



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate il 6 luglio 2017¹

Causa C-304/16

American Express Co.
contro
The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury,
intervenienti:
Diners Club International Ltd,
MasterCard Europe SA

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Alta Corte di giustizia, Inghilterra e Galles, divisione del Queen's Bench (sezione amministrativa) (Regno Unito)]

«Regolamento (UE) 2015/751 – Operazioni di pagamento basate su carta – Commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta – Schema di carte di pagamento a quattro parti – Schema di carte di pagamento a tre parti – Nozione di emittente della carta – Carta di pagamento a tre parti multimarchio in co-branding – Carta di pagamento a tre parti tramite un agente»

1. Dietro un'operazione tanto usuale e, in apparenza, tanto semplice come il pagamento con carta dei beni e servizi acquistati, si cela una complessa trama di rapporti giuridici che i consumatori difficilmente possono immaginare. Come minimo, in ogni operazione con carta di pagamento intervengono, oltre al consumatore e all'esercente, la banca o le banche dell'uno e dell'altro, nonché l'organismo che gestisce la carta.

2. Fra gli elementi più rilevanti di tale trama si trovano le commissioni² che gli istituti finanziari applicano, a titolo di corrispettivo per i servizi che offrono ai consumatori e agli esercenti, per consentire l'utilizzo delle carte di pagamento. Dopo che la Commissione europea ha applicato le norme sulla tutela della libera concorrenza alle «commissioni multilaterali interbancarie»³ del sistema di pagamento MasterCard, la Corte ha avuto l'opportunità di pronunciarsi in proposito⁴.

3. Adesso alla Corte viene sottoposto un altro problema, cioè la distinzione fra i due grandi modelli di schemi⁵ di carte di pagamento: quello a quattro parti (il più diffuso, rappresentato da MasterCard e Visa) e quello a tre parti (rappresentato, fra gli altri, da American Express e Diners Club).

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 Il termine «commissione» viene impiegato in questa sede in senso ampio, con riserva di analizzare più approfonditamente le sue caratteristiche e le sue sottocategorie. In particolare, l'espressione abituale con cui si designa una di queste commissioni (quella rilevante nella controversia) è quella detta «commissione interbancaria».

3 In prosieguo: le «CMI».

4 Sentenza dell'11 settembre 2014, MasterCard/Commissione (C-382/12 P, EU:C:2014:2201).

5 Come sinonimi di «schemi di carte di pagamento» si utilizzano le espressioni «circuiti di carte di pagamento», «regimi di carte di pagamento» o «sistemi di carte di pagamento».

4. Il regolamento (UE) 2015/751⁶ limita le commissioni interbancarie nei sistemi a quattro parti e lascia la libertà di fissare le commissioni nei sistemi a tre parti. Poiché le differenze fra i due sistemi non risultano evidenti alla luce di quel regolamento, la Corte è chiamata a chiarirle, purché la questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio sia ricevibile.

I. Contesto giuridico: diritto dell'Unione

5. Le commissioni interbancarie costituiscono uno dei costi più rilevanti nelle operazioni di pagamento basate su carta. Dinanzi alle differenze esistenti fra gli Stati membri, che pregiudicavano l'integrazione del mercato europeo dei pagamenti al dettaglio (non in contanti), l'Unione ha optato per armonizzarle, al fine di ridurre il numero e migliorarne il controllo.

6. Il regolamento è stato approvato con questo scopo. Dato che si tratta di una disciplina di diretta applicazione, non richiede, in linea di principio, la redazione di norme nazionali di recepimento (a eccezione delle sanzioni, le cui determinazione e applicazione sono demandate agli Stati membri ai sensi della delega espressa di cui all'articolo 14, paragrafo 1, del regolamento).

7. Il regolamento ha preso in considerazione i due modelli di schemi di pagamento basato su carta: quelli a quattro parti e quelli a tre parti. Riguardo ad essi, i considerando che di seguito si riportano recitano quanto segue:

«(28) Le operazioni di pagamento basate su carta sono di norma eseguite sulla base di due principali modelli commerciali: i cosiddetti schemi di carte di pagamento a tre parti (titolare della carta, schema di convenzionamento e di emissione, esercente) e schemi di carte di pagamento a quattro parti (titolare della carta, banca emittente, banca convenzionatrice, esercente). Molti schemi di carte di pagamento a quattro parti applicano una commissione interbancaria esplicita, nella maggior parte dei casi multilaterale. Per riconoscere l'esistenza di commissioni interbancarie implicite e contribuire alla creazione di condizioni di parità, è opportuno considerare gli schemi di carte di pagamento a tre parti che utilizzano i prestatori di servizi di pagamento come soggetto emittente o soggetto convenzionatore alla stregua degli schemi di carte di pagamento a quattro parti e assoggettarli alle stesse norme, nonché applicare a tutti i prestatori le norme in materia di trasparenza e le altre misure relative alle regole commerciali. Tuttavia, tenuto conto delle specificità esistenti per tali schemi a tre parti, è opportuno consentire agli Stati membri, per un periodo transitorio, di decidere di non applicare le norme relative al massimale sulle commissioni interbancarie se tali schemi detengono una quota di mercato molto limitata nello Stato membro interessato.

(29) Il servizio di emissione si basa su una relazione contrattuale tra l'emittente dello strumento di pagamento e il pagatore, indipendentemente dal fatto che l'emittente detenga o no i fondi per conto del pagatore. L'emittente mette a disposizione del pagatore le carte di pagamento, autorizza le operazioni presso terminali o loro equivalenti e può garantire il pagamento al convenzionatore per le operazioni conformi alle regole del relativo schema. Pertanto, la mera distribuzione di carte di pagamento o prestazione di servizi tecnici, quali il semplice trattamento e la semplice conservazione di dati, non costituisce un'emissione.

(...)

(32) I consumatori sono di norma all'oscuro delle commissioni pagate dall'esercente per lo strumento di pagamento che utilizzano. Allo stesso tempo, una serie di pratiche incentivanti seguite dagli emittenti (ad esempio i travel vouchers, i bonus, gli sconti, gli addebiti per inadempienze

⁶ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta (GU 2015, L 123, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento»).

formali, la copertura assicurativa gratuita ecc.) possono concorrere a orientare i consumatori verso l'uso di strumenti di pagamento, generando in tal modo commissioni elevate a favore degli emittenti. Per contrastare tali pratiche, è opportuno che le misure miranti a imporre restrizioni alle commissioni interbancarie si applichino unicamente alle carte di pagamento divenute un prodotto di massa e che gli esercenti hanno di norma difficoltà a rifiutare in ragione della loro ampia diffusione, sia in termini di emissione che di uso (vale a dire le carte di debito e le carte di credito ad uso dei consumatori). Al fine di rendere più efficiente il funzionamento del mercato nei comparti non regolamentati del settore e per limitare il trasferimento di attività dai comparti regolamentati a quelli non regolamentati, occorre adottare una serie di misure, tra cui quelle in materia di separazione tra schemi e infrastrutture, orientamento del pagatore da parte del beneficiario e accettazione selettiva degli strumenti di pagamento da parte del beneficiario.

- (33) La separazione tra schemi e infrastrutture dovrebbe consentire a tutti i soggetti che si occupano del trattamento delle operazioni di competere nell'attrarre clienti degli schemi. Dato che i costi di trattamento rappresentano una quota significativa del costo totale di accettazione delle carte, è importante che tale parte della catena di valore sia aperta alla concorrenza effettiva. Sulla base della separazione tra schemi e infrastrutture, è opportuno che gli schemi di carte e i soggetti che si occupano del trattamento delle operazioni siano indipendenti sotto il profilo contabile, organizzativo e decisionale.

(...).

8. L'articolo 1, facente parte del capo I («Disposizioni generali»), così dispone:

«1. Il presente regolamento stabilisce requisiti tecnici e commerciali uniformi per le operazioni di pagamento basate su carta eseguite nell'Unione, quando sia il prestatore di servizi di pagamento del pagatore sia il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario sono situati nell'Unione.

(...)

3. Il capo II non si applica:

- a) alle operazioni tramite carte aziendali;
- b) ai prelievi presso i distributori automatici per il prelievo di contante (ATM) o presso gli sportelli di prestatori di servizi di pagamento; e
- c) alle operazioni tramite carte di pagamento emesse dagli schemi di carte di pagamento a tre parti.

4. L'articolo 7 non si applica agli schemi di carte di pagamento a tre parti.

5. Lo schema di carte di pagamento a tre parti che concede ad altri prestatori di servizi di pagamento la licenza di emissione o di convenzionamento di strumenti di pagamento basati su carta, o entrambi, o emette strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente, è considerato uno schema di carte di pagamento a quattro parti. Tuttavia, fino al 9 dicembre 2018, per quanto concerne le operazioni di pagamento nazionali, un tale schema di carte di pagamento a tre parti può essere esentato dagli obblighi di cui al capo II, a condizione che le operazioni di pagamento basate su carta effettuate in uno Stato membro nell'ambito di tale schema di carte di pagamento a tre parti non superino annualmente il 3% del valore di tutte le operazioni di pagamento basate su carta effettuate in tale Stato membro».

9. L'articolo 2 contiene un vasto elenco di definizioni dei termini utilizzati. Per la presente causa sono di particolare interesse quelle dei punti 2, da 10 a 12, da 15 a 18 e 32, il cui tenore letterale è il seguente.

«Ai fini del presente regolamento si applicano le seguenti definizioni:

(...)

2) “emittente” prestatore di servizi di pagamento che stipula un contratto per fornire al pagatore uno strumento di pagamento per disporre e trattare le operazioni di pagamento basate su carta del pagatore;

(...)

10) “commissione interbancaria”: commissione applicata per ogni operazione direttamente o indirettamente, ad esempio mediante un terzo, tra l'emittente e il soggetto convenzionatore in relazione a un'operazione di pagamento basata su carta. La compensazione netta o altre forme concordate di remunerazione formano parte della commissione interbancaria;

11) “compensazione netta”: l'importo totale netto dei pagamenti, degli sconti o degli incentivi che un emittente riceve da uno schema di carte di pagamento, dal soggetto convenzionatore o da qualsiasi altro intermediario in relazione a operazioni di pagamento basate su carta o ad attività correlate;

12) “commissione per i servizi all' esercente”: commissione pagata dal beneficiario al soggetto convenzionatore in relazione a operazioni di pagamento basate su carta;

(...)

15) “carta di pagamento”: una categoria di strumenti di pagamento che consente al pagatore di disporre un'operazione tramite carta di debito o carta di credito;

16) “schema di carte di pagamento”: insieme unico di norme, prassi, standard e/o linee guida di attuazione per l'esecuzione di operazioni di pagamento basate su carta, separato da qualsiasi infrastruttura o sistema di pagamento che ne sostenga le operazioni, che includa specifici organi decisionali, organizzazioni o entità responsabili del funzionamento dello schema;

17) “schema di carte di pagamento a quattro parti”: schema di carte di pagamento in cui le operazioni di pagamento basate su carta sono effettuate dal conto di pagamento del pagatore verso il conto di pagamento del beneficiario tramite l'intermediazione dello schema, dell'emittente (dal lato del pagatore) e del soggetto convenzionatore (dal lato del beneficiario);

18) “schema di carte di pagamento a tre parti”: schema di carte di pagamento in cui lo schema stesso fornisce servizi di convenzionamento e di emissione e le operazioni di pagamento basate su carta sono effettuate dal conto di pagamento del pagatore al conto di pagamento del beneficiario nell'ambito dello schema. Lo schema di carte di pagamento a tre parti che concede ad altri prestatori di servizi di pagamento la licenza di emissione di strumenti di pagamento basati su carta o di convenzionamento di operazioni di pagamento basate su carta, o entrambi, o emette strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente, è considerato uno schema di carte di pagamento a quattro parti.

(...)

32) “multimarchio in co-branding”: inclusione di almeno un marchio di pagamento e di almeno un marchio non riferito a uno strumento di pagamento in uno stesso strumento di pagamento basato su carta;

(...)».

10. L'articolo 3, paragrafo 1, così dispone:

«I prestatori di servizi di pagamento non offrono né chiedono per qualsiasi operazione tramite carta di debito una commissione interbancaria per ogni operazione superiore allo 0,2% del valore dell'operazione».

11. Ai sensi dell'articolo 4:

«I prestatori di servizi di pagamento non offrono né chiedono una commissione interbancaria per operazione superiore allo 0,3% del valore dell'operazione per ogni operazione tramite carta di credito. Per le operazioni nazionali tramite carta di credito gli Stati membri possono stabilire un massimale per operazione sulle commission[i] interbancarie inferiore».

12. A norma dell'articolo 5:

«Ai fini dell'applicazione dei massimali di cui agli articoli 3 e 4, ogni remunerazione concordata, compresa la compensazione netta, avente oggetto o effetto analogo alla commissione interbancaria, che un emittente riceve dallo schema di carte di pagamento, da un soggetto convenzionatore o da qualunque altro intermediario in relazione alle operazioni di pagamento o ad attività correlate è considerata parte della commissione interbancaria».

13. L'articolo 7, non applicabile agli schemi di carte di pagamento a tre parti, disciplina la separazione tra lo schema di carte di pagamento e i soggetti incaricati del trattamento delle operazioni di pagamento.

II. Controversia principale e questioni pregiudiziali

14. L'American Express Company (in prosieguo: l'«Amex») è una società multinazionale, con sede a New York, che fornisce, con il supporto delle sue controllate, servizi di pagamento, di viaggi, di cambio e di piattaforma di fidelizzazione contestualmente allo svolgimento di attività di emissione e convenzionamento di carte in tutto il mondo, compresa l'Unione europea.

15. Questa società utilizza lo schema di carte di pagamento American Express, qualificato a tre parti. L'Amex ha stipulato nell'Unione vari accordi con partner multimarchio in co-branding e di fornitura di servizi con altri soggetti. In base a tali accordi, fatta salva l'interpretazione del regolamento, le sue operazioni restano soggette alle restrizioni imposte dal medesimo agli schemi a quattro parti di carte di pagamento.

16. In una situazione analoga si trova Diners Club International Limited, controllata di Discover Financial Services, che gestisce schemi di carte di pagamento a tre parti e che interviene a sostegno della tesi di Amex nel ricorso dinanzi al giudice del rinvio.

17. È parte della presente controversia anche la MasterCard Europe SA (in prosieguo: la «MasterCard»), la principale controllata europea della MasterCard Incorporated. Questa società gestisce a livello mondiale schemi a quattro parti di carte di credito e di debito, con la denominazione di MasterCard. Con il suo intervento, dichiarato ammissibile dal giudice del rinvio, essa si oppone alla domanda dell'Amex.

18. L'Amex ha proposto dinanzi al giudice del rinvio un ricorso avente ad oggetto l'obbligo o l'intenzione dello Her Majesty's Treasury (Ministero dell'Economia e delle Finanze del Regno Unito)⁷ di eseguire e attuare in quello Stato membro determinati aspetti degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento.

19. L'oggetto della controversia si riferisce, in concreto, a due delle tre ipotesi previste agli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento, che qualificano come a quattro parti determinati schemi di carte di pagamento a tre parti.

20. Il giudice del rinvio indica che non è controversa fra le parti l'applicazione della prima ipotesi prevista da tali norme e che egli non nutre dubbi in proposito: quando un sistema a tre parti concede ad altri prestatori di servizi di pagamento la licenza di emissione o di convenzionamento di strumenti di pagamento basati su carta, o in relazione a entrambe le attività, è assoggettato al regolamento alle stesse condizioni dei sistemi a quattro parti.

21. I dubbi riguardano le altre due ipotesi, cioè quando uno schema a tre parti emette «strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente». Il giudice del rinvio chiede che la Corte chiarisca se, in tali ipotesi, le attività di uno schema a tre parti si possano assimilare a quelle di uno schema a quattro parti, ai fini del regolamento, in qualsiasi caso (cioè, essendo sufficiente che vi sia un partner di carta multimarchio in co-branding o un agente) o se sia anche necessario che tali partner o agenti siano fornitori di servizi di pagamento emittenti di carte.

22. Infine, se un sistema a tre parti diventa a quattro parti a causa dell'intervento di un partner di carta multimarchio in co-branding o di un agente, il giudice del rinvio chiede chiarimenti sulla validità degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento.

23. In considerazione di tali riflessioni, con ordinanza del 30 maggio 2016, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), divisione del Queen's Bench (sezione amministrativa) (Regno Unito) sottopone alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali.

«1) Se l'obbligo di considerare uno schema di carte di pagamento a tre parti che emette strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente come uno schema di carte di pagamento a quattro parti, previsto dagli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento (...) 2015/751 (...), si applichi soltanto qualora il partner di carta multimarchio in co-branding o l'agente agisca in qualità di "emittente" ai sensi dell'articolo 2, punto 2, e del considerando 29 [del citato regolamento] (ossia qualora tale partner o agente abbia una relazione contrattuale con il pagatore, in forza della quale egli stipula un contratto per fornire al pagatore uno strumento di pagamento per disporre e trattare le operazioni di pagamento basate su carta del pagatore).

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del RCI, siano invalidi nei limiti in cui prevedono che tali accordi debbano essere considerati schemi di carte di pagamento a quattro parti, per i seguenti motivi:

- a) difetto di motivazione ai sensi dell'articolo 296 TFUE;
- b) errore manifesto di valutazione, e/o
- c) violazione del principio di proporzionalità».

⁷ Il Ministero dell'Economia e delle Finanze è l'organo amministrativo che ha il compito di applicare il regolamento nel Regno Unito.

24. Nel procedimento dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni scritte l'Amex, la MasterCard, i governi del Regno Unito e del Portogallo, la Commissione, il Consiglio e il Parlamento europeo. In udienza, tenutasi il 27 aprile 2017, sono intervenuti l'Amex, la MasterCard, il governo del Regno Unito, la Commissione, il Consiglio e il Parlamento europeo.

III. Analisi

25. La Commissione, il Parlamento e il Consiglio eccepiscono l'irricevibilità delle questioni pregiudiziali. Affronterò le loro eccezioni prima di occuparmi, eventualmente, dell'esame nel merito. Se si procederà effettivamente a tale esame, a titolo principale o subordinato, il medesimo dovrà essere accompagnato da una previa spiegazione dei rapporti giuridici esistenti tra le operazioni di pagamento basate su carta che ne agevoli la comprensione.

A. Ricevibilità delle questioni pregiudiziali

26. Le tre istituzioni, che concordano sull'eccezione di irricevibilità, si basano sui seguenti argomenti: a) non sussiste un vero contenzioso tra le parti, in quanto il ricorso diretto al controllo di legittimità («judicial review») dell'«obbligo e/o [de]ll'intenzione» del governo del Regno Unito di applicare un regolamento costituisce, in realtà, una forma di elusione del sistema di ricorsi istituito dal TFUE; b) la questione sollevata ha natura ipotetica; e c) il giudice del rinvio non indica gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, né le ragioni che lo inducono a sollevare la questione della validità degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento.

27. È sicuramente vero che il presente rinvio pregiudiziale è atipico e contiene una serie di anomalie che potrebbero giustificare la sua irricevibilità, ai sensi della giurisprudenza della Corte e dell'articolo 94 del suo regolamento di procedura.

28. In primo luogo, il giudice del rinvio non descrive il contesto di fatto della controversia. Afferma soltanto che il ricorso dell'Amex ha ad oggetto «l'obbligo e/o l'intenzione del resistente [Ministero dell'Economia e delle Finanze del Regno Unito] di dare attuazione nel Regno Unito a determinati aspetti degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento». Non specifica il modo in cui le autorità del Regno Unito intendono applicare le disposizioni controverse, né se la detta applicazione amministrativa abbia già avuto luogo.

29. In secondo luogo, l'ordinanza di rinvio rileva che l'Amex, in qualità di ricorrente, e il Ministero dell'Economia e delle Finanze del Regno Unito, in qualità di resistente, concordano sulla soluzione della controversia. L'amministrazione resistente non si oppone, in realtà, al ricorso presentato dalla società ricorrente. Non solo, ma collabora con quest'ultima per promuovere il rinvio pregiudiziale.

30. In terzo luogo, il giudice del rinvio si limita ad aderire agli argomenti delle parti, senza esporre le ragioni che a suo parere motivano il rinvio pregiudiziale, né indica per quale motivo le sue domande sarebbero imprescindibili per risolvere la (presunta) controversia. In realtà, trasferisce alla Corte il documento redatto dalle parti, che inserisce nella propria ordinanza⁸.

31. La Corte non dovrebbe accogliere una domanda pregiudiziale posta in tali condizioni.

⁸ È in tale documento, concordato fra le parti, che sono esposti i motivi che giustificano il rinvio pregiudiziale, nonché le domande che si dovrebbero formulare.

32. Orbene, sussiste una particolare circostanza che può forse spiegare il comportamento del giudice del rinvio. Le domande sono sorte nel contesto di un ricorso («judicial review») inteso al controllo della legittimità dell'«obbligo e/o [de]ll'intenzione» del Regno Unito di applicare una norma del diritto derivato dell'Unione. Si tratta di un procedimento sui generis del diritto britannico, che, per come è applicato nella pratica, consente ai singoli di chiedere l'interpretazione o la dichiarazione d'invalidità di un atto legislativo che non è stato (ancora) applicato.

33. A mio parere, la Corte è stata alquanto generosa nell'ammettere questioni pregiudiziali dei giudici britannici promosse nel contesto di tali procedimenti, quando si tratta di pronunciarsi sulla validità di norme dell'Unione⁹. Credo che tale comportamento fornisca ai singoli che sono parti di una controversia nel Regno Unito (al contrario di ciò che avviene negli altri Stati membri) talune possibilità di contestare la validità di atti normativi dell'Unione di portata generale, anche prima che questi possano dispiegare effetti giuridici nell'ordinamento interno¹⁰. Tornerò in seguito su quest'aspetto.

34. A favore della ricevibilità militano, tuttavia, varie ragioni. In primo luogo, la presunzione di rilevanza che la Corte riconosce alle questioni pregiudiziali, dovuta al potere discrezionale del giudice nazionale sulla necessità di proporre un rinvio. Si tratta, tuttavia, di una presunzione superabile¹¹.

35. È anche significativo che la Corte abbia già risposto a questioni pregiudiziali di giudici britannici rinviate in questo stesso genere di procedimenti di judicial review¹². Invero, la maggior parte di tali precedenti riguardano l'interpretazione di direttive, ma non credo vi siano difficoltà insuperabili per estenderli all'interpretazione e alla validità di un regolamento¹³.

9 Sentenze del 10 dicembre 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741), punti da 32 a 41; del 3 giugno 2008, *Intertanko e a.* (C-308/06, EU:C:2008:312), punti da 30 a 35; dell'8 luglio 2010, *Afton Chemical* (C-343/09, EU:C:2010:419), punti da 13 a 26; del 4 maggio 2016, *Philip Morris Brand e a.* (C-547/14, EU:C:2016:325), punti da 30 a 36; e del 4 maggio 2016, *Pillbox 38* (C-477/14, EU:C:2016:324), punti da 14 a 31.

10 Ciò avviene, ad esempio, nelle controversie in cui è stata sollevata la questione dell'interpretazione o della validità di alcune direttive prima che fosse scaduto il termine previsto per la trasposizione.

11 Per costante giurisprudenza, spetta esclusivamente al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire. Ne consegue che le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione o l'esame di validità richiesto relativamente ad una norma dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia nel procedimento principale, oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere utilmente alle questioni che le vengono sottoposte (sentenze del 16 giugno 2015, *Gauweiler e a.*, C-62/14, EU:C:2015:400, punti 24 e 25; del 4 maggio 2016, *Pillbox 38*, C-477/14, EU:C:2016:324, punti 15 e 16; del 5 luglio 2016, *Ognyanov*, C-614/14, EU:C:2016:514, punto 19; del 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15, EU:C:2016:874, punto 54; e del 28 marzo 2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, punti 50 e 155).

12 V. nota 9.

13 La sentenza dell'8 giugno 2010, *Vodafone e a.* (C-58/08, EU:C:2010:321), rappresenta un caso in cui è stata ritenuta ricevibile una questione pregiudiziale relativa a un regolamento, promossa nel contesto di un procedimento britannico di judicial review. In quel caso, gli operatori di telefonia mobile adirono la High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) [Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), divisione del Queen's Bench (sezione amministrativa) (Regno Unito)] per contestare i Mobile Roaming Regulations 2007 (relativi al roaming nella telefonia mobile), che consentivano a talune disposizioni del regolamento (CE) n. 717/2007 di produrre i propri effetti nel Regno Unito. È importante tuttavia sottolineare che quel ricorso, a differenza del presente, da un lato, era diretto contro norme nazionali di applicazione di un regolamento e, dall'altro, che in quel contesto sussisteva una vera controversia fra gli operatori di telefonia mobile e l'amministrazione britannica. Quest'ultima riteneva infondato il ricorso e si opponeva al rinvio delle questioni pregiudiziali.

36. Un regolamento è direttamente applicabile (articolo 288 TFUE, secondo comma), il che comporta che non può essere oggetto di sviluppo normativo tramite l'adozione di norme legislative o regolamentari da parte degli Stati membri, tranne che sia lo stesso regolamento a prevederlo¹⁴. Orbene, i regolamenti richiedono, in molti casi, la loro applicazione amministrativa a carico delle autorità nazionali ed è frequente che, con tale applicazione, si sollevino dinanzi ai giudici nazionali dubbi sul modo di interpretare alcune loro disposizioni o sulla loro validità¹⁵.

37. È quello che avviene nella presente causa, in quanto vi sono almeno due modi di interpretare e applicare gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento agli schemi di carte di pagamento a tre parti, ed possono essere dedotti motivi che militano contro la loro validità.

38. La giurisprudenza della Corte non subordina, inoltre, la ricevibilità delle questioni pregiudiziali alla condizione di aver adottato effettivamente, nel diritto nazionale, misure di attuazione di un atto dell'Unione. È sufficiente che l'organo giurisdizionale sia investito di una controversia reale che verta, incidentalmente, sulla sua interpretazione o validità.

39. In terzo luogo, il giudice del rinvio ha dichiarato ricevibile l'azione legale originaria, il che significa che, a suo avviso, il procedimento è stato avviato conformemente alle norme vigenti nel suo ordinamento giuridico¹⁶. La possibilità di pronunciarsi sull'interpretazione e la validità dei due articoli sopra menzionati, anticipandone l'applicazione amministrativa, non sembra generare difficoltà procedurali.

40. Infine, la tecnica utilizzata dal giudice nazionale nel redigere la propria ordinanza di rinvio è manifestamente perfettibile, in quanto si limita a presentare la spiegazione fornita dalle parti degli elementi di fatto e di diritto della causa, senza procedere a una propria elaborazione¹⁷. Orbene, considerata nel suo insieme, l'ordinanza consente di farsi un'idea adeguata dei predetti elementi di fatto e di diritto¹⁸ e ha fornito alle parti interessate (Commissione, Consiglio, Parlamento europeo, governo del Regno Unito e portoghese, Amex e MasterCard) la possibilità di presentare osservazioni, ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

41. Nonostante la forza di tali argomenti, ritengo che nell'esame dell'irricevibilità abbiano maggior peso due degli argomenti contrari.

42. Procedimenti come questo forniscono alle parti delle controversie dinanzi ai giudici britannici la possibilità di «eludere» le limitazioni alla legittimazione attiva previste per i ricorsi di annullamento contro atti normativi dell'Unione di portata generale. L'utilizzo dell'incidente pregiudiziale, come avvenuto in questa sede, conferisce loro il vantaggio processuale, di non secondaria importanza, di contestare la legalità di quegli atti prima della loro applicazione amministrativa e di prestare attenzione agli effetti futuri, non attuali, sulla situazione giuridica dei loro destinatari¹⁹.

14 L'articolo 13 del regolamento conferisce agli Stati membri il potere di designare le autorità competenti incaricate di applicarlo. Esso impone loro altresì di esigere da dette autorità il controllo dell'applicazione delle norme del regolamento, al fine di impedirne l'elusione da parte dei prestatori di servizi di pagamento. L'articolo 14, parimenti, impone agli Stati membri di stabilire le sanzioni applicabili in caso di violazione del regolamento.

15 Un esempio è rappresentato dalla sentenza dell'8 giugno 2010, Vodafone e a. (C-58/08, EU:C:2010:321).

16 Nella seconda pagina della versione in lingua inglese dell'ordinanza di rinvio si afferma quanto segue: «And upon permission to proceed with the claim for judicial review having been granted by the Order of Mr Justice Blake of 24 September 2015».

17 Per consolidata giurisprudenza, considerato che la decisione di rinvio serve quale fondamento per il procedimento dinanzi alla Corte, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui chiede l'interpretazione e sul nesso a suo avviso intercorrente tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui è investito (v., in particolare, sentenza del 10 marzo 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, punto 115; e ordinanza dell'8 settembre 2006, Google Ireland, C-322/15, EU:C:2016:672, punto 18).

18 L'assenza di talune constatazioni preliminari da parte del giudice del rinvio non conduce necessariamente all'irricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale nel caso in cui, nonostante tali mancanze, la Corte ritenga, alla luce degli elementi risultanti dal fascicolo, di essere in grado di fornire una risposta utile al giudice del rinvio (v., in tal senso, ordinanza dell'8 settembre 2006 Google Ireland, C-322/15, EU:C:2016:672, punto 24; e sentenza del 28 gennaio 2016, CASTA e a., C-50/14, EU:C:2016:56, punto 48 e giurisprudenza citata).

19 Tale critica è stata respinta dalla Corte nella sua sentenza dell'8 luglio 2010, Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419), punti da 13 a 26.

43. La ricevibilità di domande di rinvio pregiudiziale con tali caratteristiche potrebbe produrre una discriminazione nell'utilizzo del meccanismo pregiudiziale, a scapito dei singoli negli altri Stati membri, i quali devono attendere che un atto amministrativo di attuazione li pregiudichi per impugnarlo e, eventualmente, domandare la dichiarazione di nullità sia di quel singolo atto sia della norma dell'Unione su cui esso si fonda.

44. In base alla logica del sistema dei ricorsi dell'Unione, le domande di nullità sono riservate ai ricorrenti che dispongono di una legittimazione attiva generale o ai singoli che subiscono direttamente e individualmente le conseguenze di un determinato atto. Essi devono avviare, entro il termine, il ricorso (diretto) di annullamento dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, e nel contempo, si preclude loro la possibilità di chiedere, previamente o parallelamente, che il giudice nazionale proponga una domanda di pronuncia pregiudiziale avente ad oggetto l'esame della validità²⁰.

45. Il generalizzarsi di questioni pregiudiziali come quella in esame potrebbe, a mio parere, causare la frammentazione di quest'ultima caratteristica del sistema dei ricorsi contro gli atti dell'Unione. Proporne il rigetto non vuol dire criticare, neanche indirettamente, le caratteristiche del «judicial review», la cui flessibilità trovo lodevole. L'autonomia riconosciuta agli Stati membri nella costruzione del proprio diritto processuale nazionale li autorizza a progettare il proprio sistema di impugnazioni nel modo ritenuto più opportuno. Orbene, il rinvio delle questioni pregiudiziali deve rispettare, inderogabilmente, l'articolo 267 del TFUE e la giurisprudenza della Corte sulle condizioni in presenza delle quali si può contestare la validità degli atti dell'Unione, tanto in via diretta quanto in via pregiudiziale.

46. Inoltre – come ho anticipato – nel caso di specie non si è assistito, dinanzi al giudice nazionale, a un vero confronto fra l'Amex e l'amministrazione britannica. L'una e l'altra sostengono la medesima tesi e ricorrono al giudice non perché questi risolva una controversia reale sulla cui soluzione non concordano, ma solo affinché sottoponga alla Corte le domande che le stesse parti hanno preparato.

47. L'aspetto caratteristico (ed essenziale) di qualsiasi controversia è il confronto fra posizioni contrastanti, non coincidenti. Al contrario, ciò che viene alla luce nel caso di specie è, invece, un artificio processuale costruito, di comune accordo, con l'unico scopo di ottenere la pronuncia della Corte, senza che vi sia una controversia reale fra ricorrente e resistente. Equivale, di fatto, alla richiesta di un parere consultivo alla Corte per chiarire taluni dubbi sull'interpretazione e la validità del regolamento.

48. In tali circostanze, propongo alla Corte di dichiarare irricevibili le questioni pregiudiziali. Qualora però tale suggerimento non fosse accolto, di seguito affronto le questioni sollevate nel merito.

B. Considerazioni generali sugli schemi di carte di pagamento

49. In ogni acquisto con carta di pagamento intervengono normalmente i seguenti soggetti: a) il titolare della carta; b) l'istituto finanziario – di solito una banca – che emette la carta e la fornisce ai suoi clienti (in prosieguo: la «banca emittente»)²¹; c) l'esercente che vende la sua merce o presta i suoi servizi, pagati con addebito sulla carta; d) l'istituto finanziario che fornisce a tale esercente i servizi che

²⁰ Per costante giurisprudenza, quando un singolo gode dell'indiscutibile legittimazione attiva per impugnare un atto normativo dell'Unione, tramite un ricorso di annullamento, non può domandare il suo annullamento nel contesto di un procedimento pregiudiziale (v., in tal senso, le sentenze del 9 marzo 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, punti da 23 a 25; del 15 febbraio 2001, Nachi Europe, C-239/99, EU:C:2001:101, punti 36 e 37; del 29 giugno 2010, E ed F, C-550/09, EU:C:2010:382, punto 46; e del 28 marzo 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, punto 128).

²¹ Per una migliore comprensione, farò riferimento a tali soggetti come la «banca emittente», sebbene possano emettere carte anche altri istituti finanziari.

lo abilitano ad accettare la carta, istituto che anch'esso è di solito una banca e viene chiamato, nel gergo di tali operazioni, «banca della convenzione» o «banca convenzionatrice»; ed e) gli schemi di pagamento con carta, quali Visa, MasterCard, American Express e Diners Club. Possono inoltre intervenire i circuiti locali che elaborano le operazioni di pagamento con carta.

50. Il pagamento con carta genera un intreccio complesso di rapporti giuridici fra tali soggetti²². In primo luogo, vi è un contratto di emissione della carta di pagamento fra il suo titolare e la banca emittente, in virtù del quale il primo di solito paga alla seconda una commissione. Le banche emittenti autorizzano l'ordine del consumatore confermando che dispone di un saldo sufficiente nel suo conto (carta di debito) o che l'importo del pagamento è coperto dal limite di credito disponibile (carta di credito).

51. In secondo luogo, vi è un contratto di affiliazione fra l' esercente e la banca convenzionatrice, in virtù del quale quest'ultima fornisce al primo i servizi necessari per accettare le carte come mezzo di pagamento. All' esercente viene applicata una commissione detratta dal prezzo finale di vendita dei suoi beni o servizi (che comprende le commissioni interbancarie) a titolo di corrispettivo per l'assistenza fornita dalla banca (tramite un terminale presso l'esercizio commerciale o un gateway di pagamento collegato al sito di e-commerce) per il ricevimento degli ordini di pagamento del consumatore e per eseguire i pagamenti delle operazioni di acquisto presentate dallo stabilimento commerciale. Inoltre, le banche convenzionatrici acquisiscono i dati della transazione, li inoltrano ai soggetti che si occupano del trattamento delle operazioni e accreditano i fondi al negozio, dopo aver trattenuto le commissioni interbancarie e le commissioni per i servizi all' esercente.

52. Gli schemi di pagamento basati su carta procedono alla compensazione e all'esecuzione degli ordini di pagamento, ricevendo per tale prestazione una commissione dalle banche (emittenti e convenzionatrici) titolari della licenza del loro marchio.

53. Infine, l'intervento dei soggetti che si occupano del trattamento delle operazioni comporta la stipula di un contratto di licenza e di sfruttamento del marchio fra i primi e gli schemi di pagamento basati su carta. Tali soggetti che si occupano del trattamento delle operazioni agiscono come uno strumento di partecipazione collettiva degli istituti finanziari da cui sono costituiti e di solito stabiliscono collettivamente le commissioni interbancarie.

54. A seconda dei partecipanti, le attività degli schemi di carte di pagamento corrispondono a due modelli: gli schemi a quattro parti o aperti e gli schemi a tre parti o chiusi.

55. Quelli a quattro parti (Visa e MasterCard) sono dominanti nel mercato. Al loro interno, i pagamenti sono effettuati dal conto di un pagatore (il consumatore) a quello di un beneficiario (l' esercente) per il tramite dello schema di carte di pagamento. Intervengono la banca emittente della carta del consumatore e la banca convenzionatrice, che fornisce il supporto tecnico affinché l' esercente riceva il pagamento²³.

56. I regimi a quattro parti sono così denominati perché in essi intervengono quattro parti (il titolare della carta e la relativa banca emittente, nonché chi riceve il pagamento e la sua banca convenzionatrice) oltre all'impresa che gestisce il sistema di pagamento. Sono aperti perché, oltre alla società che gestisce lo schema delle carte di pagamento, interagiscono due istituti finanziari.

22 V. l'analisi di Guibert Echenique, S., «Consideraciones críticas sobre la legislación de tasas de intercambio en las operaciones de pago con tarjeta de crédito y débito», Diario La Ley, n° 8566, 22 giugno 2015, pagg. da 1 a 3.

23 V. la descrizione di tali schemi nella sentenza dell'11 settembre 2014 MasterCard/Commissione (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), punto 4; nella sentenza del 24 maggio 2012, MasterCard e a./Commissione (T-111/08, EU:T:2012:260), punto 17; e nella decisione C(2007) 6474 definitivo della Commissione, del 19 dicembre 2007, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 81 [CE] e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (Caso COMP/34.579 – MasterCard, Caso COMP/36.518 – EuroCommerce, Caso COMP/38.580 – Commercial Cards), considerando da 234 a 249.

57. In tali schemi, la banca che emette la carta applica alla banca convenzionatrice una commissione (la «commissione interbancaria») con cui compensa le spese che non può recuperare per mezzo delle commissioni addebitate al titolare (come quelle applicate per la consegna della carta o per il suo mantenimento annuo, fra le altre).

58. La commissione interbancaria è, a sua volta, trasferita dalla banca convenzionatrice all' esercente, come un costo ulteriore insieme agli altri derivanti dai servizi finanziari, che formano la cosiddetta commissione per i servizi. La commissione interbancaria costituisce un livello minimo e una componente importante dei costi finanziari trasferiti dalla banca convenzionatrice all' esercente il quale, a sua volta, di solito lo trasferisce sui prezzi di vendita ai consumatori.

59. L'altro modello degli schemi di carte di pagamento è quello degli schemi a tre parti o chiusi, come American Express o Diners Club, in cui vi è un rapporto diretto del consumatore (titolare della carta) e del commerciante con lo schema che emette la carta. Da qui la loro qualificazione come a tre parti, in quanto non vi partecipa nessun altro istituto finanziario: sono schemi chiusi.

60. In una transazione rientrante in uno schema a tre parti interviene solo un prestatore di servizi finanziari, che agisce come emittente e soggetto convenzionatore. Non essendoci una banca che emette la carta né una banca convenzionatrice per i pagamenti, non esiste la commissione interbancaria. Lo schema a tre parti è libero di fissare singolarmente le commissioni da applicare agli esercenti per i servizi finanziari loro prestati.

61. Nell'Unione europea, gli schemi a tre parti sviluppano un volume di operazioni molto limitato rispetto agli schemi a quattro parti e si rivolgono all'acquisizione di specifiche categorie di consumatori. Poiché non occupano una posizione dominante nel mercato delle carte di pagamento, gli esercenti sono in realtà liberi di accettare o meno l'utilizzo degli schemi a tre parti.

62. Vi sono tuttavia schemi a tre parti non autentici, che si discostano dal funzionamento testé descritto. Ciò avviene quando essi stipulano contratti di licenza di uso e sfruttamento del marchio con altri istituti finanziari, affinché questi ultimi agiscano come emittenti delle loro carte di pagamento. In tal caso, le commissioni convenute equivalgono alle commissioni interbancarie.

63. Esistono anche gli schemi detti «schemi a tre parti con estensioni», quando lo schema amplia la sua attività collaborando con terzi, avvalendosi sia dell'emissione di carte «con un partner di carta multimarchio in co-branding» (l'«estensione per co-branding»)²⁴ o «tramite un agente» (l'«estensione per agenzia»). In entrambi i casi, le somme scambiate fra lo schema a tre parti e gli altri marchi o agenti potrebbero costituire commissioni equivalenti alle commissioni interbancarie dei regimi a quattro parti. È esattamente tale dubbio che il giudice del rinvio chiede alla Corte di chiarire.

64. Le commissioni interbancarie hanno determinato un rincaro, a scapito dei consumatori, della prestazione dei servizi di pagamento con carta, con la contestuale presenza di grandi differenze del loro importo da uno Stato membro all'altro²⁵. Per tale motivo, l'Unione ha tentato, in primo luogo, di moderare tale importo, applicando le norme a tutela della concorrenza, e, in secondo luogo, ha fatto ricorso all'armonizzazione fra le legislazioni nel contesto dell'evoluzione della normativa comune in materia di pagamenti.

²⁴ Ad esempio, la carta dello schema Amex è commercializzata in co-branding Amex/Iberia o Amex/British Airways.

²⁵ V. il documento Commissione europea, Commission Staff Working Document. Impact Assessment. Accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions SWD(2013) 288 final, pagg. da 96 a 108.

65. La Commissione ha applicato le norme sulla concorrenza alle CMI di Visa²⁶ e di MasterCard²⁷. Dette commissioni rappresentavano un costo comune sostenuto da tutte le banche convenzionatrici partecipanti a uno schema a quattro parti, il cui livello costituiva un «prezzo minimo» applicato nel momento in cui dette banche concordavano con i propri clienti (gli esercenti) il prezzo dei servizi che avrebbero loro prestato.

66. La Commissione ha dichiarato che gli accordi sulle CMI degli schemi a quattro parti erano contrari al diritto dell'Unione, in quanto le banche imponevano collettivamente un prezzo minimo agli esercenti, come ha poi confermato la Corte²⁸.

67. In tal modo, la Commissione ha ottenuto impegni di riduzione sostanziali delle CMI di Visa e Mastercard, che sono arrivate fino allo 0,3% nelle operazioni con carte di credito e allo 0,2% nelle operazioni con carte di debito.

68. Tale iniziativa si è però rilevata insufficiente per il controllo delle commissioni interbancarie²⁹. La concorrenza tra gli schemi di carte di pagamento per convincere gli istituti finanziari prestatori di servizi di pagamento a emettere le loro carte determina, periodicamente, un aumento e non una riduzione delle commissioni interbancarie, in contrasto con il normale effetto di disciplina dei prezzi che la concorrenza ha in un'economia di mercato³⁰. Tale situazione ha giustificato l'adozione del regolamento, che stabilisce il controllo ex lege dei massimali delle commissioni interbancarie, insieme ad altre misure che disciplinano i rapporti fra i vari soggetti coinvolti nelle operazioni di pagamento basate su carta. Il suo scopo è far sì che le commissioni interbancarie non costituiscano un ostacolo allo sviluppo di un mercato integrato dei servizi di pagamento nell'Unione.

C. Prima questione: applicazione del regolamento ai sistemi a tre parti con estensioni

69. Ho già accennato che né il giudice del rinvio né le parti dubitano sulla qualificazione come schema a quattro parti, ai sensi degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, di uno schema a tre parti che concede una licenza ad altri prestatori di servizi per l'emissione delle loro carte, il convenzionamento di strumenti di pagamento basati sulle loro carte o a entrambi i fini³¹.

70. I dubbi del giudice del rinvio e le opinioni delle parti si concentrano sulle altre due ipotesi previste agli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento, cioè quando uno schema a tre parti emette «strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente». La Corte deve stabilire se, in tali due ipotesi, lo schema a tre parti con estensioni debba classificarsi come a quattro parti o se ciò valga solo quando il partner o l'agente effettui l'emissione della carta e/o il convenzionamento dei pagamenti.

71. La formulazione degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento non è del tutto chiara, e tale ambiguità non può essere dissipata con la semplice lettura di queste due norme.

26 V. la decisione 2002/914/CE, del 24 luglio 2002 (Caso COMP/29.373 – Visa International – Commissione interbancaria multilaterale) (GU 2002, L 318, pag. 17), nella quale le CMI intraregionali di Visa nell'Unione europea hanno beneficiato di un'esenzione per un periodo di cinque anni subordinatamente al rispetto di determinate condizioni, la principale delle quali era che dette commissioni fossero vincolate al livello di taluni costi e non li superassero. L'8 dicembre 2010 è stata adottata dalla Commissione una seconda decisione Visa (COMP/D-1/39.398, Visa MIF), che ha reso obbligatori gli impegni proposti da Visa, i quali comportavano, tra l'altro, la fissazione di un limite massimo per le sue CMI.

27 Decisione C(2007) 6474 definitivo della Commissione del 19 dicembre 2007 relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 81 [CE] e dell'articolo 53 dell'accordo SEE (Caso COMP/34.579 – MasterCard, Caso COMP/36.518 – EuroCommerce, Caso COMP/38.580 – Commercial Cards).

28 Sentenza dell'11 settembre 2014, MasterCard e a./Commissione (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), punto 112.

29 V. Andrea Lista, *EU Competition Law and Financial Service Sector*, Routledge, 2013, pagg. da 145 a 188.

30 V. la pubblicazione della Commissione europea, *The Interchange Fees Regulation*, Competition Policy Brief 2015-3, giugno 2015.

31 Si tratta dei regimi a tre parti non autentici, a causa dell'intervento aggiuntivo di un prestatore di servizi finanziari, che in tal modo spezza la loro caratteristica triangolare. Le commissioni scambiate fra gli uni e gli altri soggetti di tali schemi sono assimilabili, senza alcuna difficoltà, alle commissioni interbancarie.

72. L'Amex e il governo britannico sono favorevoli a un'interpretazione restrittiva di dette norme. Essi sostengono che la qualificazione come a quattro parti degli schemi a tre parti è ammissibile solo quando il partner o l'agente che agiscono in estensione con questi ultimi emettono o convenzionano pagamenti. Al contrario, MasterCard, il governo portoghese e la Commissione sono favorevoli a un'interpretazione estensiva dei medesimi articoli, in virtù della quale sarebbero classificate come a quattro parti tutte le ipotesi di estensione di uno schema a tre parti per co-branding o per agenzia.

73. La scelta per l'una o l'altra interpretazione di tale norma ha importanti conseguenze. Quella restrittiva comporta l'impossibilità di applicare a tale categoria di schemi a tre parti (con estensione per co-branding o per agenzia) varie restrizioni previste dal regolamento, ai sensi del suo articolo 1, paragrafi 3 e 4. In particolare, le commissioni pattuite all'interno di tali schemi non saranno considerate commissioni interbancarie, il che li esenterebbe dal rispettare i massimali già indicati (0,2% per le carte di debito e 0,3% per le carte di credito). Non sarebbero nemmeno interessati dal divieto di elusione di tali massimali tramite la fissazione di commissioni con effetto equivalente alle predette. Non sarebbero inoltre soggetti all'obbligo di separazione tra schemi di carte di pagamento e soggetti incaricati del trattamento delle operazioni (articolo 7 del regolamento).

74. Anticipo sin d'ora che sosterrò l'interpretazione estensiva degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento. Farò ricorso, come al solito, ai criteri ermeneutici letterale, sistematico e teleologico, al fine di ricavare il significato di tali disposizioni.

1. Criterio di interpretazione letterale

75. Il tenore letterale degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento è identico e da esso risulta che l'equiparazione fra schemi a quattro parti e schemi a tre parti avviene in tre casi:

- gli schemi a tre parti che concedono ad altri prestatori di servizi di pagamento la licenza di emissione delle loro carte o di convenzionamento di strumenti di pagamento basati sulle medesime (schemi a tre parti non autentici)³²;
- gli schemi a tre parti che emettono strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding (schema a tre parti con estensione per co-branding o multimarchio)³³;
e
- gli schemi a tre parti che emettono strumenti di pagamento tramite un agente (schema a tre parti con estensione per agenzia).

76. Le ultime due categorie sono quelle più diffuse nel mercato. In queste, l'impresa titolare del co-branding o l'agenzia non sono e non agiscono come istituti finanziari. Pertanto, non emettono le carte né convenzionano i pagamenti, ma offrono allo schema a tre parti esclusivamente l'accesso al loro portafoglio clienti.

³² È pacifico, come ho già ribadito, che tali schemi a tre parti non autentici (di cui costituiscono un esempio le carte del Banco Santander/Amex, nelle quali la banca ha il ruolo di emittente) sono assimilati agli schemi a quattro parti.

³³ Ad esempio, le carte Amex/Air France o Amex/Costco.

77. Le disposizioni in esame tacciono sulla necessità che i terzi che stipulano tali accordi con lo schema a tre parti debbano «em[ettere] o (...) convenziona[re] strumenti di pagamento basati su carta». Tale circostanza è proprio quella prevista nell'ipotesi degli schemi a tre parti non autentici. Se l'accordo di co-branding o di agenzia comporta che il terzo collaboratore agisca come emittente³⁴ o soggetto convenzionatore³⁵, non ci troveremmo dinanzi ad accordi di estensione, bensì di concessione di licenza.

78. Il governo portoghese evidenzia, a ragione, che non avrebbe senso una diversa interpretazione, in quanto essa comporterebbe che le due ultime ipotesi previste agli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento sarebbero incorporate nella prima ipotesi.

79. L'interpretazione letterale di queste due norme avvalorava pertanto l'assimilazione agli schemi a quattro parti di tutti gli schemi a tre parti con estensioni per co-branding e per agenzia, a prescindere dal fatto che i partner o gli agenti siano o meno prestatori di servizi di pagamento³⁶ e che agiscano o meno come emittenti di carte e/o convenzionatori di pagamenti.

80. Il governo britannico e l'Amex dissentono da tale interpretazione. A loro avviso, gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento si riferiscono a schemi a tre parti che «emett[ono] (...) con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente». A loro parere, i termini «con» e «tramite» dimostrano che il partner di carta multimarchio in co-branding o l'agente devono essere coinvolti nell'emissione della carta, e a tal fine fanno valere la loro connessione con altre norme del medesimo regolamento.

81. Non condivido, come ho appena detto, questa tesi che, in realtà, non si basa sull'analisi propriamente terminologica bensì sull'aspetto sistematico, che passo subito a trattare.

2. I criteri di interpretazione sistematica e teleologica

82. Il governo britannico e l'Amex si basano, in effetti, su un'interpretazione sistematica, ricorrendo alle nozioni di emittente e di emissione della carta di pagamento, contenute all'articolo 2, punto 2, nel considerando 29³⁷ del regolamento. Ne deducono che, quando i partner di carta multimarchio in co-branding e gli agenti non forniscono le carte di pagamento al pagatore, non autorizzano operazioni sui terminali di pagamento o nei punti equivalenti e non garantiscono il pagamento delle operazioni effettuate al soggetto convenzionatore, non possono essere qualificati parti con le quali (o tramite le quali) uno schema a tre parti emette strumenti di pagamento basati su carta.

83. Su questa stessa linea, secondo l'Amex e il governo britannico, se il partner di carta multimarchio in co-branding o l'agente limitano la loro attività alla distribuzione delle carte, ai servizi tecnici di pagamento o al semplice trattamento e alla semplice conservazione di dati, non agiscono come emittenti, e di conseguenza gli accordi di estensione degli schemi a tre parti non sono oggetto degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento, il che impedisce di equipararli agli schemi a quattro parti.

34 L'articolo 2, punto 2, del regolamento definisce «emittente» un «prestatore di servizi di pagamento che stipula un contratto per fornire al pagatore uno strumento di pagamento per disporre e trattare le operazioni di pagamento basate su carta del pagatore».

35 L'articolo 2, punto 1, del regolamento definisce «soggetto convenzionatore» un «prestatore di servizi di pagamento che stipula un contratto con il beneficiario per l'accettazione e il trattamento delle operazioni di pagamento basate su carta, che si traducono in un trasferimento di fondi al beneficiario».

36 Ai sensi dell'articolo 2, punto 24, del regolamento, un «prestatore di servizi di pagamento» è «ogni persona fisica o giuridica autorizzata a fornire i servizi di pagamento elencati nell'allegato della direttiva 2007/64/CE o riconosciuta quale emittente di moneta elettronica ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2009/110/CE. Il prestatore di servizi di pagamento può essere un emittente o un soggetto convenzionatore o entrambi».

37 Secondo tale considerando, riportato al paragrafo 7, «l'emittente mette a disposizione del pagatore le carte di pagamento, autorizza le operazioni presso terminali o loro equivalenti e può garantire il pagamento al convenzionatore per le operazioni conformi alle regole del relativo schema». Nella sua ultima frase precisa che «[p]ertanto, la mera distribuzione di carte di pagamento o prestazione di servizi tecnici, quali il semplice trattamento e la semplice conservazione di dati, non costituisce un'emissione.»

84. Tale impostazione, secondo il governo britannico e l'Amex, sarebbe avvalorata dal considerando 28 del regolamento³⁸, che assimilerebbe gli schemi a tre parti a quelli a quattro parti solo quando i primi utilizzano un altro prestatore di servizi di pagamento come emittente o soggetto convenzionatore. Il mancato riferimento agli accordi con partner di carta multimarchio in co-branding o con agenti che non agiscono in qualità di emittenti o di soggetti convenzionatori di carte impone di ritenere che, in tali casi, non sussistano commissioni implicite equiparabili alle commissioni interbancarie. Non sarebbe quindi giustificata la loro equiparazione agli schemi a quattro parti.

85. L'Amex aggiunge che la sua interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 5, è conforme alla logica della norma, perché, nelle tre fattispecie previste in essa, si imporrebbe l'intervento nello schema a tre parti di un prestatore di servizi di pagamento aggiuntivo, che riceverebbe commissioni con la conseguenza che il trattamento di tali casi sarebbe identico a quello applicato agli schemi a quattro parti.

86. Ritengo, al contrario, che questa interpretazione dei termini «emissione» (di carta di pagamento), «multimarchio in co-branding» e «agente» giunga a un esito che non concorda con il contesto, con il sistema, né con gli obiettivi del regolamento. Diversamente da altri, tali termini non sono definiti dalla disposizione in esame e, per consolidata giurisprudenza della Corte, dato che non contengono alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri ai fini della determinazione del loro senso e della loro portata, devono essere oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme³⁹.

87. Come ho indicato, gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento non distinguono tra le ipotesi di estensione (per co-branding o per agenzia) nei quali il partner o l'agente sono prestatori di servizi di pagamento che emettono carte e/o ricevono pagamenti con carte, da un lato, e quelle in cui il partner o l'agente si limitano a svolgere altri tipi di attività, dall'altro. Ha ragione la Commissione nel sottolineare che tale distinzione è il frutto dell'interpretazione elaborata dall'Amex, ma se la norma non fa distinzioni, non deve farlo neanche l'interprete.

88. Contro tale distinzione milita il fatto che la nozione di «multimarchio in co-branding» di cui all'articolo 2, punto 32, del regolamento non la prevede⁴⁰. Tale norma stabilisce, al contrario, che il co-branding comporta l'inclusione del marchio di pagamento (ad esempio, Amex) e di almeno «un marchio non riferito a uno strumento di pagamento», che apparterrà a un'impresa estranea alla prestazione di servizi finanziari⁴¹.

89. Inoltre, la distinzione fra i due tipi di estensione, a seconda del fatto che il partner in co-branding o l'agente agiscano in qualità di istituti finanziari, si basa su una lettura combinata degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, con il considerando 29, del regolamento, che tanto meno mi convince.

90. Questi articoli parlano, testualmente, di schemi a tre parti che «emett[ono] strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente». Sono, pertanto, gli schemi a tre parti che emettono gli strumenti di pagamento. Nulla in entrambe le norme suggerisce che debbano essere i partner in co-branding o gli agenti a emettere le carte di pagamento e/o ad accettare i pagamenti effettuati con queste.

38 Secondo cui, «[p]er riconoscere l'esistenza di commissioni interbancarie implicite e contribuire alla creazione di condizioni di parità, è opportuno considerare gli schemi di carte di pagamento a tre parti che utilizzano i prestatori di servizi di pagamento come soggetto emittente o soggetto convenzionatore alla stregua degli schemi di carte di pagamento a quattro parti e assoggettarli alle stesse norme».

39 V., in tal senso, sentenze del 17 luglio 2008, Kozłowski (C-66/08, EU:C:2008:437), punto 42; del 24 maggio 2016, Dworzecki (C-108/16 PPU, EU:C:2016:346), punto 28; e del 18 ottobre 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774), punto 28.

40 Con «multimarchio in co-branding» si intende l'«inclusione di almeno un marchio di pagamento e di almeno un marchio non riferito a uno strumento di pagamento in uno stesso strumento di pagamento basato su carta».

41 Al punto 28 dell'ordinanza di rinvio sono menzionati i marchi «British Airways», «Nectar» e «Costco».

91. Come spiega il giudice del rinvio ai punti da 29 a 31 dell'ordinanza di rinvio, gli schemi a tre parti con estensione per co-branding o per agenzia più diffusi sono quelli stipulati con imprese che non prestano servizi finanziari⁴². Tali estensioni costituiscono un esercizio di marketing congiunto, con cui i due soggetti condividono reciprocamente i rispettivi portafogli clienti e favoriscono l'acquisto dei prodotti e servizi che offrono. Per gli schemi di carte di pagamento a tre parti, l'utilizzo di tali tipi di estensioni è un'importante via d'accesso a nuovi clienti perché, diversamente dagli schemi a quattro parti, non si avvalgono della collaborazione di altri istituti finanziari.

92. Il ricorso all'interpretazione sistematica impone, inoltre, come indica la Commissione, di tenere presenti le nozioni di «compensazione netta» e di «commissione interbancaria», definite all'articolo 2, punti 10 e 11, del regolamento, e le commissioni interbancarie implicite menzionate al considerando 31⁴³, insieme al divieto di aggiramento delle soglie fissate (articolo 5).

93. L'interpretazione sistematica di tali disposizioni induce a proporre un significato estensivo del concetto di commissione interbancaria. Altrimenti, sarebbe facile per gli schemi a tre parti eludere le norme che limitano il suo importo, che potrebbe essere violato utilizzando remunerazioni e compensazioni indirette. A tale elusione fa riferimento l'articolo 5 del regolamento, che applica una nozione estesa del concetto: la commissione interbancaria comprende qualsiasi remunerazione pattuita, compresa la compensazione netta, avente oggetto o effetto analogo e che un soggetto convenzionatore o qualunque altro intermediario riceva in relazione alle operazioni di pagamento o ad attività correlate.

94. La nozione di commissione interbancaria deve contenere, pertanto, l'importo totale netto dei pagamenti, degli sconti o degli incentivi che l'impresa in co-branding e/o l'agente riceve dallo schema (compensazione netta). Vale a dire che deve comprendere qualsiasi commissione o remunerazione pagata, direttamente o indirettamente. Il considerando 31 del regolamento cita sia i pagamenti diretti (ossia basati sul volume o specifici per ogni operazione) sia quelli indiretti (tra cui incentivi di marketing, bonus, sconti per determinati volumi di operazioni ecc.). Comprende, in particolare, gli utili realizzati dagli emittenti grazie a programmi speciali condotti congiuntamente da tali imprese e dagli schemi di carte di pagamento.

95. Le commissioni che uno schema a tre parti potrebbe pagare, direttamente o indirettamente, alle imprese o agli agenti con cui stipula l'estensione avrebbero, a mio parere, un oggetto e/o un effetto equivalente a quello delle compensazioni che costituiscono le commissioni interbancarie nel caso degli schemi a quattro parti⁴⁴.

42 Ciò è confermato dalla pubblicazione della UK Financial Conduct Authority, *Credits card market study: final findings report*, luglio 2016, pag. 252, quando definisce «affinity or co-brand partners» come «typically charities, membership groups or commercial businesses not directly involved in issuing credit cards or processing transactions but lend their brands and give access to their customers or members to card issuers in return for a share of revenues or profits».

43 «È importante assicurare che le disposizioni concernenti le commissioni interbancarie che devono essere pagate o rimosse dai prestatori di servizi di pagamento non siano eluse mediante il ricorso a flussi alternativi di commissioni agli emittenti. Per evitare ciò, è opportuno considerare alla stregua di commissione interbancaria la “compensazione netta” delle commissioni pagate o rimosse dall'emittente, comprese eventuali spese di autorizzazione, dallo schema o allo schema di carte di pagamento, un convenzionatore o qualunque altro intermediario. Nel calcolare la commissione interbancaria, al fine di stabilire se vi sia stata elusione, si dovrebbe tener conto dell'importo totale dei pagamenti o degli incentivi ricevuti dall'emittente da uno schema di carte di pagamento in relazione alle operazioni regolamentate meno la commissione pagata dal prestatore di servizi di pagamento emittente allo schema. I pagamenti, gli incentivi e le commissioni presi in considerazione possono essere diretti (ossia basati sul volume o specifici per ogni operazione) o indiretti (tra cui incentivi di marketing, bonus, sconti per determinati volumi di operazioni). Al momento di verificare se vi sia elusione delle disposizioni del presente regolamento, è opportuno tener conto in particolare degli utili realizzati dagli emittenti grazie a programmi speciali condotti congiuntamente da emittenti e schemi di carte di pagamento nonché del reddito che gli schemi di carte di pagamento traggono da servizi di trattamento, licenze e altri compensi (...).»

44 L'attribuzione, da parte di American Express, di punti per il programma di fedeltà della compagnia aerea nelle sue carte in co-branding (Amex/Alitalia, Amex/Iberia, Amex/Air France ecc.) sarebbe un esempio di tale tipo di commissioni indirette con effetto equivalente alle commissioni interbancarie.

96. In base alla logica e allo scopo del regolamento, in presenza di una compensazione dello schema a tre parti in favore di un terzo che collabora alla sua attività (come succede con le imprese in co-branding o con gli agenti), il suo importo si ripercuoterà sul prezzo del servizio e sarà pagato dai consumatori. Sono, certamente, compensazioni indirette, che costituiscono il corrispettivo della possibilità di accedere al portafoglio clienti delle predette imprese collaboratrici, ma restano commissioni a effetto equivalente alle commissioni interbancarie applicate negli schemi a quattro parti o negli schemi a tre parti non autentici.

97. Inoltre, gli schemi a tre parti con estensioni per co-branding o per agenzia non sono idonei ad avvalersi delle ragioni che giustificano l'esenzione dall'applicazione dei massimali delle commissioni interbancarie valevole per gli schemi a tre parti autentici.

98. Operando con l'ausilio di intermediari nei confronti dei consumatori di servizi di pagamento con carta (a differenza degli schemi a tre parti autentici), esiste il rischio che siano fissate commissioni elevate, che i partner in co-branding e gli agenti potranno trasferire ai consumatori aumentando il prezzo dei servizi delle carte di pagamento. È lo stesso rischio presente negli schemi a quattro parti che agiscono con la collaborazione di altri istituti finanziari.

99. La logica diretta alla riduzione di tali commissioni interbancarie implicite è, a mio parere, la stessa in entrambi i casi. S'impone, pertanto, un'interpretazione degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento, secondo cui gli schemi a tre parti con estensione per co-branding e per agenzia devono essere equiparati agli schemi a quattro parti.

100. Si giunge allo stesso risultato se si vuole soddisfare la necessità di garantire la concorrenza leale fra i vari schemi di carte di pagamento, che è un altro valido elemento di interpretazione, sistematica e teleologica, del regolamento.

101. L'applicazione dei massimali solo alle commissioni interbancarie degli schemi a quattro parti, lasciando contestualmente piena libertà agli schemi a tre parti con estensione per co-branding o per agenzia di applicare commissioni, comporterebbe un vantaggio per questi ultimi, in quanto consentirebbe loro di rivolgersi a terzi per distribuire le proprie carte in condizioni più favorevoli.

102. Gli schemi a tre parti con estensioni, qualora fossero esentati dai limiti imposti agli schemi a quattro parti, risulterebbero indebitamente favoriti, perché avrebbero maggiori possibilità di remunerare le imprese loro collaboratrici per la commercializzazione delle loro carte⁴⁵. Si potrebbe anche immaginare che un istituto bancario operi come agente di uno schema a tre parti, senza intervenire né nell'emissione della carta né nell'accettazione dei pagamenti, al fine di ricevere commissioni più elevate⁴⁶.

103. La minore diffusione degli schemi a tre parti giustifica un trattamento di favore quando essi operano senza ricorrere a intermediari. Il regolamento concede loro tale trattamento di favore, autorizzandoli a negoziare le commissioni con gli esercenti senza le limitazioni imposte ai sistemi a quattro parti proprio per aumentare la concorrenza nel settore dei pagamenti basati su carta. Tale vantaggio competitivo è tuttavia ingiustificato per gli schemi a tre parti non autentici o per quelli di

45 Nelle sue osservazioni scritte MasterCard cita, come esempio di tale vantaggio, la disparità di trattamento che, dal 9 dicembre 2015, Alitalia applica alle sue carte in co-branding di MasterCard (0,5 miglia per euro speso) e di Amex (1 miglio per euro speso). Cita altresì la carta di pagamento BNL Duo: sebbene comprenda la possibilità di effettuare pagamenti con MasterCard e con Amex utilizzando uno stesso PIN, la banca BNL attua una discriminazione con il suo programma fedeltà BNL PAYBACK fra i pagamenti con MasterCard (1 punto ogni EUR 2 spesi) e quelli effettuati con Amex (2 punti ogni 2 EUR di spesa).

46 Il governo del Regno Unito ha accennato al rischio che gli schemi a quattro parti si riorganizzino sotto forma di schemi a tre parti con estensione per agenzia (l'istituto finanziario diventa agente) per eludere le limitazioni alle commissioni interbancarie stabilite dal regolamento.

cui fa parte un partner in co-branding o un agente⁴⁷, perché in questi vi è un intermediario che lo schema deve retribuire e si deve applicare la limitazione delle commissioni interbancarie o equivalenti. Le caratteristiche dei due schemi sotto questo aspetto si avvicinano⁴⁸, perciò non ha senso conferire un vantaggio all'uno a scapito dell'altro.

104. In sintesi, gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento devono essere interpretati nel senso che gli schemi a tre parti che emettono strumenti di pagamento basati su una carta con partner multimarchio in co-branding o tramite un agente devono qualificarsi come schemi a quattro parti, a prescindere del fatto che il partner o l'agente intervengano o meno nell'emissione delle carte e/o nell'accettazione dei pagamenti.

D. Seconda questione: validità degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento

105. L'equiparazione che ho appena difeso conduce alla seconda domanda del giudice del rinvio, sottoposta proprio in questa eventualità. Gli argomenti che egli espone sulla validità di tali disposizioni del regolamento riguardano il rapporto con l'obbligo di motivazione di cui all'articolo 296 TFUE, con il principio di proporzionalità e con la sussistenza di un possibile errore manifesto di valutazione da parte del legislatore dell'Unione.

106. Anticipo che nessuno di tali motivi di invalidità mi sembra fondato. Procederò alla loro analisi cercando di non ripetere più del necessario quanto finora esposto.

1. Difetto di motivazione

107. Il giudice del rinvio, trascrivendo le deduzioni dell'Amex, nutre dubbi sulla motivazione degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento. Né nella sua parte normativa né nei suoi considerando figurerebbero i motivi di equiparazione dei sistemi a tre parti con estensioni multimarchio in co-branding e tramite agenzia a quelli a quattro parti.

108. In particolare, alcuni di tali considerando esporrebbero i principali motivi per l'introduzione di massimali sulle commissioni interbancarie, senza alcuna spiegazione della loro estensione agli accordi di co-branding e di agenzia impiegati dagli schemi a tre parti. Il considerando 28 giustifica l'estensione del campo di applicazione del regolamento degli schemi a quattro parti a quelli a tre parti, in determinate circostanze specifiche, senza peraltro menzionare (nemmeno implicitamente) gli accordi di co-branding o di agenzia stipulati.

⁴⁷ L'unica differenza consentita in favore degli schemi a tre parti non autentici rispetto a quelli a quattro parti è quella prevista all'articolo 1, paragrafo 5, in fine, del regolamento, ai sensi del quale «[...] fino al 9 dicembre 2018, per quanto concerne le operazioni di pagamento nazionali, un tale schema di carte di pagamento a tre parti può essere esentato dagli obblighi di cui al capo II, a condizione che le operazioni di pagamento basate su carta effettuate in uno Stato membro nell'ambito di tale schema di carte di pagamento a tre parti non superino annualmente il 3% del valore di tutte le operazioni di pagamento basate su carta effettuate in tale Stato membro».

⁴⁸ MasterCard nelle sue osservazioni cita i casi delle carte di pagamento in cui una stessa carta multimarchio in co-branding è utilizzata da uno schema a tre parti e da uno a quattro parti. Precisamente, riferisce i casi delle carte Virgin Atlantic White Card e Virgin Atlantic Black Card, emesse in base allo schema multimarchio in co-branding da Amex e da Visa con la compagnia aerea Virgin, nonché le carte TSB Avios e Premier Avios, emesse da Amex e MasterCard in multimarchio in co-branding con la banca britannica TSB.

109. Secondo l'ordinanza di rinvio, nemmeno nella proposta di regolamento o nella valutazione dell'impatto⁴⁹ che l'accompagna sono stati esposti i motivi di tali estensioni. Per di più, i lavori preparatori prevedevano di non applicare i limiti regolamentari nel regolamento per i sistemi a quattro parti a quelli a tre parti con estensioni, in considerazione di elementi quali la quota di mercato ridotta di questi ultimi, le loro limitate prospettive di crescita e la loro destinazione a clienti specifici⁵⁰.

110. L'obbligo di motivazione degli atti giuridici dell'Unione, sancito all'articolo 296 TFUE, paragrafo 2, è stato esaustivamente interpretato dalla Corte. Secondo una giurisprudenza costante, anche se la motivazione di un atto deve essere chiara e inequivocabile, non si richiede che essa contenga tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. Inoltre, l'adempimento dell'obbligo di motivazione va valutato con riferimento non solo al testo dell'atto criticato, ma anche al contesto di quest'ultimo e all'insieme delle norme giuridiche che disciplinano in concreto la materia⁵¹.

111. Ove si tratti di un atto destinato a un'applicazione generale, la motivazione può limitarsi a indicare, da un lato, la situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e, dall'altro, gli obiettivi generali che esso si prefigge. In tale contesto la Corte ha in particolare chiarito che, se un atto di portata generale evidenzia nella sua essenza lo scopo perseguito dall'istituzione, sarebbe eccessivo pretendere una motivazione specifica per le diverse scelte di natura tecnica operate⁵².

112. Alla luce dell'esposta giurisprudenza, non riscontro un difetto di motivazione nel regolamento che possa viziare la sua validità rispetto al trattamento degli schemi a tre parti con estensioni. I considerando (soprattutto il 28) che ho citato nell'analisi della prima questione pregiudiziale consentono di intendere la logica dell'equiparazione degli schemi a tre parti con estensioni a quelli a quattro parti. Condividono questa tesi il governo portoghese, la Commissione, il Consiglio e il Parlamento nelle loro osservazioni.

113. Se i lavori preparatori (valutazione dell'impatto e proposta della Commissione) del regolamento non contengono riferimenti a tale equiparazione, è perché questa è stata inserita in un momento successivo, su iniziativa del Parlamento europeo, nel corso del processo di adozione, il che è del tutto legittimo.

114. Quei considerando espongono, in modo ragionato, la necessità di armonizzare e porre limiti alle commissioni interbancarie applicate nelle operazioni basate su carta, a causa delle differenze fra gli Stati membri e all'impossibilità di controllarle tramite l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza.

115. Nello specifico, il considerando 28, introdotto dal Parlamento europeo nel corso del procedimento di adozione del regolamento, insieme all'ultima frase degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, chiarisce a sufficienza la differenza fra gli schemi a quattro parti e quelli a tre parti. Dopo aver riconosciuto l'esistenza di commissioni interbancarie implicite, aggiunge che questi ultimi devono essere equiparati ai primi quando si avvalgono di altri prestatori di servizi, per contribuire alla creazione di condizioni di parità.

49 La proposta figura nel documento COM(2013) 550 final del 24 luglio 2013, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento tramite carta. La valutazione dell'impatto si trova nel documento Commission Staff Working Document, SWD(2013) 288 final, del 24 luglio 2013, Impact Assessment accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions.

50 V. il considerando 22 e gli articoli 1, paragrafo 3, e 2, paragrafo 15, della proposta di regolamento, nonché il punto 6.2.1.5, pag. 56, della valutazione dell'impatto e l'allegato 9 della stessa, punto 2.6, pag. 194.

51 V., in tal senso, sentenze del 9 novembre 2013, Commissione/Consiglio (C-63/12, EU:C:2013:752), punti 98 e 99; e del 16 giugno 2015, Gauweiler e a. (C-62/14, EU:C:2015:400), punto 70.

52 V., fra le altre, le sentenze del 18 giugno 2015, Estonia/Parlamento e Consiglio (C-508/13, EU:C:2015:403), punto 60; e del 3 marzo 2016, Spagna/Commissione (C-26/15 P, EU:C:2016:132), punti 30 e 31.

116. Il cerchio della motivazione si chiude con il considerando 31, che allude all'importanza di impedire l'elusione dei limiti alle commissioni interbancarie. Esso precisa che tale elusione potrebbe verificarsi se non venissero considerati alla stregua di commissione interbancaria tutti i pagamenti, diretti o indiretti, pagati dallo schema di carte di pagamento ai soggetti che collaborano con lo stesso nell'esecuzione dei pagamenti con carta.

117. Tali giustificazioni contenute nel regolamento mi sembrano adeguate e soddisfano abbondantemente il requisito di motivazione degli atti di portata generale come definito dalla Corte. Esse illustrano la situazione complessiva che ha condotto alla sua adozione e gli obiettivi che si propone di conseguire. Inoltre, fanno riferimento alla maggior parte delle decisioni tecniche che contiene, non essendo necessario passarle in rassegna assolutamente tutte.

118. In particolare, la decisione di equiparare gli schemi a quattro parti a quelli a tre parti con estensione per co-branding o per agenzia si deduce, in particolare, dai considerando 28 e 31. Non sussiste, pertanto, nel regolamento alcun difetto di motivazione che ne possa causare l'invalidità.

2. Errore manifesto di valutazione

119. Il giudice del rinvio, riprendendo ancora una volta gli argomenti dell'Amex, esprime dubbi sulla validità del regolamento, adottando il quale le istituzioni dell'Unione potrebbero aver commesso un errore manifesto di valutazione nell'equiparare gli schemi controversi.

120. La Corte ha costantemente dichiarato che occorre riconoscere al legislatore dell'Unione un ampio potere discrezionale in settori che richiedono da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale, e rispetto ai quali esso è chiamato ad effettuare valutazioni complesse. Pertanto, solo il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, rispetto allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire, può inficiare la legittimità di tale provvedimento⁵³.

121. A mio parere, le istituzioni dell'Unione non sono incorse in errore (tanto meno in errore manifesto) di valutazione inserendo nel regolamento gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18. Gli argomenti dedotti dall'Amex⁵⁴ contro la scelta del legislatore dell'Unione di equiparare gli schemi a tre parti con estensione per co-branding o per agenzia agli schemi a quattro parti rispecchiano il suo interesse a che tale equiparazione non si verifichi, perché riduce le sue possibilità di competere con Visa e MasterCard.

122. Tuttavia, le istituzioni dell'Unione hanno tenuto debitamente conto, nel corso del procedimento legislativo, di tutti i vari argomenti, optando infine per quelli che militano in favore della tesi dell'equiparazione. Si tratta di una scelta di politica legislativa che, riguardando un settore economico complesso (quale è quello delle commissioni interbancarie nei pagamenti basati su carta) può senza dubbio essere legittimamente adottata se le autorità competenti dell'Unione la ritengono più valida rispetto a quella opposta.

⁵³ Sentenze del 1° marzo 2016, *National Iranian Oil Company/Consiglio* (C-440/14 P, EU:C:2016:128), punto 77; del 1° febbraio 2007, *Sison/Consiglio* (C-266/05 P, EU:C:2007:75), punto 33; del 16 dicembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e a.* (C-127/07, EU:C:2008:728), punto 57; dell'8 giugno 2010, *Vodafone e a.* (C-58/08, EU:C:2010:321), punto 52; e del 17 ottobre 2013, *Schaible* (C-101/12, EU:C:2013:661), punto 47.

⁵⁴ A suo parere, non vi sono motivi logici per ritenere che uno schema a tre parti debba essere trattato come uno schema a quattro parti per il solo fatto della stipula di accordi multimarchio in co-branding o di agenzia, poiché nessuno di tali meccanismi modifica la natura sostanziale dello schema a tre parti. Le funzioni dell'emittente delle carte e del soggetto convenzionatore delle operazioni di pagamento sono svolte dallo schema così come nei casi degli schemi a tre parti autentici, allo stesso modo e dalle stesse parti, come se tali accordi non esistessero. La loro equiparazione pregiudica i consumatori e la concorrenza, poiché scoraggia la stipula di tali accordi da parte degli schemi a tre parti. La conseguenza sarà ridurre le opzioni a disposizione dei consumatori ed eliminare i vantaggi di una concorrenza efficace fra schemi di pagamento.

123. Infatti, le istituzioni hanno ritenuto, come spiegano il Consiglio e il Parlamento europeo, che non applicare i limiti previsti dal regolamento agli schemi a tre parti con estensioni per co-branding o per agenzia avrebbe loro conferito un vantaggio competitivo ingiustificato a scapito degli schemi a quattro parti, in casi come quello in oggetto in cui la differenza fra gli uni e gli altri diviene meno netta. Inoltre, tale mancata applicazione avrebbe favorito l'elusione dei massimali posti alle commissioni interbancarie.

124. Tale decisione di politica legislativa può, ovviamente, essere criticata dai suoi destinatari. Tuttavia, se, come avviene nel presente caso, essa è stata adottata all'interno dell'ampio margine di discrezionalità di cui dispone il legislatore dell'Unione, dopo un'adeguata valutazione degli interessi coinvolti, non bastano gli argomenti avanzati dall'Amex per sottrarle plausibilità, anche perché dagli stessi non si deduce, in alcun modo, che essa sia viziata da errore manifesto di valutazione.

3. Violazione del principio di proporzionalità

125. Il giudice del rinvio, facendo ancora una volta eco alle deduzioni dell'Amex, esprime dubbi sull'equiparazione degli schemi a tre parti con estensione per co-branding e per agenzia con quelli a quattro parti, stavolta sotto la prospettiva del principio di proporzionalità.

126. A parere dell'Amex, tali estensioni, pattuite dagli schemi a tre parti con i partner o gli agenti, costituiscono un mezzo ragionevole e proporzionato per conseguire gli scopi del regolamento. L'equiparazione con gli schemi a quattro parti imporrebbe agli schemi a tre parti una limitazione draconiana dei prezzi, senza alcun motivo giustificato. A suo parere, tale onere è manifestamente sproporzionato e non è adeguato, né necessario, per conseguire gli obiettivi del regolamento, e pertanto viola il principio di proporzionalità (articolo 5 del TUE e articolo 5 del protocollo n. 2). Esso sarebbe, di conseguenza, invalido.

127. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio di proporzionalità esige che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non eccedano i limiti di quanto è necessario alla realizzazione di tali obiettivi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti⁵⁵.

128. Il controllo giurisdizionale della Corte sul rispetto delle condizioni di attuazione del principio di proporzionalità è limitato. Secondo la sua costante giurisprudenza, si deve riconoscere al legislatore dell'Unione un ampio potere discrezionale in settori che richiedono da parte sua scelte di natura politica, economica e sociale e rispetto al quale esso è chiamato a effettuare valutazioni complesse. Non si tratta, quindi, di accertare se una misura emanata in un determinato settore fosse l'unica o la migliore possibile, in quanto solo la manifesta inidoneità della misura, rispetto allo scopo che le istituzioni competenti intendono perseguire, può inficiare la legittimità della misura medesima⁵⁶.

129. A mio parere, equiparando gli schemi a tre parti con estensioni per co-branding e per agenzia agli schemi a quattro parti le istituzioni dell'Unione non hanno nemmeno oltrepassato le condizioni del principio di proporzionalità, secondo l'interpretazione che ne ha fornito la Corte.

⁵⁵ V., in tal senso, le sentenze del 10 dicembre 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741), punto 122; del 16 giugno 2015, *Gauweiler e a.* (C-62/14, EU:C:2015:400), punti 67 e 91; e del 4 maggio 2016, *Polonia/Parlamento e Consiglio* (C-358/14, EU:C:2016:323), punti 78 e 79.

⁵⁶ V., in tal senso le sentenze del 12 luglio 2001, *Jippes e a.* (C-189/01, EU:C:2001:420), punti 82 e 83; del 10 dicembre 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741), punto 123; dell'8 giugno 2010, *Vodafone e a.* (C-58/08, EU:C:2010:321), punto 52; e del 4 maggio 2016, *Pillbox 38* (C-477/14, EU:C:2016:324), punto 49.

130. Anche a rischio di ripetermi, ricordo che il regolamento intendeva ridurre le ripercussioni sui consumatori derivanti dai costi generati dai pagamenti con carta, il principale dei quali sono le commissioni interbancarie. Dinanzi all'impossibilità di abbassarle per mezzo dell'applicazione delle norme a tutela della concorrenza, e considerati i loro differenti importi fra uno Stato membro e l'altro, il legislatore dell'Unione ha deciso di imporre dei massimali ex lege. Le commissioni interbancarie sono facilmente riconoscibili nei pagamenti basati su carta eseguiti dagli schemi a quattro parti, ai quali il regolamento si applica per intero, e non esistono negli schemi a tre parti, motivo per cui questi ultimi non sono stati assoggettati a tale limitazione, fermo restando l'adempimento delle altre condizioni previste in detto regolamento.

131. Orbene, tale esenzione è stata limitata agli schemi a tre parti autentici, cioè quelli nei quali lo schema non si avvale della collaborazione di alcun terzo, ipotesi in cui non vi sono commissioni interbancarie né commissioni equivalenti. Tuttavia, il legislatore dell'Unione ha ritenuto che, nel caso di intervento di un terzo operatore, lo schema a tre parti avrebbe dovuto offrirgli una remunerazione che avrebbe potuto avere un effetto equivalente a quello delle commissioni interbancarie. Tale circostanza ricorre nelle tre ipotesi individuate dagli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento, vale a dire quando lo schema a tre parti opera con terzi tramite licenza di emissione o ricezione di pagamenti, estensione per co-branding ed estensione per agenzia.

132. Come hanno dedotto il Consiglio, la Commissione e il Parlamento nelle loro osservazioni scritte, agendo in tal modo il legislatore dell'Unione non ha adottato una misura manifestamente inadeguata rispetto allo scopo perseguito. L'equiparazione, circoscritta nei termini già esposti, rispetta il principio di proporzionalità, perché è una misura pertinente per la creazione di condizioni di concorrenza paragonabili tra modelli di schemi di pagamento basati su carta che si avvalgono di terzi per espandere la propria attività, i quali sono remunerati⁵⁷ con commissioni interbancarie o con effetto equivalente. Allo stesso modo, ritengo che tale equiparazione sia una misura adeguata, necessaria e proporzionata per impedire l'elusione dei massimali imposti alle commissioni interbancarie.

133. L'Amex rileva, infine, che tale equiparazione costituirebbe una misura sproporzionata, perché violerebbe il diritto alla libertà d'impresa tutelato dall'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»). La sua affermazione, tuttavia, non mi sembra condivisibile.

134. La libertà d'impresa, interpretata alla luce dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, non è incompatibile con il regolamento. Qualsiasi limitazione del suo esercizio dev'essere prevista dalla legge e rispettare il suo contenuto essenziale, purché si tratti di limitazioni necessarie e che rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui⁵⁸.

135. L'imposizione di massimali all'importo delle commissioni interbancarie, contenuta nel regolamento, intende tutelare gli interessi dei consumatori, cioè evitare che i pagamenti con carta comportino aumenti ingiustificati dei prezzi, come ho già osservato.

136. Tale limitazione, come le altre presenti nel regolamento medesimo, non riguarda il contenuto essenziale della libertà d'impresa per il solo fatto di estendersi a una determinata categoria di schemi a tre parti, rispetto a quelli a quattro parti. Non si capisce perché si rispetterebbe la libertà d'impresa nel caso di questi ultimi e non per i primi.

⁵⁷ È interessante, e la condivido, l'argomentazione svolta dal Parlamento europeo al punto 58 delle sue osservazioni scritte: se le estensioni nel co-branding e per agenzia non generano alcuna remunerazione diretta o indiretta in favore dei partner o degli agenti dello schema a tre parti, non si dovrebbero applicare le soglie del regolamento, perché non vi sarebbero commissioni interbancarie né commissioni di effetto equivalente.

⁵⁸ Sentenze del 6 settembre 2012, *Deutsches Weintor* (C-544/10, EU:C:2012:526), punto 54; e del 17 dicembre 2015, *Neptune Distribution* (C-157/14, EU:C:2015:823), punti 66 e 68.

137. Si tratta, semplicemente, di una misura regolatrice in un settore caratterizzato dall'intervento pubblico, al fine di salvaguardare il miglior funzionamento del mercato e difendere gli utenti delle carte di pagamento. Occorre inoltre tenere conto del fatto che i livelli massimi delle commissioni interbancarie sono stati calcolati dal legislatore dell'Unione applicando il cosiddetto «test di indifferenza per l'esercente»⁵⁹, proprio per non pregiudicare la sostenibilità economica degli schemi di pagamento basati su carta.

138. Occorre ricordare, ad ogni modo, che gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento, prevedono un periodo transitorio di adeguamento per gli schemi a tre parti, fino al 9 dicembre 2018.

139. In definitiva, l'analisi che precede non ha riscontrato la sussistenza di nessun elemento che possa inficiare la validità degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento.

IV. Conclusione

140. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di dichiarare irricevibili le questioni pregiudiziali proposte dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) [Alta Corte di giustizia (Inghilterra e Galles), divisione del Queen's Bench (sezione amministrativa) (Regno Unito)], e, in subordine, rispondere come segue:

- «1) Gli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta, devono essere interpretati nel senso che gli schemi di carte di pagamento a tre parti che emettono strumenti di pagamento basati su carta con un partner di carta multimarchio in co-branding o tramite un agente devono considerarsi schemi di carte di pagamento a quattro parti, a prescindere dal fatto che il partner o l'agente intervengano o meno nell'emissione della carta e/o nell'accettazione dei pagamenti.
- 2) Non è stato rilevato alcun elemento che possa inficiare la validità degli articoli 1, paragrafo 5, e 2, punto 18, del regolamento 2015/751».

⁵⁹ Secondo il considerando 20 del regolamento, «[i] massimali di cui al presente regolamento sono basati sul cosiddetto “test di indifferenza per l'esercente” (“Merchant Indifference Test”) sviluppato nella letteratura economica, che consente di determinare il livello delle commissioni che l'esercente sarebbe disposto a pagare se l'esercente stesso dovesse confrontare il costo che deve sostenere in caso di uso da parte dei consumatori di una carta di pagamento e il costo sostenuto in caso di pagamento (in contante)». Pertanto, i massimali delle commissioni interbancarie sono stati calcolati al fine di non scoraggiare l'utilizzo di carte rispetto al pagamento in contanti o con altri mezzi.