European Board*” di MasterCard dal febbraio 2007 ed eletto nell’assemblea degli azionisti del 2008 (Cfr. *MasterCard Inc., Form Def 14A, Filed: April 24, 2008* e *MasterCard Inc., Form 10-Q, Filed: August 01, 2008*).

¹⁷⁸ Cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667, pag. 2.

diretta delle banche licenziatarie del circuito, tra le quali le società *acquirers* parti del presente procedimento.

2.4.5. Altri profili sul ruolo delle banche nella governance del circuito

163. In merito al ruolo delle banche nella governance del circuito, vi è agli atti documentazione circa le modalità di partecipazione di alcune parti del procedimento alle nomine del circuito.

164. In particolare, in una comunicazione inviata da CartaSi a MasterCard riguardante l'elezione, all'assemblea annuale degli azionisti del giugno 2009, di un rappresentante degli azionisti di Classe M nel *Global Board* si legge: *"...with regard to the election of Mr... as Class M Director, we decided to formally withhold reason being that, as already mentioned in many similar and previous occasions, we strongly believe that CartaSi has a significant role both in the Italian as well as in the Europe Market, which once again has not been taken into due consideration by MasterCard in terms of involvement and consultation during the nomination process for the Class M Directors...please consider anyhow all my remarks as a tangibile confirmation of CartaSi intention to contribute constructively and effectively to the further development of the card business for the mutual benefit of both MasterCard and CartaSi"*¹⁷⁹(sottolineatura aggiunta).

165. In un'altra comunicazione di CartaSi a Mastercard avente ad oggetto le votazioni per l'elezione, all'assemblea annuale degli azionisti del 2008, dello *Europe Board* si legge: *"I must draw your attention to the fact that, due to the significant role which CartaSi has both in the Italian as well as in the European market, we expected some form of involvement and consultation during the nomination process for the European Board. In the light of the above we therefore decided to formally withhold from all the 2008 nominees, for the very same reasons for which we expressed our negative vote in the 2006 Annual Meeting of Stockholders....Nevertheless allow me to stress that we are deeply convinced that CartaSi deserves to be directly represented in the MasterCard European Board more than other members do"*¹⁸⁰ (sottolineatura aggiunta).

166. Su tali aspetti ICBPI ha precisato che *"...CartaSi ha espresso voto contrario dal 2006 al 2009 ai nominativi sottoposti da MasterCard ritenendoli non rappresentativi degli interessi di tutti i licenziatari. In*

¹⁷⁹ Cfr. doc. n. 189.

¹⁸⁰ Cfr. doc. n. 206.

particolare, Cartasì non riteneva rappresentativi i nominativi appartenenti a gruppi bancari (come, ad esempio, il dott...dipendente di Unicredit) con posizioni di mercato inferiori alle proprie. In particolare, CartaSì è il principale emittente ed acquirer in Italia e non voleva essere rappresentata da un soggetto con dei volumi di operatività inferiori e specializzato unicamente nel segmento delle carte di credito revolving (Clarima)”¹⁸¹.

167. Altre parti hanno precisato in quali anni hanno espresso voto favorevole ai nomi sottoposti dal circuito MasterCard. Al riguardo, risulta agli atti che *“BNL ha votato esprimendo voto favorevole per il candidato proposto da MasterCard solo nel 2006 e nel 2009, mentre non ha espresso alcun voto negli anni 2007 e 2008¹⁸²”*; relativamente ad Intesa SanPaolo (prima della fusione tra Banca Intesa S.p.A. e Sanpaolo IMI S.p.A.), *“... Banca Intesa S.p.A. questa ha espresso voto favorevole all’elezione di ... quale membro del Global Board nonché dei candidati proposti dal Nominating and Corporate Governance Committee per la nomina dell’European Board. SanPaolo IMI S.p.A. si è invece astenuta su entrambe le delibere. Successivamente all’assemblea del 2006, ISP ha espresso il proprio voto in relazione alla nomina di componenti di classe M del Global Board e di membri dell’European Board di MasterCard in due occasioni e segnatamente: nell’assemblea annuale di MC del 2008, votando a favore dei 16 candidati proposti dal Nominating and Corporate Governance Committee di MC per l’elezione dell’European Board; all’assemblea annuale di MC del 2009, votando a favore della nomina di... quale componente di classe M del Global Board”¹⁸³*; anche Key Client, gruppo ICBPI, ha *“votato a favore della nomina di ... nel Global Board non avendo particolari motivi di contrarietà”¹⁸⁴.*

168. Deutsche Bank ha, inoltre, precisato che *“nell’assemblea degli azionisti di MasterCard tenutasi il successivo 18 luglio (2006 ndr) risulta che DB ha partecipato alle operazioni di voto. (..) Nell’assemblea degli azionisti MasterCard tenutasi nel 2007 DB ha partecipato alle operazioni di voto (...). Nell’assemblea degli azionisti di MasterCard del 2008, DB ha partecipato alle operazioni di voto (...). Nell’assemblea degli azionisti di MasterCard del 2009 (..) risulta che DB si è astenuta.”¹⁸⁵*

¹⁸¹ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 28 aprile 2010, doc. n. 668.

¹⁸² Cfr. risposta di BNL del 7 maggio 2010, doc. n. 682

¹⁸³ Cfr. risposta ISP del 12 maggio 2010, doc. n. 695.

¹⁸⁴ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 28 aprile 2010, doc. n. 668.

¹⁸⁵ Cfr. risposta di Deutsche Bank del 10 settembre 2010, doc. n. 819.

169. Altre evidenze documentali mostrano come il circuito e alcune banche parti del procedimento abbiano avuto comunicazioni circa la scelta di rappresentanti dei licenziatari nella governance.

170. Ad esempio, con lettera del 20 febbraio 2008, MasterCard ha chiesto ad Unicredit di indicare un proprio rappresentante nel nuovo *Europe Board* in corso di composizione, affermando che *“your institution was identified as belonging to the top 10 customers of MasterCard Europe based on the European portion of the proxy calculated at consolidated level. As a result we would appreciate if you could let us know, by 3 March 2008, whether your institution would wish to be represented on the Europe Board – for its new 2-year term starting on 3 June 2008 – and if so the name of the proposed Regional Director including his (her) CV”*¹⁸⁶ (sottolineatura aggiunta). Anche Intesa ha affermato che *“il dott...[suo dipendente] è stato nominato dell’European Board dell’assemblea annuale di MC del 2008 e la sua candidatura è stata formulata dal Nominating and Corporate Governance Committee di MC in seguito a indicazioni fornite da ISP al circuito su richiesta di quest’ultimo”*¹⁸⁷.

171. Inoltre, con lettere entrambe datate 6 luglio 2006, MasterCard ha scritto sia a Deutsche Bank¹⁸⁸ sia a CartaSì¹⁸⁹ chiedendo di indicare propri rappresentanti in un organo consultivo, il Southern Europe Regional Customer Advisory Forum. In tali lettere, viene riportato *“your institution was identified as one of the key customers of MasterCard Europe based on strategic and commercial considerations”* chiedendo *“whether your institution would wish to be represented on the new Southern Europe Regional Customer Advisory Forum and if so the name of the proposed Regional Director including his (her) CV”* (sottolineatura aggiunta).

172. CartaSì ha risposto esprimendo soddisfazione per la possibilità di essere rappresentata in tale organo e fornendo il nome del proprio rappresentante, precisando che tale scelta è stata ratificata dal proprio consiglio di amministrazione. In particolare in tale lettera viene precisato *“...I have the pleasure to inform you that CartaSi S.p.A. is extremely keen to accept your proposal to be represented in the newly created advisory board....According to CartaSì Board of Directors decision, I wish to inform you that our*

¹⁸⁶ Cfr. doc. n. 234.19.

¹⁸⁷ Cfr. risposta ISP del 12 maggio 2010, doc. n. 695.

¹⁸⁸ Cfr. doc. n. 115.

¹⁸⁹ Cfr. doc. n. 185.

*designated representative is...*¹⁹⁰ (sottolineatura aggiunta).

2.5. I rapporti tra circuito MasterCard e le banche licenziatricie in Italia

173. Le *interchange fees*, oltre ad essere variabile definita dal circuito MasterCard - con il ruolo sopra descritto assunto dai licenziatari di MasterCard negli organi di *governance*, sono la variabile che, tramite i contratti di licenza, le banche licenziatricie utilizzano, lato *acquiring*, nel definire la *merchant fee* e per valutare, lato *issuing*, la convenienza tra circuiti.

174. Si riportano, nel seguito, le evidenze agli atti sui contatti tra banche licenziatricie e circuito MasterCard relativamente alle MIF, quali la previsione di specifiche clausole contrattuali o accordi in termini di volumi in funzione delle *interchange fees*.

2.5.1. Relazione tra MasterCard e licenziatricie relativamente alle MIF

175. Le evidenze documentali mostrano l'esistenza di varie analisi sull'impatto della evoluzione delle MIF da parte del circuito MasterCard e delle licenziatricie, nonché di incontri e scambi di informazioni proprio su tale oggetto tra circuito e licenziatricie.

176. Una prima evidenza è fornita da un documento, acquisito presso l'ufficio di Roma del circuito, redatto da MasterCard per Unicredit in data anteriore alla decisione della Commissione Europea del dicembre 2007 sul caso “*COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards*”. Il documento è intitolato “*Strictly Confidential – Note prepared for Unicredit on EU Commission’s expected decision on Interchange Fees*” ed ha ad oggetto l'analisi della possibile evoluzione delle MIF. In particolare, il documento analizza, proprio per i licenziatari, l'impatto atteso dai possibili cambiamenti, connessi anche al caso comunitario, della MIF *cross border*. Infatti, si legge che: “*This note outlines the current working assumptions in relation to the anticipated EU Commission decision (Decision) against MasterCard’s interchange fees (IF), the expected impact on MasterCard, its customers and more specifically Unicredit. The note also contains a brief description of the measures that are being put in place in anticipation of the expected Decision from both a business, legal and public affairs point of view*”¹⁹¹ (sottolineatura aggiunta).

¹⁹⁰ Cfr. doc. n. 210.

¹⁹¹ Cfr. doc. n. 56.

177. Sempre in tale documento MasterCard anticipa ai licenziatari (tra i quali UniCredit come esplicito destinatario dello stesso) l'aspettativa di un cambiamento nella MIF per l'intervento della Commissione, ipotizzando vari scenari da quello qualificato come *worst case scenario* per i licenziatari, ovvero l'azzeramento delle MIF, a quello con MIF positive.

178. Inoltre, MasterCard informa i destinatari anche dell'aspettativa di un effetto sulle MIF nazionali laddove si legge: *“the Decision is expected to have a knock- on effect on domestic MasterCard IF rates within ½ years depending on the country; the likelihood of this happening Italy is high as the Italian Competition Authority is known to be very active in the area of financial services and payment cards in particular”*.

179. Nel medesimo documento rileva anche il fatto che MasterCard informa i licenziatari (Unicredit in particolare), di come sarebbero potuti variare i ricavi, tra questi anche esplicitamente quantificati quelli domestici legati alle MIF in Italia, a fronte del verificarsi del *worst scenario*.

180. Rileva anche, sempre in tale documento, quanto MasterCard comunica ad una delle banche licenziatricie, circa la strategia che il circuito avrebbe intrapreso, avente per oggetto le MIF, basata su una *“European public affairs and lobbying campaign at EU country level”*; tra tali paesi figura esplicitamente l'Italia.

181. In merito a come il circuito MasterCard e le licenziatricie abbiano avuto contatti proprio sul tema della evoluzione/analisi delle MIF, da richiamare è anche un documento acquisito presso MasterCard, ed espressamente destinato a Unicredit (*per...UNICREDIT\UCI Interchange models\APRIL 09\Comparison Apr 09*), contenente un'analisi su foglio *excel* in merito all'ammontare di MIF, da attività lato *issuing* e *acquiring* con marchio MasterCard, di una licenziataria quale Unicredit; nonché una comparazione rispetto a quelle Visa, nell'arco temporale dicembre 2007 (*“before EU decision”* – *“After EU Decision 0 IC”*) - aprile 2009 (*“after EU decision 2009 restated at max”*)¹⁹².

182. L'evidenza che le MIF ricorrono come oggetto di scambi di informazioni ed incontri tra il circuito MasterCard e i propri licenziatari, emerge anche da un altro documento agli atti rappresentato da una presentazione fatta dal circuito ad una delle proprie licenziatricie, Unicredit, intitolata *“Meeting with Unicredit – Interchange Fees in the current*

¹⁹² Cfr. doc. n. 47.

regulatory context” - del dicembre 2008. Oggetto di tale *meeting* è, tra l’altro, una *overview* delle MIF MasterCard in Italia, prima e dopo la decisione della Commissione Europea, per un licenziatario come Unicredit. Tale analisi riporta l’ammontare netto delle MIF MasterCard per Unicredit, comparate con quelle stimate, per lo stesso licenziatario, del circuito Visa e, conseguentemente la differenza (espressamente riportata in colonna come “*differential*”) tra i due circuiti. La tabella contenuta a pag. 12 nel documento MasterCard indicato riporta un differenziale di circa [omissis] milioni di euro nell’ammontare di *net interchange fees* percepite da Unicredit in Italia tramite la licenza MasterCard rispetto a quella di Visa¹⁹³.

183. Si tratta, quindi, di documenti tra circuito MasterCard e licenziatari sull’analisi dei ricavi che i licenziatari possono percepire dal circuito MasterCard in funzione delle MIF applicate sui due lati *issuing* e *acquiring* e che mostrano come le *interchange fees* siano oggetto di analisi condivise.

184. Sempre sul medesimo profilo, rilevano altre evidenze su contatti tra il circuito MasterCard e alcuni licenziatari volti ad esaminare possibili cambiamenti, proprio per l’impatto delle MIF in termini di ricavi per i licenziatari, degli stessi contratti tra circuito e banche. In particolare si richiama una serie di *e.mail* aventi per oggetto la possibilità di adottare specifiche clausole volte a consentire alle banche di recedere dal contratto con il circuito MasterCard in caso di diminuzione delle proprie MIF rispetto a quelle di Visa.

185. Infatti, in una *e.mail* interna a MasterCard (scambiata tra il “*Senior Business Leader – Head of Interchange*” e il “*Vice President - Regional Account & National Accounts Leader*”) del 27 maggio 2009, si evidenzia l’influenza dei licenziatari nella fissazione delle MIF: “... *I am actually more concerned in the fact that a large member such as Unicredit would have a strong saying/influence in our setting of IC fees. This might have legal implications as we could be seen to no longer set IC independently, and therefore lose some of the legal advantages. This would be in my view re-enforced by defining a narrow gap for IC disadvantage as contract-breaking clause, since essentially we would be tempted to change our rates faster than if we gave them a wider range*”¹⁹⁴ (sottolineatura aggiunta).

186. Nello scambio di *e.mail*, interno a MasterCard (compreso tra l’11 maggio 2009 e l’8 giugno 2009) viene fatta una dettagliata analisi sulla

¹⁹³ Cfr. doc. n. 51.

¹⁹⁴ Cfr. doc. n. 61.

capacità negoziale delle licenziatarie rispetto al circuito MasterCard, relativamente alle MIF, nel caso di adozione della richiamata clausola. In particolare si legge: “*in terms of scenario ...I think that we cannot start the negotiation from more than [5-10] bps of disadvantage to be ready to close at [1-5] bps...*”.¹⁹⁵ Sul medesimo profilo rileva anche richiamare l’*e.mail* interna a MasterCard del 14 maggio 2009¹⁹⁶ laddove viene riportata una tabella con il differenziale tra le proprie MIF e quelle di Visa (in funzione di diversi possibili scenari sui cambiamenti di quest’ultima), evidenziando sino a che punto il proprio “*competitive advantage in terms of domestic interchange*”, quantificato al [30-40%], garantisce un vantaggio competitivo rispetto all’altro circuito nei confronti dei licenziatari.

187. Il ruolo delle MIF quale variabile nelle negoziazioni tra circuito MasterCard e banche per l’emissione di carte del circuito stesso, anche attraverso specifici accordi commerciali, e come le licenziatarie agiscano in tali fasi negoziali, emerge da altre evidenze.

188. Infatti, in un documento interno a MasterCard, datato 25 giugno 2008, viene espressamente evidenziata la difficoltà del circuito a concludere, con un licenziatario, Deutsche Bank, un accordo (*deal*) per le carte di credito (*PL*) a causa della riduzione avvenuta delle MIF. In particolare l’azzeramento transitorio delle MIF *cross-border* rendeva “*on the issuing side ... more difficult the implementation of the PL deal*”¹⁹⁷, ciò a dimostrazione del ruolo delle MIF nel rapporto negoziale tra circuito e licenziatari. Proprio Deutsche Bank ha affermato che: “... *la MIF è la principale leva che hanno i circuiti nei confronti dei licenziatari issuer, in particolare per MasterCard che ha una MIF più alta, intorno allo 0,80%, a fronte di quella più bassa di Visa, che si attesta intorno allo 0,55%*”¹⁹⁸.

189. L’evidenza di come le licenziatarie negozino con il circuito MasterCard per pervenire a specifici accordi commerciali in funzione delle MIF e loro evoluzioni risulta anche da altri documenti agli atti. In particolare, proprio Deutsche Bank risulta aver sottoscritto un accordo commerciale con MasterCard, nell’anno 2007 e con durata sino al 2013, finalizzato alla “

¹⁹⁵ Cfr. doc. n. 61, in particolare *e.mail* datata 20 maggio 2009 inviata dal Direttore Generale per l’Italia a vari dipendenti di MasterCard, tra i quali il “*Vice President - Regional Account & National Accounts Leader*” e, per conoscenza, tra gli altri, il “*Senior Business Leader – Head of Interchange*”.

¹⁹⁶ Cfr. doc. n. 61, in particolare *e.mail* inviata dal “*Business Leader - Commerce Development – Interchange*” al *Vice President - Regional Account & National Accounts Leader*” con, per conoscenza, tra gli altri, il “*Senior Business Leader – Head of Interchange*” e il Direttore Generale per l’Italia.

¹⁹⁷ Cfr. doc. n. 77.

¹⁹⁸ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

conversione del portafoglio Visa, nel periodo 2007-2009, - nuove emissioni di carte Mastercard...nel periodo 2007-2011". La sintesi dell'accordo riporta il dettaglio degli obiettivi, tra i quali: *"Perimetro: tutte le nuove carte di credito emesse da DBI e il portafoglio attuale a brand Visa potenzialmente convertibile; Impegni DBI: conversione a Mastercard di almeno 100K carte in essere, share su nuove emissioni 75%, volumi processati Mastercard incrementali + [omissis] mln euro, Impegni Mastercard: contributi complessivi pari a circa [omissis] euro..., supporto e consulenza Mastercard per lo sviluppo nuovi prodotti, iniziative commerciali e di marketing"*¹⁹⁹.

190. La stessa Deutsche Bank ha chiarito a verbale di essere: *"...pervenuta a sottoscrivere l'accordo di partnership con MasterCard in ragione non solo della MIF più elevata, ma anche in considerazione dei prodotti offerti dal circuito rispetto all'altro"*²⁰⁰ (sottolineatura aggiunta). Emerge quindi, al di là dei servizi, il ruolo delle MIF in tali accordi e quindi il ruolo negoziale delle licenziatarie su tale variabile rispetto al circuito.

191. Infine, rileva osservare che nella fase negoziale tra circuiti e banche sull'emissione di carte si hanno evidenze del ruolo assunto dalle MIF. Ad esempio, ICBPI ha affermato che: *"(...) la posizione di mercato di MasterCard è in realtà in continua crescita negli ultimi 5 anni, ciò grazie agli incentivi che tale circuito garantisce alle banche che emettono e/o sostituiscono carte Visa con quelle MasterCard(..)"* e *"(...) se ICBPI aderisse alle offerte commerciali di MasterCard ne ricaverebbe dei vantaggi sul lato issuing, avendo il circuito MasterCard definito MIF più elevate di quelle di Visa, solo in parte compensate da maggiori oneri di circuito"*²⁰¹.

192. Un'ulteriore indicazione del rapporto tra MasterCard e le banche è fornita dalla documentazione dalla quale emergono le condotte di MasterCard e delle singole banche al fine di mantenere l'*interchange fee*. In particolare, in un documento discusso alla riunione dello *Europe Board* del 28 giugno 2008 si legge: *"MasterCard Europe continues to implement its European public affairs and lobbying campaign at EU and country level. A session was organized with an important customer to discuss future lobbying initiatives, especially towards the defence of commercial card interchange fees and the maintenance of a level playing field..."*²⁰² (sottolineatura

¹⁹⁹ Cfr. doc. n. 118.

²⁰⁰ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

²⁰¹ Cfr. doc. n. 357.

²⁰² Cfr. doc. n. 234.14, Agenda Item 5.1, paragrafo *"EU and country-based contact program"*.

aggiunta).

2.5.2. Ulteriori contatti tra licenziatarie e circuito MasterCard sulle MIF

193. La documentazione ispettiva mostra anche i rapporti tra MasterCard ed alcune banche licenziatarie, parti del presente procedimento, aventi per oggetto le strategie da tenere rispetto all'evoluzione del funzionamento del circuito e delle MIF.

194. In primo luogo risulta dai documenti agli atti il ruolo assunto dai licenziatari, in particolare da Unicredit, in merito alla evoluzione delle MIF del circuito MasterCard, con esplicite critiche alla loro riduzione. In secondo luogo, Unicredit informa il circuito della richiesta di informazioni inviata dall'Autorità italiana. Infatti, una *e.mail* da Unicredit a MasterCard, del 20 aprile 2009, riporta quanto segue: “*..separatamente, poi avremo opportunità per parlarne: la vostra strategia nei confronti della Commissione continua a preoccuparci ... ora avete concordato un valore bassissimo per le ICF. ... Vi segnalo che l'Antitrust italiana è partita con la propria indagine ...*” (sottolineatura aggiunta).

195. La risposta del circuito MasterCard, con *e.mail* del 21 aprile 2009, evidenzia la possibilità di un incontro: “*sull'ultimo tema siamo disponibili ad approfondire le riflessioni in un incontro ad hoc*”²⁰³.

196. Lo stesso documento riporta anche una successiva *e.mail* datata 24 aprile 2009 all'interno del circuito MasterCard, inviata dal “*VP, European Regional Account Lead*” al Direttore Generale per l'Italia, avente per oggetto l'informazione acquisita da Unicredit circa i quesiti formulati dall'Autorità antitrust italiana e conseguentemente, a fronte della “*preoccupazione*” espressa da Unicredit al circuito per tale intervento, l'opportunità di “*fare un incontro ad hoc*”.

197. Anche Intesa SanPaolo risulta, dai documenti agli atti, scambiare informazioni con il circuito MasterCard a seguito dei quesiti inviati dall'Autorità garante prima dell'avvio istruttorio; in particolare, vengono inoltrate da Intesa SanPaolo a MasterCard, in data 12 maggio 2009, non solo le richieste di informazioni dell'Autorità (datate 19 febbraio 2009 e 8 maggio 2009), ma anche la risposta inviata da Intesa SanPaolo in data 16 marzo 2009, si tratta, afferma la banca della “*nostra nota del 16/3 u.s. in tema di carte di pagamento (che allego per correttezza, unitamente alla precedente richiesta)*”. Inoltre, nella *e.mail* del 12 maggio 2009, interna a MasterCard

²⁰³ Cfr. doc. n. 62.

viene inoltrata al Direttore Generale per l'Italia, la documentazione inviata da Intesa SanPaolo con la specificazione che “... *come promesso ti invio il materiale relativo agli accertamenti dell’Autorità Garante. Ovviamente il materiale è confidenziale*”²⁰⁴.

198. Infine, si richiama in merito al ruolo attivo delle banche con il circuito, nell’ambito del contratto di licenza stipulato tra di essi, un documento interno al circuito MasterCard (*e.mail* del 4 giugno 2008 dal “*Senior Business Leader Interchange*” al Direttore Generale per l’Italia), nel quale si afferma “...*going forward, there will be the flexibility to define different rates for prepaid, either by the banks or ourselves*” (*e.mail* del 4 giugno 2008, 02:04 PM, dal “*Senior Business Leader Interchange*” al Direttore Generale per l’Italia) e “*If you prefer to have a lower IC for prepaid cards issued under the MC brand, I believe we should analyze this more closely to understand the reasons/rationale, etc. Then we could either change them ourselves or ask the banks*” (*e.mail* del 4 giugno 2008, 05:00 PM, dal “*Senior Business Leader Interchange*” al Direttore Generale per l’Italia)²⁰⁵ (sottolineatura aggiunta). Tale documento riporta espressamente come potrebbe essere addirittura richiesto alle banche stesse di fissare le MIF.

3. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

199. Le parti hanno sviluppato diverse argomentazioni nel corso dell’istruttoria, anche in risposta a specifiche richieste di chiarimenti in particolare con riferimento alla *governance* del circuito MasterCard, alle modalità di definizione delle MIF, alla struttura dei mercati interessati dall’istruttoria, alle politiche commerciali degli *acquirer* con specifico riguardo alle *merchant fee* e, più in generale, ai contratti di convenzionamento degli esercenti.

3.1. MasterCard

200. MasterCard ha, innanzitutto, affermato come il diritto in materia di commissioni interbancarie non sia ancora definito precisando che “*la decisione di apertura dell’istruttoria è per molti aspetti basata sulle conclusioni della Commissione Europea contenute nella sua decisione del 2007 (oltre alle richieste di informazioni dell’Autorità stessa). Molte delle conclusioni della Commissione sono errate e MasterCard le contesta*

²⁰⁴ Cfr. doc. n. 67.

²⁰⁵ Cfr. doc. n. 81.

*fermamente (...)*²⁰⁶.

201. Anche a livello nazionale, *“le autorità della concorrenza nazionali hanno adottato approcci divergenti e in molti casi hanno preferito non intervenire e attendere la decisione del Tribunale di Primo Grado. Le Corti degli Stati Membri (per esempio nel Regno Unito e in Polonia) in alcuni casi hanno già annullato le decisioni contrarie alle commissioni interbancarie di MasterCard”*²⁰⁷. MasterCard ha, poi, precisato come le banche italiane non stabiliscano le commissioni interbancarie in quanto *“MasterCard stabilisce le commissioni interbancarie in Italia in maniera unilaterale e senza la partecipazione diretta o indiretta delle banche. MasterCard stabilisce le commissioni interbancarie nell’interesse dei propri azionisti e non dei propri clienti. L’istruttoria si basa su un fondamentale errore di fatto: le banche italiane non stabiliscono le commissioni interbancarie. Pertanto, le banche non dovrebbero essere parti del presente procedimento”*²⁰⁸.

Relativamente all’introduzione di MIF specifiche per l’Italia da parte di MasterCard nell’aprile 2007, MasterCard ha affermato che *“diversamente da quanto affermato dall’Autorità, il Cross Border Cost Study del 2005 è stato usato come cap o tetto massimo quanto MasterCard ha introdotto le MIF specifiche per l’Italia nell’aprile 2007 (...) Infatti, MasterCard ha definito le proprie MIF domestiche avendo come punto di riferimento lo studio cross-border (che ha raccolto anche i dati di costo domestici) e definendo la MIF ad un valore di gran lunga inferiore a quello medio europeo (...). Tale studio cross-border è stato quindi usato come cap e, su tale base, MasterCard ha preso una decisione sui livelli domestici, definendo un livello di MIF domestiche per le carte di debito più basso rispetto a quello cross-border (mentre le MIF domestiche per il credito sono state mantenute allo stesso livello del cross-border) ”*. Inoltre, riguardo alla quota di mercato attribuita a MasterCard in Italia per le carte di debito, il circuito ha affermato che *“si tratta chiaramente di un’informazione giusta solo formalmente in quanto è noto che MasterCard ha in Italia nel debito una quota di mercato molto ridotta, all’incirca del 15%. Il valore del [70-75] al quale l’Autorità ha dato risalto nella CRI, si riferisce al numero delle carte in co-branding con il circuito di debito nazionale PagoBancomat”*²⁰⁹.

202. MasterCard ha poi precisato di non essere una associazione di imprese

²⁰⁶ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

²⁰⁷ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

²⁰⁸ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

²⁰⁹ Cfr. memoria finale di MasterCard dell’8 ottobre 2010, doc. n. 850.

affermando al riguardo che *“l’Autorità qualifica MasterCard quale associazione di imprese sulla base della decisione della Commissione del 2007. Tale qualificazione è errata. Come detto, è MasterCard che stabilisce le commissioni interbancarie. Nel fare ciò, MasterCard agisce perseguendo l’interesse del network di MasterCard complessivamente considerato (compresi titolari di carte ed esercenti) e non l’interesse delle banche...”*²¹⁰. Secondo MasterCard *“l’Autorità non è riuscita a dimostrare che esiste una continuità tra la governance di MasterCard pre e post-IPO. Infatti, il primo director di Classe M dopo la quotazione è stato (...). E’ vero che (...) faceva parte del Board of Directors anche prima della quotazione, tuttavia (...) era stato il Chairman, Retail Direct della Royal Bank of Scotland e, pertanto, non era un rappresentante dei licenziatari italiani di MasterCard (...). Non si comprende inoltre come il fatto che alcuni directors che hanno individuato altri directors sia in qualche modo indicativo della continuità dei rappresentanti dei licenziatari in seno al Board (...) l’Autorità non è riuscita a dimostrare che esisteva un qualche accordo al riguardo che possa provare tale continuità. In ogni caso i director di Classe M sono stati aboliti”*. MasterCard afferma inoltre che *“l’Autorità non ha fornito alcuna prova contraria al fatto che le MIF di MasterCard sono state definite dal management di MasterCard e che lo Europe Board, dopo la quotazione in borsa di MasterCard, non aveva più alcun potere di definire le MIF.”* Infine, *“(..) dichiarando che lo Schema MasterCard è gestito esclusivamente da, o nell’interesse, delle banche licenziate, l’Autorità asserisce di fatto che i diritti e le aspettative legittime degli azionisti pubblici di MasterCard successivamente all’IPO vengono ignorati. Infatti, se le accuse dell’Autorità fossero corrette, la questione avrebbe ad oggetto il fatto che il MasterCard Board e il management stanno operando in modo difforme dai loro doveri legali e dai loro obblighi fiduciari. E’ assolutamente poco responsabile, e potenzialmente contestabile in giudizio, suggerire il contrario”*²¹¹.

203. MasterCard ha anche affermato che *“considerando il momento temporale in cui è stata emessa, la CRI non prende in considerazione le seguenti recenti modifiche alla governance di MasterCard; le azioni di Classe M, con diritto di voto, possedute dalle banche sono state annullate in data 1 giugno 2010, il concetto stesso dei Class M Directors è stato eliminato in data 21 settembre 2010; e lo Europe Region Board è stato*

²¹⁰ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

²¹¹ Cfr. memoria finale di MasterCard dell’8 ottobre 2010, doc. n. 850.

sciolto in data 21 settembre 2010.”²¹²

204. Inoltre, secondo quanto affermato dal circuito, non esiste alcun accordo tra MasterCard e i suoi licenziatari sulle commissioni interbancarie. Infatti, *“emittenti ed acquirers contrattano individualmente con MasterCard e ciascuno di essi si vincola individualmente ai termini e alle condizioni delle varie licenze, determinati da MasterCard, e che sono fatte valere bilateralmente nei rapporti tra MasterCard e il licenziatario.”*²¹³ Quanto alla comunanza di interessi, secondo MasterCard, *“affermare che gli acquirers preferiscano un livello più elevato della MIF è assolutamente contrario al buon senso, alle teorie economiche e ai fatti. Un livello più elevato della MIF implica che gli acquirer devono far pagare di più agli esercenti ma non ricevono alcun incentivo a fare ciò, dal momento che l’intero ammontare delle MIF viene trasferito agli issuer.”* Inoltre, *“l’Autorità fa espresso riferimento ad un fascio di intese verticali tra MasterCard e le licenziatricie (...), ma non è chiaro perché l’Autorità faccia riferimento a clausole come il blending e la no-discrimination rule o la non differenziazione tra le merchant fees in caso di transazioni on-us, che non sono previste dai contratti di licenza ma dai contratti tra gli acquirers e gli esercenti.”* In particolare, *“per quanto riguarda la definizione della stessa merchant fee per transazioni in circolarità e on-us, MasterCard evidenzia che si tratta di una policy di prezzo degli issuer/acquirers e MasterCard non può essere accusata di nulla al riguardo. Per quanto riguarda la pratica degli acquirer del blending, l’Interim Arrangement tra MasterCard e il Commissario Europeo per la concorrenza del 1 aprile 2009, contiene un obbligo per gli acquirer di non praticare il blending (...) In aggiunta, MasterCard non ha una no steering rule. Anche per quanto riguarda la NDR, MasterCard ha abolito la NDR in Europa dal gennaio 2005, quando ha modificato le proprie regole per permettere agli esercenti il surcharging in Europa (...) Infine, per quanto riguarda la honor all cards rule (HACR) (...), in uno schema a quattro parti la HACR non è una questione di scelta commerciale, ma è una condizione necessaria per il funzionamento di qualsiasi schema a quattro parti e, per questo motivo, non ricade nell’ambito di applicazione dell’art. 101 TFUE. Senza tale regola uno schema a quattro parti non può funzionare.”*²¹⁴

205. Secondo MasterCard le considerazioni sopra svolte con riguardo alla

²¹² Cfr. memoria finale di MasterCard dell’8 ottobre 2010, doc. n. 850.

²¹³ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

²¹⁴ Cfr. memoria finale di MasterCard dell’8 ottobre 2010, doc. n. 850.

circostanza che le banche non stabiliscono le commissioni interbancarie, che MasterCard è indipendente dalle banche e che non esiste alcun accordo tra MasterCard e le banche “*provano l’infondatezza di ogni accusa ai sensi dell’articolo 81(1) contro le commissioni interbancarie*”.²¹⁵

206. MasterCard ha anche affermato che la fissazione di una commissione interbancaria di *default* non è una restrizione della concorrenza “*in quanto per il corretto funzionamento di un sistema di pagamento a quattro parti è necessario che venga presa una decisione sul livello delle commissioni interbancarie, sia che questo livello sia positivo, sia zero o sia negativo. Tale decisione può essere presa in teoria dalle banche, dall’operatore del network (MasterCard) o da un’autorità di regolazione, ma in ogni caso qualcuno deve prendere questa decisione*”. MasterCard ha al riguardo affermato che “*è noto che l’art. 101 TFUE non si applichi qualora la presunta restrizione della concorrenza sia obiettivamente necessaria. Nel nostro caso, infatti, tale articolo non si applica alla determinazione della MIF perché questa è oggettivamente necessaria: senza una MIF il sistema di carte di pagamento di MasterCard non potrebbe funzionare ed il servizio non potrebbe essere offerto ai consumatori. Inoltre, la MIF consente allo schema di operare ad un livello competitivo. Non è immaginabile, infatti, che le banche possano negoziare e concludere un numero molto elevato di accordi bilaterali in sostituzione della MIF.*”²¹⁶ MasterCard ha, poi, precisato che “*l’attuale livello delle MIF di MasterCard non costituisce una restrizione della concorrenza per oggetto in quanto, per il corretto funzionamento di un sistema di pagamento a quattro parti, è necessario che una decisione sul livello delle MIF venga presa*” e che “*l’Autorità (..) non è riuscita a dimostrare nella CRI, attraverso il raffronto con un livello inferiore, che l’effetto dell’attuale livello delle MIF domestiche di MasterCard sia la restrizione della concorrenza tra gli acquirers*”. Inoltre, “*sebbene le commissioni interbancarie rappresentino un costo comune per tutti gli acquirer, gli acquirer continuano a competere fra di loro e il livello di tale concorrenza non è influenzato dal livello delle commissioni interbancarie...*”.²¹⁷

207. MasterCard ha, inoltre, sostenuto che la fissazione di una commissione interbancaria di *default* è esentabile ai sensi dell’art. 101.3 (già art. 81.3) e che “*al fine di soddisfare i requisiti di cui all’art. 81(3) non è necessario che*

²¹⁵ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

²¹⁶ Cfr. memoria finale di MasterCard dell’8 ottobre 2010, doc. n. 850.

²¹⁷ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

*MasterCard stabilisca il livello delle commissioni interbancarie in modo da massimizzare l'output e il consumer welfare. E' sufficiente che MasterCard dimostri (nei limiti di quanto possibile) che dal proprio network derivano benefici economici e che i titolari di carte e gli esercenti ne sono avvantaggiati. Ritenere diversamente avrebbe come effetto di trasformare le norme antitrust in una regolazione dei prezzi".*²¹⁸ Secondo quanto affermato da MasterCard, *"le MIF di MasterCard beneficerebbero dell'esenzione di cui all'art. 101 (3) TFUE. MasterCard ritiene che le condizioni di esenzione di cui all'art. 101(3) TFUE si applicano alle MIF domestiche di MasterCard perché, attualmente, le MIF domestiche sono fissate ad un livello che ottimizza l'utilizzo del sistema, garantendo una maggiore accettazione ed efficienza."*²¹⁹

208. MasterCard ha precisato che non esiste alcuna metodologia affermata in via normativa o giurisprudenziale per stabilire le commissioni interbancarie e che *"regolare le commissioni interbancarie, anziché lasciare che le stesse siano stabilite in base al gioco competitivo, costituirebbe un atto ultra vires dell'Autorità. In aggiunta, sarebbe impossibile regolare le commissioni interbancarie in modo non arbitrario in quanto non esiste una metodologia affermata in via normativa o giurisprudenziale per stabilire le commissioni interbancarie"*. MasterCard ha anche affermato che *"le commissioni di cui all'Interim Arrangement con la Commissione furono concordate sotto forte pressione. La metodologia su cui è basato l'Interim Arrangement (il cd. "tourist test"), che pone a confronto i costi delle carte con quelli del contante, è stata fortemente criticata (..)"*. Inoltre, *"le commissioni interbancarie cross-border non sono comparabili con quelle domestiche in quanto le condizioni di mercato sottostanti sono differenti. MasterCard ha basato i propri calcoli su studi pubblicati dalle banche centrali di Olanda, Belgio e Svezia. La metodologia del tourist test non è applicabile in Italia in quanto non esistono dati disponibili per l'Italia"*²²⁰.

3.2. Le banche acquirer licenziatarie

3.2.1 BMPS

209. BMPS ha affermato, con riferimento alla governance del circuito MasterCard, che *"le modalità attraverso cui le banche vengono coinvolte nei processi di selezione e nomina dei membri di tali organi sono indicate*

²¹⁸ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

²¹⁹ Cfr. memoria finale di MasterCard dell'8 ottobre 2010, doc. n. 850.

²²⁰ Cfr. allegato al verbale di audizione di MasterCard del 28 settembre 2009, doc. n. 348.

nell'Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated (art. VI, sezioni 6.1. 6.4, 6.5., 6.6 e 6.7.), nell'Amended and Restated Bylaws of MasterCard Incorporated (art. I, sezione 12, art. II, sezioni 2, 6 e 12 art. III, sezione 1), nell'Amended Restated Certificate of Incorporation of MasterCard International Incorporated (part. Unici (A)) e nell'Amended and Restated Bylaws of MasterCard International Incorporated (art. I, sezione 2)...BMPS precisa che in occasione della nomina del Global Board in carica per l'anno 2005, ha espresso voto favorevole, mediante procedura telematica, alla lista di candidati proposta da MasterCard e non formata con il contributo della Banca. Dopo il 2005, BMPS non è stata più coinvolta nella nomina dei membri del Global Board”²²¹.

210. Sulla medesima tematica BMPS ha precisato che *“Le banche appartenenti al Gruppo BMPS, così come la società controllata Consum.it S.p.a., non hanno mai avuto alcun ruolo, né nel Global Board, né nell'European Board. Il Direttore Generale di Consum.it (dott...) partecipa da circa un anno e mezzo, su invito di MasterCard, al Central Advisory Board. Tale organo si riunisce due volte all'anno ed è informato sulle novità in termini di prodotti, best practices, andamento del mercato, nonché sui vari temi di regolamentazione riguardanti i diversi Paesi europei. Alla scrivente risulta che il Central European Advisory Board non abbia potere decisorio in ordine alle Multilateral Interchange Fee”²²².*

211. Secondo quanto affermato da BMPS *“(...) le banche ricoprono un ruolo del tutto marginale nell'assetto proprietario e di governance di MasterCard. ...”²²³.*

212. Inoltre, *“BMPS, in merito alle interchange fee, non fornisce alcun dato di costo (né relativo all'issuing né all'acquiring) a MasterCard e non è a conoscenza della metodologia applicata da MasterCard per la definizione delle MIF”²²⁴.*

213. Con riferimento alla struttura dei costi lato *issuing* e *acquiring*, BMPS ha, tra l'altro, affermato che *“i costi di emissione delle carte di pagamento comprendono: 1) il costo della plastica, 2) i costi commerciali, 3) i costi del credito concesso al titolare (tale voce non è prevista per le carte di debito), 4) i costi delle frodi e delle contestazioni, 5) i costi di postalizzazione (a*

²²¹ Cfr. risposta di BMPS del 18 novembre 2009, doc. n. 472.

²²² Cfr. risposta di BMPS del 18 novembre 2009, doc. n. 472.

²²³ Cfr. memoria finale di BMPS dell'8 ottobre 2010, doc. n. 855.

²²⁴ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 13 ottobre 2009, doc. n. 374.

seconda del grado di sicurezza richiesto) e 6) gli oneri di circuito, oltre al servizio alla clientela (call center). Tali costi, ad eccezione delle voci di costo determinate dai circuiti, non variano tra i circuiti MasterCard e VISA. Quanto ai ricavi dell'attività di emissione, essi sono composti dai ricavi del canone annuo e dai ricavi da interchange fee. I ricavi da interchange fee rappresentano una quota non trascurabile dei ricavi dell'attività di issuing delle carte"²²⁵. Sempre sul lato issuing "la banca svolge varie considerazioni di natura commerciale, tra le quali il livello dell'interchange fee, e decide se inserire il prodotto a catalogo"²²⁶. Quanto al lato acquiring, "...l'intenzione è di offrire tutti i circuiti richiesti dagli esercenti; l'interchange fee è una voce di costo significativa per l'attività di acquiring, con una incidenza sulla merchant fee circa del 60/70% ..., ma non è il fattore primario ai fini della scelta dei circuiti con i quali effettuare il convenzionamento"²²⁷.

214. Con specifico riferimento a quest'ultimo profilo e specificatamente alle politiche di BMPS in merito alla definizione delle *merchant fee*, la banca ha precisato che "la *merchant fee* viene definita da BMPS a partire da un insieme di voci di costo tra le quali le MIF, le quali incidono in maniera considerevole dato il loro peso rispetto alle altre voci; queste altre voci sono diversi oneri, quali i costi per le frodi e i vari servizi connessi alla transazione per il merchant, e i margini per la banca. Nel definire le *merchant fee* BMPS tiene conto delle varie tipologie di carte utilizzabili presso il merchant sia per circuito che all'interno dello stesso, nonché dei rischi/caratteristiche del tipo di merchant (un negozio di piccola dimensione ha peculiarità diverse dalla GDO per uso di carte da parte della clientela, frodi, etc). Inoltre, rilevano profili strategici nel fissare le *merchant fee*. Ad esempio, se BMPS ha interesse ad acquisire un merchant con delle specificità ritenute importanti dalla banca, la banca tende a fissare scarsi margini e a fissare una *merchant fee* non molto superiore rispetto al valore della MIF. Rileva notare che i contratti di convenzionamento stipulati al momento da BMPS prevedono un'unica *merchant fee* tra circuiti, ossia per l'accettazione di pagamenti con carte di credito VISA e MasterCard la *merchant fee* è unica... – c.d. *blending* - ..."²²⁸.

215. Ancora più puntualmente, BMPS ha affermato che "la *merchant fee*,

²²⁵ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 26 aprile 2010, doc. n. 665.

²²⁶ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 26 aprile 2010, doc. n. 665.

²²⁷ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 26 aprile 2010, doc. n. 665.

²²⁸ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 13 ottobre 2009, doc. n. 374.

che è oggetto di negoziazioni individuali con i singoli esercenti, viene stabilita sulla base di molteplici fattori quali, in particolare (i) il livello di esposizione al rischio di frodi; (ii) la categoria merceologica di appartenenza dell'esercente; (iii) il numero delle transazioni effettuate presso il punto vendita dell'esercente; (iv) i possibili margini di redditività attesa dal rapporto commerciale con l'esercente; (v) tipologia di servizi richiesti (ad es. POS fisico o virtuale); (vi) indicazione del numero di carte prevalentemente accettate presso il punto vendita dell'esercente. Tali elementi incidono in maniera variabile nella definizione dell'ammontare complessivo della merchant fee ed il loro peso specifico è rimesso, in concreto, alle singole attività di negoziazione”²²⁹.

216. *BMPS ha anche affermato che “gli accordi di licenza (..), così come le Mastercard Rules cui essi fanno integrale rinvio, non contengono alcuna previsione suscettibile di imporre o favorire l'applicazione delle MIF di Circuito. Essi, pertanto, non possono essere qualificati, contrariamente a quanto sostenuto dagli Uffici, come intese verticali illecite ai sensi dell'art. 101, comma 1 TFUE. La scelta di MPS di adottare la MIF di circuito, lungi dal costituire esecuzione di un obbligo giuridico derivante dalla mera adesione al Circuito e, quindi, dalla sottoscrizione dei contratti di licenza, è invece espressione di razionali determinazioni assunte dalla Banca su imposizione della peculiare struttura a due lati del settore dei pagamenti elettronici.”²³⁰*

217. *Quanto alle clausole contrattuali contestate dall'Autorità, i contratti di licenza “così come le regole di Circuito, cui essi fanno rinvio (..) non prevedono, per l'area europea, alcun obbligo, in capo alle banche associate, di inserire le condizioni negoziali in oggetto nei contratti di convenzionamento. Più in particolare, a partire dal 1° gennaio 2005 il Circuito ha modificato le proprie regole, lasciando alla libera discrezionalità degli esercenti la possibilità di applicare un sovrapprezzo (c.d. surcharge) in caso di pagamenti effettuati con carte elettroniche. Il paragrafo 10.B.3.3 del Capitolo 10 delle MasterCard Rule, inoltre, lascia chiaramente intendere che non sussiste alcun obbligo, per gli esercenti, di accettare diverse tipologie di carte di pagamento.”²³¹*

218. *In particolare, “(..) con riferimento all'adozione, da parte di MPS, delle clausole di non discriminazione tra carte emesse dallo stesso circuito, tra le*

²²⁹ Cfr. risposta di BMPS del 13 aprile 2010, doc. n. 634.

²³⁰ Cfr. memoria finale di BMPS dell'8 ottobre 2010, doc. n. 855.

²³¹ Cfr. memoria finale di BMPS dell'8 ottobre 2010, doc. n. 855.

carte emesse da circuiti concorrenti e tra i diversi mezzi di pagamento, si rileva che esse costituiscono una garanzia a vantaggio del cliente/consumatore”. Inoltre, “per quanto concerne la fissazione di una merchant indifferenziata per le transazioni on us e per le transazioni in circolarità, e l’offerta di commissioni blended, occorre rilevare che esse sono dettate da mere esigenze di business che impongono la massima semplificazioni delle attività della Banca e della struttura dei costi da essa sostenuti al fine di operare in maniera competitiva sul mercato”²³².

219. Con riguardo al fascio di intese restrittive della concorrenza, BMPS ha osservato che “(...) contratti che, come nel caso di specie, ove singolarmente considerati, non sono astrattamente suscettibili di determinare effetti anticoncorrenziali sul mercato, non acquistano natura illecita per il solo fatto di far parte di una rete di accordi simili e paralleli, e continuano, quindi, a dover essere considerati pienamente legittimi”²³³.

220. In merito al contesto competitivo, BMPS ha affermato che “il mercato dell’acquiring è molto competitivo e i margini ivi realizzati sono inferiori a quelli realizzati su altri servizi. La clientela merchant è estremamente differenziata in ragione dei volumi di attività che può generare, della propria localizzazione e del mix di carte con le quali vengono effettivamente effettuati i pagamenti. Ad esempio, il mix di carte che viene accettato da un duty free è generalmente diverso da merchant più tradizionali. Tale differenziazione della clientela si riflette a sua volta in merchant fee, che sono fissate dalla banca che contrattualizza tenendo conto proprio di queste diverse tipologie di cliente/tipologia carta. L’applicazione delle regole del circuito omogenee per tutti i licenziatari determina una scarsa differenziazione del servizio offerto. Ciò implica che la concorrenza si esplica nella richiesta di merchant fee più competitive”²³⁴.

221. BMPS ha anche precisato che “(..) le banche acquirer sono in condizioni di formulare merchant fees fortemente diversificate, non soltanto facendo leva sulle altre componenti di costo che incidono nella composizione del quantum finale delle merchant fees, ma anche scegliendo di adottare, come alcune banche hanno fatto, politiche commerciali particolarmente aggressive che prevedono, per periodi determinati e nei confronti di una particolare tipologia di clientela, l’applicazione di

²³² Cfr. memoria finale di BMPS dell’8 ottobre 2010, doc. n. 855.

²³³ Cfr. memoria finale di BMPS dell’8 ottobre 2010, doc. n. 855.

²³⁴ Cfr. verbale di audizione di BMPS del 13 ottobre 2009, doc. n. 374.

merchant fees che si collocano al di sotto delle MIF”²³⁵.

3.2.2. BNL

222. BNL ha rilevato di non essere “...attiva nella governance di MasterCard, non ha mai espresso alcun membro negli organi di MasterCard e non partecipa alla definizione delle commissioni interbancarie (di seguito anche MIF) da parte del circuito”²³⁶. Sempre sul punto BNL ha precisato che “le banche licenziatricie, in quanto titolari di azioni di classe M, hanno diritto a nominare tre dei dodici membri del Global Board, nonché tutti i componenti dello European Board (cfr. art. VI, sezioni 6.1. e 6.7 dell’Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated)... Il ruolo svolto da BNL nella nomina dei componenti del Global Board e dello European Board è limitato all’esercizio del diritto di voto discendente dalla titolarità delle azioni di classe M. BNL precisa di non aver mai preso parte né ai consigli del Global Board, né a quelli dello European Board”²³⁷.

223. Come riportato in fatto, sempre in merito alla governance di MasterCard, BNL ha puntualizzato, tra l’altro, che “BNL ha votato esprimendo voto favorevole per il candidato proposto da MasterCard solo nel 2006 e nel 2009, mentre non ha espresso alcun voto negli anni 2007 e 2008”²³⁸ e che “...ricorda che i componenti espressione delle licenziatricie nel Global Board sono tre, di cui uno è, come noto, dipendente del gruppo Unicredit. La circostanza che tale soggetto fosse dipendente di una banca italiana è caratteristica che non è stata considerata critica per il voto di BNL”²³⁹.

224. Secondo quanto affermato da BNL “(...) le banche ricoprono un ruolo del tutto marginale nell’assetto proprietario e di governance di MasterCard. Il Circuito, giocoforza, è quindi chiamato a tutelare gli interessi di una compagine azionaria estremamente variegata, e non può più agire come esponente degli esclusivi interessi di un’unica categoria di operatori economici, vale a dire le banche licenziatricie.” Inoltre BNL ha affermato che “la semplice titolarità del diritto di voto di alcuni membri del Global Board si configura come una circostanza del tutto inconferente rispetto alla dimostrazione di un coinvolgimento attivo di BNL e, più in generale, delle

²³⁵ Cfr. memoria finale di BMPS dell’8 ottobre 2010, doc. n. 855.

²³⁶ Cfr. verbale di audizione di BNL dell’8 ottobre 2009, doc. n. 360.

²³⁷ Cfr. risposta di BNL del 26 ottobre 2009, doc. n. 418.

²³⁸ Cfr. risposta di BNL del 7 maggio 2010, doc. n. 682.

²³⁹ Cfr. verbale di audizione di BNL del 29 aprile 2010, doc. n. 672.

*licenziatarie, nei processi decisionali relativi alle MIF.” Infine, BNL ha affermato che alla stessa non può “certamente essere attribuita alcuna responsabilità per le condotte poste in essere dal Circuito. Infatti, come osservato dalla prassi antitrust in materia di imputabilità delle decisioni di associazioni di impresa la regola generale è quella di ritenere responsabile esclusivamente l’ente associativo. Solo al verificarsi di talune condizioni è possibile coinvolgere anche le imprese che vi fanno parte”.*²⁴⁰

225. Con specifico riferimento al processo di definizione delle MIF, BNL ha sostenuto che *“BNL non ha mai partecipato ad una analisi dei costi condotta da MasterCard per la definizione delle MIF in Italia, non ha quindi mai fornito al circuito propri dati che potessero servire per definirla e non è a conoscenza di come il circuito definisca le proprie MIF. Le MIF, in linea teorica, dovrebbero coprire i costi autorizzativi e di processing tra acquirer e issuer, infatti tale interchange fee viene trasferita dal primo soggetto al secondo, e non copre gli oneri di circuito. Con riferimento agli oneri di circuito e non ai costi delle banche issuer, ...afferma che è difficile sostenere se siano uguali o meno tra circuiti, in quanto essi hanno schemi di funzionamento diversi”*²⁴¹.

226. Relativamente alle MIF *“BNL riconosce la necessità di avere, come principio, la presenza di interchange fee definite centralmente per tutti dal circuito. Infatti, ad avviso di BNL, sarebbe troppo oneroso operare con accordi bilaterali....dal punto di vista antitrust, non dovrebbe rilevare il livello delle interchange fee, ma solo la legittimità o meno del principio di avere una MIF. Per BNL, le interchange fee non sono rilevanti, in quanto l’obiettivo della banca è di offrire, in un mercato a due versanti, una gamma di prodotti dei vari circuiti così da soddisfare le esigenze dei clienti”*²⁴².

227. A questi elementi relativi alle MIF, BNL fornisce precisazioni su come le stesse incidano o meno sulle politiche della banca. In particolare, BNL precisa che *“..le MIF sono una parte importante delle merchant fee. In estrema sintesi la merchant fee è definita come somma di varie componenti: la MIF (mediamente la voce tra le più rilevanti), i costi tecnologici (quali i costi per i terminali POS, il loro ammortamento, etc), i costi di telecomunicazione, i costi di servizio (call center), i costi per l’apertura della pratica, gli oneri dei circuiti e il processing. Tali merchant fee vengono fissate da BNL tenendo conto della tipologia del merchant in termini di sua*

²⁴⁰ Cfr. memoria finale di BNL dell’8 ottobre 2010, doc. n. 856.

²⁴¹ Cfr. verbale di audizione di BNL dell’8 ottobre 2009, doc. n. 360.

²⁴² Cfr. verbale di audizione BNL dell’8 ottobre 2009, doc. n. 360.

dimensione, rischiosità del tipo di carta, necessità per singolo negoziante ad investire o meno in specifica tecnologia...Ciò implica merchant fee differenziate per tipologia di negoziante. Ne deriva che il peso della MIF sulla merchant fee è diverso tra merchant: essendo la merchant fee inferiore per i grandi clienti rispetto a quelli dimensionalmente inferiori, la MIF grava di più sui primi che non sui secondi. Ad esempio, per la GDO, dove ci sono degli importanti fattori di scala, le MIF possono pesare sino al 90% delle merchant fee. Per i clienti medio/piccoli i costi di fornitura del servizio da parte di BNL sono invece maggiori e pertanto l'incidenza delle MIF diminuisce”²⁴³.

228. *In merito alla merchant fee, BNL ha chiarito che “viene stabilita sulla base di molteplici fattori, in particolare (i) i costi commerciali, tecnologici e di telecomunicazione; (ii) i costi di copertura del rischio; (iii) gli oneri di circuito (i.e. interchange e scheme fee) e di processing. Altri elementi che concorrono a definire l'ammontare finale della merchant fee sono costituiti dalla categoria merceologica di appartenenza dell'esercente, nonché l'ubicazione geografica del punto vendita. ...”²⁴⁴.*

229. *Quanto alle clausole contrattuali contestate dall'Autorità, i contratti di licenza “così come le regole di Circuito, cui essi fanno rinvio (..) non prevedono, per l'area europea, alcun obbligo, in capo alle banche associate di inserire le condizioni negoziali in oggetto nei contratti di convenzionamento. Più in particolare, a partire dal 1° gennaio 2005 il Circuito ha modificato le proprie regole, lasciando alla libera discrezionalità degli esercenti la possibilità di applicare un sovrapprezzo (c.d. surcharge) in caso di pagamenti effettuati con carte elettroniche (..). Il paragrafo 10.B.3.3 del Capitolo 10 delle MasterCard Rule, inoltre, lascia chiaramente intendere che non sussiste alcun obbligo, per gli esercenti, di accettare diverse tipologie di carte di pagamento.”²⁴⁵*

230. *BNL ha anche affermato che “gli accordi di licenza (..), così come le Mastercard Rules cui essi fanno integrale rinvio, non contengono alcuna previsione suscettibile di imporre o favorire l'applicazione delle MIF di Circuito. Essi, pertanto, non possono essere qualificati, contrariamente a quanto sostenuto dagli Uffici, come intese verticali illecite ai sensi dell'art. 101, comma 1 TFUE. La scelta di BNL di adottare la MIF di circuito, lungi dal costituire esecuzione di un obbligo giuridico derivante dalla mera*

²⁴³ Cfr. verbale di audizione di BNL dell'8 ottobre 2009, doc. n. 360.

²⁴⁴ Cfr. risposta di BNL del 23 marzo 2010, doc. n. 613.

²⁴⁵ Cfr. memoria finale di BNL dell'8 ottobre 2010, doc. n. 856.

adesione al Circuito e, quindi, dalla sottoscrizione dei contratti di licenza, è invece espressione di razionali determinazioni assunte dalla Banca su imposizione della peculiare struttura a due lati del settore dei pagamenti elettronici.”²⁴⁶

231. In particolare, *“con riferimento alle clausole di non discriminazione tra carte emesse dallo stesso circuito, tra le carte emesse da circuiti concorrenti e tra i diversi mezzi di pagamento – premesso che BNL non ne prevede un’applicazione automatica e generalizzata, ma solo previa valutazione, effettuata nell’ambito delle attività di contrattualizzazione, della specifica tipologia di cliente – si rileva che esse sono state sempre viste dalla Banca come una garanzia a vantaggio del cliente/consumatore”. Inoltre, “per quanto concerne (..) la fissazione di una merchant indifferenziata per le transazioni on us e per le transazioni in circolarità, si ritiene opportuno rilevare che gli Uffici (...) presentano, nella CRI, una situazione che non corrisponde alla reale posizione assunta da BNL rispetto a tale profilo. Vero è, infatti, che la Banca applica una merchant fee unica, ma ciò si verifica solo perché essa non svolge le attività di acquiring in maniera diretta, ma attraverso un soggetto terzo, BNL Positività (frutto di una joint venture commerciale tra BNL e First Data International Corp), il che vuol dire che le transazioni effettuate dagli esercenti convenzionati risultano, per BNL tutte in circolarità, ed è quindi per questo che viene applicata un’unica tipologia di merchant fee. Per quanto riguarda, infine, l’offerta di commissioni blended, premesso che tale condizione commerciale risponde a precise esigenze di razionalizzazione dell’attività delle banche, in quanto consente di semplificare le negoziazioni con i merchant e la gestione contabile delle commissioni, si precisa, (...), che nei contratti di convenzionamento sono previste merchant fee distinte per ogni circuito. Il blending, infatti, è una semplice opzione a disposizione della clientela, una formula commerciale che il merchant, laddove lo preferisca, ha la possibilità di richiedere”.*²⁴⁷

232. È stata quindi precisata da BNL sia la struttura dei costi lato *acquiring* che la struttura dei costi lato *issuing*. Quanto all’*acquiring*, BNL ha puntualizzato che *“l’ammontare delle scheme fees è prevalentemente definito in base ai servizi di processing, ed in particolare in base ai servizi di clearing (riconciliazione delle transazioni) e settlement (accredito dell’acquirer da parte del circuito) delle transazioni da parte dei*

²⁴⁶ Cfr. memoria finale di BNL dell’8 ottobre 2010, doc. n. 856..

²⁴⁷ Cfr. memoria finale di BNL dell’8 ottobre 2010, doc. n. 856.

circuiti”²⁴⁸. BNL ha anche rilevato, in merito alla struttura dei costi *acquiring* e *issuing*, che “... le voci principali sono attinenti al flusso verso emittenti, al clearing ed alla fase autorizzativa. ... BNL non ha alcun interesse ad esaminare in dettaglio le *scheme fee* dei circuiti in quanto sono valori fissati dai circuiti stessi sui quali le banche non hanno voce in capitolo. Inoltre, le *scheme fee* sono documenti molto lunghi e complessi che lei non conosce in dettaglio. ... lato *issuing* la questione è più complessa in quanto vi sono da prendere in considerazione anche dei costi di struttura, quale quello della licenza, e poi vi sono dei costi sulle singole carte. In generale, relativamente alle *scheme fee* dei circuiti, le macro-voci sono simili tra Visa e MasterCard mentre sui livelli MasterCard è più costosa. Relativamente, invece, ai costi di *issuing* per BNL nell’emettere carte Visa o MasterCard, i costi sono gli stessi essendo il processo identico”²⁴⁹.

233. Infine, in merito alla struttura dei contratti con i merchant, BNL ha affermato, tra l’altro, di introdurre varie clausole di non discriminazione tra carte diverse, di non accettazione vincolata ad importi, di non applicazione di sovrapprezzi in funzione dello strumento di pagamento e che si tratta di “clausole che BNL prevede nei contratti con i merchant e che non sono direttamente derivanti dai circuiti disponendo di un margine di discrezionalità con i clienti”²⁵⁰.

234. BNL ha anche precisato che “(..) le banche acquirer sono in condizioni di formulare merchant fees fortemente diversificate, non soltanto facendo leva sulle altre componenti di costo che incidono nella composizione del quantum finale delle merchant fees, ma anche scegliendo di adottare, come alcune banche hanno fatto, politiche commerciali particolarmente aggressive che prevedono, per periodi determinati e nei confronti di una particolare tipologia di clientela, l’applicazione di merchant fees che si collocano al di sotto delle MIF”²⁵¹.

3.2.3. Banca Sella Holding

235. Banca Sella ha, innanzitutto, affermato che il proprio “coinvolgimento nella vicenda è praticamente basato sul nulla: i minimi elemento di collegamento alla fattispecie individuati nella CRI, infatti, non solo hanno natura del tutto indiretta e presuntiva, ma si basano su un radicale

²⁴⁸ Cfr. risposta di BNL del 23 marzo 2010, doc. n. 613.

²⁴⁹ Cfr. verbale di audizione di BNL del 29 aprile 2010, doc. n. 672.

²⁵⁰ Cfr. verbale di audizione di BNL del 29 aprile 2010, doc. n. 672.

²⁵¹ Cfr. memoria finale di BNL dell’8 ottobre 2010, doc. n. 856.

travisamento del ruolo di Banca Sella nell'ambito del Circuito e sulla mancata considerazione della peculiare posizione detenuta da quest'ultima nei mercati dell'issuing e dell'acquiring"²⁵².

236. Riguardo la governance di MasterCard, Banca Sella afferma che "(...) *in qualità di licenziataria e più specificamente di Principal member di MasterCard, è titolare di una sola azione di classe M ("Class M common stock"), ciò che le conferisce un limitato diritto di voto in MasterCard Incorporated (...) Banca Sella non svolge alcun ruolo nella nomina dei membri del Global Board e dell'European Board in termini di scelta dei candidati da votare* " ²⁵³. Banca Sella precisa inoltre di non ricoprire "(...) *alcun ruolo all'interno degli organi di governance di MasterCard*" ²⁵⁴.

237. In particolare, "*l'unica relazione esistente tra Banca Sella e il Circuito sotto il profilo istituzionale, infatti, deriva dalla titolarità da parte della Società di una azione di Classe M, e dalla astratta possibilità di esercitare i diritti partecipativi e deliberativi ad essa associati. Tuttavia, e il dato è assolutamente risolutivo, Banca Sella dal 2006 ad oggi non ha mai esercitato i diritti connessi all'azione M detenuta, e più in particolare non ha mai partecipato alle votazioni dei membri del Global Board o di altri organi del Circuito*"²⁵⁵.

238. Ad avviso di Banca Sella "*non vi è nulla di anomalo o di viziato nei contratti di licenza in sé considerati, contratti si badi bene che sono stati stipulati nella attuale forma e hanno avuto applicazione, già molti anni prima dell'inizio della violazione ipotizzata dagli Uffici.*" Inoltre, "(..) *per quanto riguarda Banca Sella, la partecipazione ad un'intesa restrittiva non sarebbe configurabile neanche volendo per ipotesi accedere alla nozione di accordo più estensiva che si ritrova nella giurisprudenza comunitaria: non vi è stata, infatti, alcuna manifestazione di volontà convergente tra Banca Sella e il circuito sul livello asseritamente eccessivo delle MIF, né tanto meno alcuna consapevolezza da parte di quest'ultima in merito alla portata asseritamente illecita delle commissioni in questione. La Società nulla sapeva in merito ai livelli e ai conseguenti effetti sul mercato delle MIF fissate da MasterCard nel 2007, non era tenuta a saperlo, né comunque disponeva degli elementi per raggiungere tale consapevolezza*".

239. Quanto alle MIF, Banca Sella ha affermato che "*MIF elevate hanno*

²⁵² Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

²⁵³ Cfr. risposta di Banca Sella del 16 novembre 2009, doc. n. 456.

²⁵⁴ Cfr. risposta di Banca Sella del 16 novembre 2009, doc. n. 456.

²⁵⁵ Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

*effetti diversi su banche che sono prevalentemente issuer, rispetto a banche che sono prevalentemente acquirer. Mentre per le prime le MIF rappresentano una potenziale fonte di reddito, per le seconde rappresentano un puro costo, che ostacola, invece di agevolare, le loro strategie commerciali. Non si vede allora perché vi debba essere una comunanza di interessi tra soggetti per i quali la MIF ha un effetto diverso.”*²⁵⁶ Inoltre, secondo Banca Sella, *“in ogni caso, aderendo alla visione degli Uffici, l’asserito ruolo incentivante della MIF potrebbe comunque solo riferirsi ai soli soggetti attivi sul lato issuing.”* Infine, *“Banca Sella non ha mai preso parte alle determinazioni assunte dal circuito a questo proposito, né ad elaborazioni o interlocuzioni (anche ex post) circa il più opportuno livello delle MIF”*²⁵⁷.

240. Con riferimento alla determinazione della *merchant fee*, Banca Sella *“(…) tiene conto di tutti i propri costi e di un certo grado di variabilità commerciale dipendente dai volumi del cliente e dalle pressioni concorrenziali su quel determinato cliente. I costi lato acquiring sono le MIF, l’acquisto e gestione POS, le attività di customer care, i costi di processing, informatici, amministrativi e contabili”*²⁵⁸.

241. Banca Sella precisa inoltre di non fornire *“(…) alcun dato di costo a MasterCard, ma solo dati sui volumi di transazioni”* e di non essere *“(…) a conoscenza della metodologia utilizzata da MasterCard per la definizione delle MIF”*²⁵⁹.

242. Banca Sella ha anche affermato che *“(…) la Tabella n. 14 che si riferisce a più dell’85% dei contratti in essere con i merchant mostra che l’incidenza media della MIF di MasterCard sulle merchant fee non raggiunge il 40%: ne deriva che residua un ampio margine per la differenziazione delle politiche commerciali degli acquirer nei confronti dei merchant e nessun pericolo di omogeneizzazione delle politiche commerciali è in concreto ravvisabile”*²⁶⁰.

243. Banca Sella ha precisato che *“quanto alle altre clausole menzionate nella CRI, occorre premettere che su di esse non vi è alcuna indicazione del Circuito né alcun richiamo dei contratti di licenza: tale circostanza, dunque già le renderebbe completamente irrilevanti rispetto all’ipotesi istruttoria di*

²⁵⁶ Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

²⁵⁷ Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

²⁵⁸ Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. n. 414.

²⁵⁹ Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. n. 414.

²⁶⁰ Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

un coordinamento tra Circuito e banche acquirer. In ogni caso, Banca Sella ha potuto verificare che in realtà essa applica condizioni difformi rispetto alle clausole in questione e comunque pienamente spiegabili in un'ottica commerciale e di accrescimento della propria posizione sul mercato. Ed infatti (...) Banca Sella tende ad applicare merchant fee ridotte per le operazioni on us (per un ammontare corrispondente alle interchange fee) nei contesti territoriali dove le operazioni on us raggiungono una minima soglia di rilevanza (e vi è dunque un effettivo interesse del merchant a condizioni differenziate). Con riferimento al blending, poi, la Società (...) ha sottoscritto (...) contratti con i merchant (tuttora in essere) che prevedono condizioni economiche differenziate per i diversi circuiti (...). Considerato, infine, che (...) Banca Sella – unico tra gli acquirer coinvolti nel presente procedimento – non include la c.d. No Steering Rule, emerge con chiarezza come la Società risulti del tutto estranea anche rispetto a questo capo degli addebiti.”²⁶¹ Banca Sella ha anche precisato che “(..) l’inclusione nei contratti con i merchant di solo alcune delle clausole suddette è richiesta direttamente dal circuito nelle relative regole di sistema: nel caso di MasterCard si tratta della Honor All Cards, una clausola che però (...) non è contemplata da Banca Sella nei propri contratti di convenzionamento”²⁶².

244. *Banca Sella ha, infine, precisato che “pur convinta della piena liceità delle proprie condotte, ha volontariamente proposto ed attuato alcuni interventi migliorativi della propria prassi commerciale, incidendo sulla struttura dei contratti di convenzionamento conclusi con gli esercenti, e in particolare prevedendo una generalizzazione della pratica di unblending (anche con riferimento agli strumenti di pagamento offerti nell’ambito del circuito) Sebbene gli impegni presentati da Banca Sella non siano stati ammessi alla fase del c.d. market test, la scrivente li ha spontaneamente posti in essere sin dal gennaio 2010, con ciò confermando il proprio atteggiamento di totale buona fede che dovrebbe pertanto essere adeguatamente valorizzato dall’Autorità in sede di eventuale valutazione del livello delle sanzioni applicabili”²⁶³.*

3.2.4. Barclays Bank

245. *Con riferimento al presente procedimento istruttorio, Barclays ha osservato che “l’AGCM dovrebbe sospendere le sue indagini e non dovrebbe*

²⁶¹ Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

²⁶² Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

²⁶³ Cfr. memoria finale di Banca Sella del 7 ottobre 2010, doc. n. 847.

*andare oltre la mera fase investigativa (non dovrebbe, cioè, adottare una Comunicazione degli Addebiti o un provvedimento finale) fino alla emanazione da parte del Tribunale di Primo Grado della propria sentenza in merito alla decisione della Commissione nel caso MasterCard europeo*²⁶⁴ e che “(...) l'AGCM abbia commesso un errore nel considerare Barclays tra le destinatarie dell'istruttoria su MasterCard e sulle sue banche acquirers. Nonostante Barclays sia una licenziataria di MasterCard per l'Italia, le sue attività di servizi di pagamento in Italia sono estremamente limitate nonché recenti. Barclays non emette carte di credito del circuito MasterCard ed è attiva sul mercato italiano dell'acquiring da meno di un anno. Inoltre, Barclays non siede nel Global Board né nell'European Board di MasterCard. Per tali ragioni, (...) Barclays non dovrebbe essere parte del procedimento in oggetto”²⁶⁵.

246. In merito alla governance di Mastercard, Barclays ha affermato che “a seguito della quotazione, Barclays ha ricevuto automaticamente Azioni di Classe M, che attribuiscono limitati diritti di voto in MasterCard Incorporated. Gli azionisti di Classe M possono votare fino ad un massimo di tre amministratori di Classe M nel consiglio di amministrazione (Global Board of Directors) e possiedono alcuni ulteriori diritti di voto in relazione a determinate decisioni societarie significative. (...) Barclays (...) ha esercitato tali diritti in passato, in particolare con riferimento alla nomina dell'Amministratore di Classe M nel Global Board. Essa, tuttavia, non prende attivamente parte al processo e non ha il potere di selezionare i potenziali candidati”²⁶⁶.

247. Quanto al ruolo svolto nella nomina dei membri del *Global Board* e dell'*Europe Board* di MasterCard, Barclays ha affermato che “Anche se Barclays ha il diritto di votare (e lo ha esercitato in passato) per l'elezione degli Amministratori di Classe M del *Global Board* di MasterCard, Barclays non svolge alcun ruolo attivo in tale processo. Come indicato, Barclays non svolge alcun ruolo nell'elezione dei membri dell'*European Board*. Inoltre (...) Barclays non siede né nel *Global Board* né nello *European Board* di MasterCard.”²⁶⁷ Per tali motivi, Barclays sostiene che “non dovrebbe comunque essere considerata parte del procedimento pendente in virtù del fatto che essa non ha né ha mai avuto alcun ruolo nella fissazione di tali

²⁶⁴ Cfr. nota di Barclays del 15 settembre 2009, doc. n. 317.

²⁶⁵ Cfr. nota di Barclays del 15 settembre 2009, doc. n. 317.

²⁶⁶ Cfr. risposta di Barclays del 30 ottobre 2009, doc. n. 429.

²⁶⁷ Cfr. risposta di Barclays del 30 ottobre 2009, doc. n. 429.

*commissioni. Essa altro non è che una semplice licenziataria di MasterCard (...). In conclusione, Barclays non è in grado di influenzare le decisioni di MasterCard sul livello delle MIF e non può essere considerata parte di un accordo orizzontale volto alla determinazione di una MIF comune*²⁶⁸.

248. Riguardo la qualificazione di MasterCard come un'associazione di imprese, Barclays osserva che *“la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione – i 9 eletti dagli azionisti di Classe A su un totale di 12 - non sono nominati né sono riconducibili neppure indirettamente alle banche ed ai loro interessi. Quanto agli altri 3 amministratori, essi sono effettivamente nominati dagli azionisti di Classe M (...) Tale circostanza pare, tuttavia, irrilevante al fine di stabilire una asserita ingerenza delle banche nelle decisioni relative alle MIF in quanto si tratterebbe di soli 3 amministratori sui 12 totali”*. Quanto allo Europe Board di MasterCard, *“organo costituito dai rappresentanti delle banche stesse”, secondo Barclays “nessuno dei documenti individuati dall'AGCM è tale da provare l'esistenza di discussioni relativamente alle MIF volte a condividere con lo European Board le decisioni relative ad eventuali modifiche o, comunque, alle strategie relative alle MIF. La mera circostanza che di interchange fee si discuta anche nell'ambito dello European Board a meri fini di lobbying o di aggiornamento non è rilevante per provare, come vorrebbe l'AGCM, che lo European Board definisca le strategie sulle MIF”*²⁶⁹.

249. In ogni caso Barclays ritiene che, *“qualora l'AGCM dovesse ritenere che le decisioni relative alla fissazione di interchange fee omogenee costituiscano una intesa rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 101 TFUE, la definizione di tali interchange fee possa produrre rilevanti benefici sotto il profilo della concorrenza tali da superare gli eventuali effetti negativi che ne potrebbero derivare, così giustificando l'esenzione di cui al paragrafo [101.] 3”*²⁷⁰.

250. Con riferimento alla relazione verticale esistente tra MasterCard e Barclays, Barclays osserva che *“gli accordi di licenza stipulati tra MasterCard e le banche rientrano nel campo di applicazione del Regolamento di esenzione per categoria n. 330/2010”*. Tuttavia, *“l'accordo di licenza tra Barclays e MasterCard nonchè gli accordi di acquiring tra Barclays e gli esercenti ricadono ampiamente nella categoria di quegli accordi che non contribuiscono all'effetto cumulativo e che non sono,*

²⁶⁸ Cfr. memoria finale di Barclays dell'8 ottobre 2010, doc. n. 852.

²⁶⁹ Cfr. memoria finale di Barclays dell'8 ottobre 2010, doc. n. 852.

²⁷⁰ Cfr. memoria finale di Barclays dell'8 ottobre 2010, doc. n. 852.

dunque, soggetti al rischio di revoca”²⁷¹.

251. Qualora con la teoria del "fascio di intese verticali" le risultanze istruttorie stiano contestando qualcosa di diverso dal mero ed eventuale effetto di cumulo di cui al Regolamento n. 330/2010, Barclays rileva 1) che *“la teoria della cointeressenza presuppone (...) che le licenziatarie siano attive sia sul lato issuing sia sul lato acquiring: tanto maggiore è l'attività di acquiring, tanto minore sarà questo genere di incentivo. Per una banca che sia una net acquirer, poi, la rinuncia ad un guadagno lato acquiring non sarebbe accompagnata da un ricavo dal lato issuing, tramutandosi la MIF più alta in una perdita netta di un possibile maggior guadagno”*; 2) di non svolgere *“alcuna attività di issuing per quanto concerne le carte di credito MasterCard. Essa è pertanto un net acquirer del circuito MasterCard”*; e 3) di svolgere *“attività di issuing con riferimento alle carte di debito MasterCard/Maestro”*²⁷².

252. Infine, quanto alle clausole previste nei contratti con gli esercenti, Barclays osserva che 1) *“la clausola honor all cards rule è espressamente prevista dal contratto di licenza. Barclays, pertanto, non ha alcuna scelta in merito alla sua applicazione. Non si può pertanto parlare di un suo ruolo attivo nella diffusione del circuito MasterCard”* (...); 2) *“a seguito di una recente modifica nelle regole del circuito, non è ora più comunque consentito alle banche di effettuare il blending”*²⁷³; 3) *“non ha applicato la non discrimination rule, salvo che per le carte Maestro, la cui rilevanza tuttavia si è detto è minima sul mercato”*; e 4) che *“l'unica condizione che Barclays effettivamente applica e che non è imposta dal circuito è quella relativa alla non differenziazione della merchant fee a seconda che la transazione avvenga – o meno – in circolarità”*²⁷⁴.

253. Con riferimento al presente procedimento istruttorio, Barclays ha osservato che *“l'AGCM dovrebbe sospendere le sue indagini e non dovrebbe andare oltre la mera fase investigativa (non dovrebbe, cioè, adottare una Comunicazione degli Addebiti o un provvedimento finale) fino alla emanazione da parte del Tribunale di Primo Grado della propria sentenza in*

²⁷¹ Cfr. memoria finale di Barclays dell'8 ottobre 2010, doc. n. 852.

²⁷² Cfr. memoria finale di Barclays dell'8 ottobre 2010, doc. n. 852.

²⁷³ Sul punto si osserva che Barclays adotta un modello di determinazione della merchant fee *“il quale prevede la fissazione della merchant fee come sommatoria della interchange fee – come tale differenziata tra MasterCard e Visa – e della c.d. transaction fee...Pertanto la merchant fee di Barclays è differenziata tra circuiti...per l'interchange fee...”*, Cfr. verbale di audizione di Barclays Bank del 16 ottobre 2009, doc. n. 395.

²⁷⁴ Cfr. memoria finale di Barclays dell'8 ottobre 2010, doc. n. 852.

*merito alla decisione della Commissione nel caso MasterCard europeo*²⁷⁵ e che “(...) l'AGCM abbia commesso un errore nel considerare Barclays tra le destinatarie dell'istruttoria su MasterCard e sulle sue banche acquirers. Nonostante Barclays sia una licenziataria di MasterCard per l'Italia, le sue attività di servizi di pagamento in Italia sono estremamente limitate nonché recenti. Barclays non emette carte di credito del circuito MasterCard ed è attiva sul mercato italiano dell'acquiring da meno di un anno. Inoltre, Barclays non siede nel Global Board né nell'European Board di MasterCard. Per tali ragioni, (...) Barclays non dovrebbe essere parte del procedimento in oggetto”²⁷⁶.

254. In merito alla governance di Mastercard, Barclays ha affermato che “a seguito della quotazione, Barclays ha ricevuto automaticamente Azioni di Classe M, che attribuiscono limitati diritti di voto in MasterCard Incorporated. Gli azionisti di Classe M possono votare fino ad un massimo di tre amministratori di Classe M nel consiglio di amministrazione (Global Board of Directors) e possiedono alcuni ulteriori diritti di voto in relazione a determinate decisioni societarie significative. (...) Barclays (...) ha esercitato tali diritti in passato, in particolare con riferimento alla nomina dell'Amministratore di Classe M nel Global Board. Essa, tuttavia, non prende attivamente parte al processo e non ha il potere di selezionare i potenziali candidati”²⁷⁷.

255. Quanto al ruolo svolto nella nomina dei membri del Global Board e dell'Europe Board di MasterCard, Barclays ha affermato che “Anche se Barclays ha il diritto di votare (e lo ha esercitato in passato) per l'elezione degli Amministratori di Classe M del Global Board di MasterCard, Barclays non svolge alcun ruolo attivo in tale processo. Come indicato, Barclays non svolge alcun ruolo nell'elezione dei membri dell'European Board. Inoltre (...) Barclays non siede né nel Global Board né nello European Board di MasterCard”²⁷⁸.

256. Con riferimento alla determinazione della merchant fee, “Barclays usa un modello...il quale prevede la fissazione della merchant fee come sommatoria della interchange fee – come tale differenziata tra MasterCard e Visa – e della c.d. transaction fee...Pertanto la merchant fee di Barclays è

²⁷⁵ Cfr. nota di Barclays del 15 settembre 2009, doc. n. 317.

²⁷⁶ Cfr. nota di Barclays del 15 settembre 2009, doc. n. 317.

²⁷⁷ Cfr. risposta di Barclays del 30 ottobre 2009, doc. n. 429.

²⁷⁸ Cfr. risposta di Barclays del 30 ottobre 2009, doc. n. 429.

differenziata tra circuiti...per l'interchange fee... ”²⁷⁹.

257. Barclays ha, inoltre, affermato di non effettuare “*differenziazioni tra transazioni on-us e transazioni in circolarità nel definire le merchant fee in Italia*”²⁸⁰.

3.2.5. Deutsche Bank

258. Riguardo la determinazione delle MIF di MasterCard, Deutsche Bank afferma che “*il processo di definizione delle MIF di MasterCard in Italia è assolutamente top down, nel senso che Deutsche Bank non partecipa in alcun modo e non ha mai fornito i propri dati di costo a MasterCard o a soggetti incaricati da quest’ultima (...)*”²⁸¹.

259. Deutsche Bank “*non ha svolto alcun ruolo nella governance di MasterCard, non avendovi alcun rappresentante diretto e partecipando in misura ininfluyente alle elezioni per la nomina dei suoi componenti. Pertanto, non avendo alcun potere nella definizione delle MIF nazionali applicate da MasterCard, la stessa società non può essere direttamente a conoscenza di elementi che possano concorrere a formare un’opinione su entrambi gli aspetti. Per ciò che concerne invece la (teorizzata) natura illecita delle MIF in quanto comune voce di costo in assenza di alcuna giustificazione economica, sul punto DB si limita a osservare che, non avendo alcun potere nel processo di definizione delle MIF, non può pertanto esserle attribuita alcuna responsabilità circa l’asserita assenza di alcuna giustificazione economica*”²⁸².

260. Deutsche Bank ha anche affermato che “*le condizioni per l’imputabilità alle sole associazioni di imprese individuate dalle precedenti decisioni dell’AGCM sono state (i) l’elevato numero delle imprese associate, (ii) un ruolo attivo e indipendente dell’associazione rispetto alle singole imprese associate e (iii) gli scarsi margini di scelta posseduti dalle imprese associate rispetto alle decisioni assunte dall’associazione stessa. Orbene ciascuna di tali condizioni risulta essere soddisfatta nel caso di specie*”²⁸³.

261. Inoltre, “*nella decisione della Commissione viene affrontato approfonditamente il tema se le MIF transfrontaliere MasterCard costituiscano una restrizione della concorrenza per l’oggetto o per l’effetto,*

²⁷⁹ Cfr. verbale di audizione di Barclays Bank del 16 ottobre 2009, doc. n. 395.

²⁸⁰ Cfr. risposta di Barclays del 2 aprile 2010, doc. n. 624.

²⁸¹ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

²⁸² Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

²⁸³ Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

giungendo a una interpretazione del tutto opposta a quella seguita dagli Uffici. La Commissione, infatti, ha stabilito sul punto che la fattispecie in esame costituisce una restrizione per gli effetti anticompetitivi da essa prodotti (...)”²⁸⁴.

262. Deutsche Bank ha precisato che “(..) i licenziatari che dimostrano la prevalenza dell’attività di *acquiring* sull’attività di *issuing* (c.d. *net acquirers*), non hanno alcun incentivo all’aumento del livello delle MIF, poiché la logica conseguenza per loro sarebbe quella di aumentare i costi nei confronti delle banche *issuers*”²⁸⁵.

263. L’importanza della MIF quale voce di ricavo per l’attività di *issuing* delle carte è confermata da Deutsche Bank, per la quale “le MIF rappresentano la voce di ricavo più importante nell’attività di *issuing* (...) da ciò risulta l’importanza delle MIF incassate che coprono circa il [70-75%] dei costi dell’attività di *issuing* di Deutsche Bank”²⁸⁶.

264. I costi di emissione delle carte di pagamento non si differenziano per i circuiti MasterCard e VISA, così come risulta dalle dichiarazioni di Deutsche Bank, infatti, “i costi di emissione carta, fatte salve le *scheme fee* dei circuiti, prescindono dal circuito di riferimento, essendo del tutto uguali nel caso dell’emissione di una carta MasterCard o di emissione di una carta Visa”²⁸⁷.

265. Secondo quanto dichiarato da Deutsche Bank, l’interchange fee rappresenta un’importante variabile competitiva utilizzata dai circuiti per influenzare il proprio grado di diffusione “(..) la MIF è la principale leva che hanno i circuiti nei confronti dei licenziatari *issuer*, in particolare per MasterCard che ha una MIF più alta, intorno allo 0,80%, a fronte di quella più bassa di Visa, che si attesta intorno allo 0,55%. Le MIF coprono circa il [70-75%] dei costi di *issuing* di Deutsche Bank”²⁸⁸.

266. Riguardo gli elementi considerati per la determinazione delle *merchant fee*, Deutsche Bank afferma che “(..) i due fattori prevalenti sono il *ticket medio* dell’esercente (in quanto essendo i costi dell’attività di *acquiring* prevalentemente fissi su valori di *transato* bassi l’attività sarebbe in perdita) ed il *mix* di carte di pagamento utilizzate sui POS dell’esercente. Il sistema informatico utilizzato da Deutsche Bank contiene tutti ricavi (tra i quali le

²⁸⁴ Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

²⁸⁵ Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

²⁸⁶ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

²⁸⁷ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

²⁸⁸ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

merchant fee) e tutti i costi (tra i quali le MIF) dell'attività di acquiring in modo da poter simulare la redditività del rapporto in funzione del mix atteso di carte di pagamento. In media il peso delle MIF sulle merchant fee di Deutsche Bank è circa il [70-75%]"²⁸⁹.

267. Inoltre, secondo Deutsche Bank, *“sulla base dei dati appena richiamati, pertanto, è evidente che, con riferimento alla stragrande maggioranza dei contratti esaminati, l'incidenza della MIF di MasterCard è ben lontana dai valori indicati nei precedenti della Commissione al fine dimostrare l'effetto restrittivo della MIF”*²⁹⁰.

268. Secondo Deutsche Bank *“(..) è pur vero che la Commissione lasciava aperta la possibilità a diverse qualificazioni della fattispecie (...), tuttavia, affermando che la relazione tra MasterCard e le banche licenziatarie poteva avere una natura anticompetitiva verticale piuttosto che essere qualificata come una forma orizzontale di cooperazione e optando per la contestazione dei soli profili orizzontali, la Commissione ha di fatto esclusi ogni possibile sovrapposizione tra le due fattispecie”*²⁹¹.

269. Con riguardo alle clausole contrattuali contestate, Deutsche Bank ha affermato *“di applicare merchant fees differenziate per le transazioni on-us poste in essere con grossi partners nell'ambito di propri accordi di co-branding. Per tutti gli altri rapporti di convenzionamento, l'applicazione di merchant fees uniche per le transazioni on us e in circolarità è in linea con le esigenze dei piccoli e medi esercenti, agevolando il loro processo gestionale, amministrativo, e contabile a fronte di volumi molto contenuti.”* Inoltre, *“la MIF blended (..) è proposta per venire incontro alle esigenze della maggior parte dei clienti di DB che, al contrario, in presenza di offerte differenziate, sarebbero costretti ad aumentare i costi di gestione, con evidente ricadute sui prezzi e quindi a tutto danno dei consumatori finali”*²⁹².

270. In merito alla honor all cards rule, *“DB non ha quindi alcuna responsabilità (...), dal momento che le viene imposta dal circuito.”* e *“nonostante le chiare disposizioni legislative, la NDR viene al contrario interpretata negativamente dagli Uffici (...)”*²⁹³.

271. Deutsche Bank ha, infine, chiarito *“la propria posizione in merito alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 101.3 TFUE, con particolare*

²⁸⁹ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

²⁹⁰ Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

²⁹¹ Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

²⁹² Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

²⁹³ Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

riferimento alla prospettata intesa verticale, rappresentata dal contratto di licenza e in generale rispetto alla propria partecipazione al circuito MasterCard”²⁹⁴.

3.2.6. Intesa Sanpaolo

272. Intesa SanPaolo ha affermato che “*MasterCard Incorporated costituisce un’impresa indipendente ed autonoma rispetto alla licenziataria ISP*”²⁹⁵; tuttavia, la stessa Intesa SanPaolo ha confermato di esercitare i diritti di nomina nella governance del circuito, infatti tale banca ha rilevato che “*con riferimento alla nomina dei componenti del Global Board e dello European Board, ISP si limita dunque a esercitare il diritto di voto afferente a detta partecipazione, rispettivamente nell’assemblea generale e in quella degli azionisti europei di categoria M di MasterCard Incorporated. Detenendo una partecipazione irrisoria, ISP non ha mai avuto un ruolo determinante nell’elezione dei componenti degli organi in questione*”. Intesa SanPaolo, sempre in merito alla governance di MasterCard Incorporated, ha anche precisato di non aver “*visibilità sulle modalità di selezione dei possibili candidati...i candidati sono selezionati dal management di MasterCard Incorporated tra esperti del settore che, spesso, operano in grandi gruppi bancari*”²⁹⁶; inoltre, Intesa SanPaolo ha affermato che, prima della fusione tra Banca Intesa S.p.A. e Sanpaolo IMI S.p.A., “*... Banca Intesa S.p.A. questa ha espresso voto favorevole all’elezione di ...quale membro del Global Board nonché dei candidati proposti dal Nominating and Corporate Governance Committee per la nomina dell’European Board, SanPaolo IMI S.p.A. si è invece astenuta su entrambe le delibere. Successivamente all’assemblea del 2006, ISP ha espresso il proprio voto in relazione alla nomina di componenti di classe M del Global Board e di membri dell’European Board di MasterCard in due occasioni e segnatamente: nell’assemblea annuale di MC del 2008, votando a favore dei 16 candidati proposti dal Nominating and Corporate Governance Committee di MC per l’elezione dell’European Board; all’assemblea annuale di MC del 2009, votando a favore della nomina di... quale componente di classe M del Global Board*”²⁹⁷.

273. Intesa SanPaolo ha precisato, in merito alla presenza nella governance di MasterCard di propri dipendenti che “*Nessun dipendente di ISP fa o ha*

²⁹⁴ Cfr. memoria finale di Deutsche Bank del 7 ottobre 2010, doc. n. 849.

²⁹⁵ Cfr. risposta di ISP del 2 novembre 2009, doc. n. 432.

²⁹⁶ Cfr. risposta di ISP del 2 novembre 2009, doc. n. 432.

²⁹⁷ Cfr. risposta ISP del 12 maggio 2010, doc. n. 695

*fatto parte del Global Board di MasterCard Incorporated, né prima, né dopo la quotazione di quest'ultima. Quanto allo European Board, nessun dipendente di ISP sedeva in tale organo fino al 2008. A partire da tale anno, è entrato a far parte dello European Board il dott. [...], il quale è anche responsabile del coordinamento attività retail della Direzione Banca dei Territori del Gruppo ISP*²⁹⁸. Intesa SanPaolo ha anche affermato che “*il dott...[suo dipendente] è stato nominato dell'European Board dell'assemblea annuale di MC del 2008 e la sua candidatura è stata formulata dal Nominating and Corporate Governance Committee di MC in seguito a indicazioni fornite da ISP al circuito su richiesta di quest'ultimo*”²⁹⁹. Sul punto Intesa SanPaolo rileva che “*lo European Board ha carattere meramente consultivo ed è privo di poteri gestionali e di qualsiasi prerogativa in relazione alla definizione delle MIF. I suoi componenti, peraltro, sono vincolati a mantenere il più stretto riserbo in relazione a qualsiasi informazione acquisita nello svolgimento del proprio incarico*”³⁰⁰.

274. In ogni caso, Intesa Sanpaolo osserva che “*nell'eventualità in cui fosse accolta la tesi della Direzione, secondo cui la definizione delle MIF Italiane da parte di MasterCard costituisce una delibera di un'associazione di imprese contraria al divieto di cui all'art. 101, paragrafo 1, del TFUE, non potrebbe essere attribuita alcuna responsabilità ad ISP, non avendo quest'ultima contribuito in alcun modo all'assunzione della decisione contestata*”³⁰¹.

275. Relativamente alla metodologia utilizzata da MasterCard per la determinazione delle MIF, dei costi connessi al circuito (lato *acquiring* e *issuing*) nonché delle *merchant fee*, Intesa SanPaolo rileva che “*ISP non ha alcun ruolo nel determinare le MIF di MasterCard. ISP, infatti, non conosce la metodologia che MasterCard ha adottato e adotta per definire la MIF e non è a conoscenza se e di quali dati quantitativi il circuito MasterCard si serva per la determinazione dell'ammontare delle MIF stesse. ISP, a sua conoscenza, non fornisce alcuna informazione e dato di costo...*”³⁰².

276. Con riferimento ai costi dei circuiti, Intesa SanPaolo ha affermato che “*i costi addebitati dai circuiti alle banche licenziatricie sono definiti in base a*

²⁹⁸ Cfr. risposta di ISP del 2 novembre 2009, doc. n. 432.

²⁹⁹ Cfr. risposta ISP del 12 maggio 2010, doc. n. 695.

³⁰⁰ Cfr. memoria finale di Intesa Sanpaolo dell'8 ottobre 2010, doc. n. 857.

³⁰¹ Cfr. memoria finale di Intesa Sanpaolo dell'8 ottobre 2010, doc. n. 857.

³⁰² Cfr. verbale di audizione di ISP del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

un insieme articolato di previsioni contenute nei regolamenti, nelle policy e nei Manuali adottati dai circuiti stessi....tra le principali voci di costo addebitate dai predetti circuiti al Gruppo Intesa SanPaolo si possono individuare: i costi relativi alle licenze per l'utilizzo dei relativi marchi, i costi amministrativi, le acquiring fees, le cross border fees., le clearing and settlement fees, le authorization network fees, le dispute fees e le arbitration and compliance fees³⁰³”.

277. *Intesa SanPaolo ha precisato che “l’attività di issuing ...comporta vari costi, tra i quali, i seguenti: costi connessi al supporto plastico, costi di tecnologia quali il chip, costi legati alla sicurezza cliente, risk management, costi per i servizi connessi alla linea di credito, vari servizi ai clienti quali e.commerce, costi di distribuzione, costi di formazione del personale, costi di processing e di autorizzazione. A fronte di tali costi ISP percepisce il canone/la quota associativa annua e l’interchange fee....l’interchange fee....costituisce una voce di ricavo per ISP come issuer ed è definita da MasterCard sulla base di una metodologia e di dati quantitativi non noti ad ISP”. Quanto ai costi lato acquiring, Intesa SanPaolo ha puntualizzato che “i costi di emissione di una carta di credito sono gli stessi indipendentemente dal circuito utilizzato....L’attività di acquiring comporta il sostenimento, per la contrattualizzazione dei merchant, di vari costi: la interchange fee, i costi tecnologici per l’installazione dei POS e vari altri costi per i servizi ai merchant”³⁰⁴.*

278. *Relativamente alle politiche commerciali di Intesa SanPaolo nel mercato dell’acquiring, la banca ha tra l’altro affermato che “le merchant fee vengono definite da ISP tenendo conto di varie tipologie di negoziante. In particolare, i grandi e i piccoli merchant. Per i grandi merchant...è esito di una negoziazione one to one alla luce dei volumi delle transazioni, dei rischi, della qualità del credito e delle peculiarità tecnologiche del cliente stesso ...Per i merchant più piccoli, invece, non avviene una negoziazione singola per scelta commerciale di ISP, la quale individua prezzi diversi per cluster di negoziante diversi”³⁰⁵.*

279. *I rapporti con i merchant vengo quindi definiti, come affermato da Intesa SanPaolo sulla base di una “modulistica alla base del contratto di convenzionamento [che] è la stessa per tutti i merchant e prevede la possibilità di chiedere a ISP merchant diverse – per circuito (MasterCard e*

³⁰³ Cfr. risposta di ISP del 7 aprile 2010, doc. n. 629.

³⁰⁴ Cfr. verbale di audizione di ISP del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

³⁰⁵ Cfr. verbale di audizione di ISP del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

Visa), per tipologia di carta, per debito e credito, per transazione on us o in circolarità -, le preferenze, ad avviso di ISP, sono di fatto diverse per dimensioni del negoziante contrattualizzato”³⁰⁶. In particolare, rileva come Intesa SanPaolo “sia nella fase di convenzionamento, sia in quella di fatturazione, distingue per circuito e tipologia di operazione (on-us e in circolarità) le merchant fee applicate agli esercenti. Inoltre, nella maggior parte dei casi, l'importo delle merchant fee adottate da ISP è diverso a seconda del circuito utilizzato”³⁰⁷.

280. I contratti di convenzionamento stipulati da Intesa Sanpaolo con gli esercenti prevedono per le transazioni on-us l'applicazione di interchange fees diverse dalle MIF italiane e “definite in base a una convenzione infragruppo. Inoltre, anche nei rapporti con gli esercenti convenzionati con Mastercard, le merchant fee applicate a tale tipologia di transazioni sono di entità inferiore rispetto a quelle adottate per le transazioni in circolarità”³⁰⁸. Sul punto Intesa SanPaolo rileva inoltre che “per le transazioni on us, quali quelle effettuate attraverso le carte Moneta, è possibile applicare merchant fee inferiori a quelle previste per le transazioni in circolarità in quanto i) esistono delle sinergie che si verificano quando issuer e acquirer appartengono allo stesso gruppo e ii) ISP non sostiene tutti i costi connessi alle transazioni in circolarità. In particolare, in caso di transazione on us, ISP non sostiene i costi di clearing e settlement e risparmia alcuni costi di personale e commercializzazione. Tali risparmi di costo possono tradursi in una riduzione delle merchant fee per le transazioni on us che può essere del 5-10%”³⁰⁹.

281. In merito alla presenza di clausole quali la *honor-all-cards rule* e la non-discrimination rule nei propri contratti di convenzionamento esercenti, Intesa SanPaolo afferma di utilizzare “previsioni analoghe nei propri standard contrattuali per il convenzionamento dei merchant, allo scopo di garantire ai consumatori di poter utilizzare le carte di pagamento di un determinato circuito presso tutti gli esercizi che ne espongono il marchio, a parità di condizioni rispetto agli altri mezzi di pagamento”³¹⁰. Secondo Intesa Sanpaolo, “Le clausole in esame sono la declinazione fatta da ISP del principio di carattere più generale contenuto nella licenza tra ISP e MasterCard, che obbliga gli esercenti ad accettare tutte le carte del circuito

³⁰⁶ Cfr. verbale di audizione di ISP del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

³⁰⁷ Cfr. memoria finale di Intesa Sanpaolo dell'8 ottobre 2010, doc. n. 857.

³⁰⁸ Cfr. memoria finale di Intesa Sanpaolo dell'8 ottobre 2010, doc. n. 857.

³⁰⁹ Cfr. verbale di audizione di ISP del 4 maggio 2010, doc. n. 676.

³¹⁰ Cfr. memoria finale di Intesa Sanpaolo dell'8 ottobre 2010, doc. n. 857.

*per il quale sono convenzionati.”*³¹¹

282. Infine, Intesa SanPaolo rileva l'assenza di incentivi a favorire i circuiti MasterCard e Maestro dovuti a livelli delle MIF più elevati. Sul punto la banca afferma di non avere *“alcun interesse all'applicazione di IF di importo elevato. E' noto corre l'attività di ISP nel settore delle carte di pagamento sia ben più significativa - anche in termini di ricavi - nell'acquiring che nell'issuing (...) Posto che la IF costituisce un costo a carico dell'acquirer, è da escludersi che un banca net-acquiring come ISP possa essersi avvantaggiata - come sostiene la Direzione - dall'esistenza e dal livello elevato delle MIF.”*³¹².

3.2.7. ICBPI

283. ICBPI osserva preliminarmente come gran parte della propria operatività relativamente alle carte di pagamento sia riconducibile al c.d. modello del mero distributore. Ciò vuol dire che, per quanto riguarda l'attività di issuing, *“ICBPI non percepisce la MIF se non in misura del tutto trascurabile (...), atteso che(...) nel modello del mero distributore la MIF viene percepita dalle banche distributrici (...) Per quanto riguarda l'attività di acquiring, invece, ICBPI determina la merchant fee applicata agli esercenti solo in misura marginale (...), ossia allorché opera secondo il modello integrato. In tal caso, il convenzionamento dell'esercente è effettuato direttamente da ICBPI tramite le strutture commerciali di CartaSi e/o Key Client. La relazione commerciale con l'esercente è in capo a CartaSi e Key Client, alle quali compete la definizione della merchant fee (...) Da ciò discende che per ICBPI il livello più o meno elevato della MIF è del tutto irrilevante, visto che (i) per quanto riguarda l'attività di issuing l'Istituto non percepisce la MIF se non in misura del tutto trascurabile (...); e che (ii) con riguardo all'attività di acquiring, ICBPI stabilisce il livello della merchant fee solo per una porzione marginale del proprio business (...).”*³¹³

284. Con riferimento alla partecipazione di alla governance del circuito MasterCard, ICBPI ha rilevato *“L'assenza di qualsiasi ruolo di ICBPI ai fini della nomina dei membri degli organi di governance di MasterCard e della definizione delle MIF”* e che, considerando le modalità di partecipazione dell'Istituto alla elezione dei membri degli organi di MasterCard, *“non solo ICBPI non ha assunto alcun "ruolo attivo" ai fini della nomina degli organi*

³¹¹ Cfr. verbale di audizione di ISP del 4 maggio 2010, doc. n. 676.

³¹² Cfr. memoria finale di Intesa Sanpaolo dell'8 ottobre 2010, doc. n. 857.

³¹³ Cfr. memoria finale di ICBPI del 7 ottobre 2010, doc. n. 848.

*di MasterCard e non ha propri "rappresentanti" tra i membri degli organi di MasterCard, ma ha addirittura, attraverso CartaSi, sistematicamente boicottato l'elezione dei membri proposti da MasterCard"*³¹⁴. In particolare, "(...) CartaSi ha espresso voto contrario dal 2006 al 2009 ai nominativi sottoposti da MasterCard ritenendoli non rappresentativi degli interessi di tutti i licenziatari. In particolare, CartaSi non riteneva rappresentativi i nominativi appartenenti a gruppi bancari (...) con posizioni di mercato inferiori alle proprie. In particolare, CartaSi è il principale emittente ed acquirer in Italia e non voleva essere rappresentata da un soggetto con dei volumi di operatività inferiori e specializzato unicamente nel segmento delle carte di credito revolving (...) Key Client aveva, invece, votato a favore della nomina di (...) nel Global Board non avendo particolari motivi di contrarietà. (...) Più in generale (...) il gruppo ICBPI vorrebbe che i circuiti internazionali trattassero in maniera più paritaria le attività di issuing e di acquiring, cosa che non avviene per quanto riguarda il circuito MasterCard, che si caratterizza per una struttura di pricing che tende a favorire l'attività di issuing rispetto a quella di acquiring"³¹⁵.

285. ICBPI rileva, inoltre, che *"non esiste alcun accordo tra banche in Italia nell'ambito di MasterCard; le banche non avrebbero potere nella governance del circuito e non disporrebbero della possibilità di adottare alcuna decisione di carattere gestionale. La partecipazione di ICBPI alle attività del circuito si è limitata, peraltro solo in passato, alla nomina di un membro dello European Board di MasterCard (...) questa forma di partecipazione non assume particolare rilevanza per ICBPI in quanto l'istituto non ha, per effetto di tale nomina, alcuna relazione diretta con l'European Board (...) La composizione per paesi dello European Board dipende dai volumi di transazioni nazionali, ad esempio il Regno Unito ha diritto a più rappresentanti dell'Italia. MasterCard definisce unilateralmente una lista – rosa - di nomi (tutti rappresentanti di banche e non soggetti terzi) ed i licenziatari italiani, tra i quali ICBPI, hanno il potere di voto (a favore, contro o di astensione) sui nomi proposti. Si tratta, sempre e comunque di soggetti espressione del mondo bancario"*³¹⁶.

286. ICBPI rappresenta che la decisione (e l'eventuale infrazione) di MasterCard di introdurre una MIF nazionale per l'Italia, quand'anche fosse qualificata come una decisione di un'associazione di imprese, *"non è in alcun*

³¹⁴ Cfr. memoria finale di ICBPI del 7 ottobre 2010, doc. n. 848.

³¹⁵ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 28 aprile 2010, doc. n. 668.

³¹⁶ Cfr. verbale audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

modo imputabile a ICBPI (...) Di conseguenza, anche ove tale condotta fosse ritenuta in contrasto con il diritto della concorrenza, ICBPI non potrebbe comunque essere considerato parte dell'asserita intesa orizzontale posta in essere in violazione dell'art. 101 TFUE”³¹⁷.

287. Riguardo la determinazione dell'interchange fee, ICBPI afferma che *“(...) è escluso che sia definita sulla base di flussi informativi, quali i costi di issuing o altri dati, forniti dalle banche al circuito (...) la struttura dei costi di issuing per le carte dei due diversi circuiti è identica, essendo identiche le tipologie di costi presi in considerazione. Emettere una carta Visa o una carta MasterCard presenta per un issuer gli stessi costi.”³¹⁸*

288. Quanto ai profili verticali dell'asserita infrazione, in primo luogo ICBPI rappresenta come *“come anche in tutti i precedenti nazionali e comunitari in materia di interchange fees, i licenziatari dei vari circuiti di carte di credito non sono mai stati ritenuti responsabili di alcuna infrazione nonostante (i) i circuiti siano sempre stati qualificati come associazioni di imprese, e (ii) l'applicazione delle MIF sia sempre stata contemplata dai contratti di licenza dei diversi circuiti ”.* Inoltre, con riferimento all'oggetto restrittivo dei contratti di licenza con MasterCard, ICBPI osserva che *“nelle RI non risulta minimamente dimostrata l'illiceità della MIF Nazionale e, di conseguenza, non può che risultare infondata qualsiasi imputazione di responsabilità alle licenziatarie per avere "trasferito" una voce di costo di cui non risulta affatto provata la contrarietà alle disposizioni antitrust”* e che, quanto agli effetti restrittivi della MIF, *“è evidente l'assoluta carenza di istruttoria per quanto concerne la dimostrazione dell'effetto anticoncorrenziale delle MIF Nazionali atteso che (i) l'analisi è stata svolta unicamente sui dati relativi ai contratti di convenzionamento forniti dalle parti e non tiene in alcuna considerazione le differenze e il potere negoziale degli esercenti convenzionati; (ii) il campione analizzato è in massima parte rappresentato da contratti che prevedono l'applicazione di una merchant fee indifferenziata per i circuiti Visa e MasterCard e, quindi, per definizione assolutamente inidoneo a descrivere l'impatto della MIF Nazionale sulle merchant fee applicate; (iii) infine, ove anche si ammettesse - quod non - l'idoneità del campione analizzato dagli Uffici, l'incidenza della MIF Nazionale sulla merchant fee è ben inferiore ai livelli rilevati dalla Commissione europea al fine di qualificare tale MIF come avente effetto*

³¹⁷ Cfr. memoria finale di ICBPI del 7 ottobre 2010, doc. n. 848.

³¹⁸ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

*anticoncorrenziale (...)*³¹⁹.

289. Relativamente alla comunanza di interessi tra MasterCard e le banche, ICBPI precisa che *“Per quanto specificamente concerne ICBPI, in particolare, la pretesa esistenza di un "interesse comune" con il circuito a al mantenimento della MIF Nazionale a livelli elevati risulta del tutto privo di fondamento atteso che ICBPI (i) opera quasi esclusivamente attraverso il modello del mero distributore (ii) è un net acquirer del circuito MasterCard, ossia il fatturato realizzato da ICBPI nell'attività di acquiring con il circuito MasterCard risulta nettamente prevalente sull'attività di issuing svolta nell'ambito di tale circuito; (iii) opera prevalentemente con il circuito Visa.”*

³²⁰ Sul punto ICBPI osserva che *“nell'attività di acquiring, il margine di profitto ottenuto da carte Visa è superiore rispetto a quello da carte MasterCard. Infatti, essendo applicata la medesima merchant fee per Visa e per MasterCard, il primo di tali due circuiti (Visa) presenta interchange fee ed oneri di circuito più bassi con l'esito di garantire in media profitti maggiori. Per un net acquirer, pertanto, il rapporto con Visa consente tipicamente di estrarre maggiori profitti; diversa, anzi opposta, è la situazione per le banche net issuer che, date le più elevate MIF di MasterCard, estraggono margini superiori con quest'ultimo circuito. (...) MasterCard privilegia (...) l'attività di emissione delle proprie carte rispetto a quella di acquiring, al fine di favorire la migrazione dei portafogli carte delle banche a proprio favore (...) se ICBPI aderisse alle offerte commerciali di MasterCard ne ricaverebbe dei vantaggi sul lato issuing, avendo il circuito MasterCard definito MIF più elevate di quelle di Visa, solo in parte compensate da maggiori oneri di circuito”*³²¹.

290. La definizione della *merchant fee*, secondo ICBPI, avviene sulla base di *“(...) una serie di fattori legati alle condizioni di mercato. Esistono rilevazioni fatte sul mercato circa la tipologia di merchant da convenzionare che conducono a definire le merchant fee medie alla luce del potere di mercato dei vari soggetti. Sicuramente l'interchange fee è una delle principali voci di costo che la compone (...) le banche tengono anche conto di altri fattori, quali la relazione bancaria più ampia con tale esercente (ad esempio, in termini di fidi bancari), il suo potere negoziale, in larga parte legato ai volumi di transazioni, ed il livello di concorrenza esistente su tale*

³¹⁹ Cfr. memoria finale di ICBPI del 7 ottobre 2010, doc. n. 848.

³²⁰ Cfr. memoria finale di ICBPI del 7 ottobre 2010, doc. n. 848.

³²¹ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

specifico esercente”³²².

291. Quanto alle clausole previste nei contratti con gli esercenti, ICBPI osserva che 1) *“le transazioni on-us rappresentano una porzione limitata dell'attività di acquiring di ICBPI”* e che *“la remunerazione della propria attività di issuing allo stesso modo sia nel caso delle transazioni in circolarità che nel caso di transazioni on-us non è indice di alcun "comune obiettivo" con il circuito ma, più semplicemente, risponde a esigenze di razionalità e di contenimenti dei costi relativi alla gestione delle transazioni on-us.”*; 2) *“ICBPI (...) ha iniziato a offrire condizioni differenziate per i diversi circuiti già dal 2008 (...) il numero di esercenti convenzionati che ha scelto di optare per tale sistema è ancora molto basso. Ciò di fatto conferma che il c.d. blending, lungi dall'essere indicativo di un presunto "ruolo attivo assunto dalle banche nel comune interesse con il circuito di diffondere il marchio", è in realtà per lo più il prodotto della richiesta degli esercenti di avere una merchant fee unica.”*; 3) *“La c.d. honor all cards rule (...) è prevista dal circuito MasterCard unilateralmente. Tale regola impone l'obbligo di onorare tutte le carte nel sistema di carte di pagamento MasterCard (...) è evidente che tale regola viene "subita" dalle banche acquirers, in quanto queste ultime sono obbligate ad accettare tutte le carte a prescindere dalla banca emittente (...) e dal tipo di prodotto, con conseguente assunzione dell'onere connesso al minore o maggior livello della interchange fee (...) la Commissione è giunta alla conclusione che "l'obbligo di onorare tutte le carte deve essere considerato inerente al funzionamento di tale sistema, e pertanto esula dall'ambito di applicazione dell'articolo" 101, paragrafo 1, del TFUE.”*; e 4) *“Per quanto riguarda la c.d. non discrimination rule, deve innanzitutto rilevarsi che, ai sensi dell'art. 3, comma 4, del D. lgs 27 gennaio 2010 n. 11, è fatto divieto agli esercenti di "applicare spese al pagatore per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento". In pratica, dunque, il divieto di non discriminare tra strumenti di pagamento è imposto normativamente e, di conseguenza - anche ove ne fosse dimostrata la contrarietà al diritto della concorrenza - nessun addebito potrebbe muoversi a ICBPI”*³²³.

292. Con riferimento alla presenza di reti parallele di accordi verticali aventi a carattere restrittivo, ICBPI rileva che *“la dottrina del c.d. effetto cumulativo è stata sviluppata dalla giurisprudenza comunitaria - e, successivamente, recepita nei regolamenti di esenzione in materia di accordi*

³²² Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

³²³ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

verticali - allo scopo di contrastare l'effetto di blocco derivante dall'esistenza di un "complesso di contratti analoghi" (...) le RI non contengono (i) alcuna analisi in merito all'eventuale presenza di restrizioni all'accesso ai mercati dell'issuing e dell'acquiring derivante dalla presenza dei contratti di licenza con il circuito MasterCard, e (ii) il benché minimo esame delle condizioni di concorrenza sui mercati dell'issuing e dell'acquiring”³²⁴.

293. Infine, ICBPI osserva che le intese contestate “sarebbero comunque suscettibili di beneficiare dell'esenzione di cui all'art. 101, par. 3, TFUE, come emerge chiaramente dalle evidenze acquisite al fascicolo del Procedimento”.

3.2.8. Unicredit

294. Riguardo il ruolo della banca nella governance del circuito MasterCard, Unicredit ha affermato di aver “...svolto un ruolo marginale nella nomina dei membri del Global Board di MasterCard. Infatti, Unicredit si è limitata a votare a favore della lista di candidati (18 nominativi) proposta da MasterCard all'Assemblea del maggio 2005. Si ribadisce, pertanto, il ruolo assai contenuto svolto da UniCredit nella nomina del Global Board, posto che la scrivente società si è sostanzialmente limitata a ratificare la candidatura avanzata da MasterCard. In merito all'European Board di MasterCard, si precisa inoltre che UniCredit non ha neppure partecipato alla votazione dell'Assemblea di MasterCard del 3 giugno 2008, che aveva all'ordine del giorno proprio l'elezione dei membri dello European Board”³²⁵. In altre parole, Unicredit ribadisce la “la propria completa estraneità sia al soggetto MasterCard sia alle determinazioni che riguardano la MIF. Infatti, come l'istruttoria ha potuto rilevare UniCredit (né in verità le altre banche licenziate) hanno alcun potere decisionale sulla definizione della MIF sia essa da applicare a livello cross-border ovvero a livello nazionale”³²⁶.

295. Tuttavia, la stessa Unicredit ha confermato la presenza di soggetti, con incarichi nella banca - si tratta del “Presidente di UniCredit Family Financing Bank S.p.A., controllata da UniCredit – sia nel Global Board sia nell'Europe Board. Sul punto Unicredit ha rilevato che tale soggetto che partecipa ad entrambi gli organi di governance del circuito MasterCard “è

³²⁴ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

³²⁵ Cfr. risposta di UniCredit del 29 ottobre 2009, doc. n. 424.

³²⁶ Cfr. memoria finale di Unicredit dell'8 ottobre 2010, doc. n. 854.

stato nominato membro del board da MasterCard e non da UniCredit (la quale non ha formulato a MasterCard proposte in merito). Nello specifico, quanto al Global Board, l'ing. ... è stato nominato membro del board quale rappresentante delle banche europee. Quanto all'European Board, l'ing. ... è subentrato al dott., il quale, a sua volta, era membro del board di Cartasì ed Europay (successivamente divenuta lo European Board)". In merito a tali incarichi assunti, nel caso in esame, da un dipendente del gruppo Unicredit nel circuito, viene rilevato dalla parte che "...non è mai stato individuato dalla scrivente società quale fiduciario presso i Board, né a svolto tale funzione per UniCredit"³²⁷.

296. Con riferimento al fascio di intese verticali posto in essere da MasterCard e dalle singole banche, Unicredit rileva che *"gli Uffici hanno fatto un uso assolutamente improprio della nozione di reti parallele di accordi verticali che figura nel recente regolamento comunitario n. 330/2010 (e che peraltro non è utilizzata in altri contesti) ma che viene utilizzata in ipotesi e su presupposti concettuali ben differenti da quelli che ricorrono nel caso di specie. Questo concetto, infatti, ha come indefettibile presupposto l'esistenza di (almeno) un'intesa verticale illecita che, singolarmente considerata, non sia tale da produrre una sensibile restrizione della concorrenza e che, per tale ragione, potrebbe beneficiare della presunzione di liceità prevista dal regolamento n. 330/2010 (...) gli Uffici avrebbero dovuto dapprima dimostrare la natura anticoncorrenziale dei singoli accordi di licenza e solo dopo aver assolto a tale onere probatorio, avrebbe avuto senso richiamare la fattispecie del fascio di intese"*³²⁸.

297. Unicredit, proprio con riferimento al rapporto tra banca licenziataria e circuito MasterCard, ha rilevato che *"il contratto di licenza relativo al circuito MC, nella duplice proiezione issuing e acquiring, è stato predisposto unilateralmente dalla stessa MasterCard e, per quanto consta, è uguale per tutte le banche ed enti operanti nei mercati di riferimento. Si tratta quindi di un vero e proprio contratto per adesione avente ad oggetto la partecipazione ad un circuito di rilevanza internazionale che costituisce, ad oggi, un servizio pressoché indispensabile per il cliente. La posizione contrattuale di "aderente" di UniCredit rispetto alla proposta di MC è quindi sostanzialmente "passiva" e "necessitata"*³²⁹. Per tale motivazione

³²⁷ Cfr. risposta di UniCredit del 29 ottobre 2009, doc. n. 424.

³²⁸ Cfr. memoria finale di Unicredit dell'8 ottobre 2010, doc. n. 854.

³²⁹ Cfr. allegato al verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

UniCredit ritiene che, dopo aver stipulato il contratto di licenza con MasterCard il 19 luglio 1997 *“La fissazione della MIF è un fatto indipendente e del tutto estraneo a tale circostanza. La variabilità della MIF e la sua entità nel corso del tempo è infatti dipesa unicamente da MC...Le condizioni generali predisposte da MC (agli art. 9.5 e n. 9.6. del documento MasterCard Rules del 3 giugno 2009) prevedono altresì che l’obbligo di adottare la MIF fissata da MC scatterà, in default, in tutti i casi in cui non vi sia stata una differente negoziazione bilaterale tra issuer ed acquirer....Ne segue che l’applicazione della MIF secondo le predette condizioni generali finisce per essere un obbligo (oltretutto inevitabile se si vuol restare nel circuito). Obbligo contrattuale verso MC assunto da UniCredit in qualità di acquirer ed efficace verso gli issuer”*³³⁰.

298. Relativamente alla determinazione delle MIF, dei costi della banca per le attività di *acquiring* e *issuing* in funzione dei circuiti utilizzati, Unicredit tra l’altro ha precisato che: *“non conosce il modello di definizione delle MIF utilizzato da MasterCard e che UniCredit non ha mai fornito dati di costo, nè relativi all’attività di issuing né relativi all’attività di acquiring, al circuito MasterCard”*³³¹. Unicredit ha quindi affermato che *“i costi di emettere carte dei circuiti Visa e MasterCard sono, per UniCredit, sostanzialmente gli stessi”*³³². Nel dettaglio la banca specifica *“...le seguenti tipologie di costo per l’attività di issuing: costi nei confronti del circuito (processing fee e volume fee), che sono diversi viste le diverse politiche commerciali dei circuiti Visa e MasterCard, costi di processing (non avendo UniCredit un centro autorizzativo interno), costi di acquisizione del cliente, costi di valutazione del credito, del materiale di comunicazione, postali e di manutenzione Internet, del servizio clienti, costi di eventuali default”*³³³.

299. Con riferimento al rapporto tra MIF e *merchant fee*, Unicredit sostiene che *“La MIF opera infatti solo come variabile di costo fissa per tutti gli acquirer, non va confusa col “prezzo” che è dato dalla MF, ed opera oltretutto insieme ad altre variabili di costo: costo di circuito (processing fees, volume fee), costi di processing (nel caso in cui l’acquirer non abbia un proprio sistema autorizzativo ...), costi di acquisizione del cliente (personale commerciale), costi di erogazione dei servizi..., costo del servizio di prevenzione frodi (sistema informativo e personale), costi legati al rischio di*

³³⁰ Cfr. allegato al verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

³³¹ Cfr. verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009., doc. n. 377.

³³² Cfr. verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

³³³ Cfr. verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

default”³³⁴. Aggiunge Unicredit che *“proprio perché la MIF è solo una voce di costo fissa (la quale si unisce ad altre voci di costo variabili) che risulta possibile lo svilupparsi di una concorrenza effettiva sul mercato dell’acquiring”*.

300. La definizione della *merchant fee*, sopra citata, viene definita sulla base di *“parametri di valutazione adottati da UniCredit per la definizione delle merchant fee praticate ai clienti. I parametri in questione sono i seguenti: 1) gli incassi delle carte di credito; 2) il numero delle transazioni con carta di credito; 3) lo scontrino medio delle carte di credito; 4) il numero dei punti di vendita; 5) il numero dei terminali e la tipologia; 6) la proprietà dei terminali. Tali parametri sono integrati da: i) la valutazione globale del cliente ..., ii) la categoria merceologica di appartenenza del cliente; iii) il costo di acquisizione del cliente, escluso il costo del personale...Le voci così descritte consentono di identificare i costi e i ricavi connessi a ciascuna transazione”*³³⁵. Riguardo la MIF, Unicredit afferma che la stessa *“risulta del tutto neutra dal punto di vista dell’impatto sulla concorrenza tra acquirer. Una volta fissata una MIF multilaterale a livello di circuito, sia questa per ipotesi vicina allo zero oppure molto elevata, il grado di concorrenza tra acquirers resta sempre pienamente sviluppabile, poiché il confronto competitivo si esplica sulle altre variabili di costo e sui servizi aggiuntivi che determinano merchant fees differenziate”*³³⁶.

301. In merito al lato domanda dei servizi di *acquiring*, Unicredit ha rilevato che *“il merchant, lungi dal trovarsi in una condizione di debolezza nel rapporto contrattuale di acquiring con la scrivente, si trova piuttosto in una posizione di forza”*³³⁷. Inoltre, *“pur essendo stabilito il livello della MF [merchant fee] nel contratto di acquiring iniziale, esso è sovente rinegoziato nel corso del rapporto. Il che testimonia ulteriormente la flessibilità di tale mercato”*³³⁸.

302. In merito alle politiche commerciali di Unicredit, la parte ha affermato che *“attualmente UniCredit offre il proprio servizio ai merchant sulla base di una merchant fee unica (c.d. blended) e che non vi è alcuna distinzione, nella definizione della merchant fee, tra transazioni on-us ed in circolarità”*³³⁹. Si rileva che, con specifico riferimento ai clienti di grandi

³³⁴ Cfr. allegato al verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

³³⁵ Cfr. risposta di Unicredit del 2 aprile 2010, doc. n. 625

³³⁶ Cfr. memoria finale di Unicredit dell’8 ottobre 2010, doc. n. 854.

³³⁷ Cfr. allegato al verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377

³³⁸ Cfr. allegato al verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

³³⁹ Cfr. verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

dimensioni, “l’incidenza percentuale su ogni transazione” delle “interchange fee” come voci di costo è indicata con una percentuale del [35-40%]³⁴⁰. Sul punto Unicredit osserva che “tale modalità di indicazione della merchant fee [blended] è stata adottata da UniCredit sulla base di specifiche richieste degli stessi esercenti convenzionati che per loro comodità funzionale hanno optato per questo sistema (...) Infine, l'utilizzazione di una merchant fee non differenziata per le transazioni "on-us" è dovuta a due ragioni. La prima è che anche qui l'uniformità di trattamento nei due casi era strumentale al più semplice funzionamento del sistema e dei rapporti con i merchants. La seconda si lega al fatto che queste operazioni non sono comunque gestite internamente da UniCredit ed il loro costo non si differenzia da quelle "not on-us". Ed infatti, la gestione delle transazioni "on-us" viene affidata da UniCredit ad una società esterna specializzata in servizi di processing e anche queste transazioni "passano" attraverso il circuito di riferimento (sia esso MasterCard o Visa). In questo contesto la previsione di una merchant fee differenziata non avrebbe alcuna giustificazione economica”³⁴¹.

303. Con riferimento ad alcune clausole contrattuali contenute nei contratti di convenzionamento stipulati da Unicredit, quali la honour all cards rule e non discrimination rule, la banca sostiene che “esse sono espressione della discrezionalità degli acquirer nel decidere quali politiche commerciali adottare con gli esercenti e non già il frutto di un'intesa con il circuito MasterCard. Tali clausole, infatti, sono inserite nei contratti di convenzionamento di UniCredit senza che vi sia alcuna indicazione in merito nell'accordo di licenza stipulato con MasterCard. La discrezionalità con cui le banche utilizzano queste clausole esclude di per sé la possibilità di configurare un'intesa vietata, soprattutto in mancanza di prove relative alla concertazione con il circuito o tra le banche acquirer sull'adozione di tali previsioni contrattuali (...) [Tali] clausole (...) sono state sempre considerate da parte di UniCredit (...) come condizioni contrattuali di particolare tutela per l'utilizzatore della carta/consumatore. Grazie a queste previsioni contrattuali, ad esempio, si evita al consumatore di dover sopportare gli ingiustificati aumenti di prezzo che l'esercente volesse imporre per recuperare i (minimi) costi di transazione legati ai pagamenti con carta.”³⁴²

304. Infine, Unicredit osserva come “le condotte contestate sarebbero

³⁴⁰ Cfr. tabella contenuta nella risposta di Unicredit del 29 ottobre 2009, doc. n. 424.

³⁴¹ Cfr. memoria finale di Unicredit dell'8 ottobre 2010, doc. n. 854.

³⁴² Cfr. memoria finale di Unicredit dell'8 ottobre 2010, doc. n. 854.

comunque esentabili ai sensi dell'art. 101.3 TFUE” in quanto “il sistema a quattro parti (con cui opera il circuito MasterCard), costruito intorno alla fissazione centralizzata delle MIF corrisposte dagli acquirer agli issuer, produce notevoli ed evidenti vantaggi per tutti i soggetti coinvolti nell'offerta e nella fruizione dei servizi di pagamento tramite carte e che tali vantaggi superano di misura i costi e le eventuali restrizioni concorrenziali ipotizzate dagli Uffici. Le efficienze ed i vantaggi sono per gli utilizzatori finali (merchant e cardholder) e per la collettività in generale”.³⁴³

3.2.9. SKY

305. Sky Italia, interveniente come terzo nel presente procedimento, ha svolto alcune considerazioni, in particolare in merito al livello delle MIF in Italia.

306. Sky ha affermato che, *“l'importo richiesto a titolo di interchange fee è particolarmente elevato anche in confronto a quello applicato a livello europeo. In particolare, a livello domestico la tariffa è pari allo 0,8% mentre a livello transfrontaliero è una somma fissa di 0,05 € + un'aliquota ad valorem dello 0,2%, ovvero quattro volte inferiore rispetto a quella nazionale. Ad avviso della scrivente società, tale differenza dovrebbe suggerire che MasterCard stia riposizionando il proprio mercato di riferimento a livello comunitario (in ambito SEPA, “Single Euro Payments Area”) con un'azione di abbattimento dell'importo della commissione che però inspiegabilmente non trova alcun riscontro nel mercato domestico italiano, con il risultato che in quest'ultimo rimangono artificialmente elevate le merchant fees sostenute dagli esercenti come Sky”.*

307. Inoltre, *“Sky rileva l'opportunità di replicare in ambito domestico quanto applicato a livello transfrontaliero (sempre in ambito SEPA), atteso che le commissioni richieste per le transazioni transfrontaliere sono notevolmente inferiori anche in virtù della nuova distribuzione dei costi di interchange fee applicati da MasterCard dal 1 Luglio 2009. La differenza di prezzo riscontrata non ha infatti giustificazioni tecniche o economiche”³⁴⁴.*

³⁴³ Cfr. memoria finale di Unicredit dell'8 ottobre 2010, doc. n. 854.

³⁴⁴ Cfr. nota di Sky Italia del 21 aprile 2010, doc. n. 657.

4. VALUTAZIONI GIURIDICHE

4.1. Qualificazione delle fattispecie

308. Sulla base degli elementi raccolti risulta che la fissazione da parte del circuito MasterCard di una specifica commissione multilaterale per l'Italia (MIF), da un lato, e l'insieme dei contratti di licenza stipulati tra lo stesso circuito ed i propri licenziatari *acquirer*, dall'altro, configurano fattispecie restrittive della concorrenza contrarie al divieto previsto dall'art. 101 del TFUE (già art. 81 del Trattato CE).

309. In particolare, le evidenze descritte in fatto mostrano, in primo luogo, come il circuito Mastercard definisce e prevede, in base alle regole fissate dallo stesso circuito, l'applicazione di una specifica commissione multilaterale per l'Italia (MIF)³⁴⁵ che viene a rappresentare una soglia minima per la successiva definizione del prezzo sul mercato dell'*acquiring*; regole alle quali le banche, diventando licenziatarie del marchio MasterCard, consapevolmente aderiscono.

310. Nel caso specifico, il circuito MasterCard costituisce un'associazione di imprese. Pertanto, la MIF, introdotta a livello nazionale nell'aprile 2007 dal circuito e applicata consapevolmente dalle licenziatarie, è una deliberazione di un'associazione di imprese, rappresentata dal circuito MasterCard, e si configura come un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 del TFUE, venendo a rappresentare una voce omogenea e comune per i licenziatari/*acquirer* senza alcuna giustificazione economica³⁴⁶. Il meccanismo di corresponsione di questa MIF, in quanto voce di ricavo per le banche *issuer* e voce comune per la definizione della *merchant fee* da parte degli *acquirer*, rende incentivante la diffusione del circuito MasterCard, avendo quest'ultimo MIF più elevate rispetto agli altri circuiti. Si tratta, pertanto, di una intesa restrittiva, in violazione dell'art. 101 del TFUE, avente per oggetto la definizione coordinata di una soglia minima da parte del circuito MasterCard il quale, per la particolare struttura di *governance* da esso adottata - che vede direttamente e indirettamente presenti le licenziatarie del marchio -, è qualificabile come associazione di imprese.

311. Inoltre, attraverso i contratti di licenza tra il circuito MasterCard e le

³⁴⁵ Nel seguito si farà riferimento alla nozione di MIF al singolare o al plurale indifferentemente, in quanto MasterCard ha introdotto, come principio, una MIF nazionale ma a livelli diversi per tipo di carta.

³⁴⁶ Impostazione coerente con il caso comunitario cfr. notice VISA 28 maggio 2010.

singole banche si realizza, non solo il trasferimento da parte delle licenziatarie/*acquirer* delle MIF, come sopra definite dall'intesa orizzontale, sulle *merchant fee*, ma le licenziatarie pongono in essere condotte che amplificano l'impatto delle commissioni interbancarie, garantendone l'applicazione in assenza di rischi competitivi a vantaggio delle stesse licenziatarie e del circuito.

312. Come nel seguito precisato e sulla base delle evidenze in fatto, esiste un nesso causale tra le condotte delle singole banche *acquirer* nei rapporti con i rispettivi negozianti (attraverso i contratti di convenzionamento) e i contratti di licenza che legano tali banche con il circuito MasterCard.

313. Infatti, è attraverso i contratti di convenzionamento tra singole banche *acquirer* ed esercenti che viene applicata la *merchant fee*. Quest'ultima commissione, che rappresenta il prezzo finale nel mercato dell'*acquiring*, viene definita dalle banche *acquirer* sulla base sia della comune soglia minima rappresentata dalla MIF sia di altre clausole contrattuali. Si tratta, come meglio spiegato nel seguito, di clausole che prevedono: (i) una stessa *merchant fee* non differenziata per circuiti diversi (*blending*), (ii) una medesima *merchant fee* anche se le transazioni avvengono non in circolarità (*on-us*), (iii) l'obbligo all'accettazione di tutte le carte del circuito comprese le più onerose in termini di *merchant fee* e (iv) la non differenziazione del prezzo finale in funzione dello strumento di pagamento utilizzato. Si tratta di clausole diverse legate dal comune obiettivo di non mettere in concorrenza i circuiti e di diffondere il circuito con la MIF più elevata.

314. Tali clausole vengono adottate, in parte o tutte, dalle banche parti del presente procedimento, nei rapporti di convenzionamento al fine di limitare il confronto competitivo nel mercato dell'*acquiring*; ciò è direttamente funzionale all'obiettivo di diffusione del marchio che il circuito persegue fissando la MIF.

315. Il nesso causale che quindi collega la condotta delle singole banche *acquirer* al circuito MasterCard è da ritrovarsi nei contratti di licenza, i quali sono funzionali alla successiva stipulazione dei contratti di convenzionamento con i negozianti. Le varie clausole che le singole banche *acquirer* (ciascuna con alcune specificità nel seguito dettagliate e riportate in fatto) inseriscono in questi contratti di convenzionamento derivano dalla finalità di assicurare alle banche stesse e al circuito che le MIF, da quest'ultimo definite, siano trasferite sulle *merchant fee* in assenza di confronti competitivi con altri circuiti (*blending*), strumenti di pagamento

(NDR), tipi di carte (HACR) e di transazione (*on-us*), così producendo la massima diffusione proprio del circuito con MIF più elevate, nel comune interesse del circuito e delle banche.

316. Il comune interesse di MasterCard e delle banche deriva infatti dalla circostanza che:

(i) il circuito estrae, grazie a MIF elevate, ricavi crescenti (le c.d. *scheme fee*) all'aumentare della diffusione e utilizzo del proprio marchio;

(ii) le banche *issuer* incassano le MIF come voce di ricavo;

(iii) le banche *acquirer*, trasferendo sulla *merchant fee* l'identica MIF, estraggono il margine di profitto in misura crescente al crescere della probabilità di avere transazioni con il circuito. Ciò in assenza di rischi competitivi essendo la MIF una commissione multilaterale omogenea per i licenziatari.

317. Più precisamente, le clausole introdotte nei contratti di convenzionamento amplificano l'impatto restrittivo delle MIF garantendo la diffusione del circuito che ha definito, secondo le regole cui rinviano i contratti di licenza, le MIF più elevate, ciò in assenza di alcun confronto competitivo.

318. Ad esempio, il *blending* assicura che MasterCard, avendo la MIF più elevata, non sia esposto al rischio, dal lato *acquiring*, che la domanda degli esercenti crei una pressione competitiva a vantaggio di circuiti con MIF e quindi *merchant fee* meno elevate. Al tempo stesso, dal lato *issuing*, attraverso tali MIF, MasterCard si assicura il massimo incentivo al collocamento di proprie carte.

Lo stesso si verifica per la clausola di non discriminazione tra strumenti di pagamento alternativi poiché essa non permette al merchant di differenziare il prezzo finale del bene/servizio venduto in funzione dello strumento di pagamento utilizzato, quindi in funzione del diverso costo (dovuto anche alla MIF quindi alla *merchant fee* nel caso delle carte) per gli esercenti.

Analogamente, l'*on-us*, prevedendo la corresponsione della medesima *merchant fee* anche quanto la MIF non sarebbe dovuta, in quanto banca *issuer* e banca *acquirer* coincidono, garantisce a MasterCard che le banche *acquirer* abbiano l'incentivo a contrattualizzare gli esercenti proprio con il circuito con la commissione interbancaria più alta.

Infine, la HACR, prevista espressamente dalle regole del circuito, assicura a

MasterCard che gli esercenti accettino anche le carte con le MIF, e quindi *merchant fee*, più elevate. E' il caso, ad esempio, come riportato in fatto, delle carte commercial corporate, aventi una MIF MasterCard doppia rispetto alle carte consumer.

Si tratta quindi di clausole previste nei contratti con i merchant dalle banche *acquirer* che assicurano a queste ultime e al circuito, ovvero alle due parti dei contratti di licenza, la massima diffusione di MasterCard a vantaggio di entrambi.

319. Si rileva che le banche applicano le suddette clausole, nei rapporti con i merchant, in modo differenziato – ossia applicandole tutte o in parte, per la totalità delle carte di credito e debito o soltanto per una tipologia – ma sempre nella prospettiva di limitare il contesto competitivo a vantaggio di entrambe le parti dei contratti di licenza: le banche *acquirer* e il circuito MasterCard.

320. Pertanto, l'insieme dei contratti di licenza tra il circuito MasterCard e gli *acquirer* rappresenta un insieme di intese verticali funzionale non solo alla successiva stipulazione dei contratti di convenzionamento nei quali le banche licenziatarie definiscono le proprie *merchant fee* - avendo come prezzo minimo la MIF definita dal circuito e non con altre modalità (quali ad esempio con rapporti bilaterali) -, ma anche all'introduzione di specifiche clausole contrattuali volte alla diffusione del circuito con la MIF più elevata amplificandone l'impatto restrittivo nel mercato dell'*acquiring*. Si tratta, quindi, di una fattispecie restrittiva della concorrenza in violazione dell'art. 101 del TFUE.

4.1.1. La definizione delle *interchange fee* da parte del circuito MasterCard

321. Nel seguito, in base alle evidenze agli atti, si svilupperà come (i) il circuito MasterCard sia qualificabile quale associazione di imprese, (ii) la definizione della MIF nazionale costituisca l'esito di una deliberazione di associazione di imprese, (iii) la restrittività di tale MIF rappresenti una comune e omogenea soglia minima in assenza di qualunque giustificazione economica.

4.1.1.1. Il ruolo delle licenziatarie nella governance del circuito MasterCard

322. Le evidenze riportate in fatto mostrano che le regole del circuito

prevedono esplicitamente l'applicazione di una MIF ad ogni transazione e che le banche, aderendo al circuito attraverso la sottoscrizione dei contratti di licenza, consapevolmente ne danno attuazione. Infatti, come riportato in fatto, i contratti di licenza MasterCard prevedono il rispetto della regola del circuito che prevede la corresponsione della MIF dagli *acquirer* agli *issuer* per ogni transazione in circolarità.

323. Nel caso in esame, le stesse evidenze documentali consentono di chiarire l'effettivo operare del circuito e delle licenziatarie attraverso la struttura di *governance* adottata da MasterCard e le modalità con le quali il circuito perviene a definire la MIF.

324. Più precisamente, risulta agli atti che la *governance* di Mastercard ha avuto una modifica nel maggio 2006, in corrispondenza con la quotazione in Borsa, presso il NYSE, di MasterCard Incorporated (la capogruppo del circuito MasterCard). Sino a tale momento MasterCard Incorporated era una società non quotata, con azionisti le banche e le società finanziarie licenziatarie del circuito stesso; tra l'altro con propri rappresentanti nominati nella *governance* di MasterCard, di norma dipendenti delle stesse licenziatarie. Come descritto in fatto, in tale contesto MasterCard era una associazione di imprese³⁴⁷ ed esisteva uno specifico *board* europeo ("*European Board*"), composto da delegati di banche europee, che definiva, tra l'altro, le MIF *cross-border*. Sul punto rileva quanto la stessa MasterCard ha precisato in audizione nell'ambito del procedimento comunitario, affermando "*But what was the situation before the IPO, the historic case, before May 2006? Was Article 81 then applicable? We do not contest that, then, there was an association of undertakings. MasterCard was owned by the banks and the Europe Board, composed of bankers, had the authority to approve the Ifs. In fact, it is precisely for those reasons, because there was an association of undertakings, that it was notified 14 years ago*"³⁴⁸. Come parimenti descritto in fatto, fino all'aprile 2007, alle transazioni nazionali in Italia con carta MasterCard si applicavano di *default* tali MIF *cross-border*.

325. Successivamente alla quotazione in Borsa di MasterCard Incorporated l'assetto della *governance* è stato modificato, in particolare, con riferimento

³⁴⁷ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007, COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards, par. 331, in particolare "*MasterCard does not contest that it was an association of undertakings within the meaning of article 81(1) of the Treaty in the period before 25 May 2006 that is until the day when the IPO of MasterCard Incorporated took place*".

³⁴⁸ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007, COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards, par. 331, nota 384.

agli organi di governo societario, alla loro composizione e alle attività svolte. Tuttavia, ciò che emerge sono i seguenti profili di rilievo:

- il ruolo svolto dalle licenziatarie come azioniste di Classe M di MasterCard, in particolare il potere di eleggere membri degli organi di *governance* del circuito (*Global Board* e *Europe Board*);
- il potere di eleggere, da parte delle licenziatarie, quali rappresentanti nel *Global Board* e nello *Europe Board*, anche propri dipendenti;
- il ruolo assunto da alcuni membri espressione delle licenziatarie del circuito nel *board of directors* di MasterCard, prima della quotazione in Borsa, nell'individuazione di sei dei primi otto rappresentanti degli azionisti di Classe A nel *Global Board*;
- il ruolo assunto dal *board of directors* di MasterCard, prima della quotazione in Borsa, nell'eleggere tali nuovi rappresentati, nel maggio 2006;
- le compresenze tra *Global Board* e *Europe Board*, nonché la partecipazione del Presidente di MasterCard Europe e membro dello *Europe Board* a riunioni del *Global Board*, che assicurano un flusso informativo tra le licenziatarie europee e l'organo con il potere di determinare le MIF nazionali specifiche per l'Italia;
- l'evidenza di riunioni nell'agosto 2007, riguardanti anche le MIF nazionali in Europa, tra esponenti del *Global Board*, dello *Europe Board* e del management di MasterCard, in data successiva all'introduzione in Italia, nell'aprile 2007, di MIF nazionali.

326. Più nello specifico, in merito al ruolo delle licenziatarie nella nomina dei rappresentanti nel *Global Board*, le evidenze agli atti mostrano che dei nove membri del primo *Global Board* post quotazione:

- uno era rappresentante degli azionisti licenziatari di classe M e da questi eletto;
- relativamente agli altri otto membri in rappresentanza degli azionisti di classe A, essi sono stati nominati (almeno sei su otto) nel maggio 2006, quindi prima della assemblea degli azionisti svoltasi nel luglio 2006, dal *board* preesistente la quotazione in Borsa, espressione delle licenziatarie di MasterCard.

327. Alla elezione di tale rappresentante dei licenziatari nel *Global Board*, ovvero degli azionisti di Classe M, hanno partecipato anche le parti del presente procedimento. Sul punto, tutte le parti hanno affermato di avere il

diritto di voto per l'elezione di membri nei *board* del circuito in quanto licenziatari e azionisti di Classe M. Inoltre, come sotto precisato, le singole banche hanno specificato come lo stesso sia stato esercitato.

328. ICBPI ha affermato, al riguardo, che tali rappresentanti devono essere rappresentativi degli interessi di tutti i licenziatari. In particolare, CartaSì, ora parte del gruppo ICBPI³⁴⁹, ha espresso voto contrario ai nominativi individuati da MasterCard non ritenendo tali soggetti rappresentativi dei propri interessi. Infatti, *“CartaSì ha espresso voto contrario dal 2006 al 2009 ai nominativi sottoposti da MasterCard ritenendoli non rappresentativi degli interessi di tutti i licenziatari. In particolare, Cartasì non riteneva rappresentativi i nominativi appartenenti a gruppi bancari (come, ad esempio, il dott. ... dipendente di Unicredit) con posizioni di mercato inferiori alle proprie. In particolare, CartaSì è il principale emittente ed acquirer in Italia e non voleva essere rappresentata da un soggetto con dei volumi di operatività inferiori ...”*³⁵⁰.

329. Altre parti hanno precisato in quali anni hanno espresso voto favorevole ai nomi sottoposti dal circuito MasterCard. Al riguardo, risulta agli atti che *“BNL ha votato esprimendo voto favorevole per il candidato proposto da MasterCard solo nel 2006 e nel 2009, mentre non ha espresso alcun voto negli anni 2007 e 2008³⁵¹”*; relativamente ad Intesa SanPaolo (prima della fusione tra Banca Intesa S.p.A. e Sanpaolo IMI S.p.A.), *“... Banca Intesa S.p.A. questa ha espresso voto favorevole all'elezione di ... quale membro del Global Board nonché dei candidati proposti dal Nominating and Corporate Governance Committee per la nomina dell'European Board. SanPaolo IMI S.p.A. si è invece astenuta su entrambe le delibere. Successivamente all'assemblea del 2006, ISP ha espresso il proprio voto in relazione alla nomina di componenti di classe M del Global Board e di membri dell'European Board di MasterCard in due occasioni e segnatamente: nell'assemblea annuale di MC del 2008, votando a favore dei 16 candidati proposti dal Nominating and Corporate Governance Committee di MC per l'elezione dell'European Board; all'assemblea annuale di MC del 2009, votando a favore della nomina di... quale componente di classe M del Global Board”*³⁵²; anche Key Client, gruppo ICBPI, ha *“votato a favore della nomina di ... nel Global Board non avendo particolari motivi di*

³⁴⁹ Cfr. provvedimento di chiusura istruttoria C9817 - Istituto Centrale delle Banche Popolari/Sì Holding, in Boll. n. 12/09, con il quale è stata autorizzata con misure l'operazione di concentrazione.

³⁵⁰ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 28 aprile 2009, doc. n. 668.

³⁵¹ Cfr. risposta di BNL del 7 maggio 2010, doc. n. 682.

³⁵² Cfr. risposta di ISP del 12 maggio 2010, doc. n. 695.

contrarietà”³⁵³.

330. Rileva sul punto, ad evidenza di come i nominativi sottoposti ed eletti nel *Global Board* siano direttamente espressione delle licenziatarie in funzione anche delle rispettive quote di mercato, quanto affermato da BNL circa il fatto che: “... *il ruolo non particolarmente rilevante, in termini di quote nell’acquirig/issuing con marchio MasterCard svolto da BNL, spiega il perché la banca non ha espresso motivi di contrarietà alla nomina di un soggetto non avente legami diretti come dipendente della banca ma di una altra licenziataria*”³⁵⁴. Quanto a BMPS e Unicredit esse hanno confermato, come riportato nei paragrafi relativi alla posizione delle parti, l’esercizio del diritto di voto nel 2005, tra l’altro con quest’ultima banca avente un proprio dipendente nel *Global Board*. Deutsche Bank ha precisato di avere un proprio rappresentante in un organo di *governance* di MasterCard, il Southern Europe Regional Customer Advisory Forum.³⁵⁵ Anche Barclays ha confermato di aver “*esercitato tali diritti in passato, in particolare con riferimento alla nomina dell’amministratore di classe M nel Global Board*”³⁵⁶ e Banca Sella ha precisato di svolgere il ruolo derivante dai “*voting rights*”³⁵⁷.

331. Dalla prima composizione del 2006 ad oggi³⁵⁸, il *Global Board* si è in parte modificato, comprendendo dodici membri, tre in rappresentanza degli azionisti licenziatari di Classe M e nove degli azionisti di classe A. In merito a due dei primi tre rileva notare che:

- uno era già membro del *board* di MasterCard Incorporated prima della quotazione ed è Presidente dello *Europe Board*, oltre ad avere cariche nel gruppo Unicredit;
- l’altro è stato membro e Presidente dello “*US region board*” di MasterCard prima della quotazione in Borsa di MasterCard.

332. In merito ai nove membri in rappresentanza degli azionisti di classe A, si osserva che³⁵⁹:

- sette derivano dal primo *board* eletto dopo la quotazione in Borsa;

³⁵³ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 28 aprile 2010, doc. n. 668.

³⁵⁴ Cfr. verbale di audizione di BNL del 29 aprile 2010, doc. n. 672.

³⁵⁵ Cfr. risposta di Deutsche Bank del 17 novembre 2009, doc. n. 459.

³⁵⁶ Cfr. risposta di Barclays del 30 ottobre 2009, doc. n. 429.

³⁵⁷ Cfr. risposta di Banca Sella del 16 novembre 2009, doc. n. 456, in particolare il riferimento ai “*voting rights*” di cui all’atto costitutivo di MasterCard.

³⁵⁸ Analisi svolta dalla quotazione in borsa di MasterCard nel maggio 2006 fino all’Assemblea degli Azionisti del 2009, ancora in carica all’aprile 2010.

³⁵⁹ Cfr. risposta di MasterCard del 26 aprile 2010, doc. n. 667.

– due sono stati eletti, rispettivamente, nel 2007 e nel 2008 dallo stesso *Global Board*, organo composto, come indicato al punto precedente, anche da membri con una continuità rispetto al *board* di MasterCard prima della quotazione in Borsa.

333. Quanto al *Europe Board*, esso è composto dai rappresentanti degli azionisti di classe M di MasterCard europei, ovvero dai licenziatari del circuito in Europa. Tra tali licenziatari figurano anche le banche *acquirers* parti del presente procedimento, ovvero Unicredit, Intesa SanPaolo, BMPS, BNL, Banca Sella, Barclays, Deutsche Bank, ICBPI. In particolare, nell'assemblea degli azionisti di MasterCard del 2006 sono stati eletti 17 membri. Come descritto in fatto, tra tali membri figurano un soggetto, con incarichi nel gruppo Unicredit, che diventerà rappresentante degli azionisti di Classe M nel *Global Board* nel gennaio 2008, nonché il Presidente di MasterCard Europe ed il Presidente ed Amministratore Delegato di MasterCard Incorporated.

334. A seguito delle citate nomine, nell'assemblea degli azionisti del 3 giugno 2008, si è pervenuti all'attuale³⁶⁰ struttura dell'*Europe Board* che vede presenti, come rappresentanti delle stesse licenziatarie europee, un soggetto con incarichi in Unicredit e un soggetto con incarichi in Intesa SanPaolo, oltre al Presidente di MasterCard Europe ed al Presidente ed Amministratore Delegato di MasterCard Incorporated.

4.1.1.2. I requisiti dei soggetti eletti nella governance del circuito MasterCard

335. Come riportato in fatto, i soggetti nominati nel *Global Board* presentano requisiti diversi in funzione degli azionisti dei quali sono espressione. In sintesi, in base alle regole contenute nell'atto costitutivo di MasterCard³⁶¹, essi non devono essere, attualmente o negli ultimi tre anni, dipendenti di un licenziatario di MasterCard o della MasterCard Foundation, fatta però eccezione per i rappresentanti degli azionisti di classe M, per i quali è invece possibile l'assunzione dell'incarico anche se dipendenti di banche/finanziarie licenziatarie.

336. Infatti, si sono verificati in passato e si realizzano tutt'oggi doppi incarichi. Ciò significa che nel *Global Board* di MasterCard i soggetti che gli

³⁶⁰ Analisi svolta dalla quotazione in borsa di MasterCard nel maggio 2006 fino all'Assemblea degli Azionisti del 2009, ancora in carica all'aprile 2010.

³⁶¹ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.4. (B).

azionisti licenziatari (classe M) esprimono (ed hanno espresso in passato) possono anche essere dipendenti delle stesse banche/società finanziarie licenziatarie. Proprio la rilevanza della rappresentatività di tali soggetti ha condotto alcune società ad esprimere voto favorevole, come sopra detto, ed altre, quali ad esempio Carta Sì³⁶² (nel periodo 2006-2009), ad esprimere voto negativo sui nominativi sottoposti per la nomina.

337. Oltre al ruolo attivo delle licenziatarie esercitato nelle nomine per la *governance* del circuito, quanto riportato evidenzia l'esistenza di soggetti dipendenti delle licenziatarie quali rappresentanti degli interessi delle banche/finanziarie nel *Global Board* del circuito MasterCard. Quest'ultimo è un organo con funzioni dirette nelle strategie del circuito, quali la determinazione delle MIF (comprese quelle specifiche nazionali), come dettagliato in fatto e nel seguito precisato.

338. In merito ai membri dello *Europe Board* essi sono tutti soggetti rappresentanti delle stesse licenziatarie in Europa, nonché dipendenti delle stesse. Inoltre, per lo *Europe Board* la scelta risulta motivata sulla base di ragioni commerciali, ovvero su quanto i nominativi siano rappresentativi delle posizioni relative e dell'importanza delle licenziatarie stesse. Risulta, infatti, agli atti che i rappresentanti delle banche ("*shareholder banks' representatives*") sono nominati nel *board* europeo "*based on proxy (top 10 European shareholder banks – on a consolidated basis ..)*", e in base a ragioni strategiche, ovvero "*7 designated by management based on strategic and commercial considerations and seeking an overall balance in geographic and customer representation*"³⁶³.

339. Quanto ai soggetti in rappresentanza degli azionisti di Classe A si rileva che essi sono stati scelti, in parte, come dettagliatamente descritto in fatto, attraverso un processo al quale hanno partecipato membri del *board of directors* di MasterCard prima della quotazione in Borsa ed "*eletti dai precedenti directors di MasterCard Incorporated*". Ciò assume rilevanza in quanto tali *directors* erano rappresentanti delle stesse licenziatarie³⁶⁴.

³⁶² Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 28 aprile 2010, doc. n. 668.

³⁶³ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, Attachment 2 e doc. n. 234.19.

³⁶⁴ Cfr. decisione della Commissione Europea del 19 dicembre 2007, COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards, par. 331, in particolare "*MasterCard does not contest that it was an association of undertakings within the meaning of article 81(1) of the Treaty in the period before 25 May 2006 that is until the day when the IPO of MasterCard Incorporated took place.*"

4.1.1.3. Il meccanismo di definizione delle *interchange fee*: ruolo delle licenziatarie e degli organi di governo societario di MasterCard

340. Gli organi di *governance* di MasterCard, nominati con il ruolo attivo assunto dalle licenziatarie, come riportato nei punti precedenti, assumono un ruolo specifico relativamente alla definizione delle MIF, comprese quelle nazionali, oggetto del presente procedimento. Infatti, dopo la quotazione in Borsa della capogruppo (MasterCard Incorporated), è il *Global Board* l'organo con il potere di definire le MIF, eventualmente anche MIF nazionali specifiche per un determinato Paese³⁶⁵.

341. In base all'atto costitutivo di MasterCard la gestione aziendale è, infatti, affidata al *Global Board* che esercita il potere di indirizzo delle attività del circuito³⁶⁶. Le politiche relative alle MIF rientrano nelle funzioni di tale organo e nei poteri ad esso attribuiti. Secondo quanto affermato dalla stessa MasterCard: “*since the IPO, the Global Board has the power to set interchange fees*”^{367,368}.

342. Che sia da imputare al circuito, come associazione di imprese, la definizione delle MIF è elemento che deriva dalla struttura della *governance*, come sopra definita, e dai poteri espressamente attribuiti al *Global Board*. Non assume rilevanza la circostanza che il *Global Board* abbia formalmente attribuito, nel mese di settembre 2006, tale funzione al *management* di MasterCard^{369,370}.

343. Infatti, i soggetti delegati sono *managers* dello stesso circuito e direttamente individuati dal *Global Board*. Le politiche sulle MIF

³⁶⁵ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593, pag. 5.

³⁶⁶ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376.Q7(5), *Amended and Restated Certificate of Incorporation of MasterCard Incorporated*, articolo VI, sezione 6.1. (A), in particolare, “...*the business and affairs of the Corporation shall be managed by or under the direction of a Board...*”.

³⁶⁷ Cfr. risposta di MasterCard del 13 ottobre 2009, doc. n. 376, pag. 11.

³⁶⁸ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593, pag. 5 laddove viene, tra l'altro affermato *che “tale potere è conferito ... dalle MasterCard Rules del 2009”*.

³⁶⁹ Cfr. risposte di MasterCard del 29 aprile 2010, doc. n. 671, del 13 ottobre 2009, doc. n. 376 e del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q12.b(2). In particolare, l'attuale procedura interna di definizione delle MIF prevede che sia il “*MasterCard Interchange Department*” a proporre eventuali modifiche nella struttura o livello delle MIF. La proposta così definita viene portata all'attenzione di uno specifico comitato interno di MasterCard (“*European Interchange Committee*”), composto da dipendenti di MasterCard, ed in caso di valutazione positiva viene sottoposta ad approvazione del Presidente e Amministratore Delegato di MasterCard o altra persona da quest'ultimo designata (Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3, pag. 19).

³⁷⁰ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q12.b(1) – verbale della riunione del *Global Board* del 14 settembre 2006. In particolare, nel verbale di tale riunione viene riportato che “*any such authorities regarding interchange delegated to management would be predicated upon changes that might have a material effect on the Corporation's strategy or MasterCard's legal, financial or reputational risk position continuing to be referred to the Board for decision/concurrence*”.

rimangono, pertanto, un potere del *Global Board* e quindi sono definite dal circuito attraverso l'organo composto anche da rappresentanti delle licenziatarie.

344. Si aggiunga che le MIF sono, tra l'altro, oggetto di discussioni nel *Global Board*. Mastercard ha precisato che *“le interchange fees, pertanto, sono discusse in dettaglio soltanto nel corso degli aggiornamenti regolatori che consentono ai membri del Board di essere informati sui procedimenti in tutto il mondo. Gli aggiornamenti regolatori sono preparati da legali esterni e presentati ai boards dal General Counsel di MasterCard o, talvolta, dagli stessi legali esterni”*³⁷¹. Come rilevato in fatto, nella riunione del 8-9 Settembre 2008, il *Global Board* ha discusso di *“European MIF update”*³⁷² e tale presentazione non è stata svolta da un legale esterno per un mero aggiornamento regolatorio, ma dal Presidente di MasterCard Europe, membro dello *Europe Board*, per valutare le strategie commerciali in Europa dopo la decisione della Commissione Europea sulle MIF *cross-border*. Tale presentazione, dal titolo *“Business Response to Market Conditions Post-EC Decision – Global Board Meeting – Waterloo, Belgium – September 9, 2008”*, riguardava possibili strategie di breve e lungo termine in una situazione nella quale *“cross-border interchange fees currently at “0”, not clear if or when Commission will endorse positive fees at a business sustaining level, appeal may take three or more years...”*³⁷³.

345. Che sia il circuito, attraverso non solo il *Global Board*, ma anche lo *Europe Board*, a definire le strategie sulle MIF, emerge anche dalle evidenze acquisite nel presente procedimento istruttorio aventi per oggetto vari flussi informativi.

346. Infatti, dalla documentazione ispettiva acquisita, si ha prova, da un lato, della partecipazione del Presidente di MasterCard Europe, membro dello *Europe Board*, a riunioni del *Global Board* sul tema delle MIF e, dall'altro, di riunioni tra alcuni membri del *Global Board*, dello *Europe Board* e del management di MasterCard sempre sul tema delle MIF. Si tratta di evidenze che dimostrano l'esistenza di flussi informativi che coinvolgono, tra l'altro, dipendenti nominati dalle licenziatarie³⁷⁴.

347. Anche nel mese di agosto 2007, quindi successivamente alla quotazione in Borsa di MasterCard, le evidenze documentano un incontro avente per

³⁷¹ Cfr. nota di MasterCard del 14 settembre 2009, doc. n. 315.

³⁷² Cfr. doc. n. 247.

³⁷³ Cfr. doc. n. 246.

³⁷⁴ Cfr. doc. n. 247.

oggetto le MIF - denominato “*brainstorming meeting*”. In tale riunione risultano presenti alcuni membri dello *Europe Board*, del *Global Board* (in particolare, il Presidente del *Global Board*) ed il management di MasterCard sul tema delle MIF in Europa, sia a livello *cross-border* sia a livello di singoli Stati nei quali sono state introdotte delle MIF specifiche, tra i quali l’Italia. Oggetto dell’incontro risulta essere, tra l’altro, quello: “*to discuss how the European payment industry can better respond to merchant criticisms and PR and any future legislative initiatives regarding interchange fees and related aspects of the payment card business (e.g., “honor all cards rule”)*”³⁷⁵ (sottolineatura aggiunta).

348. Lo stesso ordine del giorno di tale riunione prevede come temi il “*Timing and possible scenarios regarding EU decision on MasterCard cross-border interchange fees, and overview of country-specific interchange fee situations*”³⁷⁶ (sottolineatura aggiunta).

349. Le MIF risultano pertanto definite dal circuito attraverso gli organi di governance dello stesso, ai quali partecipano direttamente e indirettamente le licenziatarie.

4.1.1.4. Osservazioni conclusive

350. Gli elementi sopra riportati consentono di affermare che il circuito MasterCard definisce e prevede, in base alle regole fissate dallo stesso circuito, l’applicazione di una comune ed uniforme soglia minima per le licenziatarie, ovvero la specifica commissione multilaterale per l’Italia (MIF). Si tratta di regole alle quali le banche aderiscono diventando licenziatarie del marchio MasterCard. L’intesa è quindi da ricondurre alla determinazione di una comune commissione multilaterale a livello del circuito.

351. Nel caso in esame, le evidenze istruttorie consentono una qualificazione di tale intesa, ovvero le decisioni adottate dal circuito MasterCard, aventi per oggetto l’adozione di MIF specifiche per l’Italia, come deliberazione di associazione di imprese. Sul punto, rileva notare che, in base alla giurisprudenza nazionale, così come in ambito comunitario, si ritiene che nella prospettiva della tutela della concorrenza può essere sufficiente a qualificare un organismo come associazione di imprese la presenza di un’organizzazione che abbia il potere di manifestare una volontà

³⁷⁵ Cfr. doc. n. 236.

³⁷⁶ Cfr. doc. n. 236.

comune imputabile ai partecipanti, nonché l'esistenza di un vincolo giuridico atto a legare gli stessi. Infatti, il termine associazione include le associazioni di imprese industriali e di servizi, siano esse dotate o meno di personalità giuridica. Inoltre, la stessa Autorità, in un precedente relativo ai servizi interbancari, ha qualificato un organismo come CartaSì, avente natura di società per azioni: *“quale struttura organizzativa stabilmente predisposta al perseguimento di un obiettivo comune – consistente nel coordinamento della gestione delle carte di credito – attraverso lo svolgimento di un'attività anch'essa comune. Ne consegue che CartaSì, in quanto soggetto che agisce nell'interesse di tutte le banche aderenti, stabilmente deputato al coordinamento del comportamento delle imprese aderenti, ha natura di organismo associativo...”*³⁷⁷.

352. Nel caso in esame si tratta del circuito MasterCard, rispetto al quale la forma associativa è stata espressamente riconosciuta, prima della sua quotazione in Borsa, dalle stesse parti nel caso comunitario *“COMP/34.579 MasterCard COMP/36.518 EuroCommerce, COMP/38.580 Commercial Cards”* e successivamente dimostrata dalle evidenze in fatto laddove i licenziatari: (i) sono azionisti di Classe M del circuito; (ii) sono dotati del diritto di voto per la nomina di una parte dei componenti gli organi di governo societario coinvolti nel definire le MIF nazionali; (iii) hanno eletto il *board of directors* pre-quotazione in Borsa che, a sua volta, ha eletto parte degli attuali rappresentanti degli azionisti di Classe A; (iv) sono direttamente presenti, con rappresentanti dipendenti di alcune delle stesse società, in tali organi. Ciò che rileva è, infatti, la capacità della forma associativa di assumere decisioni e/o di porre in essere azioni coordinate tra imprese, indipendentemente dalla forma giuridica assunta dall'associazione. MasterCard svolge, pertanto, un'attività stabile di coordinamento, quale circuito delle banche/società licenziatricie e attraverso le regole dello stesso, per la realizzazione delle transazioni effettuate con il marchio del circuito. In quanto soggetto che svolge tale attività esso ha natura di organismo associativo.

³⁷⁷ Cfr. I574 *Servizi Interbancari*, Bollettino n. 30/2003; analogamente anche AS243 *“Servizi Interbancari”*, Attività di segnalazione ad altre autorità di vigilanza, in Bollettino n. 28/2002 laddove l'Autorità ha sostenuto che *“...SI è una società per azioni alla quale partecipano attualmente circa 150 soci e aderiscono 840 banche per un totale di circa 24.000 sportelli bancari. L'attività di SI consiste nella gestione di CartaSì e nel convenzionamento degli esercenti per l'accettazione delle carte di credito aderenti ai circuiti internazionali VISA ed Europay-MasterCard. Attualmente SI emette carte di credito ...SI si presenta, nella sostanza, come una struttura organizzativa stabilmente preposta al perseguimento di un obiettivo comune-consistente nel coordinamento della gestione delle carte di credito- attraverso lo svolgimento di un'attività anch'essa comune. Essa, pertanto, in quanto ente rappresentativo degli interessi di tutte le banche aderenti, assume natura di organismo associativo”*.

353. Le MIF definite dal circuito MasterCard a livello nazionale, precisamente le *interchange fee* per l'Italia introdotte nel mese di aprile 2007, sono pertanto qualificabili come esito di una intesa nella forma di una deliberazione di associazione di imprese, nel caso in esame le società licenziatricie del marchio MasterCard. Sul punto, la stessa Commissione ha più volte sostenuto che possono definirsi decisioni di associazione di imprese gli stessi regolamenti e clausole statutarie³⁷⁸.

354. Nel caso in esame si tratta delle regole definite dal circuito MasterCard alle quali i licenziatari devono attenersi, regole che prevedono, tra l'altro, l'adozione delle MIF. L'adesione al circuito, che fissa una comune soglia minima attraverso l'identica commissione interbancaria multilaterale, integra pertanto una fattispecie di intesa.

4.1.2. Il fascio di intese verticali tra MasterCard e licenziatricie

355. Le *interchange fee* nazionali, definite attraverso la struttura di *governance* del circuito MasterCard sopra riportata, sono successivamente applicate ad ogni transazione dalle singole banche/finanziarie che hanno sottoscritto un contratto di licenza con il circuito.

356. Infatti, i contratti di licenza sottoscritti da MasterCard e dagli *acquirer* prevedono l'applicazione delle regole del circuito che indicano esplicitamente, per ogni singola transazione in circolarità effettuata con carta, che l'*acquirer* corrisponda all'*issuer* la *interchange fee*. E' l'*acquirer* che, licenziatario del marchio del circuito, stipula il contratto di convenzionamento con gli esercenti: (i) definendo e applicando la *merchant fee* sulla base della MIF; (ii) inserendo specifiche clausole e condizioni contrattuali.

357. Si noti che vi è una comunanza di interessi nel mantenimento di MIF a livelli elevati che lega, tramite i contratti di licenza, il circuito e le licenziatricie; infatti, sono queste ultime a trasferire sugli esercenti le MIF definendo le *merchant fee* ed a introdurre specifiche clausole che vanno al di là della mera applicazione delle MIF essendo direttamente funzionali all'obiettivo di diffusione del marchio che il circuito persegue fissando MIF elevate; ciò in assenza di rischio di confronti competitivi tra circuiti e tra banche.

358. La comunanza di interessi che lega il circuito MasterCard e le banche

³⁷⁸ Comm. 12-12-1988 Vendita di libri a prezzo netto, GUCE 89, L22 conf. In T9-7-1992, Publisher Association (2), R. 92, II, 1995).

licenziatarie attraverso i singoli contratti di licenza deriva:

– per il circuito MasterCard, dalla determinazione di MIF elevate rispetto ad altri circuiti (sul punto si ricorda che MasterCard ha una MIF, come riportato in fatto, di oltre il 30-40% rispetto a Visa in Italia), la quale comporta un diretto incentivo per le banche *issuer*, che le percepiscono come voce di ricavo, alla diffusione di carte con marchio MasterCard e ciò in assenza di rischi competitivi dal lato *acquiring* grazie all'adozione nei contratti di convenzionamento delle clausole sotto specificate; tale diffusione del circuito consente a MasterCard di ricavare maggiori ricavi come *scheme fee*;

– per le licenziatarie, dal fatto che (i) le banche net *issuer*, ovvero quelle per le quali l'emissione di carte prevale rispetto al convenzionamento, realizzano ricavi maggiori al crescere delle MIF; (ii) le banche net *acquirer*, quelle per le quali prevale l'attività di convenzionamento, incassano l'eccedenza della *merchant fee* rispetto alla MIF (oltre ad altri costi indicati in fatto) e tale incasso è tanto più probabile quanto più alta è la quota di carte del circuito in fase di espansione e quindi di negozianti contrattualizzati con il marchio MasterCard. Sempre le evidenze documentali riportate in fatto, diversamente da quanto affermato dalle parti, mostrano che il circuito in crescita è proprio MasterCard, avendo avuto un aumento del valore delle transazioni, nel periodo 2006-2008, di oltre tre volte quello di Visa.

359. Quanto al comune interesse a diffondere il circuito con MIF elevate, esso emerge chiaramente da alcune evidenze documentali, quali *e.mail* interne a MasterCard, del maggio 2009, dove viene precisato “*currently MC has a competitive advantage in terms of domestic interchange of [20-30] bps (ie our average rate is [30-40%] higher than the Visa estimated average)*”³⁷⁹. Sul medesimo profilo sempre MasterCard, in un documento interno del settembre 2008, afferma che “*objective is to ensure that MCE has adequate revenues to remain competitive, e.g., by being able to provide necessary and appropriate financial inducements to ensure that customers continue – in the short term – to issue MasterCard products (...) up to [omissis] M€ in 2008 and [omissis] M€ in 2009 is required (estimate based on current Visa compensation level)*”³⁸⁰ (sottolineature aggiunte). Sempre da corrispondenza interna di MasterCard viene affermata la rilevanza di avere MIF elevate,

³⁷⁹ Cfr. doc. n. 61, in particolare *e.mail* interna di MasterCard dal “*Business Leader – Commerce Development – Interchange*” al “*Vice President Regional Account & National Accounts Leader*” del 14 maggio 2009.

³⁸⁰ Cfr. doc. n. 246.

infatti si legge: “*as you will see, by adjusting the Chip&PIN and Enhanced Electronic rates we are still positioned competitively vs Visa except for Commercial cards where on average we are 5 bps below. If you think this is an issue, then we could only change the consumer rates and leave the commercial ones as they are today. In that case, our commercial average rate (all levels) would be at 1,43% compared to 1,42% for Visa*”³⁸¹.

360. A dimostrazione della descritta comunanza di interessi rileva, come riportato in fatto, richiamare le evidenze nel seguito indicate: (i) la previsione di modalità di recesso condizionate al livello della MIF; (ii) gli scambi di informazioni in merito all’impatto delle MIF sui ricavi delle singole licenziatarie; (iii) la previsione della conversione del portafoglio clienti Visa in carte MasterCard, sempre in funzione dell’evoluzione delle MIF. Sono tre profili nel seguito dettagliati, rilevanti nell’analisi del rapporto verticale tra circuito e singole licenziatarie.

361. Sul primo profilo, si richiamano le evidenze circa l’interesse di una licenziataria - Unicredit - ad introdurre specifiche clausole volte a consentire il recesso da alcuni contratti con MasterCard, in funzione di eventuali modifiche alla MIF e in relazione a specifici livelli. Sul punto si richiama una *e.mail* interna MasterCard, del 27 maggio 2009, nella quale viene evidenziata l’influenza dei licenziatari: “... *I am actually more concerned in the fact that a large member such as Unicredit would have a strong saying/influence in our setting of IC fees. This might have legal implications as we could be seen to no longer set IC independently, and therefore lose some of the legal advantages*”³⁸². Nello scambio di e-mail, interno a MasterCard, che segue (nell’arco temporale 11 maggio 2009 - 8 giugno 2009) viene svolta una analisi sulla capacità negoziale delle licenziatarie rispetto al circuito MasterCard nel caso di adozione della richiamata clausola. In particolare si legge: “*in terms of scenario ...I think that we cannot start the negotiation from more than [5-10] bps of disadvantage to be ready to close at [1-5] bps...*”³⁸³.

362. In merito al secondo aspetto, la parte in fatto mostra l’esistenza di scambi di informazioni tra circuito e singole licenziatarie, aventi per oggetto analisi dell’evoluzione delle MIF sui ricavi delle banche medesime. E’ l’esempio fornito dalla nota “*Strictly Confidential – Note prepared for*

³⁸¹ Cfr. doc. n. 74, in particolare *email* del 20 agosto 2008 inviata da un dipendente di MasterCard (il “*Business Leader – Commerce Development – Interchange*” di cui sopra) agli altri due di cui sopra.

³⁸² Cfr. doc. n. 61

³⁸³ Cfr. doc. n. 61.

Unicredit on EU Commission's expected decision on Interchange Fees" (sottolineatura aggiunta), in data anteriore alla decisione della Commissione del dicembre 2007³⁸⁴. Tale documento analizza per i licenziatari (la nota ha espressamente come destinatario uno dei licenziatari, Unicredit) l'impatto atteso dei possibili cambiamenti della *interchange fee cross border*. Altre analisi sono state rinvenute nel documento avente per oggetto: "per...UNICREDIT\UCI Interchange models\APRIL 09\Comparison Apr 09"³⁸⁵; si tratta di dati quantitativi sulle MIF per tale licenziatario in funzione dei livelli di MIF e della comparazione delle stesse rispetto ad un altro circuito (Visa). Ciò dimostra come, una volta definita dal circuito, come sopra detto, la MIF non sia variabile passivamente applicata dagli *acquirers*, ma voce strategica alla base del contratto di licenza, in quanto fonte di ricavi lato *issuing* e variabile determinante lato *acquiring* nella definizione delle *merchant fee* ai propri clienti/esercenti.

363. Analogamente, risultano altri scambi di informazioni tra circuito e singole banche, come in occasione dell'incontro intitolato "*Meeting with Unicredit – Interchange Fees in the current regulatory context*"³⁸⁶ - del dicembre 2008. Oggetto di tale *meeting* è, tra l'altro, una *overview* delle MIF MasterCard in Italia.

Infine, in merito al terzo profilo, si richiama un accordo commerciale sottoscritto tra Deutsche Bank e MasterCard, nell'anno 2007 e con durata sino al 2013, finalizzato alla "*conversione del portafoglio Visa, nel periodo 2007-2009, - nuove emissioni di carte Mastercard...nel periodo 2007-2011*"³⁸⁷. La stessa Deutsche Bank ha espressamente spiegato di essere: "...*pervenuta a sottoscrivere l'accordo di partnership con MasterCard in ragione non solo della MIF più elevata, ma anche in considerazione dei prodotti offerti dal circuito rispetto all'altro*"³⁸⁸ (sottolineatura aggiunta). Si tratta, quindi, di rapporti diretti tra circuito e singole banche che, una volta sottoscritto il contratto di licenza, sono volti al comune obiettivo di diffondere il marchio con la MIF più elevata. Sempre a prova di come il contratto di licenza comporti poi condotte specifiche, tra circuito e licenziatarie, rileva la documentazione agli atti che mostra la difficoltà del circuito a concludere, con un licenziatario (Deutsche Bank), un accordo (*deal*) per le carte di credito (*PL*) a causa della riduzione avvenuta delle MIF

³⁸⁴ Cfr. doc. n. 56.

³⁸⁵ Cfr. doc. n. 47.

³⁸⁶ Cfr. doc. n. 51.

³⁸⁷ Cfr. doc. n. 118.

³⁸⁸ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

*cross-border*³⁸⁹.

4.1.2.1. La merchant fee: il trasferimento della MIF e le clausole contrattuali

364. In merito alla determinazione della *merchant fee*, le società licenziatricie hanno affermato nel corso dell'istruttoria quanto rilevi la MIF, lato *acquiring*, nelle loro politiche di determinazione delle *merchant fee*, e, lato *issuing*, come voce tra i loro ricavi.

365. In particolare, dal lato *acquiring*, come riportato in fatto, ICBPI ha rilevato che “*Sicuramente l’interchange fee è una delle principali voci di costo che la compone (...) Quanto alla interchange fee, essa rappresenta, come indicato dall’esempio, una voce di costo importante della merchant fee*”³⁹⁰; BNL ha affermato che “*le MIF sono una parte importante delle merchant fee...(mediamente la voce tra le più rilevanti)*”³⁹¹; BMPS ha sostenuto che “*... le MIF... incidono in maniera considerevole dato il loro peso rispetto alle altre voci*”³⁹²; Intesa Sanpaolo ha precisato che “*...l’attività di acquiring comporta il sostenimento, per la contrattualizzazione dei merchant, di vari costi: la interchange fee, i costi tecnologici per l’installazione dei POS e vari altri costi per i servizi resi al merchant*”³⁹³; Barclays ha chiarito che “*...usa un modello... il quale prevede la fissazione della merchant fee come sommatoria della interchange fee...*”³⁹⁴; Banca Sella ha sostenuto che “*i costi lato acquiring sono le MIF, l’acquisto e gestione POS, le attività di customer care, i costi di processing, informatici, amministrativi e contabili*”³⁹⁵; Deutsche Bank ha affermato che “*in media il peso delle MIF sulle merchant fee di Deutsche Bank è circa il [70-75%]; UniCredit ha chiarito che “Interchange is a key driver of any acquirer expense stream (...) Interchange fee is the largest expense to the acquirer”*”³⁹⁶.

366. Dal lato *issuing*, rileva la dichiarazione di una licenziataria (ICBPI) la quale ha affermato che: “*(...) la posizione di mercato di MasterCard è in realtà in continua crescita negli ultimi 5 anni, ciò grazie agli incentivi che*

³⁸⁹ Cfr. doc. n. 77.

³⁹⁰ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

³⁹¹ Cfr. verbale di audizione di BNL dell’8 ottobre 2009, doc. n. 360.

³⁹² Cfr. verbale di audizione di BMPS del 13 ottobre 2009, doc. n. 374.

³⁹³ Cfr. verbale di audizione di Intesa Sanpaolo del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

³⁹⁴ Cfr. verbale di audizione di Barclays Bank del 16 ottobre 2009, doc. n. 395.

³⁹⁵ Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. n. 414.

³⁹⁶ Cfr. doc. n. 261, “*Acquiring: What Options for UCG?*”.

tale circuito garantisce alle banche che emettono e/o sostituiscono carte Visa con quelle MasterCard(..)” e “(...) se ICBPI aderisse alle offerte commerciali di MasterCard ne ricaverebbe dei vantaggi sul lato issuing, avendo il circuito MasterCard definito MIF più elevate di quelle di Visa, solo in parte compensate da maggiori oneri di circuito”³⁹⁷ (sottolineatura aggiunta). Anche Deutsche Bank, ha rilevato che “(...) la MIF è la principale leva che hanno i circuiti nei confronti dei licenziatari issuer, in particolare per MasterCard che ha una MIF più alta, intorno allo 0,80%, a fronte di quella più bassa di Visa, che si attesta intorno allo 0,55%. Le MIF coprono circa il [70-75%] dei costi di issuing di Deutsche Bank”³⁹⁸.

367. Oltre alla definizione della *merchant fee* in funzione della MIF, le singole banche adottano specifiche clausole contrattuali con gli esercenti. Le licenziatarie definiscono, infatti, non solo le *merchant fee*, ma anche specifiche condizioni contrattuali con gli esercenti, che amplificano l’impatto delle MIF essendo direttamente funzionali a garantire la massima diffusione del circuito con la commissione interbancaria multilaterale più elevata e ciò senza rischi competitivi tra circuiti e banche *acquirer*. Infatti, le singole licenziatarie collocano i servizi connessi alle carte presso i *merchant* con contratti di convenzionamento contenenti clausole e condizioni specifiche, in parte riconducibili alle regole del circuito (HACR) ed in parte al ruolo assunto dalle banche (NDR, *on-us* e *blending*) nel comune obiettivo di diffondere il marchio con la MIF più elevata. Tra tali condizioni si richiamano:

– l’applicazione delle stesse *merchant fee* a prescindere dalla circostanza che la transazione avvenga in circolarità o *on-us* (ovvero nel caso di coincidenza tra banca *issuer* e banca *acquirer*) quando la MIF non sarebbe dovuta e quindi estendendo la regola generale del circuito. Ciò avviene, come riportato in fatto, per BMPS, ICBPI, BNL, Unicredit, Deutsche Bank, Barclays (quest’ultima per le carte di debito marchio Maestro); Intesa Sanpaolo può differenziare per una tipologia di carta tra l’altro dichiarando, come riportato in fatto, che in tali transazioni vi siano risparmi di costi e conseguenti spazi per la riduzione delle *merchant fee*³⁹⁹; quanto a Banca

³⁹⁷ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

³⁹⁸ Cfr. verbale audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

³⁹⁹ Cfr. verbale di audizione di ISP del 4 maggio 2010, doc. n. 676, laddove si afferma che per “le transazioni *on us*, quali quelle effettuate attraverso le carte Moneta, è possibile applicare *merchant fee* inferiori a quelle previste per le transazioni in circolarità in quanto i) esistono delle sinergie che si verificano quando *issuer* e *acquirer* appartengono allo stesso gruppo e ii) ISP non sostiene tutti i costi connessi alle transazioni in circolarità. In particolare, in caso di transazione *on us*, ISP non sostiene i costi

Sella, essa specifica che nel caso di transazioni *on-us* “*la merchant fee viene ridotta della componente legata alla componente interbancaria...*”⁴⁰⁰, tuttavia “*la quasi totalità dei contratti con gli esercenti non prevede, comunque, una distinzione quando le transazioni sono on-us*”⁴⁰¹;

– il *blending*, ovvero la fissazione nel contratto di un’unica *merchant fee* non differenziata per i vari circuiti. Ciò avviene, in modo esplicito, ancora oggi, per Unicredit e BMPS, sino al 31/12/2008 per Deutsche Bank e CartaSì, sino al 31/12/2007 per KeyClient⁴⁰², le quali, in base ai loro contratti con i merchant, non consentono la differenziazione tra circuiti prevedendo l’indicazione di una sola *merchant fee* identica tra circuiti. L’applicazione di una unica *merchant fee* avviene invece di fatto per le altre banche, ad eccezione di Barclays, che applicano un’unica *merchant fee* e non indicano, pur potendolo fare contrattualmente, valori distinti tra circuiti ai merchant (si tratta, come specificato in fatto, di tutte le banche - BNL, ICBPI, Intesa SanPaolo, Banca Sella, Deutsche Bank - parti del presente procedimento, ad eccezione di Barclays per la quale “*la merchant fee...è differenziata tra circuiti...per l’interchange fee*”⁴⁰³). In quest’ultima circostanza, pertanto, pur non esistendo una specifica regola contrattuale che comporta il *blending*, manca la necessaria trasparenza sulla possibilità di scegliere *merchant fee* differenziate per il cliente esercente;

– la *non discrimination rule*, ovvero la regola che vincola a non differenziare il prezzo finale in base al sistema di pagamento utilizzato dal cliente che tutte le licenziatricie del marchio MasterCard hanno mantenuto, sebbene eliminata dalle regole del circuito dal 2005, nei contratti con gli esercenti - ovvero Banca Sella, Deutsche Bank, Unicredit, BNL, Intesa SanPaolo, ICBPI, BMPS e Barclays per Maestro -; sul punto rileva notare che, diversamente da quanto affermato dalle parti, il decreto legislativo di recepimento della PSD (Decreto Legislativo n. 11/10) consente invece di applicare sconti, eventualità quest’ultima della quale non viene data adeguata informativa nei contratti di convenzionamento;

– la *honor all cards rule*, ovvero l’obbligo per gli esercenti di accettare tutte le carte del circuito convenzionato, quindi anche quelle più onerose (avendo la MIF più elevata), prevista ancora oggi dalle regole del circuito e

di clearing e settlement e risparmia alcuni costi di personale e commercializzazione. Tali risparmi di costo possono tradursi in una riduzione delle merchant fee per le transazioni on us che può essere del 5-10%” .

⁴⁰⁰ Cfr. risposta di Banca Sella del 24 marzo 2010, doc. n. 618.

⁴⁰¹ Cfr. verbale di audizione di Banca Sella del 23 ottobre 2009, doc. n. 414.

⁴⁰² Cfr. memorie finali delle parti.

⁴⁰³ Cfr. verbale di audizione di Barclays del 16 ottobre 2009, doc. n. 395.

che tutte le banche *acquirer* - ovvero Deutsche Bank, Unicredit, BNL, Intesa SanPaolo, ICBPI, BMPS, Barclays ad eccezione di Banca Sella - prevedono nei contratti con i merchant. Condizione, quest'ultima, che la stessa Commissione Europea ha esplicitamente ritenuto rafforzativa della restrittività della MIF⁴⁰⁴. In particolare, tale clausola non consente che il merchant possa rifiutare la tipologia di carte più costosa (ad esempio le commercial rispetto alle consumer).

368. La tabella che segue sintetizza la posizione delle singole banche *acquirer* in relazione alle citate clausole:

Tabella 18: Clausole contrattuali previste nei contratti di convenzionamento

Acquirer	Clausole contrattuali				
	NDR	HACR	<i>Merchant fee</i> non differenziate per le transazioni <i>on-us</i>	<i>Blending</i> contrattuale	<i>Blending</i> di fatto
Banca Sella	SI	NO	NO	NO	SI
Barclays	SI (solo per MAESTRO)	SI	SI (solo per MAESTRO)	NO	NO
Deutsche Bank	SI	SI	SI (con alcune eccezioni per alcuni clienti)	SI (fino al 31/12/2008)	SI
UniCredit	SI	SI	SI	SI	-
BNL	SI	SI	SI	NO	SI
Intesa Sanpaolo	SI	SI	NO	NO	SI
ICBPI	SI	SI	SI	SI*	SI
BMPS	SI	SI	SI	SI (ad eccezione di MAESTRO)	-

369. L'insieme delle condizioni sopra riportate mostra come le licenziatarie, sulla base del contratto di licenza, raggiungono il comune obiettivo con il circuito MasterCard di diffondere il marchio con le MIF più elevate, amplificando l'impatto di tali commissioni e non consentendo il confronto competitivo sia tra i circuiti a monte, sia tra le banche *acquirer* a valle. Ciò avviene laddove, in primo luogo, la quasi totalità delle banche non differenzia la *merchant fee* quando le transazioni sono *on-us*. In secondo luogo, con il *blending*, laddove alcune banche fissano contrattualmente un'unica *merchant fee* indipendentemente dai circuiti, o di fatto definendo una sola commissione, in ogni caso non mettendo l'esercente in condizione di confrontare i circuiti. In terzo luogo con l'insieme di regole che non

⁴⁰⁴ Cfr. notice VISA MIF 28 maggio 2010 – caso COMP/39.398.

consentono all'esercente di differenziare tra strumenti di pagamento (NDR) e tra carte (*honour all cards rule*).

370. La circostanza che tali clausole siano in parte derivanti dalle regole del circuito (la *honor all cards rule*) ed in parte dal ruolo assunto dalle licenziatarie (*on-us*, NDR e *blending*), emerge, ad esempio, da quanto affermato da un licenziatario come BNL; tale società ha affermato che le clausole applicate ai propri esercenti *..sono, in parte, derivanti dalle indicazioni dei circuiti ed in parte sono invece definite da BNL in un'ottica di correttezza commerciale. In particolare, nella guida operativa di BNL è previsto che l'esercente contrattualizzato: (i) non possa discriminare tra carte diverse dello stesso circuito per il quale l'esercente è convenzionato, ovvero l'esercente deve accettare tutte le carte del circuito per il quale è convenzionato; (ii) non può accettare le carte di pagamento solo per importi determinati in maniera arbitraria, ovvero deve accettare la carta di pagamento per la quale è convenzionato indipendentemente dall'importo della spesa; (iii) non può applicare un sovrapprezzo, rispetto al prezzo di vendita del bene e del servizio, per l'utilizzo di una carta di pagamento. Si tratta, quindi, di clausole che BNL prevede nei contratti con i merchant e che non sono direttamente derivanti dai circuiti disponendo di un margine di discrezionalità con i clienti. Il margine di discrezionalità di cui godono gli acquirer è dimostrato, tra l'altro, dall'esempio degli acquisti su Internet dei voli aerei di determinate compagnie per le quali è previsto un sovrapprezzo per l'utilizzo di carte di pagamento indipendentemente dalle regole dei circuiti*"⁴⁰⁵.

4.1.2.3. Osservazioni conclusive

371. In base a quanto sopra esposto, risulta che i contratti di licenza sono funzionali, alla stipulazione da parte delle banche *acquirer* di contratti di convenzionamento che garantiscono il trasferimento della MIF sulla *merchant fee* e l'adozione di altre specifiche condizioni che ne amplificano la portata restrittiva incentivando la diffusione proprio del circuito con le MIF più elevate e ciò in assenza di confronti competitivi tra circuiti e tra banche *acquirer*.

372. L'insieme di tali condotte, poste in essere dalle banche/società licenziatarie del marchio MasterCard in Italia e riconducibili ai rapporti verticali che i contratti di licenza pongono in essere tra circuito e singole

⁴⁰⁵ Cfr. verbale di audizione di BNL del 29 aprile 2010, cfr. doc. n. 672.

licenziatarie, è qualificabile come fascio di intese verticali. Tale fascio di intese verticali è funzionale non solo alla successiva stipulazione dei contratti di convenzionamento nei quali le banche licenziatarie definiscono, ciascuna, le proprie *merchant fee* avendo come prezzo minimo la MIF definita dal circuito e non con altre modalità (quali ad esempio con rapporti bilaterali) ma, sempre nel comune interesse con il circuito, alla introduzione di specifiche clausole contrattuali volte alla diffusione del marchio con la MIF più elevata.

373. Esso produce, a valle, una limitazione del confronto competitivo tra *acquirer* essendo le *merchant fee* basate sulla comune soglia minima rappresentata dalla MIF e garantisce al circuito MasterCard che la MIF elevata, da esso definita, sia incentivo allo sviluppo del proprio marchio tramite l'applicazione di condizioni che escludono il rischio di confronti competitivi tra circuiti/tipi di carte/strumenti di pagamento alternativi. Si tratta delle specifiche clausole che prevedono (i) la non differenziazione delle *merchant fee* quando le transazioni sono *on-us*, (ii) il *blending* (iii) altre regole specifiche (NDR, honour all cards rule).

374. In merito alla valutazione da condurre con riferimento a tali intese verticali la stessa Commissione ha specificato che “...*occorre in particolare tener conto degli effetti anticoncorrenziali che possono verificarsi in seguito all'esistenza di reti parallele di accordi verticali con effetti simili che limitano significativamente ...la concorrenza all'interno di tale mercato*”⁴⁰⁶.

375. Analogamente, la stessa Commissione rileva tra i fattori di analisi delle restrizioni verticali “*l'effetto cumulativo*” cioè “*la presenza sul mercato di accordi simili...*”⁴⁰⁷. E' seguendo tale impostazione che nel seguito si analizza la restrittività del fascio di intese verticali tra circuito e singole licenziatarie.

4.2. La restrittività delle condotte: evidenze documentali ed economiche

4.2.1. La fissazione delle MIF da parte del circuito MasterCard

376. La definizione delle *interchange fees* nazionali per l'Italia da parte di MasterCard configura un'intesa in violazione dell'art. 101 TFUE, trattandosi della fissazione in modo omogeneo di una comune soglia minima definita a livello di circuito in assenza di analisi e motivazioni economiche e che le

⁴⁰⁶ Cfr. Regolamento UE n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010.

⁴⁰⁷ Cfr. Orientamenti sulle restrizioni verticali della Commissione Europea 2010/C 130/01.

banche licenziatarie consapevolmente applicano sulla base delle regole dallo stesso previste⁴⁰⁸; nel caso in esame, come descritto in precedenza, tale definizione della MIF avviene attraverso una decisione di un'associazione di imprese avente per oggetto la fissazione di tale comune commissione interbancaria. Non è, pertanto, come sostenuto dalle parti, il livello della MIF che è da ritenersi restrittivo, bensì la sua definizione in mancanza di motivazioni economiche che ne rendano necessaria l'applicazione.

377. Come riportato in fatto, la modalità di determinazione della MIF nazionale evidenzia come essa sia stata definita, nell'aprile 2007, in assenza di analisi economiche specifiche sul mercato italiano. Inoltre, anche la successiva evoluzione delle MIF in Italia non è mai stata fondata su alcuna analisi del contesto nazionale e nemmeno giustificata da considerazioni di efficienza.

378. Con specifico riferimento all'Italia, sebbene il circuito MasterCard, in linea teorica, possa condurre analisi di costo – come indicato nel *MasterCard Rules* paragrafo “9.6 Cost studies” dove viene affermato “*The Corporation or its agent(s) may conduct one or more cost studies on a country-specific or regional or other basis for the purpose of establishing interchange and service fees*”⁴⁰⁹ – nella realtà non risulta averne mai effettuate.

379. E' lo stesso circuito MasterCard ad affermare di non aver “mai svolto una specifica analisi dei costi dei propri licenziatari in Italia e che le ultime analisi dei costi, realizzate prima dell'introduzione di MIF specifiche per l'Italia nell'aprile 2007, sono quelle svolte nel 2005 relativamente ai costi cross-border per le carte di credito e debito. Le MIF attualmente in essere in Italia si basano, quindi, sul cross-border study del 2005”⁴¹⁰ (sottolineatura aggiunta). Diversamente da quanto affermato da MasterCard, quest'ultimo studio fa riferimento solo ad analisi dei costi transfrontalieri (“cross-border”), non a quelli specifici nazionali; risale al 2005⁴¹¹ ed è stato condotto su un campione non rappresentativo per l'Italia (infatti, relativamente alle carte di credito, l'Italia pesa per il 3% del campione su un insieme di 15 Paesi e relativamente alle carte di debito l'Italia non è nemmeno considerata).

380. Anche lo studio fornito nell'allegato alle memorie del circuito

⁴⁰⁸ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3.

⁴⁰⁹ Cfr. risposta di MasterCard del 16 settembre 2008, doc. n. 3.

⁴¹⁰ Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644. Cfr. anche risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593, pag. 3.

⁴¹¹ Cfr. risposta di MasterCard del 2 marzo 2010, doc. n. 593.

MasterCard è solo una analisi *ex-post* che non è mai stata utilizzata per la definizione della MIF in Italia e quindi non è prova di analisi economiche a fondamento della commissione multilaterale ancora oggi applicata dal circuito a livello nazionale.

381. Infatti, la ragione che spiega le strategie in merito alla determinazione delle MIF nazionali è fornita dallo stesso circuito MasterCard il quale, come riportato in fatto, ha motivato l'evoluzione delle MIF in Italia con l'aspettativa di “...un esito negativo sul caso comunitario del dicembre 2007”⁴¹² (sottolineatura aggiunta); esito che avrebbe determinato un automatico cambiamento delle MIF nazionali laddove queste ultime non fossero state distinte, da quelle *cross border*, anteriormente dal circuito a livello di singolo Stato.

382. Come quantificato dai dati forniti dalla stessa MasterCard e indicato in fatto, ogni eventuale modifica delle MIF *cross border*, se non fossero state adottate MIF nazionali, avrebbe inciso, nell'anno 2009, sull'[80-85%] delle transazioni totali in circolarità con carte di credito MasterCard⁴¹³ e sul [90-95%] di quelle con carte di debito Maestro.

383. È stata, quindi, la finalità di applicare commissioni nazionali specifiche, separandole da eventuali riduzioni delle MIF *cross border* (effettivamente verificatesi a seguito del caso comunitario), a spiegare l'introduzione di MIF italiane nel mese di aprile 2007; non sono invece ragioni basate su analisi economiche e tantomeno su valutazioni di efficienza per il sistema, a dare spiegazione della condotta di MasterCard.

384. Sul punto le stesse licenziatarie hanno precisato, come riportato nei verbali citati in fatto, di non aver mai fornito dati o altre informazioni al circuito finalizzate a definire, su una metodologia economica conosciuta, il livello e la struttura stessa delle MIF in Italia. Infatti, ICBPI ha affermato che “è escluso che sia definita sulla base di flussi informativi, quali i costi di *issuing* o altri dati, forniti dalle banche al circuito”⁴¹⁴; anche Intesa ha precisato che “ non conosce la metodologia che MasterCard ha adottato e adotta per definire la MIF e non è a conoscenza se e di quali dati quantitativi il circuito MasterCard si serva per la determinazione dell'ammontare delle MIF stesse”⁴¹⁵; Unicredit ha rilevato che “non conosce il modello di definizione delle MIF utilizzato da MasterCard e che UniCredit

⁴¹² Cfr. verbale di audizione di MasterCard del 15 aprile 2010, doc. n. 644.

⁴¹³ Elaborazioni AGCM su dati forniti da MasterCard il 2 marzo 2010, doc. n. 593.Q(1) e Q(5).

⁴¹⁴ Cfr. verbale di audizione di ICBPI del 7 ottobre 2009, doc. n. 357.

⁴¹⁵ Cfr. verbale di audizione di Intesa del 13 ottobre 2009, doc. n. 375.

non ha mai fornito propri dati di costo, né relativi all'attività di issuing né relativi all'attività di acquiring, al circuito MasterCard"⁴¹⁶. Analoghe dichiarazioni sono state fatte da Deutsche Bank⁴¹⁷, BNL⁴¹⁸, BMPS⁴¹⁹ e Banca Sella⁴²⁰.

385. È quindi provato che le MIF sono state introdotte in Italia come uniforme soglia minima per le licenziatarie, tra l'altro in assenza di qualunque analisi e motivazione economica; analisi che invece è indispensabile trattandosi di una variabile strategica. Secondo quanto affermato dalla stessa Commissione, devono essere presentate "*prove empiriche (...) per dimostrare effetti positivi per l'innovazione e l'efficienza che permetterebbero di trasferire una parte equa dei vantaggi derivanti dalla MIF ai consumatori*" e che le MIF devono determinare "*efficienze oggettive*" in grado di "*controbilanciare gli effetti negativi sulla concorrenza dei prezzi tra le banche che fanno parte del suo sistema*"⁴²¹.

386. La determinazione delle MIF nazionali da parte del circuito è pertanto da qualificarsi come deliberazione di associazione di imprese e, per le modalità di determinazione delle stesse come soglia minima tra i licenziatari - con la sola finalità di separarle dalle MIF cross border e di tenerle a livello elevato -, in violazione dell'art. 101 del TFUE. Rileva osservare che tale intesa è da ritenersi consistente, coinvolgendo uno dei principali circuiti a livello internazionale, MasterCard, avente in Italia una posizione di assoluta rilevanza, rappresentando oltre il [70-75%] delle carte di debito ed il [35-40%] delle carte di credito in circolazione a livello nazionale nel 2008.

4.2.2. I rapporti verticali tra circuito e licenziatarie: il fascio di intese verticali

387. E' il fascio di intese verticali, rappresentato dall'insieme dei contratti di licenza tra circuito e singole licenziatarie, che determina: (i) il trasferimento delle MIF sulle *merchant fee*, in base alle politiche commerciali delle singole

⁴¹⁶ Cfr. verbale di audizione di Unicredit del 14 ottobre 2009, doc. n. 377.

⁴¹⁷ Cfr. verbale di audizione di Deutsche Bank del 14 aprile 2010, doc. n. 640.

⁴¹⁸ "(...) BNL non ha mai partecipato ad una analisi dei costi condotta da MasterCard per la definizione delle MIF in Italia, non ha quindi mai fornito al circuito propri dati che potessero servire a definirla e non è a conoscenza di come il circuito definisca le proprie MIF" (cfr. verbale di audizione dell'8 ottobre 2009, doc. n. 360).

⁴¹⁹ "BMPS, in merito alle interchang fee, non fornisce alcun dato di costo (né relativo all'issuing né all'acquiring) a MasterCard e non è a conoscenza della metodologia applicata da MasterCard per la definizione delle MIF" (cfr. verbale di audizione del 13 ottobre 2009, doc. n. 374)

⁴²⁰ "(...) Banca Sella non fornisce alcun dato di costo a MasterCard, ma solo dati sui volumi di transazioni, e che non è a conoscenza della metodologia utilizzata da MasterCard per la definizione delle MIF" (cfr. verbale di audizione del 23 ottobre 2009, doc. n. 414).

⁴²¹ Cfr. Comunicato stampa della Commissione Europea del 19 dicembre 2007, n. IP/07/1959.

licenziatarie che determinano, note le MIF, la struttura della commissione all'esercente, (ii) l'applicazione di specifiche regole del circuito (*honour all cards rule*) e di ulteriori condizioni nei contratti con i negozianti (quali la non differenziazione tra transazioni *on-us* e in circolarità, il *blending* e NDR) che sono direttamente funzionali all'obiettivo di diffusione del marchio che il circuito persegue fissando MIF elevate; ciò in assenza di rischio di confronti competitivi tra circuiti e tra banche.

388. La restrittività di tale fascio di intese verticali è dimostrata pertanto nell'oggetto in quanto finalizzato non solo a trasferire a valle le MIF, attraverso le *merchant fee* ma anche ad amplificarne l'impatto, attraverso le sopra citate clausole con i merchant. L'oggetto di tale fascio di intese verticali è la diffusione del circuito con le MIF più elevate in assenza di confronti competitivi, a vantaggio sia di MasterCard che delle licenziatarie.

389. I dati acquisiti in fase istruttoria provano come sia rilevante il trasferimento posto in essere dalle licenziatarie della MIF sulla *merchant fee*, ovvero su quella che dovrebbe essere la variabile di confronto competitivo tra *acquirer*; infatti risulta che l'incidenza delle MIF sulle commissioni agli esercenti:

- supera il 65% per l'83% delle transazioni con carte di credito;
- risulta compresa tra il 13% e il 79% per circa il 97% del valore delle transazioni con carte di debito;
- è compresa tra il 16% e il 98% per il 93% del valore delle transazioni con carte di debito e credito offerte con una unica *merchant fee*.

390. Inoltre, quanto alla restrittività derivante dalle varie condizioni contrattuali, sopra dettagliate, che le licenziatarie applicano nei contratti di convenzionamento amplificando la portata delle MIF a vantaggio sia delle stesse banche che del circuito, rileva osservare che i contratti di convenzionamento stipulati tra licenziatarie MasterCard ed esercenti sono oltre [950.000-1.000.000] per le carte di credito ed oltre [900.000-950.000] per le carte di debito.

391. Si aggiunga che, con specifico riferimento al *blending*, per l'87% dei contratti di convenzionamento stipulati dall'insieme delle parti del presente procedimento, viene applicata una *merchant fee* non differenziata per il circuito MasterCard. Ciò avviene per l'81% dei contratti con carte di debito Maestro.

392. L'insieme dei contratti di licenza tra circuito MasterCard e gli *acquirer*

rappresenta pertanto un insieme di intese verticali restrittivo, in violazione dell'art. 101 TFUE, limitando il confronto competitivo nel mercato dell'*acquiring*.

393. L'insieme di tali intese verticali coinvolge tutti gli *acquirers* attivi in Italia del marchio MasterCard, costituiti da primarie banche, ovvero Unicredit, Intesa SanPaolo, BNL, BMPS, Banca Sella, Barclays, Deutsche Bank e la società ICBPI. Il fascio di intese verticali è pertanto da ritenersi consistente.

4.3. Pregiudizio al commercio

394. La sussistenza del pregiudizio al commercio fra Stati membri dipende da un complesso di fattori che possono non essere decisivi se considerati singolarmente e che, tra l'altro, includono: la natura degli accordi, la natura dei prodotti o servizi e la posizione delle imprese interessate⁴²².

395. Inoltre, secondo il costante orientamento della giurisprudenza comunitaria, è suscettibile di pregiudicare gli scambi intracomunitari l'intesa che, sulla base di una serie di elementi oggettivi di diritto e di fatto, possa esercitare un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri, in una misura che potrebbe nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico, in particolare isolando i mercati nazionali o modificando la struttura della concorrenza nel mercato comune.

396. In particolare, le due fattispecie in esame investono l'intero territorio italiano e interessano uno dei principali circuiti internazionali e tutte le banche e società licenziatarie attive in Italia. Sul punto, la Commissione osserva che *“gli organi giurisdizionali comunitari hanno stabilito in diverse sentenze che gli accordi che si estendono a tutto il territorio di uno Stato membro hanno, per loro natura, l'effetto di consolidare la compartimentazione dei mercati a livello nazionale, ostacolando così l'integrazione economica voluta dal trattato”*.

397. Quanto alla natura dei servizi in questione, essa riguarda la possibilità di concludere una transazione con l'uso di carte di credito o di debito utilizzando un circuito internazionale. Il caso in esame, infatti, vede coinvolte, non solo banche con reti nazionali, ma anche banche estere in Italia (Deutsche Bank e Barclays) e banche italiane attive con controllate

⁴²² Cfr. la Comunicazione della Commissione europea sulla nozione del pregiudizio al commercio fra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 TCE.

all'estero (quali il gruppo Unicredit), come tali in grado, con le condotte descritte, di incidere sull'insieme delle transazioni realizzate presso merchant italiani, da qualunque cliente, con carte emesse in Italia.

4.4. Conclusioni

398. Alla luce di tutto quanto esposto ai punti che precedono, si ritiene che il circuito MasterCard, qualificabile come associazione di imprese, abbia posto in essere una intesa restrittiva della concorrenza contraria all'art. 101.1 del TFUE, ciò attraverso la definizione di una comune ed uniforme soglia minima ovvero la commissione multilaterale, MIF, specifica per l'Italia, in assenza di motivazioni economiche. Così come definita, pertanto, tale MIF non risulta necessaria e da qualificarsi in violazione dell'art. 101 del TFUE.

399. Inoltre, i contratti di licenza tra il circuito e le otto banche licenziatarie rappresentano un fascio di intese verticali, a sua volta restrittivo della concorrenza e come tale contrario all'art. 101 del TFUE, in quanto avente per oggetto ed effetto non solo il trasferimento sulla *merchant fee* delle MIF, come sopra definite, ma anche l'adozione di specifiche clausole con gli esercenti nell'interesse di entrambe le parti del contratto di licenza a diffondere il marchio con la MIF più elevata in assenza di confronti competitivi tra i circuiti e tra le banche.

400. L'intesa in esame è consistente in quanto riguarda uno dei principali circuiti internazionali, avente il [35-40%] delle carte di credito in circolazione a livello nazionale nel 2008 ed il [70-75%] delle carte di debito (queste ultime anche in *co-branding* con PagoBancomat la cui scelta è condizionata dalle *merchant fee* quindi dalle MIF); le banche licenziatarie di MasterCard parti del presente procedimento sono inoltre la totalità delle principali banche operanti in Italia, con oltre il 50% degli sportelli sulla rete nazionale.

5. L'APPLICABILITÀ DELLE CONDIZIONI DI ESENZIONE

401. In merito all'applicabilità delle condizioni cumulative di cui all'art. 101(3), la prova del cui soddisfacimento grava sulle parti, si rileva quanto segue:

– in merito alla prima condizione, ovvero il progresso tecnico ed economico, si osserva che la MIF nazionale non si fonda su alcun modello di efficienza del sistema, ad esempio, nell'uso di strumenti di pagamento

alternativi. In particolare, in coerenza con i casi comunitari (VISA⁴²³) e nazionali (Pagobancomat⁴²⁴), la MIF a tutt'oggi applicata da MasterCard non soddisfa l'obiettivo economico di rendere indifferenti per gli esercenti l'accettazione della carta o altri strumenti di pagamento (il cd *tourist test*);

– la MIF MasterCard non deriva, infatti, come sopra rilevato, da un modello di efficienza del sistema ed è pertanto assente la prova del soddisfacimento della prima necessaria condizione per l'applicazione dell'esenzione di cui all'art. 101 (3) del Trattato;

– anche in merito alla seconda condizione, il beneficio ai consumatori, le parti non hanno provato che la MIF venga trasferita dalle banche *issuer* che la incassano a vantaggio dei titolari di carta; viceversa, la MIF è certamente trasferita dalle banche *acquirer* sui clienti esercenti. L'effetto di tale trasferimento, tra l'altro in presenza della clausola NDR che non consente sconti ai consumatori per tipo di strumento di pagamento, esclude che sia soddisfatta tale seconda condizione comportando invece il rischio di un aumento dei prezzi alla clientela finale;

– quanto alla terza condizione relativa alla indispensabilità delle restrizioni, non è stata provato che il sistema non funzioni in assenza di MIF, viceversa, come rilevato dalla stessa Commissione (caso MasterCard⁴²⁵) esistono circuiti di pagamento che funzionano in assenza di MIF. Inoltre, le stesse parti hanno rilevato la possibilità di concludere accordi bilaterali;

– infine, quanto alla eliminazione della concorrenza, non è stato provato che la MIF, come allo stato definita da MasterCard, rappresentando una comune voce di costo e con una incidenza significativa sulle *merchant fee* – come riportato in fatto superiore al 40% come media ponderata sulle transazioni con carte di credito e debito ed oltre il 65% per l'80% del valore delle transazioni con carte di credito – lasci un sufficiente spazio competitivo nel mercato dell'*acquiring*.

6. GRAVITÀ E DURATA

402. Ai sensi dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, nei casi di infrazioni gravi, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria alle imprese interessate. Secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, “*per valutare la gravità di una infrazione si deve tenere conto di un gran numero di fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del*

⁴²³ Cfr. caso COMP/39.398-VISA MIF

⁴²⁴ Cfr. caso I724 Pagobancomat.

⁴²⁵ Cfr. caso COMP/34579 MasterCard; COMP/36.518 EuroCommerce; COMP/38.580 Commercial Cards.

tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa.” La medesima giurisprudenza ha altresì chiarito che la gravità dell’infrazione può essere valutata considerando in particolare la natura della restrizione della concorrenza, il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte, nonché la durata delle intese.

403. Nel caso in esame si è in presenza di una intesa orizzontale consistente nella fissazione di una comune soglia minima rappresentata dalle interchange fee definite, secondo le regole del circuito, dagli organi di governance di MasterCard, a loro volta direttamente espressione delle banche licenziate oltre che di altri azionisti. Tale intesa, avendo per oggetto commissioni multilaterali che poi incidono sulle strategie di prezzo dei licenziatari e non motivate da alcuna ragione di efficienza economica, se non la condivisione di una uguale commissione a livello di circuito, presenta le caratteristiche della gravità. Inoltre, a tale intesa orizzontale si affianca il fascio di intese verticali rappresentato dall’insieme dei contratti di licenza tra circuito MasterCard e singole banche/società licenziate, che ha comportato, oltre al trasferimento delle interchange fee sulla *merchant fee* nel mercato a valle dell’*acquiring*, anche la fissazione di clausole contrattuali che amplificano l’impatto delle MIF escludendo rischi di confronti competitivi.

404. Il complesso di queste intese risulta altresì idonea a produrre effetti sui merchant e sui consumatori finali. Infatti, *merchant fee* elevate e clausole che non consentono il confronto competitivo tra circuiti e tra *acquirers*, implicano costi elevati per i merchant convenzionati; inoltre, i consumatori finali nel corrispondere il prezzo del bene/servizio all’ esercente potrebbero, conseguentemente, sopportare i costi più elevati che quest’ultimo sostiene.

405. Con riferimento alla durata dell’infrazione, si rileva che la documentazione in atti attesta che l’intesa consistente nella introduzione della interchange fee specifica per Italia da parte del circuito MasterCard – qualificabile come deliberazione di associazione di imprese - risale al mese di aprile 2007. Analogamente, le intese verticali, avendo per oggetto non solo il trasferimento delle MIF sulle *merchant fee*, ma anche l’ampliamento della sua portata restrittiva attraverso le altre clausole inserite nei contratti di convenzionamento, decorrono anch’esse dall’aprile 2007. L’intesa orizzontale, nonché le intese verticali sono proseguite a tutt’oggi non avendo subito variazioni né le regole del circuito né la struttura dei contratti di licenza né le modalità di definizione delle *merchant fee* e delle ulteriori clausole contrattuali.

7. QUANTIFICAZIONE DELLE SANZIONI

406. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90 prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato da ciascuna impresa nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata delle stesse infrazioni. Ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente la Comunicazione della Commissione 2006/C 210/02 "*Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, par. 2, lettera a), del regolamento CE n. 1/2003*"⁴²⁶.

Al fine di quantificare la sanzione, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, devono essere considerati la gravità della violazione, le condizioni economiche, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni.

407. Relativamente all'intesa orizzontale si rileva, nel richiamare le considerazioni già svolte, che tale infrazione presenta le caratteristiche della gravità in quanto è consistita nella definizione, da parte del circuito MasterCard, di una soglia minima comune alle licenziatarie in grado di incidere sulle loro strategie commerciali, ciò in assenza di alcuna giustificazione economica.

408. In merito al fascio di intese verticali, le intese presentano le caratteristiche della gravità in quanto i contratti di licenza tra il circuito MasterCard e le banche *acquirer* non solo risultano funzionali al trasferimento a valle della commissione interbancaria multilaterale, ma anche all'adozione di specifiche clausole contrattuali con gli esercenti al fine di eliminare il confronto competitivo tra circuiti e tra le banche stesse a vantaggio di entrambi. Il suddetto fascio di intese verticali è idoneo ad elevare i costi per gli esercenti ed, in ultima analisi, per i consumatori finali.

409. Nella quantificazione della sanzione si è tenuto conto del diverso ruolo assunto dalle parti del procedimento nelle fattispecie contestate. Più precisamente, quanto a MasterCard, si è considerato il ruolo del circuito nel porre in essere solo l'intesa orizzontale avente per oggetto la definizione della MIF specifica per l'Italia; per ciò che concerne le singole banche

⁴²⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, Sent. 30.5.2003, n. 2978 secondo cui gli orientamenti comunitari costituiscono un importante parametro di riferimento sebbene non vincolino l'Autorità che conserva la propria autonomia e discrezionalità.

licenziatarie, si è tenuto conto delle sole condotte poste in essere, attraverso il fascio di intese verticali rappresentato dai contratti di licenza, nel mercato dell'*acquiring* con la finalità di garantire il trasferimento della MIF stessa sulla *merchant fee* e l'adozione di clausole funzionali a restringere la concorrenza e amplificare la portata della commissione stessa.

410. Nella quantificazione della sanzione per il fascio di intese verticali si è in particolare tenuto conto della specificità di ogni singola clausola, differenziando ogni banca *acquirer* in base al numero di clausole adottate (se tutte o alcune) e alle modalità adottate (ad esempio, distinguendo tra quelle contrattuali o di fatto come nel caso del *blending*). Sul punto si richiama la tabella 18 riportata al paragrafo 368 del provvedimento.

411. Tenuto conto degli Orientamenti contenuti nella citata Comunicazione della Commissione per il calcolo delle ammende, per calcolare l'importo della sanzione si è preso a riferimento il valore delle vendite dei servizi cui l'infrazione si riferisce, ossia il fatturato realizzato da MasterCard nel mercato a monte dei circuiti attraverso le *scheme fee* per transazioni domestiche in Italia e dalle banche licenziatricie nel mercato dell'*acquiring* in Italia nell'ultimo anno in cui è stata realizzata l'infrazione, e cioè il 2009⁴²⁷.

412. Nella quantificazione della sanzione si è, inoltre, tenuto conto della durata dell'intesa orizzontale e del fascio di intese verticali dal mese di aprile 2007 - mese di introduzione della MIF specifica per l'Italia nonché suo trasferimento sulla *merchant fee* anche via le clausole sopra citate - a tutt'oggi. Si specifica che, con riguardo alla clausola di non discriminazione (NDR) si è tenuto conto dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 11/2010 a partire dal mese di marzo 2010.

413. Sulla base di quanto esposto e applicando i criteri illustrati, l'importo della sanzione è fissato nella misura seguente:

– MasterCard Incorporated	€2.700.000
– Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A.	€910.000
– Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.	€240.000
– Banca Sella Holding S.p.A.	€360.000
– Barclays Bank plc.	€50.000
– Deutsche Bank S.p.A.	€200.000
– Intesa Sanpaolo S.p.A.	€700.000
– ICBPI S.p.A.	€490.000
– Unicredit S.p.A.	€380.000

⁴²⁷ I dati di fatturato sono oggetto di specifica istanza di riservatezza.

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) che la società MasterCard Incorporated, società *holding* del gruppo MasterCard, ha posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 101 del TFUE, avente per oggetto la definizione di una commissione interbancaria multilaterale (MIF) per l'Italia, attraverso la deliberazione di una associazione di imprese, che rappresenta una soglia minima comune a tutte le licenziatarie, senza alcuna giustificazione economica;

b) che le società MasterCard Incorporated e le società licenziatarie Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Banca Sella Holding S.p.A., Barclays Bank plc, Deutsche Bank S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., ICBPI S.p.A. e Unicredit S.p.A. hanno posto in essere un fascio di intese verticali in violazione dell'articolo 101 del TFUE, rappresentate dai contratti di licenza tra il circuito MasterCard e le singole banche, avente per oggetto il trasferimento della commissione interbancaria multilaterale sulle *merchant fee*, nonché l'applicazione di specifiche clausole che risultano ampliare la portata restrittiva di tale commissione nel mercato dell'*acquiring*;

c) che MasterCard Incorporated si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, in particolare dal mantenimento di una commissione interbancaria multilaterale specifica per l'Italia (MIF), così come a tutt'oggi definita a livello nazionale in assenza di motivazioni economiche connesse all'efficienza complessiva del sistema, e che, entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, dia comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate, le quali dovranno essere perfezionate entro centottanta giorni dalla notifica del presente provvedimento;

d) che MasterCard Incorporated e Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., Banca Nazionale del Lavoro S.p.A., Banca Sella Holding S.p.A., Barclays Bank plc, Deutsche Bank S.p.A., Intesa Sanpaolo S.p.A., ICBPI S.p.A. e Unicredit S.p.A. si astengano in futuro dall'applicazione di regole del

circuito, cui rinviano i contratti di licenza, e di clausole nei contratti con i merchant, che limitano il confronto competitivo nel mercato dell'*acquiring*; che, entro novanta giorni dalla notifica del presente provvedimento, diano comunicazione all'Autorità delle misure a tal fine adottate le quali dovranno essere perfezionate entro centottanta giorni dalla notifica del presente provvedimento;

e) che, in ragione di quanto indicato in motivazione, vengano applicate le sanzioni amministrative pecuniarie alle seguenti società:

– MasterCard Incorporated	€2.700.000
– Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A.	€910.000
– Banca Nazionale del Lavoro S.p.A.	€240.000
– Banca Sella Holding S.p.A.	€360.000
– Barclays Bank plc.	€50.000
– Deutsche Bank S.p.A.	€200.000
– Intesa Sanpaolo S.p.A.	€700.000
– ICBPI S.p.A.	€490.000
– Unicredit S.p.A.	€380.000

Le sanzioni amministrative pecuniarie di cui al punto e) devono essere pagate entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento con versamento diretto al Concessionario del Servizio della Riscossione oppure mediante delega alla banca o alle Poste Italiane S.p.A., presentando il modello allegato al presente provvedimento, così come previsto dal decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 237.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione. In tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Il presente provvedimento verrà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 8, comma 2, del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE

Luigi Fiorentino

IL PRESIDENTE

Antonio Catricalà