Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
NILS WAHL
presentate il 27 marzo 2014[1]

Causa C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
contro

Commissione europea

«Impugnazione — Intese — Mercato delle carte bancarie in Francia — Groupement des cartes bancaires (CB) — Misure tariffarie applicabili ai "nuovi operatori" del Groupement — Diritto di adesione e cosiddetti meccanismi di "regolamentazione della funzione acquirente" e di "risveglio dei dormienti" — Sussistenza di una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto — Poteri d'ingiunzione — Rispetto dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto»

1. Con la presente impugnazione, il Groupement des cartes bancaires (CB) (in prosieguo: il «Groupement») intende ottenere l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 29 novembre 2012, CB/Commissione[2], con cui quest'ultimo ha respinto il suo ricorso, diretto all'annullamento della decisione C(2007) 5060 definitivo della Commissione, del 17 ottobre 2007, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo [81 CE] (COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires «CB») (in prosieguo: la «decisione controversa»).

2. Nella fattispecie, la Corte è principalmente chiamata a determinare se il Tribunale potesse, senza commettere errori di diritto, concludere che le misure di cui trattasi avessero ad «oggetto» la restrizione della concorrenza, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE (divenuto articolo 101, paragrafo 1, TFUE), precisandosi che, nella fattispecie, il Tribunale ha omesso di esaminarne gli effetti sulla concorrenza, a differenza della Commissione europea che, nella decisione controversa, al termine di un'analisi approfondita ha constatato che queste misure avevano, oltre a un tale oggetto, effetti anticoncorrenziali[3].

1 — Lingua originale: il francese.

2 — T-491/07 (in prosieguo: la «sentenza impugnata»).

3 — V. punti da 252 a 358 della decisione controversa.

3. Occorre in particolare rispondere alla questione se sia a buon diritto che il Tribunale ha ritenuto e, eventualmente, applicato un concetto piuttosto esteso della nozione di «restrizione tramite l'oggetto». Questa importante questione, tutt'altro che inedita, si presenta nell'ambito particolarissimo del mercato delle carte di pagamento, la cui natura bifacciale [4] e le cui caratteristiche molto peculiari non sono state, al momento [5], ancora esaminate dalla Corte. Più in sostanza, il presente procedimento offre alla Corte una nuova occasione per affinare la sua giurisprudenza, in qualche modo controversa, sulla nozione di «restrizione per oggetto» di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE.

I – **I fatti della controversia**

4. I fatti della controversia, quali risultano dalla sentenza impugnata, possono essere riassunti come segue.

5. Il ricorrente è un gruppo d'interesse economico di diritto francese, costituito nel 1984 dai principali istituti bancari francesi. È stato creato al fine di realizzare l'interoperabilità dei sistemi di pagamento e di prelievo con carte bancarie (in prosieguo: le «CB»), emesse dai propri membri. Tale interoperabilità si traduce in pratica nel fatto che una CB emessa da un membro del Groupement può essere utilizzata per effettuare pagamenti presso tutti i commercianti affiliati al sistema CB tramite qualunque altro membro e/o può essere utilizzata per effettuare prelievi dai distributori automatici di biglietti (in prosieguo: i «DAB»), gestiti da tutti gli altri membri. I membri del Groupement, il cui numero ammontava a 148 il 29 giugno 2007, sono istituti detti «capifila», o istituti collegati a uno dei capifila. In virtù del contratto costitutivo del Groupement, la BNP Paribas, la BPCE, già Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) e la Société générale (in prosieguo: la «SG») figurano tra gli undici capifila.

6. Il 10 dicembre 2002, il Groupement ha notificato alla Commissione, ai sensi del regolamento n. 17 [6], varie nuove regole previste per il sistema CB, che consistono, in particolare [7], in tre misure tariffarie, che possono essere descritte come segue:

— Un meccanismo denominato «MERFA» [8] che, secondo il Groupement, aveva in sostanza come scopi, da una parte, di invogliare i membri che svolgevano più attività di emissione che di acquisizione a sviluppare la loro attività di acquisizione e, dall'altra, di sostenere finanziariamente gli sforzi dei membri la cui attività di acquisizione è prevalente rispetto a quella di emissione. La formula prevista a tale scopo consisteva nel comparare la quota del membro nel totale delle attività di emissione del sistema CB (misurate in numero di SIREN [9] e di DAB) con la quota di detto membro nel totale delle attività di emissione di tale sistema. Il MERFA doveva applicarsi quando il rapporto tra le due proporzioni era inferiore a 0,5. Le somme percepite a titolo del MERFA dovevano essere ripartite tra i membri del Groupement che non risultavano debitori di alcuna somma allo stesso titolo, in proporzione al loro contributo all'attività di acquisizione. Questi membri potevano utilizzare liberamente le somme percepite a tale titolo.

4 — I mercati bifacciali possono essere definiti mercati nei quali il volume delle transazioni effettuate dipende non solo dal livello generale dei prezzi pagati dai membri, ma anche dalla loro struttura (Rochet, J.-C.,e Tirole, J., «Two-sided markets: a progress report», *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, n. 3, 2006, pagg. 645-667).

5 — È tuttavia da segnalare che la causa MasterCard e a./Commissione (C-382/12 P), attualmente pendente dinanzi alla Corte (v. le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi presentate il 30 gennaio 2014), verte sulla valutazione di alcune decisioni prese nell'ambito del sistema di pagamento tramite carte definito «aperto», gestito da MasterCard. Risulta che questa fattispecie, oltre al fatto di sollevare questioni di diritto distinte da quelle poste nella fattispecie, riguarda misure molto differenti d'imposizione di commissioni multilaterali di interscambio (CMI).

6 — Regolamento del Consiglio, del 6 febbraio 1962, Primo regolamento d'applicazione degli articoli [81 CE] e [82 CE] (GU 1962, 13, pag. 204).

7 — Risulta dalla descrizione delle misure che, oltre a essere tariffarie, le misure notificate prevedevano una riorganizzazione del metodo di calcolo dei diritti di voto dei membri in seno al Groupement.

8 — Meccanismo di regolazione della funzione acquirente.

9 — Sistema di identificazione nel registro delle imprese.

— Una modifica della quota di adesione al Groupement che comprendeva, oltre a un importo fisso di EUR 50 000 percepito al momento dell'adesione, una quota per CB emessa e attiva per i tre anni successivi all'adesione e, se del caso, una quota d'iscrizione aggiuntiva applicabile ai membri il cui numero di CB in giacenza durante o alla fine del sesto anno successivo all'adesione superasse il triplo del numero di carte CB in giacenza alla fine del terzo anno successivo alla loro adesione.

— Un meccanismo denominato «risveglio dei dormienti», consistente in una quota per CB emessa, applicabile ai membri inattivi o poco attivi prima della data di entrata in vigore delle nuove misure tariffarie, la cui quota nell'attività di emissione di CB dell'intero sistema CB, durante uno degli anni 2003, 2004 e 2005, fosse stata più di tre volte superiore alla loro quota nell'attività totale relativa alle CB dell'intero sistema CB durante l'esercizio 2000, l'esercizio 2001 o l'esercizio 2002.

7. Il 6 luglio 2004, la Commissione ha adottato una prima comunicazione di addebiti, diretta al Groupement e a nove capifila oggetto dei controlli, con la quale contestava loro di aver concluso un «accordo segreto anticoncorrenziale» avente «globalmente per oggetto la limitazione della concorrenza tra le banche che avevano preso parte all'accordo così come di ostacolare in modo concertato la concorrenza di nuovi operatori (in particolare la grande distribuzione, le banche on-line e le banche straniere) sul mercato dell'emissione di [CB]». Essa ha ritenuto che «la notifica [fosse] stata fatta allo scopo di dissimulare il vero contenuto dell'accordo anticoncorrenziale». La Commissione intendeva privare la notifica di ogni effetto e irrogare una sanzione ai destinatari di detta comunicazione di addebiti. Il Groupement ha replicato a questa comunicazione l'8 novembre 2004 e un'audizione si è tenuta in data 16 e 17 dicembre 2004.

8. Il 17 luglio 2006, la Commissione ha adottato una seconda comunicazione degli addebiti, indirizzata unicamente al Groupement. Essa vi indicava che la prima comunicazione degli addebiti doveva considerarsi revocata. Questa seconda comunicazione di addebiti faceva riferimento a una decisione di associazione di imprese che istituiva una serie di misure tariffarie che avevano un oggetto o un effetto anticoncorrenziale. Il Groupement ha replicato a questa seconda comunicazione degli addebiti il 19 ottobre 2006 e un'audizione si è tenuta il 13 novembre 2006.

9. Il 20 luglio 2007, il Groupement ha presentato una proposta di impegni in virtù dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 1/2003[10], che è stata considerata tardiva e insoddisfacente dal direttore generale della direzione generale «Concorrenza» della Commissione.

10. La Commissione ha pertanto adottato la decisione controversa, nella quale ha ritenuto che il Groupement avesse violato l'articolo 81 CE. Tale decisione contiene, in particolare, le seguenti considerazioni:

— il mercato rilevante è stato definito come quello dell'emissione delle carte di pagamento in Francia;

— le misure in questione costituiscono una decisione di associazione di imprese;

— queste misure hanno un oggetto anticoncorrenziale. Tale oggetto risulta dalle stesse formule previste da dette misure e contraddice gli obiettivi delle stesse come dichiarati nella notifica. Da un lato, queste misure non sono appropriate per incentivare l'acquisizione e comportano l'imposizione di un costo maggiore ai membri che vi sono soggetti, o la limitazione dell'attività di emissione dei membri che altrimenti vi sarebbero stati soggetti. Dall'altro, la funzione di incentivo all'attività di acquisizione attribuita al MERFA è contraddetta dalla funzione attribuita alle commissioni interbancarie e dalla funzione della quota d'iscrizione aggiuntiva e della quota di risveglio dei dormienti. Tale oggetto anticoncorrenziale corrisponde agli obiettivi reali di dette misure, espressi

10 — Regolamento del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [81CE] e [82 CE] (GU 2003, L 1, pag. 1).

dai capifila all'epoca della loro redazione, cioè la volontà di ostacolare la concorrenza dei nuovi operatori e di penalizzarli, la volontà di preservare gli introiti dei capifila e la volontà di limitare la riduzione del prezzo delle CB;

— le misure in questione hanno anche un effetto restrittivo della concorrenza. In particolare, durante il periodo della loro applicazione (tra il 1º gennaio 2003 e l'8 giugno 2004), esse hanno provocato la riduzione dei piani d'emissione di CB dei nuovi operatori e hanno impedito la diminuzione del prezzo delle CB, sia dei nuovi operatori sia dei capifila;

— le misure in questione non possono essere considerate restrizioni secondarie, escluse dal campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, e

— le condizioni di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, CE non sono soddisfatte. Nello specifico, la giustificazione delle misure in questione, in particolare con riguardo al MERFA, come meccanismo di bilanciamento tra le funzioni di acquisizione e di emissione non poteva essere accettata, dal momento che la proporzione di riferimento dell'attività di emissione rispetto all'attività di acquisizione di riferimento è quella dei capifila e non quella di un equilibrio ottimale per il sistema CB.

11. La Commissione ne ha concluso che l'articolo 81, paragrafo 3, CE non fosse applicabile alle misure in questione, che la decisione del Groupement relativa alle misure in questione fosse contraria alle disposizioni dell'articolo 81, paragrafo 1, CE e nulla di diritto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 2, CE e che, quindi, essa fosse legittimata a ordinare al Groupement di ritirare le misure in questione e di astenersi in futuro da qualunque accordo, decisione di associazione di imprese o pratica concertata avente un oggetto o un effetto simile.

12. La decisione controversa così dispone:

«*Articolo 1*

Le misure tariffarie adottate dal [Groupement] con le decisioni dell'8 e del 29 novembre 2002 [del consiglio direttivo], cioè il [MERFA], la quota di adesione per carta e la quota d'iscrizione aggiuntiva cosi come la [quota di risveglio dei dormienti] applicabile ai membri del Groupement che non hanno sviluppato significative attività "CB" dalla loro adesione, sono contrarie all'articolo 81 CE.

Articolo 2

Il Groupement mette immediatamente fine alla violazione di cui all'articolo 1 ritirando le misure tariffarie notificate ivi menzionate, nella misura in cui non l'abbia già fatto.

Il Groupement si astiene, per il futuro, dall'adozione di ogni misura o [da] ogni comportamento avente un oggetto o un effetto identico o simile».

II – **Il procedimento dinanzi al Tribunale e la sentenza impugnata**

13. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 27 dicembre 2007, il ricorrente ha proposto ricorso per l'annullamento della decisione controversa. La BNP Paribas, la BPCE e la SG sono intervenute a sostegno del ricorrente.

14. A sostegno della loro domanda, il ricorrente, sostenuto dalle intervenienti, ha dedotto sei motivi. Il primo motivo verteva sulla violazione dell'articolo 81 CE, per errori nel metodo di analisi delle misure in questione e dei mercati considerati, sulla violazione del principio della parità di trattamento e su un difetto di motivazione. Il secondo motivo verteva sulla violazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, per

errori di diritto, di fatto e di valutazione nell'esame dell'oggetto delle misure in questione. Il terzo motivo riguardava errori di diritto, di fatto e di valutazione nell'esame degli effetti delle misure oggetto di causa. Il quarto motivo, proposto in via subordinata, riguardava la violazione dell'articolo 81, paragrafo 3, CE, per errori di diritto, di fatto e di valutazione nella disamina dell'applicabilità di tale disposizione alle misure oggetto di causa. Il quinto motivo riguardava la violazione del principio di buona amministrazione. Il sesto motivo riguardava la violazione dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto.

15. Respinti tutti i suddetti motivi, il Tribunale ha rigettato il ricorso nella sua interezza, ha condannato il Groupement al pagamento delle sue spese e di quelle sostenute dalla Commissione e ha condannato la BNP Paribas, la BPCE e la SG al pagamento delle loro spese.

III – **Le conclusioni delle parti e il procedimento dinanzi alla Corte**

16. Con la sua impugnazione, il ricorrente chiede che la Corte voglia:

— annullare la sentenza impugnata;

— rimettere la causa al Tribunale, a meno che la Corte si consideri sufficientemente informata per annullare la decisione controversa, e

— condannare la Commissione alle spese sostenute dinanzi alla Corte e al Tribunale.

17. La BNP Paribas, la BPCE e la SG hanno presentato memorie di replica a sostegno del ricorrente.

18. La Commissione conclude per il rigetto dell'impugnazione e per la condanna del ricorrente alle spese.

19. All'udienza del 22 gennaio 2014, si sono svolte dinanzi alla Corte le fasi scritta e orale del procedimento.

IV – **La valutazione dei motivi d'impugnazione**

20. A sostegno della sua impugnazione, il ricorrente deduce tre motivi. Il primo motivo riguarda errori di diritto nell'applicazione della nozione di «restrizione della concorrenza tramite l'oggetto». Il secondo motivo riguarda errori di diritto nell'applicazione della nozione di «restrizione di concorrenza per l'effetto». Il terzo motivo, dal canto suo, verte sulla violazione dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto.

21. In via preliminare, il ricorrente afferma che il Tribunale avrebbe palesemente taciuto elementi essenziali nella descrizione dei fatti (dal punto 1 al punto 48 della sentenza impugnata), il che dimostrerebbe che esso non si è mai discostato dalla posizione della Commissione e ha omesso di esercitare l'approfondito controllo di diritto e di fatto richiesto dalla Corte [11]. Detti elementi consisterebbero, da una parte, nel fatto che la Commissione ha radicalmente cambiato la propria posizione nel corso dell'istruttoria [12] a causa di errori fondamentali di analisi che la stessa ha omesso

11 — V. sentenza dell'8 dicembre 2001, KME Germany e a./Commissione (C-272/09 P, Racc. pag. I-12789, punto 102).

12 — Il Groupement sottolinea che la Commissione non si è in alcun modo discostata dalle conclusioni assunte nella prima comunicazione di addebiti del 6 luglio 2004. Orbene, in seguito a un'audizione tenutasi il 16 e il 17 dicembre 2004, la Commissione avrebbe dovuto ritirare tale comunicazione di addebiti, che non si basava su alcun fondamento serio.

di rilevare e, dall'altra, nella mancata conoscenza del dibattimento svoltosi all'udienza tenutasi il 16 maggio 2012 dinanzi al Tribunale circa la nozione di restrizione tramite l'oggetto, con particolare riguardo all'interpretazione che doveva darsi della sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers [13].

22. Credo che queste considerazioni preliminari, che costituiscono lo sfondo delle questioni sollevate nel presente procedimento, non possano essere analizzate in quanto dirette a dedurre uno o più motivi diversi da quelli formalmente sostenuti.

23. Occorre dunque esaminare di seguito i tre motivi formalmente sollevati, insistendo sul primo che, a mio parere, si colloca al centro della discussione e che presenta, inoltre, un interesse del tutto particolare.

A – Sul primo motivo, relativo ad errori di diritto nell'applicazione della nozione di restrizione della concorrenza tramite l'oggetto

24. Il ricorrente, al quale si associano la BNP Paribas, la BPCE e la SG, sostiene che il Tribunale ha commesso diversi errori di diritto nell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE. Sottolinea che l'approccio adottato dal Tribunale costituisce un grave precedente, in quanto esso si risolve nel vietare di per sé il pagamento di ogni prezzo da un operatore all'altro. Il Groupement sostiene, in particolare, che il Tribunale non ha riconosciuto che la nozione di restrizione tramite l'oggetto non deve essere interpretata in maniera troppo estensiva e che ha ignorato lo schema di analisi generalmente seguito dalla Corte per individuare una tale restrizione.

25. Prima di esaminare l'insieme delle obiezioni sollevate nei confronti dei parametri adottati dal Tribunale nell'analisi delle misure oggetto di causa, ritengo che sia indispensabile esporre alcune considerazioni preliminari relative all'approccio che, a mio avviso, occorre adottare nel momento in cui si deve valutare l'esistenza di una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE.

1. Considerazioni generali sui contorni della nozione di oggetto anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE

26. è ben noto che l'intero sistema dei divieti e delle sanzioni alle pratiche collusive è diretto ai comportamenti che sono idonei a cagionare una restrizione della concorrenza [14].

27. Ai fini dell'individuazione dei comportamenti idonei a restringere la concorrenza, si possono generalmente considerare due opzioni metodologiche.

28. La prima consiste in un approccio per casi specifici, che implica un esame circostanziato e approfondito degli effetti anticoncorrenziali, reali e potenziali, dei comportamenti delle imprese. Un tale orientamento, pur presentando il grande vantaggio di riguardare proprio le pratiche che hanno evidenti effetti restrittivi della concorrenza, comporta la mobilitazione di risorse importanti e non garantisce l'economia procedurale. In tal modo, esso può, alla fine, costituire un ostacolo per l'individuazione generalizzata dei comportamenti anticoncorrenziali.

13 — Sentenza del 20 novembre 2008 (C-209/07, Racc. pag. I-8637).

14 — Si precisa che nel termine «restrizione» devono intendersi ugualmente ricomprese le ipotesi in cui la concorrenza è «ostacolata» o «falsata». Allo stesso modo, la restrizione in questione deve intendersi come avente ad oggetto non solo quella che concerne la libertà di azione delle imprese sul mercato («restraint of trade»), ma anche quella riguardante il funzionamento e la struttura del mercato («restriction of competition»).

29. Tali inconvenienti hanno portato a un secondo orientamento, in parte meno individualizzato, ma ugualmente riferibile a quei comportamenti generalmente considerati, secondo l'analisi economica, come aventi effetti nocivi sulla concorrenza.

30. In un sistema di questo tipo, non c'è differenza, da un punto di vista sostanziale, tra i comportamenti delle imprese qualificati come restrittivi della concorrenza in esito ad un esame individuale e quelli che lo sono in virtù dell'applicazione di un approccio standardizzato: sono entrambi vietati. La distinzione che occorre operare si appoggia anzitutto su considerazioni di ordine procedurale relative alla prova degli effetti anticoncorrenziali originati dai comportamenti incriminati.

31. A titolo esplicativo, nel diritto antitrust americano un certo numero di comportamenti sono considerati di per sé come infrazioni. Le imprese autrici di tali comportamenti non sono ammesse, dinanzi all'autorità responsabile del perseguimento delle infrazioni alla concorrenza o dinanzi al giudice, a contestare l'accusa d'intesa restrittiva della concorrenza fornendo la prova che i suddetti comportamenti producono pochi effetti pregiudizievoli, se non addirittura alcuni effetti benefici, per la concorrenza.

32. Il riferimento dell'articolo 81, paragrafo 1, CE alle intese che hanno «per oggetto (...) di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune» comporta conseguenze simili anche se non identiche.

33. In primo luogo, qualora risulti che i comportamenti delle imprese hanno un «oggetto» anticoncorrenziale, questi comportamenti sono in linea di principio vietati, senza che sia necessario esaminarne gli effetti.

34. In secondo luogo, anche se la ponderazione degli effetti pro e anticoncorrenziali può essere presa in considerazione nel contesto dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, CE, tuttavia il ricorso alla nozione d'oggetto anticoncorrenziale, poiché semplifica la dimostrazione dell'impatto restrittivo di determinate pratiche adottate dalle imprese, presenta un certo numero di vantaggi.

35. Innanzitutto, esso è indubbiamente fonte di prevedibilità, e quindi di certezza del diritto, per le imprese, in quanto permette loro di essere consapevoli delle conseguenze giuridiche (particolarmente per quanto riguarda i divieti e le sanzioni) che provocheranno determinate loro azioni, come, per esempio, la conclusione di accordi concernenti i prezzi, e di adattare i loro comportamenti di conseguenza. In tal modo, l'individuazione delle intese che hanno un oggetto restrittivo della concorrenza ha, di conseguenza, anche un impatto dissuasivo e contribuisce alla prevenzione dei comportamenti anticoncorrenziali. Infine, essa è fonte di economia procedurale, in quanto permette alle autorità incaricate di vigilare sulla concorrenza, in presenza di talune forme di collusione, di dichiararne l'impatto anticoncorrenziale, senza che sia necessario effettuare un esame, spesso complesso e problematico, dei loro effetti potenziali o reali sul mercato rilevante.

36. Tuttavia tali vantaggi si verificheranno solo se il ricorso alla nozione di restrizione tramite l'oggetto è chiaramente circoscritto, altrimenti si potrebbe giungere a includervi comportamenti i cui effetti nocivi sulla concorrenza non sono chiaramente accertati.

37. Queste considerazioni trovano un sostegno più concreto negli insegnamenti che si possono trarre dalla giurisprudenza consolidata della Corte.

38. In primo luogo, e come la Corte aveva già dichiarato nella sua sentenza LTM [15] e ha ricordato in modo costante [16], il carattere alternativo della condizione di cui all'articolo 81, paragrafo 1, CE, relativa all'esistenza di un accordo che abbia «per oggetto o per effetto» di restringere la concorrenza, espresso dalla congiunzione «o», rende necessario innanzitutto considerare l'oggetto stesso dell'accordo, tenuto conto del contesto economico nel quale quest'ultimo deve trovare applicazione. La Corte, a tal proposito, ha precisato che, nel caso in cui, invece, «l'esame di dette *clausole* non riveli un *grado sufficiente di dannosità*» (il corsivo è mio) per la concorrenza, si dovranno prendere in esame i suoi effetti e, per vietarlo, dovrebbero sussistere tutti gli elementi che comprovano che il gioco della concorrenza è stato di fatto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile. Per valutare se un accordo sia vietato dall'articolo 81, paragrafo 1, CE, è dunque superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di tale accordo, ove risulti che quest'ultimo mira a impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune [17].

39. In secondo luogo, la Corte ha precisato che la differenza tra «infrazioni per oggetto» e «infrazioni per l'effetto» attiene alla circostanza che talune forme di collusione tra imprese possono essere considerate, per loro stessa *natura*, nocive al buon funzionamento del normale gioco della concorrenza [18]. Varie forme di cooperazione tra imprese sono state considerate, a causa del loro stesso oggetto, come comportanti una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto. Sono state altresì ritenute aventi un oggetto restrittivo della concorrenza non solo forme di cooperazione orizzontale diverse da quelle previste dall'articolo 81, paragrafo 1, dalla lettera a) alla lettera e), CE [19], ma anche un certo numero di accordi verticali [20].

40. In terzo luogo, la valutazione più standardizzata a cui conduce il ricorso al concetto di restrizione tramite l'oggetto presuppone un esame circostanziato e individuale dell'accordo contestato, che tuttavia deve essere chiaramente distinto dall'esame degli effetti reali o potenziali dei comportamenti delle imprese censurati.

41. In tal senso, la Corte ha da tempo [21] precisato che l'esame necessario per determinare se un contratto avesse un oggetto restrittivo non poteva essere scisso dal contesto economico e giuridico in considerazione del quale le parti l'avevano concluso. Essa, in seguito e costantemente, ha ricordato che le clausole degli accordi in questione dovevano effettivamente essere esaminate alla luce del loro contesto [22], secondo il concetto di base per cui, nella valutazione della compatibilità di un comportamento con le disposizioni del Trattato in materia d'intese, sono difficilmente sostenibili considerazioni puramente teoriche e astratte [23].

15 — Sentenza del 30 giugno 1966 (56/65, Racc. pag. 261, in particolare pag. 281).

16 — Sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, cit., punto 15.

17 — Ibidem, punto 16 e giurisprudenza ivi citata.

18 — Ibidem, punto 18.

19 — Sono stati in particolare ritenuti comportare un tale oggetto anticoncorrenziale gli scambi di informazioni diretti a coordinare i comportamenti di imprese concorrenti sul mercato (sentenza del 4 giugno 2009, T-Mobile Netherlands e a., C-8/08, Racc.pag. I-4529).

20 — V., in particolare, sentenza del 13 luglio 1966, Consten e Grundig/Commissione (56/64 e 58/64, Racc. pag. 457); del 1º febbraio 1978, Miller International Schallplatten/Commissione (19/77, Racc. pag.131) (accordi di distribuzione che impediscono il commercio parallelo fra gli Stati membri e istituiscono un'esclusività territoriale); del 3 luglio 1985, Binon (243/83, Racc. pag. 2034) (sistema di distribuzione selettiva con fissazione di un prezzo minimo di rivendita), e del 13 ottobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Racc.pag. I-9419) (sistema di distribuzione selettiva che impedisce, senza giustificazioni oggettive, la vendita di determinati prodotti su Internet).

21 — V., in particolare, citata sentenza Consten e Grundig/Commissione (Racc. pag. 497).

22 — V., in particolare, citata sentenza Miller International Schallplatten/Commissione, punto 7; sentenze del 28 marzo 1984, Compagnie royale asturienne des mines e Rheinzink/Commissione (29/83 e 30/83, Racc. pag. 1679, punto 26), nonché del 6 aprile 2006, General Motors/Commissione (C-551/03 P, Racc. pag. I-3173, punto 66).

23 — V., a tale riguardo, le conclusioni dell'avvocato generale Roemer nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza Consten e Grundig/Commissione (Racc. pag. 529).

42. A titolo esplicativo, mi riferisco al caso di un'infrazione che, secondo l'esperienza acquisita, si presume produca una delle più gravi restrizioni della concorrenza, vale a dire un accordo orizzontale sul prezzo di un certo bene. Sebbene sia pacifico che tale intesa comporti in generale un grado elevato di nocività per la concorrenza, questa conclusione non si impone nel caso in cui, per esempio, le imprese considerate siano detentrici solo di una minima parte del mercato in questione.

43. Allo stesso modo, è dopo un esame del contesto che la Corte ha statuito che un accordo di distribuzione, benché potesse essere giudicato a prima vista costitutivo di una restrizione della concorrenza, non poteva essere considerato come avente per scopo, per sua stessa natura, di limitare in maniera considerevole la concorrenza [24].

44. A mio parere, a rischio di instaurare un'indebita deviazione dalla corretta interpretazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE – ci ritornerò nei seguenti sviluppi –, la valutazione del contesto economico e giuridico nella ricerca di un oggetto anticoncorrenziale deve essere chiaramente distinta dalla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali ai sensi della seconda parte dell'alternativa prevista dalla suddetta norma. La considerazione del contesto nell'individuazione dell'oggetto anticoncorrenziale può solo rafforzare o neutralizzare [25] la valutazione dei termini stessi della presunta intesa. Essa non può assolutamente sopperire alla mancanza dell'effettiva individuazione di un oggetto anticoncorrenziale tramite la dimostrazione degli effetti potenziali delle misure considerate.

45. In altri termini, e indipendentemente dalle somiglianze concettuali tra le due parti di questa alternativa [26], il ricorso al contesto economico e giuridico, quando si tratta di individuare una restrizione tramite l'oggetto, non può portare a un'imputazione a carico delle imprese censurate in presenza di un accordo in cui i termini non rivelano alcuna pericolosità dal punto di vista della concorrenza.

46. Risulta che la giurisprudenza della Corte e del Tribunale, pur richiamando la distinzione tra i due tipi di restrizione contemplati dall'articolo 81, paragrafo 1, CE, ha potuto, in qualche misura, essere fonte di interpretazioni divergenti, o addirittura di confusione. Alcuni orientamenti giurisprudenziali sembrano, in effetti, aver assottigliato la necessaria distinzione tra l'esame dell'oggetto anticoncorrenziale e l'analisi degli effetti concorrenziali degli accordi tra le imprese.

47. In effetti, in un certo numero di procedimenti, la considerazione del suddetto contesto assomiglia a un vero esame degli effetti potenziali delle misure in questione.

48. Così, nella causa GlaxoSmithKline Services/Commissione [27], il Tribunale, chiamato a pronunciarsi sull'oggetto anticoncorrenziale delle disposizioni di un accordo finalizzato a limitare il commercio parallelo di farmaci, aveva ritenuto, in sostanza, che il carattere anticoncorrenziale di un accordo non poteva essere desunto dalla mera lettura del relativo testo, effettuata nel suo specifico ambito, ma che occorreva «necessariamente» considerarne anche gli effetti. Questa sentenza lascia intendere che, per dichiarare l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale, occorrerebbe in ogni caso constatarne gli effetti concreti sulla concorrenza [28].

24 — Sentenza del 28 aprile 1998, Javico (C-306/96, Racc. pag. I-1983, punti da 19 a 31).

25 — Per una spiegazione di tale neutralizzazione, v. sentenza del 19 febbraio 2002, Wouters e a. (C-309/99, Racc. pag. I-1577, punto 97).

26 — In tal senso, diversi autori hanno sottolineato che l'analisi dell'oggetto era un'applicazione dell'analisi degli effetti (v., per esempio, Wish, R., introduzione alla 4ª tavola rotonda della conferenza New Frontiers of Antitrust del 10 febbraio 2012, intitolata «Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?», *Concurrences*, n. 2, 2012, pag. 59 e seguenti.

27 — Sentenza del Tribunale del 27 settembre 2006 (T-168/01, Racc. pag. II-2969, punto 147).

28 — Se la Corte è stata chiamata, nell'ambito dell'impugnazione interposta in questa causa, a censurare l'analisi che verte sulla natura anticoncorrenziale dell'oggetto degli accordi controversi, essa lo ha fatto solo in quanto il Tribunale aveva subordinato l'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale alla prova che l'accordo comportasse inconvenienti per i consumatori finali (v. sentenza del 6 ottobre 2009, GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, Racc. pag. I-9291, punti 63 e 64).

49. Ci si può legittimamente chiedere se questa analisi, che valuta le conseguenze necessarie degli accordi in questione, sia più simile ad un esame dei loro effetti restrittivi della concorrenza che ad un'analisi del loro oggetto anticoncorrenziale.

50. Più di recente ed in modo ancora più chiaro, nella sentenza Allianz Hungária Biztosító e a.[29], la Corte ha statuito che accordi mediante i quali società di assicurazioni automobilistiche si accordano su base bilaterale con concessionari di automobili operanti come autofficine, o con un'associazione che rappresenti questi ultimi, sulle tariffe orarie da pagare da parte della società assicuratrice per la riparazione dei veicoli da essa assicurati, prevedendo che questa tariffa dipenda, tra l'altro, dal numero e dalla proporzione dei contratti di assicurazione che la concessionaria ha commercializzato come intermediaria per questa società, potevano essere considerati come una restrizione di concorrenza «tramite l'oggetto» ai sensi dell' art. 101, paragrafo 1, TFUE. Tale è il caso se, a seguito di un esame individuale e concreto del tenore e dell'obiettivo di questi accordi, nonché del contesto economico e giuridico nel quale s'iscrivono, risultasse che questi fossero, per loro stessa natura, nocivi per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza su uno dei due mercati in questione[30].

51. Ancora una volta, è difficile distinguere in cosa l'esame del contesto raccomandato dalla Corte, che consiste in una stima del rischio di eliminazione o di grave riduzione della concorrenza sul mercato in oggetto, tenuto conto in particolare della «struttura del mercato in questione, [del]l'esistenza di canali di distribuzione alternativi e [del]la loro importanza [restrittiva], nonché [del] potere di mercato delle società interessate», si distingua da quello che riguarda gli eventuali effetti restrittivi della concorrenza.

52. Tuttavia, nonostante la giurisprudenza abbia potuto, in una certa misura, contribuire a rendere vaga la linea di demarcazione tra le nozioni rispettive di restrizioni tramite l'oggetto o per l'effetto, sono dell'avviso che il ricorso a questa nozione debba essere circoscritto più chiaramente.

53. Infatti, qualificare un accordo o una prassi come restrittivi della concorrenza per il loro stesso oggetto comporta conseguenze importanti, di cui almeno due meritano di essere sottolineate.

54. Anzitutto, la linea d'azione che consiste nell'individuare un «oggetto anticoncorrenziale» si basa su un approccio formalista che non è privo di rischi dal punto di vista della protezione degli interessi generali perseguita dalle regole del Trattato in materia di concorrenza. Qualora risulti accertato che un accordo ha un oggetto restrittivo della concorrenza, il divieto che ne deriva ha una portata molto generale, vale a dire può essere adottato a titolo preventivo e in tal modo compromettere contatti futuri[31], e ciò indipendentemente dalla valutazione degli effetti concretamente prodotti.

55. Pertanto, questo approccio formalista può essere concepito solo in presenza di comportamenti che presentino un rischio intrinseco di effetto pregiudizievole particolarmente grave o, ancora, in presenza di comportamenti di cui si può concludere che gli effetti negativi sulla concorrenza superano gli effetti favorevoli alla concorrenza stessa. Una decisione diversa porterebbe a negare che certe azioni degli

29 — Sentenza del 14 marzo 2013 (C-32/11).

30 — V. sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., cit., punto 48.

31 — L'importanza di tali conseguenze è stata già sottolineata dall'avvocato generale Cruz Villalón al paragrafo 64 delle sue conclusioni nella causa sfociata nella sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., cit.

operatori economici generano potenzialmente esternalità positive dal punto di vista della concorrenza. A mio parere, è solo nel caso in cui l'esperienza dimostra che una restrizione è costantemente vietata, secondo l'analisi economica, che pare ragionevole sanzionarla direttamente, per ragioni di economia procedurale [32].

56. Dovrebbero, pertanto, essere considerati come restrittivi della concorrenza tramite l'oggetto solo i comportamenti il cui carattere nocivo è, alla luce dell'esperienza acquisita e della scienza economica, accertato e facilmente rilevabile, e non gli accordi che, tenuto conto del contesto in cui si inseriscono, presentano effetti ambivalenti sul mercato o comportano effetti restrittivi secondari e necessari al conseguimento di un obiettivo principale non restrittivo della concorrenza.

57. Inoltre, tale qualificazione dispensa l'autorità inquirente dall'onere di provare gli effetti anticoncorrenziali dell'accordo o della pratica di cui deve conoscere. Un'estensione non controllata dei comportamenti ricadenti nel campo di applicazione delle restrizioni tramite l'oggetto è pericolosa dal punto di vista dei principi che devono disciplinare, in linea di principio, l'accertamento e l'onere della prova dei comportamenti anticoncorrenziali.

58. In considerazione di tali conseguenze, la qualificazione d'intesa restrittiva tramite l'oggetto deve necessariamente essere inquadrata e riguardare, in definitiva, solo quelle intese che presentano intrinsecamente un certo grado di nocività. Questa nozione dovrebbe riguardare solo accordi che presentano intrinsecamente, vale a dire senza la necessità di valutarne gli effetti reali o potenziali, un livello di gravità o di nocività tale che il loro impatto negativo sulla concorrenza appare molto probabile. Nonostante il carattere aperto dell'elenco dei comportamenti che possono essere giudicati restrittivi per il loro oggetto, si propone di mantenere un atteggiamento relativamente prudente nella determinazione di una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto.

59. Questa prudenza s'impone tanto più che lo schema di analisi che la Corte è chiamata a sviluppare s'imporrà tanto alla Commissione quanto alle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza, la cui sensibilità e il cui livello d'esperienza dipendono da parametri variabili.

60. Il vantaggio in termini di prevedibilità e di alleggerimento dell'onere della prova che comporta l'individuazione di accordi restrittivi tramite l'oggetto appare compromesso se questa individuazione viene, in definitiva, subordinata a un esame approfondito delle conseguenze di detto accordo sulla concorrenza, che va ben oltre l'esame circostanziato dell'accordo stesso.

61. In ogni caso, va osservato che la Corte, nonostante l'allargamento apparente dei comportamenti qualificati in termini di restrizione tramite l'oggetto, ha ricordato costantemente, dalla citata sentenza LTM fino alla citata sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., che l'analisi dell'oggetto deve rivelare un «grado sufficiente di dannosità» [33].

62. Infine, desidererei ricordare che un tale inquadramento non mira a «immunizzare» certi comportamenti, sottraendoli al divieto previsto dall'articolo 81, paragrafo 1, CE. Nel caso in cui non sia stato dimostrato che un certo accordo non possa concretamente – cioè tenendo conto degli obiettivi nonché del contesto giuridico ed economico nel quale si inserisce – impedire, restringere o

32 — La Commissione sembra aver fatto proprio tale approccio nelle linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, CE (GU C 101, pag. 97, del 27 aprile 2004). Essa osserva in particolare: «Le restrizioni della concorrenza per oggetto sono quelle che per loro stessa natura possono restringere la concorrenza. Si tratta di restrizioni che, alla luce degli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie, hanno una potenzialità talmente alta di produrre effetti negativi sulla concorrenza che è inutile, ai fini dell'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, dimostrare l'esistenza di effetti specifici sul mercato. Questa presunzione si basa sul *carattere grave della restrizione e sull'esperienza acquisita*, che ha dimostrato che le restrizioni della concorrenza per oggetto possono verosimilmente determinare effetti negativi sul mercato e pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalle regole di concorrenza comunitarie» (il corsivo è mio).

33 — Tale esigenza è costantemente richiamata dalla giurisprudenza più recente (v. citate sentenze Beef Industry Development Society e Barry Brothers, punto 15; T-Mobile Netherlands e a., punto 28; GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., punto 55, nonché sentenza del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a., C-403/08 e C-429/08, Racc. pag. I-9083, punto 135).

falsare il gioco della concorrenza nel mercato, è solo il ricorso alla nozione di restrizione tramite l'oggetto a essere escluso. L'autorità incaricata del controllo della concorrenza sarà comunque legittimata a censurare tale accordo a conclusione di un esame più approfondito dei suoi effetti anticoncorrenziali reali e potenziali sul mercato.

2. Sull'accertamento dell'esistenza di una restrizione tramite l'oggetto nella fattispecie

63. Va osservato che, con il suo primo motivo, il ricorrente contesta, in modo globale, la visione non restrittiva della nozione di restrizione tramite l'oggetto adottata dal Tribunale. In modo più specifico, si contestano gli errori che, secondo il ricorrente, hanno viziato la valutazione del Tribunale sul tenore, sull'obiettivo e sul contesto dell'elaborazione delle misure esaminate.

64. In altri termini, è opportuno, innanzitutto, determinare se il Tribunale, su un piano generale, avesse il diritto, come è avvenuto ai punti 124 e 146 della sentenza impugnata, di ritenere che «la nozione di infrazione tramite l'oggetto non va interpretata in modo restrittivo». Occorrerà, in seguito, determinare se il Tribunale abbia potuto, indipendentemente da questa affermazione e senza commettere errori di diritto, confermare l'esistenza nella fattispecie di un'infrazione tramite l'oggetto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE.

a) Interpretazione restrittiva o estensiva della nozione di oggetto anticoncorrenziale?

65. Occorre subito sottolineare che la giurisprudenza, che è caratterizzata da un'ambivalenza tra il desiderio di non tener conto di un elenco chiuso di restrizioni tramite l'oggetto e la necessità di rispettare la ratio legis dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, che esige in particolar modo che i comportamenti in questione presentino un certo grado di nocività, non risponde sempre chiaramente alla domanda se la nozione di restrizione tramite l'oggetto debba o no essere interpretata in modo restrittivo, e ciò persino quando alcuni avvocati generali si sono pronunciati in favore dell'uno o dell'altro approccio [34].

66. Con riguardo, in particolare, alla citata sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, a mio avviso il Tribunale fa erroneamente riferimento ad essa per sostenere la conclusione secondo cui non si deve interpretare restrittivamente la nozione di infrazione tramite l'oggetto.

67. Certamente, così come emerge dal punto 22 di detta sentenza, la Corte intendeva replicare alla tesi, sostenuta dalla Beef Industry Development Society e Barry Brothers Ltd, secondo la quale «la nozione di infrazione tramite l'oggetto dovrebbe essere interpretata in modo restrittivo» e che «rientrano in questa categoria soltanto gli accordi che abbiano per oggetto la determinazione orizzontale dei prezzi, la limitazione della produzione o la ripartizione dei mercati e i cui effetti anticoncorrenziali sono talmente evidenti da non aver bisogno di alcuna analisi economica».

34 — Occorre notare per esempio che, nelle sue conclusioni relative alla causa che ha dato luogo alla citata sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., l'avvocato generale Cruz Villálon si è pronunciato in favore di un approccio restrittivo, sostenendo che la categoria delle restrizioni di concorrenza tramite l'oggetto doveva essere intesa in modo restrittivo e limitarsi ai casi nei quali esiste un rischio intrinseco di effetti pregiudizievoli particolarmente grave (v. paragrafo 65 di dette conclusioni). Nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza T-Mobile Netherlands e a., l'avvocato generale Kokott sembra, invece, essersi pronunciato in favore di un approccio meno netto, affermando: «Certamente la nozione di pratica concordata a scopo anticoncorrenziale non può essere interpretata in maniera eccessivamente estensiva, se si considerano gli effetti restrittivi ai quali possono esporsi le imprese di cui trattasi nel caso di una violazione dell'art. 81, n. 1, CE. Né tantomeno tale nozione può tuttavia essere interpretata in maniera eccessivamente restrittiva, se non si vuole svuotare di significato il divieto, sancito dal diritto primario, di "infrazioni per oggetto" e sottrarre in tal modo all'art. 81, n. 1, CE una parte della sua efficacia pratica» (v. il paragrafo 44 di queste conclusioni).

68. Rilevo, tuttavia, che la risposta fornita dalla Corte, al punto 23 della medesima sentenza, secondo la quale «i tipi di accordo menzionati all'articolo 81, paragrafo 1, dalla lettera a) alla lettera e), CE non esauriscono le possibili ipotesi di collusioni vietate», anche se indica chiaramente che la nozione di restrizione della concorrenza non si limita alle restrizioni più evidenti, come i cartelli («hard core infringements») previsti da tale disposizione e non può essere racchiusa in un elenco limitativo, non pregiudica necessariamente il fatto che l'interpretazione della nozione di restrizione della concorrenza tramite l'oggetto che deve essere adottata possa essere di tipo restrittivo.

69. Un'altra constatazione s'impone alla lettura di questa sentenza. In definitiva, l'esame dei termini stessi degli accordi oggetto di causa ha condotto la Corte a concludere che questi ultimi avessero per oggetto la restrizione della concorrenza.

70. È corretto affermare che gli accordi in questione nella causa sfociata nella sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers (in prosieguo: «gli accordi BIDS») presentavano caratteristiche particolari, in quanto perseguivano un obiettivo di razionalizzazione del settore della filiera bovina riducendo le capacità di produzione eccedentarie.

71. Ciò non toglie che tali accordi fossero assimilabili ad accordi diretti a limitare la produzione ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, lettera b), CE. è stato all'esito di un esame circostanziato dei termini degli accordi BIDS che la Corte ha concluso che questi avessero un oggetto anticoncorrenziale. Essa ha ritenuto in particolare che tali accordi prevedessero un meccanismo destinato ad incoraggiare l'uscita delle imprese concorrenti. Gli elementi portati a conoscenza della Corte dimostravano che gli accordi BIDS perseguivano due obiettivi principali. Si trattava, da un lato, di aumentare il livello di concentrazione del mercato rilevante riducendo in maniera significativa il numero di imprese che fornivano servizi di trasformazione e, dall'altro, di eliminare quasi il 75 % delle capacità di produzione eccedentarie [35]. Gli accordi BIDS miravano dunque essenzialmente a permettere a più imprese di attuare una politica comune che aveva per oggetto di favorire l'uscita dal mercato di talune di esse e di ridurre così le sovraccapacità che, impedendo la realizzazione di economie di scala, pregiudicavano la loro redditività [36].

72. La Corte ne ha concluso che fosse «patente che questo tipo di accordi collide con la concezione intrinseca alle norme del Trattato CE in materia di concorrenza, in base alla quale ogni operatore economico deve determinare autonomamente la politica che intende praticare sul mercato». Secondo la Corte, nell'ambito della concorrenza, le imprese che hanno sottoscritto gli accordi BIDS non avrebbero avuto, in loro assenza, altro modo di migliorare la propria redditività che intensificare la loro rivalità commerciale o ricorrere ad operazioni di concentrazione. Grazie ai detti accordi, invece, esse potevano risparmiarsi tale processo e condividere una parte importante dei costi necessari per accrescere il livello di concentrazione del mercato tramite, in particolare, il contributo di EUR 2 a capo da parte di ciascuna delle imprese che restavano. Inoltre – rileva la Corte –, gli stessi mezzi attuati per raggiungere l'obiettivo degli accordi BIDS comportavano restrizioni dall'oggetto anticoncorrenziale [37].

73. In definitiva, le misure in questione presentavano un grado di nocività tale da potersi concludere che avessero un oggetto anticoncorrenziale.

74. Tenendo conto di tutte queste considerazioni, a mio avviso il Tribunale ha erroneamente affermato, nella sentenza impugnata, che la nozione di oggetto non doveva essere interpretata in modo restrittivo.

35 — Sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, cit., punti 31 e 32.

36 — Ibidem, punto 33.

37 — Ibidem. punti da 34 a 36.

75. Nonostante questa affermazione, occorrerà esaminare se il Tribunale abbia potuto, senza commettere errori di diritto, confermare la conclusione secondo la quale le misure controverse avevano un oggetto anticoncorrenziale.

b) Sui parametri adottati nella fattispecie per dedurre l'esistenza di una restrizione tramite l'oggetto

76. In via preliminare, ritengo importante ricordare che, se il Tribunale è il solo competente, da una parte, a conoscere i fatti, salvo nel caso in cui l'errore materiale dei suoi accertamenti risultasse dagli atti di causa che gli sono stati forniti, e, dall'altra, a valutare questi fatti, la Corte è competente a esercitare, in virtù dell'articolo 256 TFUE, un controllo sulla qualificazione giuridica di tali fatti e sulle conseguenze di diritto che ne ha tratto il Tribunale. La valutazione dei fatti non costituisce, salvo nel caso di snaturamento degli elementi di prova prodotti al Tribunale, una questione di diritto, in quanto tale soggetta al controllo della Corte [38].

77. Nella fattispecie, ritengo che il ricorrente intenda principalmente contestare, nell'ambito del presente motivo, da una parte, errori di diritto che hanno viziato, secondo lui, la qualificazione delle misure in questione come restrizione tramite l'oggetto e, dall'altra, uno snaturamento da parte del Tribunale degli elementi di prova prodotti dinanzi al Tribunale stesso. Tali questioni non possono essere sottratte, a priori, al controllo della Corte.

78. Spetta, infatti, alla Corte verificare che il Tribunale abbia ben controllato che la Commissione abbia sufficientemente dimostrato, a seguito di un esame individuale e concreto del tenore, dell'obiettivo e del contesto economico e giuridico nel quale si collocano, che le misure oggetto di causa raggiungessero un grado di nocività tale che i loro effetti negativi sulla concorrenza potevano essere presunti.

79. A tale scopo, l'esperienza acquisita costituisce un punto di riferimento assolutamente pertinente. Per tale «esperienza» deve intendersi ciò che emerge tradizionalmente dall'analisi economica, così come è stata confermata dalle autorità competenti sulla concorrenza, corroborata, eventualmente, dalla giurisprudenza.

80. Nel presente contesto, va constatato che le misure controverse presentano un carattere orizzontale e che, a priori, potrebbero essere giudicate più idonee a comportare un oggetto restrittivo della concorrenza.

81. Orbene, se è fatto acquisito che certi accordi orizzontali tra imprese comportano restrizioni palesi della concorrenza, come la fissazione dei prezzi e la ripartizione dei mercati [39], e possono, pertanto, essere considerati come determinanti una restrizione di concorrenza tramite l'oggetto, il carattere nocivo alla concorrenza delle misure controverse non è immediatamente chiaro.

82. Tuttavia, è necessario esaminare se legittimamente il Tribunale ha confermato la conclusione della Commissione quanto all'esistenza di una restrizione tramite l'oggetto, precisandosi che questa conclusione deve essere conseguenza di una valutazione complessiva del contenuto delle misure, eventualmente letto alla luce degli scopi oggettivamente perseguiti e del contesto economico e giuridico.

83. In tal senso, l'articolazione dei capi del presente motivo, che riguardano rispettivamente ciascuno dei tre aspetti pertinenti per qualificare una misura come restrizione tramite l'oggetto, potrebbe sembrare artificiosa.

38 — V., in particolare, sentenza del 19 luglio 2012, Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Commissione e Commissione/Alliance One International e a. (C-628/10 P e C-14/11 P, punti 84 e 85).

39 — Sentenza dell'8 dicembre 2011, KME Germany e a./Commissione (C-389/10 P, Racc. pag. I-13125, punto 75).

84. Tuttavia, mi sembra opportuno esaminarli in successione.

i) Sul primo capo, relativo all'esame del contenuto delle misure del Groupement

85. Il ricorrente, sostenuto su diversi punti dalla BNP Paribas, dalla BPCE e dalla SG, sostiene che il Tribunale ha commesso diversi errori di diritto nella valutazione del contenuto delle misure in questione.

86. Egli sostiene, in primo luogo, che il Tribunale ha commesso errori nell'analisi dell'oggetto «stesso» delle suddette misure. Innanzitutto, il Tribunale non avrebbe proceduto all'esame della nocività delle misure controverse facendo riferimento al contenuto di queste ultime, bensì alle intenzioni soggettive di alcuni membri del Groupement. Così, il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto, ai punti 126 e 132 della sentenza impugnata, ritenendo che dalle stesse formule delle misure oggetto di causa risulti che esse avessero un oggetto anticoncorrenziale che consistesse nell'ostacolare la concorrenza proveniente dai nuovi operatori sul mercato in questione. Inoltre, il ricorrente ritiene che il Tribunale abbia snaturato gli elementi di prova, concludendo che una serie di ostacoli rendevano molto difficile, in pratica, lo sviluppo dell'attività di acquisizione da parte di un nuovo operatore, basandosi sulle dichiarazioni della Commissione e respingendo, senza una spiegazione valida, elementi che dimostrano il contrario.

87. In secondo luogo, il ricorrente sostiene che il Tribunale ha commesso errori nella considerazione, ai punti 186 e 256 della sentenza impugnata, della genesi dell'adozione delle misure oggetto di causa, come risultava dai documenti acquisiti durante le verifiche condotte nei locali del Groupement e di alcuni dei suoi membri.

88. Anzitutto, il Tribunale avrebbe a torto tenuto conto delle posizioni assunte da alcuni capifila precedentemente all'adozione delle misure oggetto di causa nell'analisi dell'oggetto di tali misure, in quanto tali posizioni riflettono la manifestazione della volontà non del Groupement stesso, ma solo di alcuni suoi membri. Orbene, è perché una decisione costituisce la manifestazione fedele della volontà del suo autore che può considerarsi una decisione di associazione d'imprese. In tal caso, le circostanze della preparazione e dell'adozione della decisione non sono pertinenti, poiché solo le misure notificate esprimono pienamente l'intenzione del Groupement. Per di più, la genesi delle misure è stata presa in considerazione al posto dell'analisi approfondita del contenuto delle misure.

89. Inoltre, il ricorrente ritiene che il Tribunale abbia snaturato gli elementi di prova, operando selezioni inopportune tra le dichiarazioni preparatorie, i documenti acquisiti e le dichiarazioni dei nuovi operatori. Secondo il ricorrente, un certo numero di elementi, in cui sono precisate la necessità di combattere il parassitismo e la preoccupazione di rispettare il diritto della concorrenza, attestavano l'esistenza di un dubbio reale circa la restrizione di concorrenza che il Tribunale avrebbe dovuto prendere in considerazione. Questo snaturamento sarebbe tanto più evidente dato che il Tribunale si sarebbe basato sugli stessi elementi utilizzati dalla Commissione senza discostarsi dalle conclusioni della prima comunicazione degli addebiti.

90. Nella sentenza impugnata, il Tribunale ha concluso, sostanzialmente, che l'oggetto anticoncorrenziale delle misure oggetto di causa consisteva nell'ostacolare la concorrenza proveniente dai nuovi operatori sul mercato francese dell'emissione delle CB.

91. Il Tribunale ha così fatto propria la conclusione secondo la quale l'oggetto anticoncorrenziale delle misure controverse sarebbe il risultato delle formule di calcolo previste dalle misure oggetto di causa (v. punti da 123 a 133 della sentenza impugnata). Esso ha inoltre ritenuto che è solo a titolo confermativo che la Commissione si è basata sui documenti acquisiti durante le verifiche concernenti le dichiarazioni espresse dai capifila nella fase preparatoria delle misure oggetto di causa (v. punti da 123 a 154 della sentenza impugnata).

92. Orbene, considerando, in primo luogo, l'esame delle formule di calcolo contenute nelle misure controverse, e in conseguenza di ciò che ho precedentemente esposto, il Tribunale ha omesso, a mio parere, di controllare se queste contenessero un meccanismo per natura anticoncorrenziale.

93. Certamente, il Tribunale ha rilevato, al punto 132 della sentenza impugnata, che la Commissione aveva ritenuto, in base alle formule previste dalle misure oggetto di causa e in ragione della difficoltà di sviluppare l'attività di acquisizione, che queste misure imponevano ai membri del Groupement a cui si applicavano di limitare la loro attività di emissione o di sopportare costi (legati all'emissione) che non erano sopportati da altri membri del gruppo, tra cui i capifila. Il Tribunale ha ugualmente rilevato che «queste formule limitavano così la possibilità dei membri a cui si applicavano di concorrere (attraverso i prezzi) nel mercato dell'emissione con i membri del Groupement che non ne erano soggetti. La Commissione ne ha concluso che le misure in esame avevano un oggetto anticoncorrenziale che consisteva nell'ostacolare la concorrenza dei nuovi operatori (cfr. i considerando 212, 213, 222 della decisione controversa)».

94. Inoltre, il Tribunale ha fatto propria, al punto 133 della sentenza impugnata, la conclusione della Commissione secondo la quale la «funzione demandata dal Groupement al MERFA (incentivo a sviluppare l'acquisizione) era contraddetta dall'esistenza di commissioni interbancarie che incoraggiavano l'emissione (cfr. i considerando dal 226 al 230 della decisione controversa) e dalla circostanza che la quota d'iscrizione aggiuntiva e la quota di risveglio dei dormienti penalizzavano le banche che non avevano emesso carte a sufficienza nel recente passato (cfr. i considerando 231 e 232 della decisione controversa)».

95. Orbene, se tali constatazioni rivelano certamente il contenuto delle misure oggetto di causa, che, in sostanza, mirano a imporre determinati costi ad alcune banche e a stimolare l'attività d'acquisizione, mi sembra che tanto la Commissione quanto il Tribunale non siano riusciti a dimostrare in che cosa queste misure, per la loro formulazione stessa, fossero restrittive della concorrenza. In effetti, se ci si attiene ai termini delle misure notificate, come riportati dalla Commissione ed esaminati dal Tribunale, il loro oggetto consiste nell'imporre una partecipazione economica ai membri del Groupement destinata a finanziare i costi di funzionamento del sistema di pagamento CB. Come esporrò in seguito (v., specificamente, paragrafi 130 e 131 delle presenti conclusioni), il semplice fatto che alcuni membri del Groupement possano essere indotti, a causa della pubblicazione delle misure oggetto di causa, a limitare la loro attività di emissione o a sopportare costi (legati all'emissione) non sopportati dagli altri membri del Groupement non può essere qualificato come restrittivo tramite l'oggetto.

96. In secondo luogo, per ciò che concerne la presa in considerazione della «genesi», cioè le dichiarazioni espresse dai capifila come descritte in alcuni documenti preparatori delle misure controverse, acquisiti durante le ispezioni, il ragionamento adottato dal Tribunale è messo in discussione, nell'ambito della presente impugnazione, in relazione a diversi aspetti.

97. Occorre, in primo luogo, esaminare se il Tribunale non abbia errato nell'imputare alcune di queste dichiarazioni, espresse da tali capifila a monte dell'elaborazione delle misure oggetto di causa, al Groupement considerato nel suo insieme. In secondo luogo, è opportuno analizzare la rilevanza attribuita alle suddette dichiarazioni nella valutazione del contenuto delle misure e, infine, la loro pertinenza ai fini della determinazione di una restrizione tramite l'oggetto.

98. In primo luogo, con riguardo alla questione di comprendere se le dichiarazioni dei capifila esprimessero effettivamente la volontà del Groupement stesso, l'argomento secondo il quale il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto assimilando l'intenzione del Groupement alle dichiarazioni espresse dai capifila mi sembra piuttosto convincente.

99. A tal proposito noto che il Tribunale si è limitato a rilevare che, «considerato che i capifila sono membri dell'istanza informale, e cioè del [Comitato d'orientamento monetario (COM)], che ha preparato le misure controverse, e del consiglio direttivo che le ha adottate, l'intenzione espressa dai capifila corrisponde in sostanza a quella del Groupement per quanto riguarda l'adozione delle misure controverse» (punto 256 della sentenza impugnata). Il Tribunale ne ha concluso che la Commissione non si era contraddetta qualificando le misure controverse come decisioni di associazione d'imprese e dunque riconoscendo, attraverso una tale qualificazione, che le misure controverse costituivano l'espressione della volontà del Groupement, basandosi inoltre sulle dichiarazioni espresse dai capifila per avallare il fatto che tali misure avevano per oggetto quello di escludere i nuovi operatori (punto 257 della sentenza impugnata).

100. Orbene, per confermare la conclusione alla quale la Commissione è pervenuta quanto all'imputabilità delle dichiarazioni espresse dai capifila all'intero Groupement, mi sembra che il Tribunale avrebbe dovuto controllare se le dichiarazioni provenienti da alcuni capifila esprimessero la manifestazione fedele della volontà del Groupement: in mancanza di ciò, esse non possono essere collegate alla decisione di associazione d'imprese oggetto del presente procedimento [40]. È importante sottolineare a tal riguardo che, così come il Tribunale ha affermato al punto 7 della sentenza impugnata, il Comitato di orientamento monetario è un'istanza informale, senza potere decisionale.

101. In secondo luogo, per quanto riguarda la rilevanza attribuita all'intenzione manifestata dalle dichiarazioni espresse dai capifila nella determinazione dell'oggetto anticoncorrenziale delle misure controverse, la conclusione del Tribunale, secondo la quale è solo a titolo confermativo che la Commissione si è basata sui documenti raccolti durante le indagini, contenenti le dichiarazioni espresse dai capifila nel corso della preparazione delle misure controverse (punti 134 e 267 della sentenza impugnata), è lungi dall'essere evidente.

102. Certamente, se ci si attiene alla struttura della parte dedicata, nella decisione impugnata, alla verifica dell'esistenza di una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto [41], risulta che la Commissione, in un primo tempo, ha rilevato che la stessa formulazione delle misure contraddiceva gli obiettivi dichiarati nella notifica [42], e, in un secondo tempo, ha spiegato per quali ragioni, a suo parere, l'obiettivo restrittivo della concorrenza, quale risulta dalla formulazione stessa delle misure, corrisponda perfettamente agli obiettivi reali delle misure, manifestati dalle dichiarazioni espresse dai capifila durante la loro preparazione [43]. Parimenti, la Commissione ha indicato che l'«oggetto anticoncorrenziale del MERFA era corroborato dalle dichiarazioni dei capifila durante la preparazione delle misure» [44].

103. Tuttavia, risulta che la Commissione sembri, in definitiva, avere attribuito ai documenti provenienti dalla «genesi» delle menzionate misure la stessa importanza attribuita all'esame della formulazione delle misure oggetto di causa.

104. Questo mi sembra risulti in modo abbastanza chiaro dai considerando 193 e 198 della decisione controversa che, sintetizzando l'approccio adottato dalla Commissione nella determinazione dell'oggetto anticoncorrenziale, si basano sui documenti preparatori. Per di più, e come del resto la SG ha particolarmente sottolineato nelle sue memorie, la parte dedicata all'esame delle formule ha per oggetto di fornire la prova negativa che le misure di cui trattasi non corrispondevano all'obiettivo dichiarato. La prova positiva dell'oggetto anticoncorrenziale delle misure esaminate è in gran parte fondata sugli elementi materiali derivanti dai documenti preparatori provenienti dai capifila [45].

40 — V., in tal senso, citata sentenza Wouters e a., punto 64.

41 — Punti da 193 a 251 della decisione controversa.

42 — Parte 10.2.1.1, corrispondente ai punti da 199 a 234 della decisione controversa.

43 — Parte 10.2.1.2, corrispondente ai punti da 235 a 250 della decisione controversa.

44 — Punto 234 della decisione controversa.

45 — V. anche l'esposizione fatta del contenuto della decisione controversa ai punti 35 e 36 della sentenza impugnata.

105. Allo stesso modo, sembra che, ai fini dell'interpretazione del contenuto delle misure oggetto di causa, il Tribunale abbia accolto le considerazioni basate sulle formule adottate dalle suddette misure, lette alla luce dei documenti acquisiti nel corso delle indagini e che riportano le dichiarazioni espresse dai capifila [46].

106. In ogni caso, appare indispensabile determinare, in terzo luogo, se le dichiarazioni espresse dai capifila, quale elemento della genesi delle misure oggetto di causa, possano essere considerate pertinenti nella determinazione dell'esistenza di una restrizione tramite l'oggetto.

107. A tal proposito, sono del parere che queste dichiarazioni, anche supponendo che siano effettivamente rappresentative dell'intenzione del Groupement, il che mi sembra dover essere escluso (v. il paragrafo 100 delle presenti conclusioni), non potessero essere giudicate sufficienti a dimostrare l'esistenza di un accordo anticoncorrenziale e, a fortiori, di un accordo che comporti una restrizione di concorrenza tramite l'oggetto.

108. Certamente, risulta abbastanza chiaramente dalla giurisprudenza che, benché l'intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare il carattere restrittivo di un accordo, nulla vieta tanto alle autorità della concorrenza quanto ai giudizi nazionali e dell'Unione di tenerne conto [47].

109. La possibilità di tener conto dell'intenzione espressa dalle parti può solo, a mio parere, concepirsi a titolo aggiuntivo o complementare e non sostituirsi a un esame circostanziato dei termini e degli obiettivi dei comportamenti censurati. Per lo stesso motivo per cui le parti di un accordo non possono invocare la mancanza dell'intenzione di violare l'articolo 81, paragrafo 1, CE [48], non è sufficiente menzionare l'esistenza di una tale intenzione per concludere che le misure da esse adottate comportano un oggetto anticoncorrenziale. L'intenzione manifestata dalle parti non dovrebbe in alcun modo essere presa in considerazione quando si tratta, come nella specie, di valutare l'impatto anticoncorrenziale dei comportamenti delle imprese.

110. Infatti, sono dell'avviso che l'individuazione di un «oggetto anticoncorrenziale» implichi una valutazione propriamente obiettiva, indipendente dalla volontà delle parti. Pertanto, ritengo che le intenzioni eventualmente espresse dai partecipanti ad una presunta intesa, così come del resto gli eventuali obiettivi legittimi perseguiti da questi ultimi, non sono direttamente pertinenti quando si tratta di valutare se la suddetta intesa, qualunque sia la forma nella quale si presenta, abbia un «oggetto» anticoncorrenziale.

111. Infine, nell'ambito del presente capo del presente motivo, il ricorrente ha menzionato che il Tribunale ha snaturato gli elementi di prova prodotti. Questo snaturamento consisterebbe nel fatto che, oltre ai documenti che attestano che lo sviluppo dell'attività di acquisizione non era necessariamente difficile, la Commissione avrebbe operato selezioni inopportune tra le posizioni dei capifila.

112. A tale riguardo è sufficiente ricordare che spetta, in linea di principio, unicamente al Tribunale apprezzare il valore probatorio da attribuire agli elementi di prova che gli sono presentati. Uno snaturamento degli elementi di prova presuppone che il Tribunale abbia platealmente ecceduto i limiti di una valutazione ragionevole di tali elementi di prova [49], il che deve apparire in modo manifesto dagli atti di causa, senza che sia necessario procedere ad una nuova valutazione dei suddetti

46 — V., in particolare, punto 186 della sentenza impugnata.

47 — V., a tal riguardo, citata sentenza Allianz Hungária Biztosító e a., punto 37 e giurisprudenza ivi citata.

48 — V., in particolare, citata sentenza General Motors/Commissione, punto 77 e giurisprudenza ivi citata.

49 — V. sentenze del 10 febbraio 2011, Activision Blizzard Germany/Commissione (C-260/09 P, EU:C:2011:62, punto 57), nonché del 4 luglio 2013, Commissione/Aalberts Industries e a. (C-287/11 P, punto 52).

elementi. Inoltre, al ricorrente che affermi uno snaturamento degli elementi di prova da parte del Tribunale è imposto di indicare con precisione gli elementi che sarebbero stati snaturati da quest'ultimo e di dimostrare gli errori di valutazione che, a suo avviso, avrebbero portato il Tribunale a tale snaturamento [50].

113. Nella fattispecie, l'affermato snaturamento degli atti non emerge in modo chiaro dagli atti di causa. Inoltre, il ricorrente omette d'individuare in modo preciso i documenti che, secondo lui, proverebbero un tale snaturamento. Dalla sua argomentazione, e benché deduca uno snaturamento degli elementi di prova, risulta che il ricorrente mira in realtà ad ottenere una nuova valutazione dei suddetti elementi, il che esula dalla competenza della Corte.

114. Dall'insieme di tali considerazioni risulta che, se ci si attiene all'esame dei termini stessi delle misure controverse, come riportati dal Tribunale, la conclusione secondo la quale la Commissione avrebbe dimostrato sufficientemente il carattere anticoncorrenziale tramite l'oggetto delle suddette misure è difficilmente comprensibile.

ii) Sul secondo capo, relativo all'esame dell'obiettivo delle misure

115. Il ricorrente sostiene che il Tribunale ha commesso errori di diritto nella valutazione degli obiettivi delle misure in esame. Sarebbe pertanto a torto che il Tribunale, nel riconoscere che la lotta contro il parassitismo del sistema CB costituisca un obiettivo legittimo, ha rifiutato di valutare questo obiettivo ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE. Il Tribunale avrebbe dovuto riconoscere che una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto è esclusa, dal momento che le misure del Groupement conducono a stimolare l'attività di acquisizione e a ricercare un'ottimizzazione tra le attività di acquisizione ed emissione. Queste misure, conformemente al principio di proporzionalità, sarebbero appropriate, poiché consistono in misure sistemiche adottate nell'interesse globale del sistema CB, ed equilibrate, poiché lasciano a ciascun membro del Groupement la scelta dell'opzione adatta alla propria situazione.

116. Secondo quanto sancito dalla giurisprudenza, per stabilire se un accordo rientri nel divieto enunciato all'articolo 81, paragrafo 1, CE, ci si deve basare sul tenore delle sue disposizioni e sugli scopi oggettivi che persegue [51].

117. Mi sembra importante ricordare che questi obiettivi specifici, che devono distinguersi chiaramente dalle misure in esame, non si confondono per nulla con le intenzioni soggettive di restringere o meno la concorrenza o ancora con gli obiettivi legittimi eventualmente perseguiti dalle imprese interessate. è consolidato che un accordo può dunque essere considerato come avente un oggetto restrittivo della concorrenza anche se persegue altri obiettivi legittimi [52].

118. Nella fattispecie, come bisogna considerare le misure tariffarie adottate dal Groupement?

50 — V., in tal senso, sentenza del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Racc. pag. 123, punto 50).

51 — Sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, cit., punto 21.

52 — Quali, in particolare, gli obiettivi legali di politica commerciale (sentenza General Motors/Commissione, cit., punto 64) o di tutela della sanità pubblica e della riduzione del costo del controllo di conformità (sentenza dell'8 novembre 1983, IAZ International Belgium e a./Commissione, da 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Racc. pag. 3369, punto 25), così come le misure destinate a far fronte ad una crisi settoriale (sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, cit., punto 21).

119. Contrariamente a ciò che la Commissione ha lasciato intendere in udienza, difficilmente può affermarsi che il meccanismo MERFA presenti una nocività tale da assimilarlo ad un cartello [53] sui prezzi che, in quanto tale, pregiudica la concorrenza. Inoltre, per le ragioni esposte precedentemente, le misure oggetto di causa nella fattispecie, che non comportano nessun meccanismo destinato a favorire l'uscita di alcuni concorrenti, mi sembrano difficilmente paragonabili alle misure di razionalizzazione del mercato in questione nella causa sfociata nella citata sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers.

120. Dalla sentenza impugnata si evince che le misure oggetto di causa miravano, essenzialmente, a istituire dei prelievi a carico dei membri del Groupement che, sia nell'accesso che nell'uso del sistema CB, si presentavano come più attivi nell'emissione di CB (attività di rilascio di carte di pagamento e/o di prelievo dai titolari di carte) che nell'acquisizione (attività di affiliazione di commercianti aventi un numero SIREN e gestione di DAB).

121. L'insieme di queste misure era, secondo il Groupement, destinato a proteggere il sistema CB dai fenomeni di parassitismo economico risultanti dall'attività delle banche che sviluppano principalmente un'attività di emissione di carte e approfittano, senza contropartita, dei vantaggi derivanti dagli investimenti realizzati da altri membri del sistema nel campo dell'acquisizione.

122. Tuttavia, anche se è ben acquisito, come il Tribunale ha peraltro riconosciuto (v., in particolare, punti 76 e 77 della sentenza impugnata), che la lotta contro il parassitismo può costituire un obiettivo legittimo, una tale considerazione non è direttamente pertinente nella determinazione dell'esistenza di una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE.

123. Di conseguenza, non penso che il Tribunale abbia tutti i torti quando conclude che l'obiettivo della lotta al parassitismo non doveva, in generale, essere tenuto in considerazione nella fase dell'esame delle misure ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, ma poteva esserlo nella valutazione del beneficio eventuale di una deroga in virtù dell'articolo 81, paragrafo 3, CE.

124. Tuttavia, questa conclusione mi sembra avere senso solo qualora sia chiaramente comprovato, in seguito ad un esame circostanziato, che le misure controverse hanno un oggetto anticoncorrenziale. Ciò avviene quando un comportamento abbia palesemente un oggetto anticoncorrenziale tale da rendere irrilevante il fatto che persegua altre finalità.

125. Nell'ipotesi contraria, cioè in presenza di una restrizione tramite l'oggetto non chiaramente dimostrata – come mi sembra nel caso considerato –, bisognerà passare alla valutazione degli effetti anticoncorrenziali e, in questo contesto, valutare la necessità e la proporzionalità delle misure considerate, dato l'obiettivo perseguito [54].

126. Orbene, mi riesce difficile comprendere in cosa le misure oggetto di causa presentino il grado di nocività richiesto dalla giurisprudenza.

127. Innanzitutto, è pacifico che queste misure sono state adottate per stimolare l'attività di acquisizione di CB all'interno di un sistema di pagamento che presentava due aspetti connessi dall'esistenza di effetti di rete. Come il Tribunale ha rilevato al punto 102 della sentenza impugnata, la Commissione stessa ha indicato che le attività di emissione e di acquisizione erano indispensabili l'una

53 — Pare, al contrario, che l'assimilazione delle misure oggetto di causa ad un cartello tra il Groupement e i propri capifila, in un primo tempo, fosse stata presa in considerazione dalla Commissione (v. paragrafo 7 delle presenti conclusioni), per essere poi abbandonata in corso di istruttoria.

54 — V. sentenze del 28 gennaio 1986, Pronuptia de Paris (161/84, Racc. pag. 353, punti da 15 a 17), e del 15 dicembre 1994, DLG (C-250/92, Racc. pag. 5641).

all'altra e per il funzionamento del sistema di pagamento tramite CB in generale, considerando che, da un lato, i commercianti non accetterebbero di uniformarsi al sistema di pagamento tramite CB se il numero dei portatori di carte fosse insufficiente e, dall'altro, i consumatori non desidererebbero possedere una carta se questa non fosse utilizzabile presso un numero sufficiente di commercianti.

128. Così, le misure controverse sono dirette ad ottenere un contributo economico da parte dei membri che traggono direttamente profitto, in relazione all'attività di emissione di carte, dall'adesione al sistema di pagamento derivante dagli sforzi impiegati da altri membri in relazione al settore «acquisizione». Queste misure, in particolare il MERFA, comportano, in sostanza, un meccanismo destinato a chiedere un contributo economico ai membri poco attivi nel settore «acquisizione».

129. Orbene, non mi sembra che l'imposizione di un contributo economico ai membri di una rete i quali beneficiano, senza contropartita, degli sforzi compiuti da altri membri ai fini dello sviluppo della rete comporti un oggetto anticoncorrenziale.

130. Nella fattispecie, certamente, il livello dei contributi richiesti o le difficoltà riscontrate da alcuni operatori per sviluppare l'attività di acquisizione può indurre un effetto di esclusione degli operatori che non assolvono gli obblighi imposti dalle misure oggetto di causa. Tuttavia, a meno di applicare la teoria delle «strutture essenziali» [55], in nessun modo invocata dalla Commissione nella fattispecie [56] e la cui l'applicabilità mi sembra, in ogni caso, dubbia [57], ciò non sembra censurabile dal punto di vista della concorrenza.

131. In ogni caso, se non si può escludere che le misure controverse abbiano come risultato d'invogliare alcuni membri del Groupement a limitare le loro attività di emissione o ad accrescere le loro attività di acquisizione, opzione ultima che si rivelerebbe complicata e comporterebbe dunque la loro esclusione dal sistema, tale questione riguarderebbe, in ogni caso, l'esame degli effetti potenzialmente anticoncorrenziali delle suddette misure e non del loro oggetto. Sono dell'avviso che gli effetti di esclusione che implicano misure tariffarie come quelle in questione nel presente procedimento non possono essere esaminati se non nella fase dell'esame dell'effetto concorrenziale.

132. Soprattutto, devo esternare francamente la mia perplessità per l'interpretazione, data tanto dalla Commissione quanto dal Tribunale, delle misure controverse adottate dal Groupement e dirette a tutti i suoi membri che, così come è stato rilevato, sono capifila oppure membri collegati o affiliati ai capifila [58]. Poiché la misura o le misure tariffarie toccano direttamente o indirettamente tutti i membri del Groupement, mi riesce difficile comprendere come queste possano implicare un meccanismo per natura anticoncorrenziale e ancora in quale misura esse siano state in qualche modo parametrate per agevolare i capifila [59].

133. Da queste considerazioni risulta che, alla stregua dei termini delle misure oggetto di causa, gli obiettivi che esse perseguono non rafforzano la conclusione secondo la quale è a buon diritto che la Commissione ha riconosciuto l'esistenza nella fattispecie di una restrizione tramite l'oggetto.

55 — Ricordo che, in virtù di questa teoria, il titolare di una risorsa o di una struttura deve rendere la prima disponibile ai propri concorrenti qualora l'accesso a tale struttura sia indispensabile all'esercizio delle loro attività (v., in tal senso, sentenza del 29 aprile 2004, IMS Health, C-418/01, Racc. pag. I-5039).

56 — V., a tal proposito, sentenza impugnata, punti 66 e 224.

57 — Nella sua *XXX relazione sulla politica di concorrenza 2000*, la Commissione aveva affermato quanto segue: «La Commissione ha ritenuto suf?ciente constatare che il sistema "CB" non è un'infrastruttura essenziale e che, di conseguenza, il Groupement può decidere se concedervi l'accesso ai concorrenti (a condizione di non effettuare discriminazioni fra questi ultimi)» (punto 207 di tale relazione).

58 — V. punto 3 della sentenza impugnata, che riporta il punto 29 della decisione controversa.

59 — V. punto 130 della sentenza impugnata. La BNP Paribas ha sottolineato, tanto nella comparsa di risposta quanto in udienza, che ciò corrisponderebbe in particolare al postulato, secondo essa errato, in base al quale tutti i capifila si sottrarrebbero alle misure oggetto di causa, il che ha giustificato la qualificazione dell'infrazione tramite l'oggetto. Accettando tale postulato di base, il Tribunale non avrebbe adempiuto il proprio obbligo di motivazione.

iii) Sul terzo capo, relativo all'esame del contesto in cui sono state elaborate le misure

134. Il ricorrente sostiene che il Tribunale ha commesso diversi errori nell'analisi del contesto nel quale si inseriscono le misure in questione.

135. In primo luogo, il ricorrente contesta al Tribunale di aver erroneamente preso in considerazione il contesto giuridico, da una parte, fornendo un'interpretazione errata della giurisprudenza sulle restrizioni di concorrenza tramite l'oggetto, in particolare della citata sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, e, dall'altra, delle questioni trattate nella prassi decisoria precedente. A tale riguardo, la sentenza impugnata sarebbe viziata in modo particolare da una motivazione contraddittoria in quanto il Tribunale, ai punti 94 e 99 della suddetta sentenza, avrebbe affermato contemporaneamente che le pratiche esaminate nelle due decisioni «Visa» [60] sono notevolmente diverse da quelle oggetto di causa nel presente procedimento e che le dette due decisioni riguardano «situazioni simili o identiche». L'errore di analisi emergerebbe ugualmente dal fatto che la stessa Commissione aveva accettato di discutere eventuali impegni in virtù dell'articolo 9 del regolamento n. 1/2003, cioè di misure «tali da rispondere alle (sue) preoccupazioni» e che non rappresentano una qualunque violazione della concorrenza in quanto tale.

136. In secondo luogo, il ricorrente ritiene che il Tribunale abbia commesso errori di diritto nella considerazione del contesto economico, in particolare trascurando il funzionamento bifacciale del sistema di pagamento tramite CB.

137. In terzo luogo, il ricorrente ritiene che il Tribunale abbia commesso errori di diritto nella considerazione del contesto economico, omettendo di esercitare il proprio controllo sulle valutazioni economiche complesse. Nella fattispecie, il Tribunale non avrebbe in alcun modo proceduto a tale controllo minimo e obiettivo delle valutazioni economiche contenute nella decisione controversa, ma si sarebbe accontentato, ai punti 320 e 321 della sentenza impugnata, di respingere alcuni studi economici prodotti dal Groupement per la loro presunta contraddittorietà con altri studi.

138. Dall'esame dei primi due capi del presente motivo risulta che, se si considera il tenore delle misure oggetto di causa e dell'obiettivo che esse intendono perseguire, l'esistenza di una restrizione di concorrenza tramite l'oggetto ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE non è dimostrata.

139. In tali circostanze, gli elementi relativi al contesto economico e giuridico [61] che caratterizzano l'elaborazione delle misure oggetto di causa non dovrebbero essere in grado di dimostrare, di per sé soli, la sussistenza di un oggetto anticoncorrenziale. Come ho esposto in precedenza, l'esame del contesto non può in alcun modo sopperire alla mancata individuazione effettiva di un oggetto anticoncorrenziale (v. paragrafo 44 delle presenti conclusioni).

140. Per completezza, occorre tuttavia sottolineare quanto segue.

141. Considerando, in primo luogo, il contesto giuridico, come l'ho precedentemente menzionato, l'esperienza acquisita, in senso lato, è un parametro di cui si deve tener conto per dedurre l'esistenza di una restrizione tramite l'oggetto (v. paragrafi 55 e seguenti delle presenti conclusioni).

60 — Decisioni della Commissione relative ad un procedimento a norma dell'articolo 81 del Trattato CE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE, precisamente la decisione 2001/782/CE, del 9 agosto 2001 (causa COMP/29.373 - Visa International) (GU L 293, pag. 24; in prosieguo: la «decisione Visa 2001»), e la decisione 2002/914/CE, del 24 luglio 2002 (causa COMP/29.373 – Visa International – Commissione interbancaria multilaterale) (GU L 318, pag. 17; in prosieguo: la «decisione Visa 2002»).

61 — Benché i gravami esposti dal ricorrente si articolino in tre punti, mi sembra che il terzo, mirante a criticare il Tribunale per aver omesso di esercitare il proprio controllo sulle valutazioni economiche complesse, sia agevolmente ricollegabile a quello riguardante l'esame del contesto economico.

142. Tuttavia, anche se l'esperienza acquisita può indubbiamente confermare il carattere intrinsecamente pregiudizievole per la concorrenza di alcuni tipi di cooperazione nel caso di restrizioni palesi e/o evidenti, che hanno, con ogni probabilità, un impatto sul gioco della concorrenza, non convengo sul fatto che dalla prassi decisoria della Commissione possa sempre trarsi una solida argomentazione. Il fatto che la Commissione in passato non abbia ritenuto che un accordo di un certo tipo fosse, per il suo stesso oggetto, restrittivo della concorrenza non impedisce di farlo in futuro, in seguito a un esame individuale e circostanziato delle misure controverse.

143. Nel caso di specie, le prese di posizione precedenti della Commissione in relazione agli accordi adottati nell'ambito dei sistemi di pagamento, in particolare quelle derivanti dalle decisioni Visa 2001 e Visa 2002, supponendo che riguardino misure essenzialmente identiche a quelle in questione nel presente procedimento, non dovrebbero necessariamente condurre a un giudizio a priori sulla natura restrittiva tramite l'oggetto delle suddette misure.

144. Nonostante ciò, occorreva esaminare attentamente i motivi che giustificavano la presa di distanza dalle conclusioni adottate fino a quel momento nella prassi decisoria della Commissione per quanto riguarda il mercato dei sistemi di pagamento. Spettava in particolare al Tribunale verificare in cosa le misure oggetto di causa comportassero, a differenza di misure adottate nello stesso mercato, la cui somiglianza è stata, in parte, riconosciuta dallo stesso [62], un grado di nocività tale da poter essere qualificate come aventi un oggetto anticoncorrenziale.

145. Quanto al precedente, che consisterebbe in questo caso nella citata sentenza Beef Industry Development Society e Barry Brothers, come ho già esposto ai paragrafi da 69 a 73 delle presenti conclusioni, sono del parere che esso si distingua chiaramente dalla presente causa per diversi aspetti.

146. Con riguardo, in secondo luogo, alla valutazione del contesto economico, il Groupement contesta, in sostanza, al Tribunale di non aver considerato le caratteristiche del sistema CB e, in particolare, la natura bifacciale del sistema stesso.

147. A tale riguardo sono del parere che, anche a supporre che si potesse dedurre dai termini e dagli obiettivi perseguiti tramite le misure oggetto di causa che esse avevano un oggetto anticoncorrenziale, gli elementi del contesto siano tali da inficiare questa conclusione.

148. Su questo punto ricordo che, per dedurre l'esistenza di una restrizione tramite l'oggetto, la Commissione non può, in modo particolare in presenza di una restrizione non palese, limitarsi ad una valutazione astratta.

149. La valutazione delle interazioni esistenti tra il settore di «emissione» e quello di «acquisizione», nell'ambito dell'esame del contesto dell'elaborazione delle misure ai fini dell'individuazione di una restrizione della concorrenza tramite l'oggetto, mi sembra ben distinta da quella che verte sulla definizione del mercato rilevante. In effetti, non si tratta di rimettere in causa l'affermazione secondo la quale i mercati dell'emissione e dell'acquisizione sono ben distinti, bensì di esaminare se il contesto economico di elaborazione delle misure sia stato sufficientemente considerato.

62 — Sembra comunque sussistere una leggera contraddizione tra la conclusione riportata al punto 94 della sentenza impugnata, secondo la quale le misure oggetto di causa nelle decisioni Visa 2001 e Visa 2002 non potevano considerarsi paragonabili, e quella, riportata al punto 99 della stessa sentenza, secondo la quale «non può dedursi dall'obbligo di motivazione il fatto che la Commissione, al di là di motivare la propria decisione con riferimento al fascicolo del caso in questione, debba precisare le ragioni per le quali è arrivata ad una conclusione diversa da quella adottata in un caso precedente che verteva su situazioni simili o identiche o con gli stessi attori economici».

150. Nella fattispecie, e come il ricorrente ha sostenuto dinanzi al Tribunale, il buon funzionamento del sistema CB esigeva che le attività di emissione e di acquisizione fossero svolte in modo equilibrato. In questa prospettiva, non si può escludere che il rispettivo contributo di ogni membro allo sviluppo di ciascuna funzione possa essere tenuto in considerazione. In effetti, indipendentemente dal fatto che sia già membro o nuovo operatore, il membro del Groupement, attivo principalmente o esclusivamente nel campo dell'emissione di CB, trae profitto dagli investimenti effettuati ai fini dello sviluppo dell'aspetto dell'«acquisizione», essendo questo un pilastro fondamentale per la durata del sistema.

3. Conclusione

151. Per concludere, risulta che il Tribunale, da una parte, ha commesso un errore di diritto fornendo e adottando un'interpretazione non restrittiva della nozione di restrizione tramite l'oggetto e, dall'altra, proprio applicando un tale approccio nell'esame del tenore, degli obiettivi e del contesto di elaborazione delle misure controverse.

152. Il Tribunale ha in particolare omesso di verificare se la Commissione, in considerazione dei termini, degli obiettivi e del contesto di elaborazione delle misure di cui trattasi, fosse legittimata a concludere che le suddette misure presentavano un grado di nocività tale che i loro effetti anticoncorrenziali potessero presumersi.

153. La sentenza impugnata va pertanto censurata su questo punto e potrebbe, solo per questo motivo, essere annullata.

154. Poiché il Tribunale non ha ritenuto necessario esaminare se le suddette misure abbiano un effetto anticoncorrenziale, occorrerà rinviare la presente causa dinanzi al Tribunale.

155. Tuttavia, e nel caso in cui la Corte non convenga con la mia conclusione, esaminerò brevemente in prosieguo il secondo e il terzo motivo sollevati dal ricorrente nell'ambito della presente impugnazione.

B – *Sul secondo motivo, riguardante l'errore di diritto nell'applicazione della nozione di restrizione tramite l'effetto*

156. Il ricorrente, sostenuto dalla BNP Paribas, rileva che, sui 455 punti da cui è costituita la sentenza impugnata, solo quattro sono dedicati all'esame degli effetti delle misure oggetto di causa. Oltre ad un errore di diritto nel suo esame dell'esistenza di una restrizione della concorrenza tramite l'effetto, il Tribunale avrebbe omesso di rispondere adeguatamente a tutti gli argomenti proposti dal ricorrente, in violazione dell'obbligo di motivazione di cui al combinato disposto degli articoli 36 e 53, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. In particolare, la Commissione non sarebbe riuscita a dimostrare che le misure oggetto di causa abbiano effettivamente provocato l'uscita dal mercato di nuovi operatori o una limitazione delle loro attività di emissione di CB.

157. Nella fattispecie, non avendo il Tribunale vagliato in modo preciso se le misure controverse avessero effetti anticoncorrenziali, e nel caso in cui si dovesse concludere, contrariamente a quanto suggerisco, che il Tribunale ha potuto, senza commettere errori di diritto, concludere che le misure oggetto di causa avevano per «oggetto» la restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, il secondo motivo deve essere dichiarato inoperante [63].

63 — In tal senso, la Corte ha in particolare precisato che la priorità dell'esame degli argomenti relativi all'oggetto anticoncorrenziale di un accordo rispetto a quelli relativi ai suoi effetti anticoncorrenziali appare tanto più giustificata in quanto, se l'errore di diritto nella valutazione dell'oggetto di detto accordo fosse confermato, occorrerebbe respingere l'impugnazione della motivazione della sentenza impugnata relativa all'effetto anticoncorrenziale dell'accordo medesimo (v. citata sentenza GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a., punto 56).

158. In effetti, secondo una giurisprudenza costante [64] e sviluppando quanto precedentemente esposto, quando l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo è provato, non vi è necessità di ricercarne gli effetti anticoncorrenziali.

159. Il Tribunale non ha pertanto commesso errori di diritto dichiarando, ai punti da 269 a 272 della sentenza impugnata, che il motivo relativo all'errore di diritto, di fatto e di valutazione nell'esame degli effetti delle misure oggetto di causa fosse inoperante, dal momento che aveva concluso che le suddette misure avevano per oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE.

160. Inoltre, non si può addebitare al Tribunale di non aver adempiuto il suo obbligo di motivazione su questo punto. Nella fattispecie, avendo il Tribunale ritenuto opportuno, così come autorizzato dalla giurisprudenza, attenersi all'esame dell'esistenza di un oggetto anticoncorrenziale, non aveva l'obbligo di esporre le ragioni per le quali le misure controverse avevano, altresì, effetti anticoncorrenziali.

161. Inoltre, nell'ambito del presente procedimento, non spetta alla Corte occuparsi della questione se, nonostante l'eventuale oggetto anticoncorrenziale delle misure oggetto di causa, queste potessero essere considerate munite di effetti anticoncorrenziali. Non spetta in particolare alla Corte verificare se la Commissione sia riuscita a dimostrare che le misure controverse hanno provocato l'uscita dal mercato di nuovi operatori o una limitazione del loro piano di emissione di CB. Ciò tanto più in quanto la Commissione, come ho precedentemente esposto [65], ha dedicato una parte sostanziale della decisione controversa all'esame degli effetti prodotti dalle misure oggetto di causa.

162. In definitiva, sono del parere che questo motivo, in ogni caso, non possa essere accolto.

C – *Sul terzo motivo, secondo cui il Tribunale avrebbe violato i principi di proporzionalità e di certezza del diritto omettendo di annullare l'ingiunzione di cui all'articolo 2, secondo comma, della decisione impugnata*

163. Il ricorrente, con il quale concorda la BNP Paribas, sostiene che il Tribunale, non avendo annullato l'ingiunzione di cui all'articolo 2, secondo comma, della decisione controversa, che impone al Groupement di astenersi in futuro da ogni provvedimento o comportamento che abbia un oggetto o un effetto identico o simile a quello delle misure oggetto di causa, ha violato i principi di proporzionalità e di certezza del diritto.

164. Prendendo in considerazione, in primo luogo, il principio di proporzionalità sancito dall'articolo 5, paragrafo 4, TUE, il ricorrente ricorda che, conformemente all'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, il Tribunale avrebbe dovuto constatare che l'obbligo imposto dalla Commissione non era necessario rispetto all'obiettivo perseguito, cioè «mettere fine all'infrazione constatata», in quanto il Groupement aveva sospeso, anche prima dell'adozione della decisione controversa, le misure e in quanto quest'ultima impone, all'articolo 2, primo comma, di mettere immediatamente fine all'infrazione ritirando le misure tariffarie notificate. Il Tribunale, inoltre, avrebbe dovuto constatare che l'ingiunzione contestata è sproporzionata in quanto si estende alle misure aventi un effetto «simile». La necessità di determinare più precisamente l'ingiunzione sarebbe tanto più essenziale nella fattispecie dato che le misure oggetto di causa comportano importanti divergenze di analisi tra il Tribunale e il Groupement.

64 — V. citate sentenze LTM e Beef Industry Development Society e Barry Brothers, punto 16.

65 — V. supra, punto 2.

165. In relazione, poi, al principio di certezza del diritto, il ricorrente ritiene che il Tribunale avrebbe dovuto constatare che la decisione controversa recava un'importante ambiguità sulla portata dell'ingiunzione pronunciata, che sarebbe generatrice d'incertezza giuridica per il Groupement, trattandosi di misure che esso è autorizzato ad adottare in futuro per assicurare la propria competitività e il proprio sviluppo. L'incertezza risiederebbe, nella fattispecie, nel carattere estremamente generale e impreciso della qualificazione delle misure vietate al Groupement per il futuro, la quale può comprendere ogni misura di riequilibrio ritenuta necessaria in futuro per rafforzare la posizione concorrenziale del sistema CB o assicurarne lo sviluppo. Al Groupement verrebbe, pertanto, impedito di adottare le misure volte a combattere i fenomeni di parassitismo di cui il citato sistema sarebbe vittima.

166. Va rilevato che, con il terzo motivo, il ricorrente intende criticare la Commissione per non aver determinato più precisamente la portata dell'ingiunzione di cui al secondo comma dell'articolo 2 della decisione controversa, senza tuttavia individuare un errore di diritto commesso dal Tribunale, in particolare rispetto all'interpretazione della giurisprudenza della Corte di cui dovrebbe tenersi conto.

167. Si deve constatare che detto motivo riprende quindi, in sostanza, gli argomenti sviluppati a sostegno dell'impugnazione dinanzi al Tribunale nell'ambito del secondo capo del sesto motivo [66] e, per questa sola motivazione, dovrebbe essere dichiarato irricevibile.

168. Ciò precisato, il presente motivo pone una problematica interessante, intimamente legata all'esame del primo motivo, riguardante i poteri di ingiunzione conferiti alla Commissione e il controllo che deve essere operato dal Tribunale sull'esercizio degli stessi.

169. In effetti, se le parti sostengono concordemente, a mio parere, l'applicabilità dei principi di proporzionalità e di certezza del diritto, si pone la questione di sapere quale sia la portata dei suddetti principi nel momento in cui la Commissione ha sostenuto l'esistenza di un'intesa restrittiva «tramite l'oggetto» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE.

170. Per quanto riguarda il rispetto del principio di proporzionalità, la necessità di garantire l'effetto utile di una decisione che constata un'infrazione all'articolo 81, paragrafo 1, CE mi induce a concludere che, una volta chiaramente stabilita l'esistenza di una restrizione «tramite l'oggetto», la Commissione ha il diritto di ingiungere alle imprese censurate non solo di sospendere e di revocare l'esecuzione delle misure controverse, ma anche di astenersi in futuro dal mettere in atto ogni misura avente un oggetto simile.

171. Occorre anche che l'oggetto «anticoncorrenziale» di cui sono asseritamente dotate le misure controverse sia stato chiaramente identificato e circoscritto, il che, come ho esposto nell'ambito dell'esame del primo motivo, ritengo faccia difetto.

172. Questa esigenza mi sembra ugualmente valida dal punto di vista del rispetto del principio della certezza del diritto.

173. Allorquando l'oggetto anticoncorrenziale delle misure controverse è sufficientemente identificato e identificabile, la Commissione deve poter avere il diritto di richiedere alle imprese interessate di astenersi da ogni comportamento simile. La validità di un tale approccio mi sembra più criticabile tanto nel caso in cui l'oggetto anticoncorrenziale non sia definito o non lo sia sufficientemente, quanto nel caso in cui, come nella fattispecie, siano le imprese stesse a dover individuare l'entità dell'ingiunzione prevista.

66 — V. punti da 435 a 452 della sentenza impugnata.

V – **Conclusione**

174. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di statuire come segue:

1) La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 29 novembre 2012, CB/Commissione (T-491/07), è annullata.

2) La causa è rinviata al Tribunale dell'Unione europea.

3) Le spese sono riservate.